

Besluit van , houdende regels met betrekking tot vergoeding van schade van exploitanten van kolencentrales in verband met de beperking van de CO2-emissie

(27 juli 2021)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat van, nr. WJZ/20227965;

Gelet op artikel 4, derde lid, van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van nr.);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat van, nr. WJZ.....;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1 Begripsbepalingen

In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

maatregel: maatregel ter beperking van de productie van CO₂ bij het opwekken van elektriciteit met behulp van kolen, bedoeld in artikel 3, tweede lid, van de wet;

vergoeding: vergoeding, bedoeld in artikel 4, tweede lid, van de wet;

wet: Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie.

Artikel 2 Grondslag van de schadevergoeding

1. De vergoeding wordt berekend voor de periode waarin artikel 3, tweede lid, van de wet van toepassing is.
2. De vergoeding bedraagt het verschil tussen de contante waarde van de verwachte netto vrije kasstroom zonder dat de maatregel zou worden toegepast en de contante waarde van de verwachte netto vrije kasstroom bij toepassing van de maatregel.
3. Tot de te vergoeden schade behoren tevens:
 - a. kosten in verband met de niet-nakoming van overeenkomsten die voor 9 december zijn gesloten als gevolg van de maatregel;
 - b. aanvullende personeelskosten als gevolg van de maatregel; en
 - c. redelijke kosten voor het voorkomen of beperken van schade.
4. Voor zover schade ten gevolge van de maatregel voortvloeit uit een beslissing die is genomen na 9 december 2020, wordt deze niet vergoed.
5. Indien de maatregel voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd dat niet in de berekening van de vergoeding is meegenomen, wordt dit voordeel in mindering gebracht op de vergoeding.
6. Een vergoeding van referentierente als bedoeld in artikel 9 van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het Verdrag (PbEU 2004, L 140) met betrekking tot de schade maakt deel uit van de vergoeding. Het tijdstip waarop de referentierente ingaat wordt gesteld op de datum waarop de Wet van ... tot wijziging van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in verband met beperking van de CO2-emissie (Stb. ..., ...) in werking treedt en eindigt op het moment van vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

Artikel 3 Berekening van de verwachte netto vrije kasstroom

1. De verwachte netto vrijekasstroom wordt als volgt berekend: de verwachting van de brutomarge minus operationele kosten minus vennootschapsbelasting minus investeringskosten. De contante waarde van de verwachte netto vrije kasstroom wordt bepaald door de verwachte netto vrije kasstroom te verdisconteren met een voor de productie-eenheid representatieve en marktconforme disconteringsvoet.
2. De verwachte brutomarge van de productie-installatie wordt vastgesteld door het verwachte productievolume van de productie-installatie te vermenigvuldigen met een representatieve, marktconforme verwachting van de elektriciteitsprijs, gecorrigeerd voor de verwachte kosten van CO₂ en kolen en overige directe variabele kosten, met inachtneming van de doelmatigheid en verwachte beschikbaarheid van de productie-installatie en de gevolgen voor bestaande subsidies en overige inkomsten, anders dan door de productie van elektriciteit met behulp van kolen.
3. De verwachtingen van de elektriciteitsprijs worden vastgesteld met behulp van marktprijzen geldend op de dag voor de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het koninklijk besluit waarin de inwerkingtreding van de wet, bedoeld in artikel 2, zesde lid, wordt geregeld, wordt geplaatst. Indien op deze dag de dan geldende prijsverwachtingen meer dan vijf percent afwijken van het tiendaags gemiddelde van de prijzen voorafgaand aan deze dag, wordt het tiendaags gemiddelde voorafgaand aan de deze dag gehanteerd.
4. De verwachte operationele kosten zijn in ieder geval de verwachte personeelskosten, de verwachte kosten voor regulier onderhoud en de verwachte kosten voor overhead.
5. De verwachte investeringskosten betreffen in ieder geval reguliere investeringen, mutaties in het werkkapitaal en revisies.

Artikel 4 Indienen verzoek

1. Het verzoek, bedoeld in artikel 4, tweede lid, van de wet, wordt ingediend bij Onze Minister binnen drie maanden na de inwerkingtreding van dit besluit en met gebruikmaking van een middel dat door Onze Minister beschikbaar wordt gesteld.
2. Het verzoek gaat vergezeld van de nodige stukken voor de onderbouwing van de verschillende elementen van de schade.
3. Het verzoek gaat vergezeld van een accountantsverklaring ter validatie dat de methodiek voor de raming van de elektriciteitsproductie en de marge hierop die is gebruikt bij het bepalen van het nadeel dezelfde is als de methodiek die wordt gebruikt in interne rapportages en managementverwachtingen.
4. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de gegevens die bij het verzoek worden ingediend en de stukken die daarbij worden overgelegd.

Artikel 5 Terugvordering

1. Onze Minister besluit dat de aan de exploitant van een productie-installatie toegekende vergoeding ten aanzien van het kalenderjaar waarin de maatregel van toepassing is, wordt verlaagd tot € 0, indien na afloop van het desbetreffende kalenderjaar blijkt dat in dat kalenderjaar de exploitant van een productie-installatie geen schade heeft geleden als gevolg van de maatregel, omdat:
 - a. de CO₂-uitstoot van de desbetreffende productie-installatie in het desbetreffende kalenderjaar ten minste 10% lager is dan de uitstoot die als gevolg van de maatregel in dat kalenderjaar ten hoogste door die productie-installatie mag worden uitgestoten;
 - b. onafhankelijk van de daadwerkelijke productie van de productie-installatie de marktontwikkelingen in combinatie met de beschikbaarheid van de desbetreffende productie-installatie ervoor zorgen dat de winstgevende productie van elektriciteit met behulp van kolen en de bij behorende uitstoot van CO₂ ten minste 10% lager zou zijn dan de uitstoot die als gevolg van de maatregel in dat kalenderjaar ten hoogste door die productie-installatie mag worden uitgestoten.
2. Op verzoek overlegt de exploitant de gegevens die Onze Minister noodzakelijk acht voor de uitvoering van het eerste lid. Artikel 4, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.
3. Onze Minister vordert bij de exploitant de op grond van het besluit bedoeld in het eerste lid, onverschuldigd betaalde vergoeding terug.

Artikel 6 Nadere regels in verband met goedkeuring door de Europese Commissie

Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld in verband met de berekening van de vergoeding ter verkrijging van de goedkeuring van de Europese Commissie in een procedure als bedoeld in artikel 108, vierde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 7 Advies

Onze Minister kan zich ten behoeve van de vaststelling van de hoogte van de vergoeding laten bijstaan door een onafhankelijke adviseur.

Artikel 8 Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Artikel 9 Citeertitel

Dit besluit wordt aangehaald als Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,

Nota van Toelichting

1. Aanleiding

De Wet van 7 juli 2021 houdende wijziging van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in verband met beperking van de CO₂-emissie (Stb. 382) wijzigt de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie (hierna: de wet) en regelt hierin een tijdelijke productiebeperking voor kolencentrales om te voldoen aan het Urgenda-vonnis (hierna: de maatregel). Zie voor de toelichting over het Urgenda-vonnis paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2020/21, 35668, nr. 3). De maatregel was voor de productie-installaties niet voorzienbaar en daarom is nadeelcompensatie aan de orde. De hoogte van het nadeel dat productie-installaties ten gevolge van de productiebeperking lijden zal worden vastgesteld aan de hand van de uitgangspunten in dit besluit. De nadeelcompensatie zal daarmee zo veel mogelijk het daadwerkelijk geleden nadeel als gevolg van de opgelegde beperkingsmaatregelen reflecteren.

2. Noodzaak schadevergoeding

De maatregel begrenst de (CO₂-emissie door) productie van elektriciteit met kolen voor de jaren 2021, 2022, 2023 en 2024. Daarmee is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht. Voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM wordt gekeken naar de vraag of sprake is van ontneming of regulering van eigendom. Het gebruik van kolen binnen het vastgestelde maximum blijft toegestaan. De maatregel laat de inzet van de productie-installaties voor het overige, zoals voor de bijstook van biomassa, onverlet. Uit onder meer de uitspraak van de Hoge Raad over de Wet verbod pelsdierhouderij volgt derhalve dat daarom sprake is van regulering van eigendom (zie: HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.4.2). Bovendien behouden de activa zoals de grond, het bedrijfsgebouw en de inventaris van de door de maatregel getroffen ondernemingen een meer dan te verwaarlozen waarde (zie ECLI:NL:PHR:2016:898, punt. 2.29 van de Conclusie P-G).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) erkent dat een Staat ter borging van het algemeen belang (het gebruik van) eigendom mag reguleren. De inmenging in het eigendomsrecht moet evenwel voldoen aan de eisen van legaliteit, legitimiteit en evenredigheid. De toets van legaliteit brengt mee dat de inmenging te voorzien moet zijn bij wet. Daarnaast dient de wettelijke regeling precies, toegankelijk en voorzienbaar (geen terugwerkende kracht) te zijn. Aan deze voorwaarden wordt voldaan doordat de productiebeperking bij wet wordt geregeld. De legitimiteitstoets houdt in dat de inmenging enkel mag plaatsvinden in het algemeen belang en dat deze een legitiem doel moet dienen. De met dit voorstel beoogde CO₂-reductie dient een legitiem doel en kent een dwingende reden van algemeen belang, te weten het voldoen aan de opgave volgend uit het Urgenda-vonnis en daarmee het voorkomen van onrechtmatig handelen door de Staat en het beschermen tegen gevaarlijke klimaatverandering.

De evenredigheidstoets vraagt tot slot om een beoordeling of met dit wetsvoorstel sprake is van een rechtvaardig en evenwichtig resultaat, oftewel 'fair balance', tussen het algemeen belang en de belangen van het individu dat wordt geraakt door de inmenging in zijn eigendomsrecht. Daarbij geldt dat de middelen om het gestelde doel te bereiken proportioneel moeten zijn, dat wil zeggen geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Bij de keuze van de middelen om het gestelde doel te bereiken komt de wetgever een ruime beoordelingsmarge toe (margin of appreciation).

Bij de beoordeling of sprake is van een 'fair balance' is ten tweede de voorzienbaarheid een belangrijk punt. Hiermee wordt bedoeld of de maatregel in de lijn van de verwachting ligt, ook al bestond er nog geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. Voor de bepaling van een 'fair balance' is eveneens van belang of een inmenging behoort tot het normale bedrijfsrisico.

Met het oog op de 'fair balance' tussen het algemeen belang dat gediend wordt met het onderhavige wetsvoorstel en de belangen van de exploitanten die worden geraakt door de inmenging in hun eigendomsrecht, is in de wet bepaald dat op verzoek een vergoeding zal worden

toegekend indien de met het onderhavige wetsvoorstel opgelegde productiebeperking voor een exploitant schade veroorzaakt die niet voor zijn rekening behoort te blijven. Daarbij gaat het om schade die een exploitant lijdt doordat hij als gevolg van de opgelegde productiebeperking minder elektriciteit kan produceren. Te denken valt aan schade door omzetverlies, maar ook door bijvoorbeeld personele kosten en het niet kunnen nakomen van reeds gemaakte afspraken. Bij het vaststellen van de vergoeding voor de geleden schade wordt onafhankelijk advies ingewonnen. Op basis van de vaststelling van het feitelijk geleden nadeel, kan nadeelcompensatie worden vastgesteld. Dit zal moeten voldoen aan de vereisten van artikel 1 EP EVRM. Immers, onderdeel van de 'fair balance'-toets is de vraag of er een redelijk aanbod tot schadevergoeding is gedaan. Dit is in overeenstemming met uitspraken van het EHRM, waarin de vraag of de schadevergoeding redelijk was, werd beantwoord door het inwinnen van advies van onafhankelijke deskundigen, zie EHRM 25 maart 1999, zaaknr. 31423/96, par. 48 en 12 (Papachelas t. Griekenland); EHRM 25 oktober 2012, EHRC 2013, 28, m.nt. A. Jasiak, par. 118-119 (Vistin, § en Perepjolkins t. Letland).

3. Vaststellen van de schade

3.1. Moment van berekening

Bij het vaststellen van de nadeelcompensatie gelden in het Europese en nationale recht twee belangrijke uitgangspunten: de compensatie moet zo objectief mogelijk aansluiten bij het door de productie-installaties geleden financieel nadeel en er mogen zo min mogelijk (administratieve) lasten, procedurele beperkingen of onzekerheden optreden voor de bedrijven. Daarbij is het nodig vanuit de eis van een 'fair-balance', zoals toegelicht in paragraaf 2, dat er vooraf duidelijkheid is over de methodologie en de omvang van de nadeelcompensatie die de rechthebbende kan verwachten.

De hoogte van de nadeelcompensatie wordt ex ante vastgesteld, omdat daarmee de hoogte van het nadeel dat de exploitant van de kolencentrale lijdt ten gevolge van de productiebeperking zo objectief mogelijk kan worden vastgesteld. Bij een ex post vaststelling is het mogelijk dat termijnmarktprijzen zijn beïnvloed door de maatregel zelf en is het daardoor niet mogelijk om op objectieve basis het verschil tussen de situatie met en zonder de maatregel vast te stellen. Daarnaast kunnen exploitanten om redenen van de maatregel operationele keuzes maken die het nadeel verhogen, hetgeen niet achteraf vast te stellen is. Ook daardoor is het niet mogelijk om op objectieve basis de hoogte van het nadeel te bepalen. Bij een ex ante berekening kunnen de aannames waarmee de berekeningen tot stand komen vooraf worden vastgesteld. Hierdoor is er geen mogelijkheid dat er achteraf keuzes worden gemaakt die het nadeel verhogen. Een voorbeeld hiervan is wanneer onderhoud van de productie-installatie op atypische momenten gepland wordt. Dit kan ook het geval zijn bij het achteraf toewijzen van *hedges*. Tot slot worden gewoonlijk door exploitanten posities op de termijnmarkt ingenomen om vooraf meer zekerheid te hebben over toekomstige winstmarges. Deze posities worden op portfolioniveau van de exploitant over twee of meer productie-installaties ingenomen, waaronder kolencentrales en gascentrales. Een ex-post berekening van gemiste inkomsten kan leiden tot strategische toewijzing van de op portfolioniveau afgesloten termijncontracten naar de specifieke productie-installaties. Tot slot zijn aan een ex ante benadering minder (administratieve) lasten verbonden voor de bedrijven dan bij een ex post benadering.

De ex ante benadering is voorts in overeenstemming met het Europese recht inzake de staatssteun. In de brief van 17 mei 2021 die de Minister van EZK naar aanleiding van de motie van het lid Van der Lee c.s. heeft verstuurd (Kamerstukken II 2020/21, 35668, nr. 44) is zulks aangehaald:

“Ook in het staatssteunrecht geldt dat de parameters en methode van nadeelcompensatie van te voren voldoende duidelijk moeten zijn om te beoordelen of er sprake is van compensatie die niet verder gaat dan nodig is en om overcompensatie te voorkomen. Verplichte compensatie of schadevergoeding wegens overheidsingrijpen, is in beginsel geen staatssteun, voor zover de compensatie niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is.”¹

¹ Zie randnummers 69 en 71 van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016, C 262) en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

Ook bij het besluit tot sluiting van de Hemweg-centrale is, gegeven de hiervoor beschreven juridische vereisten gebruik gemaakt van een ex-ante benadering. Daarbij is de hoogte van de schade als volgt benaderd: *“contante waarde van de verwachte jaarlijkse nettokasstromen voor de periode [...], met twee aanvullende correcties voor ontslagkosten en belastingvoordelen die voortvloeien uit een versnelde afschrijving van het actief”*.² De Europese Commissie concludeerde dat de nadeelcompensatie van de Nederlandse overheid voor de vroegtijdige sluiting van de elektriciteitscentrale van Hemweg in overeenstemming is met EU-staatssteunregels en er geen sprake was van overcompensatie.³

3.2 Wijze van berekening

De hoogte van het nadeel van een door de maatregel getroffen productie-installaties wordt gebaseerd op de verwachte gemiste netto vrije kasstromen van de productie-installatie ten gevolge van de maatregel ten opzichte van de situatie zonder de maatregel. Tot het nadeel behoren ook de aanvullende kosten als gevolg van de maatregel voor het personeel en in verband met de ontbinding of niet-nakoming van overeenkomsten.

De verwachte gemiste netto vrije kasstromen wordt bepaald door de prognose van de inkomsten in de situatie zonder de maatregel te vergelijken met de prognose van de inkomsten in de situatie met de maatregel bepaald. In de situatie met de maatregel wordt de CO₂-uitstoot van de productie-installaties gemaximeerd ter hoogte van 35% van de jaarlijkse maximale uitstoot, en wordt de prognose van de netto vrije kasstromen op basis van dat maximum bepaald.

De methode van berekening van de hoogte van het nadeel op basis van verwachte gemiste netto vrije kasstromen geeft het meest objectieve beeld van het geleden nadeel ten opzichte van andere methodes, zoals het gebruik van historische winstgevendheid van de productie-installaties. Door uit te gaan van de verwachte gemiste netto vrije kasstromen kan gebruik worden gemaakt van termijnmarktprijzen. Termijnmarktprijzen geven een objectief beeld van toekomstverwachtingen en van bedrijfsspecifieke kenmerken, zoals de effectiviteit van de productie-installatie. Bij een methode die gebruik maakt van historische prijsinformatie kan geen rekenschap worden gegeven van veranderingen in (toekomstige) marktomstandigheden.

Voorzienbare schade wordt niet vergoed. Het gaat hierbij om schade als gevolg van bedrijfsbeslissingen, zoals het aangaan van contractuele verplichtingen, die zijn genomen nadat het wetsvoorstel naar de Tweede Kamer is verzonden. Bij het nemen van dergelijke beslissingen heeft de exploitant namelijk rekening kunnen houden met de mogelijkheid dat het wetsvoorstel tot wet zou worden verheven en de maatregel in werking zal treden. Schade die als gevolg van dergelijke beslissingen zijn ontstaan behoren tot het bedrijfsrisico dat redelijkerwijze niet voor vergoeding in aanmerking komt. Redelijke kosten die worden gemaakt om de schade als gevolg van de maatregel te beperken zijn onderdeel van de te vergoeden schade.

Daarnaast zullen inkomsten, kostenbesparingen en andere vormen van voordeel die het gevolg zijn van de maatregel en niet in de berekening van de schade zijn meegenomen, van de te verlenen nadeelcompensatie worden afgetrokken.

3.3 Bedrijfsspecifieke modellen

Het opstellen van een prognose van de netto vrije kasstroom van een productie-installatie in een situatie waarin de maatregel niet van kracht is, gaat gepaard met een inschatting en onzekerheid. Om deze onzekerheid te mitigeren zijn onder andere modellen van de exploitanten van de productie-installaties nodig, die worden gebruikt naast marktinformatie over bijvoorbeeld elektriciteits-, kolen- en CO₂-prijzen in de termijnmarkt. De modellen van de benadeelde exploitant van de productie-installatie en de gehanteerde aannames die gebruikt zijn in die modellen worden beoordeeld door een externe partij. Om te waarborgen dat de gehanteerde modellen en overgelegde gegevens ook in de interne besluitvorming van de exploitant worden gehanteerd,

² Besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2020, C(2020) final 2998, Staatssteun SA.54537 (2020/NN) – Verbod op kolen voor de elektriciteitsproductie in Nederland (randnummer 17).

³ Zie randnummer 82 van het Besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2020, C(2020) final 2998, Staatssteun SA.54537 (2020/NN) – Verbod op kolen voor de elektriciteitsproductie in Nederland.

moeten deze modellen en gegevens door een onafhankelijke accountant worden gevalideerd. De modellen kunnen per producent verschillen, omdat het gaat om bedrijfsspecifieke modellen die zijn gebaseerd op specifieke kenmerken en operationele keuzes van die productie-installaties.

Bij de bepaling van de situatie zonder de maatregel en de situatie met de maatregel worden dezelfde modellen en aannames gehanteerd. Hiermee is er een gelijke basis voor de bepaling van de beide scenario's.

4. Componenten van schade bij productiebeperking

Op hoofdlijnen worden de volgende componenten onderscheiden bij de bepaling van het financieel nadeel: geleden inkomensschade, additionele personele kosten en kosten ten aanzien van bestaande contractuele verplichtingen.

4.1 Inkomensschade

De inkomensschade is de gemiste netto vrije kasstromen voor de exploitant als gevolg van de maatregel. De methode van netto vrije kasstromen wordt gehanteerd omdat het een reflectie is van het surplus aan kas dat de exploitant genereert met de productie-installatie na kasuitgaven die nodig zijn voor operationele activiteiten en investeringen in de productie-installatie. Het geeft een objectievere basis van de waarde van de productie-installatie voor de exploitant dan het gebruik van boekhoudkundige winst. Tot de boekhoudkundige winst behoren namelijk elementen die niet de kaspositie van de exploitant beïnvloeden, zoals afschrijvingen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de boekhoudkundige winst positief is, terwijl de netto vrije kasstroom negatief is. De daadwerkelijke waarde voor de exploitant is de kasstroom die wordt gegenereerd door de productie-installatie die gebruikt kan worden voor andere activiteiten, zoals nieuwe investeringen of verminderen van schulden. Deze andere activiteiten kunnen niet worden gefinancierd door boekhoudkundige winst. Het waarderen van het inkomenspotentieel op basis van netto vrije kasstroom is daarnaast een marktconforme methode.

De inkomensschade op basis van netto vrije kasstromen bevat verschillende elementen, waaronder de marge voor de gedraaide uren, het aantal gedraaide uren, de kosten voor onderhoud en overhead en investeringen en revisies die moeten worden gedaan.

De brutomarge voor de gedraaide uren wordt bepaald op basis van termijnmarktinformatie die beschikbaar is op de handelsdag voor de publicatie van het koninklijk besluit in verband met de inwerkingtreding van de wet. Hiermee is de prijsinformatie zo dicht mogelijk bij de inwerkingtreding van de maatregel, maar zijn de prijzen nog niet beïnvloed door de wet zelf. Vanaf het moment dat de datum waarop de wet in werking zal treden bekend is, zal van die invloed wel sprake zijn. Dat moment is het moment van publicatie van het hiervoor bedoelde koninklijk besluit. De relevante termijnmarktinformatie is die van de elektriciteits-, CO₂- en kolenprijzen die gelden voor een kolencentrale die in Nederland operationeel is. Om te corrigeren voor extreme uitschieters bij de beschikbare prijzen op die handelsdag, zal het tiendaags gemiddelde worden gehanteerd wanneer de prijzen op de desbetreffende handelsdag meer dan 5% afwijken van het tiendaags gemiddelde voorafgaand aan de desbetreffende handelsdag. Naast de brutomarge op de gedraaide uren die wordt behaald met de verbranding van kolen, wordt ook de impact van de maatregel op overige inkomstenbronnen zoals de verbranding van biomassa en flexibiliteitsinkomsten in ogenschouw genomen.

De termijnmarktinformatie wordt als aanname gebruikt in de bedrijfsspecifieke modellen om een verwachting van het productievolume en brutomarge hiervan te verkrijgen. Deze verwachting wordt voor zowel de situatie met als zonder de maatregel gemaakt. Met de andere aannames dan de termijnmarktprijzen die in de modellen worden gebruikt, zoals de efficiëntie van de productie-installaties en de beschikbaarheid van de productie-installaties als gevolg van gepland en ongepland onderhoud, wordt aangesloten bij de aannames die in de interne besluitvorming van de producent worden gebruikt. Er worden door een onafhankelijke accountant werkzaamheden uitgevoerd waarbij de gebruikte bedrijfsspecifieke financiële en non-financiële gegevens die niet met publieke informatie te verifiëren zijn met brondocumentatie worden vergeleken om te zorgen dat deze gegevens ook bij de interne besluitvorming van de producent worden gebruikt.

De brutomarge wordt gecorrigeerd voor operationele kosten om de productie-installaties te kunnen exploiteren, zoals onderhoud, personeelskosten en direct aan de productie-installaties toe te wijzen overheadkosten. Daarna vindt een correctie plaats voor de verwachte vennootschapsbelasting, inclusief effecten hierop van afschrijvingen en overige fiscale effecten, die moet worden betaald op de boekhoudkundige winsten die de productie-installaties genereert. Tot slot wordt de brutomarge ook gecorrigeerd voor verwachte investeringskosten die noodzakelijk zijn om de productie-installaties te kunnen exploiteren, zoals investeringen, revisies en mutaties in het netto werkkapitaal.

De contante waarde van de toekomstige netto vrije kasstromen wordt berekend door deze te verdisconteren met een voor de productie-eenheid representatieve en marktconforme disconteringsvoet. Hiervoor wordt het gewogen gemiddelde van de kapitaalkosten (*weighted average cost of capital*, hierna: WACC) gebruikt. Omdat vrije kasstromen gebruikt kunnen worden voor andere activiteiten, zoals nieuwe investeringen of verminderen van schulden, is het gebruik van de WACC correct omdat deze de totale kapitaalkosten (van zowel schulden als eigen vermogen) reflecteert. Tevens zou een gemiddelde marktspeeler een dergelijke productie-installatie met een kapitaalstructuur financieren die een combinatie van eigen vermogen en schuld bevat. Om de WACC te berekenen wordt het *Capital Asset Pricing Model* (CAPM) gehanteerd, wat een algemeen geaccepteerde methodiek is in lijn is met accountingstandaarden. De benodigde marktinformatie voor de berekening van de WACC wordt op dezelfde datum vastgesteld als de datum waarop de waardering van de externe adviseur wordt uitgevoerd. Deze datum is op een later moment dan de referentiedatum voor het bepalen van de brutomarge, omdat de benodigde marktinformatie voor de bepaling van de WACC niet wordt beïnvloed door de maatregel. Door op deze wijze de datum van waardering te kiezen wordt zo actueel mogelijke informatie gebruikt om het nadeel te bepalen.

Door de toekomstige netto vrije kasstromen te verdisconteren wordt rekenschap gegeven van de onzekerheid van die kasstromen en het ondernemersrisico wat wordt gelopen op die kasstromen. Het ondernemersrisico dat bij de onderneming behoort te blijven, blijft door het gebruik van een disconteringsvoet bij de onderneming. De vooraf toe te kennen nadeelcompensatie komt als gevolg van verdiscontering lager uit dan de hoogte van de verwachte kasstromen. Daarmee wordt voorkomen dat er teveel wordt gecompenseerd.

4.2. Additionele kosten rondom personeel

Als blijkt dat de maatregel personele consequenties heeft, kan dit leiden tot additionele kosten, bijvoorbeeld als gevolg van een sociaal plan. Deze kosten zijn financiële consequenties als gevolg van de maatregel en worden daarom vergoed.

4.3. Contractuele schade

Bij contractuele schade gaat het om de kosten voor het vroegtijdig beëindigen van bestaande overeenkomsten. Schade kan bijvoorbeeld ontstaan als gevolg van boeteclausules in die overeenkomsten die worden geëffectueerd door de niet-nakoming als gevolg van de maatregel. Deze kosten zijn financiële consequenties als gevolg van de maatregel en worden daarom vergoed.

4.4. Interestschade

Een vergoeding van rente maakt deel uit van de toe te kennen vergoeding. Voor de vaststelling van de hoogte van dit deel van de vergoeding wordt de referentierente van de Europese Commissie gebruikt. De hoogte van deze rente ligt dicht bij het werkelijk geleden nadeel, dan de wettelijke rente. Het tijdstip waarop de referentierente ingaat wordt gesteld op de datum waarop de wet in werking treedt.

5. Vaststelling achteraf van ontbreken relatie tussen schade exploitant en de maatregel

De nadeelcompensatie die de minister op grond van artikel 4, tweede lid, van de wet en onderhavig besluit verleend, is enkel bedoeld voor de vergoeding van schade als gevolg van de maatregel die niet voor rekening van de exploitant van de productie-installatie dient te komen. In artikel 5 wordt een voorziening getroffen voor de situatie waarin achteraf kan worden vastgesteld

dat de aanname dat de maatregel leidt tot schade voor de exploitant van een productie-installatie onjuist blijkt.

Er kunnen zich onvoorziene situaties voordoen waarbij in de toekomst de productie van een kolencentrale in een kalenderjaar substantieel lager ligt dan de hoogte van de productiebeperking tot 35%, waardoor gesteld moet worden dat in dat jaar de productie van de productie-installatie niet is beperkt door de maatregel en dat daardoor de exploitant van de productie-installatie geen schade heeft geleden als gevolg van de maatregel.

Anders dan bij de sluiting van de Hemweg-centrale blijven met deze maatregel de exploitanten actief in de markt. Het is daardoor mogelijk om gedurende de periode waarin de maatregel van kracht is te bezien in hoeverre de maatregel daadwerkelijk een beperking is voor de exploitanten van de productie-installaties. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een productie-installatie onverwacht langdurig niet operationeel is door een technische mankement. Het is ook mogelijk dat de huidige toekomstverwachtingen significant anders zijn dan de daadwerkelijke realisatie van die verwachtingen, waardoor een productie-installatie door marktwerking minder CO₂ zou uitstoten dan het maximum bepaald in deze wet.

Derhalve zal jaarlijks achteraf worden beoordeeld of de exploitant aan wie de nadeelcompensatie is toegekend daadwerkelijk is benadeeld door de maatregel. Op grond van artikel 4, tweede lid, van de wet wordt immers alleen de schade vergoed die is ontstaan als gevolg van de maatregel die niet voor rekening van de exploitant van een productie-installatie moet blijven. Een dergelijke beoordeling zal over een kalenderjaar worden uitgevoerd. Als blijkt dat een productie-installatie niet is benadeeld door de maatregel, vervalt ook de grond om voor het geleden nadeel te compenseren aan de exploitant. De vooraf berekende hoogte van de vergoeding die aan de exploitant is toegekend, zal in dat geval worden verlaagd met de voor het desbetreffende kalenderjaar vooraf berekende nadeelcompensatie. Indien het bedrag van de nadeelcompensatie voor het desbetreffende kalenderjaar reeds is overgemaakt, is sprake van een onverschuldigde betaling en zal dit bedrag worden teruggevorderd.

De vaststelling dat een exploitant van een productie-installatie in een afgelopen kalenderjaar waarin de maatregel van toepassing was geen nadeel heeft ondervonden als gevolg van de maatregel kan op twee manieren worden getoetst.

In het eerste geval wordt in een kalenderjaar dat de CO₂-productie van een productie-installatie 10% lager is dan de uitstoot die als gevolg van de maatregel in dat kalenderjaar ten hoogste door die productie-installatie mag worden uitgestoten, vastgesteld dat er geen schade is van de maatregel. Een exploitant kan pas na afloop van het jaar nauwkeurig de uitstoot van de productie-installatie bepalen. Het is dus mogelijk dat een exploitant een draaiurenprofiel heeft gekozen waarmee er werd gedacht precies op de maximale uitstoot op grond van de maatregel uit te komen, maar achteraf blijkt dat dit onder de maximale uitstoot ligt. Om elke onzekerheid weg te nemen en onbetwistbaar te kunnen vaststellen dat de maatregel niet de oorzaak is van de CO₂-productie onder de 35% van het vollastvermogen van de productie-installatie is de drempel van 10% opgenomen.

In het tweede geval wordt na afloop van een kalenderjaar waarin de maatregel van toepassing was op basis van marktgegevens van het desbetreffende kalenderjaar vastgesteld of er als gevolg van de maatregel nadeel is ondervonden. Voor deze berekening is het niet noodzakelijk dat de productie van de productie-installatie significant lager ligt dan de 35% van de maatregel. Deze berekening is onafhankelijk van de daadwerkelijk gerealiseerde productie en uitstoot van CO₂. Voor deze berekening is het noodzakelijk om aan te tonen dat er onvoldoende uren in het kalenderjaar waren geweest om in die uren winstgevend elektriciteit met behulp van kolen te produceren. Bij deze berekening wordt na afloop van het kalenderjaar de winstgevendheid per uur berekend voor alle uren van het desbetreffende kalenderjaar. Voor de berekening van de winstgevendheid (de CDS) worden van de CO₂-, elektriciteits-, en kolenprijzen de relevante *day-ahead*-prijzen gehanteerd. In deze berekening worden niet meegenomen de kosten die over langere termijn variabel zijn, zoals reguliere onderhoudskosten of personeelskosten. De hoogte van deze kosten worden namelijk niet beïnvloed door het al dan niet van toepassing zijn van de maatregel. Tevens

worden de variabele kosten, zoals transportkosten, niet in de berekening meegenomen, omdat hierover geen openbare gegevens beschikbaar zijn. Dat deze kosten niet worden meegerekend, leidt ertoe dat er – hoewel in beperkte mate – meer winstgevendende productie-uren voor de productie-installaties zijn. Dit werkt in het voordeel van de exploitanten die de nadeelcompensatie hebben aangevraagd. Bij de berekening wordt wel rekening gehouden met de uren in het kalenderjaar waarin de productie-installatie niet operationeel was. Uit deze berekening volgt voor elke specifieke productie-installatie het aantal uren waarin de exploitant van de productie-installatie in het kalenderjaar waarop de berekening van toepassing is winstgevend elektriciteit met behulp van kolen had kunnen produceren. Dit aantal uren wordt vermenigvuldigd met de CO₂-emissiefactor per uur, bedoeld in artikel 3, derde lid, van de wet en het opgesteld vermogen (in GW) van de desbetreffende productie-installatie. Hieruit volgt de CO₂-uitstoot die had kunnen worden gerealiseerd op basis van de winstgevendende uren in de markt.

Om elke onzekerheid weg te nemen en onbetwistbaar te kunnen vaststellen dat de maatregel niet de oorzaak is van de CO₂-productie onder de 35% van het vollastvermogen van de productie-installatie wordt ook bij deze berekening de drempel van 10% opgenomen. Daarom wordt de CO₂-uitstoot die in een kalenderjaar had kunnen worden gerealiseerd op basis van de winstgevendende uren in de markt vergeleken met 90% van de uitstoot die in dat kalenderjaar ten hoogste door die productie-installatie mag worden uitgestoten, hetgeen uitkomt op 31,5%. Dergelijke onzekerheid kan ontstaan door bijvoorbeeld het opstarten en uitzetten van de centrale, waarbij er kolenverbranding nodig is maar geen elektriciteit wordt geleverd.

Bij de beide methodes om vast te stellen of een exploitant van een productie-installatie in een kalenderjaar waarin de maatregel van toepassing was, is beperkt door de maatregel, wordt gebruik gemaakt van publieke gegevens. Mocht blijken dat er additionele gegevens nodig zijn om achteraf vast te kunnen stellen of sprake is van een beperking door de maatregel, dan kan de exploitant van een productie-installatie worden gevraagd deze gegevens te overleggen.

Tegen het besluit tot de verlaging van de nadeelcompensatie staat bezwaar en beroep open.

Op grond van onderhavig besluit wordt de hoogte van het veronderstelde geleden nadeel derhalve ex-ante berekend, maar wordt ex-post vastgesteld of er daadwerkelijk nadeel als gevolg van de maatregel is ontstaan. Dit is anders dan een ex-post berekening van de hoogte van het nadeel, waarbij de eerder in paragraaf 3 benoemde methodologische problemen bij een ex-post berekening niet aan de orde zijn. Artikel 5 beantwoordt tevens aan de in paragraaf 3 reeds aangehaalde motie van het lid Van der Lee c.s. waarin de regering wordt verzocht zorg te dragen voor een mechanisme waarmee de Minister van Economische Zaken en Klimaat overcompensatie terugvordert als achteraf blijkt dat er te veel gecompenseerd wordt.

6. Goedkeuring Europese Commissie

De vergoeding die op grond van artikel 4, tweede lid, van de wet wordt verleend, betreft nadeelcompensatie. Deze vergoeding is, zoals hierboven is toegelicht, noodzakelijk in verband met de rechtmatigheid van de wet. Op grond hiervan is naar het oordeel van de Nederlandse regering geen sprake van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Europese Commissie is een andere mening toegedaan en er bestaat een precedent inzake de nadeelcompensatie in verband met de sluiting van de Hemwegcentrale. Bij besluit van 15 mei 2020 (SA.54537 (2020/NN)) heeft de Europese Commissie geoordeeld dat in het geval van nadeelcompensatie als onderhavige niet uitgesloten kan worden dat deze leidt tot een selectief voordeel voor de exploitant van de productie-installaties. Tegen dit besluit van de Europese Commissie heeft Nederland principieel beroep ingesteld bij het Hof van Justitie van de Europese Unie. In deze procedure is nog geen uitspraak gedaan. Gelet op de unietrouw zoals omschreven in artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie is Nederland derhalve gehouden om het voornemen om nadeelcompensatie te melden bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, vierde lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Nederland is thans in gesprek met de Europese Commissie inzake de nadeelcompensatie voor de getroffen exploitanten van productie-installaties in een zogenaamde pre-notificatieprocedure. De

formele notificatie wordt gestart zodra de Europese Commissie aangeeft dat deze notificatie zal leiden tot een formele goedkeuring door de Europese Commissie.

7. Regeldruk

Op grond van onderhavig besluit worden de uitgangspunten waarmee de hoogte van het nadeel dat productie-installaties lijden ten gevolge van de productiebeperking vastgesteld. De maatregel was voor de productie-installaties niet voorzienbaar en daarom is nadeelcompensatie aan de orde. Een uitwerking van de uitgangspunten waarmee de hoogte van het nadeel wordt vastgesteld is noodzakelijk om de exploitanten rechtszekerheid en zoveel mogelijk duidelijkheid te verschaffen over de methodiek van berekening van de nadeelcompensatie.

Er zijn alternatieve uitgangspunten overwogen die de regeldruk voor exploitanten beïnvloeden. Er is overwogen om in plaats van een raming van toekomstige vrije kasstromen het nadeel te bepalen op basis van historische prijs- en winstgevendheidsinformatie. Dit zou de regeldruk verlichten omdat kan worden aangesloten bij bestaande informatie, maar hiermee kan geen rekenschap worden gegeven van veranderingen in (toekomstige) marktomstandigheden waardoor het niet mogelijk is om zo objectief mogelijk aan te sluiten bij het door de productie-installaties geleden financieel nadeel.

De doelgroep van de productiebeperking en daarmee onderhavig besluit is beperkt; er zijn in Nederland drie exploitanten die door de productiebeperking worden geraakt. Met de gehanteerde methodiek waarin netto vrije kasstromen en additionele kosten in beeld worden gebracht, op basis van de bestaande bedrijfsspecifieke modellen in combinatie met bestaande publieke informatie, is er gekozen voor een berekeningswijze die uitvoerbaar is voor de exploitanten. Er kan worden aangesloten bij bijstaande informatie en rekenmodellen, waarmee de lastendruk voor de exploitanten lager is dan wanneer er bijvoorbeeld zou worden gevraagd een nieuw rekenmodel op te stellen.

Omdat er sprake is van een ex-ante berekening van het nadeel is er sprake van éénmalige regeldrukkosten. Dit zijn de kosten gemoeid met het vergaren van de relevante informatie en dit overleggen aan KPMG, evenals een toelichting bij de informatie waar nodig. Op basis van een intern uurtarief van € 54 per medewerker, 20-60 uur aan werkzaamheden voor drie kolenexploitanten zullen de kosten op basis van een grove inschatting variëren tussen € 5.400 en € 16.200. Daarnaast is wordt een accountantsverklaring gevraagd in de AMvB, waarvoor een kostenraming wordt gemaakt van €2.000 tot €5.000. Hiermee is het totaal aan éénmalige regeldrukkosten tussen de €7.400 en €21.200. Het ex-post correctiemechanisme kan additionele lastendruk veroorzaken gedurende de duur van de productiebeperking. Op voorhand is de verwachting dat alle relevante informatie die nodig is voor dit correctiemechanisme beschikbaar is zonder dat hiervoor informatie van de exploitanten nodig is, waardoor op voorhand de inschatting is dat er geen additionele lastendruk bestaat als gevolg hiervan. Als er echter meer informatie nodig is, zal het vergaren van deze informatie door de exploitant tot lastendruk leiden. Er kan geen inschatting worden gegeven van de omvang hiervan, omdat het op voorhand niet bekend is welke additionele gegevens er nodig kunnen zijn.

8. Inwerkingtreding

In artikel 8 is de inwerkingtreding van dit besluit geregeld. De inwerkingtreding vindt plaats bij koninklijk besluit. Het is wenselijk dat onderhavige algemene maatregel van bestuur op het zelfde moment in werking treedt als de wet van 7 juli 2021 in verband met de productiebeperking voor de kolencentrales in verband met het belang van de aanspraak op nadeelcompensatie voor de rechtmatigheid van de wet.

9. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

In artikel 1 zijn slechts enkele begripsbepalingen opgenomen die een verkorte aanhaling van bepaalde begrippen mogelijk maken en daarmee de leesbaarheid verhogen. Daarnaast zijn de begripsbepalingen van artikel 1 van de wet van toepassing.

Artikelen 2, 3 en 4

In artikel 2, artikel 3 en artikel 4 zijn de bepalingen voor de berekening van de nadeelcompensatie opgenomen. Voor de toelichting op deze berekening wordt verwezen naar de paragrafen 3 en 4.

Artikel 5

Op grond van artikel 4, tweede lid, van de wet kent de minister alleen een vergoeding van de schade toe die het gevolg is van de maatregel en die niet voor rekening van de exploitant van de productie-installatie behoort te blijven. In artikel 5 wordt een voorziening getroffen voor de situatie waarin achteraf kan worden vastgesteld dat de aanname dat de maatregel leidt tot schade voor de exploitant van een productie-installatie onjuist blijkt. Voor de toelichting op deze correctiemogelijkheid wordt verwezen naar paragraaf 5 van deze nota van toelichting. Indien de minister voor de ex post-beoordeling of er daadwerkelijk sprake is van nadeel als gevolg van de maatregel bedrijfsgegevens nodig heeft van de exploitanten waaraan de nadeelcompensatie is verleend, kan de minister op grond van artikel 5, tweede lid, de desbetreffende gegevens opvragen. Desbetreffende exploitanten zijn op grond van artikel 5 verplicht deze gegevens te overleggen. De nadeelcompensatie over het kalenderjaar waarvoor is vastgesteld dat er geen schade is geleden als gevolg van de maatregel die reeds aan de exploitanten is overgemaakt is onverschuldigd betaald. Derhalve voorziet artikel 5, derde lid, in de bevoegdheid van de minister om het onverschuldigd betaalde terug te vorderen.

Artikel 6

In paragraaf 5 van deze nota van toelichting is toegelicht dat de verkrijging van deze goedkeuring noodzakelijk is. Tevens is in deze paragraaf aangegeven dat de Europese Commissie informeel heeft aangegeven dat de tekst van onderhavige algemene maatregel van bestuur geen beletsel vormt voor de verkrijging van de goedkeuring van de Commissie. Dit betekent evenwel niet dat in de loop van de procedure het noodzakelijk blijkt nadere regels te stellen ten behoeve van de berekening van de nadeelcompensatie om de gewenste goedkeuring van de Europese Commissie te verkrijgen. In artikel 6 is derhalve de bevoegdheid opgenomen om dergelijke regels bij ministeriële regeling te stellen. De bevoegdheid gaat niet zover dat van bepalingen in de artikelen 2, 3 en 4 kan worden afgeweken.

Artikel 7

In artikel 7 is de bevoegdheid van de minister opgenomen om zich te laten adviseren door een externe, niet aan de overheid gebonden, adviseur. De behoefte aan een dergelijke adviseur kan aanwezig zijn gelet op de specifieke bedrijfseconomische kennis die noodzakelijk is voor de beoordeling van bedrijfsgegevens die door de getroffen exploitanten worden overgelegd. Bovendien liggen aan de berekeningen over de hoogte van de nadeelcompensatie toekomstverwachtingen ten grondslag waardoor het betrekken van een onafhankelijke deskundige adviseur bijdraagt aan de objectivering van de besluitvorming over de nadeelcompensatie en daarmee bijdraagt aan de acceptatie van de besluiten over aanvragen om die nadeelcompensatie.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,