

Kenmerk	W10.08.0218/IV
Datum aanhangig	11 juni 2008
Datum vastgesteld	9 juli 2008
Datum advies	10 juli 2008
Datum publicatie	16 juni 2022
Vindplaats	Website Raad van State

Volledige tekst

Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State ter zake van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de geologische opslag van kooldioxide (CCS-richtlijn, COM(2008) 18 def).

Bij brief van 6 juni 2008, kenmerk WJZ/8067234, heeft de Minister van Economische Zaken, in overeenstemming met de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, op de voet van artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State aan afdeling III van de Raad van State verzocht haar van voorlichting te dienen ter zake van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de geologische opslag van kooldioxide (CCS-richtlijn, COM(2008) 18 def).

Op 23 januari 2008 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de geologische opslag van kooldioxide (COM(2008) 18 def), ofwel de CCS-richtlijn (Carbon Capture and Storage). Dit voorstel vormt een belangrijk onderdeel in het kader van de verwezenlijking van de doelstelling van de Gemeenschap om de klimaatverandering tot 2°C te beperken. Om de doelstelling van wereldwijde vermindering van de CO₂-uitstoot te bereiken, worden alle uitstootverminderingsopties ingeschakeld, onder meer het afvangen en opslaan van kooldioxide. Thans is het voorstel aanhangig in de EU-raadswerkgroep milieu.

De afdeling beperkt zich in zijn beantwoording tot de door de minister aan hem gestelde vragen. Hij wijst er echter vooraf op dat de technische en wetenschappelijke kennis omtrent het afvangen, transporteren en ondergronds opslaan van CO₂ nog zeer rudimentair is. Het is niet goed mogelijk een accurate inschatting te maken van de effecten en risico's die zijn verbonden aan de genoemde activiteiten. Dit is van bijzonder belang in het licht van de aan de afdeling gestelde vragen die zien op de overdracht van verantwoordelijkheid als gevolg van de afsluiting van een opslaglocatie (vragen 3 en 5).

Hierna gaat de afdeling nader in op de gestelde vragen.

1. De rechtsgrondslag voor de richtlijn is artikel 175 lid 1 EG. Naar ons idee is deze rechtsbasis eng te achten, mede gelet op de doelstelling van het voorstel de concurrentie

binnen de interne elektriciteits- en warmtemarkt te bevorderen, en de doelstelling de veiligheid te waarborgen (zie noot 1). Hoe beoordeelt de Raad de reikwijdte van de rechtsgrondslag van de richtlijn en de randvoorwaarden voor implementatie van de richtlijn? Artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag bepaalt dat de Raad volgens de procedure van artikel 251 (codecisie) en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's de activiteiten vaststelt die de Gemeenschap moet ondernemen om de doelstellingen van artikel 174 van het EG-Verdrag te bereiken. Artikel 174, eerste lid, van het EG-Verdrag bepaalt dat het beleid van de Gemeenschap op milieugebied bijdraagt tot het nastreven van de volgende doelstellingen: behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, bescherming van de gezondheid van de mens, behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen en bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen.

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat de keuze van de rechtsgrondslag van een gemeenschapshandeling moet berusten op objectieve gegevens. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling. (zie noot 2) Het Hof van Justitie heeft eveneens vastgesteld dat, indien na onderzoek van een gemeenschapshandeling blijkt dat zij een tweeledig doel heeft of dat er sprake is van twee componenten waarvan er een kan worden gezien als hoofddoel of overwegende component, terwijl het andere doel of de andere component slechts ondergeschikt is, de handeling op één rechtsgrondslag moet worden gebaseerd, namelijk die welke vereist is gelet op het hoofddoel of de overwegende component. Indien echter wordt aangetoond dat een handeling tegelijkertijd meerdere doelstellingen of componenten heeft die onverbrekkelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, zal die handeling bij wijze van uitzondering op de verschillende desbetreffende rechtsgrondslagen moeten worden gebaseerd. (zie noot 3)

Hieruit vloeit voort dat bij een regeling met een tweeledig doel moet worden bezien of sprake is van één hoofddoel of overwegende component, terwijl het andere doel of de andere component slechts ondergeschikt is, dan wel sprake is van tegelijkertijd meerdere doelstellingen of componenten.

De ontwerprichtlijn beoogt een wettelijk kader te scheppen voor de geologische (permanente) opslag van kooldioxide op zodanige wijze, dat negatieve effecten op het milieu en resulterende risico's voor de volksgezondheid zoveel mogelijk worden voorkomen of verminderd (artikel 1). De ontwerprichtlijn bevat voorts regels voor de selectie van locaties en inzake exploratievergunningen, opslagvergunningen en exploitatie en afsluiting (artikelen 4 tot en met 19). Deze regels hebben het oog op de milieu- en volksgezondheidsaspecten. In dit verband kan voorts worden gewezen op de overwegingen 15, 16, 17, 19, 20 en 21 van de ontwerprichtlijn.

Overweging 29 van de considerans stelt onder meer vast dat toegang tot CO₂-transportnetwerken en -opslaglocaties een voorwaarde kan zijn voor toegang tot of concurrerende functionering binnen de interne elektriciteits- en warmtemarkt. Artikel 20 beoogt te bewerkstelligen, dat potentiële gebruikers toegang hebben tot de transportnetwerken en opslaglocaties op een wijze die voldoet aan doelstellingen van eerlijke/billijke en open toegang en waarbij onder meer rekening wordt gehouden met de transport- en opslagcapaciteit die beschikbaar is of redelijkerwijs beschikbaar kan worden gesteld (vergelijk overweging 29 van de considerans). Uit het tweede lid van artikel 20 komt naar voren dat de lidstaten de voorwaarden voor toegang vaststellen, waarbij zij deze doelstellingen in acht nemen. Het tweede, derde en vierde lid geven in dat verband een

aantal specifieke voorschriften. Artikel 21 voorziet in een geschillenregeling.

In verband hiermee is de vraag gerezen of de artikelen 20 en 21 van de ontwerprichtlijn een doelstelling nastreven die als afzonderlijke hoofddoelstelling van het voorstel moet worden gekwalificeerd, zodat artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag als rechtsgrondslag voor deze artikelen niet volstaat. Het ligt voor de hand dat het voorstel dan mede gebaseerd zou moeten worden op artikel 95 van het EG-Verdrag. Deze laatste rechtsgrondslag is gebruikt ten aanzien van een aantal netwerksectoren, zoals gas en elektriciteit, waar de toegang tot de netwerken centraal staat en de milieuaspecten ondergeschikt zijn (zie noot 4).

Ook bij CCS speelt de toegang tot netwerken, in dit geval het netwerk voor transport en opslag, een rol. Er is sprake van een beperkte capaciteit voor transport en opslag, welke in handen is van de exploitanten van die capaciteit. Deze incumbents beschikken over een monopolie ten aanzien van het netwerk, de zogenaamde essential facilities. In dit verband speelt artikel 82 van het EG-Verdrag (verbod misbruik van machtspositie) een belangrijke rol. Artikel 20 haakt hier indirect op in en beoogt de eerlijke toegang tot transport- en opslagcapaciteit te waarborgen.

De problematiek van de toegang tot transport- en opslagcapaciteit is, naar het oordeel van de afdeling, een gevolg van de verschillende milieuregels ten aanzien van CO₂-uitstoot. De regels inzake CO₂-emissiehandel zijn in dezen eveneens van belang. (zie noot 5) Hierdoor zijn kosten verbonden aan het brengen van CO₂ in de atmosfeer. Het opslaan onder de grond door middel van CCS, dat met het richtlijnvoorstel onder geharmoniseerde randvoorwaarden en monitoring mogelijk wordt gemaakt, is een methode om uitstoot van CO₂ te voorkomen en aldus tot kostenvermindering te komen. Daardoor ontstaat vraag naar de toegang tot beschikbare capaciteit, welke in handen is van de exploitanten die hiervoor overeenkomstig het stelsel van de ontwerprichtlijn een vergunning hebben gekregen. Het stellen van regels ten aanzien van de eerlijke toegang tot transport- en opslagcapaciteit is daardoor - tegen de achtergrond van het stelsel van CO₂-emissiehandel - een uitvloeisel van de milieuregels die in het voorstel worden gesteld.

De afdeling concludeert dan ook dat het overwegende doel van de onderhavige richtlijn is de verminderde uitstoot van CO₂ in de atmosfeer teneinde klimaatverandering tegen te gaan, alsmede het stellen van regels uit milieuoogpunt en de bescherming van de gezondheid, zodat artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag de enige geëigende rechtsgrondslag is. De aan het voorstel verbonden interne markt- en mededingingsaspecten zijn, naar het oordeel van de afdeling- gelet op het vorenstaande - van ondergeschikte aard.

De afdeling wijst overigens nog op het verband tussen de onderhavige richtlijn en een tweetal andere richtlijnen die milieubescherming tot doel hebben, namelijk richtlijn 2003/87/EG tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (zie noot 6) (richtlijn handel in emissierechten) en richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid (zie noot 7). Deze richtlijnen zijn, evenals de onderhavige ontwerprichtlijn, gebaseerd op artikel 175, eerste lid, van het EG-Verdrag. Ingevolge de richtlijn handel in emissierechten wordt met een marktgericht mechanisme gepoogd de emissie van broeikasgas in de atmosfeer te verminderen. Ook in deze richtlijn is bescherming van het milieu het overwegende doel, hoewel uit de gekozen methode volgt dat een zekere mate van marktordening onderdeel van de regeling uitmaakt. Vrijwel tegelijk met de indiening van het onderhavige voorstel heeft de Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (COM (2008) 16 def.). In deze ontwerprichtlijn, die eveneens op artikel 175, eerste lid, is gebaseerd,

wordt expliciet rekening gehouden met de ontwerprichtlijn CCS. Er wordt onder meer geregeld dat, hoewel de emissierechten voor afvangen, vervoeren, of opslaan van broeikasgassen niet gratis mogen worden verleend, voor de geologische opslag van emissies geen emissierechten behoeven te worden ingeleverd.

2. Hoe beoordeelt de Raad de verhouding tussen de toepassingsgebieden van de richtlijn met die van het Oskar-verdrag (zie noot 8) (Nederlands grondgebied, continentaal plat en exclusieve economische zone)?

Artikel 2, eerste lid, van de ontwerprichtlijn bepaalt onder andere dat de richtlijn op het grondgebied van de lidstaten, hun exclusieve economische zone en hun continentaal plat van toepassing is.

Artikel 299, eerste lid, van het EG-Verdrag bepaalt dat het EG-Verdrag van toepassing is op de daarin genoemde staten als partij bij het verdrag.

Het Verdrag bindt partijen met betrekking tot het gehele territorium dat onder hun rechtsmacht valt, dus inclusief de territoriale zee, alsmede daarbuiten, op het continentaal plat en in de exclusieve economische zone, voor zover zij daar soevereine rechten uitoefenen. Indien een beleidsterrein ingevolge het EG-Verdrag tot de (gedeelde) bevoegdheid van de Gemeenschap behoort, volgt de territoriale werkingssfeer van Europeesrechtelijke wetgevingshandelingen eveneens de functioneel beperkte jurisdictie van de lidstaten. (zie noot 9)

De afdeling is dan ook van oordeel dat artikel 2, eerste lid, van de ontwerprichtlijn weliswaar de territoriale reikwijdte ervan laat uitstrekken tot het grondgebied, de exclusieve economische zones en het continentaal plat van de lidstaten, maar dat de richtlijn zich in de EEZ en het continentaal plateau niet verder kan uitstrekken dan de soevereine rechten van de lidstaten reiken.

Het Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan (OSPAR) is een verdrag waarbij een aantal West-Europese staten en de Europese Gemeenschap partij zijn en dat de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijke deel van de Atlantische oceaan tot doel heeft. Ingevolge artikel 1 van OSPAR is het verdrag van toepassing op de binnenwateren, de territoriale zee en de zee buiten en grenzend aan de territoriale zee, onder de rechtsmacht van de kuststaat in de door het internationale recht erkende mate (Exclusieve economische zone). Artikel 2, eerste lid, onderdeel a, is de kernbepaling van het verdrag en bepaalt dat de verdragssluitende partijen alle mogelijke maatregelen nemen om het zeegebied te beschermen tegen de nadelige gevolgen van menselijke activiteiten (waaronder een lozingsverbod), teneinde de gezondheid van de mens te beschermen en mariene ecosystemen in stand te houden en, wanneer uitvoerbaar, aangetaste zeegebieden te herstellen. Een en ander is nader geconcretiseerd in de bijlagen II en III behorende bij het verdrag.

De territoriale reikwijdte van OSPAR valt deels samen met de werkingssfeer van de conceptrichtlijn. Dit is echter niet problematisch zolang OSPAR geen bepalingen bevat die strijdig zijn met bepalingen uit de ontwerprichtlijn. Overweging nr. 8 van de considerans van de ontwerprichtlijn stelt vast dat op internationaal niveau de wettelijke belemmeringen voor de opslag van CO₂ in de geologische formaties onder de zeebodem zijn weggewerkt door de vaststelling van relevante kaders voor het risicobeheer, onder meer in het raam van het Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan waarbij zowel de lidstaten als de Europese Gemeenschap partij zijn, dat wil zeggen OSPAR. Overweging 8 houdt vermoedelijk verband met de op 29 juni 2007 door

de OSPAR-Commissie bij Besluit 2007/2 aangenomen wijzigingen van de Bijlagen II en III van OSPAR waarbij opslag van kooldioxide in de ondergrond expliciet wordt uitgezonderd van de verbodsbepalingen in deze bijlagen (Trb. 2008, 60) (zie noot 10). Dit Besluit geeft regels omtrent de inhoud van dergelijke vergunningen. Deze eisen dienen door Nederland samen met de eisen uit de richtlijn te worden toegepast waar de territoriale reikwijdte van de richtlijn en OSPAR samenvallen.

Mede in het licht van het feit dat OSPAR recentelijk is aangepast teneinde CCS in de zeebodem mogelijk te maken en het feit dat de richtlijn expliciet naar OSPAR verwijst, concludeert de afdeling dat de richtlijn en OSPAR geen bepalingen bevatten die met elkander in strijd zouden kunnen komen.

3. Hoe beoordeelt de Raad de tekst van artikel 18 lid 1 van het voorstel in het licht van:

a. de (mogelijke) plicht van Nederland om na sluiting van de CO₂-opslaglocatie de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke milieuaansprakelijkheid over te nemen van de exploitant? Hoe verhoudt de voorgestelde bepaling zich met het communautair acquis, in het bijzonder de Richtlijn milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG)?

b. de (mogelijke) plicht van Nederland om na sluiting van de CO₂-opslaglocatie de exploitant te vrijwaren voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), welke betrekking heeft op de exploitatie van de opslaglocatie vóór de sluiting?

c. de (mogelijke) plicht van Nederland om na sluiting van de CO₂-opslaglocatie de exploitant te vrijwaren voor de (wettelijke) aansprakelijkheid voor milieu- en andere strafrechtelijke delicten, evenals voor niet-afgehandelde privaatrechtelijke verbintenissen (bijvoorbeeld na sluiting van de locatie opkomende crediteuren), die op een of andere wijze te maken hebben met de exploitatie van de opslaglocatie vóór de sluiting? Hoe verhoudt dit zich met artikel 26 van het voorstel?

4. Welke mogelijkheden ziet de Raad voor verhaal van kosten van monitoring, toezicht en mogelijke schade welke zich voordoen na overdracht van de verantwoordelijkheid aan de bevoegde autoriteit?

De artikelen 11, vierde lid, en 18, eerste en zesde lid, van het voorstel hebben betrekking op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de exploitant en de overheid gedurende de periode dat een exploitant de locatie niet of niet langer in stand houdt.

Naar Nederlands recht gaat het bij CCS om een mijnbouwactiviteit. Thans gaat artikel 6:177 BW uit van een risicoaansprakelijkheid voor twee vormen van schade als gevolg van exploitatie van een mijnbouwwerk: uitstroom van delfstoffen en beweging van de bodem. Indien een gebeurtenis waaruit schade ontstaat, plaatsvindt nadat het mijnbouwwerk is verlaten, rust in geval van uitstroom van delfstoffen de aansprakelijkheid op degene die de laatste exploitant van het werk was, tenzij op het tijdstip van die gebeurtenis meer dan vijf jaren zijn verstreken nadat het werk is verlaten met inachtneming van de geldende overheidsvoorschriften. Voor schade door beweging van de bodem en indien de schade bekend wordt na sluiting van het mijnbouwwerk, rust de aansprakelijkheid op degene die de laatste exploitant was. Voor het overige gelden voor schade voortvloeiende uit beëindigde mijnbouwactiviteiten de gewone aansprakelijkheidsregels voor onrechtmatige daad.

Artikel 17.16, eerste lid, van de Wet Milieubeheer (nog niet in werking getreden) bepaalt dat degene die de activiteit verricht waardoor milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan wordt veroorzaakt, de kosten draagt voor getroffen preventieve of herstelmaatregelen; dit behoudens in de onderdelen a en b genoemde gevallen. (zie noot 11) Artikel 17.8 beperkt de temporele werkingsfeer van deze bepaling tot 30 jaar. Milieuschade of een onmiddellijke

dreiging daarvan, veroorzaakt door een emissie of gebeurtenis die meer dan 30 jaar geleden heeft plaatsgevonden, valt niet onder titel 17.2 Wm.

In beginsel berust op grond van de ontwerprichtlijn de verantwoordelijkheid gedurende de exploitatie volledig bij de exploitant. De rol van de autoriteiten van de lidstaten is die van toezichthouder, die met een zekere regelmaat inspecties moet houden.

Artikel 18, eerste lid, van de ontwerprichtlijn bepaalt dat, wanneer een opslaglocatie is afgesloten, de verantwoordelijkheid voor de afgesloten locatie, met inbegrip van de uit de situatie voortvloeiende wettelijke verplichtingen, eveneens wordt overgedragen aan de bevoegde autoriteit. Artikel 18, zesde lid, bepaalt dat na overdracht van de verantwoordelijkheid aan de bevoegde autoriteit geen kosten meer worden verhaald op de voormalige exploitant.

De voorgestelde bepalingen roepen volgens de afdeling een aantal vragen op. Niet duidelijk is wat in dit verband met "verantwoordelijkheid" wordt bedoeld (de considerans spreekt op een aantal plaatsen van "aansprakelijkheid"). Hiermee lijkt in artikel 18 niet alleen de "operationele" verantwoordelijkheid te zijn bedoeld om maatregelen te treffen indien zulks vereist is, maar ook de aansprakelijkheid voor bijvoorbeeld niet-nagekomen overeenkomsten of voor schade uit onrechtmatige daad. In artikel 11 lijkt het uitsluitend om de operationele verantwoordelijkheid te gaan en blijven de kosten en schade berusten bij de (voormalige) exploitant of worden deze op hem verhaald. De afdeling wijst er overigens op dat andere taalversies een vergelijkbare inconsistentie kennen, zodat er geen sprake is van fouten in de vertaling. (zie noot 12)

Ter zake van de overdracht of overgang (zie noot 13) van de verantwoordelijkheid dient volgens de afdeling onderscheid te worden gemaakt tussen operationele verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en kostenverhaal. Voor zover het gaat om aansprakelijkheid, is onvoldoende duidelijk om welke vormen van aansprakelijkheid het gaat: aansprakelijkheid voor verbintenissen die voortvloeien uit overeenkomsten of wegens onrechtmatige daad, en bijzondere vormen daarvan als milieuaansprakelijkheid, dan wel strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de considerans wordt voornamelijk gesproken over risico's in verband met lekkages. Daaruit lijkt een relatief beperkte benadering naar voren te komen. De tekst van het voorstel biedt echter geen aanknopingspunten voor een beperkte benadering.

De overgang van strafrechtelijke aansprakelijkheid is naar de aard der zaak niet mogelijk. Het ligt verder niet voor de hand om aansprakelijkheid over te laten gaan voor verbintenissen die zijn aangegaan of zijn opgekomen voorafgaande aan de overgang van de verantwoordelijkheid. Ook is er geen dringende reden om schade die is veroorzaakt door (onzorgvuldig) handelen of nalaten van de exploitant voor rekening van de overheid te laten komen.

Gelet op het vorenstaande is de afdeling van oordeel dat in de eerste plaats meer duidelijkheid in de tekst van het richtlijnvoorstel vereist is. De thans voorliggende tekst leidt tot rechtsonzekerheid. Verschillende interpretaties zijn mogelijk. Indien artikel 18, eerste lid, van de richtlijn uitsluitend ziet op de overdracht van de operationele verantwoordelijkheid, dient dit uit de tekst van de richtlijn te blijken. Daarvoor pleit dat in dat geval de verhouding duidelijk is tot de richtlijn milieuaansprakelijkheid die de aansprakelijkheid legt bij degene die de betreffende activiteit heeft verricht. Zou artikel 18, eerste lid, ook op de overgang van aansprakelijkheden zien, dan is een inperking van de aansprakelijkheden waarom het gaat, nodig alsook een afstemming met de richtlijn milieuaansprakelijkheid. Nu de techniek van

CCS nog in ontwikkeling is en daarmee nog weinig ervaring is opgedaan, is duidelijkheid vereist aangaande de mate waarin de overheid bereid is in te staan voor mogelijke onvoorziene risico's. In verband daarmee dient nader te worden vastgesteld welke gevallen die overgang van aansprakelijkheid betreffen en dient daarvoor een grondige motivering te worden gegeven. Daarbij verdient de situatie dat de exploitant geen verhaal meer biedt, afzonderlijk aandacht. Voorts overweegt de afdeling dat in de implementatiefase nadrukkelijk aandacht dient te worden geschonken aan de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de overheid. Het nationale stelsel van vergunningverlenende autoriteiten brengt mee dat verschillende overheden bij het toezicht betrokken kunnen zijn. Het is van belang reeds nu aandacht te schenken aan de vraag welke overheid verantwoordelijk en eventueel aansprakelijk is na overdracht van de locatie aan de overheid.

5. Hoe beoordeelt de Raad de tekst van artikel 11 lid 4 (in verbinding met artikel 17 lid 4) van het voorstel in het licht van de onder 3 genoemde onderdelen a tot en met c, waar het gaat om de overname van de verantwoordelijkheid van de opslagplaats, inclusief alle daaruit voortvloeiende wettelijke verplichtingen, nadat een vergunning is ingetrokken en voordat een nieuwe opslagvergunning is verleend?

Artikel 11 van de ontwerprichtlijn heeft betrekking op de wijziging, evaluatie, actualisering en intrekking van opslagvergunningen. Ingevolge het derde lid kan een vergunning worden ingetrokken. Het vierde lid bepaalt dat, indien een vergunning is ingetrokken, de autoriteit de verantwoordelijkheid voor de opslaglocatie overneemt. Voor zover mogelijk recupereert de bevoegde autoriteit alle kosten die de vorige exploitant heeft gemaakt.

De afdeling wordt een oordeel gevraagd over de tekst van artikel 11, vierde lid (in verbinding met artikel 17, vierde lid), in het licht van de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid, waar het gaat om de overname van de verantwoordelijkheid van de opslagplaats, inclusief alle daaruit voortvloeiende wettelijke verplichtingen, nadat een vergunning is ingetrokken en voordat een nieuwe vergunning is verleend.

Artikel 11 van de ontwerprichtlijn ziet zowel op actualisering van vergunningen als op een situatie waarbij ingevolge bepaalde onregelmatigheden de bevoegde instantie zich genoodzaakt ziet de vergunning in te trekken. De afdeling beperkt zich tot de laatste situatie, waarin de bevoegde instantie wordt genoodzaakt de operationele verantwoordelijkheid over de opslaglocatie over te nemen teneinde aan de onregelmatigheid een einde te maken. Het bevoegde gezag behoudt die verantwoordelijkheid tot een situatie is gecreëerd waarbij met een nieuwe vergunning de exploitatie kan worden hervat dan wel de opslaglocatie definitief kan worden gesloten.

Deze situatie onderscheidt zich van de situatie bedoeld in artikel 18, waarbij de opslaglocatie als onderdeel van het reguliere proces definitief wordt gesloten en waarbij de verantwoordelijkheid op het bevoegd gezag overgaat, onverminderd hetgeen onder 3 is opgemerkt. In beginsel berust de verantwoordelijkheid gedurende de exploitatie volledig bij de exploitant. Hieruit volgt dat, indien de exploitant tijdens de exploitatie in gebreke blijft, waardoor de operationele verantwoordelijkheid overgenomen moet worden door het bevoegde gezag, niet alleen de kosten door de voormalige exploitant gedragen moeten worden, maar ook de aansprakelijkheden, op welke grondslag ook, bij die exploitant dienen te blijven rusten. De tekst van artikel 11, vierde lid, brengt dit nog onvoldoende tot uitdrukking.

6. Is naar het oordeel van de Raad de adviesrol van de Europese Commissie bij de vergunningverlening van artikel 8, lid 2 en 3 en bij de overgang van de verantwoordelijkheid in de zin van artikel 11 lid 4 (in verbinding met artikel 17 lid 4) en 18 lid 1 en 2 van het voorstel,

in goede verhouding met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit?

De ontwerprichtlijn voorziet in de artikelen 10 en 18, tweede lid, in toezicht door de Europese Commissie op - kort gezegd - de vergunningverlening voor opslagvergunningen en besluiten ter goedkeuring van de overdracht van verantwoordelijkheid. Dit toezichtstelsel houdt in dat de lidstaat het ontwerpbesluit aan de Commissie toezendt. De Commissie kan binnen zes maanden advies uitbrengen over het ontwerpbesluit. Dit impliceert een stand still periode van maximaal zes maanden voor het nemen van het definitieve besluit. De lidstaat stelt de Commissie vervolgens in kennis van het definitieve besluit, waarbij afwijking van het advies van de Commissie met redenen wordt omkleed.

Het subsidiariteitsbeginsel is vervat in artikel 5, tweede alinea, van het EG-Verdrag: de Gemeenschap treedt op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Het Protocol betreffende de toepassing van het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel, dat is gehecht aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, bepaalt in punt 3 dat het subsidiariteitsbeginsel de bij het Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden zoals uitgelegd door het Hof, onverlet laat. Ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel kan worden opgemerkt dat de middelen waarmee een communautaire bepaling het gestelde doel beoogt te bereiken, passend dienen te zijn en niet verder dienen te gaan dan noodzakelijk is. (zie noot 14) Wat het rechterlijk toezicht op deze condities betreft, is van belang dat de gemeenschapswetgever op een gebied als het thans aan de orde zijnde over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, waarin van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en waarin hij ingewikkelde beoordelingen moet maken. Daarom zal het HvJ EG een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts onrechtmatig oordelen, wanneer de maatregel kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel. (zie noot 15)

Thans gaat het niet om de subsidiariteit en proportionaliteit van het voorgestelde CCS-stelsel zelf. De vraag spitst zich toe op de adviserende rol van de Commissie in het voorstel. Deze vraag dient te worden gezien tegen de achtergrond van de rol die de Commissie meer in het algemeen vervult.

Vooropgesteld dient te worden dat de Europese Commissie ingevolge artikel 211 van het EG-Verdrag onder andere als taak heeft toe te zien op de toepassing zowel van de bepalingen van het EG-Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens het Verdrag vaststellen. Zo nodig kan de Commissie in verband daarmee ingevolge artikel 226 van het EG-Verdrag tegen een lidstaat een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inleiden, indien zij van oordeel is dat die lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen. Toezicht door de Commissie is in beginsel niet beperkt tot repressief toezicht achteraf, maar omdat het initiatief bij de Commissie zelf ligt, is het toezicht in de praktijk hoofdzakelijk repressief van aard.

In een aantal gevallen is in Europese regels voorzien in preventief toezicht met een actieve informatieplicht van de lidstaat (op initiatief van de lidstaat zelf). Gewezen kan onder andere worden op de notificatieplicht ter zake van technische voorschriften (zie noot 16) en op artikel 6, vierde lid, van de Habitatrichtlijn (zie noot 17). Ook het EG-Verdrag zelf voorziet in dergelijke bepalingen, zoals de aanmeldingsverplichting voor voorgenomen steunmaatregelen op grond van artikel 88, derde lid, van het EG-Verdrag. Uit deze voorbeelden blijkt ook dat het daarbij niet alleen kan gaan om voornemens van een lidstaat

met betrekking tot regelgeving, maar ook om besluiten in individuele gevallen. Het thans voorgestelde toezichtmechanisme is in wezen een variant op de bestaande toezichtmechanismen. Enerzijds houdt dit een verzwarende van het generieke - hoofdzakelijk repressieve - toezichtstelsel in, doordat sprake is van een actieve informatieplicht met een stand still periode van zes maanden. Anderzijds is het een relatief lichte variant van de verschillende preventieve toezichtstelsels, omdat er geen sprake is van een goedkeuringsvereiste, maar slechts wordt voorzien in een adviesrol voor de Commissie.

De conclusie kan dus zijn dat specifieke bepalingen inzake preventief toezicht, zoals voorzien in de ontwerprichtlijn, op zichzelf niet ongebruikelijk zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat de introductie ervan in dit geval voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daartoe kan het volgende worden opgemerkt.

Met het opvangen, transporteren en opslaan van CO₂ is vooralsnog zeer weinig ervaring opgedaan. De technieken op deze terreinen zijn nog niet tot ontwikkeling gekomen. De risico's op korte en lange termijn van grootschalige opslag van CO₂ lijken nog niet volledig in beeld te zijn. De markt voor transport en opslag moet nog tot ontwikkeling komen. In dit licht beschouwd is informatieoverdracht naar de Europese Commissie en consultatie onontbeerlijk, ook in het licht van de relatie tot het externe milieu- en handelsbeleid. Mede gelet op de regels inzake de handel in broeikasgasemissierechten kunnen aan de ontwikkeling van de stelsels betreffende transport en opslag bovendien aanzienlijke (interstatelijke) mededingingsrechtelijke aspecten zijn verbonden, welke aspecten bij uitstek tot de bevoegdheid van de Commissie behoren en waar de Commissie over ver gaande bevoegdheden beschikt.

Wat betreft de proportionaliteit kan ten slotte het volgende worden opgemerkt. Het preventieve toezicht is, zoals hiervoor aangegeven, een zachte variant. De stand still periode van maximaal zes maanden zal weliswaar vertraging van het proces van vergunningverlening kunnen meebrengen, maar de aard van de materie brengt mee dat aan vergunningverlening intensief onderzoek vooraf dient te gaan, zodat de extra vertraging die door de stand still periode wordt veroorzaakt, betrekkelijk beperkt zal blijken te zijn. Tegen deze achtergrond is de afdeling van oordeel dat het voorgestelde preventieve toezichtmechanisme voldoet aan eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

De afdeling merkt daarbij overigens wel op dat met betrekking tot artikel 3:18 Awb een voorziening moet worden getroffen. De in dat artikel genoemde termijnen zullen met het volgen van de adviesprocedure bij de Commissie niet kunnen worden gehaald.

7. Welke gevolgen heeft de voorgestelde richtlijn voor de procedures van vergunningverlening (zie noot 18) van de Algemene wet bestuursrecht en de procedures en bevoegdheden in het voorstel voor de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (zie laatstelijk het voorlopig verslag, Kamerstukken I 2007/08, 30 844, C)?

De artikelen 5 tot en met 9 van de ontwerprichtlijn zien op exploratie- en opslagvergunningen. In beginsel zijn in de ontwerprichtlijn geen bepalingen opgenomen die zien op de procedurele aspecten van vergunningverlening. Artikel 5, eerste lid, bepaalt dat exploratie niet plaatsvindt zonder exploratievergunning. Het tweede, derde en vierde lid geven regels over de toegang tot vergunningen, de looptijd van een vergunning en de gunning van een exclusief recht bij individuele locaties. Artikel 6 bepaalt dat opslaglocaties niet worden geëxploiteerd zonder opslagvergunning. De artikelen 7 tot en met 9 geven regels over de vergunningaanvraag, voorwaarden en inhoud van een opslagvergunning. De bepalingen in de ontwerprichtlijn wijken naar het oordeel van de afdeling niet af van hetgeen

reeds in andere Europese richtlijnen is opgenomen. De afdeling wijst onder meer op de artikelen 7, 8 en 9 van richtlijn 1999/31/EG (zie noot 19) en artikel 7 van richtlijn 2006/21/EG (zie noot 20).

De afdeling begrijpt de vraag aldus, dat de verschillen in systematiek tussen de ontwerp-richtlijn en de Nederlandse systematiek van vergunningverlening aan de orde wordt gesteld. De ontwerp-richtlijn kent een systematiek die bij zeer vele richtlijnen op milieuterrein, maar ook daarbuiten, voorkomt. Aangeknoopt wordt bij een bepaalde activiteit, in het onderhavige geval exploratie dan wel opslag van CO₂, waaraan vervolgens een vergunningvereiste wordt gekoppeld. De Nederlandse systematiek van vergunningverlening op het terrein van milieu en ruimtelijk ordening kent een meer gelaagde structuur, waarbij de afzonderlijke besluitvormingstrajecten, die telkens op een ander aspect (ruimtelijke aspecten, milieuaspecten e.d.) betrekking hebben, op zichzelf niet beslissend zijn voor het uitoefenen van de beoogde activiteit en er bovendien in slechts beperkte mate sprake is van coördinatie tussen deze besluitvormingstrajecten. Dit roept een aantal praktische vragen op in relatie tot het stelsel van de (ontwerp)richtlijn. Zo is het de vraag bij welke Nederlandse vergunningsprocedure de kennisgevingsprocedure aan de Commissie, waarin de richtlijn voorziet, moet worden gevolgd.

Voor deze Nederlandse gelaagde vergunningsprocedure is een oplossing gezocht in twee wetsvoorstellen die coördinatieregels geven, het bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal aanhangige voorstel voor de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (zie noot 21) en de inmiddels aangenomen Wet samenhangende besluiten (zie noot 22). Om de coördinatie voor de vergunningverlening voor exploratie dan wel opslag met betrekking tot verschillende andere aspecten te regelen, kan de Wet samenhangende besluiten Awb uitkomst bieden. Het ligt dan voor de hand gebruik te maken van de mogelijkheid voorzien in artikel 3:21, eerste lid, onder a, Awb om te bepalen dat verplicht van de procedure voor samenhangende besluiten gebruik moet worden gemaakt. De wettelijke bepalingen van de Wet samenhangende besluiten Awb en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht geven daarbij ook de mogelijkheid om het aanspreekpunt voor de belanghebbende (het coördinerende bestuursorgaan, resp. het bevoegde gezag) op elkaar af te stemmen. Aldus kunnen voor de vergunningverlening voor exploratie en opslag van CO₂ de nationaalrechtelijke vergunningverlenende procedures op elkaar worden afgestemd.

8. Ziet de Raad alternatieven voor de opname van een stelsel van verplichte toegang van derden (Third Party Access), zoals voorgesteld in artikel 20 van het voorstel teneinde de toegang tot het CO₂-transportnetwerk en opslaglocaties te bevorderen? Te denken valt bijvoorbeeld aan een regeling van selectie uit gegadigden, zoals geregeld in artikel 12 van de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG). Indien het voorgestelde TPA-regime wordt gehandhaafd, welke mogelijkheden ziet de Raad dan om de CO₂-stromen nader te reguleren, bijvoorbeeld om geleidelijke opvulling van de opslagcapaciteit te bevorderen?

De afdeling begrijpt de vraag aldus dat de minister niet vraagt naar de mogelijke toepassing van artikel 12 van de dienstenrichtlijn maar aan de afdeling een oordeel vraagt omtrent het in artikel 20 neergelegde stelsel en alternatieven daarvoor. Uit de vraagstelling maakt de afdeling op dat de minister deze bepaling leest als een stelsel van verplichte toegang voor derden.

Zoals de afdeling onder 1. reeds heeft opgemerkt, is de toegang van potentiële gebruikers tot transport- en opslagcapaciteit in de opzet van deze bepalingen een aangelegenheid van de marktpartijen: de potentiële gebruikers en de exploitanten van transport- en opslagcapaciteit. Er is sprake van een markt waarbij behoefte aan het gebruik van transport- en

opslagcapaciteit bestaat bij potentiële gebruikers door milieueisen, in het bijzonder de regels inzake de handel in broeikasgassenemissierechten. Op het handelen van marktpartijen zijn onder andere de mededingingsregels van toepassing.

Tegen deze achtergrond kan artikel 20 worden gezien als een bepaling tot het treffen van preventieve maatregelen om de (non-discriminatoire) toegang tot transport- en opslagcapaciteit te waarborgen, zoals dat ook is gebeurd in Europese regels in andere netwerksectoren. Het is aan de lidstaten om een en ander uit te werken en aldus toe te snijden op hun specifieke situatie. De afdeling leidt uit de opzet van artikel 20 af dat de toegang voor derden niet ongeclausuleerd is. Het is ingevolge het tweede lid aan de lidstaten om hiervoor de voorwaarden te stellen met het oog op eerlijke en open toegang. Afhankelijk van die situatie kan een stelsel van selectie van gegadigden dienstbaar zijn aan de doelstelling van het bewerkstelligen van eerlijke en open toegang tot transport- en opslagcapaciteit voor (potentiële) gebruikers. Ook zouden de keuzemogelijkheden voor een systeem van onderhandelingen of een systeem van gereguleerde toegang in de artikelen 17 en 18 van richtlijn 96/92/EG betreffende de interne markt voor elektriciteit (zie noot 23) en de artikelen 15 en 16 van richtlijn 98/30/EG betreffende de interne markt voor aardgas (zie noot 24) in beeld komen. Een en ander is afhankelijk van de ontwikkeling van de markt ter zake. Ook is van belang dat (nog) geen sprake is van de ontwikkeling van een alomvattend netwerk met grote hoeveelheden gebruikers en dat aanzienlijke investeringen zullen moeten worden gedaan om tot afvang, transport en opslag van CO₂ te komen. De uiteindelijke regels die de eerlijke/billijke en open toegang tot capaciteit moeten waarborgen, dienen op deze feitelijke ontwikkelingen te zijn afgestemd, waarbij objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria dienen te worden gehanteerd. Het voorgestelde artikel 20 staat volgens de afdeling niet in de weg aan de introductie van verschillende varianten.

Voetnoten

(1) In dit verband zijn overweging 29 en de artikelen 20 en 21, alsmede Bijlage I van het voorstel relevant.

(2) Arresten van het Hof C-300/89 'Titaandioxide', jurispr. 1991, bladzijde I-2867 en C-176/03 Commissie - Raad jurispr. 2005, bladzijde I-7879.

(3) Arrest van het Hof C-178/03 Commissie - Europees Parlement / Raad, jurispr. 2006, bladzijde I-107, r.o. 41-43:

- 41 Volgens vaste rechtspraak moet de keuze van de rechtsgrondslag voor een gemeenschapshandeling berusten op objectieve gegevens, die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn. Tot die gegevens behoren met name het doel en de inhoud van de handeling (zie arresten van 26 maart 1987, Commissie/Raad, 45/86, Jurispr. blz. 1493, punt 11; 11 juni 1991, Commissie/Raad, „Titaandioxide-arrest", C-300/89, Jurispr. blz. I-2867, punt 10; 3 december 1996, Portugal/Raad, C-268/94, Jurispr. blz. I-6177, punt 22, en 13 september 2005, Commissie/Raad, C-176/03, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 45).

- 42 Indien na onderzoek van een gemeenschapshandeling blijkt, dat zij een tweeledig doel heeft of dat er sprake is van twee componenten, waarvan er een kan worden gezien als hoofddoel of overwegende component, terwijl het andere doel of de andere component slechts ondergeschikt is, moet de handeling op één rechtsgrondslag worden gebaseerd, namelijk die welke vereist is gelet op het hoofddoel of de overwegende component (zie arresten van 30 januari 2001, Spanje/Raad, C-36/98, Jurispr. blz. I-779, punt 59; 11 september 2003, Commissie/Raad, C-211/01, Jurispr. blz. I-8913, punt 39, en 29 april 2004, Commissie/Raad, C-338/01, Jurispr. blz. I-4829, punt 55).

- 43 Indien echter wordt aangetoond dat een handeling tegelijkertijd meerdere doelstellingen

of componenten heeft die onverbrekkelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, zal die handeling bij wijze van uitzondering op de verschillende desbetreffende rechtsgrondslagen moeten worden gebaseerd (zie in die zin met name arresten van 19 september 2002, Huber, C-336/00, Jurispr. blz. I-7699, punt 31; 12 december 2002, Commissie/Raad, C-281/01, Jurispr. blz. I-12049, punt 35, en 11 september 2003, Commissie/Raad, reeds aangehaald, punt 40).

(4) Zie bijvoorbeeld overweging nr. 4 van de considerans van richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. (PbEG 1996 L027).

(5) Zie onder meer Richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad. (PbEG 2003 L 275).

(6) Richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad. (PbEG 2003 L 275).

(7) Richtlijn nr. 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade. (PbEG 2004, L 143).

(8) Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan. In dit verband is mede het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (UNCLOS) relevant.

(9) Zie Timmermans in Kapteyn/ VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, 2003, blz. 67.

(10) Opgemerkt zij dat het wel van belang is dat zowel de lidstaten als de EU de wijziging van de bijlagen tijdig ratificeren.

(11) Artikel 17.16 is onderdeel van titel 17.2 Wm die strekt ter implementatie van richtlijn nr. 2004/35/EG inzake milieuaansprakelijkheid.

(12) In de Engelse taalversie wordt gesproken van 'liability' en 'responsibility'.

(13) Het richtlijnvoorstel spreekt van "overdracht", hetgeen duidt op een handeling, terwijl het in gevallen van aansprakelijkheid veeleer om overgang zou gaan.

(14) Zie onder meer de arresten in de zaken 137/85, Maïzena, Jurispr. 1987, bladzijde 4587; C-339/92, ADM Ölmühlen, Jurispr. 1993, bladzijde I-6473; C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Jurispr. 2002, bladzijde I-6453; C-491/01, British American Tobacco (Tabaksreclamerichtlijn II), Jurispr. 2002, bladzijde I-11453.

(15) Zaken C-84/94, Verenigd Koninkrijk/Raad, Jurispr. 1996, bladzijde I-5755; C-233/94, Duitsland/Europees Parlement en Raad, Jurispr. 1997, bladzijde I-2405; C-157/96, National Farmers' Union e.a., Jurispr. 1998, bladzijde I-2211.

(16) Richtlijn nr. 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PbEG 1998 L 204).

(17) Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PbEG 1992 L 206).

(18) Hierop is thans de Rijkscoördinatieregeling van toepassing.

(19) Richtlijn 1999/31/EG van de Raad van 26 april 1999 betreffende het storten van afvalstoffen (PbEG 1999 L182).

(20) Richtlijn 2006/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende het beheer van afval van winningindustrieën en houdende wijziging van richtlijn

2004/35/EG (PbEG 2006 L102).

(21) Kamerstukken I 2007/08, 30 844, A.

(22) Stb. 2008, 200.

(23) Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. (PbEG 1996 L027).

(24) Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PbEG 1998 L204).