

ECLI

ECLI:NL:RVS:2005:AU2614

Datum uitspraak

9 september 2005

Inhoudsindicatie

Bij besluit van 21 oktober 2004, kenmerk KVI/2004101123, hebben verweerders broeikasgasemissierechten voor de planperiode 2005 tot en met 2007 toegewezen aan inrichtingen die vallen onder het systeem van de handel in broeikasgasemissierechten. Dit nationale toewijzingsbesluit (hierna: toewijzingsbesluit) is op 22 en 25 oktober 2004 aan belanghebbenden toegezonden; de kennisgeving is op 25 oktober 2004 gepubliceerd (Stcrt. 2004, nr. 205).

Volledige tekst

Datum uitspraak: 9 september 2005

200409630/2 200409732/2 200409740/2 200409807/2 200409811/2 200409816/2
200409819/2 200409839/2 200409840/2 200409841/2 200409842/2 200409844/2
200409845/2 200409846/2 200409847/2 200409848/2 200409849/2 200409851/2
200409852/2 200409853/2 200409855/2 200409864/2 200409868/2 200409872/2
200409883/2 200409885/2 200409889/2 200409891/2 200409897/2 200409909/2
200409914/2 200505987/2

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Einduitspraak in het geding tussen:

1. Sappi Nijmegen B.V., gevestigd te Nijmegen,
2. B.V. Oldambt, gevestigd te Oostwold (gemeente Scheemda),
3. de vereniging "EnergieNed, Federatie van Energiebedrijven in Nederland" (hierna: EnergieNed), gevestigd te Arnhem, en E.ON Benelux Generation N.V., gevestigd te Rotterdam,
4. Yara Sluiskil B.V., gevestigd te Sluiskil,
5. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en N.V. Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ, gevestigd te Borssele,
6. Gebr. W. en J. Gresnigt B.V., gevestigd te Kapelle,
7. Glaverbel Nederland B.V., gevestigd te Tiel,
8. Chemelot B.V., gevestigd te Sittard-Geleen,
9. Corus Staal B.V., gevestigd te Velsen-Noord,
10. DSM Anti-Infectives B.V., gevestigd te Delft,

11. DSM Special Products B.V., gevestigd te Rotterdam-Botlek,
 12. Air Liquide Industrie B.V., gevestigd te Rotterdam (vestiging Rozenburg),
 13. Air Liquide Industrie B.V., gevestigd te Rotterdam (vestiging Bergen op Zoom),
 14. Elsta B.V. & Co, C.V., gevestigd te Middelburg,
 15. Enecal Energy V.O.F., gevestigd te Rotterdam,
 16. Eurogen C.V. en Steamelec B.V., beide gevestigd te Rotterdam-Botlek,
 17. Pergen V.O.F., gevestigd te Rotterdam,
 18. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Nuon Power Buggenum B.V., gevestigd te Amsterdam,
 19. N.V. Nuon Energy Sourcing, gevestigd te Amsterdam,
 20. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Nuon Power Generation B.V., gevestigd te Utrecht,
 21. J.G. Timmerman Groenvoederdrogerij B.V., gevestigd te Kortgene,
 22. Academisch Ziekenhuis bij de Openbare Universiteit te Groningen,
 23. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Electrabel Nederland N.V., gevestigd te Zwolle,
 24. Aviko B.V., gevestigd te Steenderen,
 25. Lyondell Chemie Nederland B.V., gevestigd te Rotterdam-Botlek,
 26. EnergieNed en De Kleef B.V., beide gevestigd te Arnhem,
 27. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Emmtec Services B.V., gevestigd te Emmen,
 28. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Nuon Power Borculo B.V., gevestigd te Amsterdam,
 29. EnergieNed, gevestigd te Arnhem, en Nuon Power Ede B.V., gevestigd te Amsterdam,
 30. CH4 Nederland B.V., gevestigd te Hoofddorp,
 31. Seasun Epsilon B.V., gevestigd te Kapelle,
 32. Nuon Power Generation B.V., gevestigd te Utrecht,
- en

de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de Minister van Economische Zaken,
verweerders.

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 oktober 2004, kenmerk KVI/2004101123, hebben verweerders broeikasgasemissierechten voor de planperiode 2005 tot en met 2007 toegewezen aan inrichtingen die vallen onder het systeem van de handel in broeikasgasemissierechten. Dit nationale toewijzingsbesluit (hierna: toewijzingsbesluit) is op 22 en 25 oktober 2004 aan belanghebbenden toegezonden; de kennisgeving is op 25 oktober 2004 gepubliceerd (Stcrt. 2004, nr. 205).

Tegen het toewijzingsbesluit hebben appellanten sub 1 tot en met 31 beroep ingesteld.

Bij brief van 27 januari 2005 hebben verweerders een verweerschrift ingediend. Verweerders hebben op 10 februari 2005 een nader verweerschrift ingediend.

De Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening heeft een deskundigenbericht uitgebracht, gedateerd 25 januari 2005. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld daarop te reageren.

Na afloop van het vooronderzoek zijn nadere stukken ontvangen. Deze zijn aan de andere partijen toegezonden.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 21, 22, 24 en 25 februari 2005 en op 1

maart 2005, waar appellanten sub 1 tot en met 31 zich hebben doen vertegenwoordigen. Ook verweerders hebben zich doen vertegenwoordigen.

Bij tussenuitspraak van 8 april 2005 onder nummer 200409626/1 (AB 2005/161; hierna: tussenuitspraak) heeft de Afdeling een aantal beroepen gegrond verklaard en bepaald dat het onderzoek wordt geschorst en ter voorbereiding van de einduitspraak wordt heropend nadat van het gewijzigd toewijzingsbesluit aan haar mededeling is gedaan.

Bij besluit van 15 juni 2005, kenmerk KVI/2005060131, hebben verweerders het besluit van 21 oktober 2004 gewijzigd. Dit gewijzigd nationale toewijzingsbesluit (hierna: gewijzigd toewijzingsbesluit) is op 16 juni 2005 aan belanghebbenden toegezonden; de kennisgeving is op 1 juli 2005 gepubliceerd (Stcrt. 2005, nr. 125).

Tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit heeft appellante sub 32 beroep ingesteld. Appellanten sub 1 tot en met 31 zijn in de gelegenheid gesteld op het gewijzigd toewijzingsbesluit te reageren.

Bij brief van 25 juli 2005 hebben verweerders een verweerschrift ingediend naar aanleiding van het beroep van appellante sub 32. Verweerders hebben op 29 juli 2005 een verweerschrift ingediend naar aanleiding van de reacties van appellanten sub 1 tot en met 31.

De Afdeling heeft de zaak verder behandeld ter zitting op 11 en 12 augustus 2005, waar appellanten zich hebben doen vertegenwoordigen dan wel met bericht niet zijn verschenen. Ook verweerders hebben zich doen vertegenwoordigen.

2. Overwegingen

2.1. Air Liquide Industrie B.V. (hierna: Air Liquide) heeft de beroepsgrond dat ten onrechte geen broeikasgasemissierechten zijn toegewezen voor CO₂-emissies afkomstig van discontinu affakkelen, ingetrokken.

Elsta B.V. en Co, C.V. (hierna: Elsta) heeft de beroepsgrond dat in het nationale toewijzingsplan (hierna: toewijzingsplan) ten onrechte geen voorziening is opgenomen om de niet aan nieuwkomers verdeelde broeikasgasemissierechten achteraf te verdelen over de sectoren, ingetrokken.

Yara Sluiskil B.V. (hierna: Yara) heeft de beroepsgronden dat in het toewijzingsplan ten onrechte geen voorziening is opgenomen om de niet aan nieuwkomers verdeelde broeikasgasemissierechten achteraf te verdelen over de sectoren en dat in het toewijzingsplan een standaard omrekenfactor tussen energieverbruik en CO₂-emissies ontbreekt, ingetrokken.

N.V. Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (hierna: EPZ) heeft de beroepsgrond dat ten onrechte geen rekening is gehouden met broei- en stuifverliezen, ingetrokken.

Gebr. W. en J. Gresnigt B.V. (hierna: Gresnigt) en Seasun Epsilon B.V. (hierna: Seasun) hebben de beroepsgrond die betrekking heeft op de normen uit het Besluit glastuinbouw, ingetrokken.

Corus Staal B.V. (hierna: Corus) heeft de beroepsgrond die ziet op de rapportageverplichting, ingetrokken.

Electrabel Nederland N.V. (hierna: Electrabel) heeft de beroepsgronden gericht tegen de beoordeling van historische emissies van de centrale Harculo en tegen de beoordeling van de

Flevocentrale als nieuwkomer, ingetrokken.

2.2. Schets van het juridisch kader

2.2.1. Op 1 juli 2005 zijn de Wet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb en de Aanpassingswet uniforme openbare voorbereidingsprocedure Awb in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van deze wetten op dit geding van toepassing blijft.

2.2.2. Met de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten (hierna: Implementatiewet) is de Wet milieubeheer gewijzigd ten behoeve van de implementatie van Richtlijn 2003/87/EG van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (Pb L275/32, 25 oktober 2003; hierna: Richtlijn 2003/87/EG).

Ingevolge artikel 16.23, eerste lid, van de Wet milieubeheer stellen onze Ministers voor emissies van broeikasgassen die een gevolg zijn van activiteiten die zijn genoemd in bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG, gezamenlijk een plan vast waarin voornemens zijn opgenomen met betrekking tot de toewijzing van broeikasgasemissierechten.

Ingevolge artikel 16.25, eerste lid, van de Wet milieubeheer bevat het toewijzingsplan - samengevat - tenminste een aanduiding van het totale aantal toe te wijzen broeikasgasemissierechten voor de planperiode, een beschrijving van de voorgenomen manier van toewijzing, een lijst van alle inrichtingen met vermelding van de toewijzing voor elke afzonderlijke inrichting en een aanduiding van het gedeelte van het totale aantal per kalenderjaar te verlenen broeikasgasemissierechten. Het tweede lid voorziet in de mogelijkheid rekening te houden met zogeheten nieuwkomers en met een reservering voor de beroepsprocedure.

2.2.3. Het concept van het toewijzingsplan, gedateerd op 16 april 2004, is ingevolge artikel 9, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG voorgelegd aan de Europese Commissie (hierna: Commissie). Bij beschikking van 7 juli 2004, kenmerk C(2004) 2515/1, heeft de Commissie geen bezwaar gemaakt tegen het toewijzingsplan van Nederland in het licht van de criteria van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG en artikel 10 van die richtlijn.

2.2.4. Ingevolge artikel 16.29, eerste lid, van de Wet milieubeheer bevat het toewijzingsbesluit het totale aantal broeikasgasemissierechten dat voor de planperiode wordt toegewezen, de toewijzing van die rechten voor afzonderlijke inrichtingen, het per kalenderjaar te verlenen aantal broeikasgasemissierechten en - indien het toewijzingsplan hierin voorziet - het gedeelte van het totale aantal broeikasgasemissierechten dat beschikbaar wordt gehouden om toe te wijzen aan inrichtingen als bedoeld in artikel 16.25, tweede lid, onder a of b, van de Wet milieubeheer.

Ingevolge artikel 20.2, eerste lid, aanhef en onder c en d, van de Wet milieubeheer kan geen beroep worden ingesteld tegen een toewijzingsplan, genomen krachtens artikel 16.23, eerste lid, en tegen de toewijzing van broeikasgasemissierechten krachtens artikel 16.29, eerste lid, van de Wet milieubeheer met uitzondering van een besluit houdende toewijzing van broeikasgasemissierechten voor een afzonderlijke inrichting.

Ingevolge artikel 8:5, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht in samenhang met de bijlage bij deze wet, onderdeel C, onder 3, bij deze wet kan geen beroep worden ingesteld tegen een toewijzingsplan en tegen het toewijzingsbesluit, met uitzondering van een besluit houdende toewijzing van broeikasgasemissierechten voor een afzonderlijke inrichting.

Ingevolge artikel 20.5a, eerste lid, van de Wet milieubeheer worden de bij de Afdeling

aanhangige zaken over een toewijzingsbesluit ter behandeling gevoegd.

2.2.5. Ingevolge artikel 16.31, eerste lid, van de Wet milieubeheer, voorzover thans van belang, wijzigen Onze Ministers het toewijzingsbesluit met inachtneming van de tussenuitspraak.

Ingevolge het derde lid vervangt voor de toepassing van hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer het gewijzigd toewijzingsbesluit het oorspronkelijke toewijzingsbesluit.

Ingevolge artikel 20.1, vierde lid, eerste volzin van de Wet milieubeheer kan het beroep tegen een gewijzigd toewijzingsbesluit, als bedoeld in artikel 16.31, eerste lid, van de Wet milieubeheer, uitsluitend worden ingesteld door een belanghebbende die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door de wijzigingen die ten opzichte van het oorspronkelijke toewijzingsbesluit zijn aangebracht.

Ingevolge 20.1, zesde lid, van de Wet milieubeheer, voorzover thans van belang, wordt het beroep tegen het toewijzingsbesluit geacht mede te zijn gericht tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit.

Ingevolge artikel 20.5a, vierde lid, van de Wet milieubeheer worden de bij de Afdeling aanhangig gemaakte zaken met betrekking tot een naar aanleiding van de tussenuitspraak gewijzigd toewijzingsbesluit gevoegd behandeld met zaken over het toewijzingsbesluit die reeds bij de Afdeling aanhangig zijn.

Ingevolge het vijfde lid wordt voor de toepassing van titel II, paragraaf 1, van de Wet op de Raad van State de tussenuitspraak geacht deel uit te maken van de einduitspraak.

2.2.6. Uit artikel XI, eerste lid, aanhef en onder b, van de Implementatiewet volgt dat een belanghebbende beroep kan instellen tegen een besluit houdende toewijzing van broeikasgasemissierechten voor een afzonderlijke inrichting.

Onder belanghebbende wordt, blijkens artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Het derde lid van dit artikel bepaalt dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

2.3. Bevoegdheid van de Afdeling

2.3.1. Pergen V.O.F. (hierna: Pergen) voert aan dat in het toewijzingsplan ten onrechte een raming ontbreekt van het aantal te verwachten onbekende nieuwkomers voor het bepalen van de hoogte van de reserve voor onbekende nieuwkomers.

Yara voert aan dat de in het toewijzingsplan - ter vaststelling van het totale aantal toe te wijzen broeikasgasemissierechten - gebruikte correctie van 3,7 Mton voor indirecte CO₂-emissies vanwege onder meer het gebruik van kunstmest niet transparant en objectief is, aangezien het aantal van 3,7 Mton niet is onderzocht en indirecte CO₂-emissies in andere sectoren niet worden toegerekend aan een bepaalde sector.

2.3.2. De Afdeling overweegt dat deze beroepsgronden zich niet richten tegen de toewijzing van broeikasgasemissierechten voor afzonderlijke inrichtingen als bedoeld in artikel 16.29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet milieubeheer, maar tegen het bepaalde onder d respectievelijk a van dit artikellid. Gelet op het bepaalde in artikel 20.2, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet milieubeheer is de Afdeling in zoverre niet bevoegd kennis te nemen van de beroepen van Pergen en van Yara.

2.4. Ontvankelijkheid

2.4.1. In hun (nader) verweerschrift, als toegelicht ter zitting, hebben verweerders betoogd dat een aantal beroepen niet-ontvankelijk is omdat de desbetreffende appellanten geen zienswijzen hebben ingebracht dan wel dat bepaalde beroepsgronden niet-ontvankelijk zijn, omdat deze beroepsgronden geen grondslag vinden in de zienswijzen.

Zoals de Afdeling in de tussenuitspraak heeft overwogen konden appellanten ten tijde van het vaststellen van het ontwerp van het toewijzingsbesluit en gedurende de periode waarin zienswijzen konden worden ingebracht rekening houden met de mogelijkheid dat tegen het toewijzingsbesluit een bezwaarschrift kon worden ingediend. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het niet indienen van zienswijzen geen belemmering vormt voor de ontvankelijkheid in beroep.

2.4.2. In hun verweerschrift op het gewijzigd toewijzingsbesluit, als toegelicht ter zitting, hebben verweerders betoogd dat een aantal van de door appellanten ingebrachte aanvullingen niet-ontvankelijk is, omdat dit delen van het oorspronkelijke toewijzingsbesluit betreft die in het gewijzigd toewijzingsbesluit ongewijzigd zijn gebleven.

De Afdeling is evenwel van oordeel dat het indienen van nieuwe argumenten binnen de bestaande beroepsgronden in reactie op het gewijzigde toewijzingsbesluit mogelijk is, aangezien bij de tussenuitspraak het onderzoek is geschorst en verweerders in de gelegenheid zijn geweest gebreken in het oorspronkelijke toewijzingsbesluit te herstellen.

2.4.3. In de tussenuitspraak heeft de Afdeling vastgesteld dat Steamelec B.V. - die samen met Eurogen C.V. (hierna: Eurogen) beroep heeft ingesteld - geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Het beroep, voorzover ingediend door Steamelec B.V., is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.4. In de tussenuitspraak heeft de Afdeling eveneens vastgesteld dat EnergieNed - die samen met Electrabel, E.ON Benelux Generation N.V. (hierna: E.ON), EPZ, Nuon Power Buggenum B.V. (hierna: Power Buggenum), Nuon Power Generation B.V. (hierna: Power Generation), De Kleef B.V., Emmtec Services B.V., Nuon Power Borculo B.V. (hierna: Power Borculo) en Nuon Power Ede B.V. (hierna: Power Ede) beroep heeft ingesteld - geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Het beroep, voorzover ingediend door EnergieNed, is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.5. N.V. Nuon Energy Sourcing (hierna: Energy Sourcing) heeft samen met Power Buggenum en Power Generation beroep ingesteld tegen het (gewijzigd) toewijzingsbesluit.

Anders dan Power Buggenum en Power Generation drijft Energy Sourcing, naar ter zitting is gebleken, geen inrichting waarin zich één of meer broeikasgasinstallaties bevinden, in de zin van titel 16.2 van de Wet milieubeheer.

Niet is gebleken dat Energy Sourcing anderszins een rechtstreeks bij het (gewijzigd) toewijzingsbesluit betrokken belang heeft.

Gelet hierop, is de Afdeling van oordeel dat Energy Sourcing geen belanghebbende is als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Het beroep, voorzover ingediend door Energy Sourcing, is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.6. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van het Academische Ziekenhuis bij de Openbare Universiteit te Groningen (hierna: AZG) gegrond verklaard. AZG heeft geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat AZG nog

belang heeft bij de beoordeling van het beroep, bestaat geen aanleiding. Het beroep van AZG is niet-ontvankelijk.

2.4.7. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van Yara voorzover het betreft de beroepsgronden gericht tegen de beoordeling van de historische emissies en tegen de beoordeling van de uitbreiding van de elektriciteitscentrale Zepower gegrond verklaard. Wat betreft deze aspecten heeft Yara geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Yara nog belang heeft bij de beoordeling van deze beroepsgronden, bestaat geen aanleiding. Het beroep van Yara is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.8. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van Air Liquide voorzover het betreft de beroepsgronden gericht tegen de toepassing van de bèta-factor ten aanzien van de installaties in Rozenburg en tegen de beoordeling van de installatie HYCO 3 in Bergen op Zoom gegrond verklaard. Wat betreft deze aspecten heeft Air Liquide geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Air Liquide nog belang heeft bij de beoordeling van deze beroepsgronden, bestaat geen aanleiding. Het beroep van Air Liquide is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.9. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van Enecal Energy V.O.F. (hierna: Enecal) en van Eurogen voorzover het betreft de beroepsgrond omtrent het 'higher heating value' en het 'lower heating value' van aardgas bij het omzetten naar Groninger aardgas equivalenten gegrond verklaard. Wat betreft dit aspect hebben Enecal en Eurogen geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Enecal en Eurogen nog belang hebben bij de beoordeling van deze beroepsgrond, bestaat geen aanleiding. De beroepen van Enecal en van Eurogen zijn in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.10. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van Elsta voorzover het betreft de beroepsgrond gericht tegen de beoordeling van de opgave van de elektriciteitsproductie van het jaar 2001 gegrond verklaard. Wat betreft dit aspect heeft Elsta geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Elsta nog belang heeft bij de beoordeling van deze beroepsgrond, bestaat geen aanleiding. Het beroep van Elsta is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.11. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van onder meer Power Generation voorzover het betreft de beroepsgrond gericht tegen de beoordeling van de historische emissies van de centrale IJmond gegrond verklaard. Wat betreft dit aspect heeft Power Generation geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Power Generation nog belang heeft bij de beoordeling van deze beroepsgrond, bestaat geen aanleiding. Het beroep van Power Generation is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.12. Bij de tussenuitspraak heeft de Afdeling het beroep van Lyondell Chemie Nederland B.V. (hierna: Lyondell) voorzover het betreft de beroepsgrond inzake de beoordeling (gedeeltelijke opstart in referentiejaar) van de BDO-fabriek gegrond verklaard. Wat betreft dit aspect heeft Lyondell geen gronden tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit aangevoerd. Voor het oordeel dat Lyondell nog belang heeft bij de beoordeling van deze beroepsgrond, bestaat geen aanleiding. Het beroep van Lyondell is in zoverre niet-ontvankelijk.

2.4.13. Power Generation heeft eveneens separaat beroep ingesteld tegen het gewijzigd toewijzingsbesluit, wat betreft haar centrale Hemweg.

De Afdeling stelt vast dat Power Generation naar aanleiding van de toewijzing van broeikasgasemissierechten aan deze inrichting bij het oorspronkelijke toewijzingsbesluit geen beroep tegen dat besluit heeft ingesteld en dat ten aanzien van deze inrichting in het

gewijzigd toewijzingsbesluit geen wijzigingen zijn aangebracht.

Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat Power Generation aan het bepaalde in artikel 20.1, vierde lid, van de Wet milieubeheer geen beroepsrecht kan ontleen. Het separate beroep van Power Generation is niet-ontvankelijk.

2.5. Sectorindeling

2.5.1. Electrabel, E.ON, EPZ, Power Buggenum, Power Generation, De Kleef B.V., Emmtec Services B.V., Power Borculo en Power Ede voeren aan dat de sectorindeling van het toewijzingsplan niet overeenstemt met de categorieën van activiteiten in Richtlijn 2003/87/EG. Zij hebben erop gewezen dat deze richtlijn het onderscheid tussen de sectoren elektriciteitsproductie en joint ventures niet kent, terwijl bovendien in de sectoren papier en karton en chemie en rubber/kunststof ook energieactiviteiten in de zin van bijlage I bij die richtlijn plaatsvinden. Zij stellen dat zij door deze afwijking van de richtlijn bij het (gewijzigd) toewijzingsbesluit minder broeikasgasemissierechten hebben toegewezen gekregen en dat de in het toewijzingsplan gehanteerde sectorindeling in strijd is met het vereiste van objectiviteit en transparantie.

Verder betogen zij dat, voorzover Richtlijn 2003/87/EG zich niet tegen andere categorieën van activiteiten verzet, het toewijzingsplan geen deugdelijke motivering bevat voor het onderscheid tussen de sectoren elektriciteitsproductie en joint ventures. Zij achten dit in strijd met de bij de mededeling van de Commissie van 7 januari 2004 (COM (2003) 830 definitief (hierna: richtsnoeren)) behorende bijlage "Gemeenschappelijk formaat voor het nationale toewijzingsplan 2005-2007", eerste alinea van de paragraaf "Bepaling van de hoeveelheid rechten op activiteitsniveau (wanneer van toepassing)", mede omdat volgens hen beide sectoren gebruik maken van dezelfde soort installaties en een verschil in privaatrechtelijke zin niet relevant is voor de uitvoering van de richtlijn.

2.5.2. Verweerders stellen zich op het standpunt dat het toewijzingsplan de criteria vermeldt die gelden bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten en dat bij de bepaling van die criteria is uitgegaan van het bestaande beleid. Omdat een nauw verband bestaat tussen de verbetering van de energie-efficiency en de reductie van de CO₂-emissies, is voor de toewijzing aangesloten bij de bestaande afspraken met bedrijven en is een indeling in sectoren gehanteerd die voortvloeit uit het convenant Benchmarking, de Meerjarenafpraak Energie efficiency (hierna: MJA2) en het Convenant Kolencentrales en CO₂-reductie van 24 april 2002 (hierna: Kolenconvenant). Het betreft de volgende sectoren: raffinaderijen; mijnbouw/olie- en gaswinning; chemie en rubber/kunststof; basismetaal; bouwmaterialen; papier en karton; voeding, genot en overige industrie; elektriciteitsproductie; gebouwde omgeving en joint ventures. Een verdere differentiatie was volgens verweerders niet mogelijk, omdat daartoe betrouwbare gegevens ontbraken. Verweerders hebben voorts uiteengezet dat de sector joint ventures op uitdrukkelijk verzoek van de elektriciteitsbedrijven in het toewijzingsplan is opgenomen en dat de Commissie het onderscheid tussen de sectoren elektriciteitsproductie en joint ventures niet als ontoelaatbaar heeft beoordeeld.

2.5.3. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG is deze richtlijn, voorzover thans van belang, van toepassing op emissies als gevolg van de in bijlage I bij deze richtlijn genoemde activiteiten.

Bijlage I vermeldt vier verschillende categorieën van activiteiten (energieactiviteiten, productie en verwerking van ferrometalen, delfstoffenindustrie en overige activiteiten) met binnen elke categorie een aantal subrubrieken.

Richtlijn 2003/87/EG is derhalve van toepassing op alle activiteiten genoemd in bijlage I, zonder onderscheid te maken tussen de categorieën of de subrubrieken in die bijlage. De in 2.5.1 genoemde appellanten hebben niet gesteld dat het aldus voorgeschreven toepassingsbereik van deze richtlijn niet in acht is genomen door verweerders. Voorts geldt dat de hoeveelheid broeikasgasemissierechten die krachtens deze richtlijn aan afzonderlijke inrichtingen wordt toegewezen, in hoofdzaak aan de lidstaten is overgelaten. Onder andere om te zorgen voor helderheid en inzichtelijkheid tussen bedrijven die op de interne markt concurreren, moet die toewijzing van broeikasgasemissierechten evenwel ingevolge artikel 11, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG gebaseerd zijn op een toewijzingsplan dat is opgesteld ingevolge artikel 9 van die richtlijn. Ingevolge het eerste lid van dit artikel is een toewijzingsplan gebaseerd op objectieve en transparante criteria, waaronder de in bijlage III bij deze richtlijn genoemde. Deze bijlage III bevat elf afzonderlijke criteria en voor de toepassing daarvan heeft de Commissie, overeenkomstig voormeld artikellid, de richtsnoeren opgesteld. De Afdeling acht het onderscheid tussen de sectoren elektriciteitsproductie en joint ventures in overeenstemming met het vereiste van objectiviteit en transparantie. Een bedrijf wordt ingedeeld bij de sector joint ventures als de inrichting een gedeeld eigendom is van een bedrijf dat elektriciteitsopwekking als kernactiviteit heeft en van een industriële energieafnemer, terwijl een bedrijf wordt ingedeeld bij de sector elektriciteitsproductie als in de inrichting alleen elektriciteitsopwekking plaatsvindt.

Het beroep op de bijlage "Gemeenschappelijk formaat voor het nationale toewijzingsplan 2005-2007" bij de richtsnoeren leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat deze bijlage slechts bedoeld is om de lidstaten te helpen bij het ontwikkelen van hun toewijzingsplannen en mede dient ter vergemakkelijking van de beoordeling door de Commissie van die toewijzingsplannen. Het beroep van Electrabel, E.ON, EPZ, Power Buggenum, Power Generation, De Kleef B.V., Emmtec Services B.V., Power Borculo en Power Ede is in zoverre ongegrond.

2.5.4. Gresnigt, die is ingedeeld in de sector voeding, genot en overige industrie, betoogt dat haar inrichting ten onrechte niet is ingedeeld in de sector elektriciteitsproductie dan wel de sector joint ventures.

2.5.5. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat de inrichting van Gresnigt een glastuinbouwbedrijf met een warmtekrachtcentrale-installatie (hierna: WKC-installatie) is. Gelet op hetgeen onder 2.5.3. is overwogen, is de Afdeling van oordeel dat verweerders de inrichting van Gresnigt terecht niet hebben ingedeeld in de sector elektriciteitsproductie dan wel de sector joint ventures. Het beroep van Gresnigt is in zoverre ongegrond.

2.6. Referentie jaren en bijzondere omstandigheden

2.6.1. In het toewijzingsplan is aangegeven dat ter vaststelling van de historische emissies de gemiddelde emissies van de jaren 2001 en 2002 zijn gekozen. Alleen indien bedrijven kunnen aantonen dat één van de drie onderstaande omstandigheden zich voordoet, kan hiervan worden afgeweken. Het gaat om de volgende bijzondere omstandigheden:

1. In een energieconvenant wordt nu reeds uitgegaan van een meerjarig gemiddelde voor de vaststelling van het energie-efficiëncyniveau voor de sector en de inrichting kan met behulp hiervan aantonen dat de jaren 2001 en 2002 niet representatief zijn.
2. Als gevolg van groot onderhoud is de productietijd in één jaar tenminste 10% lager dan in eerdere en latere jaren.
3. Als gevolg van een calamiteit is de productietijd in één jaar tenminste 10% lager dan

normaal.

2.6.1.1. In hoofdstuk 8 van de rekenregels van bijlage C bij het toewijzingsplan (hierna: rekenregels) zijn de volgende rekenregels voor zes bijzondere omstandigheden op inrichtingsniveau aangegeven:

1-3. Een onderhoudsstop, calamiteit of calamiteit en een daaraan gerelateerde onderhoudsstop gedurende tenminste 10% van de gebruikelijke productietijd (aaneengesloten per kalenderjaar). De hoogste jaaremissie aan CO₂ in het kalenderjaar 2001 of 2002 voor de inrichting telt dubbel alvorens de gemiddelde emissie over beide jaren wordt berekend. Deze regeling geldt niet indien de productie grotendeels is overgenomen door een andere inrichting van hetzelfde concern die deelneemt aan de CO₂-emissiehandel, en deze inrichting daarvoor CO₂-emissierechten heeft gekregen.

4. Een verandering van de primaire energiedrager, welke leidt tot volledige ombouw van de verbrandingsinstallatie vanaf het benchmarkjaar 1999 of in geval van MJA-bedrijven vanaf het jaar 1998. Vanaf de opstartdatum wordt met de emissiefactor van de nieuwe brandstof gerekend.

5. Een stringente milieu-eis die van overheidswege moet worden opgevolgd sinds 2001 of 2002 en die de CO₂-emissie van de inrichting in de jaren daarna zal verhogen met 5% of 10 kt extra CO₂ per jaar. De emissierechten die nodig zijn ter dekking van de stringente milieu-eis worden beoordeeld door het Verificatiebureau Benchmarking (hierna: VBE) respectievelijk de Nederlandse organisatie voor energie en milieu, zijnde een agentschap van het ministerie van Economische Zaken (hierna: Novem).

6. Een klimatologische invloed op de opbrengst van gewassen die tot gevolg heeft dat de capaciteit van de inrichting voor verwerking van deze gewassen meer dan 5% op jaarbasis onderbezet is gebleven. Indien de inrichting die deze landbouwproducten verwerkt, aantoonst dat het in de desbetreffende sector gebruikelijk is met meerjarige gemiddelden te werken, mag een meerjarig gemiddelde (niet meer dan vijf jaar) met inbegrip van 2001 en 2002 worden genomen. Ter zitting is gebleken dat alleen voor de suikerindustrie sprake is van een energieconvenant waarin wordt uitgegaan van een meerjarig gemiddelde.

In voormeld hoofdstuk 8 is tevens aangegeven dat niet als bijzondere omstandigheden gelden:

- commerciële of economische omstandigheden die leiden tot verlaging van de productie;
- storingen en technische gebreken die uitval van productie tot gevolg hebben;
- onderhoudsstops en calamiteiten die niet voldoen aan de criteria in paragraaf 8.1;
- een groeipercentage dat afwijkt van de sectorale groeicijfers;
- bekende en onbekende nieuwkomers; hiervoor gelden de rekenregels van hoofdstuk 7;
- alle overige omstandigheden.

2.6.2. Verweerders hebben ter zitting toegelicht dat in het toewijzingsplan is gekozen voor de referentie jaren 2001 en 2002 voor het bepalen van de historische emissies omdat de gegevens van de bedrijven uit deze jaren verifieerbaar zijn. Het jaar 2000 was niet geschikt als referentiejaar omdat nog niet van alle bedrijven de gegevens bekend waren. Het jaar 2003 was evenmin geschikt als referentiejaar omdat niet tijdig van alle betrokken bedrijven de geverifieerde gegevens beschikbaar zouden zijn vóór het moment van het opsturen van het

toewijzingsplan aan de Commissie. Toewijzing op basis van te verwachten emissies in de jaren 2005-2007 is volgens verweerders in strijd met artikel 11, eerste lid, en het tiende criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG waarin is bepaald dat een lidstaat vooraf (voordat de planperiode begint) een besluit moet nemen over de absolute hoeveelheden broeikasgasemissierechten die in totaal en aan de exploitant van elke installatie worden toegewezen. Verder hebben verweerders aangegeven dat andere omstandigheden dan de in het toewijzingsplan genoemde bijzondere omstandigheden behoren tot het normale bedrijfsrisico. Het formuleren van meer bijzondere omstandigheden zou volgens hen leiden tot willekeur en daarmee in strijd zijn met artikel 9, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG dat vereist dat het toewijzingsplan wordt gebaseerd op objectieve en transparante criteria.

2.6.3. Anders dan verweerders hebben betoogd, kan in het kader van de voorliggende beroepen tegen het (gewijzigd) toewijzingsbesluit het toewijzingsplan waarop dit besluit is gebaseerd, door de rechter worden getoetst; het toewijzingsplan dient te worden gekwalificeerd als een besluit van algemene strekking. Artikel 8:5, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht staat niet in de weg aan de mogelijkheid van exceptieve toetsing.

2.6.3.1. Gegeven de ruimte die Richtlijn 2003/87/EG de lidstaten laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd, ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders wat betreft de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG. Ook is niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat verweerders, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot de keuze van de referentie jaren en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden hebben kunnen komen. Evenmin is er, voorzover thans aan de orde, sprake van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.

2.6.4. Chemelot B.V. (hierna: Chemelot), DSM Anti-Infectives B.V. (hierna: DSM Anti Infectives) en DSM Special Products B.V. (hierna: DSM Special Products) stellen dat het toewijzingsplan ten onrechte broeikasgasemissierechten toewijst op basis van de historische productie in plaats van de feitelijke productie in de planperiode 2005-2007, hetgeen zij in strijd achten met artikel 9, eerste lid, met het vijfde criterium van Bijlage III, en met de derde overweging van Richtlijn 2003/87/EG. Zij menen dat het toewijzingsplan de mogelijkheid van ex-post aanpassingen op de toewijzing van broeikasgasemissierechten had moeten bevatten.

In reactie op het gewijzigd toewijzingsbesluit betoogt Chemelot dat de jaren 2001 en 2002 voor haar inrichting niet representatief waren omdat in beide jaren een lagere emissie heeft plaatsgevonden. Zij meent dat - gelijk de Afdeling heeft geconstateerd in de tussenuitspraak ten aanzien van Yara en van de centrale IJmond van Power Generation (hierna: centrale IJmond) - zich ook in haar geval in beide referentie jaren bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan.

2.6.5. Niet in geschil is dat zich bij Chemelot in 2001 een bijzondere omstandigheid heeft voorgedaan en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan bij de vaststelling van het aantal broeikasgasemissierechten voor haar inrichting het jaar 2002 dubbel is geteld. Niet aannemelijk is echter gemaakt dat zich ook in 2002 een bijzondere omstandigheid in de zin van de rekenregels heeft voorgedaan.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren

2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Wat betreft het beroep op de berekening ten aanzien van Yara en de centrale IJmond, overweegt de Afdeling als volgt. Verweerders zijn in het gewijzigd toewijzingsbesluit tot een van het toewijzingsplan afwijkende wijze van berekenen overgegaan naar aanleiding van het oordeel in de tussenuitspraak dat wat betreft Yara en de centrale IJmond in beide referentie jaren sprake was van bijzondere omstandigheden die tot gevolg hadden dat een sterk vertekend beeld van de historische emissies werd gegeven, zodat het toewijzingsplan ten aanzien van Yara en van de centrale IJmond in zoverre buiten toepassing dient te worden gelaten. Uit het voorgaande volgt echter dat wat betreft Chemelot geen sprake is van bijzondere omstandigheden in beide referentie jaren.

Voor het stellen van een prejudiciële vraag zoals verzocht door Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products omtrent het ontbreken van de mogelijkheid tot ex-post aanpassingen ziet de Afdeling geen aanleiding. Artikel 11, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG bepaalt immers dat Nederland voorafgaande aan de planperiode een besluit neemt over het totale aantal toe te wijzen broeikasgasemissierechten en het aantal broeikasgasemissierechten die aan afzonderlijke inrichtingen wordt toegewezen. Ook blijkt het tiende criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG dient het aantal broeikasgasemissierechten die aan afzonderlijke inrichtingen wordt toegewezen voor het begin van de planperiode vast te liggen.

Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products is in zoverre ongegrond.

2.6.6. Corus stelt dat vanwege de sluiting van één van haar staalfabrieken en een onderhoudsstop de emissie van haar inrichting in de jaren 2001 en 2002 niet representatief was. De sluiting van die staalfabriek is in gang gezet in 1999 en heeft ertoe geleid dat vanaf dat jaar tot en met 2002 de productie van staal en daardoor de emissie substantieel lager was dan in de voorafgaande jaren en in de jaren 2003 en 2004. De lagere emissie is volgens Corus verder mede beïnvloed door een onderhoudsstop.

In reactie op het gewijzigd toewijzingsbesluit heeft Corus, onder verwijzing naar de herberekening van de broeikasgasemissierechten bij Yara en bij de centrale IJmond, gesteld dat ook in haar geval uitgegaan dient te worden van een berekening van de historische emissie op basis van het gemiddelde van de jaren 2001 en 2002 en twee keer de emissie van 2003.

2.6.7. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de onderhoudsstop op zichzelf een bijzondere omstandigheid is. Gelet op het feit dat in dit geval de CO₂-emissie in 2001 niet afwijkt van het jaar 2002 heeft de regel van dubbeltelling geen invloed op de vaststelling van de historische emissie. Wat betreft de sluiting van de fabriek gaan verweerders ervan uit dat geen sprake is van een bijzondere omstandigheid in de zin van de rekenregels. Los hiervan hebben zij betoogd dat deze omstandigheid op de totale emissie van de inrichting in de jaren 2001 en 2002 weinig invloed heeft gehad.

2.6.8. De Afdeling overweegt dat de sluiting van een staalfabriek in 1999 en de aanpassing van het productieproces van de overblijvende staalfabriek in de periode daarna geen omstandigheid is die valt onder de in het toewijzingsplan omschreven bijzondere omstandigheden. Hetgeen verweerders hebben overwogen met betrekking tot de

onderhoudsstop in 2002 is op zichzelf niet betwist. Derhalve is niet gebleken dat verweerders wat betreft de aangevoerde omstandigheden het toewijzingsplan, in het bijzonder de rekenregels voor bijzondere omstandigheden, onjuist hebben toegepast. Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar.

Wat betreft het beroep op de berekening ten aanzien van Yara en de centrale IJmond overweegt de Afdeling als volgt. Verweerders zijn in het gewijzigd toewijzingsbesluit tot een van het toewijzingsplan afwijkende wijze van berekenen overgegaan naar aanleiding van het oordeel in de tussenuitspraak dat wat betreft Yara en van de centrale IJmond in beide referentie jaren sprake was van bijzondere omstandigheden die tot gevolg hadden dat een sterk vertekend beeld van de historische emissies werd gegeven, zodat het toewijzingsplan ten aanzien van Yara en de centrale IJmond in zoverre buiten toepassing dient te worden gelaten. Uit het voorgaande volgt echter dat wat betreft Corus geen sprake is van bijzondere omstandigheden in beide referentie jaren.

Het jaar 2003 is - zoals hiervoor onder 2.6.2. is aangegeven - vanwege het niet beschikbaar zijn van geverifieerde gegevens bij een groot aantal bedrijven niet als referentie jaar in aanmerking genomen. De omstandigheid dat verweerders in een enkel geval in reactie op de tussenuitspraak de CO₂-emissie mede op basis van gegevens uit 2003 hebben berekend, betekent niet dat ook in een geval als dit gegevens uit 2003 in aanmerking hadden moeten worden genomen bij de toepassing van de rekenregels voor bijzondere omstandigheden. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Corus in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Hierbij is in aanmerking genomen dat de gegevens van Corus over de CO₂-emissies in de referentie jaren ten opzichte van de daaraan voorafgaande jaren geen sterk vertekend beeld laten zien. Het beroep van Corus is in zoverre ongegrond.

2.6.9. Lyondell stelt ten aanzien van haar chemische fabriek in Rotterdam dat zich in het jaar 2001 bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan waardoor minder dan gebruikelijk is geproduceerd. Zij voert in dit kader aan dat de referentie jaren leiden tot willekeur omdat vanwege verplichte periodieke inspecties van de diverse installaties, welke met een interval van vijf jaar - en niet eenmaal in de drie jaar waarvan in het toewijzingsplan wordt uitgegaan - zijn gepland, onderhoudsstops plaatsvinden van ongeveer vijf weken.

2.6.10. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de onderhoudsstop op zichzelf een bijzondere omstandigheid is. Met het feit dat de onderhoudsstop met een interval van vijf jaar plaatsvindt, is volgens hen voldoende rekening gehouden.

2.6.11. Niet bestreden is dat in de chemische fabriek van Lyondell in 2001 onderhoud heeft plaatsgevonden en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan rekening is gehouden met de gevolgen daarvan voor de historische emissie.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Lyondell in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Hierbij is in aanmerking genomen dat in dit geval - net als wanneer een onderhoudsstop in een van beide referentie jaren vervolgens met een interval van drie jaar plaatsvindt - in de planperiode 2005-2007 ook weer onderhoud zal worden gepleegd. Het beroep van Lyondell is in zoverre

ongegrond.

2.6.12. Glaverbel Nederland B.V. (hierna: Glaverbel) stelt ten aanzien van haar vlakglasfabriek dat zich in het jaar 2002 bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan waardoor minder dan gebruikelijk is geproduceerd. Zij voert in dit kader aan dat de referentiejaar leiden tot willekeur omdat sprake was van een langdurige onderhoudsstop die een volstrekt uniek karakter had.

2.6.13. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de onderhoudsstop op zichzelf een bijzondere omstandigheid is. Met het feit dat een onderhoudsstop van drie maanden in één van de referentiejaar heeft plaatsgevonden, is volgens hen voldoende rekening gehouden.

2.6.14. Niet bestreden is dat in de vlakglasfabriek van Glaverbel in 2002 gedurende drie maanden onderhoudswerkzaamheden hebben plaatsgevonden en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan rekening is gehouden met de gevolgen daarvan voor de historische emissie.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentiejaar 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Glaverbel in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Glaverbel is in zoverre ongegrond.

2.6.15. EPZ stelt ten aanzien van haar elektriciteitscentrale te Borssele dat zich in het jaar 2001 bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan waardoor minder dan gebruikelijk is geproduceerd. Zij voert in dit kader aan dat de referentiejaar tot willekeur leiden omdat vanwege de in de Stoomwet en het Stoombesluit opgenomen verplichting tot periodieke keuring van stoom- en dampstoestellen, tussen de drie en vijf jaar, grote onderhoudsstops plaatsvinden, welke per stop vier tot zes weken duren. Nu de keuring heeft plaatsgevonden in 2001 wordt EPZ haars inziens onevenredig benadeeld in vergelijking met inrichtingen waarbij de keuring niet in de referentiejaar heeft plaatsgevonden.

2.6.16. Niet bestreden is dat in de centrale te Borssele in 2001 groot onderhoud en een calamiteit hebben plaatsgevonden en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan rekening is gehouden met de gevolgen daarvan voor de historische emissies.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentiejaar 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door EPZ in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Hierbij is in aanmerking genomen dat in dit geval de eerstvolgende onderhoudsstop ten gevolge van de wettelijk verplichte keuring - ongeacht of deze om de drie of om de vijf jaar plaatsvindt - altijd in de planperiode 2005-2007 zal vallen. Het beroep van EPZ is in zoverre ongegrond.

2.6.17. E.ON wijst er op dat het jaar 2001 het eerste jaar betrof na de liberalisering van de elektriciteitsmarkt. In dat verband heeft zij het volgende naar voren gebracht. Tot de liberalisering werd de productie van elektriciteit gecoördineerd door de Samenwerkende Elektriciteitsproducenten (hierna: SEP), waarvan E.ON één van de aandeelhouders was. De kolencentrale Maasvlakte van E.ON produceerde vóór de liberalisering minder elektriciteit vanwege de omstandigheid dat de gasgestookte elektriciteitscentrales tegen de normale

marktomstandigheden in een groot deel van de benodigde elektriciteit leverden (zogenoemde take-or-pay-verplichtingen). Pas na de liberalisering was het rendabel om meer gebruik te maken van kolencentrales. Daarnaast is in 2001 door de SEP veel elektriciteit geïmporteerd, waardoor E.ON minder heeft geproduceerd. Het jaar 2001 geeft derhalve geen representatief beeld van de toekomstige CO₂-emissies van haar Maasvlaktecentrale. In 2002 heeft een aantal calamiteiten plaatsgevonden waardoor de installatie negen weken heeft stilgelegen. In reactie op het gewijzigd toewijzingsbesluit heeft E.ON, onder verwijzing naar de herberekening van de broeikasgasemissierechten bij Yara en bij de centrale IJmond, gesteld dat ook in haar geval uitgegaan dient te worden van een berekening van de historische emissie op basis van het gemiddelde van de jaren 2001 en 2002 en van twee keer de emissie van het jaar 2003.

Ter zitting heeft E.ON betoogd dat zij op grond van de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector verplicht was om naar verhouding een groter deel van de elektriciteitsimportcontracten van de SEP over te nemen dan andere elektriciteitsproducenten en daardoor onevenredig zwaar wordt getroffen.

2.6.18. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de liberalisering van de elektriciteitsmarkt een marktomstandigheid is die in het toewijzingsplan niet wordt aangemerkt als bijzondere omstandigheid. Zij betogen in dit kader dat de import van elektriciteit bepaald wordt door het prijsverschil in Nederland en omringende landen en onder meer afhankelijk is van de olieprijs.

2.6.19. De Afdeling overweegt dat de liberalisering van de elektriciteitsmarkt in 2000 en de overgangsfase in de periode daarna alsmede de elektriciteitsimportcontracten commerciële of economische omstandigheden zijn die in de rekenregels expliciet zijn aangemerkt als niet bijzondere omstandigheden. Derhalve is niet gebleken van bijzondere omstandigheden in het jaar 2001. Niet bestreden is dat zich in 2002 een calamiteit heeft voorgedaan in de Maasvlaktecentrale en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan bij de vaststelling van het aantal broeikasgasemissierechten voor die inrichting het jaar 2001 dubbel is geteld.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar.

Wat betreft het beroep op de berekening ten aanzien van Yara en de centrale IJmond, overweegt de Afdeling als volgt. Verweerders zijn in het gewijzigd toewijzingsbesluit tot een van het toewijzingsplan afwijkende wijze van berekenen overgegaan naar aanleiding van het oordeel in de tussenuitspraak dat wat betreft Yara en de centrale IJmond in beide referentie jaren sprake was van bijzondere omstandigheden die tot gevolg hadden dat een sterk vertekend beeld van de historische emissies werd gegeven, zodat het toewijzingsplan ten aanzien van Yara en de centrale IJmond in zoverre buiten toepassing dient te worden gelaten. Uit het voorgaande volgt echter dat wat betreft E.ON geen sprake is van bijzondere omstandigheden in beide referentie jaren.

Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door E.ON in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Hierbij is in aanmerking genomen dat op grond van de Overgangswet Elektriciteitsproductiesector naast E.ON meerdere elektriciteitsproductiebedrijven op basis van een bepaalde verdelingsmaatstaf aansprakelijk bleven voor de (niet-marktconforme) kosten die voortvloeien uit contracten en investeringen die door de SEP vóór de liberalisering van de markt waren aangegaan. Dat

E.ON in vergelijking met de andere productiebedrijven een groter deel van de elektriciteitsimportcontracten zou hebben overgenomen, is - wat daar ook van zij - geen omstandigheid waarmee verweerders bij het toewijzen van de broeikasgasemissierechten rekening hadden moeten houden. Het beroep van E.ON is in zoverre ongegrond.

2.6.20. J.G. Timmerman Groenvoederdrogerij B.V. (hierna: Timmerman) en B.V. Oldambt (hierna: Oldambt) betogen dat de historische emissie van groenvoederdrogerijen berekend dient te worden op basis van een periode van vijf jaar in plaats van op basis van de referentie jaren 2001 en 2002. Daarbij hebben zij gewezen op het feit dat voor de suikerindustrie een referentieperiode van vijf jaar wordt gehanteerd vanwege de invloed van klimatologische omstandigheden. Dit argument geldt volgens hen evenzeer voor groenvoederdrogerijen. De referentie jaren 2001 en 2002 bieden volgens Timmerman en Oldambt geen representatief beeld van de historische emissies, met name niet omdat in 2001 sprake was van een lagere opbrengst en een lager energieverbruik dan gebruikelijk.

2.6.21. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de referentie jaren 2001 en 2002 uitgangspunt zijn, omdat Timmerman en Oldambt niet zijn aangesloten bij een energieconvenant waarin wordt uitgegaan van een meerjarig gemiddelde. In het verweerschrift is aangegeven dat vanwege het ontbreken van betrouwbare meerjarengegevens voor de onderhavige bedrijfstak niet is afgeweken van de toetsing aan de referentie jaren.

2.6.22. Niet is gesteld of gebleken dat verweerders wat betreft de aangevoerde omstandigheden het toewijzingsplan, in het bijzonder de rekenregels voor bijzondere omstandigheden, onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Timmerman en Oldambt in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. De beroepen van Timmerman en van Oldambt zijn in zoverre ongegrond.

2.6.23. Gresnigt en Seasun betogen dat het jaar 2002 geen representatief beeld geeft van de historische emissie omdat in dat jaar de gemiddelde temperatuur een afwijking had van meer dan 10% ten opzichte van het langjarig gemiddelde.

2.6.24. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de referentie jaren 2001 en 2002 uitgangspunt zijn, omdat Gresnigt en Seasun niet zijn aangesloten bij een energieconvenant waarin wordt uitgegaan van een meerjarig gemiddelde. In het verweerschrift is aangegeven dat vanwege het ontbreken van betrouwbare meerjarengegevens voor de bedrijfstak glastuinbouw niet is afgeweken van de toetsing aan de referentie jaren. Verder hebben verweerders betoogd dat indien het gemiddelde aantal graaddagen wordt berekend over een veel kortere reeks van jaren dan de reeks van 30 jaar die Gresnigt en Seasun hebben genomen, geen sprake is van een significante afwijking.

2.6.25. De Afdeling overweegt dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat Seasun is aangemerkt als 'bekende nieuwkomer' zodat de bepaling van de historische emissie op basis van de referentie jaren in haar geval niet aan de orde is. De beroepsgrond richt zich voor wat Seasun aangaat derhalve niet tegen de - al dan niet juiste - toepassing van de rekenregel in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit. Het beroep van Seasun is in zoverre ongegrond.

Niet is gesteld of gebleken dat verweerders wat betreft de door Gresnigt aangevoerde omstandigheden het toewijzingsplan, in het bijzonder de rekenregels voor bijzondere omstandigheden, onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Gresnigt in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Gresnigt is in zoverre ongegrond.

2.6.26. Yara voert aan dat de rekenregel voor bijzondere omstandigheden dat een onderhoudsstop tenminste 10% van de gebruikelijke productietijd per kalenderjaar moet bedragen, nadelig is voor installaties die niet elk jaar een onderhoudsstop kennen.

2.6.27. Niet is gesteld of gebleken dat verweerders wat betreft de door Yara aangevoerde omstandigheden het toewijzingsplan, in het bijzonder de rekenregels voor bijzondere omstandigheden, onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze van de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Yara in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Yara is in zoverre ongegrond.

2.6.28. Sappi Nederland B.V. (hierna: Sappi) betoogt dat de jaren 2001 en 2002 niet representatief waren omdat in beide referentie jaren een lagere emissie heeft plaatsgevonden als gevolg van de tienjaarlijkse ombouw van de papiermachine eind 2001 en dat de toegepaste rekenregel onvoldoende compensatie biedt voor deze ombouw. Zij meent dat de historische emissie op basis van het meerjarig gemiddelde vastgesteld had moeten worden en wijst er daarbij op dat zij beschikt over voor haar inrichting verifieerbare gegevens.

In reactie op het gewijzigd toewijzingsbesluit heeft Sappi gesteld dat - gelijk de Afdeling heeft geconstateerd in de tussenuitspraak ten aanzien van Yara en van de centrale IJmond - zich in haar geval ook in beide referentie jaren bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan. Tot slot heeft Sappi ter zitting aangevoerd dat in haar geval sprake is van "overmacht" als bedoeld in artikel 29, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG, zodat het op de weg van verweerders had gelegen de Commissie te verzoeken extra broeikasgasemissierechten toe te kennen.

2.6.29. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de referentie jaren 2001 en 2002 uitgangspunt zijn, omdat Sappi niet is aangesloten bij een energieconvenant waarin wordt uitgegaan van een meerjarig gemiddelde. Zij beschouwen de ombouw in 2001 als een bijzondere omstandigheid en zijn van mening dat zij voldoende rekening hebben gehouden met de specifieke situatie van Sappi, doordat zij bij de vaststelling van het aantal broeikasgasemissierechten het jaar 2002 dubbel hebben geteld. In 2002 heeft zich volgens verweerders geen bijzondere omstandigheid in de zin van de rekenregels voorgedaan en is bovendien evenmin sprake van een sterk vertekend beeld van de historische emissie.

2.6.30. Niet in geschil is dat eind 2001 een ombouw van de papiermachine heeft plaatsgevonden en dat in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan rekening is gehouden met de gevolgen daarvan bij de vaststelling van de historische emissie. Voorts heeft Sappi ter zitting verklaard dat die ombouw in 2001 gereed is gekomen en dat

het weer op volle capaciteit komen van die machine ook al in dat jaar een aanvang heeft genomen. Niet is gebleken dat in 2002 voorvallen hebben plaatsgevonden die relevant zijn voor de toepassing van de rekenregels, zodat - anders dan ten aanzien van de centrale IJmond en Yara - zich bij Sappi niet in beide referentie jaren bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan.

Zoals hiervoor onder 2.6.3.1. is overwogen, acht de Afdeling de keuze voor de referentie jaren 2001 en 2002 en de rekenregels voor bijzondere omstandigheden aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Sappi in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Haar beroep op artikel 29, eerste lid, van Richtlijn 2003/87/EG faalt, aangezien deze bepaling - mede gelet op de richtsnoeren die de Commissie overeenkomstig het tweede lid van dit artikel 29 heeft opgesteld - onder meer ziet op een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden zonder dat de exploitant van de broeikasgasinstallatie daarop invloed kon uitoefenen. Het beroep van Sappi is ongegrond.

2.7. Nieuwkomers

2.7.1. Het toewijzingsplan geeft aan dat onder nieuwkomers diegenen worden verstaan die activiteiten uitvoeren die onder de werkingssfeer van Richtlijn 2003/87/EG vallen en die hun activiteiten (zijn) gaan uitvoeren of (zijn) gaan uitbreiden na de referentie jaren 2001 en 2002 waarin de historische emissies bepaald zijn. Hierbij geldt een ondergrens van minimaal 5.000 ton CO₂-emissie per jaar en - in geval van uitbreiding van een bestaande inrichting - de eis van uitbreiding van 10% van de bestaande capaciteit van de proceseenheid. Deze ondergrens is gesteld zodat alleen voor significante uitbreiding van de capaciteit emissierechten kunnen worden verkregen.

2.7.1.1. Het toewijzingsplan onderscheidt de volgende soorten nieuwkomers aan wie op de na te noemen wijze emissierechten worden toegewezen:

1. Bekende nieuwkomers die vóór 31 december 2003 bij het Wm-bevoegd gezag bekend waren en waarvan zeker is dat de productie vóór 31 december 2004 in werking is of wordt gesteld. Deze nieuwkomers zijn opgenomen in bijlage A bij het toewijzingsplan en bijlage 2 bij het (gewijzigd) toewijzingsbesluit.
2. Bekende nieuwkomers die vóór 31 december 2003 bij het Wm-bevoegd gezag bekend waren en waarvan de productie ná 31 december 2004 in werking is of wordt gesteld. Deze nieuwkomers krijgen volgens het toewijzingsplan uit het gereserveerde depot voor bekende nieuwkomers jaarlijks rechten toegewezen.
3. Onbekende nieuwkomers, te weten nieuwe inrichtingen of uitbreidingen die vóór 1 januari 2004 nog niet bekend zijn bij de Wm-bevoegde gezagen; voor de onbekende nieuwkomers wordt een depot aangehouden; de rechten in het depot zijn tevens bestemd voor toewijzingen van extra rechten die een gevolg zijn van een rechterlijke uitspraak. Reden voor dit afzonderlijke depot is dat de omvang van de reserve hier niet is gekoppeld aan reeds bekende voornemens. Verzoeken om rechten worden in volgorde van binnenkomst afgehandeld. Indien het depot is uitgeput moeten deze nieuwkomers emissierechten op de markt aankopen.

2.7.1.2. In hoofdstuk 7 van de rekenregels zijn regels gegeven voor nieuwkomers in de periode 2003 tot en met 2007.

Een bekende nieuwkomer is volgens de rekenregels een nieuwe inrichting, productie-

eenheid of een uitbreiding van een productie-eenheid waarvoor een aanvraag om een milieuvergunning of een melding in het kader van de Wet milieubeheer vóór 30 november 2003 - ter zitting is door verweerders bevestigd dat vóór 31 december 2003 is bedoeld - is ingediend bij het Wm-bevoegd gezag. Kenmerken zijn:

1. de opstartdatum van de inrichting of productie eenheid ligt vóór 1 januari 2008;
2. de bouw van de inrichting of productie eenheid is aanbesteed en de opstartdatum is zeker;
3. de realisatie van de opgegeven productievolumes is aannemelijk gemaakt.

Aan bekende nieuwkomers worden rechten toebedeeld wanneer aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. de uitbreiding of nieuwbouw van een productie eenheid is meer dan 10% van de bestaande vergelijkbare productie eenheid én
2. ten gevolge van de uitbreiding of nieuwbouw van de productie eenheid wordt binnen de uitgebreide of nieuwgebouwde productie eenheid meer dan 5 kton CO₂-emissie per jaar geëmitteerd.

Voor de bekende nieuwkomers worden bij de vaststelling van CO₂-emissierechten de volgende rekenregels gehanteerd:

1. de datum waarop de bekende nieuwkomer op geplande capaciteit en specificatie produceert is de startdatum voor de toewijzing van de CO₂-emissierechten;
2. voor de voorafgaande testperiode worden geen CO₂-emissierechten toegekend;
3. het toerekenbare CO₂-emissierecht is nooit hoger dan de reëel geplande CO₂-emissie op jaarbasis;
4. voor industriële inrichtingen geldt een maximum van 90% van de ontwerp productiecapaciteit, tenzij aangetoond wordt dat 100% productie karakteristiek is voor het productieproces;
5. voor elektriciteitsproductie-inrichtingen en WKC's geldt een maximum dat gelijk is aan de capaciteitsbenutting van soortgelijke centrales;
6. indien nieuwkomers zijn opgestart binnen de referentie jaren 2001 en 2002, wordt proportioneel rekening gehouden met de tijdsduur en het productievolume;
7. de factor P voor productiegroei wordt op 1,0 gesteld voor de periode tot 31 december 2007;
8. de correctiefactor C is ook van toepassing op de bekende nieuwkomer;
9. de correctieregel afstand tot de wereldtop (hierna: ATW) of de afstand tot referentiepunt (hierna: ATR) is niet van toepassing.

Een onbekende nieuwkomer is volgens de rekenregels een inrichting of uitbreiding van een productie eenheid die op 30 november 2003 (lees: 31 december 2003) niet bekend was bij het Wm-bevoegd gezag. Bij twijfel over de status van de aanvraag per 30 november 2003 (lees: 31 december 2003) worden de volgende kenmerken meegenomen in de beoordeling:

- de opstartdatum van de inrichting of productie eenheid is niet vastgesteld als onderdeel van een overgelegde projectplanning;

- de bouw van de inrichting of productie eenheid is niet aanbesteed of gestart;
- de realisatie van de opgegeven productievolumes is niet aannemelijk gemaakt.

Tijdens de eerste allocatieronde worden aan onbekende nieuwkomers geen emissierechten toegekend. Wel worden de kwantitatieve gegevens geregistreerd met het oog op het vaststellen van een allocatiereserve voor CO₂-emissierechten.

Op het moment dat de onbekende nieuwkomer voldoet aan de definitie en kenmerken van een bekende nieuwkomer gelden de desbetreffende rekenregels. Toewijzing van CO₂-emissierechten vindt vervolgens plaats uit het depot voor onbekende nieuwkomers.

2.7.2. Verweerders hebben toegelicht dat in het toewijzingsplan is gekozen voor een ondergrens van minimaal 5.000 ton CO₂-emissie per jaar en een uitbreiding van 10% van de bestaande capaciteit van de proceseenheid om te voorkomen dat elke relatief kleine uitbreiding of intensivering van de bestaande installatie leidt tot het toekennen van broeikasgasemissierechten. Het in het toewijzingsplan gemaakte onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers komt voort uit het verschil in feitelijke omstandigheden tussen deze beide categorieën. Onbekende nieuwkomers kunnen volgens verweerders voor hun te nemen investeringsbeslissingen rekening houden met het feit dat zij broeikasgasemissierechten moeten kopen voor het geval dat het depot voor onbekende nieuwkomers is uitgeput.

Verweerders stellen voorts dat in de rekenregels is gekozen om bij bekende nieuwkomers een maximum te stellen van 90% van de ontwerp productiecapaciteit, omdat in het algemeen bij het uitbreiden van een bestaande installatie of bij het opstarten van een nieuwe installatie bij industriële inrichtingen niet gelijk 100% productie wordt behaald. Indien wordt aangetoond dat in de sector 100% productie karakteristiek is voor het toegepaste productieproces, kan van 100% worden uitgegaan. Ter zitting hebben verweerders toegelicht dat vertegenwoordigers uit het bedrijfsleven bij de voorbereiding van het toewijzingsplan betrokken zijn geweest en het maximum van 90% door hen als een realistisch uitgangspunt werd beschouwd. Zij stellen voorts dat gekozen is om de hoeveelheid aan bekende nieuwkomers toe te rekenen broeikasgasemissierechten nooit hoger te laten zijn dan de reëel geplande broeikasgasemissie op jaarbasis.

2.7.3. Gegeven de ruimte die Richtlijn 2003/87/EG de lidstaten laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd, ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders door onderscheid te maken tussen bekende en onbekende nieuwkomers en de rekenregels voor de toewijzing aan bekende en onbekende nieuwkomers bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG. Ook is in zoverre niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat verweerders, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot genoemd onderscheid en voormelde rekenregels hebben kunnen komen. Evenmin is in zoverre sprake van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.

2.7.4. Chemelot voert aan dat de uitbreiding van haar inrichting met de melaminefabriek 4 ten onrechte wordt aangemerkt als een 'bekende nieuwkomer'. Zij acht het onjuist dat, indien zij beter presteert dan de wereldtop, als gevolg hiervan voor de CO₂-emissies van haar melaminefabriek 4 - vergeleken met reeds bestaande inrichtingen - minder broeikasgasemissierechten worden toegewezen.

2.7.5. Verweerders stellen dat de uitbreiding van de inrichting van Chemelot met de

melaminefabriek 4 moet worden aangemerkt als een 'bekende nieuwkomer'. Zij hebben onder verwijzing naar de rekenregels voor nieuwkomers gesteld, dat voor Chemelot het algemene uitgangspunt geldt dat voor nieuwkomers geen aanleiding bestaat om een factor voor een hogere energie-efficiency te hanteren omdat geen sprake is van voorafgaand aan of in de referentie jaren genomen vroegtijdige maatregelen. Bovendien voorzien de rekenregels voor bekende nieuwkomers niet in toewijzing van meer broeikasgasemissierechten dan de geplande CO₂-emissie.

2.7.6. De Afdeling stelt allereerst vast dat, nu voor de uitbreiding van de inrichting van Chemelot met de melaminefabriek 4 in 2002 een milieuvergunning is aangevraagd en de fabriek in 2004 is opgestart, die uitbreiding moet worden aangemerkt als een 'bekende nieuwkomer'. Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor nieuwkomers onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de toewijzing aan bekende nieuwkomers aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Chemelot in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Chemelot is in zoverre ongegrond.

2.7.7. Seasun acht het onjuist dat, nu zij als 'bekende nieuwkomer' is aangemerkt, het rendement van de WKC-installatie wordt gesteld op 1,0 terwijl de energie-efficiency van de WKC-installatie 1,49 bedraagt. Verder beoogt zij dat de historische emissies van de nabij gelegen en verwante inrichting van Gresnigt worden betrokken bij de toewijzing aan haar van broeikasgasemissierechten.

2.7.8. Verweerders hebben onder verwijzing naar de rekenregels voor nieuwkomers gesteld, dat voor Seasun het algemene uitgangspunt geldt dat voor nieuwkomers geen aanleiding bestaat om een factor voor de energie-efficiency te hanteren omdat geen sprake is van voorafgaand aan of in de referentie jaren genomen vroegtijdige maatregelen.

2.7.9. Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor nieuwkomers onjuist hebben toegepast. Deze rekenregels voorzien er niet in om zoals Seasun beoogt, rekening te houden met de historische emissies van de inrichting van Gresnigt.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de toewijzing aan bekende nieuwkomers aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Seasun in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Seasun is in zoverre ongegrond.

2.7.10. Air Liquide voert ten aanzien van haar installaties te Rozenburg aan dat de in de rekenregels opgenomen 90% regeling, die van toepassing is op bekende nieuwkomers, ten onrechte niet is gemotiveerd en tot willekeur strekt. Voorzover verweerders in rechte toepassing hebben kunnen geven aan deze rekenregel, stelt zij dat de rekenregel niet juist is toegepast omdat haar Auto Terminal Reformer (hierna: ATR) in de planperiode zal draaien op 100%.

2.7.11. Verweerders stellen dat Air Liquide onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat 100% productie karakteristiek is voor het toegepaste productieproces.

2.7.12. Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de toewijzing aan bekende nieuwkomers aanvaardbaar. Voorts is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor het toegepaste productieproces van de ATR 100% productie karakteristiek

is. Gelet hierop hebben verweerders zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat bij de vaststelling van de hoeveelheid toe te wijzen broeikasgasemissierechten kon worden uitgegaan van een maximum van 90% van de ontwerp-productiecapaciteit. Het beroep van Air Liquide is in zoverre ongegrond.

2.7.13. Lyondell voert aan dat zij het niet eens is met de toepassing van de 90% regeling die van toepassing is op bekende nieuwkomers. Zij betoogt dat haar BDO-fabriek zodanig is ontworpen dat in de loop der jaren met kleine aanpassingen de productiecapaciteit tot ongeveer 120% van de oorspronkelijke nominale ontwerp-productiecapaciteit kan worden verhoogd. Hiermee zou naar haar mening bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten rekening moeten worden gehouden.

2.7.14. Verweerders betogen dat Lyondell onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat 100% productie karakteristiek is. Er zijn geen gegevens aangeleverd, waarmee de stelling van Lyondell is onderbouwd. Zij zijn verder van mening dat verhoging van de capaciteit door kleine aanpassingen van het productieproces een veel voorkomende omstandigheid is.

2.7.15. Bij de vaststelling van de hoeveelheid toe te wijzen broeikasgasemissierechten aan Lyondell is onder meer de rekenregel gehanteerd dat indien nieuwkomers zijn opgestart binnen de referentie jaren 2001-2002 voor industriële inrichtingen een maximum van 90% van de ontwerp-productiecapaciteit op jaarbasis geldt, tenzij wordt aangetoond dat 100% productie karakteristiek is.

Onvoldoende is aannemelijk gemaakt dat voor het toegepaste productieproces van de BDO-fabriek - wat er ook zij van het al dan niet voltijds in werking zijn - 100% productie karakteristiek is. Gelet hierop hebben verweerders zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat bij de vaststelling van de hoeveelheid toe te wijzen broeikasgasemissierechten kon worden uitgegaan van een maximum van 90% van de ontwerp-productiecapaciteit. De door Lyondell beoogde verhoging van de productiecapaciteit door optimalisering van het productieproces kan niet worden aangemerkt als een uitbreiding waarvan destijds vaststond dat deze met voldoende zekerheid in de periode ná 31 december 2004 zou worden gerealiseerd. Over de beoogde optimalisering waren geen andere gegevens beschikbaar dan de voornemens en verwachtingen van Lyondell.

Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor nieuwkomers onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de toewijzing aan bekende nieuwkomers aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Lyondell in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Lyondell is in zoverre ongegrond.

2.7.16. Yara, Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products betogen dat in het toewijzingsplan om een uitbreiding als 'bekende nieuwkomer' aan te merken ten onrechte de twee cumulatieve eisen zijn gesteld, dat sprake moet zijn van 5.000 ton CO₂-emissie per jaar en van een uitbreiding van minimaal 10% van de bestaande capaciteit van de proceseenheid. De cumulatie van eisen is volgens hen voor grote installaties nadelig ten opzichte van kleine installaties.

De emissie van één van de uitbreidingen van Yara bedraagt 19 kiloton CO₂-emissie maar deze uitbreiding bedraagt slechts 8% van de bestaande capaciteit en voldoet daarom niet aan de 10% eis.

Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products betogen dat, gelet op de omvang van hun inrichtingen, sommige uitbreidingen ruimschoots aan de drempelwaarde van 5.000 ton CO₂-emissie per jaar voldoen, maar niet aan de drempelwaarde van 10% van de bestaande capaciteit van de proceseenheden. Zij stellen dat de eis van 10% willekeurig is en in strijd met het vijfde criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG.

2.7.17. Verweerders zijn van oordeel dat installaties in het algemeen regelmatig worden aangepast om het productieproces te optimaliseren. Met de eis van 10% is beoogd echte uitbreidingen af te bakenen ten opzichte van min of meer normale aanpassingen van de bestaande installaties. Verder stellen zij dat één van Yara's uitbreidingen niet is gekwalificeerd als 'bekende nieuwkomer' omdat het een optimalisatie betreft van de bedrijfsvoering.

2.7.18. Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor nieuwkomers onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de toewijzing aan bekende nieuwkomers aanvaardbaar. Niet is aannemelijk gemaakt dat toepassing van deze rekenregels leidt tot een voor hen eventueel ongelijke behandeling waaraan door verweerders geen objectieve en transparante redenen ten grondslag zijn gelegd. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Yara, Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. De beroepen van Yara en van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products zijn in zoverre ongegrond.

2.7.19. Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products voeren aan dat het depot voor onbekende nieuwkomers in strijd met artikel 11, derde lid, laatste volzin, van Richtlijn 2003/87/EG mogelijk zal zijn uitgeput zodra hierop een beroep wordt gedaan.

2.7.20. Ingevolge artikel 11, derde lid, laatste volzin, van Richtlijn 2003/87/EG houden lidstaten bij de toewijzing rekening met de noodzaak broeikasgasemissierechten beschikbaar te houden voor nieuwkomers.

Het zesde criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG bepaalt dat het toewijzingsplan informatie bevat over de manier waarop nieuwkomers in een lidstaat aan het systeem van de handel in broeikasgasemissierechten kunnen gaan deelnemen.

Richtsnoer 55 vermeldt dat een lidstaat nieuwkomers onder meer de gelegenheid biedt aan het systeem deel te nemen door in het kader van het toewijzingsplan een reserve aan te leggen waaruit nieuwkomers kosteloos broeikasgasemissierechten krijgen toegewezen. Indien een lidstaat beslist een dergelijke reserve aan te leggen, beveelt de Commissie in richtsnoer 61 aan de broeikasgasemissierechten toe te wijzen volgens het beginsel dat wie het eerst komt het eerst maalt, en in richtsnoer 64 geen afzonderlijke reserves voor specifieke activiteiten, technologieën of doeleinden in het leven te roepen.

Gezien deze aanbevelingen en de uitleg van het zesde criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG is de Afdeling van oordeel dat de door Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products gestelde toekomstige omstandigheid waarbij de vraag naar broeikasgasemissierechten uit de reserve de beschikbare hoeveelheid overschrijdt, niet in strijd kan komen met artikel 11, derde lid, laatste volzin, van die richtlijn.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling het maken van onderscheid

tussen bekende en onbekende nieuwkomers niet in strijd met Richtlijn 2003/87/EG of met enige rechtsregel of rechtsbeginsel. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products is in zoverre ongegrond.

2.7.21. Pergen voert aan dat zij ten onrechte geen broeikasgasemissierechten heeft toegewezen gekregen. Zij stelt dat zij aangemerkt had moeten worden als 'bekende nieuwkomer', omdat de door haar op te richten cogeneratie-installatie bekend was bij het bevoegd gezag, nu voor deze installatie de startnotitie mer op 15 oktober 2003 bij het bevoegd gezag is ingediend en een concept van de Wm-vergunningaanvraag is overgelegd. Volgens Pergen kan het aantal broeikasgasemissierechten dat aan haar toegewezen zal worden dan ook precies worden berekend. Zij stelt zich in dit kader op het standpunt dat de in bijlage C bij het toewijzingsplan opgenomen rekenregels ten onrechte strenger zijn dan de regels uit het algemene gedeelte van het toewijzingsplan. Ter zitting heeft zij nog aangevoerd dat het in het toewijzingsplan gemaakte onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers niet op de Wet milieubeheer berust.

Naar aanleiding van het gewijzigd toewijzingsbesluit voert Pergen aan dat verweerders daarin ten onrechte de criteria inzake bekende en onbekende nieuwkomers uit het toewijzingsplan hebben gehanteerd, nu artikel 5 van het gewijzigd toewijzingsbesluit als enig vereiste om aanspraak te kunnen maken op de beschikbare broeikasgasemissierechten voor nieuwkomers inhoudt dat inrichtingen ná 30 december 2004 feitelijk in werking zullen zijn gesteld. Zij stelt hieraan te voldoen en acht de toelichting bij het gewijzigd toewijzingsbesluit strijdig met de tekst van artikel 5 van dat besluit. Voorts voert Pergen aan dat verweerders in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit ten onrechte niet hebben gemotiveerd waarom zij niet als 'bekende nieuwkomer' is aangemerkt.

2.7.22. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat de cogeneratie-installatie niet voldoet aan de criteria voor bekende nieuwkomers en als 'onbekende nieuwkomer' moet worden aangemerkt. Ter zitting hebben zij toegelicht dat niet met voldoende zekerheid kon worden vastgesteld dat deze installatie in de planperiode 2005-2007 zou worden opgestart. Verweerders verwijzen in dit kader naar door Pergen opgegeven verschillende opstartdata van de cogeneratie-installatie.

2.7.23. Artikel 5 van het gewijzigd toewijzingsbesluit bepaalt, voorzover thans van belang, dat van het totale aantal broeikasgasemissierechten 6.922.709 broeikasgasemissierechten beschikbaar worden gehouden om in de planperiode 2005 tot en met 2007 te kunnen worden toegewezen aan inrichtingen als bedoeld in artikel 16.25, tweede lid, onder a en b, van de Wet Milieubeheer, waarbij het gedeelte bedoeld onder a beschikbaar wordt gehouden voor inrichtingen die ná 30 december 2004 feitelijk in werking zullen zijn gesteld. In de toelichting op dit artikel wordt in dit kader nader ingegaan op het in het toewijzingsplan gemaakte onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers.

Artikel 6 van het gewijzigd toewijzingsbesluit bepaalt dat de motivering bij dit besluit is vervat in de bij dit besluit behorende bijlagen 1, 3 en 4 en dat die motivering in dit artikel 6 als herhaald en ingelast wordt beschouwd.

2.7.24. Vooreerst stelt de Afdeling vast dat verweerders in bijlage 3 behorende bij het (gewijzigd) toewijzingsbesluit hebben aangegeven waarom Pergen is aangemerkt als 'onbekende nieuwkomer'.

Zoals hiervoor onder 2.7.3. is overwogen, acht de Afdeling het maken van onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers niet in strijd met Richtlijn 2003/87/EG of met enige rechtsregel of rechtsbeginsel. De Afdeling overweegt dat de in bijlage C bij het toewijzingsplan opgenomen rekenregels deel uitmaken van het toewijzingsplan. De eis 'vóór 31 december 2003 bekend bij het bevoegd gezag' is in de rekenregels geconcretiseerd als 'een aanvraag of melding te hebben ingediend bij het bevoegd gezag'. Artikel 5 van het gewijzigd toewijzingsbesluit, gelezen in samenhang met de toelichting op dit artikel, die krachtens artikel 6 deel uitmaakt van dat besluit, sluit aan bij het in het toewijzingsplan gemaakte onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers. Ter zitting is komen vast te staan dat voor de cogeneratie-installatie niet vóór 31 december 2003 een vergunning ingevolge hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer is aangevraagd. Bij die gelegenheid heeft Pergen niet kunnen aangeven wanneer in de maanden ná 31 december 2003 een Wm-vergunning bij het bevoegd gezag is ingediend. De Afdeling stelt op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting verder vast dat Pergen in diverse brieven verschillende opstartdata van de cogeneratie-installatie heeft opgegeven, in tijd variërend van 1 oktober 2006 tot 15 september 2007.

Gezien deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat verweerders de cogeneratie-installatie van Pergen terecht als een 'onbekende nieuwkomer' hebben aangemerkt. Voorzover Pergen met haar beroep beoogt zeker te stellen dat er te zijner tijd voldoende broeikasgasemissierechten in depot zijn voor de toewijzing aan Pergen, overweegt de Afdeling dat het inherent is aan het gemaakte onderscheid tussen bekende en onbekende nieuwkomers dat onbekende nieuwkomers niet dezelfde zekerheid hebben over de toewijzing van broeikasgasemissierechten als bekende nieuwkomers. Het beroep van Pergen is in zoverre ongegrond.

2.7.25. E.ON acht het vereiste dat, om in aanmerking te kunnen komen voor broeikasgasemissierechten, een uitbreiding van een inrichting van minimaal 10% van de bestaande capaciteit van de proceseenheid moet zijn, onevenredig, omdat dit betekent dat een inrichting met een grote capaciteit, zoals de Maasvlaktecentrale van E.ON, meer moet uitbreiden dan een inrichting met een kleinere capaciteit.

2.7.26. Gesteld noch gebleken is dat ten tijde van het nemen van het (gewijzigd) toewijzingsbesluit sprake was van een uitbreiding van de Maasvlaktecentrale. De beroepsgrond richt zich derhalve niet tegen de - al of niet juiste - toepassing van de rekenregel in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit. Het beroep van E.ON is in zoverre ongegrond.

2.8. Kolenconvenant

2.8.1. In het toewijzingsplan is overwogen dat de Richtlijn van 27 september 2001 (2001/77/EG) betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (Pb L283/33, 27 oktober 2003, hierna: Richtlijn duurzame energie) vereist dat duurzaam opgewekte elektriciteit een aandeel van 9% van het Nederlandse elektriciteitsverbruik in 2010 moet hebben. Dit wordt deels ingevuld met bijstook van biomassa in kolencentrales. De overheid heeft daartoe in 2002 met de sector een convenant gesloten (bedoeld wordt het Kolenconvenant). In dit convenant is afgesproken dat producenten in totaal 3,2 Mton CO₂ minder zullen uitstoten in de periode 2008-2012 door biomassa in plaats van kolen in kolencentrales te verstoken. Er is voor iedere inrichting een aparte afspraak gemaakt. In het toewijzingsplan wordt ervan uitgegaan dat 37,5% (1,2 Mton CO₂-emissie per jaar) van deze afspraken gerealiseerd zal zijn in de

planperiode 2005 tot en met 2007 door alle inrichtingen waarop dit convenant betrekking heeft (de zogeheten kolenconvenantaf trek). Deze inrichtingen worden volgens het toewijzingsplan dienovereenkomstig gekort bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten. De extra regel van hoofdstuk 5 van de rekenregels bepaalt dat voor deze biomassa-inzet geen CO₂-emissierechten worden verstrekt.

Artikel 2, eerste lid, van het Kolenconvenant bepaalt dat de productiebedrijven in hun huidige kolencentrales (3875 MWe) en kolenvergasser (253 MWe) in toenemende mate biomassa zullen inzetten teneinde in de eerste budgetperiode 2008-2012 uit het Kyoto-Protocol een situatie te bereiken waarbij de biomassa-inzet op jaarbasis gemiddeld genomen correspondeert met 503 MWe vermogen, uitmondend in 3,2 Mton CO₂-emissiereductie. Indien de bedrijfstijd van de centrale afwijkt van de hierbij aangenomen 7500 draaiuren per jaar, wordt hiervoor gecorrigeerd. In het tweede lid van dit artikel is tevens de individueel te bereiken CO₂-emissiereductie per productiebedrijf opgenomen. Verweerders streven er volgens artikel 10, eerste lid, van het Kolenconvenant naar de biomassa-inzet, voorzover nodig, generiek te blijven stimuleren met fiscale, financiële of andere instrumenten.

2.8.2. Verweerders stellen dat in het toewijzingsplan en bij de individuele toewijzing van de broeikasgasemissierechten zoveel mogelijk rekening is gehouden met de in het Kolenconvenant overeengekomen afspraken. Ter zitting hebben zij gesteld dat gezien het feit dat op het moment van het opstellen van het toewijzingsplan de jaarlijkse draaiuren in de planperiode 2005-2007 niet bekend waren, er voor gekozen is de reductiedoelstelling te koppelen aan een percentage en uit te gaan van 7500 draaiuren per jaar. Dit omdat anders in strijd met artikel 11 van Richtlijn 2003/87/EG, in samenhang gezien met het tiende criterium van Bijlage III bij deze richtlijn, achteraf broeikasgasemissierechten zouden moeten worden toegewezen. De doelstelling van 1,2 Mton vermeden CO₂-reductie zou mogelijk niet bereikt kunnen worden, als in het toewijzingsplan was opgenomen dat rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijk gemaakte draaiuren in de centrales in de referentie jaren, aldus verweerders.

In de jaren 2001 en 2002, de jaren op basis waarvan de historische emissies zijn vastgesteld, werd in totaal ongeveer 1 Mton CO₂-reductie behaald door de inzet van biomassa.

Aanvankelijk was bij het opstellen van het toewijzingsplan het uitgangspunt dat in de planperiode 50% van de afspraken uit het Kolenconvenant gerealiseerd zou kunnen zijn. Gezien de in de installaties te plegen investeringen en opstartproblemen met het bijstoken van biomassa, is - na overleg met de sector - in het toewijzingsplan uiteindelijk 37,5% als doelstelling opgenomen. Daarnaast stellen verweerders dat, indien in het toewijzingsplan geen rekening zou zijn gehouden met de reeds ingezette biomassa, de betreffende inrichtingen ten onrechte meer broeikasgasemissierechten zouden krijgen toegewezen dan noodzakelijk is, hetgeen in strijd is met het eerste criterium van bijlage III behorende bij Richtlijn 2003/87/EG.

Voorts hebben verweerders ter zitting aangegeven dat het Kolenconvenant weliswaar een doelstelling heeft in de periode 2008-2012, maar dat wordt uitgegaan van een geleidelijke afbouw van de CO₂-emissies vanaf het moment waarop het Kolenconvenant is gesloten. Om deze afbouw te bevorderen is in het kader van de Regeling subsidiebedragen milieukwaliteit elektriciteitsproductie (hierna: Regeling MEP) subsidie voor het opwekken van energie met behulp van biomassa beschikbaar. De Regeling MEP is één van de instrumenten waarmee de inzet van biomassa generiek wordt gestimuleerd.

2.8.3. Electrabel stelt ten aanzien van haar elektriciteitscentrale Gelderland dat verweerders ten onrechte geen rekening hebben gehouden met de in het Kolenconvenant gemaakte

afspraken met betrekking tot de CO₂-emissie. Zij voert in dit kader aan dat ten onrechte de in het Kolenconvenant opgenomen reductieverplichting in tijd naar voren is geschoven zonder dat verweerders de stimuleringsverplichtingen uit het Kolenconvenant nakomen. Daarnaast stelt zij dat ten onrechte geen rekening wordt gehouden met een correctie voor het aantal draaiuren in haar centrale Gelderland, terwijl in het Kolenconvenant wel in een dergelijke correctie is voorzien. Volgens haar hadden verweerders hier analoog de rekenregels van hoofdstuk 8 (bijzondere omstandigheden) moeten toepassen. Ter zitting heeft Electrabel nog aangevoerd dat nu verweerders in het gewijzigd toewijzingsbesluit ten aanzien van de Willem-Alexandercentrale van Power Buggenum wél hebben aangesloten bij de afspraken uit het Kolenconvenant, zij dit ten aanzien van de draaiurencorrectie ook hadden dienen te doen. Ook EPZ voert ten aanzien van haar elektriciteitscentrale Borssele aan dat het Kolenconvenant betrekking heeft op de periode 2008-2012. Zij acht verder het in het toewijzingsplan opgenomen percentage van 37,5% ter reductie van de CO₂-emissie onvoldoende gemotiveerd en bovendien onzorgvuldig nu dit percentage slechts gebaseerd is op een schatting. Daarnaast stelt zij dat, als desondanks mag worden uitgegaan van 37,5% reductie, de korting van broeikasgasemissierechten moet worden beoordeeld aan de hand van de uitgangspunten van het Kolenconvenant.

Power Buggenum voert ten aanzien van haar Willem-Alexandercentrale aan dat nu per 10 mei 2005 de subsidies voor biomassaprojecten op grond van de Regeling MEP zijn stopgezet, er geen rechtmatige grondslag meer is voor de kolenconvenantattrek als bedoeld in het toewijzingsplan. Zij wijst in dit kader naar het concept-toewijzingsplan van 13 april 2003, waarin voor de inzet van biomassa (financiële) zekerheid is toegezegd door middel van MEP-subsidies.

2.8.4. Niet bestreden is dat Electrabel, EPZ en Power Buggenum, in overeenstemming met het bepaalde in het toewijzingsplan, zijn gekort bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten.

De Afdeling stelt vast dat ingevolge de Regeling MEP subsidie beschikbaar is voor het opwekken van energie met behulp van biomassa. De subsidiebedragen voor nieuwe aanvragen voor onder meer de categorie grootschalige zuivere biomassa zijn blijkens de overgelegde stukken vanaf 10 mei 2005 in beginsel stopgezet omdat de doelstelling van de Richtlijn duurzame energie, te weten een aandeel van duurzaam opgewekte elektriciteit van 9% van het Nederlands elektriciteitsverbruik in 2010, is bereikt. Verder is in het Kolenconvenant bepaald dat de productiebedrijven in hun huidige kolencentrales in toenemende mate biomassa zullen inzetten teneinde in 2008-2012 bepaalde reductiedoelstellingen te behalen. Voorts moet het toewijzingsplan ingevolge het vierde criterium, eerste zin, van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG in overeenstemming zijn met andere wetgevende instrumenten en beleidsinstrumenten van de Gemeenschap.

Gelet op het vorenstaande ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders, wat betreft de keuze om een deel van de afspraken in de planperiode 2005-2007 te realiseren alsmede wat betreft de keuze om de reductiedoelstelling te koppelen aan een percentage van 37,5, bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG of de Richtlijn duurzame energie. Ook is in zoverre niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat zij, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot de keuze hadden kunnen komen om een deel van de afspraken in de planperiode 2005-2007 te realiseren alsmede de reductiedoelstelling te koppelen aan een percentage van 37,5. Evenmin is er in zoverre sprake van strijd met een

andere rechtsregel of rechtsbeginsel. Hierbij is in aanmerking genomen dat in de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004 (COM (2004) 500 definitief) over de beschikking van de Commissie betreffende het toewijzingsplan voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten van onder meer Nederland, is overwogen dat met de Richtlijn duurzame energie rekening moet worden gehouden bij de opstelling van het toewijzingsplan. Daartoe moet blijken de mededeling op het gebied stroomopwekking in een geringer aantal broeikasgasemissierechten worden voorzien dan anders het geval zou zijn. De Commissie heeft het toewijzingsplan bevonden in overeenstemming met de Richtlijn duurzame energie. In die mededeling wordt verder overwogen dat achteraf (na de goedkeuring van het toewijzingsplan door de Commissie) te verrichten aanpassingen van toewijzingen van broeikasgasemissierechten, gelet op artikel 11 van Richtlijn 2003/87/EEG in samenhang bezien met het tiende criterium van Bijlage III bij deze richtlijn, niet mogelijk zijn, behoudens in geval van overmacht.

Wat betreft de grond van Power Buggenum dat door het stopzetten van subsidiebedragen ingevolge de Regeling MEP er geen rechtmatige grondslag meer is voor de kolenconvenantafrek, overweegt de Afdeling dat aan het toewijzingsplan niet de verwachting kan worden ontleend dat verweerders bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten rekening dienen te houden met het al dan niet verlenen van subsidiebedragen voor de inzet van biomassa op grond van de Regeling MEP. Dat Power Buggenum blijken het verhandelde ter zitting voor haar kolencentrales geen dan wel nauwelijks subsidie op grond van de Regeling MEP heeft aangevraagd, maakt dat gelet op het vorenstaande niet anders. De vraag of het op nul stellen van bedoelde subsidiebedragen rechtmatig is, is in deze procedure uiteraard niet aan de orde.

Wat betreft de grond van Electrabel dat verweerders ten aanzien van de Willem-Alexandercentrale wel aansluiting hebben gezocht bij de afspraken uit het Kolenconvenant en ten aanzien van de draaiuren in de referentieperiode niet, overweegt de Afdeling als volgt. In het gewijzigd toewijzingsbesluit hebben verweerders in de berekening van het aantal toe te wijzen broeikasgasemissierechten voor de Willem-Alexandercentrale een deel van de inzet van aardgas in deze centrale beschouwd als steenkool omdat in het Kolenconvenant de inzet van aardgas uitdrukkelijk als reductiemaatregel wordt gezien. Dit heeft voor de Willem-Alexandercentrale geleid tot een verhoging van de historische emissies in de referentie jaren. Op de (verhoogde) emissie is een korting toegepast overeenkomstig het toewijzingsplan. Hieruit volgt dat verweerders óók ten aanzien van de Willem-Alexandercentrale zijn uitgegaan van een bedrijfstijd van 7500 draaiuren per jaar en dat zij geen rekening hebben gehouden met het feitelijk aantal draaiuren in de referentieperiode.

Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Electrabel, Nuon Power Buggenum en EPZ in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Wat betreft de door Electrabel gewenste correctie voor het geringer aantal draaiuren van haar centrale Gelderland in de referentie jaren 2001 en 2002, overweegt de Afdeling dat de beoogde inzet van biomassa in die periode procentueel bezien geen sterk vertekend beeld geeft ten opzichte van de beoogde inzet van biomassa bij 7500 draaiuren in vergelijking met het totaal van de in haar inrichting in te zetten brandstoffen. De beroepen van Electrabel, van EPZ en van Power Buggenum zijn in zoverre ongegrond.

2.9. Energie-efficiency en bèta-factor

2.9.1. In het toewijzingsplan is aangegeven dat bij de toewijzing van CO₂-emissierechten rekening zal worden gehouden met vroegtijdige maatregelen als bedoeld in het zevende

criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG. In dit verband worden de volgende categorieën gehanteerd:

1. Inrichtingen die uiterlijk 31 januari 2004 het convenant Benchmarking hebben ondertekend en die uiterlijk op die datum een bij het convenant behorend energie-efficiencyplan hebben overgelegd met een vastgestelde wereldtop. In die gevallen is de werkelijke energie-efficiency vergeleken met de bestaande benchmark van het desbetreffende proces, geactualiseerd voor het jaar 2001. De te berekenen energie efficiencyfactor (hierna: bèta-factor) is niet lager dan 0,85 en niet hoger dan 1,1. Indien wordt voldaan aan afspraken uit het convenant Benchmarking wordt een bèta-factor van 1 gehanteerd.

2. Inrichtingen die uiterlijk 31 januari 2004 de Meerjarenafpraak Energie efficiency hebben getekend en uiterlijk op die datum een daarbij behorend (goedgekeurd) energiebesparingsplan hebben. In die gevallen is de energie-efficiency berekend op basis van zekere energie-efficiencymaatregelen met een terugverdientijd van 5 jaar en minder. De te berekenen bèta-factor is niet lager dan 0,85 en niet hoger dan 1,1.

3. Inrichtingen die op 1 februari 2004 onder geen enkele afspraak vallen of op die datum geen (door het bevoegd gezag) goedgekeurd energiebesparingsplan hebben. In die gevallen is verondersteld dat de energie-efficiency in de jaren 2005-2007 15% verbeterd zal zijn ten opzichte van 2001 en 2002. Indien evenwel een bedrijf objectief heeft kunnen aantonen dat het een aan de convenanten vergelijkbare inspanning heeft geleverd, wordt de bèta-factor 1 voor de relatieve energie-efficiency gehanteerd.

2.9.2. Verweerders stellen dat in het toewijzingsplan en bij de individuele toewijzing van de broeikasgasemissierechten zoveel mogelijk rekening is gehouden met de in het convenant Benchmarking overeengekomen afspraken. Zij stellen dat Richtlijn 2003/87/EG het mogelijk maakt vroegtijdige maatregelen te belonen door middel van differentiatie in de hoogte van de bèta-factor. Bovendien volgt volgens verweerders uit het tiende criterium van bijlage III en uit artikel 11 van Richtlijn 2003/87/EG dat een lidstaat voordat de planperiode begint een besluit moet nemen over de absolute hoeveelheden broeikasgasemissierechten die in totaal en aan de exploitant van elke installatie worden toegewezen, dat dit besluit niet kan worden herzien en dat broeikasgasemissierechten niet opnieuw kunnen worden toegewezen door ze op te tellen bij of af te trekken van de hoeveelheid die voor elke exploitant is bepaald op grond van een overheidsbesluit of een vooraf vastgestelde regel.

Ten aanzien van de aftopping van de energie-efficiency tot 10% als hiervoor bedoeld onder 2.9.1., onder 1. en 2., hebben verweerders in het verweerschrift en ter zitting betoogd dat Richtlijn 2003/87/EG het mogelijk maakt vroegtijdige maatregelen te belonen. Verder hebben zij zich op het standpunt gesteld dat deze richtlijn zich verzet tegen overallocatie, omdat in het vijfde criterium van bijlage III in het bijzonder is verwezen naar de verdragsbepalingen over staatssteun en dat mede op grond van informatie vanuit de Commissie de aftopping is gemaximeerd op 10%. Voorts hebben verweerders ter zitting betoogd dat in 2003 onder meer door middel van nieuwsbrieven, enquêtes, conferenties en hun website bekendheid is gegeven aan het belang van deelname aan het convenant Benchmarking en de MJA2. Zij stellen zich tevens op het standpunt dat voor de mogelijkheid om door de afzonderlijke bedrijven aan te tonen dat hun energie-efficiency gelijkwaardig is aan de wereldtop, is voorzien in een zorgvuldige procedure waaraan voldoende bekendheid is gegeven.

Verweerders hebben ter zitting toegelicht dat bij het vaststellen van de afstand tot de wereldtop (hierna: ATW) is gekozen voor het jaar 2001 als uitgangspunt aangezien dat jaar moet worden beschouwd als het midden van de periode vanaf het benchmarkjaar tot aan het

einde van de referentieperiode. In bijzondere omstandigheden bestaat de mogelijkheid voor de correctie de Energie Efficiency Index 2002 (hierna: EEI2002) te gebruiken.

2.9.3. Gegeven de ruimte die Richtlijn 2003/87/EG de lidstaten laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd, ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders wat betreft de rekenregels voor de beoordeling van energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG. Ook is niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat verweerders, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot de rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de bèta-factor hebben kunnen komen. Evenmin is in zoverre sprake van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.

2.9.4. Yara en Air Liquide, deze laatste wat betreft haar installaties te Rozenburg en Bergen op Zoom, achten het onjuist dat de positieve waardering voor energie-efficiency is gesteld op 10%. Zij hebben daartoe gewezen op de inspanningen die in hun inrichtingen zijn verricht om in het kader van het convenant Benchmarking de CO₂-emissies te reduceren. Zij zijn van mening dat de onderhavige rekenregel betekent dat het convenant Benchmarking niet geheel wordt nagekomen, hetgeen zij in strijd achten met het vertrouwensbeginsel.

Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products achten het onjuist dat is afgeweken van de afspraken die zijn gemaakt in het kader van het convenant Benchmarking. Zij zijn van mening dat Richtlijn 2003/87/EG ruimte laat dit convenant in zijn geheel toe te passen en dat het toewijzingsplan de mogelijkheid van ex-post aanpassingen op de toewijzing van broeikasgasemissierechten had moeten bevatten. Voorts achten zij de aftopping van de positieve waardering voor energie-efficiency tot 10% in strijd met het convenant Benchmarking en met Richtlijn 2003/87/EG, omdat verdere reductie van CO₂-emissies niet meer wordt gestimuleerd. Verder hebben zij betoogd dat voor Chemelot geldt dat de begrenzing van haar inrichting tot gevolg heeft dat een nabijgelegen WKC-installatie met een afzonderlijke vergunning ingevolge de Wet milieubeheer als een afzonderlijke installatie is aangemerkt, hetgeen van invloed is op de energie-efficiency.

2.9.5. Verweerders hebben ter zitting toegelicht dat de energie-efficiency van Chemelot minder dan 110%, van DSM Anti-Infectives 135,2% en van DSM Special Products ongeveer 105% bedraagt, indien in de berekeningen wordt uitgegaan van de Energie Efficiency Index van 2001.

Wat betreft de beroepsgronden van Yara en Air Liquide stellen verweerders zich op het standpunt dat de inspanningen van deze inrichtingen zijn beloond door het toepassen van een bèta-factor van 1,1. De aftopping tot 10% is nodig om te voorkomen dat de inrichtingen meer broeikasgasemissierechten toegewezen krijgen dan noodzakelijk en om te voorkomen dat de inrichtingen onrechtmatig worden bevoordeeld.

2.9.6. De Afdeling stelt allereerst vast dat ondernemingen door deelname aan het convenant Benchmarking wat betreft hun energie-intensieve inrichtingen beogen op het gebied van energie-efficiency blijvend tot de wereldtop te behoren en daarmee een maximale bijdrage te leveren aan het realiseren van de nationale broeikasgasemissiereductiedoelstellingen.

Ten aanzien van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products is niet gebleken dat verweerders een verkeerde uitleg hebben gegeven aan de begrippen 'inrichting' en 'installatie'.

Ten aanzien van Yara, Air Liquide, Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products is evenmin gebleken dat verweerders in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit de regels in het toewijzingsplan voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor onjuist hebben toegepast.

Er is voorts geen grond om ervan uit te gaan dat in het kader van het convenant Benchmarking rechtens te honoreren verwachtingen zijn gewekt inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten op grond waarvan verweerders ten aanzien van Yara, Air Liquide, Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products zouden moeten afwijken van de onderhavige rekenregel.

Zoals hiervoor onder 2.9.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor aanvaardbaar.

Zoals hiervoor onder 2.6.5. is overwogen, is de Afdeling van oordeel dat artikel 11, eerste lid, en het tiende criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG zich verzetten tegen de mogelijkheid tot ex-post aanpassingen. Ook overigens kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Yara, Air Liquide, Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. De beroepen van Yara, van Air Liquide en van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products zijn in zoverre ongegrond.

2.9.7. DSM Special Products acht het onjuist dat bij het vaststellen van de ATW wordt uitgegaan van de EEI2001 van haar inrichting ten opzichte van het benchmarkjaar 1999, nu bij het vaststellen van de historische emissies beide referentiejaar wel een rol spelen. Dit leidt haars inziens tot ongelijke behandeling tussen inrichtingen die in 2001 en inrichtingen die in 2002 hun energie-efficiency hebben verbeterd. Ter zitting heeft DSM Special Products gesteld dat het jaar 2001 voor het bepalen van de ATW voor haar inrichting niet representatief was vanwege problemen met de productie.

2.9.8. In paragraaf 6.1 van de rekenregels is aangegeven dat de ATW bij deelnemers aan het convenant Benchmarking moet worden vastgesteld aan de hand van de correctieregel ATW. In de formule om de bèta-factor te bepalen zorgt de factor met het quotiënt van de EEI voor compensatie van besparingen en ontsparingen in de periode tussen het benchmarkjaar en de basisjaren 2001 en 2002. De EEI wordt vastgesteld aan de hand van het monitoringsrapport over 2001 van de desbetreffende inrichting. Indien het jaar 2001 door bijzondere omstandigheden niet representatief is, dan kan het VBE voor de correctie de EEI2002 gebruiken.

2.9.9. Verweerders hebben zich op het standpunt gesteld dat DSM Special Products niet heeft gemeld welke specifieke problemen er in haar inrichting waren.

2.9.10. Niet is gebleken dat verweerders de correctieregel ATW voor het bepalen van de ATW onjuist hebben toegepast. Zoals hiervoor onder 2.9.3. is overwogen, acht de Afdeling de regels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor aanvaardbaar. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de EEI2001 een verkeerd beeld geeft van de ATW, zodat niet op goede gronden kan worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door DSM Special Products in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van de rekenregels van het toewijzingsplan. Het beroep van DSM Special Products is in zoverre ongegrond.

2.9.11. Timmerman en Oldambt betogen dat, hoewel zij geen deelnemers zijn aan het convenant Benchmarking en de MJA2, de bedrijfsvoering in hun inrichtingen wat betreft energie-efficiency behoort tot de wereldtop. In dit verband is gewezen op een aantal getroffen maatregelen. Verder is volgens hen de mogelijkheid om deel te nemen aan deze energieconvenanten nooit ter kennis gebracht van de bedrijfstak. Ook is volgens hen onvoldoende actief gewezen op de mogelijkheid om voor verificatie en toetsing van de energie-efficiency als aangegeven in hoofdstuk 4 van de rekenregels van het toewijzingsplan in aanmerking te komen. Timmerman en Oldambt stellen dat hun concurrentiepositie wordt verslechterd omdat in hun geval de bèta-factor op 0,85 is gesteld.

Aviko B.V. (hierna: Aviko) betoogt dat ten onrechte een bèta-factor van 0,85 in plaats van 1,0 of eventueel 0,95 is gehanteerd, omdat (het voornemen voor) de regel dat bij deelname aan de MJA2 een bèta-factor van 1,0 wordt gehanteerd te laat bekend is geworden. Verder stelt zij dat de bedrijfsvoering in haar inrichting gelijkwaardig is aan die van een MJA-bedrijf. Zij heeft erop gewezen dat de branche-organisatie voor de aardappelverwerkende industrie zich op 14 januari 2004 heeft aangemeld voor de MJA2, en zichzelf zich op 27 januari 2004 individueel heeft aangemeld voor de MJA2 en daarbij onder meer een energiebesparingsplan heeft overgelegd.

2.9.12. Verweerders hebben ter zitting gewezen op de wijze waarop bekendheid is gegeven aan het belang van deelname aan het convenant Benchmarking en de MJA2. Verder is gewezen op de in het toewijzingsplan aangegeven mogelijkheid om aan te tonen dat de energie-efficiency gelijkwaardig is aan de wereldtop. Daarbij gaat het om maatregelen waarvan zeker is dat zij getroffen worden.

2.9.13. De aanmelding van Aviko voor MJA2 en de inlevering door haar van een energiebesparingsplan neemt niet weg dat op 1 februari 2004 geen sprake was van deelname aan MJA2 en het beschikken over een goedgekeurd energiebesparingsplan. Zij behoort derhalve evenals Timmerman en Oldambt tot de categorie bedrijven die op 1 februari 2004 onder geen enkele afspraak (convenant Benchmarking/MJA2) vielen of die op die datum nog geen goedgekeurd energiebesparingsplan hadden.

De Afdeling is van oordeel dat verweerders genoegzaam aannemelijk hebben gemaakt dat voor de bedrijfstakken waartoe Timmerman, Oldambt en Aviko behoren, geldt dat in een vroegtijdig stadium het onderhavige aspect van broeikasgasemissiehandel bekend was. Het feit dat Timmerman, Oldambt en Aviko geen deel hebben genomen aan het convenant Benchmarking dan wel de MJA2 is een omstandigheid is die voor hun risico komt. Verder acht de Afdeling aannemelijk dat bedrijven die niet aan genoemde convenanten deelnamen, de mogelijkheid hebben aan te tonen dat een aan de convenanten vergelijkbare inspanning was geleverd. Er is geen grond om ervan uit te gaan dat verweerders de gegevens van Timmerman, Oldambt en Aviko inzake de energie-efficiency niet zorgvuldig hebben beoordeeld. Voorts is niet gebleken dat verweerders de regels in het toewijzingsplan voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.9.3. is overwogen, acht de Afdeling rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Timmerman, Oldambt en Aviko in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. De beroepen van Timmerman, van Oldambt en van Aviko zijn (in zoverre) ongegrond.

2.9.14. Glaverbel stelt dat toewijzing van broeikasgasemissierechten op basis van onder meer de ATW in haar geval niet redelijk is, nu zij geen maatregelen kan treffen om deze afstand te overbruggen totdat haar vlakglasoven in 2012 wordt gereviseerd. Zij voegt hieraan toe dat in het kader van het convenant Benchmarking is onderkend dat het niet mogelijk is energie-efficiency maatregelen te treffen totdat de revisie plaatsvindt. Glaverbel stelt voorts dat de energie-efficiency van de vlakglasoven jaarlijks verslechtert door het veelvuldig gebruik ervan.

2.9.15. In het toewijzingsplan is aangegeven dat voor de vergunninghouder van een inrichting die deelneemt aan het convenant Benchmarking geldt dat de ATW wordt meegenomen bij de vaststelling van de broeikasgasemissierechten. Tijdens de eerste benchmarkronde in 1999 en 2000 zijn de ATW's per inrichting vastgesteld door internationale vergelijking van productieprocessen volgens een systeem van benchmarking. Voor bedrijven die beter zijn dan de wereldtop leidt de rekenregel tot extra broeikasgasemissierechten.

2.9.16. Verweerders hebben ter zitting gesteld dat in het toewijzingsplan ervoor is gekozen om aan te sluiten bij de energie-efficiency convenanten en dat bij het bepalen van de hoogte van de bèta-factor rekening wordt gehouden met vroegtijdige maatregelen. Indien inrichtingen beter presteren dan zij ingevolge de convenanten zouden moeten doen, dan worden zij daarvoor beloond. Verder hebben verweerders aangevoerd dat de omstandigheden dat geen maatregelen kunnen worden getroffen om de energie-efficiency te verbeteren en dat de energie-efficiency jaarlijks verslechtert, tot het normale bedrijfsrisico behoren.

2.9.17. Vaststaat dat Glaverbel deelneemt aan het convenant Benchmarking en dat voor haar inrichting een bèta-factor van 0,956 is vastgesteld. Niet bestreden is dat zij geen maatregelen kan treffen om de energie-efficiency te verbeteren totdat de vlakglasoven wordt gereviseerd en dat de energie-efficiency tot die tijd jaarlijks verslechtert. Deze omstandigheden betekenen niet dat de energie-efficiency en de bèta-factor onjuist zijn vastgesteld. Niet is gebleken dat verweerders de regels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.9.3. is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor aanvaardbaar.

Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Glaverbel in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Glaverbel is in zoverre ongegrond.

2.9.18. Gresnigt, Eurogen en Enecal achten het onjuist dat het rendement van de WKC-installatie wordt gesteld op 1,1. Volgens Gresnigt bedraagt de energie-efficiency van de WKC in haar inrichting 1,49, volgens Eurogen bedraagt de energie-efficiency van de WKC in haar inrichting circa 1,35 en volgens Enecal bedraagt de energie-efficiency van de WKC in haar inrichting circa 1,2.

2.9.19. Verweerders hebben ter zitting een nadere toelichting gegeven op de ten aanzien van WKC's te hanteren uitgangspunten. De aftopping van de energie-efficiency volgt uit het algemeen deel van het toewijzingsplan in samenhang met paragraaf 6.3 van de rekenregels.

2.9.20. Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor onjuist hebben toegepast.

Zoals hiervoor onder 2.9.3 is overwogen, acht de Afdeling de rekenregels voor de beoordeling van de energie-efficiency en de vaststelling van de bèta-factor aanvaardbaar. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Gresnigt, Eurogen en Enecal in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. De beroepen van Gresnigt, van Eurogen en van Enecal zijn in zoverre ongegrond.

2.9.21. Gresnigt en Seasun achten het onjuist dat in geval van tuinbouwbedrijven zonder WKC-installatie wordt uitgegaan van een bèta-factor van 0,85.

2.9.22. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat beide bedrijven een WKC-installatie hebben en dat in beide gevallen niet is uitgegaan van een bèta-factor van 0,85. De beroepsgronden richten zich derhalve niet tegen de - al dan niet juiste - toepassing van de rekenregel in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit. De beroepen van Gresnigt en van Seasun zijn in zoverre ongegrond.

2.10. Groeipercentages

2.10.1. Glaverbel, EPZ, Yara, Elsta en Air Liquide, deze laatste wat betreft haar installaties te Bergen op Zoom, voeren aan dat verweerders zijn uitgegaan van onjuiste dan wel onvoldoende onderbouwde gegevens betreffende de sectorale groei.

E.ON voert aan dat de inrichtingen die zijn ingedeeld in de sector joint ventures worden bevoordeeld omdat zij - in tegenstelling tot de sector elektriciteitsproductie, waarbij E.ON is ingedeeld - niet worden belast met de bijstelling van de groeifactor veroorzaakt door de nieuwkomers in elektriciteitsproductie. Daarnaast voert zij aan dat in het toewijzingsplan de correctie van het groeipercentage vanwege nieuwkomers voor de elektriciteitsproductie ten onrechte niet is gemotiveerd en dat ten onrechte geen rekening is gehouden met het verschil in marktpositie tussen kolencentrales en gasgestookte centrales.

2.10.2. Het algemeen deel van het toewijzingsplan en de rekenregels bevatten regels voor de groei in de jaren 2003 tot en met 2006. De groeipercentages zijn gelijk voor de inrichtingen die tot dezelfde sector behoren en zijn gebaseerd op verwachtingen van Energieonderzoek Centrum Nederland (hierna: ECN) voor de 'fysieke groei' per sector, met uitzondering van de raffinagesector.

Voor de vaststelling van de groeipercentages zijn de volgende rekenregels toegepast:

- Voor de allocatie worden CO₂-emissierechten toegekend voor de te verwachten groei voor 2003 tot en met 2006. Hierbij is uitgegaan van de veronderstelling dat de procentuele groei voor ieder jaar gelijk is.
- Reductiegroeipercentage: in de groeipercentages van ECN is gecombineerd rekening gehouden met groei binnen de bestaande inrichting en met groei door nieuwbouw. Wanneer binnen een sector nieuwkomers opteren voor CO₂-emissierechten dan zal het groeipercentage voor de inrichtingen binnen de sector worden bijgesteld. De ruimte voor bekende nieuwkomers komt ten laste van de desbetreffende sector.

2.10.3. Verweerders stellen dat de inschatting voor toewijzing van broeikasgasemissierechten aan bekende nieuwkomers is gebaseerd op een opgave door de betreffende inrichtingen en getoetst door de Novem en het VBE. Uitgangspunten hierbij waren de te verwachten productie en efficiency op basis van de stand der techniek. De hieruit afgeleide te verwachten groei is in mindering gebracht op de groei van de bestaande installaties van de betreffende sector. Op het formulier dat de bedrijven aan de Novem en

het VBE hebben moeten toesturen (bijlage D bij het toewijzingsplan) hebben zij kunnen aangeven of er uitbreidingen aanstaande waren.

2.10.4. De Afdeling ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de door verweerders gehanteerde cijfers een verkeerd beeld geven van de sectorale groei. Gegeven de ruimte die Richtlijn 2003/87/EG de lidstaten laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd, ziet de Afdeling verder geen grond voor het oordeel dat verweerders wat betreft de rekenregels voor groei bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG. Ook is niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat verweerders, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot deze groeipercentages hebben kunnen komen. Evenmin is er, voorzover thans aan de orde, sprake van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.

Niet is gebleken dat verweerders de rekenregels voor groei onjuist hebben toegepast. Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Elsta, Air Liquide, Yara, Glaverbel, E.ON en EPZ in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van de rekenregels van het toewijzingsplan. De beroepen van Elsta, van Air Liquide, van Yara, van Glaverbel, van E.ON en van EPZ zijn in zoverre ongegrond.

2.11. Procesemissies en correctiefactor

2.11.1. Corus betoogt dat het in strijd is met Richtlijn 2003/87/EG en met algemene beginselen van behoorlijk bestuur om de (hierna te omschrijven) C-factor toe te passen op procesemissies. Zij heeft hierbij gewezen op de bijzondere omstandigheid dat in haar inrichting de broeikasgasemissie voor het grootste deel bestaat uit procesemissies en voor een relatief klein deel uit verbrandingsemisies. De procesemissies bedragen ongeveer 70% van de totale broeikasgasemissies. Het toepassen van de C-factor op procesemissies acht Corus in strijd met het derde criterium van bijlage III bij de richtlijn. Verder is zij van mening dat de onderhavige toepassing van de C-factor tot gevolg heeft dat de interne Europese markt wordt verstoord, hetgeen in strijd is met de basisdoelstelling van de richtlijn en met artikel 10 van het Verdrag. Daartoe is betoogd 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.

2.11.2. In het algemeen deel van het toewijzingsplan is aangegeven dat de factor voor energie-efficiency bij procesemissies wordt gesteld op 1. Hieraan ligt ten grondslag dat procesemissies over het algemeen directer zijn gerelateerd aan de productie, zodat de uitstoot minder gemakkelijk kan worden verminderd door een energie-efficiëntere productie.

In paragraaf 10.1 van de rekenregels is aangegeven dat de som van de CO₂-emissierechten die de inrichtingen, uitgaande van de voorgaande rekenregels, gezamenlijk nodig hebben, evenredig wordt gekort totdat de CO₂-ruimte niet meer wordt overschreden. Deze zogeheten correctiefactor (de C-factor) wordt zonder onderscheid toegepast bij alle inrichtingen die onder Richtlijn 2003/87/EG vallen; dus op bestaande inrichtingen, 'bekende nieuwkomers', verbrandingsemisies, procesemissies, et cetera. De C-factor is gesteld op 0,97.

2.11.3. Verweerders hebben ervoor gekozen om de C-factor toe te passen op alle individuele inrichtingen waaraan broeikasgasemissierechten zijn toegewezen, zodat al deze inrichtingen een bijdrage leveren aan de Nederlandse klimaatdoelstelling en daarmee aan de doelstelling voor beperking van de CO₂-emissies. Verder hebben verweerders gesteld dat met de

bijzondere positie van de inrichting van Corus rekening is gehouden door de keuze om CO₂-emissies veroorzaakt door hoogovengas niet geheel toe te wijzen aan de elektriciteitscentrale die dit restgas verbrandt maar deels ook aan Corus, zodat de mogelijkheid om het restgas te verkopen niet wordt beperkt.

2.11.4. De Afdeling stelt voorop dat niet is gesteld of gebleken dat verweerders hetgeen in het toewijzingsplan is bepaald met betrekking tot de C-factor onjuist hebben toegepast.

Het ingeroepen derde criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG luidt: "De hoeveelheden toe te wijzen emissierechten moeten overeenstemmen met de mogelijkheden, waaronder de technologische mogelijkheden, van de door deze regeling bestreken activiteiten om de emissies terug te dringen. De lidstaten kunnen hun verdeling van emissierechten baseren op de gemiddelde emissies van broeikasgassen per product bij elke activiteit en de haalbare vooruitgang bij elke activiteit".

In richtsnoer 30 heeft de Commissie opgenomen dat het derde criterium van bijlage III moet worden toegepast bij het vaststellen van de totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten en kan worden toegepast bij het vaststellen van de hoeveelheid per activiteit. Richtsnoer 31 vermeldt dat de lidstaten de totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten die uit de toepassing van dit criterium volgt, bepalen door het potentieel om de emissie van de onder de regeling vallende activiteiten te verlagen te vergelijken met het potentieel van de niet onder de regeling vallende activiteiten en dat ervan wordt uitgegaan dat aan het criterium is voldaan wanneer de toewijzing de relatieve verschillen weerspiegelt tussen het potentieel van de totale onder de regeling vallende en de totale niet onder de regeling vallende activiteiten.

Gezien deze uitleg en het toepassingsbereik van het derde criterium van bijlage III bij Richtlijn 2003/87/EG is de Afdeling van oordeel dat het ook hanteren van de C-factor ten aanzien van procesemissies daarmee niet in strijd is. Daarbij acht de Afdeling van belang dat blijkens artikel 1 van Richtlijn 2003/87/EG het doel van die richtlijn het verminderen van de broeikasgasemissies op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze. Het beroep van Corus is in zoverre ongegrond.

2.11.5. Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products betogen dat het in strijd is met Richtlijn 2003/87/EG om de C-factor toe te passen op procesemissies, nu het onmogelijk is om ten aanzien van deze emissies een reductie te bewerkstelligen.

2.11.6. Verweerders hebben zich ter zitting op het standpunt gesteld dat, indien een inrichting uitsluitend op basis van het in bijlage I bij Richtlijn 2003/87/EG genoemde criterium "verbrandingsinstallaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW" onder de werkingssfeer van deze richtlijn valt, slechts de CO₂-emissies uit verbrandingsinstallaties en niet de procesemissies van die inrichting bepalend zijn voor de hoeveelheid toe te wijzen broeikasgasemissierechten. Dit betekent dat in die gevallen de toepassing van de C-factor ten aanzien van de procesemissies niet aan de orde is en dat voor deze emissies ook geen broeikasgasemissierechten behoeven te worden ingeleverd, aldus verweerders.

2.11.7. Uit de stukken blijkt dat de procesemissies bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten aan genoemde inrichtingen geen rol hebben gespeeld. Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products hebben dit ook niet bestreden. Zij vrezen echter dat dit in de volgende planperiode wel het geval zal zijn. Deze beroepsgrond richt zich niet tegen de - al dan niet juiste - toepassing van de rekenregel in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit. Het beroep van Chemelot, DSM Anti-Infectives en DSM Special Products

is in zoverre ongegrond.

2.12. Overige

2.12.1. CH4 stelt ten onrechte broeikasgasemissierechten toegewezen gekregen te hebben. Zij voert aan dat een opt-out-verzoek voor haar inrichting ingediend had moeten worden, omdat voldoende aannemelijk is gemaakt dat een substantieel deel van haar inrichting een potentieel concurrentienadeel ondervindt ten opzichte van vergelijkbare inrichtingen op het continentale plat van het Verenigd Koninkrijk, voor welke andere inrichtingen volgens haar wel een opt-out-verzoek is gedaan. Verweerders zouden haar daarom ook geen of voorwaardelijke broeikasgasemissierechten hebben moeten toekennen in plaats van onvoorwaardelijke.

2.12.2. Verweerders betogen dat de door CH4 genoemde concurrenten - in tegenstelling tot hetgeen zij stelt - (nog steeds) zijn opgenomen in het toewijzingsplan van het Verenigd Koninkrijk. Verder zijn zij van mening dat een eventuele opt-out-verlening aan het Verenigd Koninkrijk voor deze concurrenten niet zonder meer betekent dat sprake is van concurrentienadeel voor CH4.

2.12.3. De Afdeling overweegt dat CH4 noch in haar beroepschrift noch overigens in deze procedure gegevens heeft verstrekt waaruit kan worden opgemaakt dat in het Verenigd Koninkrijk één of meerdere soortgelijke inrichtingen, die actief zijn op dezelfde markt, voor de planperiode 2005-2007 buiten de in die lidstaat geldende nationale regeling voor het systeem van de handel in broeikasgasemissierechten blijven. Niet is gebleken dat aan de inrichting van CH4 ten onrechte broeikasgasemissierechten zijn toegewezen. Het beroep van CH4 is ongegrond.

2.12.4. Power Generation voert ten aanzien van haar twee hoogovengascentrales te Velsen aan dat verweerders ten onrechte zijn uitgegaan van een elektrisch rendement van 40% voor het gebruik van hoogovengas en van 50% voor het meestoken van aardgas. Zij betoogt dat deze rendementen feitelijk niet haalbaar zijn. Zij stelt zich op het standpunt dat het realistischer is uit te gaan van een referentierendement van 40% voor een hoogovengascentrale als geheel in plaats van een rendement per brandstof. Power Generation wijst in dit kader naar toewijzingsplannen in andere lidstaten waar ofwel van lagere rendementen wordt uitgegaan ofwel van de historische gerealiseerde rendementen. Door het hanteren van een hoger rendement wordt haar concurrentiepositie verzwakt.

2.12.5. In het toewijzingsplan is bepaald dat de inrichting die de restgassen afkomstig uit de sector basismetaal verbrandt, voor het verbrandingsdeel rechten krijgt toegewezen. In hoofdstuk 5 van de rekenregels is bepaald dat de rechten worden toegekend alsof de elektriciteitsproductie en de warmteproductie hebben plaatsgevonden met een vast rendement. De rendementen zijn afgeleid van de wereldtop. In het geval dat een elektriciteitsproductie inrichting hoogovengas verstoekt, worden de broeikasgasemissierechten voor de hoogovengasfractie aan die inrichting toegekend alsof de geproduceerde elektriciteit is opgewekt met aardgas, echter met een rendement van 40% in plaats van 50%. Voor het aardgas - ongeacht of dat met het hoogovengas wordt meegestookt - wordt uitgegaan van een elektrisch rendement van 50%.

2.12.6. Verweerders voeren aan dat het elektrisch rendement van 40% voor het stoken van hoogovengas mede in overleg met Power Generation is vastgesteld. Ter zitting hebben zij toegelicht dat het elektrisch rendement van 40% een middeling betreft van het rendement van drie hoogovengascentrales in Nederland. In het toewijzingsplan is ervoor gekozen het referentierendement vast te stellen per brandstof en niet per installatie. Gelet op deze keuze

is het elektrisch rendement voor het stoken van aardgas niet afhankelijk gesteld van de soort installatie waarin dit aardgas wordt gestookt, aldus verweerders. Zij wijzen erop dat, behalve dat aardgas gebruikt kan worden om het hoogovengas op de juiste specificatie te brengen om goed verstoekt te kunnen worden, aardgas ook gebruikt kan worden om te voldoen aan een extra elektriciteitsvraag. Wat dat laatste betreft verschillen de hoogovencentrales volgens verweerders niet met andere aardgas ondervuurde centrales.

2.12.7. Niet bestreden is dat verweerders in overeenstemming met het toewijzingsplan zijn uitgegaan van een elektrisch rendement van 40% voor het stoken van hoogovengas en van 50% voor het stoken van aardgas.

Gegeven de ruimte die Richtlijn 2003/87/EG de lidstaten laat wat betreft de methodiek die aan een toewijzingsplan ten grondslag wordt gelegd, ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders wat betreft de rekenregel om uit te gaan van een vast rendement voor de elektriciteitsproductie en de warmteproductie en de rekenregel om ten aanzien van centrales die hoogovengas stoken uit te gaan van een apart elektrisch rendement van 40% voor het stoken van hoogovengas en een apart elektrisch rendement van 50% voor het stoken van aardgas, bij het opstellen van het toewijzingsplan hebben gehandeld in strijd met Richtlijn 2003/87/EG. Ook is niet gebleken van strijd met het verbod van willekeur in die zin dat zij, in aanmerking genomen de belangen die hen ten tijde van het opstellen van het toewijzingsplan bekend waren of bekend behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot deze rekenregel hebben kunnen komen. Evenmin is in zoverre sprake van strijd met een andere rechtsregel of rechtsbeginsel.

Voorts kan niet op goede gronden worden betoogd dat verweerders zich niet in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de door Power Generation in dit verband aangevoerde omstandigheden niet nopen tot afwijking van het toewijzingsplan. Het beroep van Power Generation is in zoverre ongegrond.

2.12.8. Eurogen stelt dat zij in het opgaveformulier ten behoeve van de vaststelling van de broeikasgasemissierechten abusievelijk een onjuiste opgave heeft gedaan wat betreft het Lyondell fuel gas en dat zij hierdoor te weinig broeikasgasemissierechten toegewezen heeft gekregen. In dit kader verwijst zij naar bijlage 4 bij het beroepschrift.

2.12.9. De Afdeling stelt vast dat verweerders naar aanleiding van de ingediende zienswijze, waarin melding wordt gemaakt van fouten in het opgaveformulier wat betreft het Lyondell fuel gas, in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit een nieuwe - onderbouwde - berekening hebben gemaakt. In het nader verweerschrift hebben verweerders deze berekening toegelicht en gesteld dat de fouten ten gevolge van de verkeerde opgave in het opgaveformulier gedeeltelijk zijn gecorrigeerd. Verweerders hebben de beweerdelijke fout dat de opgave was gedaan in 'higher heating value' in plaats van in 'lower heating value' niet hersteld, omdat dit volgens hen tot gevolg zou hebben dat de toewijzing van broeikasgasemissierechten zou worden verlaagd, omdat de emissie per kilojoule bij opgave in 'higher heating value' ongeveer 10% lager is dan bij opgave in 'lower heating value'. Eurogen heeft niet gemotiveerd op deze onderbouwing van verweerders gereageerd.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat wat betreft het Lyondell fuel gas kan worden uitgegaan van de door verweerders in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit gemaakte berekening. Het beroep van Eurogen is in zoverre ongegrond.

2.12.10. Air Liquide voert, onder verwijzing naar een mailbericht van de Nederlandse emissieautoriteit in oprichting (hierna: Nea i.o.), ten aanzien van haar ATR-installatie te Rozenburg aan dat de Nea i.o. ten onrechte een deel van de procesemissies heeft

aangemerkt als thermische emissies. Nu dit volgens haar het geval is, zouden in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit ook voor dat deel van de thermische emissies broeikasgasemissierechten moeten worden toegewezen.

2.12.11. Verweerders stellen dat indien bij de toewijzing van broeikasgasemissierechten voor een bepaalde emissie geen rechten worden toegekend de desbetreffende inrichting voor die emissie te zijner tijd ook geen rechten behoeft in te leveren. In dit geval is sprake van procesemissies die ingevolge Richtlijn 2003/87/EG niet meetellen voor de hoeveelheid toe te wijzen broeikasgasemissierechten. Voor dat deel zal Air Liquide volgens verweerders dan ook geen broeikasgasemissierechten behoeven in te leveren.

2.12.12. Air Liquide heeft niet aannemelijk gemaakt dat verweerders in het in geding zijnde (gewijzigd) toewijzingsbesluit de broeikasgasemissierechten in zoverre onjuist hebben toegewezen. Gelet hierop is het beroep van Air Liquide in zoverre ongegrond.

2.12.13. Elsta voert aan dat de in bijlage 4 bij het (gewijzigd) toewijzingsbesluit opgenomen 'berekening CO₂-rechten zonder maximum', alsmede de 'berekening maximaal te verkrijgen CO₂-rechten' en de keuze welke berekening beslissend is voor het aantal broeikasgasemissierechten dat zij toegewezen krijgt, willekeurig zijn en niet gemotiveerd. Zij acht dit van belang omdat, in tegenstelling tot een eerdere berekening, in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit is gekozen voor de berekening zonder maximum in plaats van voor de maximaal te verkrijgen CO₂-rechten.

2.12.14. Verweerders stellen dat de 'berekening van de CO₂-rechten zonder maximum' de berekende emissie betreft en dat de 'berekening van de maximaal te verkrijgen CO₂-rechten' gebaseerd is op het brandstoffenverbruik plus maximaal 10%. Ter zitting hebben zij toegelicht dat de 'berekening CO₂-rechten zonder maximum' gebaseerd is op de historische emissies. Als de berekende emissie hoger is dan het maximum aantal te verkrijgen CO₂-rechten, dan wordt - gelet op de 10%-aftopregeling - het maximum aantal broeikasgasemissierechten toegewezen. Als de berekende emissie lager is dan het aantal maximaal te verkrijgen CO₂-rechten, zoals in de berekening van Elsta het geval is, dan wordt het aantal van de berekende emissies toegewezen.

2.12.15. De Afdeling ziet gelet op de door verweerders gegeven uitleg in hetgeen Elsta aanvoert geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerders in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit niet in redelijkheid van de 'berekening van CO₂-rechten zonder maximum' hebben mogen uitgaan. Het beroep van Elsta is in zoverre ongegrond.

2.12.16. EPZ voert aan dat verweerders ten onrechte niet hebben onderzocht in hoeverre de elektriciteitssector in een nadeliger positie komt te verkeren, nu niet alle lidstaten van de Europese Gemeenschap Richtlijn 2003/87/EG in hun nationale wetgeving hebben geïmplementeerd.

2.12.17. Deze beroepsgrond richt zich niet tegen de - al dan niet juiste - toepassing van de rekenregels in het (gewijzigd) toewijzingsbesluit. Het beroep van EPZ is in zoverre ongegrond.

2.13. Proceskosten

2.13.1. Nadat bij de tussenuitspraak het beroep van AZG geheel en de beroepen van Power Buggenum, van Power Generation, van Yara, van Electrabel, van Lyondell, van Air Liquide, van Elsta, van Enecal en van Eurogen gedeeltelijk gegrond waren verklaard, hebben verweerders in het gewijzigd toewijzingsbesluit aan deze appellanten een groter aantal broeikasgasemissierechten toegewezen. Gelet hierop bestaat grond verweerders op hierna

te vermelden wijze in de proceskosten te veroordelen. Wat betreft Lyondell is van proceskosten die voor vergoeding in aanmerking komen, niet gebleken.

Wat betreft de kosten van rechtsbijstand acht de Afdeling, gegeven de grootte van het belang en de ingewikkeldheid van de materie, het toepassen van wegingsfactor "2", als bedoeld in de bijlage genoemd in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van het Besluit proceskosten bestuursrecht, op zijn plaats.

Ten aanzien van de overige appellanten bestaat voor een proceskostenveroordeling geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van de beroepen van:

- Pergen V.O.F., voorzover het betreft de beroepsgrond dat in het toewijzingsplan ten onrechte een raming ontbreekt van het aantal te verwachten onbekende nieuwkomers voor het bepalen van de hoogte van de reserve voor onbekende nieuwkomers;

- Yara Sluiskil B.V., voorzover het betreft de beroepsgrond dat in het toewijzingsplan de gebruikte correctie van 3,7 Mton voor indirecte CO₂-emissies vanwege onder meer het gebruik van kunstmest niet transparant en objectief is;

II. verklaart niet-ontvankelijk de beroepen van:

- Eurogen C.V. en Steamelec B.V., voorzover ingediend door Steamelec B.V. alsmede voorzover het betreft de beroepsgrond omtrent het 'higher heating value' en het 'lower heating value' van aardgas bij het omzetten naar Groninger aardgas equivalenten;

- de vereniging "EnergieNed", Electrabel Nederland N.V., E.ON Benelux Generation N.V., N.V. Elektriciteits Productiemaatschappij Zuid-Nederland, Nuon Power Buggenum B.V., Nuon Power Generation B.V., De Kleef B.V., Emmtec Services B.V., Nuon Power Borculo B.V. en Nuon Power Ede B.V., voorzover ingediend door de vereniging "EnergieNed";

- N.V. Nuon Energy Sourcing, Nuon Power Buggenum B.V. en Nuon Power Generation B.V., voorzover ingediend namens N.V. Nuon Energy Sourcing alsmede voorzover het betreft de beroepsgrond gericht tegen de beoordeling van de historische emissies van de centrale IJmond;

- het Academisch Ziekenhuis bij de Openbare Universiteit te Groningen;

- Yara Sluiskil B.V., voorzover het betreft de beroepsgronden gericht tegen de beoordeling van de historische emissies en tegen de beoordeling van de uitbreiding van de elektriciteitscentrale Zepower;

- Air Liquide Industrie B.V., voorzover het betreft de beroepsgronden gericht tegen de toepassing van de bèta-factor ten aanzien van de installaties in Rozenburg en tegen de beoordeling van de installatie HYCO 3 in Bergen op Zoom;

- het beroep van Enecal Energy V.O.F., voorzover het betreft de beroepsgrond omtrent het 'higher heating value' en het 'lower heating value' van aardgas bij het omzetten naar Groninger aardgas equivalenten;

- Elsta B.V. & Co, C.V., voorzover het betreft de beroepsgrond gericht tegen de beoordeling van de opgave van de elektriciteitsproductie van het jaar 2001;

- Lyondell Chemie Nederland B.V., voorzover het betreft de beroepsgrond inzake de beoordeling van de gedeeltelijke opstart van de BDO-fabriek in de referentie jaren;

- het separate beroep van Nuon Power Generation B.V.;

III. verklaart voor het overige de beroepen ongegrond;

IV. veroordeelt de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de Minister van Economische Zaken tot vergoeding van in verband met de behandeling van de beroepen opgekomen proceskosten bij:

- het Academisch Ziekenhuis bij de Openbare Universiteit te Groningen tot een bedrag van € 36,97 (zegge: zesendertig euro en zevenennegentig cent);

- Nuon Power Buggenum B.V. tot een bedrag van € 1288,00 (zegge: eenduizend tweehonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Nuon Power Generation B.V. tot een bedrag van € 1288,00 (zegge: eenduizend tweehonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Yara Sluiskil B.V. tot een bedrag van € 1325,87 (zegge: eenduizend driehonderdvijfentwintig euro en zevenentachtig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Electrabel Nederland N.V. tot een bedrag van € 1324,97 (zegge: eenduizend driehonderdvierentwintig euro en zevenennegentig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Air Liquide Industrie B.V. tot een bedrag van € 2613,94 (zegge: tweeduizend zeshonderddertien euro en vierennegentig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Elsta B.V. & Co, C.V. tot een bedrag van € 1325,57 (zegge: eenduizend driehonderdvijfentwintig euro en zevenenvijftig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

- Enecal Energy V.O.F. tot een bedrag van € 1300,44 (zegge: eenduizend driehonderd euro en vierenveertig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

- Eurogen C.V. tot een bedrag van € 1300,44 (zegge: eenduizend driehonderd euro en vierenveertig cent), waarvan een gedeelte groot € 1288,00 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

deze bedragen dienen door de Staat der Nederlanden (het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer) aan genoemde rechtspersonen onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

V. gelast dat de Staat der Nederlanden (het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer) aan het Academisch Ziekenhuis bij de Openbare Universiteit te Groningen, aan Nuon Power Buggenum B.V. en Nuon Power Generation B.V., aan Yara

Sluiskil B.V., aan Electrabel Nederland N.V., aan Lyondell Chemie Nederland B.V., aan Air Liquide Industrie B.V., aan Elsta B.V. & Co, C.V., aan Enecal Energy V.O.F. en aan Eurogen C.V. afzonderlijk het door ieder van hen voor de behandeling van hun beroepen betaalde griffierecht ten bedrage van € 273,00 (zegge: tweehonderddrieënzeventig euro) vergoedt. Aldus vastgesteld door mr. K. Brink, Voorzitter, en mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd en mr. Ch.W. Mouton, Leden, in tegenwoordigheid van mr. M.M. van Driel, ambtenaar van Staat.

w.g. Brink w.g. Van Driel
Voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 9 september 2005

191-349-353-414.