

# De verdeling van broeikasgasemissierechten in de EU bezien in het licht van concurrentieverhoudingen

## Citation for published version (APA):

Peeters, M. G. W. M., & Oosterhuis, F. (2006). *De verdeling van broeikasgasemissierechten in de EU bezien in het licht van concurrentieverhoudingen*. Ministerie van VROM. STEM publicatie No. 2005/7

## Document status and date:

Published: 01/01/2006

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# **DE VERDELING VAN BROEIKASGASEMISSIERECHTEN IN DE EU BEZIEN IN HET LICHT VAN CONCURRENTIEVERHOUDINGEN**

STRUCTURELE EVALUATIE MILIEUWETGEVING (STEM)



Structurele Evaluatie Milieuwetgeving

Auteurs:

drs. F. Oosterhuis

mr. dr. M. Peeters

STEM publicatie 2005/7

STEM is het samenwerkingsverband tussen het Centrum voor Milieurecht (CvM, Universiteit van Amsterdam), Maastrichts Europees instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek (METRO, Universiteit Maastricht), het Instituut voor Milieuvraagstukken (IVM, Vrije Universiteit Amsterdam) en ARCADIS.

1 maart 2006

110643/CE6/093/000360

## STEM

STEM staat voor "Structurele Evaluatie Milieuwetgeving".

Het programma, en alle binnen dit programma uitgevoerde evaluatieonderzoeken, worden uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. Het onderzoeksprogramma loopt van september 2004 tot en met december 2008, en is een concreet vervolg op de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) die de evaluatie van milieuwetgeving tot 1 januari 2004 op zich heeft genomen.

In het vierjarig onderzoeksprogramma worden zowel ex ante als ex post evaluatie van milieuwetgeving verricht. De resultaten van de onderzoeken dragen bij aan kennis inzake regulering op het milieubeleidsterrein, dat wil zeggen inzake de mogelijkheden om via wetgeving het milieu in brede zin te beschermen. De resultaten van de onderzoeken zullen tevens gericht zijn op de verbetering van de kwaliteit van regelgeving in brede zin, waaronder in ieder geval worden begrepen vraagstukken van subsidiariteit (is regelgeving (in de gegeven vorm) wenselijk), de effectiviteit, efficiëntie, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regelgeving, de vormgeving van de waarborgen voor burgers (kenbaarheid, inspraak, rechtsbescherming) en de rechtmatigheid.

Per jaar wordt, mede aan de hand van dit meerjarig onderzoeksprogramma, een jaarprogramma opgesteld waarin de concreet uit te voeren evaluatiestudies worden benoemd.

Eerder is in het kader van STEM verschenen:

- 2005/1: Implementatie van de richtlijn milieuaansprakelijkheid; een verkenning naar de bevoegde instantie(s) in Nederland
- 2005/2: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 1: Inleidend rapport
- 2005/3: Decentraliseren of dereguleren? Milieuregulering door decentrale overheden bij deregulering van VROM-wetgeving
- 2005/4: Het milieujaarverslag, zes jaar later
- 2005/5: Onzekere milieurisico's: een onderzoek naar de wijze van omgaan met onzekere milieurisico's door de wetgever, bestuur en de rechter; Deel 2: Praktijkonderzoek
- 2005/6: Modernisering van VROM-pseudowetgeving

Verdere informatie is te vinden op [www.evaluatiemilieuwetgeving.nl](http://www.evaluatiemilieuwetgeving.nl). Daar zijn ook de uitgebrachte evaluatiestudies te downloaden.

# Inhoud

<b>Samenvatting</b>	<b>5</b>
<b>1 Inleiding</b>	<b>9</b>
1.1 Aanleiding tot dit onderzoek	9
1.2 Doel en opzet van dit rapport	11
1.3 Het thema nader verkend	13
<b>2 Het juridische kader voor de bestuurlijke toedeling van de emissierechten</b>	<b>19</b>
2.1 Het Kyoto Protocol en de Europese lastenverdelingsovereenkomst	19
2.2 De richtlijn broeikasgasemissiehandel	23
2.3 Overwegingen over de posities van bedrijven bij de totstandkoming van de richtlijn	25
<b>3 Juridische aspecten van de gedane allocatie</b>	<b>31</b>
3.1 De huidige regeling	31
3.2 De werkingssfeer: bijlage 1	34
3.3 Uitbreiding en inperking van het huidige systeem	36
3.4 Juridische aspecten van de allocatie zoals uitgevoerd	41
3.4.1 Inleiding	41
3.4.2 De differentiatie en complexiteit van de allocatieregels	41
3.4.3 De Staatssteunbeoordeling	43
3.4.4 Leereffecten uit inspraak en beroepen	45
<b>4 Economische aspecten van de gerealiseerde allocatie</b>	<b>57</b>
4.1 Inleiding	57
4.2 De implicaties van gratis toedeling voor de concurrentieverhoudingen	58
4.3 Het emissieplafond	59
4.4 Nieuwkomers en beëindiging van de activiteit	62
4.5 De verdeling over de bedrijfstakken	64
4.6 De onder het systeem vallende activiteiten en installaties	65
4.7 Basisjaren, 'early action' en energie-efficiëntieverbetering	66
4.8 Veilen	67
4.9 Slotbeschouwing: de utopie van het level playing field	69
<b>5 Conclusie</b>	<b>73</b>
5.1 Algemeen	73
5.2 Bijzondere aandachtspunten	74
5.3 Tot slot: de politieke keuze tussen Europese beleidsopties voor allocatie in een internationaal speelveld	78
Bijlage 1 Literatuurlijst	83
Colofon	



# Samenvatting

In dit rapport wordt vanuit een bestuurlijk-juridisch en een economisch kader de huidige allocatiemethode van het Europese emissiehandelssysteem voor broeikasgassen beschouwd. In het bijzonder wordt ingegaan op de wijze waarop de emissierechten in dit systeem worden verdeeld over de bedrijven, en de juridische en economische problemen die in dit opzicht zijn ontstaan of zouden kunnen ontstaan.

De huidige richtlijn garandeert niet dat gelijksoortige bedrijven in de EU een gelijke hoeveelheid broeikasgasemissierechten krijgen toebedeeld. Dit effect is dan ook in het wetgevingsproces voor de broeikasgasemissiehandelrichtlijn niet als de belangrijkste doelstelling gezien. Wanneer men het communautaire wetgevingsproces overziet dan kan een tweeledige gedachte worden ontwaard: enerzijds is er de zorg voor de interne markt en het voorkomen van onaanvaardbare concurrentievervalsingen, en wordt het noodzakelijk gevonden om een verdergaande harmonisatie van de allocatie te onderzoeken, waaronder ook uitdrukkelijk het gebruik van andere verdelingsmethoden zoals veilen en benchmarks. Anderzijds wilde men het instrument emissiehandel met een decentrale allocatie gebaseerd op administratieve voorwaarden wel accepteren, om zo toch binnen korte tijd een kosteneffectieve maatregel aan te nemen in het licht van de naleving van het Kyoto Protocol. Het doel om de (toen overigens nog niet bindende) internationale emissiereductieverplichting te halen bleek van doorslaggevend belang te zijn. De eventuele verdere harmonisatie van de allocatieregels, of eventueel de keuze voor een andere allocatiemethode, is doorgeschoven naar toekomstige afwegingen.

Wat betreft de toedeling van de emissierechten lijkt de richtlijn een tamelijk grote beslissingsvrijheid te laten aan de lidstaten. De grenzen aan deze beslissingsvrijheid zijn nog niet uitgekristalliseerd, en zullen via juridische procedures verduidelijkt kunnen worden. Verondersteld kan worden dat met name gelet op de potentiële verschillen in besluitvorming tussen lidstaten de huidige allocatiemethode een conflictopwekkend karakter heeft. Bedrijven zullen in principe, zo kan worden verwacht, een maximaal voordeel willen halen, om zo hun internationale concurrentiepositie te behartigen. Bij relatief scherpe emissiereductiebeslissingen van hun overheden, met name indien die verder gaan dan in andere lidstaten, zal er een aanleiding zijn om in beroep te gaan.

In de praktijk doet zich een opvallend verschil voor in aantallen rechtsbeschermingsprocedures tussen enerzijds Duitsland en Nederland (relatief veel beroepen) en anderzijds Denemarken en België, in het bijzonder Vlaanderen (geen of nauwelijks beroepen). Het achterhalen van de precieze oorzaak van deze verschillen vraagt om een uitgebreider onderzoek. Met name ten aanzien van de Vlaamse situatie zou mogelijk een ruime toedeling de verklaring kunnen zijn van het gering aantal beroepen.

Op dit moment worden de onder de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn vallende bedrijven nog niet geconfronteerd met een scherp klimaatbeleid: de lidstaten lijken over het algemeen bij de toewijzing van de broeikasgasemissierechten eerder te kiezen voor bescherming van de nationale industrie dan voor vergaande emissiereducties. Het is in dit verband moeilijk om in korte tijd een goed inzicht te krijgen in de wijze waarop door de lidstatelijke toewijzingen van de emissierechten gelijksoortige bedrijven eventueel verschillend benaderd worden. De Nationale Allocatieplannen (NAPs) zijn lastig vergelijkbaar, en de inhoud van de NAPs is ingewikkeld. Door deze complexiteit wordt ingeboet aan transparantie.

Gelet op het belang dat wordt gehecht aan de nationale economie is het logisch dat lidstaten de ruimte opzoeken bij de verdeling van broeikasgasemissierechten aan de bedrijven. Dit wordt versterkt door het gegeven dat er wereldwijd gezien belangrijke handelspartners geen deel nemen aan de uitvoering van het Kyoto Protocol, dan wel (vermoedelijk) achter op schema blijven. Niettemin moeten de lidstaten uiteindelijk wel voldoen aan hun emissiereductieverplichting zoals vastgelegd in het Kyoto Protocol dan wel de lastenverdelingsovereenkomst. Niet onder de broeikasgasemissierichtlijn vallende sectoren kunnen nadeel ondervinden van een ruime toedeling van broeikasgasemissierechten. De Commissie heeft de bevoegdheid om lidstaten aan hun emissiereductieverplichting te houden door eventueel een in gebreke stellingsprocedure bij het Hof van Justitie te starten. Uiteindelijk berust er bij de Commissie dus een belangrijke handhavingstaak met betrekking tot het klimaatbeleid van de lidstaten, niet alleen wat betreft de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn, maar ook wat betreft de naleving door lidstaten van de vastgestelde emissiereductieverplichting.

Eenzijds kan geconcludeerd worden dat uit de hoogte van het vastgestelde emissieplafond geen concurrentienadeel voortvloeit voor Nederland ten opzichte van de belangrijkste Europese concurrenten, maar anderzijds zou wel sprake kunnen zijn van een concurrentienadeel voor de niet onder emissiehandel vallende sectoren ten opzichte van de wel deelnemende bedrijven, als eerstgenoemde een meer dan evenredig deel van de uit 'Kyoto' voortvloeiende lasten zouden moeten dragen. Echter, een groot deel van de niet onder de emissiehandel vallende (energie-intensieve) industrie valt onder het Benchmark-convenant of de Meerjarenaafspraken energiebesparing, waardoor er weinig ruimte is om extra eisen te stellen aan hun uitstoot van CO<sub>2</sub>. Het relatief ruime emissieplafond wordt in Nederland dan ook vooral mogelijk gemaakt door veel gebruik te maken van JI en CDM. Dit impliceert dat een deel van de lasten wordt overgeheveld naar de belastingbetaler.

De schaarste aan CO<sub>2</sub>-emissierechten door de invoering van emissiehandel (met een restrictief plafond) heeft een stijging van de elektriciteitsprijzen als logisch gevolg: de marktprijs van de emissierechten zal als regel worden doorberekend aan de klant (ongeacht of die rechten gekocht of gratis verkregen zijn). Die stijging is natuurlijk wel van invloed op de concurrentiepositie van bepaalde sectoren (met name de energie-intensieve, exporterende industrie), maar staat op zich los van de verdeling van de emissierechten. Wel zouden de hogere energieprijzen enigszins kunnen worden gecompenseerd door de emissierechten gedeeltelijk toe te wijzen

aan de elektriciteitsafnemers, die de verkregen rechten (die ze zelf niet nodig hebben) kunnen verkopen. In hoeverre dit binnen de huidige regelgeving mogelijk is, is in deze studie niet onderzocht. Wel is duidelijk dat hiertoe nieuwe allocatieregels opgesteld zouden moeten worden.

Broeikasgasemissiehandel voor bedrijven kan niet los worden gezien van de verdeling van de emissiereductieverplichtingen over de lidstaten: deze vertonen naar huidig recht grote verschillen. Voor de toekomst zou niet alleen aandacht uit moeten gaan naar de verbetering van het emissiehandelssysteem maar juist ook naar de grondslag voor de vaststelling van de lidstatelijke emissiereductieverplichtingen. De 'emissie per capita' gedachte is daarbij een criterium dat sterk appelleert aan het rechtvaardigheidsgevoel. Welke effecten dat concept zou hebben en hoe het praktisch toepasbaar zou zijn verdient nog nader onderzoek.

Wat betreft de verdere ontwikkeling van broeikasgasemissiehandel zou natuurlijk gestreefd kunnen worden naar een veel meer gebonden allocatiekader voor lidstaten (harmonisatie van de verdelingscriteria), met een intensieve toets door de Commissie. De vraag is evenwel of dat een haalbaar doel is: tot dusver is men daarin in de EU niet in geslaagd. De meer principiële vraag is of harmonisatie van emissiehandel de juiste weg is. In dit verband dienen zich twee globale ontwikkelingsrichtingen aan. In het eerste model, het kaderstellend model, is er sprake van nationale emissieplafonds, waarbij aan de lidstaten ruimte wordt gegeven voor keuzes bij de implementatie. Dit model past goed bij een voorkeur voor decentraal beleid, en zo min mogelijk regels op EU-niveau. De regels met betrekking tot de allocatie van de broeikasgasemissierechten zijn daarbij in beperkte mate geharmoniseerd. Veilen is een optie, maar niet per se verplicht voor de lidstaten. De rol van de EU zal in dit systeem vooral gericht zijn op het nakomen van de emissiereductieverplichtingen door de lidstaten en op het handhaven van de geldende regels op het gebied van vrije handel, mededinging en staatssteun.

In het tweede model, het harmonisatie-model, ligt het accent op het gelijktrekken van de toedeling van broeikasgasemissierechten in de EU, hetgeen meer past bij het streven naar een interne markt en het voorkomen van onaanvaardbare concurrentievervalsingen. Bij dit model zal voor een centrale aanpak worden gekozen. Er komen dan bijvoorbeeld communautaire benchmarks op basis waarvan de rechten worden toegedeeld, of in ultimo een centraal georganiseerde veiling. Bij de optie van de communautaire benchmarks gaat mogelijk de zekerheid van een absoluut emissieplafond verloren. Zowel de vormgeving van communautaire benchmarks als het vormgeven van een veiling behoeven nog nadere uitwerking en afweging.

Uiteindelijk gaat het om een overwegend politieke keuze tussen de verschillende ter beschikking staande beleidsopties in het klimaatbeleid. Emissiehandel vormt daarbij vanwege het vermogen om via de creativiteit van de markt op efficiënte wijze emissiereducties te bereiken een zeer belangrijk instrument, zelfs indien het niet in een ideaaltypische vorm wordt ingezet, zoals nu het geval is. Het valt te verwachten dat de uiteindelijke afweging van voor- en nadelen van het



instrument, ook in de huidige vorm, mits zo goed mogelijk toegepast en waar mogelijk verbeterd, in algemene zin positief zal uitvallen vanwege de behaalde efficiëntievoordelen.

# HOOFDSTUK 1

## Inleiding

### 1.1

#### AANLEIDING TOT DIT ONDERZOEK

De in 2003 in werking getreden Europese broeikasgasemissiehandelsrichtlijn impliceert dat in de periode 2005-2007 en in daarop volgende vijfjaarlijkse periodes in de EU voor een aanzienlijke groep van bedrijven en instellingen flexibele reductieverplichtingen voor nader bepaalde broeikasgasemissies gelden.<sup>1</sup> Een wezenlijk kenmerk van emissiehandel is dat bedrijven geen statische reductieverplichtingen hebben, maar via de handel in emissierechten zelf een grote mate van beslissingsvrijheid bezitten inzake hun emissieniveaus.

De emissierechten worden in het Europese systeem op publiekrechtelijke wijze geconstitueerd: het zijn de lidstaten die een maximaal aantal broeikasgasemissierechten op de markt brengen door deze toe te wijzen aan de bedrijven en instellingen.<sup>2</sup> Deze eerste verdeling van de emissierechten dient gelet op de richtlijn hoofdzakelijk via een gratis toewijzing te geschieden.<sup>3</sup>

De eerste periode van het Europese broeikasgasemissiehandelssysteem wordt gezien als een proeffase, om zo warm te lopen voor de maatregelen die voor het behalen van de emissiereductieverplichtingen zoals neergelegd in het Kyoto Protocol nodig zijn.<sup>4</sup> Het Kyoto Protocol bevat immers de verplichting voor de EG en voor lidstaten om in de periode 2008-2012 een nader bepaalde broeikasgasreductie te verwezenlijken. Het Europese emissiehandelssysteem is een belangrijke rol toebedeeld voor het behalen van de internationaalrechtelijke emissiereductieverplichtingen. Door de onder de werkingssfeer van de richtlijn vallende bedrijven een gelimiteerd aantal emissierechten toe te wijzen, en door de mogelijkheid te bieden emissieruimte te verhandelen, zou het Europese bedrijfsleven op een effectieve en efficiënte wijze een bijdrage leveren aan de internationaal geldende emissiereductieverplichtingen.

De richtlijn is in kort tijdsbestek tot stand gekomen, waarbij een uiterst korte, eigenlijk nauwelijks haalbare implementatietermijn aan de lidstaten is gegeven. De

<sup>1</sup> Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie 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, PbEU 2003, L 27.

<sup>2</sup> In dit rapport verder: bedrijven (in plaats van bedrijven en instellingen).

<sup>3</sup> Zie artikel 10 van de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn.

<sup>4</sup> Zie reeds in deze zin de Europese Commissie: "Groenboek over de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Europese Unie", Brussel 8.3.2000, COM(2000) 87 final, p. 4.

snelle actie van de EU tot het instellen van een Europees raamwerk voor broeikasgasemissiehandel kan als daadkrachtig worden beschouwd. Op het internationale toneel is daarmee het idee van Europa als groene reus neergezet, met name in relatie tot de weigering van de VS en Australië om het Kyoto Protocol te ratificeren<sup>5</sup>. Er kleeft evenwel ook een nadeel aan deze handelswijze: de vraag is of hiermee wel de optimale keuzes zijn gemaakt inzake het ontwerp van de Europese emissie markt, en of de gevolgen van het systeem voor verschillende belangen, zoals het milieubelang, maar ook het economisch belang, voldoende zijn doordacht.

Een cruciale fase van het Europese broeikasgasemissierechtensysteem is de toewijzing van de rechten door de lidstaten. Elke lidstaat mag aan de "eigen" industrie de rechten toewijzen. Aangezien hierdoor de neiging zou kunnen bestaan om de nationale economische belangen zwaarder te laten wegen dan de klimaatbeleidsdoelstelling, is de normering van deze toewijzing een belangrijk aandachtspunt. In het bijzonder rijst de vraag of er verschillen ontstaan qua toewijzing tussen de lidstaten, dusdanig dat er van aanmerkelijke economische verschillen kan worden gesproken voor de onder de werkingssfeer van de richtlijn vallende bedrijven. Ook rijst de vraag wat de invloed is op bedrijven die juist niet onder de werkingssfeer vallen, en welke toedeling zal geschieden naar bedrijven die zich later willen vestigen (de nieuwkomers).

De Nederlandse ervaring met de eerste toewijzing van de rechten laat zien dat er opvallend veel beroepen door bedrijven zijn ingesteld. Blijkbaar is er veel aanleiding voor de bedrijven om in rechte op te komen tegen de toewijzing, met name met het doel om meer rechten toegewezen te krijgen. Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 9 september 2005 een einduitspraak gedaan betreffende de beroepen tegen het Nationale toewijzingsbesluit 2005-2007.<sup>6</sup> Eerder is in een tussenuitspraak aangegeven dat een aantal beroepen gegrond is. Door de einduitspraak staat nu de toedeling van de verhandelbare broeikasgasemissierechten rechtens vast. Daarmee is het voor de Nederlandse bedrijven die onder de werkingssfeer van de EG-richtlijn voor broeikasgasemissiehandel vallen duidelijk welk aantal rechten zij jaarlijks krijgen toegewezen.<sup>7</sup> Pas indien ook in de andere EU-lidstaten de toewijzingsprocedures, inclusief beroepen, zijn afgerond kan daadwerkelijk worden gesproken over een EU-wijde broeikasgasemissierechtenmarkt, en kan de toewijzing definitief worden geanalyseerd.

<sup>5</sup> Zie voor een vergelijkende analyse van het milieubeleid van de VS en de EU: Norman J. Vig, Michael G. Faure ed., *Green Giants? Environmental policies of the United States and the European Union*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2004.

<sup>6</sup> Afdeling bestuursrechtspraak, zaaknummer 200409630/2 en 31 andere nummer JB 2005, nr. 291, m.nt MP. In feite betreft de einduitspraak het gewijzigde Nationaal toewijzingsbesluit van 15 juni 2005. Deze wijziging is totstandgekomen naar aanleiding van de tussenuitspraak van de Afdeling van 8 april 2005, JB 2005, nr. 291, m. nt MP; AB 2005/161, m.nt ChB; M en R 2005/5, jur.nr. 49 m.nt JvdB.

<sup>7</sup> Het verzoek van een van de appellanten om een prejudiciële vraag te stellen over de mogelijkheid van de zogenaamde ex-post toewijzing van emissierechten wordt afgewezen; zie rechtsoverweging 2.6.5 van de genoemde uitspraak.

Er zijn aanwijzingen dat in de eerste fase door de lidstaten – waaronder Nederland – de emissierechten geenszins in krappe mate zijn toebedeeld.<sup>8</sup> In de toekomst zullen echter verdergaande broeikasgasemissiereducties moeten worden verwezenlijkt. Men mag wel aannemen dat Europese bedrijven zich zullen verzetten tegen maatregelen waarmee de internationale, maar ook de Europese of binnenlandse concurrentiepositie zou worden benadeeld. In dit opzicht is het logisch dat bedrijven zullen zoeken naar rechtsmiddelen om een eventueel concurrentienadeel te voorkomen. Overigens kan er ook zonder een vermoed concurrentienadeel voor de bedrijven reeds aanleiding zijn om de toewijzing van rechten aan te vechten: nu de rechten een financiële waarde vertegenwoordigen, is er reeds daarom aanleiding om over zoveel mogelijk rechten te beschikken.

## 1.2

### DOEL EN OPZET VAN DIT RAPPORT

In dit rapport wordt vanuit een bestuurlijk-juridisch en een economisch perspectief beschouwd wat de huidige allocatiemethode van het Europese emissiehandelssysteem betekent voor concurrentieverhoudingen in de EU. Daarbij komt aan de orde de al dan niet gelijke wijze waarop de rechten in dit systeem worden verdeeld over de bedrijven, en de juridische en economische problemen die in dit opzicht zijn ontstaan of zouden kunnen ontstaan. Evaluaties van het gelopen proces inzake de toewijzing van de rechten zijn van belang om de effecten van het huidige systeem te doorgronden, en om van daaruit – indien nodig – tot voorstellen tot verbetering te komen. Methodologisch gezien is de vraag relevant hoe nu eigenlijk een emissiehandelssysteem geëvalueerd kan worden. Met het evalueren van in de praktijk functionerende emissiehandelssystemen bestaat tot dusver beperkte ervaring. Dit onderzoek richt zich slechts op de distributie van de emissierechten zoals deze heeft plaatsgevonden bij de introductie van het Europese broeikasgasemissiehandelssysteem, en beschouwt enkele in dat verband van belang zijnde juridische en economische aandachtspunten binnen het thema concurrentieverhoudingen van de onder de richtlijn vallende industrie. Deze afbakening is totstandgekomen binnen het STEM-programma.

Uiteraard is voor het verkrijgen van een volledig beeld omtrent de werking van emissiehandel een ruimer pakket van evaluatiecriteria nodig.<sup>9</sup> Een vrij breed evaluatieonderzoek van een aantal in de praktijk voorkomende emissiehandelssystemen is opgenomen in een in 2004 gepubliceerd OESO rapport.<sup>10</sup> De belangrijkste evaluatiecriteria zijn in dat verband de milieueffectiviteit ('environmental effectiveness') en de kosteneffectiviteit ('economic

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld Ulrich Ellinghaus, Peter Ebsen, Hannes Schloemann (2004), *The EU Emissions Trading Scheme (EU ETS): a Status Report*, Journal for European Environmental & Planning Law, 1(1). Zie verder ook een in augustus 2004 verrichte analyse Ecofys (2004), *Analysis of the National Allocation Plans for the EU Emissions Trading Scheme*,

[http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim\\_Report\\_NAP\\_Evaluation\\_180804.pdf](http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim_Report_NAP_Evaluation_180804.pdf);

en nadien Egenhofer, C., Fujiwara, N., *Reviewing the EU Emissions Trading Scheme—Priorities for the short-term implementation of the second round of allocation—Part 1*, CEPS Report, July 2005.

<sup>9</sup>Zie meer algemeen over de problemen bij het ontwikkelen van een set van criteria voor de evaluatie van het milieubeleid: David E. Ervin e.a., *Does Environmental Policy work?* Edward Elgar, 2003, p. 4. In dat boek ligt de nadruk op economische evaluatiecriteria.

<sup>10</sup> OECD, *Tradeable Permits, Policy Evaluation, Design and Reform*, Parijs 2004.

efficiency'). Juridische aandachtspunten, zoals de verenigbaarheid van de systemen met rechtsnormen zoals gelijkheid en rechtszekerheid, een analyse van de conflictopwekkende elementen in de regeling bijvoorbeeld door het gebruik van vage normen, de aanwezigheid van (noodzakelijke) beslissingsvrijheden voor het bestuur en de vraag hoe deze (door hoger bestuur en door de rechter) gecontroleerd worden, en inspraak bij en transparantie van het besluitvormingsproces, waaronder openbaarheid van informatie, komen evenwel in dat rapport in zeer geringe mate aan bod.

Ook dit onderzoek kent een beperkte opzet. De vraag wat de invloed van de gekozen allocatiemethode is op concurrentieverhoudingen valt in de categorisering van evaluatiecriteria zoals gedaan in het OESO rapport onder de 'bredere economische effecten', waarbij het vooral gaat om concurrentieverhoudingen en verdelingseffecten. Het OESO rapport wijst er op dat ex post moeilijk een exact inzicht kan worden gegeven in effecten als er niet ex ante een vaststelling heeft plaatsgevonden.<sup>11</sup> Voorzover bij de auteurs van de onderhavige studie bekend is, heeft deze vaststelling in EU-wijde zin inderdaad niet plaatsgevonden in het kader van het broeikasgasemissiehandel. Ook wordt in het rapport gewezen op het feit dat het achteraf voor sommige ontwikkelingen moeilijk verklaarbaar is of deze in direct verband staan tot het emissiehandelssysteem, dan wel ook zonder dat systeem waarschijnlijk opgetreden zouden zijn.<sup>12</sup>

Voor exacte, op data gebaseerde ex post analyses zullen derhalve in beginsel reeds ex ante uitgebreide data-analyses verricht moeten zijn (of, indien mogelijk, achteraf uitgevoerd moeten worden). Bovendien spelen er ook met dergelijke meer exacte, op data gebaseerde analyses nog onzekerheden een rol terzake de oorzaak van een ontwikkeling. Dit onderzoek zal derhalve in minder exacte, en meer beschouwende, zin inzichten formuleren op het gekozen thema.

Waar het gaat om de verdeling van de rechten kunnen verschillende situaties van mogelijke concurrentieverstoringen worden onderscheiden: ten eerste *de concurrentieposities van vergelijkbare bedrijven*, zoals de cementindustrie in de EU. De mate van toedeling van emissierechten beïnvloedt de vermogensposities van de cementindustrie. Er kunnen derhalve bij verschillen in toewijzing tussen landen verschillende financiële invloeden zijn op gelijksoortige bedrijven in de EU.

Ten tweede kan gelet op de ingestelde markt voor emissierechten wellicht gesproken worden over verschil in posities ten aanzien van de *verkrijging als zodanig* van de verhandelbare rechten. Indien bijvoorbeeld in land X voor de gehele sector vallend onder de werkingssfeer van de richtlijn broeikasgasemissiehandel een ruimere toegang tot Joint Implementation (JI) en Clean Development Mechanism (CDM) projecten wordt verschaft dan in land Y, dan is daarmee in land X de mogelijkheid voor bedrijven om via emissiehandel aan hun verplichtingen te voldoen (of om bijvoorbeeld rechten te verkopen) ook ruimer, en (waarschijnlijk

<sup>11</sup> OECD, *Tradeable Permits, Policy Evaluation, Design and Reform*, Parijs 2004, p. 15.

<sup>12</sup> OECD rapport, p. 15 en m.n. p. 18-19, en zie met betrekking tot ontwikkeling van grotere nauwkeurigheid bij monitoring ook p. 26.

vaak) minder kostbaar. Er is dan als het ware een verschil in concurrentieposities in de emissierechtenmarkt. Bedrijven in het land X zijn in dit voorbeeld in het voordeel, zeker gezien het feit dat de kosten van JI- en CDM projecten per ton emissiereductie doorgaans lager zijn dan de prijs van een Europees broeikasgasemissierecht.

De opzet van dit rapport luidt als volgt. In paragraaf 3 van dit eerste hoofdstuk volgt eerst een meer algemene verkenning op het thema gelijke concurrentieverhoudingen en broeikasgasemissiehandel in de EU. In hoofdstuk 2 wordt vervolgens ingegaan op het geldende internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kader voor de verdeling van de broeikasgasemissierechten. Daarbij wordt onderzocht in hoeverre in dit kader het idee van gelijke concurrentieverhoudingen vorm heeft gekregen. In hoofdstuk 3 bevindt zich het juridische deel van de evaluatie, waarbij onder meer wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de zorg voor verstoring van concurrentieposities een rol speelde in rechterlijke procedures. In hoofdstuk 4 worden bekende en potentiële economische effecten van de huidige allocatiemethode weergegeven – met daarbij aandacht voor de effecten van de allocatiemethode op de binnenlandse en transnationale concurrentieverhoudingen. In hoofdstuk 5 vindt een afronding plaats, waarbij de huidige verdelingsmethode wordt vergeleken met de verwachtingen die leven aangaande alternatieve verdelingsmethoden zoals de relatieve emissiehandel (“psr”) en veilen.

Gelet op de beperkte omvang van het onderzoek en de complexiteit van het thema worden de mondiale concurrentieverhoudingen niet besproken: de aandacht zal vooral worden gericht op de concurrentieverhoudingen binnen Europa. Ook wordt in slechts beperkte mate ingegaan op de wijze waarop nieuwkomers op de markt worden behandeld. Voor het uitdiepen van deze thema’s zou meer onderzoekstijd nodig zijn.

### 1.3

#### **HET THEMA NADER VERKEND**

##### ***De interne markt en de (beperkte) harmonisatie van milieuregelgeving***

Voordat het thema Europese concurrentieverhoudingen bij broeikasgasemissiehandel verder wordt uitgediept is het van belang om in inleidende zin stil te staan bij de Europeesrechtelijke context waarin de richtlijn broeikasgasemissiehandel moet worden geplaatst. In het bijzonder is van belang het juridische kader voor de mate van harmonisatie van de milieuvoorwaarden voor de in de EU gevestigde bedrijven. Deze milieuvoorwaarden zijn zoals bekend in het Europese milieurecht slechts gedeeltelijk geharmoniseerd. Ook andere omstandigheden relevant voor het bedrijfsleven zijn slechts beperkt geharmoniseerd. Het is dus een fictie om uit te gaan van de gedachte dat in de EU bedrijven onder gelijke voorwaarden produceren. Zelfs in één land kunnen de voorwaarden al aanzienlijk verschillen, al is het maar omdat bijvoorbeeld de tarieven voor onroerendzaakbelasting verschillend zijn tussen gemeenten, of omdat grondprijzen verschillend zijn. Ook kunnen fysieke omstandigheden van landen, relevant voor het voeren van een klimaatbeleid, verschillend zijn. Zo is recentelijk nog opgemerkt dat in Nederland in vergelijking met omringende

landen een groot potentieel is voor ondergrondse opslag van CO<sub>2</sub> in verband met aanwezige gasvelden.<sup>13</sup>

Harmonisatie van regelgeving is geen absolute doelstelling van de EG, maar is een hulpmiddel om de overwegend sociaal-economische kerndoelstellingen te verwezenlijken. Tot deze doelstellingen behoren het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, en het bevorderen van de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen Lidstaten. Deze en andere doelstellingen tracht men in de EG te bereiken via het instellen van een gemeenschappelijke (een interne) markt, een economische en monetaire unie, en het uitvoeren van gemeenschappelijk beleid of gemeenschappelijke activiteiten, waaronder de totstandbrenging van secundaire milieuwetgeving. Maar juist in een verbond van 25 lidstaten, die qua historische, culturele en economische ontwikkeling vaak grote verschillen vertonen, is het de vraag of er uiteindelijk een zeer ver doorgevoerde harmonisatie van beleid en rechtstelsels doorgevoerd kan of zou moeten worden.<sup>14</sup> Naast het streven naar een bepaalde mate van eenheid is immers een algemeen kenmerk van de Europese Unie dat er verschillen zijn en blijven tussen de rechtstelsels van de lidstaten.<sup>15</sup> Dit uitgangspunt wordt versterkt door de toetreding van de lidstaten in mei 2004, waarmee tien nieuwe rechtsculturen onderdeel zijn geworden van de EU. Het is dan ook geen doel van de EU – noch van de Europese Gemeenschap – om alle rechtstelsels van de aangesloten lidstaten volledig te harmoniseren.

Bovendien wordt in literatuur betoogd dat keuzes in principe bij voorkeur decentraal zouden moeten worden gemaakt, waardoor diversiteit aan beleidsoplossingen en competitie tussen beleidsoplossingen kunnen ontstaan. Harmonisatie van regelgeving zou wel nuttig kunnen zijn, om zo bijvoorbeeld een reëel gevaar voor een “race tot the bottom” te voorkomen (zwakke of geen milieunormering met het doel economisch voordeel te behalen). Wel moet bij een wens tot harmonisatie goed worden afgewogen welke normen precies zouden moeten worden gelijkgesteld.<sup>16</sup>

Harmonisatie van regelgeving zal in de EU onder meer plaatsvinden in het licht van het bereiken van één interne markt, hetgeen een gronddoelstelling is, zoals

<sup>13</sup> TK 2004-2005 bijlage bij Kamerstuk 27801, nr. 41, *Hoofdlijnennotitie Toekomstagenda Milieu*, 14 september 2005, p. 19.

<sup>14</sup> Walter van Gerven, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Hart Publishing, 2005.

<sup>15</sup> Het EU-verdrag voorziet zelfs in de mogelijkheid dat een beperkte groep lidstaten, die verder willen gaan met integratie van hun rechtstelsels, daartoe geoorloofd zijn (“enhanced cooperation”) (art 43 EU-verdrag). Zie ook P. Craig en G. De Burca, *EU law: text, cases and materials*, Oxford University Press 2003, p. 49.

<sup>16</sup> Hier zij verwezen naar Daniel C. Esty en Damien Gerardin, *Regulatory competition and economic integration*, Oxford University Press: Oxford UK 2001, en, specifiek ten aanzien van harmonisatie van milieuregelgeving in datzelfde boek: Michael Faure, *Regulatory Competition vs Harmonization in EU Environmental Law*, p. 263-288.

vastgelegd in art. 2 van het EG-verdrag.<sup>17</sup> Naast het realiseren van een interne markt, waaronder de harmonisering van productnormen om de wetgeving ten behoeve van de interne markt gelijk te stellen, vormt het voeren van milieubeleid uitdrukkelijk een taak van de Gemeenschap.<sup>18</sup> Met het oog hierop is aan de Raad de taak toegekend activiteiten vast te stellen (art. 175 EG-verdrag). Bij het vaststellen van milieumaatregelen dient gelet op art. 5 EG-verdrag oog te worden gehouden voor de mogelijkheden voor de lidstaten om het beleidsprobleem zelf op te lossen. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit dienen geëerbiedigd te worden.<sup>19</sup> Hieruit volgt dat niet alle normen en instrumenten op gemeenschappelijk niveau moeten worden geregeld, maar dat een zo groot mogelijke mate van autonomie aan de lidstaten moet worden gelaten. In art. 176 EG-verdrag is bovendien geregeld dat een lidstaat verdergaande maatregelen mag nemen ten opzichte van de op communautair genomen milieumaatregelen. Ook hierdoor kan er diversiteit van regelgeving binnen de EU ontstaan. Deze aanvullende nationale maatregelen moeten natuurlijk wel verenigbaar zijn met het Verdrag. In dit verband is van belang dat uit milieubescherming voortvloeiende handelsbelemmeringen onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn.<sup>20</sup>

Er is derhalve in de EU geen sprake van een situatie waarin de productievoorwaarden en andere omstandigheden waaronder bedrijven opereren volledig zijn gelijkgesteld. De milieuregelgeving gebaseerd op art. 175 EG-verdrag – en zo ook de richtlijn broeikasgasemissiehandel – heeft niet geleid tot volstreekte harmonisatie, maar tot minimumharmonisatie, met mogelijke aanvulling door lidstaten. Dit kan ook wel positieve harmonisatie worden genoemd: niet zozeer het weghalen van handelsversturende maatregelen is het doel, maar het bevorderen dat de wetgeving van de lidstaten het milieudoel verdisconteert en beschermt. Dergelijke milieumaatregelen kunnen natuurlijk wel invloed hebben op de werking van de interne markt.

### ***Het niet-locatiespecifieke kenmerk van het klimaatprobleem en het instrument emissiehandel***

Bijzonder bij het klimaatprobleem is dat er geen directe relatie is tussen de plaats van de emissie en het optredende negatieve effect. De klimaatproblematiek is immers een zogenaamd ‘niet-locatiespecifiek’ probleem.<sup>21</sup> Het maakt voor het optreden van het broeikaseffect in principe niet uit waar de broeikasgassen geëmitteerd worden. Door dit specifieke kenmerk is er geen milieubeleidsmatige reden om gelijke milieukwaliteitsnormen te stellen voor de lidstaten en de subregio's om zo de lokale milieukwaliteit van een minimumbescherming te

<sup>17</sup> Zie art. 2 EG verdrag.

<sup>18</sup> Art. 2 en 174 EG verdrag. In art. 6 EG verdrag is bovendien een opdracht tot externe integratie van het milieubelang neergelegd.

<sup>19</sup> Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende Akten; met Protocollen, Bijlage en Verklaringen; Amsterdam, 2 oktober 1997, Tb 1998/11.

<sup>20</sup> J.H. Jans, *European Environmental Law*, Europa Law Publishing Groningen 2000, Hoofdstuk 6.

<sup>21</sup> Sommige niet-CO<sub>2</sub>-broeikasgassen kunnen overigens wel een ander, lokaal, milieu-effect hebben.



voorzien.<sup>22</sup> Ook is het niet nodig om voor de emissie van broeikasgassen brongerichte maatregelen voor te schrijven met het doel om zo de lokale milieukwaliteit te beschermen. Wel kan het nodig zijn om voor de lokale effecten van broeikasgassen regels te stellen.

Het is, nu het niet uitmaakt waar de reducties van de broeikasgassen getroffen worden, moeilijk voor een wetgever om EU-wijd voor te schrijven waar de benodigde reducties het best gerealiseerd kunnen worden (bijvoorbeeld daar waar dat het meest efficiënt en effectief is). Juist via een emissiehandelssysteem in de klassieke vorm ('cap and trade') wordt gebruik gemaakt van een mechanisme dat in essentie er toe kan leiden dat milieumaatregelen daar worden genomen waar deze het minst kosten (de laagste marginale kosten), terwijl de milieueffectiviteit door het plafond wordt gegarandeerd. Verondersteld wordt dat het veel moeilijker is voor de overheid om reductiemaatregelen van bovenaf te formuleren en op te leggen in plaats van deze, via de werking van het instrument emissiehandel, door de markt te laten treffen. Een heel moeilijk punt bij dit instrument is evenwel de eerste verdeling, ook wel genoemd de initiële verdeling, van de emissierechten. In theorie wordt de optie van een veiling als meest ideale vorm gepresenteerd, terwijl in realiteit door de politieke besluitvormers de gratis verdeling juist als aantrekkelijker wordt beschouwd.<sup>23</sup> In de economische theorie is verdedigd dat zolang er sprake is van een concurrerende markt, de uiteindelijke verdeling van de rechten niet door de initiële verdeling wordt beïnvloed.<sup>24</sup> De wijze van de initiële verdeling beïnvloedt uiteraard wel de vermogenspositie van de deelnemers bij aanvang van de markt. Bovendien zou zich de situatie kunnen voordoen dat er geen sprake is van een concurrerende markt, in welk geval aandacht voor de verdeling van de rechten in eerste instantie extra nodig is.

### ***Aandacht voor initiële allocatie***

De initiële allocatie is dus in zijn algemeenheid een zeer lastig element bij de introductie van emissiehandel. Dit is ook het geval bij de huidige regeling van broeikasgasemissiehandel in de EU, met name omdat er gekozen is voor een decentrale toedeling van de broeikasgasemissierechten. Het gevaar dat schuilt in deze decentrale aanpak is dat de lidstaten geneigd zullen zijn hun eigen industrie niet te benadelen, en derhalve een ruime toedeling willen laten plaatsvinden.<sup>25</sup> Er is reeds gerapporteerd dat in de eerste fase een ruime allocatie heeft plaatsgevonden,

<sup>22</sup> Vergelijk de kaderrichtlijn lucht en de dochterrichtlijnen, zoals richtlijn 1999/30/EG van 22 april 1999, Pb EG L 163 29/06/1999, p. 041-060.

<sup>23</sup> Het systeem van veiling is voorgesteld door een van de grondleggers van emissiehandel, J.H. Dales, *Pollution, Property and Prices, An essay in Policy-making and Economics*, with a foreword by Wallace E. Oates, 2002, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.

<sup>24</sup> Naar deze economische literatuur is eerder verwezen door M. Peeters (1992), *Marktconform milieurecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de verhandelbaarheid van vervuiliingsrechten*, p. 84. Zie T.H. Tietenberg, (1985) *Emissions trading, an exercise in reforming pollution policy*, Washington D.C.: resources for the future; T.H. Tietenberg, (1989) *Marketable permits in the United States: a decade of experience*, in: M. Neumann. K.W. Roskamp (eds), *Public finance and performance of enterprises*, Detroit: Wayne state university press.

<sup>25</sup> Eerder: Marjan Peeters, *Emissions Trading: A Matter of Learning and Earning*, in: *Environmental Law Network International*, 2/2004, p. 12-19.

die door de Commissie in zekere mate is getolereerd. Een grote meerderheid van de lidstaten heeft een toename van emissies toegestaan van de bedrijven die onder de emissiehandelsrichtlijn vallen.<sup>26</sup> De Commissie heeft met name een lager aantal toe te wijzen broeikasgasemissierechten verlangd indien er ruimer zou worden toegewezen dan de te verwachten groei, of indien de voorspelde groei niet voldoende werd onderbouwd.<sup>27</sup>

De vraag rijst of de toedeling wel aan de lidstaten moet worden gelaten zoals nu aan de orde is bij de huidige richtlijn. Indien dit tot ongewenste effecten leidt (qua milieu-effectiviteit, en / of qua verstoring van de concurrentie op de interne markt) is er een reden om te overwegen de toedeling door de lidstaten strakker te normeren, of zelfs op centraal EU-niveau uit te voeren. Algemene bestuurskundige analyses laten zien dat een staat wel zou kunnen kiezen voor het opwekken van het zogenaamde “California-effect”, maar het is de vraag of een lidstaat zich voldoende sterk zou voelen om dat spoor te bewandelen.<sup>28</sup> Het California-effect houdt in dat een stringent-(er) milieubeleid in een staat een positieve uitstraling kan hebben op het milieubeleid van andere staten waarmee handel wordt gevoerd. Een voortrekkersrol met strengere milieunormering zou tot voordelen kunnen leiden voor een staat. Een tegengesteld effect, het eerder genoemde race-to-the-bottom effect, wordt wel het Delaware effect genoemd. Gelet op de huidige gang van zaken bij de verdeling van broeikasgasrechten in de EU is er vooralsnog weinig aanleiding te veronderstellen dat lidstaten hun eigen industrie aan strengere voorwaarden zouden onderwerpen, tenzij vanuit het internationale recht, grondrechten of misschien zelfs het aansprakelijkheidsrecht een impuls zou ontstaan.

Een zeer verre gaand idee zou zijn om een EU-wijde veiling van broeikasgasrechten te organiseren, om daarmee recht te doen aan de voorkeursoptie uit de economische literatuur. Een dergelijke optie, met name de precieze regulering en de economische consequenties, en de inpassing en organisatie van de veiling in het specifieke EU-systeem waarbij in principe de bevoegdheden laag bij de lidstaten zouden moeten blijven, moeten nog goed worden doordacht.

Naast de vraag op welk niveau de rechten moeten worden verdeeld, kan als algemeen uitgangspunt worden aangehouden dat bij de eerste toewijzing van rechten er voor moet worden gezorgd dat wordt voldaan aan de beginselen van de democratische rechtsstaat, dat fundamentele beginselen zoals het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel in acht worden genomen, dat sprake is van transparantie, openbaarheid van informatie en inspraak, en dat tenslotte rechtsbescherming mogelijk is. In de kern komt het er op neer dat emittenten bij de initiële verdeling

<sup>26</sup> Egenhofer, C., Fujiwara, N., *Reviewing the EU Emissions Trading Scheme—Priorities for the short-term implementation of the second round of allocation — Part 1*, CEPS Report, July 2005. Zie ook eerder: Ecofys (2004), *Analysis of the National Allocation Plans for the EU Emissions Trading Scheme*, [http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim\\_Report\\_NAP\\_Evaluation\\_180804.pdf](http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim_Report_NAP_Evaluation_180804.pdf).

<sup>27</sup> Javier de Cendra de Larragan, Background paper on National Allocation Plans, Metro 18 January 2006, p. 15.

<sup>28</sup> David Vogel, (1995), *Trading up: consumer and environmental regulation in a global economy*, Harvard University Press: Cambridge MA.

geen ruimere toedeling dan andere deelnemers zouden mogen krijgen zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

## HOOFDSTUK

## 2

## Het juridische kader voor de bestuurlijke toedeling van de emissierechten

## 2.1

## HET KYOTO PROTOCOL EN DE EUROPESE LASTENVERDELINGSOVEREENKOMST

***Huidig recht***

De EG-richtlijn voor broeikasgasemissiehandel kan niet los worden gezien van de internationale context. De richtlijn is bedoeld om bij te dragen aan de verwezenlijking van de in het Kyoto Protocol afgesproken emissiereductiepercentages. In het Kyoto Protocol is speciaal voor de EG een voorziening getroffen om de internationale emissiereductiepercentages in gezamenlijk EG-verband te behalen. Deze internationale context, en de invulling daarvan in de EG, wordt hieronder kort besproken.

De Europese Gemeenschap en alle EU-lidstaten, ook de op 1 mei 2004 toegetreden lidstaten, zijn partij bij het Klimaatverdrag en het onder dit regime gesloten Kyoto Protocol.<sup>29</sup> De EG heeft een emissiereductieverplichting van 8% ten opzichte van de in het Kyoto Protocol genoemde referentiejaar 1990 en 1995.<sup>30</sup> Deze emissiereductieverplichting heeft betrekking op de groep van de vijftien “oude” lidstaten (de lidstaten van vóór 1 mei 2004, verder aangeduid als EU-15). Op grond van het Kyoto Protocol dienen deze lidstaten elk 8% te reduceren, maar in de zogenaamde lastenverdelingsovereenkomst zijn de in het Kyoto Protocol opgenomen emissiereductieverplichtingen voor deze vijftien lidstaten herverdeeld.<sup>31</sup> Elke lidstaat heeft daarmee een nieuwe emissiereductieverplichting

<sup>29</sup> Besluit van de Raad van 15 december 1993 betreffende de sluiting van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, Pb EG L 033 van 07/02/1994, p. 011-012, en Beschikking van de Raad betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegane verplichtingen 2002/358/EG, Pb EG L 130/1-3.

<sup>30</sup> Het is mogelijk om voor drie categorieën broeikasgassen 1995 als referentiejaar te kiezen (te weten: gehalogeneerde koolwaterstoffen (HKF's), perfluorkoolwaterstoffen (PFK's) en zwavelhexafluoride (SF6)). Zie ook art. 3 lid 8 KP.

<sup>31</sup> De in 1998 als een politiek akkoord vastgestelde lastenverdelingsovereenkomst is geformaliseerd in het besluit van 25 april 2002 waarbij namens de EG wordt toegetreden tot het Kyoto Protocol. Zie uitgebreid over dit besluit Marc Pallemarts, *De Europese Gemeenschap als Verdragsluitende Partij bij het*

verkregen, maar wel zodanig dat voor de EG-15 gezamenlijk een doelstelling van min 8 procent geldt. Door de herverdeling is er een grote differentiatie aangebracht in de emissiereductiedoelstellingen voor deze lidstaten. Ingevolge de lastenverdelingsovereenkomst luidt de emissiereductieverplichting voor bijvoorbeeld Nederland -6%, voor Frankrijk 0%, voor Spanje +15% en voor Griekenland zelfs +25%.<sup>32</sup> Ook voor de nieuwe lidstaten (de in mei 2004 toetreden lidstaten) gelden voor de periode 2008-2012 emissiereducties, variërend van voor Polen -6%, en voor Tsjechië -8%. Deze nieuwe lidstaten maken geen deel uit van de voor hun toetreding overeengekomen lastenverdeling; de voor hen geldende emissiereductieverplichtingen vloeien rechtstreeks voort uit het Kyoto Protocol. Voor Malta en Cyprus gelden zelfs helemaal geen emissiereductieverplichtingen.

De emissiereducties die de lidstaten dienen te verwezenlijken in de periode 2008-2012 zijn dus verschillend. Deze in de lastenverdelingsovereenkomst vastgestelde emissiereductieverplichtingen zijn onder meer gebaseerd op de bestaande emissieniveaus, verwachtingen inzake economische ontwikkeling, de energihuishouding, en de industriële structuur van de betrokken lidstaten.<sup>33</sup>

Met het aangaan van de lastenverdelingsovereenkomst is een *gezamenlijke verplichting* ontstaan van de EG en de 15 oude lidstaten inzake de nakoming van de in art. 3 van het Kyoto Protocol neergelegde emissiereductiebepalingen; er wordt in dit verband ook wel van de Europese 'bubble' gesproken.<sup>34</sup> Het herverdelen van de reductieverplichtingen is toegestaan gelet op art. 4 van het Kyoto Protocol, waarin de mogelijkheid wordt geboden aan verdragspartijen om een overeenkomst te sluiten inzake de gezamenlijke nakoming van de emissiereductieverplichtingen. Naast een gezamenlijke internationale verplichting is sprake van een interne, communautaire binding: de lidstaten zijn gehouden aan de in artikel 2 van het bekrachtigingsbesluit neergelegde verplichting tot het nemen van maatregelen voor het behalen van de afgesproken maximale emissieniveaus.<sup>35</sup>

---

*Protocol van Kyoto*, in: Tijdschrift voor Milieurecht 2004, p. 122-136. De politieke besluitvorming betreft de Raadsconclusies van 16 juni 1998.

<sup>32</sup> De emissiereductieverplichtingen zoals overeengekomen in het Kyoto Protocol staan vermeld in Bijlage B bij het protocol; de emissiereductieverplichtingen na de lastenverdelingsovereenkomst staan in Bijlage II bij Beschikking 2002/358/EG.

<sup>33</sup> Deze lastenverdelingsovereenkomst is neergelegd in annex 2 van het goedkeuringsbesluit inzake het Kyoto Protocol; zie verder overweging 12 van dat besluit, en Ludwig Krämer, *EC Environmental Law*, 2003, fifth ed. London: Sweet & Maxwell, p. 303.

<sup>34</sup> Zie over de Europese bubble Michael Grubb, Christiaan Vrolijk, *Annex 1: Target differentiation and the 'European Bubble'*, in: Joyeeta Gupta, Michael Grubb (ed.), *Climate Change and European Leadership*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2000. zie uitgebreid over juridische aspecten Frédéric Jacquemont, *The Kyoto Compliance Regime, The European Bubble, Some legal consequences*, *Climate Change Policy* 351-406, in Michael Bothe, Eckard Reh binder (ed.) *Climate Change Policy*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2005.

<sup>35</sup> Het is onduidelijk of deze binding ook zou bestaan indien het KP niet in werking zou zijn getreden. Zie hierover M. Pallemarts, p. 131.

Voor de internationale concurrentiepositie van de Europese industrie is van belang dat belangrijke andere grote broeikasgasemittenten geen internationaal bindende emissiereductiepercentages hebben. Immers, de VS en Australië hebben het Kyoto Protocol niet geratificeerd, en voor opkomende landen als China, India en Brazilië zijn in het Kyoto Protocol geen emissiereductieverplichtingen vastgesteld. Bovendien zijn er aanwijzingen dat in een land als Canada het behalen van de vastgestelde emissiereductieverplichting moeizaam verloopt.

Bij transnationale milieuproblemen vormen internationale milieuverdragen normaliter het instrument om het zogenaamde 'free rider' gedrag tegen te gaan. Via internationale afspraken, die weliswaar vaak moeizaam tot stand komen, en welhaast per definitie een consensus karakter kennen, kan worden getracht de lasten die zijn gemoeid met het terugdringen van milieuaantasting rechtvaardig te verdelen. Voor het probleem van klimaatverandering blijken internationale effectieve multilaterale afspraken evenwel moeilijk te verwezenlijken. Mogelijk zal er een ontwikkeling gaan plaatsvinden naar (diverse) afspraken tussen kleine groepen landen, in plaats van één benadering via een raamwerkverdrag. Inmiddels is deze koers in feite al ingezet, met name ook door het "USA - Pacific Agreement" uit 2005.<sup>36</sup> De laatst gehouden bijeenkomst van de partijen bij het Klimaatverdrag en het Kyoto Protocol geeft evenwel een voorzichtig perspectief op multilaterale afspraken in breed verband.<sup>37</sup>

De EG heeft er sterk op aan gekoerst om het Kyoto Protocol van kracht te doen worden, hetgeen inderdaad is geschied op 16 februari 2005, en heeft willen laten zien dat voor de nakoming van de internationale emissiereductieverplichting ook daadwerkelijk interne maatregelen worden genomen, waarvan de richtlijn broeikasgasemissiehandel de belangrijkste is. De nu voor de EG en de lidstaten geldende afspraken inzake emissiereducties worden gekenmerkt door hun eenvoud: zo geldt voor Nederland (na vaststelling van de lastenverdelingsovereenkomst) een emissiereductiepercentage van 6%. Dit is in principe een eenvoudig geformuleerde doelstelling, maar het invullen van die doelstelling is een ingewikkeld vraagstuk. De kernvraag is hoe de daarvoor benodigde inspanningen worden verdeeld over de maatschappelijke actoren. Bij de klimaatproblematiek zijn er immers veel bronnen, van verschillende aard, die een bijdrage leveren. Deze kernvraag moet in feite door de lidstaten worden beantwoord. Gesteld kan worden dat in de EU door iedere lidstaat een eigen klimaatbeleid wordt geformuleerd, binnen het kader dat de EG daaraan stelt via met name secundaire wetgeving. In feite is het dus zo dat er 25 versies van nationaal klimaatbeleid zijn.

De EG-richtlijn broeikasgasemissiehandel ziet er nu juist op om een belangrijk deel van de Europese industrie een bijdrage te laten leveren aan de mitigatie van de broeikasgasemissies. Overigens is het momenteel onzeker of de verplichting van

<sup>36</sup> Zie bijvoorbeeld het USA / Asia-Pacific Agreement 28 juli 2005, te raadplegen op:

<http://www.state.gov/g/oes/rls/fs/50335.htm>.

<sup>37</sup> COP11/COP-MOP 1, Montreal 2005: [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int).

min 8% inderdaad wordt gehaald.<sup>38</sup> Uit rapportages blijkt dat het gebruik door lidstaten (en dus niet alleen de onder emissiehandel vallende bedrijven) van de zogenaamde flexibele mechanismen daarvoor belangrijk zal zijn.<sup>39</sup>

Maar ook binnen de EU is er sprake van zorg om concurrentieposities. Daarbij wordt de aandacht gevestigd op de vraag of bedrijven in verschillende lidstaten op een vergelijkbare wijze worden benaderd teneinde inspanningen te leveren in het kader van het klimaatbeleid.

### ***Onzekerheid omtrent toekomstige ontwikkelingen***

De in het Kyoto Protocol vastgestelde emissiereductieverplichtingen dienen in de periode 2008-2012 te worden gerealiseerd. Het Protocol, dat geen beperkte geldingsduur heeft, bevat geen concreet geformuleerde emissiereductiepercentages te verwezenlijken voor de periode na 2012. De internationale besprekingen over de mogelijke verplichtingen post 2012 zijn tot op heden nog uiterst vaag, en momenteel is er een voorzichtig vooruitzicht op nieuwe emissiereductieverplichtingen voor een brede groep van verdragspartijen.<sup>40</sup>

In het zesde milieu-actieprogramma van de EG is vastgesteld dat op langere termijn de mondiale emissie met 70% zou moeten verminderen.<sup>41</sup> Beraadslaging door de Raad in het voorjaar van 2005 leidde tot de formulering van een concreet doel inzake het te voeren klimaatbeleid: ontwikkelde landen zouden een emissiereductie van 15 tot 30 % in 2020 in vergelijking met 1990 als doelstelling moeten aanhouden.<sup>42</sup> Vlak voor deze Raad werd door de Milieuraad in nog verdergaande zin aangegeven dat door de ontwikkelde landen een weg ingeslagen zou moeten worden naar een emissiereductie van 60% tot 80% in 2050.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Op 27 mei 2005 is een verslag verschenen over de inventarisatie van emissies onder meer in het jaar 2003; dit verslag is uitgebracht door het Europese milieuagentschap en vormt de basis voor het later nog door de Commissie uit te brengen verslag: Annual European Community greenhouse gas inventory 1990-2003 and inventory report 2005; Revised final version, 27 May 2005, version 1.2 ([www.eea.eu.int](http://www.eea.eu.int)). De EU-15 oud zitten nog ver van hun Kyoto-doelstelling vandaan: er is slechts sprake van 1,7 % reductie ten opzichte van 1990 (en 1995). De emissies zijn dus opvallend genoeg ten opzichte van 2002 niet verlaagd, maar toegenomen: in de EU als geheel met 1,5 %, en in de EU-15 met 1.3%. Deze stijging wordt onder meer toegeschreven aan het koude weer in het eerste kwartaal van 2003. Inmiddels is in december door de Commissie gerapporteerd over de voortgang van de EU in 2005: Commission of the European Communities, Brussels, 1 December 2005, COM(2005)615, Communication from the Commission: Report on demonstrable progress under the Kyoto Protocol. Ook hieruit blijkt dat bestaande maatregelen onvoldoende zullen zijn, en dat de flexibele mechanismen essentieel zijn.

<sup>39</sup> Verslag 2004 (over emissies 2002) van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel 20.12.2004, COM(2004)818 definitief.

<sup>40</sup> Zie voor de uitkomst van de laatste bijeenkomst van de verdragspartijen eind november / begin december 2005 te Montreal de website [www.unfccc.de](http://www.unfccc.de).

<sup>41</sup> Beschikking 1600/2002/EG van het Europees Parlement en de Raad, PB C 192 van 12.8.2002 (p. 12).

<sup>42</sup> Aldus de conclusies van de raadsvergadering gehouden op 22 en 23 maart 2005, 7619/1/05, te raadplegen op: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/ec/84335.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/84335.pdf)

<sup>43</sup> Milieuraad, 10 maart 2005, press release 2647th council meeting, 6693/05 te raadplegen op: [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/envir/84322.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/envir/84322.pdf)

Onzeker is of binnen de EU de genoemde emissiereducties uiteindelijk ook worden aangehouden indien andere grote wereldspelers dat niet zouden doen. Daarmee is momenteel ook nog onzeker hoe, met name hoe intensief de EU intern wil doorgaan met het emissiehandelssysteem. De bestaande lastenverdelingsovereenkomst is totstandgekomen in de situatie waarin internationaalrechtelijk gezien door belangrijke spelers emissiereductieverplichtingen waren afgesproken. Op dit moment kan uit de voor het publiek beschikbare informatie geen concrete aanwijzing worden ontleend wanneer en hoe een nieuwe lastenverdelingsovereenkomst wordt voorbereid, en wat de uitgangspunten daarvoor zouden zijn. Uiteindelijk kan de inhoud van een nieuwe lastenverdelingsovereenkomst, en met name de verschillen tussen de lidstatelijke emissiereductieverplichtingen, ook van invloed zijn op de toekomstige emissieruimte voor de onder emissiehandel vallende bedrijven.

## 2.2

### **DE RICHTLIJN BROEIKASGASEMISSIEHANDEL**

#### ***Plaats van emissiehandel binnen het Europese klimaatbeleid***

Binnen de EU kan een Europees milieubeleid worden gevoerd met de mogelijkheden die het EG-verdrag daartoe biedt. De Europese Gemeenschap heeft zoals bekend geen universele bevoegdheid om wetgevingsiniciatieven uit te vaardigen; art. 5 van het EG-verdrag bepaalt dat de Gemeenschap nu eenmaal handelt binnen de grenzen van de haar door het verdrag verleende bevoegdheden en toegewezen doelstellingen.

Terzake de klimaatproblematiek is al eerder in de literatuur stilgestaan bij het feit dat het scala aan bevoegdheden neergelegd in het EG-verdrag mogelijk ontoereikend lijkt voor het voeren van een coherent en effectief Europees klimaatbeleid.<sup>44</sup> De beheersing van de klimaatverandering wordt bovendien niet expliciet genoemd in art. 3 van het EG-verdrag, waar de activiteiten worden vermeld die het optreden van de Gemeenschap omvatten.<sup>45</sup> De vraag is of eventueel te nemen beleidsmaatregelen inzake klimaatverandering kunnen worden gezien als “een beleid op het gebied van het milieu”, en of er niet juist voor een belangrijk deel sprake is van energiebeleid. Het voeren van een energiebeleid is evenwel niet expliciet genoemd in art. 3 EG-verdrag, wel is er de mogelijkheid tot het nemen van maatregelen op het gebied van energie. Meestal dienen ofwel art. 175 EG-verdrag ofwel art. 308 EG-verdrag als basis voor energiegerelateerde wetgeving. Voorts moet de uitzonderingsbepaling neergelegd in art. 175, tweede lid, EG-verdrag indachtig worden gehouden, op grond waarvan een specifieke besluitvormingsprocedure geldt voor maatregelen “die van aanzienlijke invloed zijn op de keuze van een Lidstaat tussen verschillende energiebronnen en op de algemene structuur van zijn energievoorziening”. In dat geval beslist de Raad met eenparigheid van stemmen en wordt het Europees Parlement slechts geconsulteerd.

<sup>44</sup> Zie hierover Agnetha Dahl, *Competence and subsidiarity*, in: Joyeeta Gupta, Michael Grubb (ed.), *Climate Change and European Leadership*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2000.

<sup>45</sup> Ludwig Krämer, *EC Environmental Law*, 2003, fifth ed. Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 300.



Niettemin is er door de Commissie een Europees programma inzake klimaatverandering ingesteld, waarin via een uitgebreide consultatie van belanghebbenden communautaire maatregelen worden overwogen.<sup>46</sup> De richtlijn emissiehandel vormt in dat kader een belangrijk instrument tot beheersing van de klimaatproblematiek. Daarnaast zijn andere maatregelen in EG-verband getroffen. Deze maatregelen bevatten vaak zachte verplichtingen, of vormen slechts een geringe ingreep. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval bij de ook in 2003 aangenomen richtlijn inzake de energieheffing,<sup>47</sup> waarmee een raamwerk voor belastingen op energieproducten en elektriciteit is ingesteld. De richtlijn wordt gekenmerkt door vele uitzonderingen en kan daarom niet als een krachtige ingreep worden beschouwd. Overigens is van belang dat de richtlijn de mogelijkheid biedt om activiteiten van de heffing uit te zonderen indien een emissiehandelssysteem van toepassing wordt, indien deelgenomen wordt aan vrijwillige milieuafspraken (convenanten), of indien op andere wijze wordt bijgedragen aan de reductie van energiegebruik.

In 2004 is de richtlijn broeikasgasemissiehandel gewijzigd door richtlijn 2004/101/EG die betrekking heeft op een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap met betrekking tot de projectgebonden mechanismen van het Kyoto protocol. Hiermee wordt het voor lidstaten mogelijk gemaakt een wettelijke regeling tot stand te brengen teneinde bedrijven die onder het Europese broeikasgasemissiehandelssysteem vallen gebruik te laten maken van deze zogenaamde projectgebonden Kyoto-mechanismen. Concreet komt dit er op neer dat bedrijven bijvoorbeeld via een "Clean Development Mechanism" project een emissiereductie kunnen realiseren in een ontwikkelingsland, en vervolgens daarmee verkregen emissiereductiekredieten kunnen inbrengen in het Europese broeikasgasemissiehandelssysteem.<sup>48</sup>

### ***Een uitgebreid wetgevingspakket, en een lastige inventarisatie van de verdeling van de inspanningen***

De EG heeft een divers pakket aan klimaatmaatregelen tot stand gebracht, gericht op verschillende sectoren zoals de energiesector, huishoudens, en bedrijven.<sup>49</sup> Daarnaast vormen deze EG-maatregelen slechts een kader waarbinnen de lidstaten hun eigen klimaatbeleid kunnen ontwikkelen. Er zijn als het ware 25 lidstaten gerechtigd om hun eigen klimaatbeleid te formuleren, uiteraard binnen de randvoorwaarden van het primaire en secundaire EG-recht. Een inventarisatie van de verdeling van de inspanningen voor emissiereducties over alle relevante sectoren in de maatschappij is daarmee een ingewikkelde opgave.

<sup>46</sup> Zie de website: <http://europa.eu.int/comm/environment/climat/eccp.htm>

<sup>47</sup> Richtlijn 2003/96/EG van de Raad van 27 oktober 2003 tot herstructurering van de communautaire regeling voor de belasting van energieproducten en elektriciteit, Pbl 31 oktober 2003, L 283, pag. 51-70. Zie ook Janneke Bazelmans, CDM en JC binnen het Europese emissiehandelssysteem, preadvies Vereniging voor Milieurecht 2005, Klimaatverandering en rechtsonwikkeling (verschijnt in 2006).

<sup>48</sup> Zie David Freestone, Charlotte Streck (ed.) *Legal aspects of implementing the Kyoto Protocol Mechanisms. Making Kyoto Work*, Oxford University Press, 2005.

<sup>49</sup> Zie voor een beschrijving M. Peeters, *Europees klimaatbeleid: verplichtingen, bevoegdheden, maatregelen en verantwoording*, preadvies voor de Vereniging voor milieurecht, 30 september 2005 (verschijnt in boekvorm in 2006).

## 2.3

**OVERWEGINGEN OVER DE POSITIES VAN BEDRIJVEN BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN DE RICHTLIJN**

Doel van de richtlijn is om een raamwerk voor handel in broeikasgasemissierechten in de EG te regelen. Nu het marktconforme instrument van verhandelbare emissierechten aantrekkelijk is voor het klimaatbeleid, is er aanleiding gezien om de markt voor deze emissierechten gemeenschappelijk te regelen.<sup>50</sup> De richtlijn harmoniseert inderdaad belangrijke onderdelen voor de broeikasgasemissierechten. Sommige onderdelen kennen een opvallend verregaande regeling, zoals het voorschrijven van de specifiek te hanteren handhavinginstrumenten in artikel 16 van de richtlijn.<sup>51</sup> Wat betreft de toedeling van de emissierechten is evenwel een tamelijk grote beslissingsvrijheid gelaten aan de lidstaten. De grenzen aan deze beslissingsvrijheid zijn nog niet uitgekristalliseerd, en zullen via juridische procedures verduidelijkt kunnen worden. Nu er juist op het punt van de toewijzing van de rechten in de richtlijn veel beslissingsvrijheid wordt overgelaten aan de lidstaten kan dit in principe tot gevolg hebben dat vergelijkbare bedrijven in verschillende landen op ongelijke wijze worden behandeld waar het gaat om de toewijzing van de emissierechten.

Hieronder wordt op hoofdlijnen inzichtelijk gemaakt welke overwegingen inzake het te regelen kader voor de toedeling van de rechten in relatie tot het belang van het tegengaan van concurrentievervalsingen in het totstandkomingsproces van de richtlijn zijn geuit.

**Groenboek**

In het in 2000 uitgebrachte Groenboek wordt reeds stilgestaan bij de gelijkheid van de lastenverdeling:

*"(...) hoe kan ervoor worden gezorgd dat bedrijven die aan de VERhandel deelnemen en bedrijven die onder andere vormen van beleid vallen, dezelfde inspanningsverplichting leveren?" [met VER wordt bedoeld: "verhandelbare emissierechten", auteurs rapport]<sup>52</sup>*

Hier werd gewezen op de lastenverdeling tussen de bedrijven die enerzijds onder de richtlijn broeikasgasemissiehandel vallen, en anderzijds de bedrijven die daarbuiten vallen. Wat betreft de lastenverdeling van de bedrijven die onder het systeem vallen wordt gesteld dat een gemeenschappelijke benadering nodig is om de concurrentie niet te laten verstoren:

*"Het bestaan van een veelheid van nationale VER-systemen zou tot ernstige problemen kunnen leiden inzake staatssteun en de intrede van nieuwe bedrijven op de markt."<sup>53</sup>*

<sup>50</sup> Zie voor een discussie over überhaupt de noodzaak van EG-optreden R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten. Juridische aspecten van emissiehandel voor CO<sub>2</sub> in Nederland en de Europese Unie*, diss, Utrecht 2005, p. 91 en verder.

<sup>51</sup> Kritisch hierover is R. Teuben, a.w. p. 89-90.

<sup>52</sup> Groenboek over de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Europese Unie, Commissie 8 maart 2000, COM 2000/87, p. 5 en 10. Zie ook het richtlijnvoorstel, p. 3.

<sup>53</sup> Groenboek, p. 5.

Het belang van eerlijke concurrentie en het belang van de bescherming van de interne markt worden in het groenboek herhaaldelijk benadrukt.<sup>54</sup> In dat verband wordt in het bijzonder op de volgende vraagpunten gewezen:

*“Hoe kan worden gegarandeerd dat vergelijkbare bedrijven in verschillende lidstaten een vergelijkbare inspanningsverplichting moeten leveren, ongeacht of ze aan de VER-handel deelnemen of onder andere beleidsmaatregelen vallen, zodat de concurrentieverhoudingen binnen de interne markt zo min mogelijk worden verstoord? Hoe moeten de emissierechten worden verdeeld om indirecte discriminatie te voorkomen en concurrentieverstoringen tot een minimum te beperken?”<sup>55</sup>*

Opvallend is dat ondanks dat reeds bekend was dat de 15 lidstaten (en daarbij acht van de tien nieuwe) verschillende emissiereductiepercentages zouden hebben, er van uit werd gegaan dat de verdeling van de rechten bij vergelijkbare bedrijven vergelijkbaar zou moeten zijn.<sup>56</sup> Wel wordt in dit verband gewezen op enerzijds de noodzaak om bedrijven te verzekeren van een gelijke behandeling (“fair treatment”), maar dat anderzijds ook gestreefd moet worden naar een zo groot mogelijke eenvoud van normstelling. Het belang van gelijke behandeling en eenvoud zal voorts afgewogen moeten worden tegen de wens van lidstaten om autonomie te behouden.<sup>57</sup> Hiermee wordt reeds duidelijk het spanningsveld weergegeven waarbinnen het Europese emissiehandelssysteem tot stand is gebracht (een streven naar gelijke behandeling van bedrijven, hetgeen lastig te normeren kan zijn juist vanwege de vele verschillen tussen deze bedrijven en dus kan conflicteren met gewenste eenvoud van normstelling, en voorts de wens van lidstaten om autonomie te behouden, hetgeen impliceert dat ze waarschijnlijk geen verregaande geharmoniseerde normstelling inzake de allocatie zullen accepteren). De Commissie werpt overigens ook een blik op de gelijke lastenverdeling in internationaal perspectief:

*“Als er in 2008 een internationaal VER-systeem in werking treedt, zullen vermoedelijk alle bedrijven, ongeacht in welk industrieland ze zijn gevestigd, voor dezelfde kosten komen te staan.”<sup>58</sup>*

Dit is een opvallende stelling, juist omdat er substantiële verschillen zijn in emissiereductiepercentages zoals in het Kyoto Protocol is vastgelegd in annex B. Voorts zou, redenerend vanuit het ideaal van één interne markt, de hierboven weergegeven gedachte dat bedrijven gelijke kosten zouden moeten hebben ook voor de Europese concurrentieverhoudingen relevant zijn.

In dat verband wordt in het Groenboek de optie genoemd dat op gemeenschappelijk niveau vastgesteld zou worden welke hoeveelheid emissierechten worden toegewezen aan de afzonderlijke sectoren. Indien deze optie evenwel niet gevolgd kan worden, dan zou de verdeling door de lidstaten

<sup>54</sup> Groenboek, p. 7, en p. 12 en verder.

<sup>55</sup> Groenboek, p. 13.

<sup>56</sup> Het Groenboek dateert van 8 maart 2000, terwijl er in politieke zin overeenstemming over burden-sharing is bereikt in juni 1998. Zie ook het Groenboek, p. 9.

<sup>57</sup> Groenboek, p. 12.

<sup>58</sup> Groenboek, p. 7.

volgens gedetailleerde en gesloten criteria dient te verlopen, met een intensieve toetsing van elk afzonderlijk geval.<sup>59</sup>

### ***Het commissievoorstel***

Uit het in 2001 gepubliceerde voorstel van de Commissie voor de richtlijn voor de handel in broeikasgasemissierechten blijkt - en dat is toch wel een ander inzicht dan in het groenboek kan worden gelezen - dat expliciet gekozen is voor het achterwege laten van een verregaande harmonisatie van initiële allocatie van de rechten. De reden hiervoor is gelegen in de lastenverdelingsovereenkomst: met het oog op de "*communautaire solidariteit*" is daarin een herverdeling van de door de 15 oude lidstaten te leveren inspanningen tot stand gebracht.<sup>60</sup> Nu de emissiereductieverplichtingen voor de lidstaten verschillend zijn, en er ook andere verschillen zijn tussen lidstaten, bijvoorbeeld de brandstofmix zoals die in de energiesector wordt gebruikt, wordt afgezien van het harmoniseren van de hoeveelheden rechten die worden toegewezen. Voorts staan bedrijven reeds onder invloed van nationale maatregelen, die tussen de lidstaten verschillend kunnen zijn.

De keuze in het richtlijnvoorstel behelst een decentrale (door lidstaten uit te voeren) toedeling gebaseerd op gemeenschappelijke criteria. Een verdere uitwerking van andere opties, zoals communautaire benchmarks, of een veiling, is toentertijd niet ter hand genomen. Gekozen is voor een decentrale toedeling met een toezichtsfunctie voor de Commissie om al te ruime toedelingen door de lidstaten tegen te gaan. In het richtlijnvoorstel wordt vermeld dat ook zal worden toegezien op staatssteun.<sup>61</sup>

Niettemin wordt in het voorstel op enkele onderdelen wel voorzien in een belangrijke harmonisering van de toedeling. Zo is bepaald dat de rechten "om niet" moeten worden toegewezen. De in de literatuur vaak geprefereerde optie van een veiling wordt derhalve zelfs niet toegestaan in het richtlijnvoorstel.<sup>62</sup> Deze bepaling is later gewijzigd, in die zin dat in de eerste periode minimaal 95% van de rechten kosteloos moet worden toegewezen.<sup>63</sup>

De regel in het richtlijnvoorstel voorschrijvende dat alle rechten om niet moeten worden toegewezen, is geformuleerd met het oog op de bescherming van de interne markt: er zou sprake zijn van vervalsing van concurrentie als de rechten in de ene lidstaat zouden worden geveild, en in een andere lidstaat gratis zouden worden verdeeld.<sup>64</sup> Hoeveel rechten in totaal worden verleend, wordt in hoofdzaak aan de lidstaten overgelaten.<sup>65</sup> Wel worden er criteria gegeven voor de verdeling,

<sup>59</sup> Groenboek, p. 18. Overigens wordt er ook op gewezen dat een periodieke veiling de grootste voorkeur verdient (p. 18).

<sup>60</sup> Richtlijnvoorstel, p. 6. De term „communautaire solidariteit“ komt als zodanig niet voor in de lastenverdelingsovereenkomst.

<sup>61</sup> Richtlijnvoorstel, p. 6-7 en p. 12.

<sup>62</sup> Richtlijnvoorstel, artikel 10.

<sup>63</sup> Richtlijn broeikasgasemissiehandel, artikel 10.

<sup>64</sup> Richtlijnvoorstel, p. 11.

<sup>65</sup> Richtlijnvoorstel, p. 12.

maar deze zijn vaag, moeilijk interpreteerbaar, en laten ruimte voor verschil in interpretatie.<sup>66</sup> Het feit dat door de in het richtlijnvoorstel gelaten beslissingsvrijheid voor de gratis toedeling het ene bedrijf mogelijk over een ruimer aantal rechten kan beschikken dan een vergelijkbaar bedrijf in een ander land wordt als zodanig niet als voorbeeld genoemd voor vervalsing van concurrentie.

Uit het richtlijnvoorstel blijkt dat de eerste fase, de periode 2005-2008 als een proeffase wordt gezien, en dat daarna, met lering van de effecten, het systeem zal worden gecontinueerd. Door de snelle introductie konden bepaalde onderdelen nog onvoldoende worden uitgewerkt, dit werd doorgeschoven naar een latere fase. Zo schrijft het richtlijnvoorstel voor dat de Commissie een geharmoniseerde toewijzingsprocedure dient vast te stellen voor de periode vanaf 1 januari 2008. De richtlijn echter luidt anders, en behelst dat de in het richtlijnvoorstel neergelegde handelswijze voor de periode 2005-2008 ook geldt voor de periodes daarna. Dit betekent dat de gratis toedeling blijft bestaan, en dat de criteria in bijlage III van de richtlijn, met enkele wijzigingen, ook leidend blijven, tenzij de richtlijn wordt gewijzigd. Momenteel is daarvoor geen voorstel door de Commissie gepresenteerd. Overigens is het uit democratisch oogpunt passender dat de methode van verdeling in het wetgevingsproces wordt vastgesteld, en niet in te verre gaande mate wordt overgelaten aan de Commissie zoals in het richtlijnvoorstel werd voorgestaan. Lopende het wetgevingsproces is dus in de richtlijn de keuze vastgelegd voor de decentrale toedeling van emissierechten op deels vage criteria. Dit leidt (1) zeer waarschijnlijk tot een fors lobbyproces van het bedrijfsleven binnen de nationale rechtsordes, waarbij het te verwachten valt dat de lidstaten met name in de eerste fase (de proeffase) geen krappe toedeling van emissierechten zullen verrichten; en (2) tot nadere discussies over de interpretatie en toepassing van de verdelingscriteria.

Het Economisch en Sociaal Comité heeft in zijn advies van 29 mei 2002 stilgestaan bij de vraag of het richtlijnvoorstel, en de daarin neergelegde decentrale gratis verdeling van de rechten op grond van administratieve criteria wel in overeenstemming is met de werking van de interne markt.<sup>67</sup> Er zou moeten worden voorkomen dat de bevoegde autoriteiten van elk land de emissievoorwaarden van iedere installatie verschillend interpreteren en zo concurrentievervalsingen in de hand werken. Ook het Europees Parlement heeft aangedrongen op aandacht voor verstoringen van de concurrentieverhoudingen, door de volgende overigens niet overgenomen richtlijnbevestiging voor te stellen:

*“Allowances should be allocated in accordance with a method which keeps to a minimum distortions of competition within the same sectors in different countries and which, in so far*

<sup>66</sup> Marjan Peeters, *Emissions Trading as a New Dimension to European Environmental Law*, European Environmental Law Review, March 2003 p. 82-92; Marjan Peeters, *Broeikasgasemissiehandel in de Wet Milieubeheer: een introductie op dit groene instrument*, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, september 2005 (nr. 3), p. 83-91. De analyse in dit laatste artikel is gericht op de uiteindelijke tekst, maar is ook tevens van toepassing op een deel van de tekst in het richtlijnvoorstel.

<sup>67</sup> Advies van het Economisch en Sociaal Comité, Pb EG, C 221/28, 17.9.2002.

*as possible, ensures equal treatment of installations whose environmental performance are similar.*<sup>68</sup>

Het Europees Parlement heeft aangedrongen op gedetailleerdere regulering van de toewijzing.<sup>69</sup> In dat licht zijn ook voorstellen ingediend tot wijziging en aanvulling van de criteria in bijlage III. Zo is de mogelijkheid om rekening te houden met vroegtijdige maatregelen (“early action”) en het gebruik van “benchmarks” tijdens het wetgevingsproces ingevoegd. Anderzijds wordt ook door het Europees Parlement benadrukt dat de in bijlage III opgenomen criteria betrekking hebben op de allocatieplannen op hoofdlijnen, en dat aan de lidstaten de beslissingsvrijheid moet worden gelaten om de specifieke maatregelen te nemen, juist vanwege de verschillende individuele omstandigheden in de lidstaten.<sup>70</sup>

Uiteindelijk wordt in de loop van het wetgevingsproces door de Commissie uitdrukkelijk gesteld dat het (inmiddels gewijzigde) richtlijnvoorstel zorgt voor een interne markt die goed functioneert, en dat een onaanvaardbare verstorendheid van de concurrentie wordt vermeden.<sup>71</sup> Dit zijn algemene kwalificaties, en het zou voor het verkrijgen van meer inzicht in de betekenis hiervan wenselijk zijn indien deze zouden zijn geïllustreerd met voorbeelden. Niettemin is ondanks deze positieve kwalificatie ook gesteld dat bij de evaluatie van uiterlijk 30 juni 2006 gekeken moet worden naar een verdere harmonisatie van de toewijzingsmethode.<sup>72</sup> Dit is dus duidelijk nog een aandachtspunt, en daarmee is er aanleiding te stellen dat de huidige vorm meer als een tussenvorm moet worden gezien. Artikel 30 van de richtlijn bevat dan ook de opdracht aan de Commissie om een verslag op te stellen met onder meer een beoordeling van de verdere harmonisatie van de toewijzingsmethode, met inbegrip van het veilen van rechten voor de periode na 2012. Voorts moet in dat verband logischerwijze de verdere harmonisatie van de criteria voor nationale toewijzingsplannen worden meegenomen. Afzonderlijk hiervan wordt een ander evaluatieonderwerp geformuleerd: de Commissie dient te beoordelen of het praktisch uitvoerbaar is communautaire ‘benchmarks’ te ontwikkelen als basis voor de toewijzing, rekening houdende met de beste beschikbare technieken en een kosten-batenanalyse.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> European Parliament, 13 September 2002, Report on the proposal for a European Parliament and Council directive establishing a scheme for greenhouse gas emissions allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, Final A5-0303/2002 part I. p.8/46 (eerste lezing).

<sup>69</sup> Zie het rapport, met name ook de voorgestelde wijzigingen van artikel 9.

<sup>70</sup> Zie het rapport, p. 43/46.

<sup>71</sup> Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement krachtens artikel 251, lid 2, tweede alinea, van het EG Verdrag betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de raad met het oog op de vaststelling van een richtlijn (2003/87), 2001/0245 (COD). Zie naar aanleiding van het gemeenschappelijk standpunt ook: Marjan Peeters, *Emissions Trading as a New Dimension to European Environmental Law*, *European Environmental Law Review*, March 2003.

<sup>72</sup> Zie de mededeling, p. 12.

<sup>73</sup> Richtlijn broeikasgasemissiehandel, art. 30, lid 2, sub k.

**Afrondend**

Wanneer men het wetgevingsproces overziet dan kan een tweeledige gedachte worden ontwaard: enerzijds is er de zorg voor de interne markt en het voorkomen van onaanvaardbare concurrentievervalsingen, en wordt het noodzakelijk gevonden om een verdergaande harmonisatie van de allocatie te onderzoeken, waaronder ook uitdrukkelijk het gebruik van andere verdelingsmethoden zoals veilen en benchmarks.

Anderzijds wilden de Europese instituties het instrument emissiehandel met een decentrale allocatie gebaseerd op niet al te zeer harmoniserende administratieve voorwaarden wel accepteren, om zo toch op korte tijd een maatregel aan te nemen in het licht van de naleving van het Kyoto Protocol. In de woorden van de Commissie bij haar mededeling betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad:

*“De richtlijn is vooral belangrijk omdat deze ervoor zorgt dat er op een kosteneffectievere wijze wordt voldaan aan de juridische verplichtingen om de emissie van broeikasgassen te beperken krachtens het Protocol van Kyoto (...).”<sup>74</sup>*

Het doel om de (toentertijd wel overeengekomen maar internationaalrechtelijk gezien nog niet bindende) internationale emissiereductieverplichting te halen bleek van doorslaggevend belang te zijn. De eventuele verdere harmonisatie van de allocatieregels, of eventueel de keuze voor een andere allocatiemethode, is doorgeschoven naar latere besluitvorming, in het bijzonder ook in het kader van het voor 1 juli 2006 door de Commissie op te leveren evaluatierapport op grond van artikel 30 van de richtlijn.

<sup>74</sup> Mededeling van de Commissie inzake het gemeenschappelijk standpunt, 25 maart 2003, p. 3.

## HOOFDSTUK 3 Juridische aspecten van de gedane allocatie

### 3.1

#### DE HUIDIGE REGELING

##### *Een uniek systeem*

Uit de beschrijving van het wetgevingsproces blijkt dat uiteindelijk gekozen is voor een decentrale toedeling van de broeikasgasemissierechten, met een bevoegdheid voor de Commissie tot verwerping van een nationaal allocatieplan (NAP), in het kader waarvan ook de staatssteunbeoordeling een rol is toebedeeld. Daarmee is in de EU een uniek systeem ontstaan, dat verschilt van toepassingen van emissiehandel in andere rechtssystemen. Zo wijkt het Europese systeem qua toewijzing van de rechten, maar ook qua organisatie van de handhaving fundamenteel af van het in de Verenigde Staten functionerende emissiehandelsprogramma voor de regulering van zure regen veroorzaakt door SO<sub>2</sub>-emissies van elektriciteitscentrales (ook wel genoemd: 'acid rain allowance trading').<sup>75</sup> Het Amerikaanse programma verloopt succesvol, zowel wat betreft milieu-effectiviteit, qua naleving van de gestelde normen (er zijn niet of nauwelijks handhavingszaken) en qua kosten-effectiviteit. In dat Amerikaanse systeem zijn de rechten op federaal niveau vastgesteld, met belangrijke criteria in de federale wet. Voorts is ook de handhaving centraal geregeld. Nu er in het Europese systeem is gekozen voor een decentrale toedeling rijzen er specifieke vragen. Qua allocatie is dat de vraag hoe de lidstaten met hun bevoegdheid zijn omgegaan, en hoe daarop toezicht is uitgeoefend door de Commissie.

##### *Allocatie*

De kernbepalingen in deze zijn de artikelen 9 (nationaal toewijzingsplan, ook vaak nationaal allocatieplan genoemd), 10 (toewijzingsmethode) en artikel 11 (toewijzing en verlening van emissierechten).

In artikel 9 wordt geregeld dat elke lidstaat een nationaal plan opstelt, waarin de totale hoeveelheid emissierechten wordt vermeld die hij voornemens is voor die periode toe te wijzen, alsmede de manier waarop hij voornemens is deze rechten toe te wijzen. Het plan dient te worden gebaseerd op "objectieve en transparante criteria". In dit verband wordt verwezen naar de in bijlage III genoemde criteria.

<sup>75</sup> Zie hierover: M. Peeters, *a.w.* 1992, hoofdstuk IV. Zie voor een evaluatie van dit programma: A. Denny Ellerman, *The US SO<sub>2</sub> Cap-and-trade Programme*, in: OECD, *Tradeable Permits, Policy Evaluation, Design and Reform*, Parijs: OECD 2004.



Voorts wordt vermeld dat “terdege rekening wordt gehouden met reacties van het publiek”.

De mogelijkheid van inspraak, waarnaar ook wordt verwezen in artikel 11 in relatie tot het toewijzingsbesluit inzake de verlening van de emissierechten, kan juist ook voor het streven om onaanvaardbare concurrentievervalsingen tegen te gaan een relevant instrument zijn. Immers, via inspraak kunnen bedrijven wijzen op een eventueel concurrentienadeel dat zij vrezen. Indien zij onvoldoende worden gekend in hun bezwaren, zal natuurlijk door hen worden afgewogen om in beroep te gaan.

Ook op inter-lidstatelijk niveau voorziet de richtlijn in een (niet volledig geregelde) inspraakmogelijkheid voor lidstaten. Het nationale toewijzingsplan moet ingevolge artikel 9 worden medegedeeld aan zowel de Commissie als aan de overige lidstaten. Er is niet voorzien in een regeling voor inspraak door de lidstaten. Bovendien speelt hier een taalprobleem, nu de plannen slechts in de eigen officiële taal of talen van de lidstaat behoeven te worden aangeleverd.

Daarnaast regelt de richtlijn dat de nationale toewijzingsplannen worden ‘bestudeerd’ door een comité. Dit is het zogenaamde Climate Change Committee, oorspronkelijk ingesteld door beschikking 93/389/EEG, maar de instelling wordt nu geregeld in artikel 9 van beschikking 2004/280/EG van de Commissie.

De Commissie kan een plan of een deel daarvan verwerpen, als het niet met de in bijlage III genoemde criteria of met artikel 10 (dat de gratis verdeling voor 95% voor de periode 2005-2007 voorschrijft) verenigbaar is. Op grond van de richtlijn diende de Commissie uiterlijk op 31 december 2003 richtsnoeren voor de toepassing van de in bijlage III genoemde criteria te geven. De Commissie heeft deze richtlijnen inderdaad vastgesteld.<sup>76</sup> Ook bij lezing hiervan blijkt dat er nog veel ruimte is voor nadere interpretatie. Er zijn weinig criteria die direct toepasbaar zijn zonder nadere afweging, of zonder besluitvorming inzake een te nemen optie. Algemeen kan worden gesteld dat de vaststelling van de verdeling van de rechten in het plan - daarbij de in de richtlijn gegeven criteria volgend - een ingewikkelde opgave vormt voor de betreffende bevoegde autoriteiten, waarbij een belangrijke nationale invulling van de richtlijncriteria moet worden gegeven.

Met de beslissing inzake het Griekse allocatieplan op 20 juni 2005 zijn van alle lidstaten de allocatieplannen door de Commissie getoetst. Overigens is een deel van de allocatieplannen slechts onder voorwaarden aanvaard. De website van de Europese Commissie bevat geen gedetailleerde informatie of die voorwaarden worden ingevuld.

In 14 van de 25 gevallen is door de Commissie om een reductie van het emissieplafond gevraagd.<sup>77</sup> Het blijkt dat de Commissie inderdaad vooral stuurt op de milieu-effectiviteit van de inhoud van een nationaal allocatieplan, in die zin dat

<sup>76</sup> COM(2003)830, d.d. 7 januari 2004. Op 22 december 2005 zijn in aanvullende zin richtlijnen vastgesteld voor de periode 2008-2012, COM(2005) 703.

<sup>77</sup> Persbericht van de Europese Commissie, IP/05/762 van 20 juni 2005.

wordt nagegaan of het totale emissieplafond in lijn is met de lidstatelijke emissiereductieverplichting zoals is vastgelegd in het Kyoto Protocol dan wel de lastenverdelingsovereenkomst. Voorts wordt nagegaan of de voorgestelde totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten overeenstemt met evaluaties inzake de feitelijke en te verwachten vorderingen van het nationale klimaatbeleid. Het gaat hierbij om de criteria 1 en 2 uit bijlage III van de richtlijn, en de Commissie noemt deze criteria dan ook de hoofdpijlers voor het opstellen van een nationaal allocatieplan.<sup>78</sup>

### ***De 'Linking Directive'***

Inmiddels is via de zogenaamde 'Linking Directive' voorzien in een mogelijkheid dat lidstaten de bedrijven toestaan gebruik te maken van de projectgebonden mechanismen zoals bedoeld in het Kyoto Protocol. Deze Linking Directive breekt daarmee in op de "cap-and-trade" gedachte zoals neergelegd in richtlijn 2003/87. Immers, de mogelijkheid is gecreëerd dat bedrijven emissierechten (emissiekredieten) verkrijgen in landen waarvoor geen emissieplafond geldt, en deze inbrengen in het Europese handelssysteem. Via deze weg ontstaat een goedkopere mogelijkheid om verrichte emissies te dekken via een emissierecht.<sup>79</sup> Reeds vanaf 2005 kunnen exploitanten gebruik maken van de zogenaamde CER's (gecertificeerde emissiereducties die in het kader van een Clean Development Project worden verkregen in een ontwikkelingsland), mits de lidstaat dat inderdaad toestaat. Vanaf 2008 kunnen lidstaten de bedrijven toestaan ook gebruik te maken van ERU's (emissiereductie-eenheden te verkrijgen via een Joint Implementation project).<sup>80</sup>

Het is daarom duidelijk dat het aan de lidstaten wordt overgelaten om te kiezen voor de mogelijkheid om goedkopere emissierechten te verkrijgen. Iedere lidstaat dient in zijn nationale toewijzingsplan voor de periode 2008-2012 (dat in juni 2006 moet worden gemeld aan de Commissie) te specificeren tot welk percentage van de toewijzing van rechten aan elke installatie gebruik mag worden gemaakt van CER's en ERU's. De lidstaten dienen daarbij – in lijn met het Kyoto Protocol en de akkoorden van Marrakesh - wel te garanderen dat binnenlandse maatregelen een aanzienlijk onderdeel van de totale inspanningen vormen. Voorts is het niet

<sup>78</sup> Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament on Commission Decisions of 7 July concerning national allocation plans (...), Brussels, 7.7.2004 COM(2004) 500 final, p. 3.

<sup>79</sup> Interessant in dat verband is de opmerking in de begeleidingscommissie voor dit onderzoek, dat emissierechten afkomstig uit CDM- en JI-projecten volgens het wetsvoorstel tot implementatie van de linking directive worden behandeld als Nederlandse emissierechten. Dat heeft tot gevolg dat de overdacht plaatsvindt via Nederlandse registers en dat deze rechten niet kunnen worden verpand of bezwaard met een zekerheidsrecht, terwijl dat in andere landen wel kan. Ook dat beïnvloedt mogelijk concurrentieverhoudingen tussen bedrijven in lidstaten. Ingebracht door J.R. van Angeren, advocaat, Stibbe. Op dit specifieke aspect is in dit onderzoek verder niet ingegaan.

<sup>80</sup> Zie uitgebreid over de projectgebonden mechanismen in D. Freestone, en C. Streck, (eds.), *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms – Making Kyoto Work*, Oxford, OUP. Zie over de Linking Directive Janneke Bazelmans, CDM en JI binnen het Europese emissiehandelssysteem, preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht, 30 september 2005 (het preadvies verschijnt in 2006 bij Boom Juridische uitgevers).

toegestaan om CER's en ERU's te verkrijgen die ontstaan zijn door inspanningen in verband met nucleaire installaties.

In dit evaluatieve onderzoek wordt verder niet ingegaan op de gevolgen van de Linking Directive op de concurrentieverhoudingen in de EU. In de meeste lidstaten, waaronder in Nederland, moet de richtlijn nog worden geïmplementeerd, en bestaat derhalve geen ervaring tot dusver met de in de richtlijn gegeven mogelijkheid. Wel zou het in ander verband zinvol zijn om te onderzoeken wat deze richtlijn betekent voor concurrentieverhoudingen in de EU. Bovendien kan ook een actieve houding van een lidstaat inzake het benutten van CDM en JI opties een (positieve) invloed hebben op het totaal uit te geven emissierechten aan industrie.

## 3.2

### DE WERKINGSSFEER: BIJLAGE 1

#### ***Inleiding: gerezen interpretatieverschillen, en de taak van de Commissie in deze***

In de voorbereiding van de nationale allocatieplannen bleken er onder de lidstaten drie interpretaties te worden gebruikt om zo te bepalen welke installaties onder de werkingssfeer van de richtlijn zouden vallen.<sup>81</sup> In bijlage I van de richtlijn wordt de werkingssfeer van de richtlijn bepaald door de definitie van categorieën van activiteiten. Sommige lidstaten legden de bijlage beperkt uit, andere landen namen een ruime uitleg, en andere landen namen in deze een middenpositie in. Frankrijk en Spanje kozen voor de beperkte benadering, daarmee een beperkte werkingssfeer aanhoudend. In het door Nederland op grond van artikel 21 van de richtlijn in 2005 vastgesteld evaluatierapport wordt benadrukt dat de criteria van bijlage I zodanig moeten worden geformuleerd dat er geen enkele twijfel zou mogen bestaan of een installatie onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.<sup>82</sup> Deze wens is zeer goed te begrijpen uit oogpunt van een gelijke behandeling van gelijksoortige bedrijven gevestigd in verschillende lidstaten. Echter, het wettelijk regelen van de werkingssfeer zodanig dat er geen verschil in interpretatie van de werkingssfeer zal zijn is een per definitie moeilijk haalbare doelstelling. Het is wetstechnisch gezien uiterst lastig een algemene norm te stellen die tot geen enkel verschil in interpretatie kan leiden, in geen enkele casus. Dat zal ook zo zijn indien de huidige richtlijn zou worden uitgebreid met nieuwe sectoren.

De Commissie zou overigens een toelichting kunnen geven op de interpretatie van de criteria voor de werkingssfeer, maar een dergelijke toelichting is niet juridisch bindend. Het laatste woord omtrent de uitleg van een richtlijnbevestiging ligt bij het Hof van Justitie.

Niettemin is juist op het punt van het verkrijgen van een eenduidige toepassing van de criteria voor de werkingssfeer van de richtlijn overigens een coördinerende taak op Commissieniveau zeer gewenst. Het valt te verdedigen dat de Commissie

<sup>81</sup> Ecofys (2004), p. 17.

<sup>82</sup> Verslag ex art. 21 van de richtlijn, 11 juli 2005, volgens informatie van VROM niet gepubliceerd, enkel aan Commissie verzonden. Het rapport is ten behoeve van dit onderzoek ter beschikking gesteld aan onderzoekers.

reeds bij de beoordeling van de nationale allocatieplannen een toetsing op dit punt kan uitvoeren. Immers, het plan moet door de Commissie worden beoordeeld op verenigbaarheid met bijlage III van de richtlijn. In onderdeel 10 van deze bijlage staat dat het plan een lijst dient te bevatten van de installaties 'die in deze richtlijn worden opgenomen'. Dit laatste is een wat vreemd klinkende formulering, maar er wordt waarschijnlijk mee bedoeld: die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Immers, in de Engelse versie van de richtlijn staat 'covered by this directive'. Voorts moet een vermelding worden opgenomen van de hoeveelheden emissierechten bestemd om te worden toegewezen aan ieder van hen.

De Commissie zou dus bij de toetsing van de nationale allocatieplannen haar bevoegdheid kunnen aanwenden om tot een zo gelijk mogelijke toepassing te komen van de criteria voor de werkingssfeer. Zo lang er ruimte voor interpretatie blijft, en de Commissie op dit punt onvoldoende eenduidigheid zou scheppen, is er het risico dat de marges van de interpretatieruimte opgezocht worden, en zelfs overschreden worden.

Behalve vrees voor concurrentieverschillen is er nog een ander probleem verbonden met de vraag of al dan niet een brede definitie wordt gekozen: door een brede definitie vallen ook kleine installaties onder de werkingssfeer van de richtlijn, maar juist ten aanzien van deze kleine installaties rijst de vraag of dit wenselijk is, vanwege de vrij zware administratieve inspanningen, zoals het aanvragen van een broeikasgasvergunning en het naleven van de meet- en rapportageverplichtingen.<sup>83</sup> In de huidige opzet van de richtlijn bestaat er geen mogelijkheid om deze kleine emittenten na 2007 onder de mogelijkheid van tijdelijke uitsluiting te laten vallen zoals geregeld in artikel 27. Ook is het onzeker of een uitweg gevonden zou kunnen worden in een beperkte interpretatie van bijlage I. Een wijziging van de richtlijn zou eventueel nodig zijn om kleine installaties (in de zin van installaties die weinig broeikasgas uitstoten) niet onder de werkingssfeer te laten vallen.

### ***De gerezen interpretatieverschillen, en de beslissingen van de Commissie in deze***

Door een beperkte interpretatie te volgen van onder meer de formulering 'verbrandingsinstallaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW' zouden vele chemische installaties niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Een dergelijke beperkte benadering werd met name door Frankrijk gewenst. De Commissie kon zich met deze uitleg niet verenigen, zoals blijkt uit de beslissing inzake het Franse nationale allocatieplan.<sup>84</sup> De Commissie heeft in deze beslissing de toepassing van bijlage I getoetst, en is tot het oordeel gekomen dat de lijst van installaties niet compleet is en derhalve in strijd is met onderdeel 10 van bijlage III van de richtlijn. De Commissie vermeldt dat Frankrijk bij brief heeft laten weten alsnog tot een ruimere interpretatie en toepassing over te gaan. Het Franse nationale allocatieplan wordt mede gelet hierop voorwaardelijk geaccepteerd, met onder meer de voorwaarde dat alsnog installaties waarin een verbrandingsproces

<sup>83</sup> Egenhofer e.a., p. 19.

<sup>84</sup> Commission Decision of 20 October 2004 concerning the national allocation plan for the allocation of greenhouse gas emissions allowances notified by France, zie met name overweging 6.

plaatsvindt met een nominaal thermisch vermogen van meer dan 20 MW in het plan worden opgenomen. De Commissie stelt als voorwaarde dat de noodzakelijke wijzigingen van het nationale allocatieplan uiterlijk voor 30 november 2004 zijn genotificeerd bij de Commissie.<sup>85</sup> Indien Frankrijk de in het besluit van de Commissie opgenomen voorwaarde inzake de aanvulling van het plan met verbrandingsinstallaties *niet* zou opvolgen kan de Commissie besluiten een ingebrekestellingsprocedure te starten zoals bedoeld in art. 226 EG-verdrag.

In Duitsland is de vraag omtrent de interpretatie van de formulering voor verbrandingsinstallaties door een bedrijf aan de rechter voorgelegd. Het betrof een zogenaamde „cracker“ (kraakinstallatie).<sup>86</sup>

In Nederland, waar een brede uitleg is gehanteerd, is aanvankelijk voor een kraakinstallatie aangenomen dat deze onder de werkingssfeer van de richtlijn valt, doch is vervolgens hiervoor de mogelijkheid van “opt out” gevolgd. Deze mogelijkheid is evenwel niet beschikbaar voor de volgende fase (2008-2012).<sup>87</sup> Gelet op de (uiterst korte) toelichting bij de mededeling van de Staatssecretaris van de door de Commissie genomen beslissing inzake de tijdelijke vrijstelling (opt-out) van de werkingssfeer van emissiehandel voor een aantal bedrijven blijkt dat inderdaad juist het tegengaan van concurrentieverschillen, die zouden ontstaan door verschillende interpretaties van het begrip ‘verbrandingsinstallaties’ in verschillende lidstaten een geaccepteerde reden is. Uit de beknopt gemotiveerde beslissing van de Commissie blijkt dat het in concreto gaat om 8 installaties, waarvan gesteld kan worden dat soortgelijke installaties door andere lidstaten niet in hun allocatieplan zijn opgenomen.<sup>88</sup>

Overigens is over de uitleg van bijlage I, voorzover bekend, (nog) geen prejudiciële vraag gesteld. Ook is voor zover bekend geen beroep ingesteld door een lidstaat tegen een besluit van de Commissie waar het gaat om haar oordeel inzake de werkingssfeer van de richtlijn.

### 3.3

#### UITBREIDING EN INPERKING VAN HET HUIDIGE SYSTEEM

De werkingssfeer van de richtlijn broeikasgasemissiehandel kan zowel worden uitgebreid als ingeperkt. Gebruikmaking van deze mogelijkheid kan invloed hebben op de concurrentieverhoudingen in het licht van door bedrijven te leveren klimaatinspanningen. Hieronder wordt een totaaloverzicht gegeven van de

<sup>85</sup> Hieromtrent is evenwel geen informatie op website geplaatst.

<sup>86</sup> Aldus Bettina Schmitt-Rady, *A Level Playing Field? Initial Allocation of Allowances in Member States* in: K. Deketelaere, M. Peeters (ed.), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, (verschijnt in 2006 bij Edward Elgar) (p. 3). De uitspraak zelf is niet bij dit onderzoek betrokken. Naar wij begrepen oordeelde de rechter in casu dat een dergelijke installatie onder de werkingssfeer van de bijlage valt.

<sup>87</sup> Egenhofer, C., Fujiwara, N., *Reviewing the EU Emissions Trading Scheme—Priorities for the short-term implementation of the second round of allocation — Part 1*, CEPS Report, July 2005, p. 19

<sup>88</sup> Commission Decision of 22 March 2005 concerning the temporary exclusion of certain installations by the Netherlands from the Community emissions trading scheme pursuant to Article 27 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, overweging 8.

mogelijkheden die de richtlijn biedt voor uitbreiding en inperking van het systeem, en wordt tevens ingegaan op ervaringen hiermee tot dusver.

### ***Uitbreiding***

Juist nu emissiehandel in het algemeen in beginsel als een geschikt instrument wordt gezien voor de regulering van broeikasgassen is het de vraag in hoeverre, en waarvoor, het emissiehandelsinstrument uitgebreid zou kunnen worden. Deze uitbreiding kan ten minste als volgt geschieden:

1. Door een *uitbreiding van bijlage I* van de richtlijn. In deze bijlage worden de activiteiten genoemd waarop de richtlijn betrekking heeft. In de huidige bijlage I wordt de werkingssfeer beperkt tot kooldioxide emissies. Voor wijziging van bijlage I is een wijziging van de richtlijn nodig. Op grond van art. 30, eerste lid, van de richtlijn kon de Commissie – uitgaande van de bij de bewaking van de broeikasgasemissies gemaakte vorderingen – voor 31 december 2004 voorstellen tot uitbreiding van bijlage I doen (tot andere activiteiten en/of andere broeikasgassen). Van deze mogelijkheid is geen gebruik gemaakt, maar het staat de Commissie nog steeds vrij om voorstellen tot uitbreiding van bijlagen I te doen. Uiterlijk op 30 juni 2006 dient de Commissie in een verplicht uit te brengen evaluatierapport in te gaan op de vraag hoe, en of bijlage I dient te worden uitgebreid. Als voorbeelden voor mogelijke uitbreiding worden genoemd uitbreidingen naar de chemische sector, en de aluminium- en de vervoerssector.
2. Door een *unilaterale uitbreiding* van het systeem. Deze mogelijkheid, ook wel “opt in” genoemd, wordt geregeld in artikel 24 van de richtlijn.<sup>89</sup> Lidstaten mogen derhalve de handel in emissierechten uitbreiden naar niet in bijlage I genoemde activiteiten, installaties en broeikasgassen. Ook wordt het mogelijk gemaakt dat de in bijlage I genoemde drempelwaarden worden verlaagd. Deze vormen van unilaterale uitbreiding dienen door de Commissie te worden getoetst. In het bijzonder moet daarbij worden gelet op:

*“Alle relevante criteria, in het bijzonder de effecten op de interne markt, mogelijke concurrentievervalsingen, de milieu-integriteit van de regeling en de betrouwbaarheid van het geplande bewakings- en rapportagesysteem.”*

In deze bevoegdheidsomschrijving wordt expliciet gewezen op de effecten op de interne markt, en op mogelijke concurrentievervalsingen.

Er kan de vraag worden gesteld of deze bepaling gelet op het EG-verdrag eigenlijk wel toelaatbaar is. Volgens Jans is dat het geval, maar hij geeft tegelijkertijd aan daarmee een standpunt in te nemen dat afwijkt van de heersende opvatting inzake de toelaatbaarheid van uitputtende regelingen op grond van art. 175 EG Verdrag.

<sup>89</sup> De richtlijn vermeldt in art. 24, eerste lid, eerste volzin, zowel activiteiten als installaties. Dit werpt de vraag op of ook activiteiten, niet zijnde installaties in de zin van de richtlijn (art. 3 sub e) onder de werkingssfeer kunnen worden gebracht. Voorlopige inschatting van de onderzoekers in deze is dat dit waarschijnlijk niet bedoeld is, mede gelet op het feit dat de systematiek neergelegd in de richtlijn uitgaat van vergunningverlening van installaties. In bijlage 1 worden specifieke activiteiten (van installaties) genoemd om zo de werkingssfeer te specificeren, Wij gaan er vanuit dat de vermelding van het woord “activiteiten” in dit licht moet worden gezien. En andere interpretatie is evenwel ook mogelijk.

Jans stelt dat deze richtlijnbevestiging een voorbeeld is van een situatie waarbij de richtlijn het nemen van strengere maatregelen kan uitsluiten of beperken. Hier kan evenwel ook een ander standpunt worden ingenomen: het behoort immers voor een bedrijf niet nadelig te zijn om onder het emissiehandelssysteem te vallen, en om verhandelbare emissierechten te krijgen toebedeeld (in plaats van met bijvoorbeeld een energieheffing of met andere maatregelen te worden belast).<sup>90</sup> In die zin zou een toelating dus geen verdergaande maatregel zijn.

Van de mogelijkheid tot unilaterale uitbreiding in de periode 2005-2007 is gebruik gemaakt door diverse landen, waaronder Zweden, Oostenrijk, Finland, Letland en Slovenië.<sup>91</sup> Deze unilaterale uitbreiding is voor deze periode alleen mogelijk voor installaties die de in bijlage I genoemde activiteiten verrichten waarvan de capaciteit onder de aldaar genoemde drempelwaarden ligt. De besluiten van de Commissie zijn uiterst kort, en daarmee in feite niet voorzien van een overtuigende motivering waarin daadwerkelijk wordt uitgelegd waarom meer precies aan de gestelde criteria wordt voldaan. Bovendien is het jammer dat de verzoeken om unilaterale uitbreiding niet op de centrale website gepubliceerd worden.

In sommige NAPs (bijvoorbeeld die van Oostenrijk en Zweden) wordt toegelicht waarom een opname gewenst is. In het geval van Zweden wordt in het nationaal allocatieplan aangegeven dat er sprake is van stadsverwarmingseenheden, en dat er sprake is van een lokale afzet. Om deze reden is er geen effect op de interne markt.<sup>92</sup> Het gaat in deze om 66 installaties. In Finland betreft de uitbreiding zelfs 209 installaties, wederom onderdeel van stadsverwarmingsnetten. In het Fins NAP wordt gemotiveerd dat opnemings wenselijk is vanwege een gelijke behandeling van de installaties aangezien er ook installaties zijn die een vermogen groter dan 20 MW hebben.<sup>93</sup>

In Slovenië is gekozen voor de mogelijkheid dat installaties met een thermisch vermogen tussen de 15 en 20 MW op vrijwillige basis aan het

<sup>90</sup> J.H. Jans, annotatie bij HvJ EG 14 april 2005, C-6/03, Tijdschrift voor Milieu en Recht 2005, jur nr. 66, p. 441 en verder.

<sup>91</sup> Commission Decision of 29 October 2004 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Sweden in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2004) 4240-1 ; See Commission Decision of 08/IV/ 2005 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Austria in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2005) 481 final; Commission Decision of 08/IV/2005 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Finland in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2005) 481 final; Commission Decision of 08/IV/2005 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Latvia in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council C(2005) 481 final; Commission Decision of 08/IV/2005 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Slovenia in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2005) 481 final.

<sup>92</sup> Sweden's National Allocation Plan, p. 24.

<sup>93</sup> Finland's National Allocation Plan, p. 10.

emissiehandelssysteem kunnen bijdragen; en deze mogelijkheid zou met name worden opengesteld voor goed functionerende bedrijven.<sup>94</sup> Ook hier is evenwel de motivering van de Commissie uiterst beknopt:

*“In deciding to approve this application, the Commission takes into account the criteria referred to in Article 24, and considers that the inclusion of these installations will not result in distortions of competition or of the internal market, that emissions will be monitored and reported in accordance with Commission Decision 2004/156/EC and that the inclusion of these installations will not undermine the environmental integrity of the scheme.”<sup>95</sup>*

3. De derde mogelijkheid tot uitbreiding is er in gelegen dat de richtlijn voorziet in een koppeling van het Europese broeikasgasemissiehandelssysteem met emissiehandelssystemen van derde landen waarvoor eveneens emissiereductieverplichtingen in het Kyoto Protocol zijn vastgelegd.<sup>96</sup> Tot op heden zijn dergelijke verbanden nog niet aangebracht.

Uiteraard kunnen ook nieuwe initiatieven (voorstellen voor richtlijn of verordening) worden gelanceerd om het instrument ook op andere sectoren van toepassing te laten zijn, zoals op het vliegverkeer. Uiteraard zal dan ook de vraag rijzen naar de eventuele koppeling van verschillende emissiehandelssystemen, en de uitwisselbaarheid van rechten tussen sectoren.<sup>97</sup>

#### ***Inperking („opt out“)***

Naast uitbreiding bestaat ook de mogelijkheid om de regeling voor broeikasgasemissiehandel qua werkingssfeer te beperken. In art. 27 van de richtlijn is geregeld dat tot en met uiterlijk 2007 installaties vrijgesteld kunnen worden van de regeling. Net zoals met de unilaterale uitbreiding dient ook bij deze unilaterale inperking de Commissie om toestemming te worden gevraagd. Volgens de richtlijn zijn de volgende criteria bepalend:

1. De betrokken installaties dienen als gevolg van nationale beleidsmaatregelen hun emissies evenveel te beperken als wanneer de richtlijn op hen van toepassing zou zijn.

Opvallend is dat hier de term ‘beleidsmaatregelen’ wordt gebruikt. Bovendien lijkt het moeilijk te bepalen hoeveel emissiereductie een bedrijf zou doorvoeren indien het onder het emissiehandelssysteem zou vallen: dat is immers mede afhankelijk van de initiële allocatie en de werking van de markt, waaronder met name de prijsontwikkeling van het emissierecht.

<sup>94</sup> Slovenia’s Nap, p. 15-16.

<sup>95</sup> Commission Decision of 08/IV/2005 concerning the unilateral inclusion of additional activities by Slovenia in the Community emissions trading scheme pursuant to Article 24 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, p. 2, overweging 3.

<sup>96</sup> Art. 25 van de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn.

<sup>97</sup> Zo is er een voornemen om voor de luchtvaart emissiehandel in te voeren: Mededeling van de Europese Commissie 27 september 2005, COM 2005/459 final.



2. De betrokken installatie dient onderworpen te zijn aan voorschriften inzake bewaking, rapportage en verificatie die gelijkwaardig zijn aan die welke uit hoofde van de richtlijn worden opgelegd. Overigens is het niet altijd redelijk een intensieve controle-verplichting op te leggen bij meer traditionele vormen van regulering. Een continue emissiebepaling is uitdrukkelijk nodig voor marktconforme instrumenten zoals emissiehandel en de milieuheffing. Bij andere vormen van regulering kunnen in principe minder (belastende) controleverplichtingen meer passend zijn. Hierbij dient aangetekend te worden dat gelet op de internationale emissiereductieverplichting uiteindelijk wel door een staat gerapporteerd moet kunnen worden wat de totale emissie (en broeikasgasverwijdering) is geweest in een bepaalde periode.
3. De betrokken installatie dient onderworpen te zijn aan sancties die ten minste gelijkwaardig zijn aan de sancties van het emissiehandelssysteem, waaronder met name de boete.

In de bevoegdheidsomschrijving wordt aangegeven dat er dient te worden gewaarborgd dat er geen verstoring van de interne markt optreedt. Ook komt dat belang impliciet aan bod in de hierboven weergegeven criteria. Uiteraard rijst hier de vraag hoe deze criteria kunnen dan wel moeten worden geïnterpreteerd in specifieke gevallen.

Voor de periode 2005-2007 is van deze opt-out regeling zowel door het Verenigd Koninkrijk als door Nederland gebruik gemaakt.<sup>98</sup> Ook hier zijn de motiveringen van de Commissie uiterst kort. Zie over de economische consequenties van de opt out verder hoofdstuk 4 (§ 4.6).

Op grond van de richtlijn is een opt out alleen mogelijk voor de periode 2005-2007. Zoals reeds is gesteld is er aanleiding om te bezien of deze mogelijkheid niet ook voor na 2008 geregeld zou moeten worden, aangezien de administratieve en andere lasten, zoals de monitoringsverplichtingen voor bedrijven met relatief weinig CO<sub>2</sub>-emissie als onevenredig hoog worden bevonden.

---

<sup>98</sup> Commission Decision of 29 October 2004 concerning the temporary exclusion of certain installations by the United Kingdom from the Community emissions trading scheme pursuant to Article 27 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2004)4240-2, Commission Decision of 29 October 2004 concerning the temporary exclusion of certain installations by the Netherlands from the Community emissions trading scheme pursuant to Article 27 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, C(2004)4240-3 en Commission Decision of 22 March 2005 concerning the temporary exclusion of certain installations by the Netherlands from the Community emissions trading scheme pursuant to Article 27 of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, COM (2005)866 final. Zie voor Nederland ook: "Opt out handel in emissierechten", Stcrt. 28 april 2005, nr. 82.

Daarnaast schijnt Zweden een verzoek te hebben ingediend (op 5 december 2005 was evenwel nog geen informatie hieromtrent op website van de Europese Commissie beschikbaar).

### **Afronding**

Gelet op de bewoordingen in de richtlijn broeikasgasemissiehandel blijkt dat bij de tijdelijke mogelijkheid van opt-out het van toepassing zijn van andere (beleids-) maatregelen relevant is. Er dient als het ware te worden getoetst of de bedrijven niet vrijgesteld worden van vergelijkbare inspanningen. Daarbij rijst overigens de vraag hoe kan worden bepaald welke inspanningen onder het emissiehandelssysteem zouden moeten worden geleverd (uiteindelijk is de zwaarte van de inspanning ook afhankelijk van de werking van de markt). De motivering van de beslissingen inzake opt out zijn uiterst summier.

Bij opt-in, dat niet per se gezien hoeft te worden als een verdergaande milieumaatregel in de strikte zin van het woord, en dus niet per se hoeft te betekenen dat een bedrijf zwaardere lasten krijgt in vergelijking met de situatie dat het bedrijf buiten het systeem blijft, dient ingevolge de richtlijn aandacht te worden besteed aan de effecten op de interne markt, en aan concurrentievervalsingen. De mogelijkheid van opt in blijkt door vijf landen te zijn benut, onder meer ook vanwege het argument dat op deze wijze een gelijke behandeling van installaties wordt geregeld.

## **3.4**

### **JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE ALLOCATIE ZOALS UITGEVOERD**

#### **3.4.1**

##### **INLEIDING**

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij juridische aspecten van de allocatie in fase 1. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- de zich voordoende differentiatie en complexiteit van de allocatieregels;
- de staatssteunbeoordeling;
- leereffecten uit inspraak en beroepen.

Overigens is de implementatie van de richtlijn op het punt van allocatie van de broeikasgasemissierechten nog niet in alle lidstaten vervolledigd. Op 14 oktober 2005 bleken er 12 toewijzingsbesluiten te zijn genomen (waartegen nog mogelijk – volgens de nationaalrechtelijke regels - beroep kan zijn ingesteld).<sup>99</sup> Het Italiaanse NAP is zelfs eind november 2005 opnieuw gepresenteerd.<sup>100</sup> Bovendien is op 23 november 2005 door het Gerecht van Eerste Aanleg te Luxemburg geoordeeld dat de Commissie ten onrechte een verzoek van het Verenigd Koninkrijk tot wijziging van het NAP (dat volgens het VK nog slechts een concept was) niet in behandeling heeft genomen.

#### **3.4.2**

##### **DE DIFFERENTIATIE EN COMPLEXITEIT VAN DE ALLOCATIEREGELS**

Uit het Groenboek bleek al dat er enerzijds gestreefd werd naar eenvoud van normstelling, maar dat anderzijds ook de verschillen tussen bedrijven in aanmerking zouden moeten worden genomen. Er kan worden verondersteld dat juist met een decentrale opzet van de verdeling van de emissierechten de betrokken bedrijven een zo goed mogelijke behandeling kunnen krijgen gelet op

<sup>99</sup> Informatiedag VROM „Balans opmaken en vooruit kijken“, 14 oktober 2005, Ede-Wageningen, toespraak door de heer Bolscher, directeur Klimaatverandering en Industrie, Ministerie van VROM.

<sup>100</sup> Environment Daily 1994, 01/12/05, zie voor eerder besluit inzake een Italiaans NAP: Europese Commissie 25 mei 2005, C(2005) 1527 final.

hun individuele omstandigheden. De nationale instanties zijn immers beter op de hoogte van de individuele omstandigheden (zoals eerder verleende vergunningen en gemaakte afspraken) dan de Europese Commissie, zo mag worden verondersteld. Er kan van uit worden gegaan dat de startpositie voor gelijksoortige bedrijven in verschillende lidstaten verschillend is, nu deze mede afhankelijk zijn van het nationale milieubeleid en milieurecht. Bij de overgang naar een nieuwe reguleringsvorm is het van belang dat de rechtsposities, waaronder de verleende vergunningen, in overweging worden genomen bij de verdeling van de rechten.

EU-wijd bezien is in de huidige opzet het besluitvormingsproces voor de toedeling van de verhandelbare emissierechten complex en versnipperd. Er is sprake van 25 allocatieplannen, die zodanig zijn ontworpen dat rekening is gehouden met de ontwikkelingen in het nationale klimaatbeleid tot dusver. Ter illustratie van de complexiteit van de toewijzingsregels kan naar het Duitse besluitvormingsproces worden verwezen: in Duitsland vallen 1.849 installaties, behorend tot ongeveer 1.200 bedrijven onder de werkingssfeer van emissiehandel. Voor de allocatie van de rechten over deze installaties zijn in Duitsland niet minder dan 58 verschillende allocatiemethoden vastgesteld.<sup>101</sup>

Doordat de NAPs in een absurd kort tijdsbad opgesteld moesten worden, ontbrak gelegenheid voor de lidstaten om de aan de verdeling ten grondslag te leggen methodes en uitgangspunten te coördineren.<sup>102</sup> De grondslagen en methodes van de NAPs zijn derhalve nauwelijks afgestemd.

De nationale allocatieplannen zijn derhalve moeilijk te vergelijken. Bovendien zijn de meeste plannen slechts in twee talen gepresenteerd, hetgeen een vergelijking ook bemoeilijkt.

Het is gelet op het voorgaande uiterst ingewikkeld en tijdrovend om inzichtelijk te maken welke precieze verschillen in concurrentieverhoudingen optreden. Daarbij gaat het niet alleen om verschillende benaderingen inzake de verdeling van rechten aan industrie, maar ook de verschillende benaderingen terzake de nieuwkomers. Op dit laatste punt laat de richtlijn een grote mate van beleidsvrijheid aan de lidstaten.<sup>103</sup>

Uit de beschrijving van het wetgevingsproces is gebleken dat de decentrale allocatie, aan de hand van tamelijk vage criteria, het maximaal haalbare was in politieke zin. Verdergaande, alternatieve verdelingsmethoden zoals een veiling of sectorspecifieke gemeenschappelijke referentiekaders (benchmarks) waren nog niet rijp voor politieke besluitvorming. Of dit voor de toekomst goede opties zijn, verdient nader onderzoek. Hieromtrent heeft de VROM-Raad gesuggereerd om

<sup>101</sup> Aldus de informatie van het Bundesumweltministerium, <http://www.bmu.de/english/press/pm/6871.php> (9 november 2005).

<sup>102</sup> Christian Egenhofer en Noriko Fujiwara, a.w. 2005, p.18, en p. 23: "Despite guidance by the European Commission, allocation rules across member states are very different." Zie aldaar ook verwijzing naar verdere literatuur.

<sup>103</sup> Het belangrijke doch specifieke aspect van nieuwkomers wordt in dit onderzoek verder niet diepgaand behandeld. Wel gaan we in § 4.4 nog kort in op de economische aspecten.

inderdaad ook te overwegen of emissierechten niet meer landelijk worden gealloceerd, maar op Europees niveau per sector, juist ook om ongelijke behandeling van sectoren tegen te gaan. Wel is duidelijk dat een dergelijke interessante optie nader moet worden onderzocht; ook de VROM-Raad geeft aan dat de consequenties van een dergelijke methode nog onvoldoende duidelijk zijn. Tevens noemt de VROM-Raad de optie van het alloceren op basis van het emissieniveau van de 'best performer' op EU-niveau, met name op het terrein van energiebesparing.<sup>104</sup>

Een verder geharmoniseerde wijze van toedeling, zoals de VROM-Raad suggereert, zou mogelijk ook aantrekkelijk zijn vanwege het terugdringen van de uitvoeringslasten van de regeling, en zou tegelijkertijd een meer geharmoniseerde benadering van bedrijven betekenen. In de huidige opzet moeten 25 nationale allocatieprocessen worden gevoerd, binnen een context van deels tamelijk vrije criteria. Dat leidt tot veel debat en is misschien een van de redenen voor de vele juridische procedures in bijvoorbeeld Nederland en Duitsland.

Afsluitend kan worden gesteld dat de allocatie niet uitblinkt in eenvoud van normstelling, maar juist door differentiatie van normstelling, doordat er 25 moeilijk vergelijkbare plannen zijn opgesteld.

### 3.4.3

#### DE STAATSSTEUNBEOORDELING

De decentrale opzet van het systeem impliceert dat de lidstaten aan hun bedrijfsleven emissierechten toewijzen. Bij een gratis verdeling van emissierechten mist de staat inkomsten, aangezien de rechten ook geveild hadden kunnen worden. Nu is het zo dat de richtlijn in artikel 10 voorschrijft dat voor de periode 2005-2007 ten minste 95% van de broeikasgasrechten om niet moet worden toegekend. In het geval dat een lidstaat er voor kiest om meer dan 95% van de rechten gratis te verdelen, kan reeds van staatssteun uitgegaan, aangezien de overige 5% gelet op artikel 10 van de richtlijn geveild had kunnen worden. In dat geval wordt de verdeling als geheel beschouwd, aangezien de 5% moeilijk afzonderlijk te beoordelen is. Dit is bijvoorbeeld het geval voor Nederland en de meeste andere lidstaten; in een klein aantal landen is een beperkte veiling gehouden.

De staatssteunregeling neergelegd in art. 87 en verder EG-verdrag is er op gericht dat het handelsverkeer tussen lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed. Voor de beoordeling of een staatssteunmaatregel verenigbaar kan worden beschouwd met de interne markt komt aan de Commissie een ruime beslissingsvrijheid toe.<sup>105</sup> De discretionaire ruimte voor de Commissie wordt voorts versterkt door het feit dat

<sup>104</sup> VROM-Raad, Verslag van het debat over de evaluatienota klimaatbeleid 2005, Debat gehouden op 30 september 2005 met leden van de VROM-Raad en de Energieraad, verkrijgbaar via [www.vromraad.nl](http://www.vromraad.nl)

<sup>105</sup> Met name nu ook de geldende richtlijnen voor staatssteunbeoordeling voor milieuprojecten nauwelijks specifieke regels bevatten voor de beoordeling van de allocatie van broeikasgasrechten, bestond er nog een behoorlijke ruime beslissingsvrijheid voor de commissie. Zie over broeikasgasemissiehandel en staatssteun: Stefan Weishaar, *The European CO<sub>2</sub> emission trading system and State aid*, Metro, Universiteit Maastricht, november 2005. Paper voor het contractonderzoek: 'Emissions trading and Equal competition' (p. 11-13). Verkrijgbaar via [www.unimaas.rechten.nl/metro](http://www.unimaas.rechten.nl/metro).

de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn jonger is dan de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu.<sup>106</sup>

Nu er vage criteria zijn, bestaat er het gevaar van over-allocatie. Om deze reden komt wel heel duidelijk het belang van een staatssteunbeoordeling om de hoek kijken. Hoe strakker de allocatievoorschriften zouden zijn, hoe minder ruimte er natuurlijk zou zijn voor een overbedeling door de overheid. In onderdeel 5 van bijlage III van de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn wordt dan ook gesteld, dat het nationale allocatieplan niet dusdanig onderscheid mag maken tussen ondernemingen of sectoren dat bepaalde ondernemingen of activiteiten onrechtmatig worden bevoordeeld in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88.

De Commissie heeft voor de beoordeling van de nationale allocatieplannen een informele werkwijze gehanteerd terzake de staatssteunbeoordeling. De beoordeling van de plannen blijkt primair te zijn gedaan in het licht van artikel 9 lid 3 van de emissiehandelsrichtlijn. De Commissie heeft bij ambtelijke brief aan de lidstaten laten weten dat er geen formele notificatie van de NAPs zoals bedoeld in artikel 88(3) EG verdrag hoefde te worden gedaan.<sup>107</sup> In de beslissingen inzake de NAPs wordt slechts indirect en afstandelijk getoetst wat betreft de staatssteuncriteria. Illustratief is een passage uit het besluit inzake de goedkeuring van het Nederlands Nationaal allocatieplan:

*“Op basis van de door de lidstaat verstrekte informatie is de Commissie bijgevolg van mening dat eventuele steunmaatregelen ingeval zij worden beoordeeld overeenkomstig artikel 88, lid 3, van het verdrag, waarschijnlijk verenigbaar zullen zijn met de gemeenschappelijke markt.”*<sup>108</sup>

De Commissie geeft geen expliciete en diepgaande beoordeling van de verenigbaarheid van de maatregel met de staatssteunregeling. Zij geeft slechts op een zeer algemene wijze aan dat er waarschijnlijk geen problemen zouden zijn indien de staatssteunbeoordeling zou worden gevolgd. Dit valt waarschijnlijk te verklaren vanwege de gedachte dat als de milieu-effectiviteit van het plan is getoetst in het licht van de eerste twee criteria van bijlage III, er waarschijnlijk geen sprake zal zijn van over-allocatie.

Teuben heeft reeds gewezen op de risico's van de informele handelswijze van de Commissie, en zij heeft aangedrongen op een verbetering van de samenloop van procedures die gevolgd moeten worden op grond van (1) de richtlijn broeikasgasemissiehandel en (2) de staatssteunregeling van het EG-verdrag.<sup>109</sup> Voorts heeft zij geconstateerd dat de Communautaire kaderregeling inzake

<sup>106</sup> Mededeling van de Commissie, Pb EG 2001, C37/3.

<sup>107</sup> Brief van 17 maart 2004, kenmerk ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, ondertekend door Catherine Day en Philip Lowe, Directoraten Generaal Milieu en Handel van de Europese Commissie.

<sup>108</sup> Beschikking van de Commissie van 07/VII/2004 betreffende het nationale toewijzingsplan voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten waarvan door Nederland is kennisgegeven overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG, C(2004)2515/1 def.

<sup>109</sup> R. Teuben, *a.w.* 2005, p.170.

staatssteun voor het milieu aanvulling heeft met regels voor broeikasgasemissiehandel.

Ook in algemene zin blijkt de Commissie wel vaker op informele wijze om te gaan met staatssteunbeoordelingen.<sup>110</sup> Door Hessel is reeds bepleit dat de Commissie deze wijze van benaderen zou moeten verlaten, en in voorkomende gevallen een formele beschikking zou moeten afgeven.<sup>111</sup> Een dergelijk pleidooi vloeit voort uit de behoefte aan rechtszekerheid en het uitgangspunt van efficiënte geschilbeslechting. Dat is uiteraard ook een belangrijk punt bij de besluitvorming inzake emissiehandel.

### 3.4.4

#### LEEREFFECTEN UIT INSPRAAK EN BEROEPEN

##### *Inleiding*

Op basis van momenteel beschikbare informatie beschouwt deze paragraaf relevante ervaringen die in het besluitvormingsproces voor broeikasgasemissierechten en de rechterlijke toetsing daarvan zijn opgedaan in enkele lidstaten. In het bijzonder wordt nagegaan of er in de inspraakprocedures dan wel in de rechtszaken een argumentatie is gevoerd die betrekking heeft op ongerechtvaardigde concurrentieverschillen. Een uitgebreider rechtsvergelijkend onderzoek zou zinvol zijn om meer diepgaand te bestuderen wat nu de meer precieze juridische argumenten zijn indien door een bedrijf wordt aangevoerd concurrentienadeel te lijden. Waarschijnlijk zal bij een dergelijk bezwaar een beoordeling van of toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een grote rol spelen.<sup>112</sup> Ook kan de vraag worden gesteld of het tot op heden in juridische zin van weinig betekenis zijnde beginsel 'de vervuiler betaalt' in dit opzicht een (aanvullende) rol zou krijgen. Dit beginsel dient gelet op artikel 174 EG-verdrag door de Europese instituties in aanmerking te worden genomen.<sup>113</sup>

##### *Gerecht van Eerste Aanleg*

1. Reeds op 15 januari 2004 is door een Luxemburgs bedrijf, met vestigingen in Frankrijk, Spanje, Duitsland en België, beroep ingesteld tegen de richtlijn broeikasgasemissiehandel als zodanig, waarbij om de nietigheid van enkele bepalingen wordt verzocht voor zover deze van toepassing zouden zijn op een nader omschreven staalproductie, en om een vergoeding van schade ontstaan ten gevolge van een aantal bepalingen. Er zou sprake zijn van een aantasting van het fundamentele recht op eigendom en het uitvoeren van een beroepsactiviteit. Naast strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel wordt voorts onder meer een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel, stellend dat andere concurrerende sectoren niet

<sup>110</sup> Zo kan de commissie ook binnen 2 maanden een verklaring van geen bezwaar afgeven, zie:

Verordening (EG) Nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag.

<sup>111</sup> B. Hessel, *Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden, in: Staatssteun op het grensolak van besuursrecht*, Europese recht en fiscaal recht, Preadviezen van de Vereniging voor bestuursrecht, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2005, p. 71.

<sup>112</sup> F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen: de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Kluwer 2004.

<sup>113</sup> M. Peeters, *a.w.* 1992. Zie uitgebreid over het beginsel: N. De Sadeleer, *Environmental principles, from political slogans to legal rules*, Oxford University Press 2002

onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Op dit beroep is nog geen uitspraak gedaan.<sup>114</sup> Het bedrijf zal mogelijk niet ontvankelijk zijn gelet op de in artikel 230 van het EG-verdrag neergelegde vereisten (namelijk, het rechtstreeks en individueel geraakt zijn door de maatregel).

2. Door Duitsland is op 20 september 2004 beroep ingesteld tegen de beslissing van de Commissie inzake het Duitse allocatieplan.<sup>115</sup> Het juridische geschil spitst zich toe op de vraag of er een zogenaamde ex post intrekking van rechten zou mogen plaatsvinden. Duitsland wil deze mogelijkheid openhouden ter vermindering van overallocatie en misbruik. In feite zou dit een middel zijn om ongerechtvaardigde concurrentieverstoreningen binnen één lidstaat tegen te gaan. Immers, indien op onjuiste gronden emissierechten zouden zijn toebedeeld, en indien later zou blijken dat dat inderdaad ten onrechte zou zijn, dan zou dat concurrentievoordeel bij ontstentenis van een dergelijke bevoegdheid niet ongedaan gemaakt kunnen worden. Duitsland wil de ex-post intrekking ook toepassen in geval van sluiting van een inrichting, en bij een substantiële terugbrenging van de productie.<sup>116</sup>

Anderzijds moet in aanmerking worden genomen dat juist het niet opnemen van een ex-post intrekkingbevoegdheid bij sluiting of vermindering van productie de totstandkoming van nieuwe technologie zou kunnen stimuleren. Immers, als de rechten bij sluiting of vermindering van productie ingetrokken worden, is er een impuls om deze installaties in stand te houden.<sup>117</sup>

Duitsland beroept zich verder op artikel 176 EG-verdrag, stellende dat de Commissie een lidstaat niet mag weerhouden van verdergaande milieumaatregelen. Een ex-post correctie zou zo een maatregel zijn.

3. Reeds op 27 september 2004 is een beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg gestart door een Duits bedrijf tegen het besluit van de Commissie aangaande het Duitse NAP (zaak T-387/04).<sup>118</sup> Het bedrijf voert aan dat een specifieke regel uit het Duitse NAP, inhoudende dat een energiebedrijf waar een oude installatie wordt ontmanteld, gedurende vier jaren de toegewezen rechten nog kan gebruiken, ongerechtvaardigde staatssteun zou zijn. Het bedrijf claimt verder dat de Commissie de formele staatssteunbeoordeling had dienen te doorlopen. Het bedrijf voelt zich met name benadeeld omdat het zelf nucleaire energiebedrijven ontmantelt (daartoe is het zelfs verplicht), en dat het een ongerechtvaardigd nadeel ondervindt doordat het voor die bedrijven geen rechten heeft ontvangen die het

<sup>114</sup> T-16/04, PB EG [C 71, 20.03.2004, p. 36](#)

<sup>115</sup> Pb EG C 284/25, 20.11.2004; zie ook Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), BMU Pressdienst Nr. 275/04, Berlijn 21 september 2004.

<sup>116</sup> National Allocation Plan for the Federal Republic of Germany 2005-2007, o.m. pag. 30, 33-34, 36 en 44, Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, Berlijn, 31 maart 2004, p. 31 en verder. Opmerkelijk is voorts dat de intrekking niet zou geschieden indien een nieuwe installatie in Duitsland zou worden opgericht. Dit is een belemmering op de export van de emissierechten, en beïnvloedt de vrijheid van vestiging in de EU. Dit belangrijke aandachtspunt wordt hier verder niet uitgediept.

<sup>117</sup> Hierop wordt ook gewezen door Egenhofer, C., Fujiwara, N., *a.w.*, Recommendations II, (7).

<sup>118</sup> Pb EG C 6 p. 38, 8.1.2005.

kan inzetten voor nieuwe installaties. In deze zou er sprake zijn van een ongerechtvaardigde bevoordeling van diens concurrenten (andere energiebedrijven) die wel na ontmanteling rechten kunnen inzetten voor een nieuwe installatie. In deze zaak is nog geen uitspraak gedaan.

4. Inmiddels is er op Europees niveau op 23 november 2005 een gerechtelijke uitspraak gedaan, te weten door het Gerecht van Eerste Aanleg in een door het Verenigd Koninkrijk ingesteld beroep tegen een besluit van de Commissie. In de zaak van het Verenigd Koninkrijk tegen de Europese Commissie staat centraal de weigering van de Commissie om in te gaan op het voorstel tot wijziging van het NAP teneinde het totaal aantal in de VK (inclusief Gibraltar) toe te wijzen emissierechten te verhogen. Het VK stelt zich op het standpunt dat het een voorlopig plan heeft ingediend, en dat de Commissie heeft erkend dat er later nog wijzigingen terzake de totale omvang emissierechten zouden kunnen worden ingediend. De Commissie stelt zich kort gezegd op het standpunt dat het verzoek niet (meer) in behandeling kon worden genomen.

De uitspraak bevat een aantal interessante overwegingen:

- inspraak moet effectief kunnen zijn, en zelfs kunnen resulteren in een door een lidstaat voor te stellen wijziging van het NAP, ook als is dat NAP al goedgekeurd;
- een wijziging van het NAP naar aanleiding van inspraak over het bij de Commissie ingediende NAP zou juist op het oog kunnen hebben een ongelijkheid te herstellen:  
*“If, for example, there was an underestimation of the allowances to be allocated to an individual installation, while a competing installation of equivalent size received the correct allocation, it cannot be excluded that the allocation to the first installation, and consequentially, the total allocation of allowances, would have to be amended.”*<sup>119</sup>
- het belang van de juistheid van de data en andere relevante informatie wordt benadrukt:  
*“If a Nap was based in part on incorrect information or erroneous evaluations relating to the level of emissions in certain sectors or certain installations, the Member States in question would have to be entitled to propose amendments to the Nap, including increases to the total quantity of allowances to be allocated, in order to address those problems before the market began functioning.”*<sup>120</sup>
- inzake het mogelijke argument dat een wijziging niet meer kan worden voorgesteld na de datum waarop het toewijzingsbesluit moet worden genomen blijft de uitspraak wat vaag, waarbij wordt aangegeven dat dit argument niet expliciet ten grondslag was gelegd aan het besluit van de Commissie om het voorstel tot wijziging van het NAP niet in behandeling te nemen.

### **Nationale rechters**

Een korte inventarisatie leert dat het aantal beroepen in lidstaten sterk kan verschillen. In Denemarken en Vlaanderen zijn voor zover bekend geen beroepen tegen het nationaal allocatieplan of het toewijzingsbesluit ingesteld, terwijl in Duitsland en Nederland veel installaties in beroep zijn gegaan – in Duitsland zelfs

<sup>119</sup> Zaak T-178/05, par. 59.

<sup>120</sup> Zaak T-178/05, par. 60.



meer dan 500.<sup>121</sup> In beide lidstaten is ongeveer een kwart tot een vijfde van de bedrijven (installaties) die onder emissiehandel vallen in beroep gegaan tegen de toewijzing van de broeikasgasrechten. Dit gegeven vormt op zichzelf reeds een opmerkelijk feit: er is blijkbaar veel behoefte aan een gang naar de rechter, althans, dit is het geval in Duitsland en Nederland.

In Duitsland is zelfs een principiële procedure gevoerd over de vraag of het emissiehandelssysteem wel verenigbaar zou zijn met grondrechten. Naar aanleiding van een beroep door een cementindustrie bij de hoogste bestuursrechter van Duitsland, heeft dit 'Bundesverwaltungsgericht' geoordeeld dat de invoering van het emissiehandelssysteem niet op bezwaren stuit, met name niet waar het gaat om ingrepen in een eigendomsrecht (waarbij met name wordt bedoeld op de bestaande vergunning op grond van de traditionele regulering) en het recht op vrije beroepsuitoefening.<sup>122</sup> Er is volgens de rechter in deze zaak geen sprake van een onevenredig ingrijpen door invoering van het emissiehandelssysteem.

Er is nog geen overzicht beschikbaar van de rechtszaken in de 25 lidstaten inzake de allocatie van de rechten. Een korte inventarisatie leert wel alvast dat:

- In Spanje verschillende beroepen zijn ingesteld tegen de beslissingen waarin het aantal rechten is toegewezen aan de bedrijven. Daarbij is zowel de weg van bezwaar bij het bestuursorgaan ingeslagen, als ook direct beroep bij het "Tribunal Supremo", het hoogste rechtscollege.<sup>123</sup>
- In het gewest Vlaanderen (België) geen beroepsprocedures zijn gestart tegen de toewijzing van de broeikasgasemissierechten. Wel is het zo dat één bedrijf (Sidmar) een procedure is gestart tegen de implementatiewet zelf. Hetzelfde is het geval in Wallonië (bedrijf: Arcelor).  
De toewijzing in Vlaanderen is gebeurd in een uitvoerige consultatie tussen overheid en bedrijfsleven. Dit heeft geresulteerd in een verdeling waarmee iedereen kon leven met wat hij kreeg; zelfs het bedrijf dat in Vlaanderen de implementatiewet heeft aangevochten heeft de individuele toewijzing niet aangevochten.
- In Denemarken, voor zover tot dusver bekend, geen beroepsprocedures zijn gestart.
- Terzake Italië moet worden opgemerkt dat het opstellen van een effectief klimaatbeleid op problemen stuit.<sup>124</sup> Pas op 25 mei 2005 is het NAP

<sup>121</sup> Bettina Schitt-Rady, A Level Playing Field? Initial Allocation of Allowances in Member States in: K. Deketelaere, M. Peeters (ed.), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, (verschijnt in 2006 bij Edward Elgar), p. 9. Het valt buiten de omvang van dit onderzoek om na te gaan of in deze beroepen ongerechtvaardigde verstoringen van de concurrentieverhoudingen worden aangevoerd.

<sup>122</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), BMU Pressdienst Nr. 176/05, Berlijn 1 juli 2005.

<sup>123</sup> Informatie ingewonnen door Javier de Cendra de Larragan bij mevrouw Amalia Cordero, Oficina Española de Cambio Climático' (klimaatafdeling behorend bij het Spaanse milieuministerie: 'Ministerio de Medio Ambiente').

<sup>124</sup> Zie over de problemen in Italië met betrekking tot implementatie: Enrico Caramori, *Implementing the emissions trading directives: the Italian experience between commitment and breakaway*, [2005] 4 *Environmental Liability*, p. 108-115.

voorwaardelijk geaccepteerd. Interessant is dat voor het opstellen van het NAP als uitgangspunt is genomen dat de concurrentiepositie van de Italiaanse bedrijven gewaarborgd moet zijn.<sup>125</sup> Het aanvankelijk ingediende NAP stond een toename van emissies toe. Eind november 2005 is er een gewijzigd Italiaans NAP gepresenteerd, met een lager plafond, in navolging van de wens van de Commissie.<sup>126</sup> Er zal natuurlijk ook nog een toewijzingsbesluit moeten worden genomen. Er wordt verwacht dat er beroepen worden ingesteld tegen de allocatiebeslissingen.<sup>127</sup>

Het is vooralsnog niet duidelijk hoe het grote verschil in aantallen beroepen in de lidstaten verklaard kan worden. Voorts is het niet uitgesloten dat in lopende nationale procedures prejudiciële vragen worden gesteld.

### ***Nederland***

De in Nederland gevolgde allocatieprocedure wordt in dit rapport in ruimere mate besproken, om zo ook inzicht te krijgen in de vraag in hoeverre het argument van ongelijkheid in concurrentieposities in de nationale context aan de orde is geweest en een rol heeft gespeeld bij de rechterlijke oordeelvorming. De aandacht gaat zowel uit naar de inspraakfase voor de voorbereiding van het nationale allocatieplan als het nationale toewijzingsbesluit, als de rechtsbeschermingsfase.<sup>128</sup> In Nederland staat tegen het toewijzingsbesluit beroep bij de bestuursrechter open.<sup>129</sup> Beroep tegen het nationaal allocatieplan is uitgesloten, doch de Afdeling bestuursrechtspraak acht een exceptieve toetsing van dit plan bij het beroep tegen het toewijzingsbesluit mogelijk.

### ***Inspraak***

In deze paragraaf wordt nagegaan of bij de inspraak die in Nederland is geleverd inzake het nationaal allocatieplan en het toewijzingsbesluit vrees voor verstoring van concurrentieverhoudingen is aangevoerd. Dit betreft de “formele inspraak” zoals die gevolgd moet worden ingevolge de richtlijn en de nationale bestuursrechtelijke procedurevoorschriften. Door de inspraak te analyseren kan worden ontdekt in hoeverre door betrokkenen vrees voor concurrentienadeel is opgevoerd, en wat dan precies de argumentatie daarvoor was, en of dit heeft geleid tot aanpassing van het besluit. Hierbij moet evenwel een methodologische kanttekening worden gemaakt: aangezien er geen tijd was bij de uitvoering van dit onderzoek voor het opvragen en analyseren van de door de bedrijven ingeleverde inspraakreacties, is met name uitgegaan van door de overheid beschikbaar gestelde overzichten. Een breder onderzoek naar de inspraakreacties zelf zou een objectievere methode zijn.

<sup>125</sup> Enrico Caramori, a.w., p. 111.

<sup>126</sup> Environment Daily 1994, 01/12/05.

<sup>127</sup> Informatie ingewonnen door Javier de Cendra de Larragan bij de heer Giovanni Landi, advocaat bij DLA Piper Rudnick Gray Cary, Brussel.

<sup>128</sup> Zie voor een uitleg omtrent de procedurele gang van zaken: M. Peeters, *Broeikasgasemissiehandel in de Wet milieubeheer: een introductie op dit groene instrument*, in : Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2005, nr 3, p. 83-91.

<sup>129</sup> Art. 16.30 jo. Art 20.1 lid 4 Wm.

Naast de formele inspraakprocedure is ook informeel overleg gevoerd, met name in het zogenaamde "CAP-overleg". Dit overleg had als doel om de verdeling van de beschikbare ruimte voor de bedrijven te bespreken. Informeel overleg is natuurlijk een algemeen bekende handelswijze in het milieubeleid. Het is dan ook niet uitzonderlijk dat dergelijke overleggen ook hebben plaatsgevonden in het kader van de toedeling van de emissierechten. Ook in het rapport dat namens Nederland is ingezonden naar de Europese Commissie in juni 2005 wordt uitdrukkelijk ingegaan op het feit dat samenwerking is gezocht met de bedrijven, en dat dit als positief is ervaren, omdat zo fouten worden voorkomen.<sup>130</sup>

De notulen van het CAP-overleg zijn niet in dit rapport betrokken, aangezien deze niet ter beschikking zijn gesteld voor inzage en onderzoek, met de motivatie dat het slechts voorbereidende besprekingen betreft en er geen afspraken worden gemaakt of definitieve standpunten zijn ingenomen.<sup>131</sup> Voor zover bekend is er geen verzoek op grond van de Wet openbaarheid bestuur in deze ingediend.

Het CAP-overleg had als doel om de verdeling van de ruimte onder het vastgestelde plafond te bespreken. Voor de besluitvorming inzake de hoogte van het emissieplafond is een ander proces gevolgd (waarbij gebruik werd gemaakt van de door het ECN opgestelde 'referentieramingen'). De VROM-Raad heeft onlangs nog gewezen op de vastgestelde streefwaarden in het Nederlandse klimaatbeleid, en stelde:

*„Voor verschillende sectoren worden streefwaarden gehanteerd. De consequentie hiervan is dat de reductie van broeikasgassen niet tegen de laagste kosten plaatsvindt. Op zich getuigt dat van een soort eerlijkheid waarbij iedere sector zijn bijdrage levert. Onduidelijk is echter welke criteria zijn gehanteerd voor het vaststellen van de streefwaarden en of de keuze van de streefwaarden achteraf gezien ook de juiste was.“<sup>132</sup>*

In lijn met deze opmerking van de VROM-Raad kan derhalve worden aangenomen dat in de toekomst de voorbereiding van de besluitvorming over de streefwaarden nog een belangrijk aandachtspunt zal zijn, juist ook met betrekking tot de concurrentie ten aanzien van afspraken op de beschikbare emissieruime.

#### **Inspraak terzake van het NAP**

Het Nederlandse NAP gaat uit van een maximaal te emitteren hoeveelheid voor de sector industrie van 112 Mton per jaar. Aanvankelijk is aan de Commissie voorgesteld om een plafond van 115 Mton per jaar te hanteren, maar tijdens de procedure van de beoordeling van het NAP heeft Nederland aan de Commissie te kennen gegeven deze hoeveelheid met 3 Mton te verminderen.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> Verslag ex art. 21 van de richtlijn, 11 juli 2005, volgens informatie van VROM niet gepubliceerd, enkel aan Commissie verzonden. Het rapport is ten behoeve van dit onderzoek ter beschikking gesteld aan onderzoekers.

<sup>131</sup> Interview met vertegenwoordiger EZ d.d. 9 december 2005.

<sup>132</sup> "VROM-Raad, a.w. 2005, p. 7.

<sup>133</sup> Nederlands Allocatieplan 2005-2007, pag. 3. te raadplegen op:

[http://www.senternovem.nl/mmfiles/Dutch%20allocation%20plan040820\\_tcm24-110316.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/Dutch%20allocation%20plan040820_tcm24-110316.pdf).

Tegen het ontwerp-NAP stond inspraak open. Dit heeft geleid tot inspraakreacties van bedrijven, milieuorganisaties en belangenorganisaties.<sup>134</sup> Deze reacties varieerden van de vraag om toegelaten te worden tot de emissiehandel<sup>135</sup> tot de opmerking dat nieuwkomers beoordeeld moesten worden aan de hand van de 'Best Available Techniques'.<sup>136</sup> Een terugkerend onderwerp dat relevant is voor de vraag of er vrees was voor aantasting van concurrentieposities, was de zorg voor een eventuele stijging van de elektriciteitsprijzen. Van de kant van de bestuursorganen werd aangegeven wel enige stijging van de elektriciteitsprijs voor eindafnemers te verwachten.<sup>137</sup> Het zou echter niet de bedoeling zijn dat de elektriciteitsprijzen disproportioneel zouden gaan stijgen. De minister en staatssecretaris zien geen aanleiding om tot wijziging van het NAP over te gaan, of andere maatregelen te nemen. De ontwikkelingen in deze worden afgewacht, daarbij ook de optie open houdende dat elektriciteitsproducenten uit concurrentieoverwegingen de waarde van emissierechten niet doorberekenen in de prijs. In deze wordt aangegeven dat oplossingen in Europees verband moeten worden gezocht.<sup>138</sup>

Terzake het aangevoerde bezwaar dat er concurrentieverstoringen zouden ontstaan, wordt door het bevoegde gezag aangevoerd dat met betrekking tot concurrentieverstoringen door definitieverschillen door Nederland bij de Commissie op eenvormige interpretatie wordt aangedrongen.<sup>139</sup> Uiteindelijk is door Nederland geen beroep ingesteld tegen de goedkeuring door de Commissie van een NAP van een andere lidstaat met een beperktere interpretatie van de definitie.

Andere onderwerpen als het 'vervuiler betaalt' principe zijn volgens het door de overheid opgestelde overzicht niet aangevoerd – overigens kan het wel zo zijn dat dit in de inspraakreacties aan de orde is gesteld, doch als zodanig niet in het samenvattend overzicht is overgenomen. Ook het gelijkheidsbeginsel is niet letterlijk terug te vinden in het samenvattende overzicht, al zit dit beginsel

<sup>134</sup> Zo waren er bijvoorbeeld inspraakreacties van de Stichting Natuur en Milieu, VNO-NCW, Vereniging Nederlandse Cement Industrie (VNCI), LTO Nederland en het Productschap Tuinbouw, Vereniging Nederlandse Metallurgische Industrie (VNMI) en de Vereniging van Nederlandse Papier- en Kartonfabrikanten (VNP).

<sup>135</sup> Inspraakreactie Trega International BV/Sphinx Tiles, Zie samenvatting inspraakreacties zoals gepubliceerd op: [http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties\\_tcm24-103941.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties_tcm24-103941.pdf)

<sup>136</sup> Inspraakreactie Stichting Natuur en Milieu. Zie samenvatting inspraakreacties zoals gepubliceerd op: [http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties\\_tcm24-103941.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties_tcm24-103941.pdf)

<sup>137</sup> Bijlage G bij het Nationale Allocatie Plan:

[http://www.senternovem.nl/mmfiles/113929\\_09\\_BijlageG\\_Brief\\_bewindslieden\\_aan\\_de\\_Tweede\\_Kamer\\_over\\_inspraak\\_tcm24-73095.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/113929_09_BijlageG_Brief_bewindslieden_aan_de_Tweede_Kamer_over_inspraak_tcm24-73095.pdf), p. 8

<sup>138</sup> Zie samenvatting inspraakreacties zoals gepubliceerd op:

[http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties\\_tcm24-103941.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties_tcm24-103941.pdf) alsmede de brief van Minister Brinkhorst als bijlage G bij het Nationaal Allocatie Plan, p. 8, [http://www.senternovem.nl/mmfiles/113929\\_09\\_BijlageG\\_Brief\\_bewindslieden\\_aan\\_de\\_Tweede\\_Kamer\\_over\\_inspraak\\_tcm24-73095.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/113929_09_BijlageG_Brief_bewindslieden_aan_de_Tweede_Kamer_over_inspraak_tcm24-73095.pdf)

<sup>139</sup> Inspraakreactie nummer 172.

vermoedelijk inbegrepen bij geuite zorgen over de concurrentieverstoring. Zo is door een staalbedrijf de vrees geuit dat de concurrentie verstoord wordt ten opzichte van landen buiten de EU. De overheid heeft in deze de opvatting dat Europa een voortrekkersrol moet vervullen en dat op de lange termijn de voordelen de nadelen zullen overtreffen.<sup>140</sup>

De conclusie van het bovenstaande is dat de inspraakronde vooral heeft geleid tot het herstellen van onzorgvuldigheden of fouten in het plan. Een vrees voor verstoring van internationale concurrentieverhoudingen wordt weerlegd met de opvatting dat Europa een leiderschapsrol heeft te vervullen.

In aanvulling op het bovenstaande is het van belang te benadrukken dat het voor een bedrijf moeilijk te beoordelen is of aan concurrenten meer of minder rechten zijn toebedeeld. De daarvoor benodigde informatie is immers slechts in beperkte zin beschikbaar.<sup>141</sup>

#### *Inspraak terzake van Nationaal toewijzingsbesluit*

Nadat het NAP was vastgesteld en goedgekeurd door de Europese Commissie moesten de rechten nog daadwerkelijk toegewezen worden, via een toewijzingsbesluit, aan de verschillende binnen de richtlijn vallende bedrijven. Ook voor wat betreft dit besluit konden er inspraakreacties ingediend worden conform afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht (zoals toen geldend).

Veel bedrijven waren het niet eens met de precieze toedeling en waren van mening dat zij niet voldoende rechten toebedeeld hadden gekregen. Een veel gehoord bezwaar betrof de stelling dat de toewijzing in strijd zou zijn met het convenant Benchmarking energie-efficiency dat eerder tussen de overheid en grote bedrijven was gesloten.<sup>142</sup> Veel bedrijven stellen dat het onderhavige besluit in strijd is met het convenant. De minister en staatssecretaris zijn van mening dat de uit te voeren richtlijn hoger recht is en dientengevolge moet worden uitgevoerd.

Zoals uit het bovenstaande naar voren kwam, werd bij het indienen van de bedenkingen tegen het NAP regelmatig gerefereerd aan oneerlijke concurrentie en de stijging van de elektriciteitsprijs. Dit kwam blijkens de overzichtsnotitie in veel mindere mate aan bod bij de inspraak tegen het toewijzingsbesluit. In dit verband is ook een reactie gegeven op het verzoek om een hardheidsclausule. Het toevoegen van een hardheidsclausule werd niet opportuun geacht, omdat bijvoorbeeld met belangen naar het oordeel van het bevoegde gezag al voldoende rekening werd gehouden in het besluit.<sup>143</sup> Het bevoegd gezag is voorts van oordeel dat het opnemen van een algemene hardheidsclausule teveel onduidelijkheid en

<sup>140</sup> Zie samenvatting inspraakreacties zoals gepubliceerd op:

[http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties\\_tcm24-103941.pdf](http://www.senternovem.nl/mmfiles/Overzicht%20inspraakreacties_tcm24-103941.pdf). Vrij vertaald wordt hier in feite het "California-effect" nagestreefd.

<sup>141</sup> Informatie ingebracht door J.R. van Angeren, lid van de begeleidingscommissie.

<sup>142</sup> Te raadplegen op: [http://www.benchmarking-energie.nl/pdf\\_files/covtned.pdf](http://www.benchmarking-energie.nl/pdf_files/covtned.pdf).

<sup>143</sup> Zie Bijlage 3 bij artikel 7 van het nationale toewijzingsbesluit. broeikasgasemissierechten 2005-2007, p. 8.

“daarmee rechtsongelijkheid” scheidt.<sup>144</sup> Ook nadeelcompensatie wordt niet toegekend.<sup>145</sup>

Alles overziende kan geconcludeerd worden dat ook de inspraakronde voor het toewijzingsbesluit niet tot fundamentele aanpassingen heeft geleid. Veel bedrijven hebben overigens geen genoegen genomen met de uitleg van de minister en hebben beroep ingesteld tegen het toewijzingsbesluit. Verzoeken om het inbouwen van een hardheidsclausule of nadeelcompensatie, als middel om onevenredig getroffen bedrijven te compenseren, worden niet overgenomen.

### *Rechtspraak*

Zoals eerder is aangegeven bij de beschrijving van de totstandkoming van de broeikasgasemissierechtenrichtlijn, is in het kader van de verdeling van de rechten veel beslissingsruimte gelaten aan de nationale overheid. De Europese Commissie heeft vervolgens met name getoetst of de totale hoeveelheid broeikasgasemissierechten te rechtvaardigen was binnen het kader van de nationale emissiereductiedoelstellingen. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze grote mate van beslissingsruimte voor lidstaten om de ‘pot te verdelen’ onderkend in de tussenuitspraak en de einduitspraak inzake respectievelijk het nationale toewijzingsbesluit en het gewijzigde nationale toewijzingsbesluit. Hierbij rijst de vraag of de ruimte die volgens de Commissie en ook bijvoorbeeld de Afdeling bestuursrechtspraak aan lidstaten wordt gelaten, ook uiteindelijk door het Hof van Justitie wordt bevestigd. Via eventueel te stellen prejudiciële vragen, of via beroepen bij het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie, zouden de contouren voor het opstellen van allocatieplannen en toewijzingsbesluiten scherper kunnen worden gesteld.

In de tussenuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 april 2005 zijn verschillende beroepen gegrond verklaard. Daarbij betrof het geen fundamentele aspecten van het toewijzingsbesluit. Na de tussenuitspraak van de Afdeling, en na het gewijzigde besluit tot toewijzing van de broeikasgasrechten van 15 juni 2005, is vervolgens de einduitspraak gedaan. Deze einduitspraak gaf inzicht in de vraag waarom tientallen beroepen niet gegrond werden bevonden. De rechter gaat er van uit dat de richtlijn lidstaten een zekere ruimte laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd. De invulling van deze ruimte wordt vervolgens via afstandelijke toetsing beoordeeld. Met betrekking tot de methodiek, met name de keuze voor de referentiejaren en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden, is naar het oordeel van de rechter niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur, en evenmin zou sprake zijn van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> Zie Bijlage 3 bij artikel 7 van het nationale toewijzingsbesluit. broeikasgasemissierechten 2005-2007, p. 17.

<sup>145</sup> Zie Bijlage 3 bij artikel 7 van het nationale toewijzingsbesluit. broeikasgasemissierechten 2005-2007, p. 11 en p. 16.

<sup>146</sup> Zie de uitspraak van 9 september 2005, overweging 2.6.3.1. Dit oordeel wordt ook aangehouden terzake de benadering van nieuwkomers, zie overweging 2.7.3, maar ook bijvoorbeeld ten aanzien van de toepassing van de zogenaamde C-factor op procesemissies: zie overweging 2.11.4.

Specifiek bij het beroep inzake de benadering door Nederland van procesemissies wordt door appellant gesteld dat de interne Europese markt wordt verstoord, hetgeen in strijd zou zijn met de basisdoelstelling van de richtlijn en met artikel 10 van het EG-verdrag. In dat verband is aangevoerd dat in allocatieplannen van diverse andere landen rekening is gehouden met het feit dat procesemissies in het algemeen alleen kunnen worden beperkt door de productie te beperken. De Afdeling toetst hier iets minder afstandelijk, maar betoogt dat de gehanteerde werkwijze wel passend is binnen de richtlijn en de door de Commissie uitgevaardigde richtsnoeren. Op het argument dat de interne markt verstoord zou zijn doordat andere allocatieplannen op andere wijze rekening houden met procesemissies wordt niet diep ingegaan. De zorg voor de verstoring van de interne markt wordt niet expliciet behandeld, maar op een overwegend technische manier afgedaan in de overwegingen van de uitspraak. Expliciet verwijst de Afdeling daarbij naar het doel van de richtlijn, te weten het op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze verminderen van broeikasgasemissies. Dit lijkt nauw aan te sluiten bij de opvatting van de Commissie, gelet op het in hoofdstuk 2 als laatste aangehaalde citaat:

*“De richtlijn is vooral belangrijk omdat deze ervoor zorgt dat er op een kosteneffectievere wijze wordt voldaan aan de juridische verplichtingen om de emissie van broeikasgassen te beperken krachtens het Protocol van Kyoto (...).”<sup>147</sup>*

Wel is door de rechter in de tussenuitspraak terzake een aantal appellanten aangegeven dat afgeweken zou moeten worden van de algemene regels uit het NAP, opdat een gedifferentieerde behandeling van deze appellanten kon plaatsvinden.<sup>148</sup> Het bevoegde gezag betoogde niet tot een verdergaande formulering van bijzondere omstandigheden over te willen gaan omdat dat volgens hen zou leiden tot willekeur.<sup>149</sup> Deze opvatting is niet passend bij de gedachte dat juist een genuanceerde benadering bijdraagt aan een zorgvuldige besluitvorming, en de rechter heeft op dit punt dus een andere opvatting getoond.

### *Afsluitend*

De rechtsontwikkeling inzake de toedeling van de rechten voor de eerste periode is nog niet voltooid. In Nederland is weliswaar de besluitvorming en rechtsbescherming afgerond, en is de toewijzing daarmee onherroepelijk. Maar in diverse andere landen moeten het besluitvormingsproces nog worden afgerond, waarna nog eventuele rechtszaken kunnen volgen, met zelfs de mogelijkheid van prejudiciële vraagstelling.

Ook bij het Gerecht van Eerste Aanleg zijn verschillende beroepen ingediend waarover nog uitspraak moet volgen. Uit de recente uitspraak inzake het beroep van het Verenigd Koninkrijk tegen de Commissie blijkt dat ook de Commissie haar besluitvorming nog niet heeft voltooid: het verzoek van het Verenigd Koninkrijk tot wijziging van het NAP moet immers nog in overweging worden genomen.

<sup>147</sup> Mededeling van de Commissie inzake het gemeenschappelijk standpunt, 25 maart 2003, p. 3.

<sup>148</sup> Zie de tussenuitspraak, overweging 2.2.1 en verder.

<sup>149</sup> Rechtsoverweging 2.2.1 van de tussenuitspraak.

Opvallend is het verschil in aantal beroepen tussen diverse lidstaten. Het zou interessant zijn de oorzaken van de verschillen nader te verkennen. Mogelijke redenen zijn: de toegankelijkheid van de rechtsbescherming (formele vereisten en kosten), de tevredenheid van bedrijven met de gemaakte toewijzing en de rechtscultuur.

Tot op heden heeft in de rechterlijke uitspraken voor zover bekend het gelijkheidsbeginsel geen opvallende rol gespeeld. Hieraan ten grondslag ligt waarschijnlijk het feit dat in de besluitvorming een gelijke benadering doorgaans in voldoende mate is uitgevoerd. Wel kan worden verwezen naar een passage uit de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg, die illustratief is voor het belang dat kan worden gehecht aan gelijke behandeling van bedrijven in een lidstaat.

De Afdeling bestuursrechtspraak interpreteert de richtlijn zodanig dat er ruimte is voor lidstaten wat betreft de methodiek die aan het toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd. Hoever die beslissingsruimte gaat is vooralsnog niet duidelijk, maar zij lijkt in de ogen van de Afdeling, althans, gelet op de overwegingen van de uitspraak, tamelijk groot te zijn. Zo is een beroep op verstoring van de interne markt door een verschil in behandeling van procesemissies door de Afdeling op technische wijze, onder verwijzing naar de richtlijn en de richtsnoeren van de Commissie, weerlegd. Opvallend is dat in dit verband door de Afdeling wordt verwezen het doel van de richtlijn, te weten (niet zo zeer het garanderen van een interne markt maar) het via emissiehandel op een economisch voordelige manier behalen van de broeikasgasemissiereducties.





## HOOFDSTUK

# 4 Economische aspecten van de gerealiseerde allocatie

## 4.1

## INLEIDING

Bij de invoering van het broeikasgasemissiehandelssysteem in de EU is gekozen voor het gratis toedelen van (het grootste deel van) de emissierechten. Een andere mogelijkheid zou het veilen van de rechten zijn geweest. Bij gratis toedeling moeten criteria worden vastgesteld op basis waarvan de verdeling plaatsvindt. Bij veilen is dat niet nodig (de rechten worden verkocht aan de hoogst biedende), maar omdat het veilen van alle emissierechten een nogal forse financiële aderlating voor de deelnemende bedrijven zou betekenen, zou er onder zo'n systeem waarschijnlijk behoefte zijn aan een vorm van terugsluizing van de veilingopbrengst naar de deelnemers. Ook hiervoor zouden (transparante, objectieve en niet-discriminerende) criteria vastgesteld moeten worden.<sup>150</sup>

De criteria voor de toewijzing van emissierechten zijn op EU-niveau slechts ten dele geharmoniseerd. Bijlage III van Richtlijn 2003/87/EG bevat een elftal criteria, welke zijn uitgewerkt in richtsnoeren van de Commissie.<sup>151</sup> De interpretatie hiervan blijkt echter nogal uiteen te lopen tussen de verschillende lidstaten.

Doel van dit hoofdstuk is om na te gaan wat de invloed op de concurrentiepositie van bedrijven is van de ruimte die lidstaten hebben bij de toewijzing van emissierechten en de wijze waarop Nederland en andere lidstaten die ruimte bij hun toewijzingen voor de eerste ronde (2005-2007) hebben benut. Het gaat daarbij om de relatieve concurrentiepositie tussen:

- wel en niet onder het emissiehandelssysteem vallende sectoren/bedrijfstakken binnen 1 land<sup>152</sup>;
- verschillende sectoren/bedrijfstakken die onder het emissiehandelssysteem vallen binnen 1 land;
- gelijksoortige sectoren/bedrijfstakken in verschillende lidstaten.

<sup>150</sup> Er dient overigens op gewezen te worden dat zowel het gratis toewijzen van emissierechten als het veilen-met-terugsluizing op gespannen voet staan met het door de EU onderschreven beginsel 'de vervuiler betaalt'. Op deze principiële kwestie wordt hier verder niet ingegaan.

<sup>151</sup> COM(2003) 830 definitief.

<sup>152</sup> De onder het systeem vallende sectoren wordt in het vervolg ook wel gezamenlijk aangeduid als 'emissiehandelsector'.

De concurrentieverhoudingen tussen EU- en niet-EU-landen blijven buiten beschouwing. Ook wordt niet gekeken naar de invloed van de keuzes die bij het aannemen van de Richtlijn gemaakt zijn en waarbinnen de lidstaten na het van kracht worden ervan geen keuzevrijheid meer hebben (zoals de ondergrens van 25 MW<sub>th</sub> en de categorieën activiteiten die genoemd worden in Bijlage I van de Richtlijn). Verder gaan we ook niet in op de effecten van verschillen in andere onderdelen van de uitvoering van de Richtlijn (zoals monitoring en handhaving, gehanteerde emissiefactoren, toerekening van emissies uit hoogovengas, het al dan niet meetellen van CO<sub>2</sub>-emissies uit afval en biomassa etc.).

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 4.2 worden de gevolgen van gratis toedeling voor de concurrentieverhoudingen in het kort belicht vanuit een economische invalshoek. In de volgende paragrafen wordt aandacht besteed aan de consequenties van de wijze waarop het emissieplafond voor de emissiehandelsector is bepaald (§ 4.3), de behandeling van 'nieuwkomers' en bedrijfsbeëindiging (§ 4.4), de verdeling van de rechten over bedrijfstakken binnen de emissiehandelsector (§ 4.5), de onder het systeem vallende activiteiten en installaties (§ 4.6), de keuze van de basisjaren en de wijze waarop rekening is gehouden met 'early action' en energie-efficiëntieverbetering (§ 4.7) en het afzien van de mogelijkheid om maximaal 5% van de rechten te veilen (§ 4.8). Paragraaf 4.9 bevat een slotbeschouwing.

## 4.2

### DE IMPLICATIES VAN GRATIS TOEDELING VOOR DE CONCURRENTIEVERHOUDINGEN

Er zijn verschillende visies mogelijk op de vraag of verschillen in de wijze van allocatie (zoals veilen versus gratis toedeling) leiden tot concurrentievervalsing. Woerdman<sup>153</sup> maakt in dit verband een onderscheid tussen twee interpretaties van het begrip concurrentievervalsing: (1) 'a distortion of *efficient* competition' en (2) 'a distortion of *fair* competition'. Wordt het begrip in eerstgenoemde zin opgevat, dan leiden verschillen tussen landen in de wijze van allocatie van emissierechten niet tot concurrentievervalsing of efficiëntieverlies.<sup>154</sup> De reden hiervoor is dat emissierechten, zodra ze in bezit zijn van een bedrijf, 'opportunity costs' vertegenwoordigen. Als het bedrijf besluit om ze te gebruiken voor het uitstoten van CO<sub>2</sub>, dan is er sprake van kosten (gederfde inkomsten) doordat ze dan niet meer op de emissierechtenmarkt verkocht kunnen worden. Deze kosten zijn voor alle bedrijven in de emissiehandelsector even hoog, ongeacht of ze hun rechten gratis gekregen dan wel gekocht hebben. Bij gratis toedeling is er wel sprake van een subsidie aan de bedrijven die onder het systeem vallen, maar dit is een 'lump sum' subsidie. Zulke subsidies worden als 'non-distorting' gezien, omdat ze geen invloed hebben op de marginale kosten en daarmee ook niet op de productie- en prijsbeslissingen van bedrijven (mits er sprake is van een goed functionerende markt met voldoende concurrentie).

<sup>153</sup> Woerdman, E. (2002), Implementing the Kyoto Mechanisms: Political Barriers and Path Dependence. Ph.D. Thesis, Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>154</sup> Echter, als er sprake is van versturende belastingen, dan is gratis toedeling minder efficiënt dan veilen, omdat er dan geen veilingopbrengst is die gebruikt kan worden om bestaande versturende belastingen te verlagen.

Vanuit de tweede door Woerdman onderscheiden interpretatie bezien ('fair competition') leiden verschillen in de wijze van allocatie tussen landen wel degelijk tot concurrentievervalsing. Een bedrijf dat zijn emissierechten om niet heeft verkregen, heeft (*ceteris paribus*) een sterkere financiële positie dan een bedrijf dat ze op een veiling heeft moeten kopen. Die sterkere positie maakt het voor zo'n bedrijf mogelijk om bijvoorbeeld investeringen te doen (ook in R&D en innovaties), kapitaal op gunstigere voorwaarden aan te trekken, moeilijke periodes te overbruggen, et cetera. Met andere woorden, zijn overlevingskansen en toekomstperspectieven worden (iets) gunstiger. In die zin kan het naast elkaar bestaan van gratis toedeling en veilen binnen een emissiehandelstelsel leiden tot een schever speelveld (vergelijkbaar met bijvoorbeeld verschillen in fiscale regels).

Voor het huidige onderzoek is het concurrentievervalsende effect van gratis toedeling overigens niet erg relevant, aangezien de verschillen tussen de EU-lidstaten immers zeer gering zijn, zeker in de huidige eerste allocatieperiode. Er mocht maximaal slechts 5% geveild worden, en van deze mogelijkheid hebben slechts drie lidstaten gebruik gemaakt (Denemarken, Hongarije en Ierland, waarbij alleen Denemarken de volle 5% heeft geveild). Alle andere lidstaten hebben de rechten kosteloos toegewezen. In paragraaf 4.8 wordt nader ingegaan op de implicaties van de keuze om de emissierechten niet (gedeeltelijk) te veilen.

### 4.3

#### HET EMISSIEPLAFOND

De emissieruimte voor de sector Industrie (incl. energie) is in Nederland voor de periode 2005-2007 vastgesteld op 112 Mton per jaar (inclusief emissies die niet onder de Richtlijn vallen en inclusief emissies van de 'opt out' bedrijven). In eerste instantie was uitgegaan van 115 Mton, maar onder druk van de Europese Commissie is dit met 3 Mton verlaagd. Het vastgestelde plafond is nog altijd 17% hoger dan de feitelijke emissies in 1990 en 11% hoger dan die in 2000 (zie Tabel 3 in het Allocatieplan). Met andere woorden: ondanks 'Kyoto' mag de sector industrie zijn CO<sub>2</sub>-emissies tot en met 2007 nog flink laten groeien (hetzelfde geldt trouwens voor de sector verkeer en vervoer). De Nederlandse Kyoto-doelstelling wordt voornamelijk gerealiseerd door gebruikmaking van de 'Kyoto-mechanismen' (Joint Implementation, JI en Clean Development Mechanism, CDM), door reductie van 'overige broeikasgassen', en in de landbouw en gebouwde omgeving.

Opmerkelijk is ook dat bij de bepaling van de emissieruimte is uitgegaan van de hoogte van de sectorale streefwaarden voor 2010. Voor de sector Industrie (incl. energie) is dit relatief gunstig, gezien zijn groeiende emissies. Lineaire interpolatie zou voor 2005-2007 een niveau van gemiddeld 108,8 Mton hebben opgeleverd, dus 3% lager. Anders gezegd: er is voor gekozen om de echte pijn voor de sector industrie uit te stellen tot na 2007.<sup>155</sup>

Van de grote EU-landen hebben alleen Duitsland en het Verenigd Koninkrijk een totale hoeveelheid emissierechten toegewezen die kleiner is dan de feitelijke

<sup>155</sup> Overigens heeft het kabinet inmiddels besloten dat het emissieplafond voor de sector industrie (inclusief energie) voor de periode 2008-2012 108,6 mln ton per jaar zal bedragen. Dat getal is gebaseerd op de eerdergenoemde 112 mln ton, maar gecorrigeerd voor opgetreden veranderingen in de samenstelling van de doelgroep (Nieuwsbrief Emissiehandel nr. 28, 16.11.2005).

emissies van de emissiehandelsector in recente jaren.<sup>156</sup> In Duitsland is de emissieruimte voor de sector Industrie (incl. energie) voor de periode 2005-2007 vastgesteld op 503 Mton per jaar. Dat is 21% lager dan de feitelijke emissies in 1990/95 en 0,4% lager dan de gemiddelde emissies van 2000 t/m 2002 (de referentie jaren van het Duitse Allocatieplan). De overige sectoren hoeven ten opzichte van 1990/95 slechts 6% gereduceerd te hebben in 2005-2007. Dit verschil kan worden verklaard uit de sterke stijging van de energie-efficiëntie en de saneringen die in de jaren '90 in de Duitse energie- en industriese sector hebben plaatsgevonden.

De beperkte transparantie van de diverse Nationale Allocatieplannen maakt het niet eenvoudig om te bepalen of lidstaten een ruim dan wel een krap plafond hebben vastgesteld. In een rapport van Ecofys is wel geprobeerd een vergelijking mogelijk te maken (zie Figuur 4.1). In deze figuur is als referentiepunt uitgegaan van een 'virtual Kyoto commitment' voor de deelnemers aan het emissiehandelsysteem, waarbij een evenredige bijdrage van de deelnemers aan de realisatie van de nationale Kyotodoelstelling is verondersteld en gebruik is gemaakt van lineaire interpolatie om de doelstelling voor 2006 te bepalen. Dit 'virtual Kyoto commitment' is voor elk land genormeerd op 1, en vervolgens vergeleken met (1) de 'Business As Usual' ontwikkeling voor de deelnemers (de cirkeltjes) en (2) het emissieplafond voor de deelnemers (de driehoekjes).<sup>157</sup>

Figuur 4.1 laat zien dat de meeste EU-landen van hun emissiehandelsectoren een minder dan evenredige bijdrage eisen aan het bereiken van hun Kyoto-doelstelling. Het Verenigd Koninkrijk is de enige uitzondering onder de grote landen, maar dat land heeft zijn plafond naderhand verhoogd (van 736 naar 756 mln ton).<sup>158</sup> Nederland is, afgaande op figuur 4.1, ook duidelijk scheutiger geweest met emissierechten dan Duitsland en Frankrijk, en ongeveer even scheutig als België.

Op zichzelf is het natuurlijk niet noodzakelijk dat de emissiehandelsectoren een evenredige bijdrage aan de Kyoto-doelstelling leveren.<sup>159</sup> Het feit dat de Nederlandse industrie al relatief energie-efficiënt is kan een reden zijn voor het feit dat de emissiereducties hier vooral worden nagestreefd in andere sectoren (en bij niet-CO<sub>2</sub>-broeikasgassen), en om in aanzienlijke mate gebruik te maken van de 'Kyoto-mechanismen' (JI en CDM). Ook veel andere EU-landen hebben voor deze benadering gekozen (al hebben de meeste daarvan nog niet zulke concrete plannen

<sup>156</sup> Carbon Trust (2004), *The European Emissions Trading Scheme: Implications for Industrial Competitiveness*. London.

<sup>157</sup> Bij de berekening van de 'virtual Kyoto commitments' is geen rekening gehouden met het eventuele gebruik van de Kyoto-mechanismen (JI en CDM). De 'Business As Usual' scenario's zijn doorgaans gebaseerd op de meest recente nationale emissieprojecties die in de Nationale Allocatieplannen genoemd worden (of waarnaar in die plannen verwezen wordt).

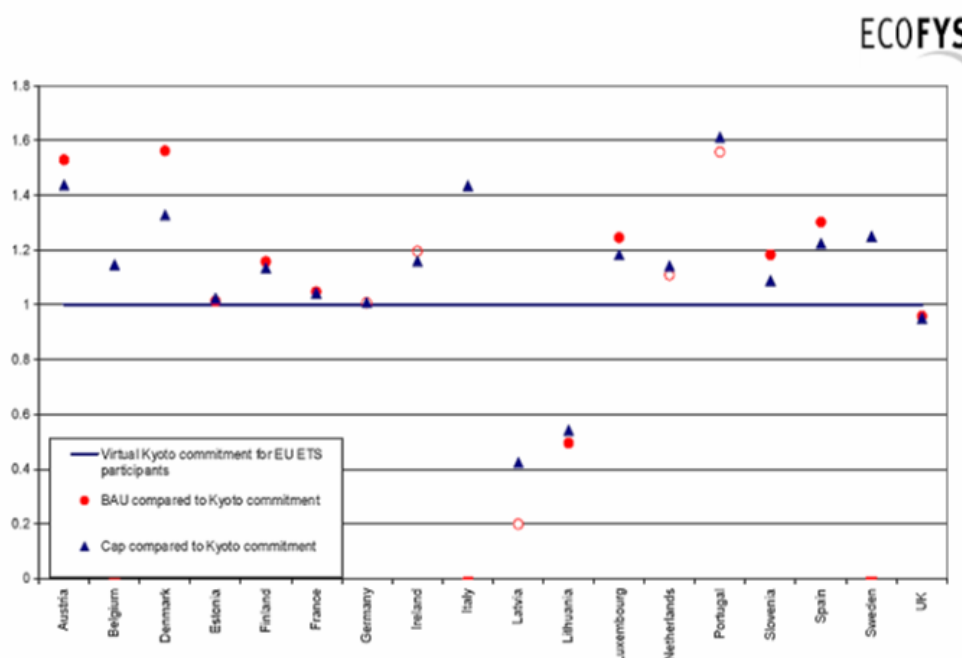
<sup>158</sup> De Europese Commissie weigerde in eerste instantie om het voorstel tot verhoging van het Britse plafond in behandeling te nemen, maar hiertegen is het VK met succes in beroep gegaan bij het Europese Hof van Justitie (zaak T-178/05, uitspraak d.d. 23 november 2005). Zie verder § 3.4.4.

<sup>159</sup> Als de overheid een onevenredig deel van de inspanningen aan een specifieke groep emittenten oplegt (zonder compensatie) kan dit wel aanleiding vormen voor rechtsbeschermingsprocedures.

voor JI en CDM als Nederland). Uit de beschikbare gegevens over de hoogte van de vastgestelde emissieplafonds kan in elk geval niet worden geconcludeerd dat hieruit een concurrentienadeel voortvloeit voor Nederland ten opzichte van de belangrijkste Europese concurrenten. Wel kan er in principe sprake zijn van een concurrentienadeel voor de niet onder emissiehandel vallende sectoren ten opzichte van de wel deelnemende bedrijven, indien eerstgenoemde een meer dan evenredig deel van de uit 'Kyoto' voortvloeiende lasten zouden moeten dragen. Echter, een groot deel van de niet onder de emissiehandel vallende (energie-intensieve) industrie valt onder het Benchmark-convenant of de Meerjarenafspraken energiebesparing, waardoor er weinig ruimte is om extra eisen te stellen aan hun uitstoot van CO<sub>2</sub>. Het relatief ruime emissieplafond wordt in Nederland vooral mogelijk gemaakt door veel gebruik te maken van JI en CDM. Dit impliceert dat een deel van de lasten wordt overgeheveld naar de belastingbetaler.

**Figuur 4.1**

Het gemiddelde emissieplafond per lidstaat voor 2005-2007 en de 'Business As Usual' emissies in 2006, in vergelijking met de 'virtuele' Kyoto-verplichtingen voor de ETS-deelnemers. Bron: Gilbert, A., J.-W. Bode, and D. Phylipsen (2004), *Analysis of the National Allocation Plans for the EU Emissions Trading Scheme*. Ecofys, August 2004.



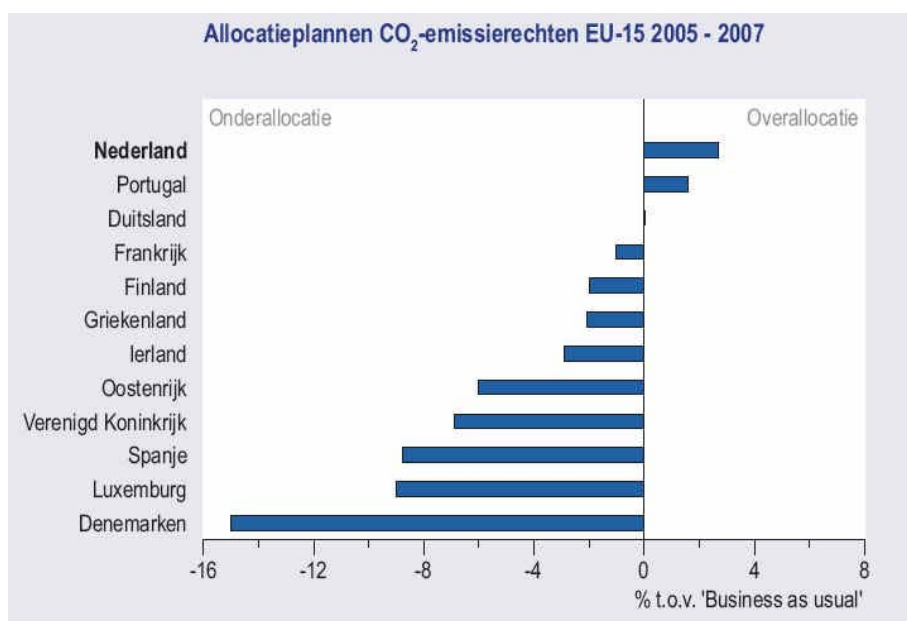
Figuur 4.2 laat zien dat in Nederland en Portugal meer emissierechten zijn gealloceerd dan zou overeenkomen met een 'Business As Usual' ontwikkeling, terwijl dat in de meeste andere EU-landen waarvoor gegevens beschikbaar waren niet het geval was.<sup>160</sup> Ook de relatief hoge marktprijs van emissierechten zoals die zich eind 2005 manifesteert (ruim 20 euro per ton CO<sub>2</sub>) wijst erop dat er voor de EU als geheel geen sprake kan zijn van een aanzienlijke 'overallocatie' in verhouding tot de productiegroei van de betrokken bedrijfstakken. Immers, deze prijs is een indicatie voor schaarste aan emissierechten, dus hebben (uitgaande van een goed functionerende markt) alle bedrijven gezamenlijk minder rechten gekregen dan ze (bij de huidige economische omstandigheden) nodig blijken te hebben. Dit stemt overeen met de door analisten gedane constatering dat de toegewezen

<sup>160</sup> Hierbij moet wel worden aangetekend dat het voor een aantal landen niet mogelijk was om een 'Business As Usual' ontwikkeling vast te stellen en dat niet bekend is hoe betrouwbaar de wel beschikbare BAU-scenario's zijn.

emissierechten slechts 95% van de verwachte emissies dekken, hetgeen op EU-niveau een tekort van ruim 200 Mton over de periode 2005-2007 zou betekenen.<sup>161</sup>

**Figuur 4.2**

Mate waarin er in de door de Europese Commissie goedgekeurde allocatieplannen sprake is van over- en onderallocatie ten opzichte van de prognose op basis van 'Business As Usual' (Bron: Milieubalans 2005, op basis van Gilbert *et al.*, 2004).



#### 4.4

#### NIEUWKOMERS EN BEËINDIGING VAN DE ACTIVITEIT

De behandeling van *nieuwkomers* is een van de terreinen waarop de verschillen tussen de lidstaten het grootst zijn.<sup>162</sup> De richtlijn verlangt van de lidstaten alleen dat ze rechten beschikbaar houden voor nieuwkomers, maar schrijft niet voor hoe deze toegewezen moeten worden.<sup>163</sup>

In het Nederlandse toewijzingsplan wordt een onderscheid gemaakt tussen 'bekende' en 'onbekende' nieuwkomers. Voor 'onbekende' nieuwkomers (inclusief beroepsprocedures) was in eerste instantie 7,5 Mton gereserveerd (2,5 Mton per jaar) en voor 'bekende' nieuwkomers 0,9 Mton (0,3 Mton per jaar). De uitkomsten van de beroepsprocedures hebben tot gevolg gehad dat 2,4 Mton aan de eerstgenoemde reserve is onttrokken. Daarvan is 1,5 Mton direct toegewezen en 0,9 Mton toegevoegd aan de reserve voor 'bekende' nieuwkomers. Laatstgenoemde bedraagt nu dus 1,8 Mton, terwijl de reserve voor 'onbekende' nieuwkomers nog 5,1 Mton bevat. Onder de definitie van 'nieuwkomers': vallen alleen nieuwe (en significante uitbreidingen van bestaande) activiteiten. Verdeling vindt plaats volgens het principe 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. In de praktijk lijkt de reservering wel voldoende te zijn om alle nieuwkomers te kunnen bedienen (per

<sup>161</sup> Cozijnsen, J. (2005), Eerste halfjaarcijfers CO<sub>2</sub>-markt: hoe deze te beoordelen? *New Values Nieuwsbrief* 21.0, 23 augustus 2005. <http://www.emissierechten.nl/>.

<sup>162</sup> Åhman, M., *et al.* (2005), The Ten-Year Rule. Allocation of Emission Allowances in the EU Emission Trading System. Discussion Paper 05-30, Resources for the Future, Washington DC, June 2005.

<sup>163</sup> Onder 'nieuwkomers' worden ook uitbreidingen van bestaande installaties verstaan (zie definitie in artikel 3, sub h) van de richtlijn). Het moge duidelijk zijn dat dit in het nadeel is van bedrijven die in de referentiejaar (nog) niet hun volledige productiecapaciteit benutten.

eind augustus 2005 was er slechts 100 kiloton aangevraagd door nieuwkomers).<sup>164</sup> Toch is het in principe denkbaar dat de reserve uitgeput raakt. In dat geval zouden 'late' nieuwkomers achter het net vissen en gedwongen zijn emissierechten aan te kopen. Sommige andere lidstaten, zoals Polen en Italië, hebben aangekondigd in zo'n geval zelf rechten op de markt te zullen aankopen, teneinde een ongelijke behandeling van 'vroeg' en 'late' nieuwkomers te voorkomen.

De toewijzing aan nieuwe installaties vindt in Nederland plaats op basis van de 'reëel geplande CO<sub>2</sub>-emissie'.<sup>165</sup> Dit betekent dat ervoor gekozen is om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om te voorzien in prikkels voor investeringen in nieuwe productiecapaciteit met lage CO<sub>2</sub>-emissies. Immers, het zou in principe ook mogelijk zijn geweest om te kiezen voor toewijzing op basis van een uitdagende benchmark, gerelateerd aan bijvoorbeeld de output van de installatie (zoals de hoeveelheid geproduceerde elektriciteit), waarmee een extra stimulans voor energie-efficiënte technologie zou zijn gecreëerd. Een andere optie zou bijvoorbeeld zijn het beperken van de toewijzing aan nieuwkomers tot relatief energie-efficiënte installaties, zoals WKK (Zweden heeft voor deze optie gekozen).<sup>166</sup>

In tegenstelling tot Duitsland voorziet het Nederlandse allocatieplan niet in de mogelijkheid om de toewijzing aan nieuwkomers achteraf (*ex post*) aan te passen aan verschillen tussen het voorspelde en het feitelijke niveau van activiteit. Het Duitse plan had deze mogelijkheid opgenomen om te voorkomen dat de voorspelde niveaus van activiteit systematisch te hoog zouden uitvallen. De Europese Commissie vond dit echter niet acceptabel, omdat nieuwkomers daarmee ook bevoordeeld zouden kunnen worden ten opzichte van bestaande installaties (aangezien een *ex post* aanpassing naar boven in principe ook zou kunnen). De zaak ligt nu bij het Europese Hof van Justitie (Gerecht van Eerste Aanleg).

Nederland heeft geen regels gesteld voor aanpassing van de hoeveelheid emissierechten bij de **beëindiging** van bedrijfsactiviteiten. Dit betekent dat een bedrijf dat een onder het emissiehandelsysteem vallende installatie sluit, vrijelijk kan beschikken over de bijbehorende emissierechten.<sup>167</sup> De meeste andere lidstaten hebben ervoor gekozen om de emissierechten bij sluiting in te trekken, of onder bepaalde voorwaarden overdracht naar een andere installatie toe te staan. Zo stelt Duitsland bijvoorbeeld als voorwaarde dat de nieuwe installatie zich in Duitsland bevindt en binnen drie maanden na het stilleggen van de oude installatie in bedrijf wordt genomen (zie ook § 3.4.4).

<sup>164</sup> Nieuwsbrief Emissiehandel d.d. 29/8/2005.

<sup>165</sup> Zie 'Rekenregels voor allocatie CO<sub>2</sub>-emissierechten per vergunninghouder', Revisie 12, Den Haag, 18 augustus 2004. hfs. 7.

<sup>166</sup> Åhman *et al.*, a.w..

<sup>167</sup> Zo houdt ENCI aan de sluiting van de klinkeroven in Maastricht 2,3 miljoen ton CO<sub>2</sub>-rechten over ('Handel in lucht', Haagsche Courant 8 januari 2005.) en wordt er gesproken over het gebruiken van de opbrengsten uit vrijkomende CO<sub>2</sub>-rechten voor het financieren van afvloeiingsregelingen voor werknemers van met sluiting bedreigde energie-intensieve bedrijven in de Eemsmond ('Miljoenen uit CO<sub>2</sub>-rechten voor afvloeiingsregeling beschikbaar', Stroom, 7 oktober 2005.).



Intrekking van emissierechten bij bedrijfsbeëindiging (waar Nederland dus niet voor gekozen heeft) impliceert een prikkel om oude, inefficiënte installaties langer in bedrijf te houden. De toewijzing van emissierechten die vervallen bij sluiting kan worden gezien als een productiesubsidie met een concurrentieverstorende werking in het voordeel van bestaande installaties met relatief hoge emissies. Bovendien wordt een belangrijk kenmerk van emissierechten, namelijk eigendomszekerheid, erdoor ondermijnd (Åhman et al., 2005). Anderzijds kan het als onbillijk worden ervaren als bedrijven die sowieso al van plan waren om te stoppen 'beloond' worden met emissierechten die ze niet nodig hebben.

In de praktijk is het verschil tussen landen die emissierechten van stilgelegde installaties intrekken en landen die dat niet doen wellicht toch niet zo groot. Zo is bijvoorbeeld in het Nederlandse NAP het meenemen van rechten naar een volgende allocatieperiode ('banking') uitdrukkelijk uitgesloten, terwijl dat in Duitsland onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk is.

#### 4.5

#### DE VERDELING OVER DE BEDRIJFSTAKKEN

Verschillen tussen lidstaten in de toewijzing van emissierechten aan gelijksoortige bedrijfstakken kunnen worden gezien als een 'distortion of fair competition' (zie § 4.2). In dit verband kan worden vastgesteld dat binnen de EU de verdeling van rechten over de verschillende bedrijfstakken niet op uniforme wijze heeft plaatsgevonden.

In Nederland is de verdeling van de emissierechten gebaseerd op ramingen van de jaarlijkse productiegroei over de periode 2003-2006 in 8 verschillende industriële bedrijfstakken, plus Joint Ventures (warmte-krachinstallaties) en gebouwde omgeving. De chemische industrie is daarbij het ruimst bedeed (3% groei per jaar).

In het Franse allocatieplan<sup>168</sup> werd uitgegaan van de groeiverwachtingen per sector, gebaseerd op schattingen van de industrie zelf en op verschillende studies. Voor sommige sectoren leidde dat tot zeer hoge groeicijfers.<sup>169</sup> Om een overbedeling te voorkomen werd besloten om bij de initiële allocatie de toename van de emissies in deze sectoren te beperken tot 8% (t.o.v. het referentieniveau) en de resterende emissies (5,74 Mton) in een reserve te stoppen waaruit geput zou kunnen worden als de feitelijke groei inderdaad hoger zou blijken te zijn. De Europese Commissie heeft deze werkwijze niet goedgekeurd.

Het Duitse NAP<sup>170</sup> maakt geen onderscheid in groeifactoren tussen bedrijfstakken. De toewijzing is geschied op basis van historische emissies, vermenigvuldigd met een 'compliance factor' van 0,9775, die voor alle sectoren gelijk is. Wel gelden er

<sup>168</sup> Plan National D'affectation Des Quotas. Période de référence 2005-2007. République Française, Paris, le 6 juillet 2004.

<sup>169</sup> Volgens RACF (2005) zou het in de elektriciteitssector gaan om een groei van bijna 20%, en in de sector stadsverwarming zelfs 30%.

<sup>170</sup> Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, *National Allocation Plan for the Federal Republic of Germany 2005-2007*. Berlin, 31 March 2004 (translation: 7 May 2004).

speciale allocatieregels voor procesgerelateerde emissies en warmtekrachtkoppeling.

Voorzover bekend is er in geen van de Nationale Allocatieplannen sprake van toewijzing van een deel van de rechten aan niet onder de richtlijn vallende (energie-intensieve) sectoren, bijvoorbeeld de aluminiumindustrie.<sup>171</sup> Deze sectoren hebben de 'pech' dat ze meestal niet zelf hun elektriciteit opwekken. Daardoor worden ze geconfronteerd met de als gevolg van de emissiehandel stijgende elektriciteitsprijzen, zonder dat ze meeprofiteren van de subsidiestroom die de gratis allocatie impliceert.

Uit berekeningen van OXERA voor de Carbon Trust<sup>172</sup> blijkt dat zowel de directe als de indirecte (via de elektriciteitsprijs verlopende) effecten van verschillen in allocatie tussen EU-lidstaten beperkt zijn. Een verschil van 10% in toegewezen emissierechten zou (bij een CO<sub>2</sub>-prijs van € 10 per ton) in geen enkele sector leiden tot een verandering van meer dan 1% in de toegevoegde waarde. Het effect zou het grootst zijn in de ijzer- en staalindustrie (0,73%). Een verschil van 30% in de mate waarin de kosten van emissierechten in de elektriciteitsprijs worden doorberekend zou het hardst aankomen in de aluminiumindustrie (1,27% verschil in toegevoegde waarde).

## 4.6

### DE ONDER HET SYSTEEM VALLENDE ACTIVITEITEN EN INSTALLATIES

Nederland hanteert in de eerste allocatieperiode een 'opt-out' mogelijkheid voor bedrijven die minder dan 25.000 ton CO<sub>2</sub> uitstoten. De Europese Commissie heeft hiervoor toestemming verleend, op voorwaarde dat de emissies van deze bedrijven goed gemonitord worden. Motief voor de 'opt out' regeling was het feit dat deelname aan emissiehandel voor kleinere bedrijven tot onevenredige administratieve lasten zou leiden, terwijl hun aandeel in de totale CO<sub>2</sub>-uitstoot slechts zeer gering is.<sup>173</sup>

Voor de volgende periode (2008-2012) is deze 'opt-out' mogelijkheid niet meer beschikbaar; de Richtlijn laat dat niet toe. Staatssecretaris Van Geel heeft aangekondigd bij de Europese Commissie te zullen aandringen op verhoging van de 20 MW<sub>th</sub> drempel, waardoor ook in de volgende periode de kleinere emittenten (zoals glastuinbouwbedrijven met warmte-kracht-installaties) buiten het systeem zouden kunnen blijven.<sup>174</sup>

Het Nederlandse systeem voorziet ook in een opt-out-mogelijkheid voor acht grote installaties wegens concurrentienadeel als gevolg van verschillen in interpretatie

<sup>171</sup> Waarschijnlijk is dit op basis van de huidige richtlijntekst ook niet mogelijk.

<sup>172</sup> Carbon Trust (2004), *The European Emissions Trading Scheme: Implications for Industrial Competitiveness*. London.

<sup>173</sup> Installaties met een capaciteit van meer dan 20 MW<sub>th</sub> en jaarlijkse emissies van minder dan 25.000 ton dragen minder dan 3% bij aan de totale emissies, maar maken wel 55% uit van het aantal installaties dat onder de Richtlijn valt (bron: Questionnaire on the implementation of Directive 2003/87/EC, ingevuld door drs. J.J.M. Sikking-Scherer van de Nea).

<sup>174</sup> 'Staatssecretaris wil glastuinbouwbedrijven uitsluiten van emissiehandel'. Vakblad voor de Bloemisterij, 21 oktober 2005.

van het begrip ‘verbrandingsinstallaties’ in Nederland en andere lidstaten.<sup>175</sup> Zo vallen in Duitsland vuurhaarden in installaties die niet de opwekking of omzetting van energie ten doel hebben maar bijvoorbeeld dienen voor thermische ondersteuning van chemische of fysische processen alleen onder het emissiehandelsysteem als ze worden toegepast in een van de onder de Richtlijn vallende sectoren (dus bijvoorbeeld niet in de chemische industrie). Ook in Frankrijk wordt een ‘smallere’ definitie van verbrandingsinstallaties gehanteerd dan in Nederland. Aanvankelijk had Frankrijk alleen elektriciteitsproducenten in het systeem opgenomen, maar dit is na kritiek van de Commissie aangepast. Echter, ook in Frankrijk vallen nog steeds niet alle verbrandingsinstallaties van > 20 MW<sub>th</sub> onder het emissiehandelsysteem.

Recentelijk is het verschil tussen de Nederlandse en Duitse interpretatie actueel geworden door de discussie rond de naftakraker die het bedrijf Sabic overweegt te gaan bouwen in Limburg. Sabic heeft zelfs gedreigd om de kraker vlak over de grens in Duitsland neer te zetten als het niet de zekerheid krijgt dat het geen CO<sub>2</sub>-emissierechten hoeft aan te kopen.<sup>176</sup> In de Tweede Kamer is hierover een motie ingediend.<sup>177</sup>

Men kan zich overigens afvragen of de afbakening van de wel en niet onder de emissiehandel vallende activiteiten en installaties erg relevant is voor de concurrentiepositie van de bedrijven. Immers, ook de installaties die buiten het systeem vallen zullen in principe hun bijdrage moeten leveren aan de Kyoto-doelstellingen (tenzij dit geheel zou worden afgewenteld op de belastingbetaler door publiek gefinancierde JI- en CDM-projecten). Bovendien zijn er voor de emissiehandelsectoren duidelijke voordelen: ze krijgen hun emissierechten (grotendeels) gratis en kunnen profiteren van de efficiëntiewinst die het systeem emissiehandel biedt. Afgezien daarvan is het vanuit economisch gezichtspunt altijd beter om meer spelers op de markt te hebben: hoe groter het aantal deelnemende bedrijven, des te beter de markt kan functioneren en des te minder kans op marktmacht.

#### 4.7

#### **BASISJAREN, ‘EARLY ACTION’ EN ENERGIE-EFFICIËNTIEVERBETERING**

Nederland heeft gekozen voor 2001 en 2002 als basisjaren voor de verdeling van emissierechten. Om te bepalen of een bedrijf in aanmerking komt voor extra emissierechten wegens ‘early action’ is voor deelnemers aan Convenant Benchmarking de ‘Afstand tot de Wereldtop’ (ATW) gehanteerd en voor deelnemers aan Meerjarenafspraken de ‘Afstand tot Referentiepunt’ (ATR), waarbij het referentiepunt wordt bepaald door de rendabele energiebesparingsprojecten (terugverdientijd maximaal 5 jaar). Voor overige inrichtingen geldt een referentiepunt van 15% energie-efficiencyverbetering in de periode 2001/02 – 2005/07. De bonus voor ‘early action’ is maximaal 10%.

<sup>175</sup> In eerste instantie was voor negen installaties een ‘opt out’ aangevraagd, maar één daarvan heeft er uiteindelijk geen gebruik van gemaakt (mededeling H. de Waal, Ministerie van VROM).

<sup>176</sup> De Limburger, 10 november 2005; Het Financieel Dagblad, 28 november 2005. Het gaat hierbij overigens om de (nog niet vastgestelde) criteria voor toewijzing aan nieuwkomers in de periode 2008-2012.

<sup>177</sup> Kamerstuk 30 300 XI, nr. 50.

De regelgeving voorziet in de mogelijkheid om rekening te houden met bijzondere omstandigheden in de basisjaren (zoals groot onderhoud of calamiteiten). Enkele bedrijven die van mening waren dat bij hun toewijzing onvoldoende rekening was gehouden met zulke omstandigheden zijn door de Raad van State in het gelijk gesteld. Zo was er bij de IJmondcentrale van Nuon en bij de ammoniakfabriek van Yara in Sluiskil zowel in 2001 als in 2002 sprake van calamiteiten en/of reparaties. De Raad vond dat in het toewijzingsplan onvoldoende rekening was gehouden met de mogelijkheid dat zich in beide referentie jaren bijzondere omstandigheden voordoen die tot gevolg hebben dat een sterk vertekend beeld van de historische emissies wordt gegeven.<sup>178</sup>

Voor de tweede toewijzingsperiode (2008-2012) mogen bedrijven in Nederland zelf drie basisjaren kiezen, binnen de periode 2001 t/m 2005. Er zal dan geen ruimte meer zijn om rekening te houden met bijzondere omstandigheden in de basisjaren. Uiterlijk 1 april 2006 moet de definitieve keuze voor de basisjaren worden gemaakt.

De verschillen tussen de EU-landen in gekozen basisjaren voor de eerste allocatieperiode zijn niet groot. Duitsland bijvoorbeeld hanteert 2000 t/m 2002<sup>179</sup>, het Verenigd Koninkrijk 1998 t/m 2002, en Frankrijk 1998 t/m 2001 voor de verdeling over sectoren en 2001-2002 voor de verdeling over installaties. De manier waarop met 'early action' rekening wordt gehouden loopt ook niet sterk uiteen. In Duitsland worden maatregelen die in aanzienlijke mate gesubsidieerd zijn dan wel op grond van wettelijke bepalingen sowieso vereist waren niet als 'early action' aangemerkt.

## 4.8

### VEILEN

In Nederland is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een deel van de rechten (maximaal 5%) te veilen. In het NAP wordt daarvoor als motief verwezen naar het kabinetsstandpunt uit november 2002.<sup>180</sup> Het motief dat daarbij gehanteerd werd om niet te veilen is terug te voeren op de argumentatie die in 1992 door de Commissie Wolfson werd gehanteerd in verband met de Regulerende Energieheffing, namelijk dat een specifieke terugsluizing van de opbrengst naar energie-intensieve sectoren moeilijk te realiseren is. Het is de vraag of dat argument wel geldt voor een veilingopbrengst van niet meer dan pakweg € 300 miljoen (3x5 Mton à € 20). Wel zal het terugsluizen nooit helemaal neutraal kunnen gebeuren: er zullen altijd winnaars en verliezers zijn.

Drie EU-lidstaten hebben gekozen voor de mogelijkheid om een deel van de emissierechten wel te veilen: Hongarije, Ierland en Denemarken. In Hongarije gaat het om 290.000 ton (1% van de totale hoeveelheid) en in Ierland om 502.200 ton (0,75% van het totaal). De opbrengst van de veiling dient in Ierland voor het dekken van de administratieve kosten van het emissiehandelsstelsel. Denemarken

<sup>178</sup> Zie [http://www.raadvanstate.nl/verdicts/verdict\\_details.asp?verdict\\_id=10216](http://www.raadvanstate.nl/verdicts/verdict_details.asp?verdict_id=10216)

<sup>179</sup> Voor de tweede allocatieperiode overweegt Duitsland overigens om 5 opeenvolgende referentie jaren te hanteren (*Energy Daily* 8 november 2005).

<sup>180</sup> Kamerstukken II 2002/03 21501-08, nr. 156.

veilt het toegestane maximum van 5% (5,025 miljoen ton). De opbrengsten gaan (na aftrek van uitvoeringskosten) naar de schatkist; er vindt dus geen terugsluizing plaats.

Recentelijk is in Nederland en andere EU-landen grote beroering ontstaan over het feit dat elektriciteitsbedrijven de kosten van de emissierechten in hun prijzen blijken door te berekenen, hoewel ze alle emissierechten ‘gratis’ hadden ontvangen.<sup>181</sup> In Duitsland buigt het Bundeskartellamt zich over de zaak, hetgeen de indruk kan wekken dat er sprake zou kunnen zijn van misbruik van marktmacht. Echter, ook in een concurrerende markt zal doorberekening van de kosten van CO<sub>2</sub>-rechten in de prijs plaatsvinden. Dit valt in te zien wanneer men bedenkt dat emissierechten (bij een goed functionerende markt) eigenlijk gewoon geld zijn. Het gratis toewijzen van emissierechten impliceert dan ook niets anders dan een ‘lump sum’ subsidie van de overheid aan de desbetreffende bedrijven. Aan dat cadeautje zit echter wel een ‘maar’: de bedrijven moeten in het vervolg een bedrag betalen per eenheid CO<sub>2</sub> die ze uitstoten. Hoe hoog dat bedrag is, hangt af van de prijs van een emissierecht op de emissierechtenmarkt (en van de mate waarin de bedrijven zich tegen prijsfluctuaties op die markt hebben ingedekt). Ondernemers zullen uiteraard proberen om die extra kostenpost in hun productprijs door te berekenen als de markt het toelaat. En in de meeste gevallen zal de markt het ook toelaten, zelfs in een situatie van concurrentie, want alle bedrijven (althans degene die onder het emissiehandelsysteem vallen) worden met dezelfde kostenstijging geconfronteerd.<sup>182</sup> Kortom: gratis toedeling levert bedrijven in de emissiehandelsector een ‘windfall profit’ op, maar dat zal voor hen doorgaans geen reden zijn om de stijging van de productiekosten (doordat CO<sub>2</sub> een prijs krijgt) niet door te berekenen aan de klant.<sup>183</sup>

De geconstateerde doorberekening kwam voor de meeste economen en handelaars dan ook niet als een verrassing. Het Ministerie van Economische Zaken verklaarde er ook geen bezwaar tegen te hebben, als er maar niet voor meer dan 100% zou worden doorberekend.<sup>184</sup> Opmerkelijk is wel dat elektriciteitsproducenten als Nuon en Essent ontkennen dat zij de prijs van emissierechten in hun elektriciteitsprijzen doorberekenen.<sup>185</sup>

<sup>181</sup> Zie o.a.: Grünfeld, H. ‘Valse start emissiehandel’, *Europaort Kringen* 11 (2005), p. 12-13;

Koevoet, H., ‘Ruzie om doorberekening CO<sub>2</sub>-rechten’, *Energieconsulent* 6, sept.-okt. 2005, p. 13-14;

Sijm, J.P.M., S.J.A. Bakker, H.W. Harmsen, W. Lise en Y. Chen, ‘CO<sub>2</sub> price dynamics: The implications of EU emissions trading for the price of electricity’, ECN report ECN-C—05-081, september 2005, ECN, Petten.

<sup>182</sup> Wel is het natuurlijk denkbaar dat er marktpartijen zijn die besluiten om deze ‘opportunity costs’ (tijdelijk) niet door te berekenen, om zo hun marktaandeel te vergroten. Daarnaast zal doorberekening niet mogelijk zijn als er geconcurrereerd moet worden met aanbieders van buiten de EU, maar in de sector elektriciteitsproductie is daarvan slechts in beperkte mate sprake.

<sup>183</sup> Ter vergelijking: als een bakker de hoofdprijs van een loterij wint, zal dit voor hem geen reden zijn om een stijging van de meelprijs dan maar niet door te berekenen in de prijs van zijn brood.

<sup>184</sup> Het Financieele Dagblad, 2 augustus 2005.

<sup>185</sup> Essent: ‘CO<sub>2</sub>-rechten zonder overwinsten’, *Energie Nederland*, 8 november 2005, p. 3.

Opgemerkt kan nog worden dat zelfs als er tussen de EU-lidstaten verschillen zouden zijn in de mate waarin de kosten van emissierechten worden doorberekend in de elektriciteitsprijzen, het effect daarvan op de concurrentiepositie van elektriciteitsgebruikers gering is. De eerdergenoemde berekeningen van OXERA laten zien dat een verschil van 30 procentpunten in de mate waarin doorberekening plaatsvindt, leidt tot een verschil van ongeveer 0,2 eurocent per kWh in de elektriciteitsprijzen.<sup>186</sup> Dat is veel minder dan de prijsverschillen die er sowieso al tussen EU-lidstaten bestaan.

## 4.9

### SLOTBESCHOUWING: DE UTOPIE VAN HET LEVEL PLAYING FIELD

Doel van dit hoofdstuk was, na te gaan wat de invloed op de concurrentiepositie van bedrijven is van de ruimte die lidstaten hebben bij de toewijzing van emissierechten en de wijze waarop Nederland en andere lidstaten die ruimte bij hun toewijzingen voor de eerste ronde (2005-2007) hebben benut. Het gaat daarbij om de relatieve concurrentiepositie tussen:

1. wel en niet onder het emissiehandelsysteem vallende sectoren/bedrijfstakken binnen 1 land;
2. verschillende sectoren/bedrijfstakken die onder het emissiehandelsysteem vallen binnen 1 land;
3. identieke sectoren/bedrijfstakken in verschillende lidstaten.

Ad 1: Geconstateerd kan worden dat in deze eerste ronde de meeste EU-landen van hun onder de emissiehandel vallende sectoren een minder dan evenredige bijdrage vergen aan het bereiken van de Kyoto-doelstellingen. In enkele landen, waaronder Nederland, ligt het vastgestelde emissieplafond voor de emissiehandelsector zelfs boven het 'business as usual' scenario. Dit impliceert dat de overige sectoren/bronnen een relatief grote inspanning zullen moeten leveren en/of dat het 'tekort' zal moeten worden gedekt met behulp van JI en CDM. Nederland bewandelt beide routes. In hoeverre dit een concurrentienadeel impliceert voor de buiten de emissiehandel vallende sectoren is de vraag. De overheid beschikt voor die sectoren (met uitzondering van de gebouwde omgeving) nauwelijks over de middelen om kostbare, onrendabele CO<sub>2</sub>-reducerende maatregelen af te dwingen.<sup>187</sup> De investeringen in energiebesparing en emissiereductie zullen dan ook vooral met behulp van 'zachte' instrumenten, waaronder subsidies, gerealiseerd moeten worden. Ook JI en CDM worden met overheidsgeld gefinancierd. De lastenverdeling komt derhalve in belangrijke mate overeen met de nationale belastingdruk.

De schaarste aan CO<sub>2</sub>-emissierechten door de invoering van emissiehandel (met een restrictief plafond) heeft een stijging van de elektriciteitsprijzen als logisch gevolg. Die stijging is natuurlijk wel van invloed op de concurrentiepositie van bepaalde sectoren (met name de energie-intensieve, exporterende industrie), maar staat los van de verdeling van de emissierechten. Wel zou een deel van de 'pijn' van de hogere energieprijzen kunnen worden verzacht door de emissierechten

<sup>186</sup> Carbon Trust (2004), The European Emissions Trading Scheme: Implications for Industrial Competitiveness. London.

<sup>187</sup> Voor het opnemen van verplichte energiebesparende maatregelen in milieuvergunningen geldt bijvoorbeeld een maximale terugverdientijd van vijf jaar.

gedeeltelijk toe te wijzen aan de elektriciteitsafnemers, die de verkregen rechten (die ze zelf niet nodig hebben) kunnen verkopen.<sup>188</sup> In hoeverre dit binnen de huidige regelgeving mogelijk is, is in deze studie niet onderzocht. Wel is duidelijk dat hiertoe nieuwe allocatieregels opgesteld zouden moeten worden.

Ad 2: In het Nederlandse NAP is uitgegaan van gedifferentieerde groeipercentages per sector. Sommige andere EU-landen hebben dat ook gedaan; andere hebben geen differentiatie aangebracht. Voor de concurrentieverhoudingen binnen de emissiehandelsector maakt dit niet veel verschil. Alle bedrijven hebben immers te maken met dezelfde kosten voor het uitstoten van een ton CO<sub>2</sub> (hetzij in de vorm van aan te kopen emissierechten, hetzij in de vorm van de 'opportunity costs' van toegewezen rechten). Het enige verschil zit hem in de mate waarin hun vermogenspositie is versterkt door de impliciete subsidie die ze in de vorm van emissierechten hebben ontvangen.

Ad 3: Verschillen in interpretatie tussen de lidstaten wat betreft de sectoren en activiteiten die onder de Richtlijn emissiehandel vallen hoeven op zichzelf niet tot concurrentievervalsing te leiden. Bedrijven die onder het systeem vallen zien zich gesteld voor verplichtingen en lasten (monitoring, rapportage etc.), maar daar staan voordelen tegenover: slimme en innovatieve bedrijven zullen immers de hun toebedeelde emissierechten in klinkende munt kunnen omzetten door te investeren in energiebesparing en emissiereductie. Bedrijven die buiten de emissiehandel vallen hebben deze optie niet. Dat neemt niet weg dat meer duidelijkheid en harmonisatie gewenst kan zijn, maar dan vooral om het systeem voor internationaal opererende bedrijven transparanter en uniformer te maken.

### **Tenslotte**

De toewijzing van emissierechten is waarschijnlijk niet de belangrijkste factor die de effecten van het emissiehandelsysteem op de relatieve concurrentiepositie van bedrijven binnen de EU bepaalt. De wijze van monitoring en handhaving is in dit opzicht eveneens van belang. Hierin bestaan grote verschillen tussen de lidstaten.<sup>189</sup> Ook zijn er verschillen in de fiscale behandeling van emissierechten (bijvoorbeeld met betrekking tot de waardering van de rechten en de aftrekbaarheid van boetes).<sup>190</sup>

Een *level playing field* in de EU-emissiehandel kan worden beschouwd als een utopie. De belangrijkste reden daarvoor is niet zozeer het verschil in de wijze van allocatie tussen lidstaten, maar vooral het bestaan van verschillende emissieplafonds per lidstaat onder het Kyoto-protocol en het 'burden sharing agreement'. In een geharmoniseerd Europees systeem zou zijn uitgegaan van een totaalplafond voor de EU als geheel en op basis daarvan zouden de emissierechten zijn verdeeld (idealiter via een systeem van veiling en zonder restricties aan

<sup>188</sup> Deze mogelijkheid wordt ook besproken door Sijm *et al.* (2005), § 8.2.1.

<sup>189</sup> Zie b.v. de presentatie van dhr. Chris Dekkers van VROM op het Emissiehandelcongres in Ede (14.10.2005); zie ook het onderzoek van DHV ('Verschillen in handhaving emissiehandel bedreigen gelijk speelveld', Nieuwsbrief Milieu & Economie, december 2004, p. 12-13).

<sup>190</sup> Zie b.v. de presentatie van Robert Derksen (PriceWaterhouseCoopers) op het Emissiehandelcongres op 23.11.2004 (<http://www.novem.nl/default.asp?documentId=149004>).

deelname). Echter, in de werkelijkheid zal het ideaaltypische emissiehandelsysteem nooit verwezenlijkt kunnen worden.

Maar ook in een 'second best' systeem is het van belang dat de essentie van emissiehandel overeind blijft. Die essentie is gelegen in het feit dat het uitstoten van CO<sub>2</sub> een prijs krijgt en dat het dus aantrekkelijk wordt om die uitstoot te voorkomen: door bijvoorbeeld energiebesparende maatregelen, efficiëntere omzetting, of gebruik van vernieuwbare bronnen. Het doet er daarbij niet toe of je dat als bedrijf of land zelf doet, of dat je het aan anderen (in eigen land of elders) overlaat. Gegeven de wens om een bepaalde emissiereductie te bereiken is emissiehandel (mits onderworpen aan zo min mogelijk beperkingen en voorzien van goede regelgeving voor marktwerking, verificatie, controle etc.) een instrument dat kan zorgen voor minimalisatie van de kosten van die reductie en het zoeken naar innovatieve technieken om emissies te reduceren. Daarmee kan emissiehandel bijdragen aan een versterking van de concurrentiepositie van het Europese bedrijfsleven.





## HOOFDSTUK 5

# 5 Conclusie

### 5.1

#### ALGEMEEN

In dit onderzoek is in beschouwende zin ingegaan op de eerste allocatieronde van broeikasgasemissierechten in de EU. Het EU-kader gaat, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Amerikaanse emissiehandelssysteem voor zure regen, uit van een decentrale (te weten, lidstatelijke) toedeling van de rechten. Het huidige systeem garandeert niet dat gelijksoortige bedrijven in verschillende lidstaten dezelfde hoeveelheid rechten krijgen. Dit effect was eigenlijk al aanvaard bij de totstandkoming van de richtlijn. Een snelle introductie van emissiehandel werd wenselijk geacht teneinde de Kyoto-doelstellingen op een economisch goede wijze te behalen; de vraag naar het verder harmoniseren van de allocatievoorwaarden bij de gratis toedeling maar ook de vraag naar alternatieve allocatiemethoden zoals de veiling zijn naar een later tijdstip doorgeschoven.

Aan de lidstaten wordt tot dusver een grote mate van vrijheid gelaten om hun nationale klimaatbeleid vorm te geven. Hierbij doet zich het dilemma voor dat enerzijds het mondiale probleem aangepakt moet worden via een nationale bijdrage, maar dat er anderzijds ook aanleiding zal zijn om de nationale economie te beschermen, althans, niet in een nadeligere positie te laten komen.<sup>191</sup> Klimaatverandering is een mondiaal probleem, en het in stand houden of verbeteren van de concurrentieposities van bedrijven is van nationaal belang. De lidstaten lijken eerder te kiezen voor bescherming van de nationale industrie dan voor een scherp klimaatbeleid. Zowel in Duitsland als in Nederland is bijvoorbeeld gewacht met betekenisvolle eenzijdige bindende maatregelen voor emissiereductie totdat de EU met de emissiehandelsrichtlijn kwam.<sup>192</sup>

Gelet op het belang dat wordt gehecht aan de nationale economie is het logisch dat lidstaten de ruimte opzoeken bij de verdeling van broeikasgasemissierechten aan de bedrijven. Dit wordt versterkt door het gegeven dat er wereldwijd gezien

<sup>191</sup> Dit is bijvoorbeeld ten aanzien van het Duitse klimaatbeleid beschreven door Silke Beck, *Localizing Global Change in Germany*, in: Sheila Jasanoff, Marybeth Long Martello, *Earthly Politics* (ed.), *Local and Global in Environmental Governance*, The MIT Press, 2004.

<sup>192</sup> Zie over Duitsland Silke Beck, *a.w.* p. 188 en verder.

belangrijke handelspartners geen deel nemen aan de uitvoering van het Kyoto Protocol, dan wel achter op schema blijven.<sup>193</sup>

De Nederlandse tijdelijk ingestelde Commissie CO<sub>2</sub> plafonds, ook wel de Commissie Vogtländer genoemd, adviseerde eind 2001 zelfs om de internationale concurrerende bedrijven in Nederland niet met een „cap“, een bindend emissieplafond te confronteren, maar om hen deel te laten nemen aan emissiehandel gebaseerd op prestatienormen.<sup>194</sup> Een zelfde redenering zou kunnen worden gevoerd terzake de Europese industrie, die op de internationale markt opereert. Deze op zich interessante beleids optie (die overigens geen 'level playing field' garandeert<sup>195</sup>) is momenteel door de politieke realiteit achterhaald, doordat op EU-niveau gekozen is voor een systeem van emissiehandel met bindende emissieplafonds, vast te stellen door de lidstaten. Het is evenwel niet uitgesloten dat het voor de toekomst, met name voor de periode na 2012, als aantrekkelijke optie wordt gezien, naast de mogelijkheid van veilen. Zowel met (Europees geldende) prestatienormen als met veilen zal in theorie niet het effect ontstaan zoals dat nu ontstaat met de decentrale gratis verdeling, te weten dat gelijksoortige bedrijven in verschillende lidstaten verschillende hoeveelheden rechten krijgen toebedeeld. Wel dient hierbij aangetekend te worden dat bij de veiling opnieuw een distributieprobleem kan ontstaan, namelijk met betrekking tot de terugsluizing van de inkomsten. Bovendien is het de vraag of er politiek gezien prestatienormen worden aanvaard die – zonder uitzondering – gelden voor alle gelijksoortige bedrijven in de EU. Met name lidstaten waar bedrijven nog een achterstand hebben op het punt van emissiereductie zouden hier bezwaar tegen kunnen aanvoeren.

## 5.2

### BIJZONDERE AANDACHTSPUNTEN

Hieronder wordt in afsluitende zin gereflecteerd op een aantal kernonderwerpen die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde zijn gesteld.

#### 1. De in het systeem besloten mogelijkheid van een ruime allocatie van broeikasgasemissierechten

Het huidige systeem maakt het aantrekkelijk voor lidstaten om de rechten ruim toe te wijzen. De Europese Commissie lijkt in deze proeffase niet een erg strenge opstelling te hebben gekozen. Het valt te verwachten dat in de volgende periode een strengere toets zal plaatsvinden op de vraag of de voorgenomen totale hoeveelheid te alloceren rechten overeenstemt met de emissiereductieverplichting die voor de lidstaat in kwestie geldt.<sup>196</sup> De Commissie heeft derhalve in het kader

<sup>193</sup> Overigens kan op grond van punt 11 van bijlage III in een NAP informatie worden gegeven over de manier waarop rekening wordt gehouden met het bestaan van concurrentie uit derde landen of uit entiteiten buiten de Unie.

<sup>194</sup> Commissie CO<sub>2</sub> handel, *Handelen voor een beter milieu. Haalbaarheid van CO<sub>2</sub> emissiehandel in Nederland*, januari 2002. De Commissie adviseerde om grote bedrijven niet onder een absoluut emissieplafond te brengen, maar onder een PSR-systeem. Voor de andere bedrijven zou een veiling moeten worden ingesteld, met volledige terugsluizing van de opbrengst.

<sup>195</sup> Zie H. Elzenga en J. Oude Lohuis: 'Prestatienorm geeft ongelijk speelveld'. Economisch Statistische Berichten 4388, 6 december 2002, p. 883-885.

<sup>196</sup> Inmiddels heeft de Commissie in de tweede "guidance" van 22 december 2005 aangegeven dat op enkele punten streng zal worden getoetst (zie onder 19 en 20).

van het verzekeren van de milieu-effectiviteit van het broeikasgasemissiehandelssysteem een belangrijke rol te vervullen, maar deze taak werd als erg lastig bevonden, waarschijnlijk met name omdat veel lidstaten een ruime invulling voorstelden die dus door de Commissie via informeel overleg en via het niet (volledig) aanvaarden van NAPs gecorrigeerd diende te worden.<sup>197</sup> Uiteindelijk heeft de Commissie een handhavingstaak te vervullen terzake de nakoming van de emissiereductieverplichtingen zoals neergelegd in het Kyoto Protocol en in de lastenverdelingsovereenkomst. Indien een lidstaat zijn afgesproken emissiereductiedoelstelling niet heeft behaald, kan een ingebrekestelling en een procedure bij het Hof volgen.

In procedurele zin had de Commissie volgens het Gerecht van Eerste Aanleg zich evenwel soepeler moeten opstellen door een verzoek van een lidstaat tot wijziging van het NAP (in die zin dat een verhoging van het plafond werd voorgesteld) in behandeling te nemen. In de motivering van het rechterlijk oordeel wordt expliciet gewezen op het feit dat het van belang is dat gelijksoortige bedrijven gelijk behandeld worden. Juist via inspraak (bijvoorbeeld in het kader van het toewijzingsbesluit) kan worden aangevoerd dat in gelijke gevallen niet gelijk is gehandeld. Als dat zo mocht zijn, dan dient dat in principe gecorrigeerd te worden, desnoods via een aanpassing van het NAP. Daarmee is een belangrijk uitgangspunt geduid. De tamelijk flexibele opstelling van de rechter, het lidstaten mogelijk makend om wijzigingsvoorstellen in te dienen, kan in de volgende ronde voor de periode 2008-2012 tot strategisch gedrag leiden van lidstaten, om via het alsnog voorstellen van aanpassingen van het NAP (na het bekend worden van de NAPs van andere lidstaten) een maximaal gunstige toedeling aan het eigen bedrijfsleven te doen. Het is nog niet bekend waar de grenzen liggen van de mogelijkheid om wijzigingsvoorstellen in te dienen, en in welke gevallen wijzigingsvoorstellen inderdaad de toets van de Commissie zullen doorstaan.

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt de richtlijn zo te interpreteren dat de lidstaten een tamelijk grote mate van beslissingsvrijheid hebben terzake het opstellen van het NAP. Het is niet uitgesloten dat in de toekomst – wanneer de klimaatdoelstellingen worden aangescherpt - geprocedeerd zal worden over de vraag of de *totale emissieruimte* van een land op rechtvaardige (evenredige) wijze wordt verdeeld. Het is voornamelijk de vraag welke rol eventuele rechtsbescherming hier kan spelen, en welke ruimte inderdaad aan de bestuurlijke besluitvorming wordt gelaten.

## **2. Complexiteit en gebrek aan transparantie van het systeem: een moeilijk verkrijgbaar inzicht in effecten op bedrijven**

In feite is het heel erg moeilijk om een goed inzicht te krijgen in de wijze waarop door de lidstatelijke toewijzingen van de emissierechten gelijksoortige bedrijven verschillend benaderd worden. De NAPs worden als moeilijk vergelijkbaar beschouwd, en de inhoud van de NAPs is ingewikkeld. Door deze complexiteit

<sup>197</sup> Door een ambtelijk vertegenwoordiger werd het proces van het goedkeuren van nationale allocatieplannen zelfs als een nachtmerrie betiteld: *Congres: The challenge of implementing new regulatory initiatives, State of affairs and critical issues of EU Climate Change Policy*, Leuven, 17-18 september 2004.

wordt ingeboet aan transparantie. Momenteel wordt nagedacht over een model voor NAPs, dat aan een betere vergelijkbaarheid van de NAPs, en daarmee aan de transparantie zou moeten bijdragen.<sup>198</sup>

Ook het feit dat de Commissie haar besluiten doorgaans beknopt motiveert, ook met betrekking tot de 'opt in' en 'opt out' besluiten, maakt dat er slechts beperkt inzicht wordt gegeven in de vraag wat die beslissingen betekenen voor de gelijke concurrentieposities.

### 3. De spanning tussen eenvoud en differentiatie

Bij het huidige systeem kan een spanning worden ontwaard tussen enerzijds de wens van eenvoudige normstelling, en anderzijds de juridische noodzaak om verschillende bedrijven gedifferentieerd te behandelen. Juist indien bedrijven of gevallen niet gelijk zijn, zal de normstelling - ofwel de uiteindelijke besluitvorming inzake de toewijzing - ook gedifferentieerd moeten zijn, zijn uitzonderingsregels nodig, en eventueel een hardheidsclausule. Het gevaar is natuurlijk dat op het moment dat een hardheidsvoorziening wordt ingevoerd, daarvan mogelijk een overmatig gebruik zal worden gemaakt, hetgeen weer een extra bestuurlijke last betekent.

Illustratief voor het dilemma tussen eenvoudige regels en gedifferentieerde benadering is de tussenuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 april 2005, waarbij van de zijde van het bestuur werd betoogd dat een verdergaande differentiatie zoals gevraagd door sommige appellanten tot willekeur zou kunnen leiden. De Afdeling vond een dergelijke differentiatie in sommige gevallen echter juist wel noodzakelijk; naar aanleiding van enkele beroepen wordt door de Afdeling gesteld dat delen van het NAP voor individuele situaties buiten toepassing moeten worden gelaten aangezien bij toepassing van de rekenregels het besluit niet zorgvuldig zou zijn genomen.

### 4. Het conflictopwekkend vermogen van de regeling, en de ontwikkeling van rechtsnormen inzake allocatie van rechten

Al eerder is verondersteld dat het conflictopwekkend vermogen bij een gratis toedeling van emissierechten zoals is voorgeschreven in de richtlijn niet gering is. De gratis toedeling van rechten heeft invloed op de vermogensposities van de bedrijven. Indien bedrijven zich onderbedeeld voelen zal er zeker een neiging bestaan om terzake hiervan rechtsbescherming te zoeken, met name indien de rechtsgang niet te hoogdrempelig is. Uiteraard bestaat er bij bedrijven een streven om een zo groot mogelijk aantal rechten te verkrijgen.

Aan de hand van de eerste evaluatieronde kan worden vastgesteld dat er opmerkelijke verschillen zijn in aantallen beroepsprocedures tussen lidstaten. De precieze reden hiervan kan pas na een grootschaliger rechtsvergelijkend onderzoek worden vastgesteld. In ieder geval zijn in Nederland en in Duitsland veel beroepen ingesteld.

<sup>198</sup> In de tweede "guidance" van de Commissie van 22 december 2005 (COM(2005) 703 final) wordt gehamerd op het vereenvoudigen van de nationale allocatieplannen, en op het werken volgens een standaardmodel.

Het is verder vooralsnog onduidelijk in hoeverre communautaire rechtsbeginselen of zelfs specifieke milieubeginselen een rol zullen krijgen inzake de uitleg en toepassing van de broeikasgasemissiehandelsrichtlijn op het punt van de allocatie van rechten. Momenteel is op dat punt nog weinig jurisprudentie voorhanden. Wel heeft het Gerecht van Eerste Aanleg in de uitspraak van 23 november als voorbeeld aangehaald dat gelijksoortige bedrijven (in een land) een gelijk aantal rechten zouden moeten verkrijgen.

De bestudeerde casus laat wel zien dat het wettelijk vormgeven en bestuurlijk toepassen van het emissiehandelsinstrument, met name waar het de toewijzing van rechten betreft, een moeilijk onderwerp betreft, in ieder geval wanneer wordt gekozen voor een gratis verdeling van rechten in een situatie waarbij op basis van het gevoerde beleid verwachtingen leven bij bedrijven omtrent het mogen continueren van hun emissies. Het vormgeven van de allocatie vergt ingewikkelde regels en lastige besluitvorming, aangezien waarschijnlijk elk bedrijf in principe maximaal resultaat wil behalen. Eenvoudige, algemene normstelling is moeilijk, omdat het juist bij de introductie van het emissiehandelsinstrument niet goed mogelijk blijkt te zijn de bedrijven over een kam te scheren. Uit oogpunt van zorgvuldigheid en gelijkheid moet tot op zekere hoogte een gedifferentieerde benadering worden gevolgd.

Overigens moet dit nadeel van de administratieve complexiteit in relatieve zin worden beoordeeld, namelijk in vergelijking met andere reguleringsopties. Immers, overheidsop treden met het doel emissies te laten reduceren zal altijd met weerstanden gepaard gaan. Bijvoorbeeld het doorvoeren van broeikasgasemissiebeperkingen via klassieke regulering in de vorm van vergunningen en vergunningsvoorschriften zou mogelijk uiteindelijk duurder zijn voor alle partijen, en mogelijk ook minder milieu-effectief.

##### **5. De permanente dreiging dat de essentiële kenmerken van een emissiehandelssysteem worden uitgehold**

Emissiehandel heeft in zijn basale vorm ('cap-and-trade') de charme van de eenvoud. Er is een emissieplafond, en er worden slechts zoveel emissierechten in omloop gebracht (bij voorkeur via een veiling) dat de totale omvang van de emissies onder dat plafond blijft. De vrije handelbaarheid van de rechten zorgt ervoor dat de marktprijs de marginale kosten van emissiereductie weerspiegelt.

Hoewel emissiehandelssystemen in de praktijk nooit met het simpele ideaaltype overeenkomen, is het voor een goede werking van zo'n systeem van belang dat de wezenlijke eigenschappen zoveel mogelijk behouden blijven. Dit betekent ondermeer dat er aan de vrije handelbaarheid van de rechten zo min mogelijk beperkingen moeten worden opgelegd. Wie een emissierecht in bezit heeft, moet ervan uit kunnen gaan dat dat recht door hemzelf of een ander gebruikt kan worden om binnen een bepaalde periode 1 ton CO<sub>2</sub>(-equivalent) uit te stoten. Het corrigeren van toegewezen quota en het laten vervallen van emissierechten bij sluiting van een bedrijf, hoe begrijpelijk ook vanuit een oogpunt van 'eerlijke verdeling' of het tegengaan van concurrentievervalsing, zijn voorbeelden van acties die een goede werking van het systeem tegengaan. Sancties, bijvoorbeeld

voor het verschaffen van onjuiste informatie die geleid heeft tot een 'overbedeling' met emissierechten, zouden bij voorkeur in een andere vorm moeten worden opgelegd dan door intrekking van die rechten (bijvoorbeeld door voor de teveel ontvangen rechten alsnog de vigerende marktprijs te laten betalen, of door te verplichten in een volgende periode extra rechten in te leveren).

Beleidsmakers zullen weerstand moeten bieden aan de verleiding en de druk om te tornen aan de waarde van een emissierecht. Als er behoefte bestaat om de verdelingseffecten van het systeem te corrigeren, 'windfall profits' af te romen of effecten op de concurrentiepositie te neutraliseren, dan zal dat moeten gebeuren met behulp van andere (bijvoorbeeld fiscale) instrumenten.

Ook zullen alle betrokkenen zich ervan bewust moeten zijn dat een systeem van CO<sub>2</sub>-emissiehandel onvermijdelijk met hogere energieprijzen gepaard gaat. In die zin is het dan ook geen 'pijnloos alternatief' voor bijvoorbeeld energieheffingen. Hogere prijzen van (fossiele) energie dragen bij aan het beoogde effect van het systeem, via het bevorderen van energiebesparing en de toepassing van CO<sub>2</sub>-vrije energiebronnen. Verontwaardiging over het doorberekenen van de kosten van emissierechten in de elektriciteitsprijzen en pogingen om de energieprijsstijgingen ongedaan te maken impliceren een miskening van deze realiteit.

### 5.3

#### **TOT SLOT: DE POLITIEKE KEUZE TUSSEN EUROPESE BELEIDSOPTIES VOOR ALLOCATIE IN EEN INTERNATIONAAL SPEELVELD**

De totstandkoming van de Europese emissiehandel moet worden geplaatst in het licht van het streven van de EU om een groen leiderschap te tonen door echt werk te maken van het Kyoto Protocol. Dit groene leiderschap werd sterk getoond onder het milieucommissariaat van Margot Wallström. Mede door de internationale crisis op het front van het maken van afspraken over post 2012 is het zeer de vraag wat het ambitieniveau van de EU voor de periode na 2012 zal zijn, en welke emissiereductiedoelstellingen dus dan binnen de EU zullen worden nagestreefd. De vraag naar de verdeling van de inspanningen over de Europese broeikasgasemittenten, niet alleen de bedrijven dus, speelt met name indien de ingrepen wezenlijk zullen zijn, en zich niet in de marge zullen afspelen.

Het is momenteel onvoorspelbaar hoe de politieke ontwikkelingen zullen zijn terzake het eventueel opnieuw vaststellen van een lastenverdelingsovereenkomst tussen de lidstaten. De inhoud van een dergelijke afspraak zal van invloed zijn op de ruimte die lidstaten kunnen bieden aan hun broeikasgasemittenten. Bij gebreke van een nieuwe "Kyoto Protocol periode" volgend op de verplichtingsperiode 2008-2012 zou een lastenverdelingsovereenkomst zelfs formeel gezien niet nodig zijn.<sup>199</sup> Bovendien kan zowel met als zonder een lastenverdelingsovereenkomst verder nagedacht worden over het nut van het verder harmoniseren van verdelingsopties, bijvoorbeeld via het (sectorsgewijs) opstellen van

<sup>199</sup> Bovendien zou het een mogelijkheid kunnen zijn, maar dit lijkt meer theorie dan realiteit, dat de emissiereductieverplichtingen voor de lidstaten rechtstreeks in een internationale afspraak in de context van het Kyoto Protocol zullen staan, waardoor een herverdeling van internationale emissiereductieverplichtingen over de Lid-staten niet nodig zou behoeven te zijn.

geharmoniseerde benchmarks of het veilen van rechten voor specifieke sectoren broeikasgasemittenten.

Natuurlijk is het in principe een beleidsoptie om via regelgeving te trachten een harmonisatie van gratis verdelingscriteria te bewerkstelligen. Gestreefd zou kunnen worden naar een veel meer gebonden allocatiekader voor lidstaten, met een intensieve toets door de Commissie. De vraag is evenwel of dat een haalbaar doel is: tot dusver is men daarin in de EU niet in geslaagd. Daarmee is niet uitgesloten dat dit toch een toekomstige optie kan zijn.

De meer principiële vraag is of harmonisatie de juiste weg is. Een andere te overwegen optie is om juist verder harmoniseren achterwege te laten, en het accent in plaats daarvan vooral te leggen op de emissiereductieverplichtingen (anders gezegd: de maximale emissieruimte) voor de lidstaten, en de verantwoording en handhaving daarvan. In deze meer kaderstellende optiek wordt aan de 25 lidstaten veel vrijheid gelaten om hun klimaatbeleid te realiseren, en vindt een afrekening plaats van de lidstaten op het behalen van hun emissiereductiedoelstellingen (uiteraard ook met gebruikmaking van emissiehandel, hetgeen zelfs interstatelijke emissiehandel kan zijn, of het aankopen van JI en CDM emissierechten). Het voordeel van deze benadering is dat er een minder complexe en centraliserende benadering is via Europese regelgeving, en het klimaatbeleid van de lidstaten goed kan worden afgestemd op de specifieke meer lokale omstandigheden. Voorwaarde bij deze benadering zou zijn dat de lidstaten inderdaad wel gehouden worden om verantwoording af te leggen over hun totale emissiereductieverplichting zoals afgesproken te Kyoto dan wel in de lastenverdelingsovereenkomst.<sup>200</sup> Lidstaten dienen uiteindelijk hun emissiereductieverplichting te verwezenlijken en kunnen daarop ook aangesproken worden door een ingebrekestellingsprocedure door de Commissie. Deze beleidsoptie, inhoudende dat de lidstaten aan hun totale emissiereductieverplichtingen worden gehouden, waarmee zij binnen de EU een behoorlijke mate van beleidsvrijheid zouden hebben, is passend bij een streven naar zo min mogelijk gedetailleerde regels, en bij het uitgangspunt van subsidiariteit. Deze optie veronderstelt evenwel een goed werkend controle- en handhavingsmechanisme in de EU, iets wat helaas tot dusver niet uitblijkt in daadkracht en adequaatheid.

In deze optie kan een ruime toedeling in een lidstaat aan de (Europees concurrerende) industrie wellicht ook gecorrigeerd worden via interne nationale besluitvormingsprocessen en procedures, met name indien andere nationale sectoren of subsectoren zouden protesteren tegen een te ruime allocatie aan de onder emissiehandel vallende bedrijven, waardoor deze onevenredig bevoordeeld zouden worden. Op deze wijze kan dus een zekere correctie plaatsvinden van een ruime toedeling van rechten aan de bedrijven; voorwaarde daarvoor is dat de andere sectoren (a) ook daadwerkelijk 'voelen' dat ze benadeeld worden (doordat ze een zwaardere emissiereductie-inspanning moeten leveren) en (b) geschikte middelen moeten hebben om hun belang bij de verdeling van het totale emissieplafond aan de orde te stellen. De vraag is dan welke objectieve

<sup>200</sup> Marjan Peeters, *Europees klimaatbeleid: verplichtingen, bevoegdheden, maatregelen en verantwoording*, preadvies voor de Vereniging voor milieurecht, 30 september 2004 (verschijnt in boekvorm in 2006).



rechtvaardigingsgrond de overheid legitimeert om de lasten niet ‘gelijkmatig’ te verdelen. Nader onderzoek en verdere rechtsontwikkeling is nog nodig naar de vraag wat nu geschikte verdelingscriteria zijn van de totale emissieruimte in een land.<sup>201</sup> In het hier geschetste systeem kan ook relevant zijn dat de toetsing aan de criteria voor staatssteun intensiever gebeurt dan op dit moment het geval is.

Tenslotte is een ander, niet onoplosbaar probleem bij deze beleids optie de inhoud van de toekomstige statelijke emissiereductieverplichtingen. Een goede onderbouwing van de distributie van de verplichtingen over de EU-lidstaten is nodig, om daarmee ook draagvlak te winnen bij de gereguleerden. Voorkomen moet worden dat er een idee zou zijn dat de statelijke emissiereductieverplichtingen niet op basis van transparante en rechtvaardige criteria worden vastgesteld. Een te overwegen optie zou zijn dat de lidstatelijke reductieverplichtingen op basis van het aantal inwoners van een land worden vastgesteld, ook wel de emissie per capita benadering genoemd.<sup>202</sup> In de praktijk zal er voornamelijk wel rekening gehouden worden met de uitgangssituatie wat betreft niveau van economische ontwikkeling, structuur van de economie (b.v. het aandeel van energie-intensieve sectoren), mogelijkheden voor energiebesparing en gebruik van vernieuwbare energiebronnen, et cetera. De emissie per capita benadering zou mogelijk wel een reële beleidsgrondslag kunnen zijn op de langere termijn. De EU kan er voor kiezen de bruikbaarheid en gevolgen van dit criterium binnen de EU verder te exploreren, om zo ook een voortrekkersrol te spelen wat de uitwerking betreft van dit sterk aan het rechtvaardigheidsgevoel (gelijke emissieruimte voor een ieder) appellerende criterium.

Indien er echter wordt gekozen voor verdergaand harmoniseren van emissiehandel voor bedrijven en andere emittenten in EU-verband dan zal hier vermoedelijk een forse bevoegdheidsverschuiving mee gepaard gaan van lidstatelijk niveau naar EU-niveau.

Voor bijvoorbeeld de gedachte van communautaire benchmarks zijn verschillende opties denkbaar, zoals natuurlijk het vaststellen van benchmarks in een richtlijn of verordening, dan wel het toekennen van bevoegdheden aan de Commissie tot het vaststellen van bindende benchmarks, dan wel bijvoorbeeld het geven van een opdracht aan de Commissie (of een andere entiteit) om richtinggevende doch niet strikt bindende benchmarks te ontwikkelen.<sup>203</sup> Een andere optie zou zijn dat lidstaten (of zelfs bedrijven) op basis van vrijwilligheid afspraken maken over geharmoniseerde benchmarks<sup>204</sup>. Hierbij zou dan goed moeten worden nagegaan welke bindende status dergelijke afspraken zouden (kunnen) hebben.

<sup>201</sup> Vergelijk het eerder in dit rapport aangehaalde advies van de VROM-Raad.

<sup>202</sup> Onlangs is in de literatuur nog bepleit dat dit criterium een gronddoelstelling zou moeten zijn van het Europese klimaatbeleid: Frank Biermann, *Between the USA and the South: strategic choices for European climate policy* 5 Climate Policy 2005, 273-290 (p. 283).

<sup>203</sup> Vergelijkbaar met de ‘BAT Reference Documents’ (Brefs) in het kader van de IPPC-richtlijn.

<sup>204</sup> Vergelijkbaar met de bestaande overeenkomsten met de auto-industrie over CO<sub>2</sub>-emissiereductie van personenauto's.

Een EU-brede veiling zou in theorie een aantrekkelijke optie zijn, omdat Europese bedrijven dan in principe naar behoefte vervuiliingsrechten zouden aankopen, en zich niet de situatie voordoet dat bij nationale gratis verdelingen verschillen tussen lidstaten ontstaan bij gelijksoortige bedrijven. Immers, bedrijven zullen moeten betalen voor rechten, en deze kunnen dus ook niet meer te ruim worden toebedeeld (mits er uiteraard niet meer geveild wordt dan het plafond toelaat). Veilen is bovendien het meest in overeenstemming met het ook in het EG-verdrag vastgelegde beginsel 'de vervuiler betaalt'. De optie van veilen lijkt echter vooralsnog door de politici niet geprefereerd te worden, en zal bovendien ook eigen uitvoeringsproblemen kennen.

Vooralsnog is het onduidelijk in hoeverre alternatieve opties voor het huidige systeem inderdaad veel meer geschikt zouden zijn. Vooral bij de optie van communautaire benchmarks zal als wisselgeld voor het verkrijgen van meer transparantie en harmonisatie een verlies aan nationale beslissingsbevoegdheid plaatsvinden, er vanuitgaande dat de benchmarks op EU-niveau worden vastgesteld. Hier moet derhalve de vraag worden beantwoord wat het zwaarste geldt: een geharmoniseerde toewijzing of juist een min of meer ruime mate van nationale beslissingsbevoegdheid inzake de toedeling van de rechten. Naast de meer wetgevingstechnische vraag in hoeverre het mogelijk is gemeenschappelijke delers te ontwikkelen voor communautaire benchmarks, verdient juist ook aandacht voor de eventuele centralisatie van bevoegdheden, en de procedure waarlangs deze zouden worden uitgeoefend aandacht. Ook bij de veiling rijst de vraag naar centralisatie en transparantie: een centraal op Europees niveau uitgevoerde veiling is transparanter dan 25 lidstatelijke veilingen. Maar een centraal uitgevoerde veiling betekent een sterke concentratie van bevoegdheid bij de EU; en bovendien rijst hier onmiddellijk de complexe vraag naar de redistributie van de verkregen gelden. De optie van communautaire benchmarks lijkt daarom politiek gezien aantrekkelijker te zijn dan de optie van een veiling.

Aldus dienen zich voor de toekomst van het EU-emissiehandelssysteem twee globale ontwikkelingsrichtingen aan. In het eerste model, het kaderstellend model, is er sprake van nationale emissieplafonds, waarbij aan de lidstaten ruimte wordt gegeven voor keuzes bij de implementatie. Dit model past goed bij een voorkeur voor decentraal beleid, en zo min mogelijk regels op EU-niveau. De regels met betrekking tot de allocatie van de broeikasgasemissierechten zijn daarbij in beperkte mate geharmoniseerd. Veilen is een optie, maar niet per se verplicht voor de lidstaten. De rol van de EU zal in dit systeem vooral gericht zijn op het nakomen van de emissiereductieverplichtingen door de lidstaten en op het handhaven van de geldende regels op het gebied van vrije handel, mededinging en staatssteun.

In het tweede model, het harmonisatie-model, ligt het accent op verdergaande harmonisatie van de emissiehandel op EU-niveau, hetgeen past bij het streven naar een interne markt en het voorkomen van onaanvaardbare concurrentievervalsingen. Er komen dan bijvoorbeeld communautaire benchmarks op basis waarvan de rechten worden toegeedeeld, of in ultimo een centraal georganiseerde veiling. Bij de optie van de communautaire benchmarks gaat mogelijk de zekerheid van een absoluut emissieplafond verloren. Zo'n systeem zou

dan ook het beste passen bij een 'post-Kyoto'-regime zonder bindende emissiereductiedoelstellingen. Zowel de vormgeving van communautaire benchmarks als het vormgeven van een veiling behoeven nog nadere uitwerking en afweging.

Uiteindelijk gaat het om een overwegend politieke keuze tussen de verschillende ter beschikking staande beleidsopties in het klimaatbeleid. Emissiehandel vormt daarbij vanwege het vermogen om via de creativiteit van de markt op efficiënte wijze emissiereducties te bereiken een zeer belangrijk instrument, zelfs indien het niet in een ideaaltypische vorm wordt ingezet, zoals nu het geval is. Het valt te verwachten dat de uiteindelijke afweging van voor- en nadelen van het instrument, ook in de huidige vorm, mits zo goed mogelijk toegepast en waar mogelijk verbeterd, in algemene zin positief zal uitvallen vanwege de behaalde efficiëntievoordelen.

## BIJLAGE 1

## Literatuurlijst

Allocatieplan CO<sub>2</sub>-emissierechten 2005 t/m 2007. Nederlands nationaal toewijzingsplan inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten aan bedrijven. Ministerie van EZ, Ministerie van VROM en SenterNovem, 20 augustus 2004.

Åhman, M., *et al.* (2005), *The Ten-Year Rule. Allocation of Emission Allowances in the EU Emission Trading System*. Discussion Paper 05-30, Resources for the Future, Washington DC, June 2005.

Bazelmans, J. (2005), *CDM en JI binnen het Europese emissiehandelssysteem*, preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht, 30 september 2005.

Beck, S. *Localizing Global Change in Germany*, in: Jasanoff, S. Long Martello, M. (eds.) (2004), *Earthly Politics, Local and Global in Environmental Governance*, The MIT Press 2004.

Carbon Trust (2004), *The European Emissions Trading Scheme: Implications for Industrial Competitiveness*. London.

Cozijnsen, J. (2005), *Eerste halfjaarcijfers CO<sub>2</sub>-markt: hoe deze te beoordelen?* *New Values Nieuwsbrief* 21.0, 23 augustus 2005. <http://www.emissierechten.nl/>.

Craig, P. en De Burca, G. (2003), *EU law: text, cases and materials*, Oxford University Press 2003, p. 49.

Dahl, A. (2000), *Competence and subsidiarity*, in: Gupta, J. en Grubb, M. (ed.), *Climate Change and European Leadership*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 2000.

Dales, J.H. (2002) *Pollution, Property and Prices, An essay in Policy-making and Economics, with a foreword by Wallace E. Oates*, 2002, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.

De Sadeleer, N. (2002), *Environmental principles, from political slogans to legal rules*, Oxford University Press 2002.

ECD (2004), *Tradeable Permits, Policy Evaluation, Design and Reform*, Parijs 2004.

Economisch en Sociaal Comité (2002), *Advies van het Economisch en Sociaal Comité*, Pb EG, C 221/28, 17.9.2002.

Ecofys (2004), *Analysis of the National Allocation Plans for the EU Emissions Trading Scheme*,

[http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim\\_Report\\_NAP\\_Evaluation\\_180804.pdf](http://www.ecofys.co.uk/uk/publications/documents/Interim_Report_NAP_Evaluation_180804.pdf)

Ellerman, D. (2004), *The US SO<sub>2</sub> Cap-and-trade Programme*, in: OECD, Tradeable Permits, Policy Evaluation, Design and Reform, Parijs: OECD 2004.

Ellinghaus, U. Ebsen, P. en Schloemann, H. (2004), *The EU Emissions Trading Scheme (EU ETS): a Status Report*, Journal for European Environmental & Planning Law, 2004/1, p.1.

Egenhofer, C., Fujiwara, N. (2005), *Reviewing the EU Emissions Trading Scheme—Priorities for the short-term implementation of the second round of allocation—Part 1*, CEPS Report, July 2005.

Europese Commissie (2000), *Groenboek over de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Europese Unie*, Brussel 8.3.2000, COM(2000) 87 final.

Europese Commissie (2004a), Mededeling van de Commissie over de beschikkingen van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende de nationale toewijzingsplannen voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten welke Denemarken, Duitsland, Ierland, Nederland, Oostenrijk, Slovenië, het Verenigd Koninkrijk en Zweden overeenkomstig Richtlijn 2003/87 hebben meegedeeld. COM(2004) 500 definitief. Brussel, 7.7.2004.

European Commission (2004b), Commission Decision of 20 October 2004 concerning the national allocation plan for the allocation of greenhouse gas emission allowances notified by France in accordance with Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council. C(2004) 3982 / 7 final. Brussels, 20.10.2004.

European Parliament, 13 september 2002, Report on the proposal for a European Parliament and Council directive establishing a scheme for greenhouse gas emissions allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, Final A5-0303/2002 part I. p.8/46 (eerste lezing).

Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation and Nuclear Safety, *National Allocation Plan for the Federal Republic of Germany 2005-2007*. Berlin, 31 March 2004 (translation: 7 May 2004).

Freestone, D. en Streck, C. (eds.) (2005), *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms – Making Kyoto Work*, Oxford, OUP 2005.

Gilbert, A., J.-W. Bode, and D. Phylipsen (2004), *Analysis of the National Allocation Plans for the EU Emissions Trading Scheme*. Ecofys, August 2004.

Grubb, M. en Vrolijk, C. (2000), Annex 1: Target differentiation and the 'European Bubble', in: Gupta, J. en Grubb, M. (ed)., *Climate Change and European Leadership*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 2000.

Grünfeld, H. (2005), Valse start emissiehandel, *Europaort Kringen* 11, p. 12-13.

Hessel, B. (2005), *Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden*, VAR-preadvies, nr, 134, Boom juridische uitgevers, 2005.

Jans, J.H. (2000), *European Environmental Law*, Europa Law Publishing Groningen 2000.

Jans, J.H. (2005), *annotatie bij HvJ EG 14 april 2005, C-6/03*, Tijdschrift voor Milieu en Recht 2005/66, p. 441  
Koevoet, H. (2004), Irritatie om 'ongelijk speelveld' emissiehandel, *Energieconsulent* 6, sept.-okt. 2004, p. 7-9.

Koevoet, H. (2005), Ruzie om doorberekening CO<sub>2</sub>-rechten, *Energieconsulent* 6, sept.-okt. 2005, p. 13-14.

Krämer, L. (2003), *EC Environmental Law, 2003*, fifth ed. London: Sweet & Maxwell 2003.

Matthes, F., et al. (2005), The environmental effectiveness and economic efficiency of the European Union Emissions Trading Scheme: Structural aspects of allocation. Öko Institut (for WWF), Berlin, November 2005.

Pallemaerts, M. (2004), *De Europese Gemeenschap als Verdragsluitende Partij bij het Protocol van Kyoto*, Tijdschrift voor Milieurecht 2004, p. 122-136.

Peeters, M. (1992), *Marktconform milieurecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de verhandelbaarheid van vervuiliingsrechten*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1992 p. 84.

Peeters, M. (2003), Emissions Trading as a New Dimension to European Environmental Law, *European Environmental Law Review*, March 2003 p. 82-92.

Peeters, M. (2004a), *Europees klimaatbeleid: verplichtingen, bevoegdheden, maatregelen en verantwoording*, preadvies voor de Vereniging voor milieurecht, 30 september 2004.

Peeters, M. (2004b), *Emissions Trading: A Matter of Learning and Earning*, Environmental Law Network International, 2/2004, p. 12-19.

Peeters, M. (2005), *Broeikasgasemissiehandel in de Wet Milieubeheer: een introductie op dit groene instrument*, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2005/3, p. 83-91.

Plan National D'affectation Des Quotas. Période de référence 2005-2007. République Française, Paris, le 6 juillet 2004.

RAC-F (2005), Etat d'avancement du Plan Climat. Analyse du Réseau Action Climat-France. Montreuil, november 2005.

Schmitt-Rady, B. (2006), *A Level Playing Field? Initial Allocation of Allowances in Member States* in: Deketelaere, K. en Peeters, M. (ed.) (2006), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, (verschijnt in 2006 bij Edward Elgar).

Sijm, J.P.M., S.J.A. Bakker, H.W. Harmsen, W. Lise en Y. Chen (2005), *CO2 price dynamics: The implications of EU emissions trading for the price of electricity*. ECN report ECN-C—05-081, september 2005. ECN, Petten.

Tietenberg, T.H. (1985), *Emissions trading, an exercise in reforming pollution policy*, Washington D.C. : resources for the future 1985.

Tietenberg, T.H. (1989), *Marketable permits in the United States: a decade of experience*, in: M. Neumann. K.W. Roskamp (eds), *Public finance and performance of enterprises*, Detroit: Wayne state university press 1989.

TK 2004-2005 bijlage bij Kamerstuk 27801, nr. 41, Hoofdlijnennotitie Toekomstagenda Milieu, 14 september 2005, p. 19.

Van Gerven, W. (2005), *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Hart Publishing, 2005.

Van Ommeren, F.J. (2004) *Schaarse vergunningen: de verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Kluwer Deventer 2004.

Vig, N.J. en M.G. Faure (ed) (2004), *Green Giants? Environmental policies of the United States and the European Union*, The MIT Pres, Cambridge, Massachusetts, 2004.

Vogel, D. (1995), *Trading up: consumer and environmental regulation in a global economy*, Harvard University Press: Cambridge MA 1995.

Woerdman, E. (2002), *Implementing the Kyoto Mechanisms: Political Barriers and Path Dependence*. Ph.D. Thesis, Rijksuniversiteit Groningen.

## Colofon

Opdrachtgever:

Ministerie van VROM, Directoraat Generaal Milieu

Datum:

1 maart 2006

Auteur(s):

drs. Frans Oosterhuis

mr. dr. Marjan Peeters

De hoofdstukken 1 en 5 zijn gezamenlijk opgesteld. Frans Oosterhuis is verantwoordelijk voor hoofdstuk 4, Marjan Peeters voor de hoofdstukken 2 en 3.

Met medewerking van:

Femke van Ballegooie

Javier de Cendra de Larragan

Michael Faure

Jelmer Procee

Secretariaat STEM

ARCADIS Ruimte & Milieu BV

De heer drs. ing. Charles Nijssen

Postbus 264

6800 AG Arnhem

Tel 026 3778 511

Fax 026 4457 549

[www.evaluatiemilieuwetgeving.nl](http://www.evaluatiemilieuwetgeving.nl)

© STEM. Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitzonderingen door de wet gesteld, mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbenden niets uit dit document worden verveelvoudigd en/of openbaar worden gemaakt door middel van druk, fotografie, digitale reproductie of anderszins.



