

ECLI:NL:GHDHA:2025:1162

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	24-06-2025
Datum publicatie	24-06-2025
Zaaknummer	200.324.875
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Wet kolenverbod niet onrechtmatig jegens eigenaar elektriciteitscentrale: Staat niet verplicht om schade als gevolg van kolenverbod te vergoeden. Geen strijd recht op eigendom art. 1 EP EVRM en art. 17 EU-Handvest.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civil recht

Team Handel

Zaaknummer hof : 200.324.875/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/608588 /HAZA 21-245

Arrest van 24 juni 2025

in de zaak van

RWE Generation NL B.V.,

gevestigd in Geertruidenberg,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

advocaat: mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, kantoorhoudend in Amsterdam,

tegen

de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat),

zetelend in Den Haag,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellant in het incidenteel hoger beroep,

advocaat: mr. J.S. Procee, kantoorhoudend in Den Haag.

Het hof zal partijen hierna RWE Generation en de Staat noemen.

1 De zaak in het kort

- 1.1 RWE Generation is eigenaar van de Amercentrale. De Amercentrale was oorspronkelijk een kolencentrale, maar is stapsgewijs omgebouwd naar een biomassacentrale. In december 2019 is de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in werking getreden. Deze wet brengt mee dat de Amercentrale vanaf 1 januari 2025 geen elektriciteit meer mag opwekken met kolen en dus niet meer mag omschakelen naar het (bij)stoken van kolen.
- 1.2 De wetgever heeft niet voorzien in financiële compensatie voor de gevolgen van dat kolenverbod. RWE Generation vindt dat de Staat daardoor onrechtmatig handelt. Volgens RWE Generation is het ontbreken van schadevergoeding in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EP EVRM) en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: EU Handvest). Deze artikelen beschermen het recht op eigendom.
- 1.3 De rechtbank heeft geoordeeld dat de Staat geen schadevergoeding aan RWE Generation hoeft te betalen. Het hof komt tot hetzelfde oordeel.

2 Procesverloop in hoger beroep

- 2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:
 - de dagvaarding van 24 februari 2023, waarmee RWE Generation in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 30 november 2022;
 - de memorie van grieven van RWE Generation, met bijlagen;
 - de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel beroep van de Staat, met bijlagen;
 - de memorie van antwoord in incidenteel beroep van RWE Generation, met bijlagen;
 - de bijlagen 33 en 34 die RWE Generation ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling heeft overgelegd;
 - de bijlagen 41 t/m 58 die de Staat ter gelegenheid van deze mondelinge behandeling heeft overgelegd.
- 2.2 Op 13 en 16 januari 2025 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, gecombineerd met de zaken met de zaaknummers 200.324.872/01 (Eemshavencentrale) en 200.324.830/01 (MPP3-centrale). Op 13 januari 2025 hebben de advocaten van RWE Generation en de Staat de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd. Op 16 januari 2025 hebben de advocaten de zaak verder toegelicht, de advocaten van RWE Generation aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3 Feitelijke achtergrond

RWE Generation en het RWE-concern

- 3.1 RWE Generation is eigenaar van de Amercentrale. RWE Generation is onderdeel van het RWE-concern (hierna ook: RWE), met als topholding het in Duitsland gevestigde RWE AG.
- 3.2 RWE bezit in Nederland, via tot het concern behorende vennootschappen, de Amercentrale en de Eemshavencentrale. Ook buiten Nederland bezit RWE energiecentrales. RWE gebruikt voor opwekking van energie kolen, biomassa, gas, olie en kernenergie. Daarnaast wordt energie opgewekt met behulp van water, wind en zon.

De Amercentrale

- 3.3 De Amercentrale is een elektriciteitscentrale. De Amercentrale is gebouwd in opdracht van Essent Energie Productie B.V. (hierna: Essent). De centrale is in 1993 in gebruik genomen.
- 3.4 In september/oktober 2009 heeft RWE AG Essent overgenomen en is RWE Generation eigenaar van de Amercentrale geworden.
- 3.5 De Amercentrale is gebouwd als kolencentrale en draaide oorspronkelijk geheel op kolen. Sinds 2000 heeft de centrale de capaciteit om biomassa bij te stoken. In de jaren daarna is de Amercentrale geschikt gemaakt voor exploitatie met uitsluitend biomassa en is RWE Generation stapsgewijs steeds meer biomassa gaan bijstoken. De centrale draait nu voor 100% op biomassa. Biomassa wordt voor de doeleinden van het EU-stelsel voor emissiehandel (hierna: ETS)¹ aangemerkt als een CO₂-neutrale brandstof.
- 3.6 RWE Generation ontvangt subsidie voor het stoken van biomassa in de Amercentrale. De rijksoverheid heeft op dit moment het voornemen om deze subsidie in 2027 stop te zetten.
- 3.7 De technische levensduur van de Amercentrale loopt tot 2033.

De Wet kolenverbod van december 2019

- 3.8 Het regeerakkoord 2017-2021 "Vertrouwen in de toekomst" van 10 oktober 2017 bevat de volgende passage:

" 3. Nederland wordt duurzaam

3.1 Klimaat en energie

Het klimaatverdrag van Parijs is een doorbraak. 195 landen hebben ervoor getekend de mondiale temperatuurstijging tot ruim onder 2 graden Celsius te beperken, en daarbij te streven naar een verdere beperking van de opwarming tot maximaal 1,5 graad Celsius. Het is onze plicht er alles aan te doen die doelstelling te halen. () De Europese Unie heeft namens alle lidstaten harde toezeggingen gedaan om de uitstoot van broeikasgassen in 2030 met minstens 40 procent te verminderen ten opzichte van 1990. Die toezegging is winst, maar onvoldoende om de doelstellingen van 2 graden Celsius te halen, laat staan de ambitie van 1,5 graad Celsius. Daar is meer voor nodig.

We leggen daarom de lat hoger dan de toezegging die de EU gedaan heeft. In Nederland nemen we maatregelen die ons voorbereiden op een reductie van 49 procent in 2030.

()

Maatregelen

()

De kolencentrales worden uiterlijk in 2030 gesloten. ()"

- 3.9 Op 20 december 2019 is de Wet verbod op kolen bij de elektriciteitsproductie (hierna: de Wet kolenverbod) in werking getreden.² Deze wet bepaalt dat het verboden is om in een productie-installatie elektriciteit op te wekken met kolen (hierna: het kolenverbod). Het doel van de wet is het reduceren van CO₂-emissies.
- 3.10 De Wet kolenverbod bepaalt dat het moment waarop het verbod ingaat afhankelijk is van het elektrisch rendement van de centrale. Voor de Amercentrale betekent dit dat het kolenverbod is ingegaan op 1 januari 2025.

4 Procedure bij de rechtbank

4.1 RWE Generation heeft de Staat gedagvaard en gevorderd dat de rechtbank, samengevat:

- voor recht verklaart dat de Wet kolenverbod onrechtmatig is jegens RWE Generation wegens het ontbreken van een adequate vergoeding;
- de Staat veroordeelt tot betaling van 62.000.000,- aan RWE Generation als schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente met ingang van 20 december 2019 tot aan de dag van algehele voldoening.

4.2 RWE Generation heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de Wet kolenverbod in strijd is met artikel 1 EP EVRM en artikel 17 EU Handvest omdat niet is voorzien in een adequate financiële compensatie voor de schade die RWE Generation lijdt doordat zij vanaf 1 januari 2025 geen elektriciteit meer mag opwekken met kolen. RWE Generation heeft deze schade begroot op 62 miljoen.

4.3 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en RWE Generation veroordeeld in de proceskosten.

5 Vorderingen in hoger beroep

5.1 RWE Generation is in hoger beroep gekomen (het principaal hoger beroep) en eist dat het hof het vonnis van de rechtbank vernietigt. RWE Generation heeft haar vorderingen in hoger beroep gewijzigd. Zij vordert nu geen concreet schadebedrag meer, maar verwijzing naar de schadestaat.

5.2 Kort weergegeven eist RWE Generation dat het hof:

- voor recht verklaart dat de Wet kolenverbod (i) in strijd is met artikel 1 EP EVRM alsmede artikel 17 EU Handvest en (ii) onrechtmatig is jegens RWE Generation;
- de Staat terzake (i) en (ii) veroordeelt tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

5.3 Ook de Staat is in hoger beroep gekomen (het incidenteel hoger beroep). De Staat heeft aangevoerd dat de vorderingen van RWE Generation moeten worden afgewezen vanwege gebrek aan belang, omdat RWE Generation niet heeft aangetoond dat zij enig nadeel ondervindt als gevolg van de Wet kolenverbod. De rechtbank heeft het standpunt van de Staat op dit punt niet goed weergegeven, aldus de Staat.

6 Beoordeling in hoger beroep

6.1 Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat artikel 17 EU Handvest hetzelfde inhoudt en op dezelfde wijze moet worden toegepast als artikel 1 EP EVRM (zie ook artikel 52 lid 3 EU Handvest). Partijen hebben hiertegen (terecht) ook geen grieven gericht. Het hof zal daarom hierna alleen artikel 1 EP EVRM bespreken. De overwegingen daarover zijn ook van toepassing voor zover de vorderingen van RWE Generation zijn gebaseerd op artikel 17 EU Handvest.

Artikel 1 EP EVRM

6.2 Artikel 1 EP EVRM ziet op de bescherming van eigendom en bepaalt het volgende, voor zover hier van belang:

"Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang ()."

6.3

De eerste zin stelt als algemene regel voorop dat iedereen recht heeft op ongestoord genot van zijn eigendom. De tweede zin van de eerste alinea bevat een regel die ziet op ontneming van eigendom, terwijl de tweede alinea een regel bevat voor minder ingrijpende inbreuken in de vorm van regulering van eigendom.

Het geschilpunt: is sprake van een fair balance?

- 6.4 Tussen partijen is niet in geschil dat het kolenverbod inbreuk maakt op het eigendomsrecht van RWE Generation. Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) vereist artikel 1 EP EVRM dat bij een eigendomsinbreuk sprake moet zijn van een *fair balance* (een redelijk evenwicht) tussen (a) het algemeen belang dat wordt gediend met de eigendomsinmenging aan de ene kant en (b) de bescherming van het eigendomsrecht van de betrokkene aan de andere kant. Met andere woorden: de eigendomsinmenging moet proportioneel zijn en er mag geen individuele en buitengewone last rusten op de persoon wiens eigendom in het geding is. Dit geldt zowel voor de ontneming van eigendom als voor de regulering van eigendom, en voor gevallen waarin die grens niet duidelijk valt te trekken. De grieven van RWE Generation strekken ertoe de toetsing aan het *fair balance*-vereiste in zijn geheel aan het hof voor te leggen.
- 6.5 RWE Generation verzet zich in deze procedure niet tegen de keuze van de Staat om het gebruik van kolen voor elektriciteitsproductie te verbieden in het algemeen belang, te weten het voorkomen van verdere opwarming van het klimaat, maar wel tegen het ontbreken van een adequate financiële compensatie voor haar. Volgens RWE Generation is het kolenverbod dat voor de Amercentrale op 1 januari 2025 is ingegaan, zonder die financiële compensatie in strijd met het *fair balance*-vereiste van artikel 1 EP EVRM en legt het een individuele en buitensporige last op haar. Dat is onrechtmatig. Een *fair balance* kan alleen bereikt worden met een adequate financiële schadevergoeding, die verder in een schadestaatprocedure moet worden vastgesteld, aldus RWE Generation. De Staat stelt zich daarentegen op het standpunt dat het per 1 januari 2025 ingegane kolenverbod ook zonder financiële schadevergoeding voldoet aan het *fair balance*-vereiste en dat op RWE Generation geen individuele en buitengewone last rust.
- 6.6 Het geschil draait dus om de volgende vraag:

Voldoet het op 20 december 2019 vastgestelde kolenverbod dat voor de Amercentrale op 1 januari 2025 is ingegaan (hierna ook: de maatregel) ook zonder schadevergoeding voor RWE Generation aan het fair balance-vereiste van artikel 1 EP EVRM?

- 6.7 RWE Generation stelt dat de centrale vraag is “of de Staat de Wet kolenverbod, op zichzelf staand of in combinatie met het stopzetten van de subsidie voor het stoken van biomassa, in werking heeft kunnen laten treden zonder RWE Generation te compenseren voor de gevolgen daarvan” (cursivering toegevoegd door het hof). RWE Generation vordert (in haar petitum) dat wordt vastgesteld dat de Wet kolenverbod, die voor RWE Generation op 1 januari 2025 is ingegaan, onrechtmatig is. Zij vordert een dergelijke vaststelling niet ten aanzien van het stoppen van de subsidie per 2027. Het hof hoeft dus niet de vraag te beantwoorden of het stoppen van de subsidie onrechtmatig is.
- 6.8 Bij de afweging of sprake is van een *fair balance* kunnen volgens de rechtspraak van het EHRM uiteenlopende factoren een rol spelen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dit geval spelen met name de volgende factoren een rol bij de beoordeling of de maatregel zonder financiële compensatie proportioneel is:
- de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht van RWE Generation;
 - in hoeverre de maatregel op het moment van de investeringsbeslissing voorzienbaar was voor RWE Generation;
 - de door de Staat gekozen ingangsdatum van het kolenverbod voor de Amercentrale;
 - de doelmatigheid van de maatregel.

Het hof zal deze kwesties hieronder achtereenvolgens bespreken. Daarna zal het hof twee andere punten bespreken die RWE Generation in hoger beroep aan de orde heeft gesteld, te weten de onderzoeksplicht van de Staat en de hardheidsclausule van artikel 4 Wet kolenverbod. Het hof zal vervolgens de relevante factoren afwegen en beoordelen of sprake is van een *fair balance*, met inachtneming van de beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) die hierbij aan de Staat toekomt. In

het voorgaande ligt besloten dat het hof zijn beoordeling alleen zal gronden op omstandigheden die zich daadwerkelijk voordoen ten aanzien van de Amercentrale.

- 6.9 RWE Generation is de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde onrechtmatige daad. Op grond van de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) rusten daarom op haar de stelplicht en de bewijslast van feiten die zij daarvoor aanvoert en er is in de context van artikel 1 EP EVRM geen reden om van die hoofdregel af te wijken. Artikel 1 EP EVRM wijkt in zoverre af van de bepalingen van het EVRM waarin de inhoud en omvang van het betrokken grondrecht is vastgesteld in lid 1 (stelplicht en bewijslast met betrekking tot de inbreukvraag bij klager) en de mogelijkheid om bij wet te voorzien in de beperkingen op dat grondrecht die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter bescherming van bepaalde belangen is voorzien in lid 2 (stelplicht en bewijslast bij de betrokken overheid).

De ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht

- 6.10 Een belangrijke factor is de mate waarin de maatregel inbreuk maakt op het eigendomsrecht van RWE Generation. De meest ernstige inbreuk is de in de tweede zin van artikel 1 EP EVRM genoemde ontneming van eigendom. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM valt daaronder niet alleen formele eigendomsontneming, maar ook gevallen die, gelet op de feitelijke omstandigheden, neerkomen op *de facto* ontneming van eigendom. Het onderscheid tussen (formele of *de facto*) ontneming van eigendom aan de ene kant en minder ingrijpende vormen van inbreuken op het eigendomsrecht aan de andere kant is van belang. In geval van eigendomsontneming dient volgens het EHRM in de regel financiële compensatie voor de betrokkene te volgen, terwijl bij minder ingrijpende vormen van eigendomsinbreuken dat uitgangspunt niet geldt. In die laatste gevallen is het ontbreken van financiële compensatie slechts een factor die meeweegt bij de beoordeling of sprake is van een *fair balance*.
- 6.11 RWE Generation stelt dat sprake is van *de facto* ontneming van eigendom. De Amercentrale draait op dit moment weliswaar volledig op biomassa, maar in 2027 valt de subsidie voor biomassa weg en dan kan RWE Generation de centrale niet meer op rendabele wijze op biomassa laten draaien. De enige rendabele activiteit waarvoor de centrale dan nog geschikt is, is de productie van elektriciteit en warmte door de verbranding van kolen, en precies deze activiteit is door de Wet kolenverbod verboden. RWE Generation zal de Amercentrale daarom in 2027 moeten sluiten en dat zou zonder de maatregel niet nodig zijn geweest. De centrale wordt vanaf 2027 volledig waardeloos. Daarmee is sprake van *de facto* ontneming van eigendom als gevolg van de maatregel, aldus RWE Generation.
- 6.12 Het hof verwerpt dit betoog en licht dat als volgt toe. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moet bij de beoordeling of sprake is van *de facto* onteigening worden gekeken naar de "*realities of the situation*".³ De Hoge Raad heeft, onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM, de volgende maatstaf geformuleerd:⁴

"Om vast te stellen of sprake is van een de facto onteigening van een onderneming, moet gezien worden wat het werkelijke effect op de onderneming als geheel is van de maatregel waarover wordt geklaagd. Indien de maatregel leidt tot beëindiging van de onderneming, maar de rechthebbende enig economisch belang houdt of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behoudt bij (activa van) de onderneming, is geen sprake van een de facto onteigening van de onderneming."

In dit geval is van belang dat de Amercentrale een elektriciteitscentrale is die vroeger gestookt werd met kolen, maar inmiddels stapsgewijs is omgebouwd tot een biomassacentrale. De relevante "*realities of the situation*" zijn dat de Amercentrale ten tijde van de invoering van de Wet kolenverbod in december 2019 al voor circa 80% op biomassa draaide en op het moment van het ingaan van het kolenverbod per 1 januari 2025 op 100%. Tegen die achtergrond is de eind 2019 afgekondigde maatregel, die inhoudt dat de Amercentrale vanaf 1 januari 2025 geen kolen meer mag (bij)stoken, aan te merken als een regulering van het eigendom van RWE Generation en niet als eigendomsontneming: het bepaalt alleen dat de Amercentrale, die is omgebouwd tot en (op rendabele wijze) functioneert als biomassacentrale, vanaf 2025 niet meer mag omschakelen naar het (bij)stoken van kolen. Dat is weliswaar een beperking van het eigendomsrecht van RWE Generation, maar geen eigendomsontneming. Dat de subsidies voor biomassa in 2027 eindigen en de Amercentrale - naar RWE Generation stelt - dan niet meer rendabel kan draaien op biomassa en het omschakelen naar kolen door de maatregel niet meer mag, maakt niet dat het verbod tot het gebruik van kolen daarom

als ontneming van eigendom moet worden beschouwd. De situatie die in 2027 zal ontstaan (volgens RWE Generation zal de Amercentrale dan moeten sluiten) moet gelet op de "*realities of the situation*" immers niet (althans zeker niet ten volle) worden toegerekend aan het kolenverbod, maar (voornamelijk) aan het eindigen van de subsidie voor biomassa.

- 6.13 RWE Generation heeft in dit verband gewezen op de hierna onderstreepte passage in een uitspraak van de minister van Economische Zaken en Klimaat tijdens de parlementaire behandeling van de Wet kolenverbod:5

"[De] overgangperiodes zijn erop gericht om het midden te vinden tussen die CO2-reductie, de weglek, de leveringszekerheid enzovoorts. Door die overgangperiodes wordt ook compensatie in natura geboden. Dat is belangrijk want het wetsvoorstel biedt deze overgangperiodes maar biedt geen financiële compensatie. () Dan is het belangrijk dat er een alternatieve manier van exploitatie is. Als die er niet is, dan wordt het een sluitingswet en dan hebben we een heel ander juridisch kader. Dan is er geen sprake meer van een regulering van eigendom maar dan is het in zekere zin onteigening." (onderstreping toegevoegd door het hof)

Aan deze uitspraak komt geen doorslaggevende betekenis toe, omdat deze is gedaan tijdens een parlementair debat en niet blijkt dat daaraan een juridische beoordeling in het licht van artikel 1 EP EVRM ten grondslag ligt waarbij alle voor de Amercentrale van belang zijnde omstandigheden zijn meegewogen.

- 6.14 Zoals gezegd, er is sprake van regulering van eigendom en niet van eigendomsontneming. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is hoe ernstig de inbreuk op het eigendomsrecht is door deze regulering. Vaststaat dat RWE Generation na het wegvallen van de subsidie voor biomassa in 2027 niet meer kan terugschakelen naar het (bij)stoken van kolen. Het hof zal in het midden laten of dit betekent dat de Amercentrale in 2027 zal moeten sluiten - zoals RWE Generation betoogt en de Staat betwist - en zal bij de navolgende beoordeling veronderstellenderwijs uitgaan van het voor RWE Generation meest ongunstige scenario. Gelet op het feit dat de Amercentrale al sinds 1993 in werking is en de technische levensduur van de centrale tot 2033 loopt, kan de ernst van eigendomsinbreuk - ook in het voor RWE Generation meest ongunstige scenario dat de Amercentrale in 2027 moet worden gesloten - maximaal als van middelmatige zwaarte worden gekwalificeerd. Het hof zal bij de uiteindelijke afweging (veronderstellenderwijs) uitgaan van deze mate van ernst.

Voorzienbaarheid ten tijde van de investeringsbeslissing (september/oktober 2009)

- 6.15 RWE AG heeft in september/oktober 2009 Essent overgenomen, waardoor de Amercentrale eigendom is geworden van RWE Generation. In de jaren daarna heeft RWE Generation de centrale verder stapsgewijs omgebouwd naar een centrale die draait op biomassa (een brandstof die voor ETS-doeleinden geldt als CO2 neutraal). Onweersproken is dat dit heeft plaatsgevonden met ondersteuning van de Staat voor een bedrag van 2,3 miljard.
- 6.16 Van belang is in hoeverre op het moment dat RWE Generation de Amercentrale verwierf (september/oktober 2009) voor haar voorzienbaar was dat tijdens de levensduur van de Amercentrale een maatregel kon worden genomen die zou meebrengen dat deze centrale, nadat die tot biomassacentrale was omgebouwd, vanaf 2025 niet meer mocht omschakelen naar een centrale die (mede) op kolen draait. Hierbij geldt dat de kennis die (enige entiteit van) RWE had bij het nemen van de investeringsbeslissing, kan worden toegerekend aan de vennootschap RWE Generation waarin de overgenomen Amercentrale is ondergebracht.
- 6.17 Het hof gaat voorbij aan de kwestie van de voorzienbaarheid van de maatregel in de periode na september/oktober 2009, en de standpunten van partijen daarover, omdat de voorzienbaarheid in de periode voorafgaand aan het investeringsbesluit in dit geval voldoende is om te kunnen beoordelen of sprake is van een *fair balance*.
- Standpunten van partijen
- 6.18 Volgens RWE Generation kan de voorzienbaarheid van een maatregel wel een rol spelen in de *fair balance*-toets, maar is dat alleen het geval als een maatregel *in concreto* voorzienbaar was en de burger op basis van concrete signalen beter had moeten weten. Daarvan is sprake als (i) de maatregel haar basis vindt in regelgeving die al van kracht was op het moment van de investeringsbeslissing of

(ii) de maatregel wordt genomen nadat de termijn waarvoor een vergunning of recht voor het genot van het eigendom is gegeven, verlopen is. Geen van deze situaties doet zich in dit geval voor. Aan RWE Generation is op grond van verleende vergunningen onherroepelijke toestemming verleend om voor onbepaalde tijd kolengestookte elektriciteit te produceren. Op het moment van de investeringsbeslissing was het exploiteren van kolencentrales ook geen omstreden activiteit en er was geen enkele indicatie dat een dergelijke activiteit daarom verboden zou kunnen worden. Er was, kort gezegd, voor RWE Generation in 2009 geen enkele concrete indicatie dat een kolencentrale met een gebruiksduur tot (ten minste) 2033, van overheidswege ongewenst zou blijken, laat staan aan prohibitieve regelgeving blootgesteld zou worden. De maatregel was niet voorzienbaar, aldus nog steeds RWE Generation.

6.19 Volgens de Staat was de maatregel wel voorzienbaar voor RWE Generation. De Staat heeft in openbare uitingen, voorafgaand aan de investeringsbeslissing in 2009, voortdurend als belangrijke randvoorwaarde gesteld dat kolencentrales binnen de randvoorwaarden van het telkens geldende klimaatbeleid geëxploiteerd moesten worden. De rode draad in dat klimaatbeleid is steeds geweest dat kolencentrales zonder omvangrijke CO₂-emissiereductie daarin niet passen. Dat beleid nam "schoon fossiel" tot uitgangspunt, wat meebracht dat kolencentrales alleen toelaatbaar zijn met omvangrijke CO₂-emissiereductiemaatregelen. Meer specifiek had RWE/RWE Generation er ten tijde van de aankoop van de Amercentrale rekening mee moeten houden dat dergelijke grootschalige reductiemaatregelen tussen 2015 en 2020 noodzakelijk zouden zijn. Toen die maatregelen niet van de grond kwamen, lag het in de lijn der verwachting dat de Staat dergelijke emissiereductiemaatregelen verplicht zou stellen, bijvoorbeeld in de vorm van de Wet kolenverbod. In die zin was de maatregel voorzienbaar. Volgens de Staat is het begrip voorzienbaarheid in de context van de *fair balance*-toets van artikel 1 EP EVRM ruimer dan RWE Generation betoogt en kan het ook de hiervoor geschetste vorm van voorzienbaarheid omvatten.

- Uitingen over kolen en klimaat in aanloop naar de investeringsbeslissing

6.20 Voor de beoordeling van de kwestie van de voorzienbaarheid zijn relevant de uitingen van de overheid over kolen en klimaat, blijkend uit openbare stukken, in de periode voorafgaand aan de investeringsbeslissing van RWE/RWE Generation in september/oktober 2009. Voor zover deze uitingen van de overheid gaan over CO₂-uitstoot, moeten deze worden gezien tegen de achtergrond van de internationale en Europese ontwikkelingen met betrekking tot het tegengaan van klimaatverandering, waarvoor reductie van CO₂-uitstoot noodzakelijk werd geacht (voor de periode tot september/oktober 2009 weergegeven in het vonnis van de rechtbank, rechtsoverwegingen 3.7 t/m 3.12). Ook relevant zijn de uitspraken van de kant van RWE over kolen en klimaat in de periode voorafgaand aan haar investeringsbeslissing. Hieronder volgt een weergave van passages uit de stukken die in dit verband van belang zijn (waarbij de in de passages opgenomen voetnoten zijn weggelaten). De onderstrepingen zijn door het hof toegevoegd om die delen van de passages te benadrukken die het met name relevant acht.

6.21 Een deel van de uitingen heeft betrekking op de discussie over eventueel nieuw te bouwen kolencentrales (zoals de door RWE gebouwde Eemshavencentrale). Hoewel de Amercentrale destijds al een (sinds 1993) bestaande kolencentrale was, zijn deze uitspraken ook daarvoor relevant. De uitspraken brengen namelijk tot uitdrukking wat de positie van de overheid (en RWE) was over kolen en klimaat, en met name over CO₂-emissies als gevolg van het gebruik van kolen, ook voor de bestaande Nederlandse kolencentrales.

6.22 Kamerbrief van de minister van EZ, september 2003. Op 3 september 2003 heeft de minister van Economische Zaken een brief aan de Tweede Kamer gestuurd met als onderwerp Voorzienings- en leveringszekerheid energie. Hierin staat onder andere:6

"Een betrouwbare energievoorziening is van essentieel belang voor de samenleving. De laatste tijd is er sprake geweest van een aantal incidenten rond de leveringszekerheid van elektriciteit () Energiebeleid is geen incidentenpolitiek. Juist de voorzienings- en leveringszekerheid hebben een structurele, internationaal afgestemde aanpak nodig. Investerings- en leveringszekerheid hebben veelal een looptijd van dertig jaar of meer. () Een investeerder die overweegt een kolencentrale te bouwen moet zeker weten dat deze centrale over vijftien jaar nog mag draaien. De overheid moet stabiel en

betrouwbaar zijn en zorgdragen voor een bestendig investeringsklimaat en reguleringskader, zodat marktpartijen ook werkelijk in staat zijn goede investeringsbeslissingen te nemen.

()

Het investeringsklimaat heeft in Nederland geleid tot een eenzijdig productiepark van vooral gasgestookte eenheden. Risicos hiervan zijn een toenemende afhankelijkheid op termijn van mogelijk politiek instabiele landen, een geringe spreiding van het prijsrisico en mede als gevolg daarvan een stijging van de elektriciteitsprijs bij hoge olieprijsen. Dit leidt tot hogere productiekosten voor de elektriciteitsproductiebedrijven en een negatief effect op de algehele concurrentiepositie van het Nederlands bedrijfsleven. Tevens is sprake van een hoger prijsniveau voor alle consumenten en andere afnemers. () Het bouwen van andere dan gasgestookte eenheden kan een bijdrage leveren aan beperking van de risico's die gepaard gaan met het huidige vooral gasgestookte productiepark. Een van de voor de hand liggende optie[s] is dan het investeren in duurzame energie, maar ook kolencentrales, maar die laatste optie kent tevens nadelen met betrekking tot het milieu. Het gebruik van steenkool op de conventionele manier leidt tot uitstoot van het broeikasgas CO₂ (). Momenteel zijn er formeel geen belemmeringen tegen investeringen in koleneenheden, maar in de praktijk komen de investeringen niet van de grond. Een eerste voorwaarde voor bedrijven is wel dat voor een lange periode zekerheid wordt geboden ten aanzien van het milieuregelgevingskader en de daarin opgenomen randvoorwaarden. De belangrijkste milieueisen die voor deze eenheden (zullen) gelden worden afgeleid uit Europees en ander internationaal beleid. Voor de lange termijn (relevant omdat de levensduur van een nieuwe kolencentrale zich zeker uitstrekt tot rond 2040) is in het Nationaal Milieubeleidsplan 4 (2002) aangegeven welke de ambities zijn voor de ontwikkeling van de belangrijkste emissies. Ambities op langere termijn vragen uitwerking op internationaal niveau. De invulling daarvan kan op dit moment nog niet worden gegeven. Behalve deze ambities voor de langere termijn gelden voor de kortere termijn (tot 2010) harde verplichtingen die Nederland in internationaal verband is aangegaan. Voor kolengestookte eenheden zijn de belangrijkste het Kyoto protocol voor de emissies van broeikasgassen (). Concreet betekent dit dat extra emissies ten gevolge van nieuwe kolencentrales moeten passen binnen harde nationale plafonds, en de sectorale taakstellingen die op dit moment in voorbereiding zijn. Voor CO₂ gaat gelden dat de geboden emissieruimte kan worden vergroot door rechten aan te kopen binnen het in voorbereiding zijnde systeem van Europese emissiehandel.

()

Met een verbreding van de brandstofmix van elektriciteitscentrales sluit Nederland beter aan bij andere landen in de Europese Unie en worden bovengenoemde risico's beperkt. Ook neemt hierdoor de afhankelijkheid van politiek minder stabiele regio's af. Meer investeringen in eenheden die niet van gas afhankelijk zijn bieden hiervoor een oplossing. Als ondernemers in Nederland willen investeren in kolencentrales moeten hier niet onbedoeld belemmeringen voor worden opgeworpen. Vanaf 2005 treedt naar verwachting een systeem van emissiehandel in werking () Bij voldoende technologische vooruitgang kunnen ook technieken als CO₂-opslag wellicht een rol spelen bij het beperken van de gevolgen van meer kolenvermogen voor het broeikaseffect."

- 6.23 Beleidsnotitie Schoon fossiel, september 2003. Op 22 september 2003 heeft de minister van Economische Zaken een beleidsnotitie aan de Tweede Kamer gezonden over het klimaatneutraal maken van fossiele energiedragers. Deze notitie heeft als titel Schoon Fossiel. In de begeleidende brief schrijft de minister dat een verdere verscherping van emissiedoelen in de periode na het (in 1997 opgestelde) Kyoto Protocol denkbaar is en dat in dat verband te verwachten is dat de behoefte aan nieuwe oplossingen, zoals schoon fossiel toepassingen, zal toenemen om de uitstoot van CO₂ substantieel te reduceren. In de notitie worden onder andere de volgende conclusies getrokken:7

" Middellange en lange termijn (Post-Kyoto)

Gezien de steeds sterker gevoelde urgentie van het klimaatprobleem ligt een verdere verscherping van emissiedoelen in de periode na Kyoto voor de hand . Aangezien Nederland () veel moeite heeft om juist de uitstoot van CO₂ te reduceren zal behoefte bestaan aan nieuwe oplossingen en instrumenten. Schoon fossiele toepassingen zijn dan niet alleen een kans, maar zeer waarschijnlijk ook een

noodzaak. ()

Voorzieningszekerheid

Schoon fossiel maakt het mogelijk binnen een stringenter wordend klimaatbeleid op verantwoorde wijze gebruik te maken van alle beschikbare fossiele energiebronnen en draagt daarmee bij aan een vergroting van de voorzieningszekerheid. (). Zodoende kan schoon fossiel een belangrijke rol gaan spelen als tussenoplossing op de lange weg naar een duurzame energiehuishouding en op die wijze ook bijdragen aan de voorzieningszekerheid."

- 6.24 Beantwoording Kamervragen over de bouw van nieuwe kolencentrales door de minister van EZ, juli 2004. Op 1 juli 2004 heeft de minister van Economische Zaken als volgt Kamervragen over nieuwe kolencentrales beantwoord:8

" 1 Wat is uw mening over de uitspraak van één van de topambtenaren van uw ministerie, dat er ruimte is voor nieuwe kolencentrales in Nederland?

Ik sta positief tegenover de bouw van een nieuwe kolencentrale . Dit past binnen het energiebeleid maar de voorwaarde is dat het moet passen binnen het milieubeleid van dit Kabinet . () Met betrekking tot het milieubeleid geldt dat een nieuwe kolencentrale past in het beleid inzake de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie. Ook een nieuwe kolencentrale moet immers voldoen aan het strenge, marktconforme en generieke milieubeleid. Voor de CO2-emissies is daarbij de emissiehandel maatgevend. ()

2 Deelt u mijn mening dat het onwenselijk is te investeren in een dergelijke milieuvriendelijke vorm van energie-opwekking? Zo neen, waarom niet?

Nee, die mening deel ik niet. Ik zie geen tegenstelling tussen de bouw van een nieuwe kolencentrale en de transitie naar een duurzame energiehuishouding. Kolencentrales produceren voor een belangrijk deel elektriciteit in Europa en in Nederland en ik ben ervan overtuigd dat kolen op de middellange termijn ook een belangrijke rol in onze energievoorziening zullen blijven spelen. Met een goed werkend systeem van CO2-emissiehandel krijgt CO2-emissie een prijs. Met het harde CO2-emissieplafond voor bedrijven die onder emissiehandel vallen (te weten 112 Mton/jaar voor de jaren 2008-2012), weten we zeker dat we de klimaatdoelstellingen halen. Vanuit het oogpunt van CO2 heb ik dan geen bezwaar meer voor nieuwe kolencentrales.

Door technologische ontwikkelingen is het rendement van kolencentrales de laatste jaren sterk verbeterd en zijn de negatieve milieugevolgen beperkt. Het klinkt paradoxaal, maar een nieuwe kolencentrale kan ook bijdragen aan de bevordering van duurzame energie. Een nieuwe kolencentrale is voor een deel ook een potentiële biomassa-centrale omdat bijstook van biomassa in een kolencentrale heel goed mogelijk is. Bovendien helpt een nieuwe kolencentrale ook om de fluctuaties in het aanbod van wind- en zonne-energie op te vangen, waardoor het elektriciteitssysteem in balans kan blijven."

- 6.25 Energierapport 2005, Nu voor later, juli 2005. In het Energierapport 2005, getiteld Nu voor later dat de minister van Economische Zaken op 8 juli 2005 aan de Tweede Kamer heeft aangeboden staat onder meer het volgende:9

" Kolen verdient als brandstof voor de elektriciteitsopwekking opnieuw aandacht, zeker met het oog op de bevordering van de voorzieningszekerheid. Deze brandstof zal echter alleen ingezet worden onder de voorwaarde dat het geen afbreuk doet aan het realiseren van de CO2-emissieafspraken . Evenmin mag het verstoring werken op ander beleid. In de toekomst is het mogelijk bij kolengestookte elektriciteitscentrales de CO2-uitstoot op te vangen en veilig op te slaan . Het aanbod van de elektriciteitssector om mee te investeren in een demonstratieproject voor CO2-opslag is een belangrijke eerste stap.

()

Koleninzet ten behoeve van elektriciteitsproductie is vanwege de grote voorraden en de geografische spreiding in beginsel erg aantrekkelijk voor de voorzieningszekerheid. De milieugevolgen zijn echter een nadeel van deze optie: de CO2-uitstoot is bijna tweemaal zo groot als bij een hoogrendement

aardgascentrale. ”

- 6.26 Beantwoording Kamervragen door de minister van EZ, april 2006. In antwoord op Kamervragen heeft de minister van Economische Zaken op 10 april 2006 bevestigd dat hij de bouw van een ultramoderne en ultra-milieuvriendelijke kolencentrale “geen raar idee” vindt, maar:10

“ De overheid stelt wel de randvoorwaarden voor de bouw, voor zover publieke belangen in het geding zijn. Een nieuwe centrale zal alleen volgens de jongste milieu-inzichten en -technieken gebouwd mogen worden. () Daarbij ga ik er van uit dat de investeerder ook rekening houdt met toekomstige ontwikkelingen in het nationale en Europese energie- en milieubeleid. ”

- 6.27 Beantwoording Kamervragen door de minister van VROM, juni 2007. Op Kamervragen naar aanleiding van het voornemen van onder andere RWE om een nieuwe kolencentrale te bouwen, heeft de toenmalige minister van VROM mede namens de minister van Economische Zaken op 28 juni 2007 geantwoord:11

“(…) In zowel Europa als in Nederland is besloten de klimaat- en energiebakens te gaan verzetten. De internationale impasse rond het klimaatbeleid moest worden doorbroken. Er is gekozen voor scherpe ambities voor 2020, voor het terugdringen van de emissies van broeikasgassen , voor het fors verhogen van het tempo van energiebesparing en voor een sterke toename van de inzet van hernieuwbare energiebronnen. Deze ambities , daar ben ik zeker van, zullen niet zonder gevolgen blijven voor de ontwikkeling van de energievraag en voor de inzet van fossiele brandstoffen . Een tempo van 2% energiebesparing per jaar zal de vraag verminderen en gecombineerd met het dekken van mogelijk eenderde deel van de elektriciteitsbehoefte uit hernieuwbare bronnen kan dit niet zonder gevolgen blijven voor de aanbodzijde van fossiele opwekking. Het is dus zeer de vraag of de marktcondities voor centrales gebaseerd op fossiele energiebronnen nog dezelfde zijn als ten tijde van de aanvraag van de betreffende milieuvergunningen . Investeerders in nieuwe centrales zullen hier rekening mee moeten houden.

Los van de vraag hoeveel nieuwe centrales worden gebouwd ben ik van mening dat we kolen als fossiele brandstof niet kunnen missen met het oog op een betrouwbare, op de lange termijn gerichte energievoorziening. () Maar ik ben er ook van overtuigd dat de CO2-emissies van kolencentrales op termijn niet meer zijn te combineren met onze klimaatambities . Daarom zullen we het komende decennium zo snel mogelijk in Europees verband moeten toewerken naar een situatie waarbij de afvang en ondergrondse opslag van CO2 stand der techniek wordt, waarmee het in het kader van de vergunningverlening zal worden voorgeschreven en de kosten voor rekening van de exploitant zijn, c.q. worden opgevangen binnen het Europese systeem van emissiehandel. Mijn inzet in Europees verband is om deze situatie binnen 10 jaar te bereiken.

()

Bovenstaande ingrediënten, emissiehandel met voor de elektriciteitscentrales een Europees plafond, een significante inzet van biomassa en toepassing van CCS, maken dat ik de bouw van nieuwe kolencentrales uiteindelijk acceptabel vind in het licht van de klimaatambities van het kabinet .”

- 6.28 Werkprogramma Schoon en Zuinig, september 2007. In het op 24 september 2007 door het kabinet bekend gemaakte Werkprogramma Schoon en Zuinig wordt het hiervoor beschreven beleid nader uitgewerkt. In dat programma staat onder meer:12

“Nederland wil in 2020 één van de meest schone en efficiënte energiesystemen hebben van Europa. () De energiesector is bereid zich sterk in te spannen om de transitie naar een duurzame energieuishouding te versnellen. De benutting van restwarmte en CO2-afvang en ondergrondse opslag (Carbon Capture and Storage) spelen daarbij een grote rol .

()

De overheid maakt afspraken met exploitanten van nieuwe kolencentrales voor een inspanningsverplichting voor de nu voorziene nieuwe kolencentrales in aanvulling op het ETS. Vanaf 2015 dient zeer substantieel CO2 gereduceerd te zijn in het centralebestand van de betreffende exploitant. Deze afspraken moeten het kabinet de zekerheid geven dat de noodzakelijke reducties

worden gehaald. De investeerders moeten aantonen hoe zij die reducties substantieel realiseren. Via het sluiten van convenanten worden afspraken gemaakt over het afvangen en opslaan van CO2 in de bodem. Schone fossiele brandstoffen kunnen zodoende als overgangstechnologie naar een duurzame energievoorziening ingezet worden . Ook zetten de exploitanten in op extra bijstook van biomassa of zelfs het vervroegd sluiten van oude weinig efficiënte kolencentrales die tot het eigen productiepark behoren . Nieuwe kolencentrales moeten nu al capture ready gebouwd worden."

- 6.29 Energierapport 2008, juni 2008. Het door het kabinet op 18 juni 2008 aan de Tweede Kamer aangeboden Energierapport 2008 bevat de volgende passage over de energiemix, kolencentrales en CCS (Carbon Capture and Storage: opvang en opslag van Co2):13

" 3. Energiegebruik in de EU en Nederland

()

3.5. Diversificatie van fossiele brandstoffen

Niet-duurzame energie zal de komende decennia een belangrijke rol blijven spelen. De AER heeft recent een advies uitgebracht over de brandstofmix. () In dat advies is veel aandacht besteed aan de vraag hoe de verschillende vormen van elektriciteitsopwekking scoren op de criteria betaalbaar, betrouwbaar en schoon. Uit dit advies blijkt dat alle opties hun specifieke voor- en nadelen hebben en dat geen enkele optie is te prefereren boven de andere ().

Tabel 3.5

Voor- en nadelen van de verschillende opwekkingsvormen

Betaalbaar Betrouwbaar Schoon

Kolen + ++ -- nu - later

Relatief goedkoop, komen uit een beperkt aantal stabiele landen. Wel zijn de emissies groot, zeker bij de klassieke kolencentrales . IGCC c[e]ntrales belovend maar nog jonge techniek en poederkolentechniek ontwikkelt ook verder. CCS kan score op schoon verbeteren, maar verslechtert op betaalbaarheid

()

Bij kolen zijn volgens de SER de grote voorraden in grote delen van de wereld het belangrijkste pluspunt. Als minpunten worden genoemd de vele doden die jaarlijks bij de mijnbouw vallen, de grote CO2-uitstoot in combinatie met het ontwikkelstadium waarin CCS verkeert en de stijgende prijs van CO2-uitstoot.

()

Mede naar aanleiding van de adviezen van de AER en de SER is het kabinet van mening dat geen enkele optie op voorhand moet worden uitgesloten en dat geen van de genoemde opties per definitie beter is dan een andere. Aardgas zal een belangrijke rol blijven spelen in de Nederlandse elektriciteitsvoorziening. Ook kolencentrales leveren een bijdrage en die kan de komende jaren groeien. De ontwikkeling van CCS is daarbij wel essentieel om de uitstoot van CO2 terug te dringen .

()

()

3.5.2. Schone kolencentrales gaan een grotere rol spelen

()

Omdat alle opties open gehouden worden voor de ontwikkeling van de elektriciteitsvoorziening in Nederland, staat het kabinet open voor investeringen door marktpartijen in nieuwe kolencentrales in Nederland.

Naast de voordelen voor de betrouwbaarheid en de betaalbaarheid, betekent een toename van nieuwe kolencentrales in Nederland tegelijkertijd de noodzaak om de toenemende CO2-uitstoot te compenseren door de ontwikkeling van CCS . ()

Bedrijven die investeren in nieuwe kolencentrales in Nederland zijn welkom als zij ernst maken met hun inspanningen om de toename van CO2-uitstoot te compenseren ."

- 6.30 Sectorakkoord Energie 2008-2020, oktober 2008. De Staat heeft op 28 oktober 2008 met energiebedrijven en netbeheerders het Sectorakkoord Energie 2008-2020 afgesloten. Dit convenant heeft een looptijd tot 1 januari 2021. Artikel 5 van het Sectorakkoord bevat afspraken die zijn gemaakt over CCS en luidt, voor zover hier van belang, als volgt:14

"1. Fossiele energie zal in 2020 nog een aanzienlijk deel van de brandstofmix uitmaken.

2. De energiesector zal bevorderen dat energiebedrijven, dus ook de exploitanten van nieuwe kolencentrales, zullen rapporteren hoe zij binnen hun eigen centralebestand invulling geven aan de afspraken van deze verklaring en investeren in duurzame energie en de toepassing van de technologie om CO2 af te vangen en op te slaan (CCS), en vanaf 2015 zeer substantieel CO2 gereduceerd hebben . De start van de demonstratieprojecten is hiervoor een noodzakelijke stap.

3. Partijen hebben de ambitie dat CCS bij kolencentrales in 2020 bij een concurrerende CO2 prijs grootschalig wordt toegepast . De energiesector zal daartoe bevorderen dat daarvoor nieuwe kolencentrales capture ready gebouwd worden en zal in 2011 voorstellen gereed hebben voor twee grote demonstratieprojecten in het kader van het EU vlaggenschipprogramma voor CCS."

In Bijlage 2 van het Sectorakkoord is van elk van de aangesloten energiebedrijven de investeringsbereidheid opgenomen. Over de investeringsbereidheid van RWE op het gebied van CCS is onder meer het volgende vermeld:

"Op het gebied van de ontwikkeling van CCS, neemt RWE deel aan meer dan 15

wereldwijde CCS-projecten en is zij bovendien een drijvende kracht achter CCS-innovatie (...). RWE is voornemens om door toepassing van CCS-technologie een progressieve vermindering van CO2-emissie in het algemeen en van de Eemshavencentrale in het bijzonder te bereiken . Om hiertoe in staat te zijn streeft RWE ernaar om rond 2011 in samenwerking met verschillende partners wereldwijd meerdere demonstratieprojecten gebouwd te hebben, zodat de vereiste betrouwbare technologieën getest, energieverliezen verminderd en de operationele werking geoptimaliseerd kunnen worden.

()

Ervan uitgaande dat op basis van onder meer de bovenstaande projecten de technologie voor postcombustion CO2-afvang voldoende vergevorderd is, de regelgeving en de operationaliteit rond de opslag en het transport van CO2 is gerealiseerd en dat CO2-afvang, -opslag en -transport binnen het EU ETS-systeem als CO2-reducerende maatregel erkend wordt, heeft RWE het voornemen om een investering te doen in een demonstratieproject voor CO2-afvang in de

Eemshaven. RWE heeft voor het genoemde demonstratieproject reeds een aanzet gegeven door op 11 maart 2008 met de Nederlandse Gasunie een MoU te sluiten teneinde samen te werken bij het ontwikkelen en uitvoeren van CCS in de nabijheid van de Eemshavencentrale. RWE stelt zich ten doel om de beschikbare CCS-technologie door middel van de bovengenoemde ontwikkelingen op een zodanige wijze te bevorderen dat in de Eemshaven door middel van een zogenaamde first train al voor 2020 CO2-afvang op grote schaal gerealiseerd kan worden. RWE verwacht in 2015 deze afvang te kunnen demonstreren en rond 2020 een afvang op voldoende schaal te kunnen toepassen, op voorwaarde dat de technologische ontwikkeling zodanig vergevorderd is dat deze afvang zonder disproportioneel energieverlies economisch uitvoerbaar is ."

- 6.31 Kamerbrief ministers van EZ en VROM, februari 2009. Op 6 februari 2009 hebben de ministers van Economische Zaken en VROM een Kamerbrief gestuurd over CCS. Daarin staat onder meer:15

"In aanvulling op alle inspanningen op het gebied van energiebesparing en duurzame energie, is de komende decennia, gedurende de transitie naar een volledig duurzame energiehuishouding, meer nodig om (ook na 2020) ambitieuze klimaatdoelstellingen in Nederland te kunnen realiseren. Door

*middel van CCS (Carbon Capture and Storage) kan bij bedrijven die veel CO₂ uitstoten, CO₂ worden afgevangen, getransporteerd en ondergronds worden opgeslagen. Op deze wijze wordt een bijdrage geleverd om ook op middellange termijn de klimaatdoelstellingen te realiseren. CCS is geen substituu
voor meer energiebesparing en een groter aandeel duurzame energie, maar vormt daarop een
noodzakelijke aanvulling .*

()

Ook voor CCS geldt het principe "de vervuiler betaalt" . Maar de kosten van CCS zijn thans nog te hoog en de heffing op CO₂-emissies is nog te laag om CCS rendabel toe te passen.

Technologieontwikkeling en schaalvergroting moeten de kosten omlaag brengen. Daarom wil het kabinet de technologische ontwikkeling versnellen en grootschalige praktijkervaring stimuleren, zodat kosten en opbrengsten (CO₂ prijs uit het ETS) sneller bij elkaar komen. Eventuele overheidssteun voor CCS zal dus altijd een tijdelijk karakter hebben, gericht op het versnellen van de ontwikkeling en toepassing van een belangrijke milieu-innovatie."

- Oordeel van het hof

6.32 Het hof stelt het volgende voorop. RWE Generation is onderdeel van RWE, een grote commerciële partij op de energiemarkt, en van haar kan worden verwacht dat zij een hoge mate van voorzichtigheid in acht neemt bij het nastreven van haar activiteiten en dat zij bijzonder zorgvuldig de risico's beoordeelt die daar mogelijk aan zijn verbonden.¹⁶ Tussen partijen staat vast dat het stoken van kolen een van de meest vervuilende economische activiteiten is in termen van CO₂-uitstoot en vóór september/oktober 2009 was al duidelijk dat sprake was van een wereldwijd toenemende druk om die uitstoot te verminderen. Van RWE/RWE Generation mocht daarom een hoge mate van voorzichtigheid worden verwacht als het gaat om het rekening houden met de mogelijkheid van toekomstig overheidsingrijpen om die uitstoot te beperken. RWE/RWE Generation moest dan ook alert zijn op en rekening houden met de uitingen van de overheid over kolen en klimaat, ook voor zover die werden gedaan in het kader van de discussie over eventueel nieuw te bouwen kolencentrales.

6.33 Uit de hiervoor aangehaalde stukken blijkt dat de overheid vóór de investeringsbeslissing van RWE/RWE Generation de volgende punten duidelijk over het voetlicht heeft gebracht:

(a) De CO₂-uitstoot als gevolg van het stoken van kolen in kolencentrales is op termijn onhoudbaar omdat deze schadelijk is voor het klimaat (juni 2007: "de CO₂-emissies van kolencentrales zijn op termijn niet meer te combineren met onze klimaatambities").

(b) (Nieuwe) kolencentrales zijn weliswaar nuttig voor de Nederlandse energiemarkt vanuit een oogpunt van leveringszekerheid en lage prijzen, maar kunnen alleen worden toegestaan onder de strikte randvoorwaarde dat ze binnen het huidige en toekomstige klimaatbeleid passen, gericht op drastische reductie en uiteindelijk eliminering van CO₂-uitstoot, en een investeerder moet daar rekening mee houden (juli 2005: "kolen kunnen alleen ingezet worden onder de voorwaarde dat het geen afbreuk doet aan het realiseren van CO₂-emissieafspraken"; april 2006: "de investeerder moet rekening houden met toekomstige ontwikkelingen in het nationale en Europese energie- en milieubeleid"; juni 2008: "bedrijven die investeren in nieuwe kolencentrales in Nederland zijn welkom als zij ernst maken met hun inspanningen om de toename van CO₂-uitstoot te compenseren").

(c) Concreter: (nieuwe) kolencentrales zijn op den duur alleen nog acceptabel als zij - naast verhoogde efficiëntie, toepassing van het ETS en (bij)stoken van biomassa - gepaard gaan met de toepassing van CCS (Carbon Capture and Storage: opvang en opslag van CO₂) als middel om CO₂-uitstoot van kolen geheel te voorkomen (schoon fossiel) (juni 2008: "een toename van nieuwe kolencentrales in Nederland betekent tegelijkertijd de noodzaak om de toenemende CO₂-uitstoot te compenseren door de ontwikkeling van CCS", en "de ontwikkeling van CCS is essentieel om de uitstoot van CO₂ terug te dringen").

(d) De inzet is dat CCS (dus "schone steenkool") al tijdens de levensduur van de nieuwe kolencentrales (vóór 2020) wordt gerealiseerd en dan ook verplicht wordt gesteld (juni 2007: "inzet is om deze situatie (hof: het voorschrijven van CCS) binnen 10 jaar te bereiken").

(e) Investeerders in centrales waarin kolen worden gestookt moeten er rekening mee houden dat zij moeten investeren in de ontwikkeling en toepassing van CCS (juni 2007: *"energiebedrijven moeten investeren in de ontwikkeling, demonstratie en toepassing van CCS"*; februari 2009: *"ook voor CCS geldt het principe "de vervuiler betaalt"; eventuele overheidssteun voor CCS zal dus altijd een tijdelijk karakter hebben"*).

6.34 Dat RWE destijds ook wel had begrepen dat de CO₂-uitstoot van kolen een probleem was en dat een aanmerkelijke CO₂-reductie van belang was, blijkt uit het door RWE ondertekende Sectorakkoord van oktober 2008 waarin staat dat *"RWE voornemens is door toepassing van CCS-technologie een progressieve vermindering van CO₂-emissie () te bereiken"*.

6.35 De hiervoor in 6.33 geschetste achtergrond brengt mee dat RWE/RWE Generation ten tijde van de aankoop van de Amercentrale kon voorzien, althans redelijkerwijs had moeten voorzien, dat (i) het laten draaien van de centrale door het gebruik van kolen, zonder drastische vermindering van de CO₂-uitstoot ervan, op termijn niet meer acceptabel was en (ii) meer concreet, dat de inzet was dat vóór 2020 kolen (door CCS) "schoon" zouden moeten zijn, voor zover kolen dan nog gebruikt zouden worden om centrales te laten draaien. RWE Generation heeft ervoor gezorgd dat de Amercentrale is afgestapt van kolen en is overgegaan op biomassa, die voor ETS-doeleinden als CO₂-neutraal wordt beschouwd. Zij heeft de CO₂-uitstoot van haar centrale daardoor verminderd, zoals de overheid ook voor ogen had. Gelet op de door de overheid duidelijk uitgedragen randvoorwaarden voor het gebruik van kolen door elektriciteitscentrales (drastische reductie van CO₂-uitstoot, met als inzet "schone steenkool" per 2020 door CCS - dat laatste is niet gerealiseerd), kon RWE Generation destijds in 2009 al voorzien dat zij vanaf 2025 kon worden geconfronteerd met een maatregel die zou verhinderen dat de Amercentrale weer kon terugschakelen naar het stoken van kolen, met alle CO₂-emissies die daarmee gepaard gaan.

6.36 Uit het voorgaande volgt dat het hof RWE Generation niet volgt in haar standpunt dat pas na de investeringsbeslissing een kentering heeft plaatsgevonden in het politieke denken ten aanzien van kolencentrales.

6.37 Het standpunt van RWE Generation dat de maatregel alleen als voorzienbaar kan worden aangemerkt als die zou zijn gebaseerd op een op het moment van de investeringsbeslissing reeds bestaande wet of als de vergunning voor het stoken van kolen zou verlopen gaat niet op. Uit het door RWE Generation aangehaalde arrest van het EHRM in de zaak *Fredin/Zweden*¹⁷ volgt weliswaar dat het EHRM in die zaak waarde heeft gehecht aan het feit dat bepaalde maatregelen duidelijk waren voorzien bij wet ten tijde van de betrokken investeringsbeslissing, maar daaruit volgt niet *a contrario* dat een maatregel voor een voorzichtige marktdeelnemer niet voorzienbaar is als zij niet reeds voorzien is bij wet, maar wel volgt uit duidelijke mededelingen van de overheid. De door het EHRM gehanteerde maatstaf in het kader van de *fair balance*-toets is ruimer dan RWE Generation betoogt, en bestrijkt ook de hiervoor in 6.35 weergegeven vorm en mate van voorzienbaarheid. Dit volgt onder meer uit de beslissing van het EHRM in de zaak *OSullivan MacCarthy Mussel Development Ltd/Ierland* ¹⁸. In deze zaak deed een Ierse mosselzaadvisser een beroep op artikel 1 EP EVRM wegens een door Ierland op grond van Europese milieumaatregelen afgekondigd tijdelijk verbod om in een bepaalde baai te vissen op mosselzaden. Uit de overwegingen van het EHRM volgt dat het niet zo is dat de betrokken mosselzaadvisser zijn verwachtingen pas hoefde aan te passen na de concrete aankondiging van de sluiting van de haven. Hij had als commerciële partij al eerder - op een abstracter niveau - rekening moeten houden met het risico van beperkende maatregelen, met name ook gelet op de omstandigheid dat de Europese Commissie een inbreukprocedure aanhangig had gemaakt tegen Ierland die mogelijk zou kunnen leiden tot maatregelen, zoals de sluiting van de haven, ook al was de ingrijpendheid van die maatregel niet voorzien. Ook de omstandigheid dat RWE Generation nog beschikt over een vergunning voor het stoken van kolen, brengt niet mee dat RWE Generation mocht aannemen dat zij gedurende de hele levensduur van de Amercentrale CO₂ mocht blijven uitstoten door het (bij)stoken van kolen. Gelet op datgene wat het hof hiervoor bij 6.33 en 6.35 heeft overwogen, mocht RWE Generation daar niet vanuit gaan.

6.38 RWE Generation heeft verschillende passages en zinsneden uit uitingen van de overheid aangehaald waaruit zou moeten blijken dat de maatregel voor haar niet voorzienbaar was, maar die kunnen niet tot een andere uitkomst leiden:

- RWE Generation heeft erop gewezen dat de minister van Economische Zaken in september 2003 heeft geschreven dat een investeerder die overweegt om een kolencentrale te bouwen zeker moet kunnen weten dat deze centrale vijftien jaar later nog mag draaien en dat de overheid moet zorgdragen voor een bestendig investeringsklimaat en reguleringskader (zie 6.22). Echter, gegeven de latere duidelijke signalen en mededelingen (samengevat in 6.33) mocht RWE/RWE Generation daaruit in ieder geval ten tijde van haar definitieve investeringsbeslissing in 2009 niet (langer) afleiden dat zij geen rekening hoefde te houden met de mogelijkheid van een beperkende maatregel, zoals een kolenverbod per 2025.
- RWE Generation heeft verwezen naar de beantwoording van Kamervragen door de minister van Economische Zaken in juli 2004, waarin deze heeft gezegd dat de klimaatdoelstellingen gehaald kunnen worden door het harde CO₂-emissieplafond voor bedrijven die onder emissiehandel vallen en dat hij daarom geen bezwaar meer heeft tegen nieuwe kolencentrales (zie 6.24). Het hof overweegt dat daarna diverse bewindspersonen in een veelheid van uitingen duidelijk hebben gemaakt dat investeerders in kolencentrales ermee rekening moesten houden dat zij tijdens de technische levensduur daarvan zouden kunnen worden geconfronteerd met verplichte maatregelen om de CO₂-uitstoot daarvan te elimineren, althans drastisch te reduceren. Hetzelfde geldt voor uitlatingen van een topambtenaar van het ministerie van EZ in een toespraak die hij in 2004 heeft gehouden tijdens een vergadering van de Vereniging van Energie, Milieu en Water.
- RWE Generation heeft gewezen op de volzin "Koleninzet ten behoeve van elektriciteitsproductie is vanwege de grote voorraden en de geografische spreiding in beginsel erg aantrekkelijk voor de voorzieningszekerheid" in het Energierapport 2005 Nu voor later (zie 6.25). Deze zin wordt echter onmiddellijk gevolgd door een passage waarin de nadelen van de hoge CO₂-uitstoot van kolencentrales worden beschreven en wordt geconcludeerd dat in dat kader maatregelen nodig zijn.
- RWE Generation heeft ook gewezen op de beantwoording van Kamervragen door de minister van VROM in juni 2007, waarin deze toelicht dat zij de bouw van nieuwe kolencentrales uiteindelijk aanvaardbaar acht op grond van "emissiehandel met een Europees plafond voor elektriciteitscentrales, een significante inzet van biomassa en toepassing van CCS" (zie 6.27). Voorafgaand aan deze toelichting heeft de minister van VROM echter vooropgesteld dat zowel in Europa als in Nederland is besloten de klimaat- en energiebakens te gaan verzetten, dat dit niet zonder gevolgen zal blijven voor de inzet van fossiele brandstoffen, dat investeerders in nieuwe centrales hiermee rekening zullen moeten houden, dat de CO₂-emissies van kolencentrales op termijn niet meer zijn te combineren met de klimaatambities van de regering en dat zij daarom veel verwacht van CCS. In dit alles ligt duidelijk besloten dat als de combinatie van emissiehandel, inzet van biomassa en toepassing van CCS niet leidt tot een drastische reductie of eliminering van de CO₂-emissies door kolencentrales, er andere maatregelen nodig zullen zijn om dat doel te bereiken.
- RWE Generation heeft verder gewezen op een antwoord van de minister van Economische Zaken op Kamervragen naar aanleiding van het Energierapport 2008, inhoudende dat de Staat geen "nationale ge- en verboden" op zou leggen omdat daarmee voorbij zou worden gegaan aan "het internationale karakter van het energievraagstuk en onzekerheden over toekomstige (technologische) ontwikkelingen". RWE Generation moest evenwel in het licht van de passages over CCS ermee rekening houden dat, als CCS niet van de grond zou komen, op termijn de invoering van een maatregel als een kolenverbod aan de orde zou kunnen zijn.

6.39 De conclusie is dat RWE Generation ten tijde van de investeringsbeslissing redelijkerwijs had kunnen en moeten voorzien dat een maatregel zoals een kolenverbod per 2025 in beeld zou kunnen komen, waardoor de Amercentrale niet meer zou kunnen terugschakelen naar het (bij)stoken van kolen (zonder CCS). Dat weegt in het kader van de *fair balance*-toets zwaar mee in het nadeel van RWE Generation.

6.40 Tot slot merkt het hof nog op dat er in de periode na de investeringsbeslissing geen ontwikkelingen zijn geweest waaruit RWE Generation mocht opmaken dat de randvoorwaarde van (op zijn minst) een zeer substantiële CO₂-reductie, voor zover er nog kolen gebruikt zouden worden, was afgezwakt. Integendeel, de noodzaak van CO₂-reductie ter voorkoming van verdere klimaatverandering is in de jaren na die beslissing alleen maar sterker naar voren gebracht, ook door de Nederlandse overheid. RWE Generation heeft tijdens de zitting opgemerkt dat tijdens de onderhandelingen over het Energieakkoord 2013 een algeheel verbod op kolen nooit op tafel heeft gelegen. Voor zover RWE

Generation daarmee bedoelt te betogen dat zij daaruit mocht afleiden dat die maatregel op een later moment niet alsnog aan de orde zou kunnen komen, gaat dat betoog niet op. Ook toen was de gedachte namelijk nog steeds dat CCS van groot belang was om CO₂-uitstoot te voorkomen. Daarmee blijft overeind dat RWE Generation had moeten voorzien dat als dat niet tijdig van de grond zou komen en de Amercentrale op kolen zou (gaan) draaien, zij getroffen kon worden door een andere maatregel dan verplichte CCS om CO₂-emissies door kolen tot nul te reduceren, zoals een algeheel kolenverbod dat voor de Amercentrale per 1 januari 2025 is ingegaan

Ingangsdatum van het verbod (de overgangperiode)

6.41 De wetgever heeft met de Wet kolenverbod van december 2019 gekozen voor een gefaseerde inwerkingtreding van het kolenverbod, waarbij dit verbod voor de Amercentrale met ingang van 1 januari 2025 gaat gelden, dus na een overgangperiode van 5 jaar. RWE Generation betoogt dat het feit dat het verbod voor haar pas per 2025 is ingegaan, geen factor is die in het kader van de *fair balance* van belang is, maar het hof ziet dat anders. Vaststaat dat de Amercentrale op het moment dat het kolenverbod werd afgekondigd (eind 2019) al voor 80% op biomassa draaide. De overgangperiode van vijf jaar is voldoende gebleken om de laatste stap te zetten naar een volledige overgang naar biomassa. Wat de precieze beweegredenen van de Staat ook waren om te kiezen voor de ingangsdatum van 1 januari 2025, relevant is dat de overgangperiode RWE Generation in staat heeft gesteld om zich voor te bereiden op het kolenverbod en de laatste stap te zetten naar een 100% biomassacentrale. Het feit dat de Staat ervoor heeft gekozen om het verbod voor de Amercentrale niet meteen, maar pas in 2025 te laten ingaan en dat de centrale de overgang heeft kunnen maken naar een 100% biomassacentrale, is een factor die in het voordeel van de Staat meeweegt bij de beoordeling of sprake is van een *fair balance*.

Doelmatigheid van de maatregel

6.42 RWE Generation heeft erop gewezen dat de maatregel maar een beperkt maatschappelijk effect heeft. Het voorkomt slechts dat de Amercentrale vanaf 2025 tot het einde van de levensduur van de centrale in 2033 geen kolen kan (bij)stoken, terwijl RWE Generation daartoe met name vanaf 2027 had willen overgaan als de subsidie voor biomassa wegvalt. De doelmatigheid van de maatregel wordt volgens RWE Generation nog verder beperkt door het weglek- en waterbedeffect. Het weglekeffect houdt in dat het wegvallen van de elektriciteitsproductie van de Amercentrale (als die wordt gesloten, wat volgens RWE Generation in 2027 zal gebeuren) wordt opgevangen door andere centrales die CO₂ uitstoten - volgens RWE Generation niet alleen door gascentrales die minder CO₂ uitstoten, maar ook door oudere, minder efficiënte en meer vervuilende centrales in het buitenland. Het waterbedeffect ontstaat doordat emissierechten die niet meer worden gebruikt als gevolg van de Wet kolenverbod, beschikbaar komen voor andere CO₂-uitstoters binnen het ETS-systeem. De disbalans tussen de beperkte doelmatigheid van de maatregel en de ingrijpende gevolgen daarvan voor RWE Generation, maken des te meer dat geen sprake is van een *fair balance*, aldus RWE Generation. Daarbij moet volgens haar ook worden meegewogen dat de Staat heeft besloten geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de door het kolenverbod vrijkomende emissierechten te annuleren (artikel 12 lid 4 van de ETS-Richtlijn, zoals gewijzigd), waarmee hij had kunnen bewerkstelligen dat die rechten niet meer beschikbaar kunnen komen.

6.43 Het hof overweegt hierover als volgt. Als RWE Generation zou worden gevolgd in haar stelling dat zij zonder de maatregel met name vanaf 2027 zou omschakelen naar kolen, dan voorkomt de maatregel in ieder geval dat één van de Nederlandse elektriciteitscentrales gedurende zes jaar CO₂-emissies door kolen veroorzaakt. Dat is niet onbeduidend. RWE Generation betoogt daarnaast niet dat de maatregel, ook als rekening wordt gehouden met eventuele weglek- en waterbedeffecten, geen enkele positieve bijdrage levert aan reductie van CO₂-emissie. Verder is van belang dat de Staat een grote mate van beoordelingsvrijheid (een ruime *margin of appreciation*) heeft bij beslissingen over welke maatregel hij treft ten behoeve van de bescherming van het milieu en het tegengaan van klimaatverandering. Dat geldt ook voor de keuze van de Staat om de emissierechten niet zelf te annuleren, maar de onttrekking van die emissierechten over te laten aan de werking van het centrale Europese mechanisme daarvoor binnen het ETS, namelijk (i) de geleidelijke vermindering van de beschikbare emissierechten in combinatie met (ii) de zogeheten marktstabiliteitsreserve. De Staat heeft toegelicht dat op EU-niveau met die twee instrumenten is voorzien in een centraal mechanisme

om het overschot aan totale beschikbare emissierechten te verminderen. De marktstabiliteitsreserve draagt daaraan bij doordat van jaar op jaar de emissierechten boven bepaalde overschotdrempelwaardes worden onttrokken aan de door de lidstaten te veilen volumes aan emissierechten en in die reserve worden opgenomen, waar zij niet beschikbaar zijn voor uitstoters tenzij het overschot beneden een bepaalde waarde komt. Het hof zal de doelmatigheid van de maatregel hierna als factor meewegen bij de afweging of sprake is van een *fair balance*.

Onderzoeksplicht

6.44 RWE Generation heeft aangevoerd dat de Staat bij de totstandkoming van de Wet kolenverbod geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar de gevolgen van die wet voor RWE Generation, zodat hij ook geen afweging heeft kunnen maken of wel sprake was van een *fair balance*. Dat moet worden meegewogen in de *fair balance*-toets die het hof nu moet toepassen, aldus RWE Generation.

6.45 Het is juist dat op de Staat de verplichting rust om, alvorens hij zeer ingrijpende maatregelen als de onderhavige treft, te onderzoeken wat de gevolgen van die maatregelen zullen zijn, in dit geval onder meer voor de betrokken bedrijven, zoals RWE Generation. Het niet voldoen aan die onderzoeksplicht vormt op zichzelf echter geen grondslag voor een schadevergoedingsplicht, als (achteraf) zou blijken dat nader onderzoek niet tot een schadevergoedingsplicht zou hebben geleid. Omdat het hof in deze procedure - gelet op alle door partijen naar voren gebrachte informatie - de rechtmatigheid van de maatregel (de *fair balance*) in het licht van alle betrokken belangen kan beoordelen, is niet langer relevant in hoeverre de Staat destijds wel of niet afdoende onderzoek heeft gedaan.

De hardheidsclausule

6.46 RWE Generation heeft erop gewezen dat de Wet kolenverbod weliswaar een hardheidsclausule bevat, maar dat deze niet bijdraagt aan een *fair balance*. Het gaat om artikel 4 van de Wet kolenverbod dat bepaalt "*Onze Minister kan op verzoek van een exploitant van een productie-installatie een tegemoetkoming verlenen indien de desbetreffende exploitant aantoont dat hij ten gevolge van het verbod, ten opzichte van andere exploitanten van een kolengestookte productie-installatie, onevenredig zwaar wordt geraakt.*". RWE Generation voert aan dat er maar enkele exploitanten van kolencentrales zijn en dat deze zich alle in dezelfde situatie bevinden, waardoor er geen sprake kan zijn van een exploitant die onevenredig zwaar wordt geraakt ten opzichte van andere exploitanten. Daarmee is de clausule volgens RWE Generation betekenisloos.

6.47 Tussen partijen is niet in geschil dat RWE Generation bij de huidige stand van zaken geen beroep toekomt op de hardheidsclausule. De wetgever heeft met die hardheidsclausule willen voorzien in een maatregel voor het geval het kolenverbod voor een kolencentrale-exploitant ten opzichte van andere exploitanten onevenredig zwaar uitpakt. Dat levert wel een mitigerende maatregel op voor als die situatie zich zou voordoen, maar dat is van ondergeschikt belang voor de vraag die het hof, gegeven de huidige stand van zaken, in deze procedure moet beantwoorden, te weten of het kolenverbod ook zonder schadevergoeding voor RWE Generation aan het *fair balance*-vereiste van artikel 1 EP EVRM voldoet.

Afweging van de relevante factoren: er is voldaan aan het fair balance-vereiste

6.48 De te beantwoorden vraag is of het in december 2019 uitgevaardigde kolenverbod, dat voor de Amercentrale op 1 januari 2025 is ingegaan, proportioneel is of dat deze maatregel een individuele en buitengewone last op RWE Generation legt die moet worden opgeheven door een aanvullende schadevergoeding. Iets anders geformuleerd: dienen de (door RWE Generation gestelde) negatieve financiële gevolgen van de maatregel geheel voor rekening van RWE Generation te blijven of moeten die (deels) voor rekening van de Staat komen?

6.49 De Staat heeft ervoor gekozen om het kolenverbod voor de Amercentrale niet meteen, maar pas in 2025 te laten ingaan. Op het moment van afkondiging van het kolenverbod in december 2019 draaide de Amercentrale al voor 80% op biomassa. De door de Staat gegeven overgangstermijn van vijf jaar is voldoende gebleken om de laatste stap te kunnen zetten naar een 100% op biomassa gestookte centrale. Het kolenverbod houdt wel een eigendomsbeperking in, in die zin dat RWE Generation tot het einde van de technische levensduur van de centrale in 2033 niet meer kan omschakelen naar (bij)stook van kolen, maar zoals hiervoor is overwogen, is de ernst van de eigendomsinbreuk in geen enkel scenario meer dan van middelmatige zwaarte (dus ook als er veronderstellenderwijs vanuit

wordt gegaan dat het vanaf 2027 niet meer mogelijk is om rendabel te stoken met (100%) biomassa en de Amercentrale dan moet sluiten). Daartegenover staat dat RWE Generation ten tijde van de investeringsbeslissing in 2009 al had kunnen en moeten voorzien dat er een maatregel zou kunnen gaan gelden die zou verhinderen dat zij de Amercentrale, nadat zij die al grotendeels had omgebouwd tot biomassacentrale, na 1 januari 2025 weer zou mogen ombouwen naar een centrale die geheel of gedeeltelijk zou draaien op kolen, met bijbehorende CO₂-uitstoot. Als RWE/RWE Generation desondanks besluit te investeren in de aankoop van Essent, en daarmee van de Amercentrale, dan geldt dat de door de overheid getroffen maatregel en de gevolgen daarvan binnen het normale ondernemersrisico van RWE Generation vallen. Het voorgaande brengt mee dat voor zover RWE Generation schade zou lijden als gevolg van de maatregel, die schade voor haar rekening moet blijven. De maatregel voorkomt in ieder geval dat de Amercentrale voor de resterende levensduur nog CO₂ kan uitstoten door het stoken van kolen. Dat is niet onbeduidend. Dat de doelmatigheid van de maatregel mogelijk in zekere mate wordt beperkt door een weglek- en waterbedeffect (welke effecten niet precies zijn te kwantificeren), maakt niet dat de Staat, aan wie op het gebied van milieu en klimaat een ruime beoordelingsvrijheid toekomt, tot een andere afweging had moeten komen en de maatregel niet had mogen invoeren zonder financiële compensatie voor RWE Generation. Alles overziende is het hof van oordeel dat de maatregel ook zonder financiële compensatie voor RWE Generation voldoet aan de *fair balance*-toets van artikel 1 EP EVRM.

Conclusie: geen schending van artikel 1 EP EVRM (en artikel 17 EU Handvest)

- 6.50 De conclusie is dat geen sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM, en derhalve ook niet van artikel 17 EU Handvest. Dat betekent dat de vorderingen van RWE Generation niet kunnen worden toegewezen.

De Staat heeft geen belang bij behandeling van de in hoger beroep gevoerde nadere verweren omtrent belang en schending artikel 21 Rv

- 6.51 De Staat heeft in het incidenteel hoger beroep aangevoerd dat de vorderingen van RWE Generation moeten worden afgewezen omdat zij daarbij geen enkel belang heeft. De Staat heeft dat als volgt toegelicht. RWE Generation exploiteert de Amercentrale feitelijk als biomassacentrale en blijft dat ook doen na ingang van het kolenverbod op 1 januari 2025. RWE Generation stelt de centrale te moeten sluiten per 1 januari 2027 als de subsidie voor biomassa eindigt. De schade die RWE Generation stelt te lijden is daarmee geen gevolg van de Wet kolenverbod, maar van het eindigen van de subsidie voor biomassa. Daarom heeft RWE Generation geen belang bij deze procedure. Dat is pas anders als RWE Generation aantoont en bewijst dat zij de Amercentrale, de Wet kolenverbod weggedacht, per 1 januari 2027 weer had omgebouwd naar kolencentrale en op die wijze rendabel had geëxploiteerd. RWE Generation heeft dat echter nagelaten. Volgens de Staat heeft de rechtbank dit standpunt van de Staat niet goed weergegeven en niet juist beoordeeld, en daartegen komt de Staat op.
- 6.52 Het hof stelt vast dat het standpunt van de Staat dat RWE Generation niet heeft aangetoond dat zij enige schade leidt, een inhoudelijk verweer tegen de vordering van RWE Generation is. Gelet op het feit dat het hof hiervoor al tot het oordeel is gekomen dat de vorderingen van RWE Generation moeten worden afgewezen, heeft de Staat geen belang bij een verdere behandeling van dit verweer.
- 6.53 De Staat heeft verder als verweer aangevoerd dat RWE Generation misbruik maakt van procesrecht, althans in strijd heeft gehandeld met artikel 21 Rv, onder andere omdat RWE Generation helemaal niet de intentie heeft om de Amercentrale per 2027 om te bouwen naar een kolencentrale, en zij het hof daarover onjuist informeert. Het hof overweegt dat ook dit verweer inhoudelijk verder niet behandeld hoeft te worden omdat het niet tot een uitkomst kan leiden die gunstiger is voor de Staat dan de conclusie waartoe het hof al is gekomen.
- 6.54 Voor zover de Staat dit verweer gebruikt om te betogen dat RWE Generation in de werkelijk door de Staat gemaakte proceskosten in hoger beroep moet worden veroordeeld, geldt het volgende. Een volledige proceskostenveroordeling is alleen toewijsbaar in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan pas sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen

van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM.19 Deze hoge drempel voor een veroordeling in de werkelijke proceskosten wordt in deze zaak niet gehaald.

Slotoverwegingen

6.55 Voor zover partijen bewijsaanbiedingen hebben gedaan, gaat het hof daaraan voorbij, omdat deze geen betrekking hebben op concrete, zich voor bewijs lenende feiten en omstandigheden danwel op (voldoende onderbouwde) stellingen die, als zij worden bewezen, kunnen leiden tot een ander oordeel.

6.56 De conclusie is dat het hoger beroep van RWE Generation niet slaagt. Het hof zal het vonnis van de rechtbank bekrachtigen en afwijzen wat RWE Generation in hoger beroep heeft gevorderd.

6.57 Het hof zal RWE Generation als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het principaal hoger beroep. De proceskosten in het principaal hoger beroep worden begroot op:

griffierecht 783,-

salaris advocaat 18.651,- (3 punten × tarief VIII)

nakosten 178,- (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)

Totaal 19.612,-

De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten wordt toegewezen zoals vermeld in de beslissing.

6.58 Het hof zal de proceskosten van het incidenteel hoger beroep compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

7 Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 30 november 2022;
- wijst af wat RWE Generation in hoger beroep meer of anders heeft gevorderd;
- veroordeelt RWE Generation in de kosten van de procedure in het principaal hoger beroep, aan de zijde van de Staat begroot op 19.612,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als RWE Generation deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;
- bepaalt dat als RWE Generation niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft voldaan en dit arrest vervolgens wordt betekend, RWE Generation de kosten van die betekening moet betalen, plus extra nakosten van 92,-, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten als RWE Generation deze niet binnen veertien dagen na betekening heeft voldaan;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- compenseert de proceskosten van het incidenteel appel in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.J.M. Burg, D.A. Schreuder en H.M.H. Speyart van Woerden en in het openbaar uitgesproken op 24 juni 2025 in aanwezigheid van de griffier.

¹ Het ETS (de afkorting voor *Emission Trading System*) is een door de EU in het leven geroepen stelsel voor de quotering en verhandeling van rechten om CO2 uit te stoten.

² *Stb.* 2019, 493.

³ Zie bijvoorbeeld EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02 (*Depalle/Frankrijk*), par. 78: Bij de beoordeling of sprake is van ontneming van eigendom (the "second rule" van artikel 1 EP EVRM) geldt het volgende: "(...) *in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second "rule", it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of.*"

⁴ HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (*Wet verbod pelsdierhouderij*), rechtsoverweging 3.4.2.

⁵ *Handelingen II* 2018-2019, nr. 98, onderwerp 6.

⁶ *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 023, nr. 1, p. 1-2 en Bijlage 1, p. 11-13.

⁷ *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 241 nr. 6, hoofdstuk 6.

⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2003-2004, nr. 1857.

⁹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 023, nr. 14, p. 10 en p. 26/27.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2005-2006, Aanhangsel, nr. 1224, p. 2611.

¹¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2006-2007, nr. 2001, p. 4235-4236.

¹² *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 209, nr. 1, bijlage 1.

¹³ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 510, nr. 1 bijlage 2, p. 82 e.v.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 209, nr. 43, bijlage.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 510, nr. 33, p. 1-3.

¹⁶ Zie EHRM 7 juni 2018, nr. 44460/16 (*OSullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), par. 117.

¹⁷ EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (*Fredin/Zweden*), par. 54.

¹⁸ EHRM 7 juni 2018, nr. 44460/16 (*OSullivan MacCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*), EHRC 2018/194 m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 117: "*The extent and consequences of any infringement judgment could not be foreseen (), but the risk of some interruption could clearly not be excluded. This factor cannot be disregarded when assessing the burden on the applicant company. In this respect, the Court notes that the applicant company purchased its new boat in May 2008, notwithstanding the risk referred to above.*"

¹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828.
