

er geen alternatieven voor het tracé zijn die een beperkter effect hebben op Natura 2000-gebieden; (2) de stelling dat een nuloptie – niets doen dus – geen oplossing voor het probleem biedt; en (3) de vaststelling door de ABRvS (r.o. 28.3) dat er geen andere relevante alternatieven voor het tracé aanwezig zijn. Juist die laatste conclusie valt op. Dat niets doen niet leidt tot verbetering van de veiligheid in het Havengebied is eenvoudig te volgen. De conclusie van de ABRvS dat er geen andere relevante alternatieven zijn is echter gebaseerd op de inhoud van het milieueffectrapport (zie r.o. 11.5). In het MER zijn diverse alternatieven (varianten van de gekozen verbinding en acht andere maatregelen) onderzocht die de bereikbaarheid van het Havengebied zouden verbeteren. Deze varianten zijn echter afgefallen na een afweging van diverse belangen en van de voor- en nadelen van deze alternatieven. Ik kan daaruit niet opmaken dat deze – afgefallen – alternatieven slechter of beter zouden scoren voor wat betreft de effecten op Natura 2000-gebieden. De afweging die in een MER wordt gemaakt, is over het algemeen veel breder dan alleen een afweging op natuureffecten. Ik kan dan ook niet goed plaatsen dat de ABRvS deze (MER-) afweging relevant vindt bij de vraag of er geen andere, betere alternatieven zijn. Ik ga ervan uit dat uit deze MER-afweging blijkt dat de afgewogen alternatieven niet tot minder effecten leiden op de betrokken Natura 2000-gebieden zijn – en dat dit in de uitspraak met zoveel woorden wordt gezegd door de stelling van de minister dat er geen alternatieven zijn die een beperkter effect op Natura 2000-gebieden hebben, maar het was m.i. voor de praktijk beter geweest als dit ook duidelijk zou blijken uit de uitspraak. Of wellicht heeft de ABRvS bedoeld te zeggen dat uit de afweging in het MER blijkt dat er geen reële alternatieven zijn, en dat daarom niet meer relevant is wat de effecten van deze alternatieven zouden zijn op Natura 2000-gebieden, maar dat zou m.i. een onjuiste redenering zijn. Dan zou er immers feitelijk op neer komen dat er geen alternatieven meer voor handen zijn op het moment dat in het MER een voorkeursalternatief is gekozen. Dat is m.i. niet in overeenstemming met de toets die op grond van de Wnb/Habitatrichtlijn moet worden verricht.

8. De wijze waarop de ABRvS de aanwezigheid van dwingende redenen van groot openbaar belang aanneemt en vervolgens de compenserende maatregelen toetst, is minder opzienbarend. Hier speelt ook een belangrijke rol dat de (maximale) aantasting van de betrokken Natura 2000-gebieden, als gezegd, erg gering is. De 'dwingendheid' van een reden van groot openbaar belang is immers afhankelijk van de mate waarin een Natura 2000-gebied wordt aangetast. Hoe kleiner de aantasting, des te minder groot hoeft dit openbare belang te zijn. De overwegingen ten aanzien van de compenserende maatregelen (r.o. 30 e.v.) laten zien dat de timing van het (positieve) effect van de compenserende maatregelen weliswaar van belang is, maar dat dit anders is dan bij de timing van mitigerende maatregelen. Mitigerende maatregelen behoren een effect te verzachten en te voorkomen en dat kan, kort gezegd, alleen als deze maatregelen voorafgaand aan of, uiterlijk, tenminste tegelijkertijd met het veroorzaken van een negatief effect worden getroffen. Uit jurisprudentie van het HvJ zou daarbij afgeleid kunnen wor-

den dat zolang het positieve effect van mitigerende maatregelen onzeker is, er geen toestemming kan worden verleend voor het voorgenomen initiatief. Bij compenserende maatregelen speelt deze laatste discussie niet, althans – zo merkt de ABRvS terecht op (r.o. 30.2) – hierover heeft het HvJ zich nog niet uitgelaten. Wel geldt ook bij compenserende maatregelen dat het positieve effect zich moet hebben voorgedaan voordat het negatieve effect is ontstaan, uitzonderingen daargelaten (maar dan is extra compensatie vereist). Negatieve effecten van stikstofdepositie ontstaan veelal na verloop van (enige) tijd – in dit geval werd het grootste effect in 2030 verwacht; het is in dat opzicht dan ook niet opvallend dat de ABRvS constateert dat het voldoende is dat de compenserende maatregelen in 2028 zijn voltooid, ook omdat deze maatregelen zijn gedimensioneerd op een negatief effect voor een periode van 30 jaar dat de Blankenburgverbinding wordt gebruikt (en daarmee tot 2054).

9. De uitspraak biedt aldus een mooi inzicht in de wijze waarop de ABRvS omgaat met de ADC-toets; een toets die in de praktijk niet vaak voorkomt (maar wellicht – als de A-G in de prejudiciële procedure inzake het PAS moeten geloven – voor stikstofeffecten misschien de enige oplossing biedt). We zullen zien!

Marieke Kaajan

## M en R 2018/125

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State  
8 augustus 2018, nr. 201703358/1/A3  
(Lubberdink, Wissels en Bolt)  
m.nt. M. Peeters<sup>1</sup>

(art. 4 en art. 8 Verordening (EU) Nr. 601/2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG; art. 18.5, eerste lid Wet milieubeheer)

ECLI:NL:RVS:2018:2627

**Interpretatie van “beduidende onjuiste opgave”; verantwoordelijkheid exploitant ondanks goedkeuring jaarverslag door verificateur; verwijtbaarheid en hoogte van de financiële boete.**

*[appellante] heeft, door de uurwaarde van de CO<sub>2</sub>-emissie van de bronstroom fakkels in het jaar 2013 als dagwaarde te rapporteren, de uitstoot van deze bronstroom met een factor 24 en het totaal van de emissies met 50.108 ton CO<sub>2</sub> ondergerapporteerd. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de NEa zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat deze onderrapportage van 2,5% van de totale CO<sub>2</sub>-emissies van [appellante] heeft te gelden als een beduidende onjuiste opgave in de zin van artikel 8 van de MRV.*

<sup>1</sup> De tekst van de noot is op 15 oktober 2018 afgesloten.

Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de NEa bij de invulling van de term 'beduidende' in artikel 8 van de MRV terecht aansluiting heeft gezocht bij het begrip 'materiële onjuistheid', zoals gedefinieerd in artikel 3, onder 5, van de AVV en bij het in artikel 23, tweede lid, van de AVV genoemde materialiteitsniveau van 2% van de totale gerapporteerde emissies.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. appellante], gevestigd te [plaats],
2. het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit (hierna: de NEa),

tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 7 maart 2017 in zaak nr. 16/5796 in het geding tussen:

[appellante]

en

de NEa.

### Procesverloop

Bij besluit van 22 januari 2016 (hierna: het boetebesluit) heeft de NEa aan [appellante] een bestuurlijke boete van € 247.048,00 opgelegd omdat [appellante] voor het kalenderjaar 2013 een onjuiste CO<sub>2</sub>-jaarvracht heeft opgegeven, wat tot een onderschatting van de emissies van [appellante] met 50.108 ton CO<sub>2</sub> heeft geleid.

Bij besluit van 2 juni 2016 heeft NEa het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard voor zover dat ziet op de bij de vaststelling van de hoogte van de boete toegepaste factor tijd, de boete vastgesteld op € 205.873,00 en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 7 maart 2017 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 2 juni 2016 vernietigd voor zover het de hoogte van de boete betreft, het besluit van 22 januari 2016 herroepen, de boete vastgesteld op € 150.000,00 en bepaald dat de aangevallen uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit van 2 juni 2016. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De NEa heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven en tevens incidenteel hoger beroep ingesteld.

[appellante] heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

[...]

### Overwegingen

#### Inleiding

1. appellante] heeft in haar emissieverslag over het kalenderjaar 2013 de CO<sub>2</sub>-emissie voor de bronstroom fakkels onjuist bepaald door abusievelijk de daggemiddelde uurvracht niet te vermenigvuldigen met vierentwintig. Daardoor is een onderschatting van de jaarvracht van 50.108 ton CO<sub>2</sub> ontstaan. De totale uitstoot in 2013 is 1.994.474 ton CO<sub>2</sub> gebleken, terwijl door [appellante] 1.944.366 ton CO<sub>2</sub> is opgegeven.

De NEa heeft [appellante] een boete opgelegd wegens overtreding van de artikelen 4 en 8 van de Verordening (EU)

Nr. 601/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgasen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (hierna: de MRV) en daarmee artikel 18.5, eerste lid, van de Wet milieubeheer.

Volgens de NEa heeft [appellante] niet, zoals zij stelt, de gemaakte fout zelf ontdekt, gemeld en beëindigd, maar deze eerst gerapporteerd nadat de NEa bij e-mail van 4 juli 2014 de ongerijmdheid met betrekking tot de gehanteerde emissiefactor aan [appellante] heeft meegedeeld, die de NEa bij de validatie van het monitoringsplan voor de derde handelsperiode was opgevallen.

#### Aangevallen uitspraak

2. De rechtbank heeft overwogen dat de NEa zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat artikel 8 van de MRV ziet op de integriteit van niet alleen de monitoringmethode, maar ook van het emissieverslag.

De in artikel 8 van de MRV gehanteerde term 'beduidende' is in de MRV niet nader omschreven. Anders dan de NEa stelt, is deze term evenmin gedefinieerd in de Verordening (EU) nr. 600/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de verificatie van broeikasgasemissie- en tonkilometerslagen en de accreditatie van verificateurs krachtens Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (hierna: de AVV) en kan het in de AVV gebruikte begrip 'materiële onjuistheid' niet worden gebruikt ter invulling van de term 'beduidende' in de MRV, omdat de AVV een ander doel dient dan de MRV. De bepaling in artikel 8 van de MRV om 'geen beduidende onjuiste opgaven' te rapporteren, is echter voldoende concreet en stelt de onderneming voldoende in staat haar gedrag daarop af te stemmen. De onjuiste opgave door [appellante] in het jaarverslag betreft een beduidende onjuiste opgave, als bedoeld in deze bepaling en kan redelijkerwijs aan [appellante] worden toegerekend, aldus de rechtbank.

Naar haar oordeel heeft de NEa echter de hoogte van de boete ondeugdelijk gemotiveerd. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat de NEa de oude boeteberekeningsmethode heeft toegepast, hoewel het op grond daarvan bepaalde variabele bedrag van € 132.249,09 teveel is bepaald door de grootte van de emittent en onvoldoende door de omvang van het effect van de overtreding. Gelet hierop en mede gelet op de coöperatieve proceshouding van [appellante] heeft de rechtbank zelf in de zaak voorzien de boete op € 150.000,00 bepaald.

#### Hoger beroep [appellante]

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat in artikel 8 van de MRV niet méér is bepaald dan dat een monitoringmethode moet worden gekozen die een redelijke mate van zekerheid van de integriteit van de gerapporteerde emissiegegevens geeft, zodat systematische fouten en beduidende onjuiste opgaven van de emissies worden voorkomen. [appellante] wijst in dit verband op de titel van artikel 8 'Integriteit van de methode' en op hoofdstuk 4 van 'The Monitoring and Reporting Regulation – General guidance for installations, MRR Guidance document

no. 1' van de Europese Commissie van 16 juli 2012 (hierna: de MRR Guidance).

Verder voert [appellante] aan dat de rechtbank de onjuiste opgave ten onrechte als beduidend heeft aangemerkt. De onjuistheid in de weergave van de CO<sub>2</sub>-emissie van de bronstroom fakkels beslaat slechts 2,5% van de totale emissies van [appellante]. Voorts heeft de verificateur vastgesteld dat deze bronstroom niet behoefde te worden geverifieerd. De omissie betreft daarom een aanvaardbaar verificatierisico en is daarmee per definitie niet beduidend, aldus [appellante].

3.1. De uitleg van bepalingen van Unierecht moet plaatsvinden volgens de door het Hof van Justitie in zijn rechtspraak beschreven methode. Volgens die methode is bij de uitleg van de tekst van artikel 8 van de MRV in de eerste plaats een vergelijking van de verschillende taalversies vereist (zie punt 18 van het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982, 283/81, *Cilfit*, ECLI:EU:C:1982:335). Verder moet de betrokken bepaling, gelet op de noodzaak van een eenvormige uitleg van deze versies, indien daartussen verschillen bestaan, worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (zie punt 28 van het arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 1996, C-72/95, *Kraaijeveld*, ECLI:EU:C:1996:404). Ook als de taalversies volledig overeenstemmen, moet in het oog worden gehouden dat het Unierecht een eigen terminologie bezigt. In de tweede plaats moet bij de bepaling van de betekenis en de draagwijdte van die begrippen volgens vaste rechtspraak van het Hof rekening worden gehouden zowel met de bewoordingen van de betrokken bepalingen van Unierecht als met de context ervan, alsook met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken en met de ontstaansgeschiedenis van die regeling (zie punt 58 van het arrest van het Hof van Justitie van 24 juni 2015, C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413). In de derde plaats kan de considerans van de MRV de inhoud van de bepaling preciseren (zie punt 42 van het arrest van het Hof van Justitie van 11 juni 2015, C-554/13, *Z. Zh. en I.O.*, ECLI:EU:C:2015:377).

3.2. Ingevolge artikel 8 van de MRV draagt de exploitant zorg voor een redelijke mate van zekerheid van de integriteit van de gerapporteerde emissiegegevens en bevatten de gegevens en daarmee samenhangende bekendmakingen geen beduidende onjuiste opgaven en geven deze een betrouwbare en evenwichtige beschrijving van de emissies van een installatie. De monitoring en rapportage van emissies zijn gericht op het behalen van de hoogst mogelijke nauwkeurigheid, aldus artikel 8.

De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat uit de bewoordingen van artikel 8 blijkt dat deze bepaling mede ziet op het emissieverslag. Dit mag geen beduidende onjuiste opgaven bevatten.

De doelstelling van de MRV bevestigt dit. In punt 1 van de overwegingen van de MRV staat:

“De volledige, consistente, transparante en nauwkeurige monitoring en rapportage van broeikasgasemissies,

overeenkomstig de in deze verordening vervatte geharmoniseerde voorschriften, zijn van fundamenteel belang voor het effectief functioneren van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten uit hoofde van Richtlijn 2003/87/EG.”

Ten slotte betreffen de overige bepalingen van deel 2 van de MRV ‘Algemene beginselen’, waarin artikel 8 is geplaatst, ook zowel de monitoring als de rapportage.

In de MRR Guidance is ten behoeve van de emittenten een beschrijving van de nieuwe monitoringmethode opgenomen. Uit de omstandigheid dat in dit document vooral daarop wordt ingegaan, volgt niet dat artikel 8 van de MRV alleen op de monitoringmethode ziet.

3.3. [appellante] heeft, door de uurwaarde van de CO<sub>2</sub>-emissie van de bronstroom fakkels in het jaar 2013 als dagwaarde te rapporteren, de uitstoot van deze bronstroom met een factor 24 en het totaal van de emissies met 50.108 ton CO<sub>2</sub> ondergerapporteerd. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de NEa zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat deze onderrapportage van 2,5% van de totale CO<sub>2</sub>-emissies van [appellante] heeft te gelden als een beduidende onjuiste opgave in de zin van artikel 8 van de MRV.

Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de NEa bij de invulling van de term ‘beduidende’ in artikel 8 van de MRV terecht aansluiting heeft gezocht bij het begrip ‘materiële onjuistheid’, zoals gedefinieerd in artikel 3, onder 5, van de AVV en bij het in artikel 23, tweede lid, van de AVV genoemde materialiteitsniveau van 2% van de totale gerapporteerde emissies. Hierbij neemt de Afdeling het volgende in aanmerking. De Engelstalige versie van artikel 8 van de MRV, voor zover hier van belang, luidt:

“The operator or aircraft operator shall enable reasonable assurance of the integrity of emission data to be reported. They shall determine emissions using the appropriate monitoring methodologies set out in this Regulation. Reported emission data and related disclosures shall be free from material misstatement, avoid bias in the selection and presentation of information, and provide a credible and balanced account of an installation's or aircraft operator's emissions. [-].”

In de Engelstalige versie van de MRV wordt derhalve gesproken van ‘material misstatement’, waar in de Nederlandstalige versie van de MRV ‘beduidende onjuiste opgaven’ staat. In de Engelstalige versie van de AVV wordt eveneens gesproken van ‘material misstatement’ en wordt in artikel 3, onder 5, een definitie van dat begrip gegeven. De MRV en de AVV zijn verwante verordeningen, want beide uitvoeringsverordeningen bij de Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (hierna: de ETS-richtlijn). In artikel 3 van de AVV wordt voor de toepassing van deze verordening verwezen naar de definities van artikel 3 van de MRV.

In artikel 23, tweede lid, van de AVV wordt eveneens naar de MRV verwezen. Ten slotte wordt in de MRR Guidance ten behoeve van de uitleg van het begrip 'material misstatement' in artikel 8 van de MRV verwezen naar de definitie van het begrip 'reasonable assurance', in artikel 3, onder 18, van de AVV.

De NEa heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat de omstandigheid dat bij het verificatieonderzoek noodzakelijkerwijs niet alle posten kunnen worden beoordeeld niet maakt dat de exploitant van de inrichting over posten die buiten het onderzoek blijven geen beduidende onjuiste opgave kan doen.

Het betoog faalt.

4. [appellante] betoogt voorts dat de overtreding haar niet kan worden verweten. Het betreft een menselijke fout als gevolg van de complexe processen bij [appellante] en de ingrijpende wijzigingen in het rapportagesysteem bij de overgang naar de derde handelsperiode, die de NEa pas aan het eind van het handelsjaar 2013 heeft gepubliceerd. Daardoor moesten op korte termijn de omvangrijke spreadsheets ingrijpend worden gewijzigd en moest een nieuwe vermenigvuldigingsfactor worden geïmplementeerd. Als gevolg van de daardoor ontstane tijdsdruk kon geen extra controle van de gerapporteerde gegevens plaatsvinden. Door de ingrijpende wijziging van het rapportageformat kon geen vergelijking met de jaarrapportage over 2012 worden gemaakt. Gelet op het geringe verschil van 2,5% behoeft [appellante] er niet op bedacht te zijn dat de opgegeven jaarvracht over 2013 onjuist was.

4.1. Het betoog faalt. De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat de NEa zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de rekenfout aan [appellante] kan worden toegerekend. Naar de NEa onweersproken heeft gesteld, behoort [appellante] weliswaar tot de categorie zeer complexe inrichtingen, maar is zij in complexiteit niet uniek en zijn van de overige van deze inrichtingen geen signalen ontvangen dat de wijziging van het rapportageformat begin 2014 tot problemen heeft geleid en zijn evenmin bij inspecties achteraf overtredingen veroorzaakt door deze wijziging geconstateerd.

De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat [appellante] een risico heeft genomen door de laatste aanpassingen in de nieuwe spreadsheets niet aan de gebruikelijke extra controle te onderwerpen. [appellante] wordt geacht ondanks de tijdsdruk ervoor zorg te dragen dat het verslag voldoende wordt gecontroleerd. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat geen sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid, op grond waarvan ingevolge artikel 5:41 van de Algemene wet bestuursrecht het opleggen van de boete achterwege had moeten blijven.

5. Volgens [appellante] is ook de door de rechtbank tot een bedrag van € 150.000,00 gematigde boete onevenredig hoog. Daartoe voert zij aan dat in het ontwerpbesluit van 11 juni 2015 haar twee gedragingen zijn verweten, te weten het niet op orde hebben van de interne controleprocessen en de onjuiste opgave van de CO<sub>2</sub>-jaarvracht. Bij het boetebesluit heeft de NEa afgezien van beboeting van het falen van het interne controlesysteem, maar is het in het

ontwerpbesluit opgenomen boetebedrag gehandhaafd. Aldus heeft de NEa een hogere boete voor de onjuiste opgave van de CO<sub>2</sub>-jaarvracht opgelegd dan volgt uit het ontwerpbesluit.

Voorts heeft de NEa ten onrechte de onjuiste opgave als een zware overtreding gekwalificeerd en de boete daarom met een factor 1,5 verhoogd. Er was geen sprake van opzet, [appellante] is op 19 mei 2014 uit eigen beweging begonnen met een controle van het jaarverslag en heeft daarbij de onjuiste opgave opgemerkt en daarvan direct melding gemaakt bij de NEa. [appellante] beschikte over emissierechten voor de onbedoeld niet gerapporteerde emissies en zij heeft zich niet schuldig gemaakt aan extra verontreiniging van het milieu.

[appellante] wijst op eerder door de NEa aan andere emittenten opgelegde boetes, in het bijzonder een besluit van 16 mei 2013. [appellante] leidt uit dat besluit af dat daarbij een boete van € 40.000,00 is opgelegd in verband met het bewust verstrekken van onjuiste productiecijfers, waarbij de omvang van de potentiële schade aan het emissiehandelssysteem bijna negenmaal groter was dan in het geval van [appellante]. Volgens de NEa is in dat geval een bescheiden boete opgelegd onder meer vanwege de bijzondere omstandigheden dat het met de gerapporteerde gegevens ingediende methodologierapport direct duidelijk maakte dat en waarom er onjuiste gegevens waren opgegeven, de desbetreffende exploitant de gegevens op aanwijzing van de NEa heeft gewijzigd en de overtreding daarom niet tot een onjuiste toewijzing van emissierechten heeft geleid. [appellante] stelt dat in haar geval vergelijkbare omstandigheden spelen. [appellante] heeft de overtreding niet opzettelijk gepleegd of verheimelijkt, zij heeft de rapportagefout zelf ontdekt en gemeld bij de NEa en er heeft geen onjuiste toewijzing van emissierechten plaatsgevonden.

5.1. In het ontwerpbesluit van 11 juni 2015 is bij de berekening van de boete de volgende formule toegepast: bij een vast bedrag van € 5.000,00 is opgeteld een variabel bedrag, dat is bepaald door de hoogte van de gerapporteerde emissies over 2012. Dit komt in het geval van [appellante] uit op € 132.249,04. Het totaal van deze bedragen is vermenigvuldigd met de ernstfactoren aard en tijdsduur. Als ernstfactor aard, dat is het beboete feit, is vermeld dat [appellante] essentiële monitoring- en rapportageverplichtingen niet is nagekomen. Dit betreft een zware overtreding, waarbij een vermenigvuldigingsfactor van 1,5 wordt toegepast.

De duur van de overtreding bedraagt 12 maanden. Hiervoor geldt een vermenigvuldigingsfactor van 1,2.

Gelet op het vorenstaande heeft de NEa zich in het besluit op bezwaar terecht op het standpunt gesteld dat ook in het ontwerpbesluit bij de berekening van de boete het falen van het interne controlesysteem van [appellante] geen rol heeft gespeeld.

5.2. Naar de NEa heeft uiteengezet, is bij de vaststelling van de hoogte van de boete impliciet van de afwezigheid van opzet uitgegaan.

De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de NEa de overtreding terecht als zwaar heeft aangemerkt. Juiste

en betrouwbare rapportage van de emissies is een van de hoekstenen van het systeem van emissiehandel. Onjuiste rapportage brengt schade toe aan dat systeem en het daarin gestelde vertrouwen. Dat [appellante] de benodigde emissierechten voor de niet gerapporteerde emissies op voorraad had, maakt het vorenstaande niet anders.

5.3. [appellante] bestrijdt terecht het oordeel van de rechtbank dat het besluit van 16 mei 2013 niet vergelijkbaar is met de thans voorliggende zaak omdat niet aannemelijk is dat de desbetreffende inrichting met [appellante] kan worden vergeleken. Met dit oordeel heeft de rechtbank niet onderkend dat volgens de nieuwe boeteberekeningsmethode, opgenomen in de Beleidsregels Nederlandse emissieautoriteit handhaving handel in emissierechten 2016, Stcrt. 2016, 47518, voor de hoogte van de boete niet zozeer de grootte van de inrichting, maar de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding bepalend is. Tussen partijen is niet in geschil dat het effect van de overtreding waarop het besluit van 16 mei 2013 ziet aanmerkelijk groter is dan in het geval van [appellante].

De NEa heeft toegelicht dat bij het besluit van 16 mei 2013 echter een relatief lage boete van € 40.000,00 is opgelegd onder meer omdat reeds in het met de aanlevering van de gegevens in te dienen methodologierapport was vermeld dat, hoe en waarom een naar mening van de exploitant terrechte correctie op de aangeleverde historische gegevens was uitgevoerd, waarna de NEa aan de exploitant heeft meegedeeld dat deze correctie niet geaccepteerd kon worden en de exploitant de juiste gegevens heeft aangeleverd. Indien door de exploitant niet gelijktijdig met de overtreding openheid van zaken was gegeven, had de boete een veelvoud bedragen van de bij het besluit van 16 mei 2013 opgelegde boete en de aan [appellante] opgelegde boete, aldus de NEa.

De NEa heeft in de omstandigheid dat in voormeld geval tegelijk met de indiening van de onjuiste gegevens de reden daarvoor is opgegeven, terecht aangemerkt als een van de onderhavige zaak te onderscheiden aspect dat een verschil tussen de in dat geval en de aan [appellante] opgelegde boete rechtvaardigt.

5.4. Uit artikel 3, eerste lid, aanhef en onder b, van de Beleidsregels voor het bestuur van de Nederlandse emissieautoriteit inzake het bepalen van de hoogte van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete bij de handhaving van de regels voor de handel in emissierechten (hierna: de beleidsregels) volgt dat een grond voor verlaging van de boete is dat de onderneming de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd. Naar de NEa ter zitting bij de Afdeling heeft verklaard, is [appellante] niet eerder beboet ter zake van een onjuiste of onbetrouwbare rapportage van de emissies en heeft zij de reputatie de regels integer na te leven en zorg te dragen voor een correcte rapportage van de emissies ('compliance').

Ook wordt door de NEa niet betwijfeld dat [appellante] ook zonder de mededeling in de e-mail van de NEa van 4 juli 2014, dat bij de validatie van het monitoringsplan van [appellante] is opgemerkt dat de toegepaste emissiefactor in het jaarverslag van 2013 anders is dan verwacht, bij de

door [appellante] ten tijde van deze e-mail uitgevoerde interne hercontrole van het verslag de rapportagefout spoedig zou hebben ontdekt en deze uit eigen beweging zou hebben gemeld. De NEa heeft hierin ten onrechte geen grond voor verlaging van de boete gezien. De Afdeling ziet in het vorenstaande aanleiding om de hoogte van de boete op de hierna onder 8 vermelde wijze te verminderen.

Het betoog slaagt.

6. Ten slotte betoogt [appellante] dat de rechtbank heeft miskend dat de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) in de beroepsprocedure is overschreden en de boete om die reden moet worden verminderd.

6.1. Artikel 6, eerste lid, van het EVRM luidt:

“Bij [...] het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. [...]”

6.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1140), is de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM overschreden, indien de duur van de totale procedure onredelijk lang is. Zoals volgt uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij de Afdeling zich aansluit, is voor de beslechting van het geschil aangaande een bestraffende sanctie in eerste aanleg uitgangspunt dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien de rechtbank, behoudens bijzondere omstandigheden, niet binnen twee jaar nadat die termijn is gaan lopen uitspraak doet en dat deze termijn begint op het moment dat het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen (arrest van de Hoge Raad van 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006 en onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5859). Voor de beslechting van het geschil in hoger beroep heeft, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (zie onder meer de uitspraak van 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0840, en voormelde uitspraak van 4 april 2018), als uitgangspunt te gelden dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien, behoudens bijzondere omstandigheden, niet binnen vier jaar nadat die termijn is aangevangen uitspraak is gedaan.

6.3. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat, anders dan [appellante] stelt, de enkele bevestiging door de NEa bij e-mail van 3 november 2014 van de vraag van [appellante] of het handhavingsrapport deel uitmaakt van het boetebesluit, met daarbij de toelichting dat dit uit Afdeling 5.4.2 van de Algemene wet bestuursrecht voortvloeit, te algemeen van aard is om aan te merken als een handeling waaraan [appellante] de redelijke verwachting heeft kunnen ontlelen dat haar een boete zou worden opgelegd.

De redelijke termijn is begonnen op 11 juni 2015, de datum van het ontwerpbesluit. De uitspraak van de rechtbank van 7 maart 2017 is binnen twee jaar na de aanvang van deze termijn gedaan. De rechtbank heeft derhalve terecht geen grond gezien voor het oordeel dat de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn moet worden verminderd.

Het betoog faalt.

#### **Incidenteel hoger beroep van de NEa**

7. De NEa betoogt dat de rechtbank de verlaging van de boete in de aangevallen uitspraak onvoldoende heeft gemotiveerd.

7.1. Uit het besluit op bezwaar blijkt dat daarbij, evenals bij het boetebesluit, voor de berekening van de aan [appellante] opgelegde boete niet is uitgegaan van de op dat moment door de NEa toegepaste berekeningsmethode, waarbij met name het effect van de overtreding van bepalend belang is voor de hoogte van de op te leggen boete, maar nog van de voorheen toegepaste berekeningsmethode, waarbij de omvang van de emittent in belangrijke mate bepalend was. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de NEa onvoldoende heeft gemotiveerd waarom bij de berekening van de aan [appellante] opgelegde boete het variabele bedrag van € 132.249,04 is betrokken, hoewel daarmee ook volgens de NEa teveel waarde wordt gehecht aan de totale omvang van de emissies van [appellante]. De rechtbank heeft terecht in deze omstandigheid aanleiding gezien de boete te verlagen.

Het betoog faalt.

#### **Conclusie**

8. Gelet op hetgeen onder 5.4 is overwogen, is het hoger beroep van [appellante] gegrond. Het incidenteel hoger beroep van de NEa is ongegrond. De aangevallen uitspraak wordt vernietigd, voor zover de rechtbank de hoogte van de boete op € 150.000,00 heeft vastgesteld.

De Afdeling ziet in de onder 5.4 vermelde omstandigheden aanleiding om de hoogte van de boete op € 75.000,00 vast te stellen, zijnde het door de rechtbank vastgestelde boetebedrag van € 150.000,00 waarop een vermindering van 50% is toegepast.

De aangevallen uitspraak wordt voor het overige bevestigd met verbetering van de gronden waarop deze rust.

9. De NEa dient ten aanzien van [appellante] op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

#### **Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:  
[...]

#### **BIJLAGE**

Verordening (EU) Nr. 601/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies

van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad  
Artikel 8

#### **Integriteit van de methode**

De exploitant of vliegtuigexploitant draagt zorg voor een redelijke mate van zekerheid van de integriteit van de gerapporteerde emissiegegevens. Hij bepaalt emissies met behulp van de passende monitoringmethoden die in deze verordening worden beschreven.

De gerapporteerde emissiegegevens en daarmee samenhangende bekendmakingen bevatten geen beduidende onjuiste opgaven, zijn zodanig dat systematische fouten bij de selectie en presentatie van informatie worden vermeden en geven een betrouwbare en evenwichtige beschrijving van de emissies van een installatie of een vliegtuigexploitant.

Bij het kiezen van een monitoringmethode worden de verbeteringen die een grotere nauwkeurigheid opleveren, afgewogen tegen de extra kosten. De monitoring en rapportage van emissies zijn daarom gericht op het behalen van de hoogst mogelijke nauwkeurigheid, tenzij dit technisch niet haalbaar is of tot onredelijke kosten leidt.

Verordening (EU) nr. 600/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de verificatie van broeikasgasemissies en tonkilometersverslagen en de accreditatie van verificateurs krachtens Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad

Artikel 3

#### **Definities**

Voor de toepassing van deze verordening zijn naast de definities van artikel 3 van Richtlijn 2003/87/EG en artikel 3 van Verordening (EU) nr. 601/2012 de volgende definities van toepassing:

[-]

5. 'materiële onjuistheid': een onjuistheid die volgens de verificateur, afzonderlijk of in combinatie met andere onjuistheden, het materialiteitsniveau overschrijdt of van invloed kan zijn op de manier waarop het verslag van de exploitant of vliegtuigexploitant door de bevoegde autoriteit wordt behandeld;

[-].

Artikel 22

#### **Onjuistheden en non-conformiteiten aanpakken**

[-]

3. [-] De verificateur beoordeelt of de niet-gecorrigeerde non-conformiteit, die afzonderlijk of in combinatie met andere non-conformiteiten voorkomt, een impact heeft op de ingediende gegevens en of dat tot materiële onjuistheden leidt.

[-].

Artikel 23

## Materialiteitsniveau

2. Voor elk van de volgende entiteiten bedraagt het materialiteitsniveau 2% van de totale emissies die in de geverifieerde verslagperiode zijn gerapporteerd:

- a. a) in artikel 19, lid 2, onder c), van Verordening (EU) nr. 601/2012 bedoelde installaties van categorie C;
- b) vliegtuigexploitanten met een jaarlijkse emissie van meer dan 500 kiloton fossiel CO<sub>2</sub>.

## Wet milieubeheer

Artikel 18.5

1.

Het is verboden te handelen in strijd met de volgende bepalingen van de Verordening monitoring en rapportage emissiehandel: artikel 4 in verbinding met de artikelen 5 tot en met 9, en de artikelen 11, 12, 50, 51, 56 en 67.

[-].

Artikel 18.6a

In geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens [-]

de artikelen 18.5 [-], kan het bestuur van de emissieautoriteit een last onder dwangsom opleggen.

Beleidsregels voor het bestuur van de Nederlandse emissieautoriteit inzake het bepalen van de hoogte van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete bij de handhaving van de regels voor de handel in emissierechten

Artikel 3

1. Bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete houdt het bestuur van de emissieautoriteit voor zover mogelijk rekening met:

- a. de indicatie van de hoogte van de bestuurlijke boete per soort overtreding in de bij deze beleidsregels behorende bijlage II;
- b. de omstandigheid dat de onderneming de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd;
- c. de omstandigheid dat de emissieautoriteit reeds eerder een vergelijkbare overtreding door de onderneming heeft vastgesteld;
- d. de omvang van de schade voor het systeem van handel in broeikasgasemissierechten, of het systeem van handel in NO<sub>x</sub>-emissierechten, en
- e. het eigen voordeel voor de onderneming bij de overtreding.

[-].

## Noot

1. Cruciaal voor alle milieuwetgeving is correcte naleving. Bij milieuwetgeving die gebruik maakt van financiële prikkels, zoals milieueffingen en emissiehandel, kan het niet-naleven van regelgeving tot (extra) financiële voordelen leiden, hetgeen in beginsel een prikkel is voor norm-ontduiking. Bij emissiehandel impliceert het opgeven van een te lage hoeveelheid emissies door een bedrijf een financieel voordeel, namelijk er hoeven minder emissierechten te worden ingeleverd, indien althans de ontduiking

niet wordt ontdekt. De richtlijn broeikasgasemissiehandel (Richtlijn 2003/87) schrijft voor dat de door lidstaten op te leggen sancties bij niet-naleving “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” moeten zijn. De regels omtrent het meten en rapporteren van de emissies, en het verifiëren van de emissierapportage, staan grotendeels in twee verordeningen van de Europese Commissie met respectievelijk de nummers 600/2012 en 601/2012, beiden aangenomen op 21 juni 2012 (en beiden genoemd in artikel 1.1 Wet milieubeheer). Het betreft uitvoerige, ingewikkelde documenten: het is nodig dat zo precies mogelijk wordt beschreven hoe gemeten, gerapporteerd en geverifieerd moet worden. De verordeningen bevatten vele verplichtingen die direct van toepassing zijn op de onder emissiehandel vallende bedrijven (exploitanten) en op verificateurs. Een van de verplichtingen luidt dat de exploitant zorg dient te dragen “voor een redelijke mate van zekerheid van de integriteit van de gerapporteerde emissiegegevens” (artikel 8 Verordening nr 601/2012; zie voor een verbodsbepaling in dit verband artikel 18.5 Wm en voor de grondslag voor een bestuurlijke boete bij overtreding hiervan artikel 18.16a Wm; een uitvoerige uitleg van de regels omtrent rapportage en verificatie bij broeikasgasemissiehandel is gegeven door Ted Thurlings in zijn proefschrift *Verhandelbare broeikasgassen. De Nederlandse implementatie van het Europees emissiehandelssysteem in de periode 2013-2020 (inclusief luchtvaart)*, uitgegeven door Wolters Kluwer, 2017). Bovenstaande zaak laat zien dat in de praktijk inderdaad nalevingstekorten kunnen optreden die, indien die niet ontdekt worden, leiden tot meer emissies dan de regelgeving toestaat. Daarbij ging het in casu om een te laag opgegeven hoeveelheid emissies. De Nederlandse Emissie-autoriteit heeft de exploitant een boete opgelegd voor het opgeven van een onjuiste CO<sub>2</sub>-jaarvracht, waartegen door het bedrijf in beroep wordt gegaan. Hieronder worden enkele elementen van de zaak besproken. Overigens zijn in hetzelfde jaar (2016) nog vijf andere boetes opgelegd, hetgeen nog maar eens illustreert dat er, althans volgens de NEa, verscheidene overtredingen zijn begaan (<https://magazines.emissieautoriteit.nl/jaarverslag-nea/2017/02/emissiehandel---feiten-en-cijfers>). Ook langs andere weg wordt er verkeerd gerapporteerd van de zijde van het bedrijfsleven: zie daarvoor de uitspraak van de Raad van State van 22 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2791. In die zaak is sprake van een te hoge toewijzing van rechten ten gevolge van een onjuiste opgave door een bedrijf, waarna de toewijzing van de rechten terecht van overheidswege werd gecorrigeerd.

2. Allereerst illustreert deze zaak dat de ommissie in de emissie-opgave is ontdekt, en dat dit gebrek overigens niet is geconstateerd door de verificateur (emissiejaarverslagen moeten door een verificateur worden beoordeeld) maar, zo blijkt uit de uitspraak, de NEa (par. 1 en par. 5.4). Blijkbaar is het emissieverslag door de verificatie gekomen, waarbij de verificateur – zo wordt betoogd – heeft bepaald dat het betreffende onderdeel (waar achteraf gezien een verkeerde berekening is gemaakt) “niet behoefde te worden geverifieerd” (par. 3).

3. Na constatering van de te lage emissie-opgave vanwege een verkeerde berekening wordt een bestuurlijke boe-

te opgelegd zoals bedoeld in artikel 18.16a Wm. Het dispuut concentreert zich onder meer op de vraag wat nu een “beduidende onjuiste opgave” is, in welk geval er een overtreding is van artikel 8 van Verordening 601/2012. De omissie in casu betrof het opgeven van een uurwaarde in plaats van de dagwaarde van een onderdeel van de emissiestromen, hetgeen resulteerde in een onderrapportage van 2,5% van de totale emissies van het hele bedrijf, hetgeen neerkomt op 50.108 ton CO<sub>2</sub>. Bij een marktprijs van pakweg € 5 zou het dan gaan om een bedrag van ruim € 250.000. De rechtbank besliste reeds dat de in artikel 8 van Verordening 601/2012 neergelegde verplichting tot, kort gezegd, integriteit bij de emissieopgave zich uitstrekt tot het emissieverslag zelf, en niet alleen de methoden betreft op basis waarvan de meting wordt gedaan (zie par. 2). Ter weerspreking hiervan zoekt de appellant steun in een niet juridisch bindend document van de Commissie, een zogenoemd “guidance” document van 16 juli 2012 (zie par. 3), maar de Afdeling geeft aan dat dit document bedoeld is om uitleg te geven over meten, niet over verslaglegging. De Afdeling ziet het document van de Commissie dan ook niet als steun voor de ook in mijn ogen gekunstelde poging van appellant om te betogen dat de verplichting om geen “beduidende onjuiste opgave” te doen geen betrekking heeft op het emissieverslag. Voorts kan voor de bepaling of iets beduidend of onbeduidend is volgens de Afdeling aangesloten worden bij het begrip “Materiële onjuistheid” van de Commissieverordening inzake verificatie en accreditatie (Verordening nr. 600/2012). De term materiële onjuistheid, ofwel “material misstatement”, komt voor in de Engelstalige versie van Verordening 601/2012. Van belang voor de uitleg is voorts dat in het Guidance document voor de uitleg van artikel 8 van de ene verordening wordt verwezen naar de definitie van een ander begrip in de andere verordening, te weten “reasonable assurance”. Het is dus een puzzel, waarbij de Guidance de sleutel bevat voor uitleg van de begrippen. Doordat de bestuursrechter de Guidance gebruikt, lijkt er een juridisch effect te ontstaan van een document dat als zodanig niet-bindend is. Helaas wordt in de uitspraak geen precieze verwijzing gedaan naar de pagina van dit Guidance document. Het document (van die datum) is ook niet meer beschikbaar op de website van de Europese Commissie.

4. Er is inmiddels een indrukwekkende hoeveelheid documenten gepubliceerd waarmee de Commissie op niet officiële wijze uitleg geeft aan het bindende regelkader, zoals aan de twee hierboven genoemde Commissieverordeningen (zie: [https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/monitoring\\_en#tab-0-1](https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/monitoring_en#tab-0-1), ingezien op 28 augustus 2018). Onmiddellijk duikt de vraag op waarom de Commissie kiest voor een informele, niet-bindende benadering van het uitleggen van de verplichtingen voor lidstaten, exploitanten en verificateurs. Daarbij wordt doorgaans vermeld dat het document niet het officiële standpunt van de Commissie bevat (zie ook par. 75 van C-180/75). Echter, indien in de rechtspraak de niet-bindende documenten een rol gaan spelen bij het vaststellen van de wettelijke verplichtingen, dan rijst de vraag of hiermee niet bepaalde waarborgen onder druk komen te staan. Immers, de Commissie moet bij

het vaststellen van een implementatie-verordening een door de Raad en het Europees Parlement vastgestelde procedure volgen (Verordening (EU) nr. 182/2011 van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren, ook wel vanouds de comitologie procedure genoemd). Overigens zijn daarin geen specifieke regels opgenomen inzake een inspraakprocedure op een ontwerpverordening voor bijvoorbeeld milieu-organisaties; deze kunnen wel worden teruggevonden in de “Better Regulation” richtlijnen van de Commissie – die inderdaad dus ook formeel niet-bindend zijn (zie daarover de Commissie: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts_en), ingezien op 28 Augustus 2018, en Europese Commissie, Better regulation for better results – An EU agenda, 19.5.2015 COM(2015) 215 final, p. 4). Een van de problemen bij het informeel verduidelijken van verplichtingen is dat er geen officieel publicatiemedium is. Zo heb ik getracht het in de uitspraak genoemde Guidance document te achterhalen (het document met dezelfde datum als gebruikt in de uitspraak), maar dat is mij bij een zoektocht op internet niet gelukt; ik kon slechts het document met een latere datum vinden. Ook is er geen vertaling naar bijvoorbeeld het Nederlands; dit heeft tot gevolg dat de Nederlandse rechter, en ik in deze annotatie, de Engelse terminologie gebruikt, te weten “Guidance”. Misschien dat het woord “toelichting” een passende vertaling is van “Guidance”. Recent gaf het Hof van Justitie nog eens aan dat hoewel dergelijke Guidance documenten juridisch niet-bindend zijn, zij wel aanvullende aanwijzingen bevatten (in casu inzake de algemene opzet van de richtlijn broeikasgasemissiehandel), zie daarover HvJ EU in zaak C-58/17 van 18 januari 2018 [*Ineos Koln GmbH tegen de Bondsrepubliek Duitsland*, par. 40] daarbij verwijzend naar een andere zaak – C-180/75 – waarbij Guidance documenten werden gebruikt ter uitleg van de verplichtingen van de richtlijn broeikasgasemissiehandel. Ook de Afdeling gebruikt in bovenstaande zaak dus een Guidance document als hulpmiddel voor de uitleg van de bepaling van een Commissieverordening, in het bijzonder van het begrip “beduidende onjuiste opgave” (zie par. 3.3). Doordat zowel het HvJ als de Afdeling Guidance documenten gebruiken ter interpretatie dan wel uitleg van bindende normen, krijgen de niet-bindende documenten toch een indirecte juridische betekenis. Nader onderzoek zou kunnen bezien of de Commissie niet te gemakkelijk gebruikmaakt van de Guidance documenten, en daarmee de verplichte procedure voor het vaststellen van uitvoeringshandelingen omzeild. Daarbij kan in ogenschouw worden genomen dat het om technisch complexe materie gaat, die zich misschien niet zo goed in regelgeving laat vatten. Maar als dat aangenomen zou worden, en als de Guidance documenten een rol gaan spelen in rechtspraak en daarmee een juridisch effect krijgen, dan is van belang na te denken over de wijze waarop de op zichzelf niet-bindende normen tot stand komen, en ook over de vraag of de rechter dan de Guidance niet zou moeten “toetsen”, bijvoorbeeld op de wijze van totstandkoming. Wie is



bij totstandkoming betrokken, is er (voldoende) inspraak gegeven aan belanghebbenden c.q. milieuorganisaties? Het lijkt immers niet consequent indien in de context van het Aarhus verdrag, of in de context van Better Regulation, aandacht wordt besteed aan inspraak bij de totstandkoming van bindende normen, maar dat dit niet gebeurt bij de totstandkoming van documenten die van invloed kunnen zijn bij de vaststelling of er een bepaalde verplichting is. De Commissie lijkt zich overigens te beseffen dat er inspraak nodig is, althans in het MRR Guidance document no 1 van 27 November 2017 (bovenstaande uitspraak vermeld ook dit document maar dan met datum 16 juli 2012) wordt enige uitleg gegeven over wie betrokken is bij de totstandkoming. Het gaat te ver om in deze annotatie kritisch te reflecteren op de gehouden inspraak, en ik volsta met een citaat:

“This guidance document takes into account the discussions within meetings of the informal Technical Working Group on the Monitoring and Reporting Regulation under the WGIII of the Climate Change Committee (CCC), as well as written comments received from stakeholders and experts from Member States.” (pagina 1 van het document)

Of milieuorganisaties hierbij betrokken zijn blijkt hieruit niet expliciet. Voor de (nabije?) toekomst is voorts interessant dat de Commissie een adviesgroep heeft ingesteld – vooral bestaande uit vertegenwoordigers van lidstaten – ter ondersteuning van de handhaving van de Europese milieuwetgeving, en deze adviesgroep zou als taak hebben om Guidance documenten te ontwikkelen. Deze expertgroep is ingesteld bij Besluit C(2018)10 van 18.1.2018, en meer informatie kan worden gevonden in het Register van deskundigheidsgroepen van de Europese Commissie (zoek op code E03574, het codenummer van de betreffende expertgroep)

5. Met betrekking tot de overtreding lijkt de exploitant steun te zoeken in het feit dat de verificateur van oordeel was dat de specifieke stroom niet door hem gecontroleerd hoefde te worden. De Afdeling vindt echter dat omdat bij het verificatieonderzoek “noodzakelijkerwijs” niet alle posten kunnen worden beoordeeld, toch sprake kan van een beduidende onjuiste opgave door een exploitant (par. 3 aan het eind). Voor een sluitende handhaving van het systeem van broeikasgasemissiehandel is het goed dat de exploitant verantwoordelijk is, ook al is door de verificateur een foute opgave niet gezien. Niettemin vraag ik me af wat dit betekent in de relatie van exploitant naar de verificateur: is de verificateur aan te spreken over dit feit? Ook ben ik benieuwd of er van overheidswege onderzoek wordt gepleegd, en eventueel indien dat aan de orde is, maatregelen worden genomen met betrekking een eventuele tekortschietende verificatie. Kortom, hoe is de controle op het optreden van de verificateur vormgegeven, en wat wordt daar in de praktijk mee gedaan? Dit valt buiten het bestek van bovenstaande uitspraak, maar is wel van groot belang voor de integriteit van het emissiehandelssysteem. Voorts ben ik ook benieuwd of het bedrijf, door de ommissie, te laat voldoende

rechten heeft ingeleverd en, indien dat het geval was, is geconfronteerd met een boete conform artikel 16 derde lid van de richtlijn broeikasgasemissiehandel Wm voor het niet op tijd inleveren van rechten (zie voor implementatie in Nederland de artikelen 18.16a en 18.16e Wm jo. artikel 16.37 Wm). Echter, er was wel een goedgekeurd emissiever-slag, in dit geval kan een eerdere uitspraak van het Hof relevant zijn (zie nr. C-148/14, gepubliceerd met annotatie in *M en R* 2015, jr. 42 nr. 7, jur nr. 107).

6. Een ander interessant element van bovenstaande zaak betreft de vraag of het uitmaakt dat de handeling al dan niet verwijtbaar is (zie artikel 5:41 Awb en laatste zin par. 4.1 van de uitspraak). Appellant wijst op de complexiteit en de late beschikbaarheid van de formats op grond waarvan gerapporteerd moet worden. De verantwoordelijkheid wordt echter ten volle bij appellant gelegd: het bedrijf had extra controle moeten doorvoeren.

7. Het instellen van beroep heeft overigens wel tot financieel voordeel geleid voor de exploitant. Immers, de hoogte van de boete is gaande de procedure fors naar beneden bijgesteld. Waar aanvankelijk door de NEa een boete is opgelegd van € 247.048, stelt de Afdeling de boete uiteindelijk vast op € 75.000,00. De Afdeling is het eens met de rechtbank dat de NEa de overtreding als zwaar kon beoordelen. Niettemin corrigeert de Afdeling de hoogte van de boete gelet op de beleidsregels van de NEa en in het licht van een eerder geval. Daarbij wordt overwogen dat bij het boetebe-sluit te veel waarde is gehecht aan de totale emissies van de appellant (zie par. 7.1). Het wordt mij echter niet voldoende duidelijk waarom de boete op € 75.000 wordt gesteld door de Afdeling. Het maakt ook nieuwsgierig hoe in andere landen wordt omgegaan met het handhaven van de regels om “geen beduidende onjuiste opgaven” te doen, en welke verschillen er zijn in de sanctieoplegging (met inbegrip van de keuze van het sanctiemiddel). Als in een zaak het boetebedrag kan variëren van ongeveer € 2,5 ton tot minder dan een ton, dan kan ik me voorstellen dat er, in de EU, forse verschillen kunnen optreden. Als althans ommissies in opgaves worden ontdekt! De prijs voor emissierechten is inmiddels (augustus 2018) gestegen naar € 20, dus in die zin wordt het lucratiever om op slimme wijze emissiestromen te laag op te geven... een uitgespaarde emissiestroom zoals in deze zaak zou dan een bedrag van meer dan € 1 miljoen vertegenwoordigen.

*Marjan Peeters*