

Een sanctie zonder stem

Over de ongehoorde boete van artikel 18.16a, tweede lid, Wet milieubeheer

mr. A. Mahmoud¹

1. Inleiding

Sinds de invoering van het Europese emissiehandelssysteem ('EU ETS') is inmiddels ruim twintig jaar verstreken.² In die periode is het EU ETS van een abstract beleidsinstrument uitgegroeid tot een streng juridisch kader met ingrijpende gevolgen voor marktdeelnemers. Inmiddels is sprake van twee afzonderlijke regimes: EU ETS 1, dat ziet op industriële installaties en luchtvaart, en EU ETS 2, dat vanaf 2027 van toepassing zal zijn op onder meer gebouwen en wegvervoer. Beide systemen kennen een eigen dynamiek, maar delen een gemeenschappelijke kern: het afdwingen van naleving via sancties.

In Nederland is de Nederlandse Emissieautoriteit ('NEa') belast met de handhaving van deze verplichtingen.³ De NEa beschikt daartoe over een breed palet aan instrumenten, variërend van ambtshalve vaststellingen van het emissieverslag tot lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes. Deze instrumenten zijn in Nederland voornamelijk neergelegd in de Wet milieubeheer ('Wm') en worden toegepast onder verantwoordelijkheid van de directie van de NEa, die opereert onder toezicht van de secretaris-generaal van IenW.⁴

Wat daarbij opvalt, is dat de NEa beschikt over een aanzienlijk handhavingsarsenaal. In de literatuur is dit ook onderkend; er wordt gewezen op de breedte en diepgang van de bevoegdheden die de NEa kan inzetten om naleving af te dwingen. Eén bepaling springt daarbij in het bijzonder in het oog: artikel 18.16a van de Wm. Deze bepaling schrijft een verplichte boete van €100 per niet ingeleverd emissierecht voor, zonder ruimte voor een discretionaire beoordeling, matiging of afwijking.⁵ De sanctie is rechtstreeks afgeleid van Richtlijn 2003/87/EG ('ETS-Richtlijn') en moet worden opgelegd.

Juist dat laatste roept de vraag op in hoeverre deze handhavingsinstrumenten – en artikel 18.16a in het

bijzonder – juridisch houdbaar zijn. Voor de meeste sancties geldt dat er discretionaire ruimte is bij de beoordeling, waarbij onder andere de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de Europese rechtsbeginselen en artikel 5:46 Awb fungeren als waarborg tegen disproportionaliteit. Een betrokkene kan bezwaar maken, beroep instellen en zelfs een voorlopige voorziening vragen. In geval van strafrechtelijke handhaving via de Wet op de economische delicten bepaalt de strafrechter uiteindelijk de sanctie, met inachtneming van de beginselen en waarborgen die eigen zijn aan het strafrecht.

Dat contrast is schrijnend wanneer artikel 18.16a Wm wordt gezien. Anders dan bij andere sancties ontbreekt hier elke vorm van evenredigheidsbeoordeling, terwijl juist bij sancties die kwalificeren als een criminal charge in de zin van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ('EVRM') en de conform uit te leggen art. 47 en 48 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ('EU-Grondrechtenhandvest'), een dergelijke toetsing onmisbaar is. De boete wordt opgelegd, punt.

De bepaling is afkomstig uit de ETS-Richtlijn van vóór het EU-Grondrechtenhandvest en is sindsdien nauwelijks geëvalueerd. In de literatuur is slechts beperkt aandacht besteed aan deze bepaling, al zijn er auteurs die betogen dat het regime van gefixeerde boetes niet de rechtstatelijke benadering is.⁶ Ook op Europees niveau is discussie ontstaan, zoals blijkt uit de zaak *Billerud*, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof') koos voor een strikte benadering, terwijl de Advocaat-Generaal juist pleitte voor een toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.⁷

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de handhavingsinstrumenten van de NEa, en in het bijzonder artikel 18.16a Wm, verenigbaar zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de fundamentele rechten onder het EU-recht. Daarbij wordt eerst stilgestaan bij de opzet van EU ETS 1 en 2, gevolgd door een bespreking van de handhavingsbe-

1. Ahmed Mahmoud is advocaat bij Loyens & Loeff.
2. De richtlijn waarmee het EU ETS is vastgesteld betreft Richtlijn 2003/87/EG en is in 2003 in werking getreden.
3. Artikel 2.2 Wm jo. Verordening (EU) 601/2012.
4. Vgl. hoofdstuk 16 en 18 Wm.
5. De hoogte van deze boete is voorgeschreven in artikel 16 Richtlijn 2003/87/EG en bedraagt EUR 100,- x EU CPI.

6. Vgl. de annotatie van M. Peeters bij HvJ EU 17-10-2013, ECLI:EU:C:2013:664, *M en R* 2014/21 m.nt. M. Peeters (*Billerud*).
7. Vgl. HvJ EU 17 oktober 2013, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664 en de conclusie van A-G P. Mengozzi van 16 mei 2013, C 203/12, ECLI:EU:C:2013:320.

voegdheden van de NEa. Vervolgens wordt bezien of deze instrumenten – mede in het licht van het evenredigheidsbeginsel, artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 48 van het EU-Grondrechtenhandvest – juridisch door de beugel kunnen. Tot slot wordt nader ingegaan op artikel 18.16a Wm, dat vanwege zijn aard en werking bijzondere aandacht verdient.

2. Het EU ETS

Het EU ETS is het Europese emissiehandelssysteem dat in 2003 met Richtlijn 2003/87/EG (de ETS-Richtlijn) werd geïntroduceerd met als doel de uitstoot van broeikasgassen binnen de Europese Unie terug te dringen. De oorspronkelijke richtlijn is in Nederland geïmplementeerd met de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten.⁸ Deze wet heeft in hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer een regeling voor de handel in emissierechten ingevoegd.

Binnen dit systeem – dat bekend staat als EU ETS 1 – zijn vergunninghouders van broeikasgasinstallaties en exploitanten in aangewezen sectoren gehouden om jaarlijks voldoende emissierechten in te leveren. Elk emissierecht staat voor één ton CO₂ en gezamenlijk vormen de emissierechten een jaarlijks dalend emissieplafond dat de totale uitstoot begrenst.

Door de schaarste en verhandelbaarheid van emissierechten ontstaat een financiële prikkel om de uitstoot te beperken: wie meer uitstoot dan zijn rechten toereiken, moet bijkopen; wie minder uitstoot, kan rechten verkopen. In Nederland vindt het inleveren en verhandelen van rechten plaats via het ETS-register, dat wordt beheerd door de NEa.

Met de wijziging van de ETS-Richtlijn in mei 2023 is een tweede emissiehandelssysteem geïntroduceerd: EU ETS 2. Dit systeem ziet op de broeikasgasemissies als gevolg van de verbranding van brandstoffen in een aantal aangewezen sectoren, waaronder de gebouwde omgeving, het wegvervoer en overige sectoren zoals de kleinere industrie, met uitzondering van brandstoffen die worden ingezet voor activiteiten die reeds onder EU ETS 1 vallen.

Onder EU ETS 2 hebben zogenoemde gereglementeerde entiteiten vanaf 1 januari 2025 een vergunningplicht.⁹ Dat zijn kort gezegd brandstofleveranciers. Een brandstofleverancier valt onder EU ETS 2 indien hij (i) accijnsplichtig is voor minerale oliën op grond van de Wet op de accijns en/of (ii) belastingplichtig is voor kolen of aardgas op grond van de Wet belastingen op milieugrondslag, (iii) brandstoffen levert die binnen de reikwijdte van EU ETS 2 vallen, en (iv) deze brandstoffen levert voor eindgebruik in sectoren die onder EU ETS 2 vallen.¹⁰

Hoewel EU ETS 2 pas vanaf 2027 volledig in werking

treedt, gelden de administratieve verplichtingen al sinds 2025. Vanaf dit moment moeten gereglementeerde entiteiten hun CO₂-uitstoot monitoren en rapporteren aan de NEa, op basis van een vooraf opgesteld en goedgekeurd monitoringsplan. Vanaf 2027 zijn zij daarnaast verplicht om jaarlijks ETS 2-emissierechten aan te schaffen en in te leveren voor alle geverifieerde emissies.

3. De NEa en haar handhavingsarsenaal onder ETS

Voor de handhaving van de ETS-verplichtingen beschikt de NEa over verschillende bevoegdheden. Binnen dit wettelijke kader zijn met name artikel 18.6a en artikel 18.16a Wm van belang. Deze bepalingen vormen de kern van het nationale sanctiestelsel.

3.1. Artikel 18.6a Wm: de last onder dwangsom

Artikel 18.6a Wm geeft het bestuur van de NEa de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen bij overtreding van een breed scala aan verplichtingen. Het gaat daarbij om voorschriften uit hoofdstuk 16 Wm, de verbodsbepalingen uit de artikelen 18.5 tot en met 18.5d en 18.6 Wm, alsmede artikel 67 lid 1 van de Verordening EU-register handel in emissierechten.¹¹

De last onder dwangsom is een herstelsanctie, gericht op het alsnog laten verrichten van een handeling of het beëindigen van een overtreding.

Het toepassingsbereik van art. 18.6a Wm is in de loop der jaren meermalen aangepast en uitgebreid. Zo is de bepaling met de introductie van ETS 2 aangevuld met verwijzingen naar de nieuwe afdeling 16.2.2a, zodat ook de verplichtingen uit ETS 2 met deze bepaling kunnen worden gehandhaafd.

De bevoegdheid geldt echter nadrukkelijk niet in gevallen waarin een exploitant bij het afrekenen over een bepaalde periode over te weinig emissierechten blijkt te beschikken. In dat geval is de NEa gehouden een bestuurlijke boete op te leggen.¹²

3.2. Artikel 18.16a Wm: de bestuurlijke boete

De bestuurlijke boete wordt opgelegd op grond van artikel 18.16a Wm bij overtreding van de in het eerste lid genoemde bepalingen. Het gaat om een discretionaire bevoegdheid, met uitzondering van de situatie waarin artikel 16.37 Wm (de inleverplicht van emis-

8. *Stb.* 2004, 511

9. Artikel 16.39z Wm.

10. Artikel 16.1, eerste lid, Wm jo. Bijlage II bij het Besluit handel in emissierechten.

11. Verordening (EU) 2019/1122.

12. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 117.

sierchten) wordt overtreden. In dat geval is boetoplegging verplicht.¹³

Het tweede lid van artikel 18.16a Wm is rechtstreeks gebaseerd op artikel 16, derde lid, ETS-Richtlijn. Die bepaling schrijft voor dat lidstaten aan een onderneming een vaste boete van €100 per ton CO₂ moet opleggen bij niet-inlevering van emissierechten. De boete is verplicht, niet voor matiging vatbaar en wordt automatisch opgelegd. Artikel 5:41 Awb is in dat verband uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard. Opvallend genoeg heeft de wetgever in de memorie van toelichting behorende bij het tweede lid van artikel 18.16a Wm benadrukt dat bij het opleggen van deze boete alle waarborgen van artikel 6 EVRM onverkort in acht moeten worden genomen.¹⁴ Dat is opmerkelijk, nu uit de hieronder nog te bespreken rechtspraak van het Hof blijkt dat juist geen ruimte bestaat voor een individuele evenredigheidsbeoordeling bij toepassing van artikel 16, derde lid, van Richtlijn 2003/87/EG.

Het derde lid regelt dat bij overtreding van artikel 16.37 Wm of artikel 16.39t Wm niet alleen een boete wordt opgelegd, maar dat daarnaast het aantal emissierechten dat in het daaropvolgende jaar moet worden ingeleverd, wordt verhoogd. Voor stationaire bronnen geldt dat deze verplichting voortvloeit uit artikel 16.39 Wm; voor vliegtuigexploitanten uit artikel 16.39w Wm. Daarmee is het sanctiestelsel niet alleen punitief, maar ook corrigerend ingericht.

Het vijfde lid bepaalt dat bij overtreding van artikel 16.37 Wm of artikel 16.39t Wm de exploitant wordt opgenomen in het overzicht als bedoeld in artikel 18.16p Wm (*naming and shaming*).

4. Beoordeling handhavingsarsenaal Nea

In deze paragraaf wordt getoetst of de sancties op grond van artikel 18.6a en 18.16a Wm verenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel. Daarbij wordt zowel het nationale als het Unierechtelijke kader betrokken.

Bij deze beoordeling is relevant dat bestuurlijke sancties worden onderscheiden in bestraffende en niet-bestruffende sancties. De wet zelf maakt dit onderscheid expliciet in artikel 5:2 Awb, waar niet-bestruffende sancties worden aangeduid als herstelsancties. Artikel 18.6a Wm valt in die laatste categorie: het gaat om een last onder dwangsom die ertoe strekt een overtreding te beëindigen of een verplichting alsnog na te komen. Artikel 18.16a Wm daarentegen bevat een bestuurlijke boete en is daarmee bestraffend van aard.

Dat onderscheid is niet alleen van belang voor de aard en werking van de sanctie, maar heeft ook ma-

teriële en procesrechtelijke gevolgen. Bestruffende sancties kwalificeren in beginsel als een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR. Dat betekent dat bij de oplegging en berekening van dergelijke sancties strafrechtelijke waarborgen gelden: de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, verdedigingsrechten, een strenge legaliteits eis en het verbod op dubbele bestraffing (ne bis in idem). Niet-bestruffende sancties vallen daarbuiten. Die worden in termen van artikel 6 EVRM aangemerkt als civil obligations, of vallen geheel buiten het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM, zoals bijvoorbeeld in belasting- of vreemdelingenzaken. Voor de oplegging en beoordeling van herstelsancties gelden die bijzondere waarborgen dus niet.¹⁵

4.1. Het (Unierechtelijke) evenredigheidsbeginsel in het kort

Bij het nationaalrechtelijke evenredigheidsbeginsel gaat het om een geschreven norm in artikel 3:4, tweede lid, Awb en een ongeschreven norm die besloten ligt in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor lasten onder dwangsom geldt daarnaast artikel 5:32b Awb, waarin is bepaald dat de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de sanctie.

Het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel is een fundamenteel beginsel dat het gehele Unierecht doordrenkt. Het Hof van Justitie toetst maatregelen aan dit beginsel via een doel-middeltoets in drie stappen: (i) is de maatregel geschikt om het doel te bereiken, (ii) is de maatregel noodzakelijk, en (iii) is de maatregel evenwichtig in verhouding tot de belangen van de betrokkenen. De intensiteit van die toetsing verschilt: bij fundamentele rechten toetst het Hof indringend, bij Unierechtelijke regelgeving terughoudend.¹⁶

4.2. Beoordeling instrumentarium op zichzelf

Het evenredigheidsbeginsel is in beginsel eenvoudig toepasbaar op het niveau van een individueel sanctiebesluit. Hier gaat het om de vraag of het sanctie-instrumentarium als zodanig voldoende waarborgen bevat om een evenredige toepassing in de praktijk mogelijk te maken.

Die waarborgen zijn er. Zowel artikel 5:46, derde lid, Awb (voor bestuurlijke boetes) als artikel 5:32b, derde lid, Awb (voor lasten onder dwangsom) verplicht het bestuursorgaan om bij de sanctieoplegging rekening te houden met de ernst van de overtreding en de beoogde werking van de maatregel. Indien een betrokkene meent dat een sanctie in strijd is met het (na-

13. Artikel 18.16a, tweede lid, Wm.

14. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 119.

15. Vgl. Conclusie van A-G Widdershoven en Wattel van 17 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

16. *Ibidem*, met de daarin opgenomen verwijzingen.

tionale en/of Unierechtelijke) evenredigheidsbeginsel, kan hij dat in de procedure aanvoeren als bezwaargrond, respectievelijk als beroeps- of hoger beroepsgrond. Daarmee wordt toetsing van het sanctiebesluit aan het evenredigheidsbeginsel mogelijk gemaakt. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de werking van de sanctie hangende bezwaar of beroep te laten schorsen via een voorlopige voorziening.

Een uitzondering hierop vormt, zoals gezegd, de vaste boete van artikel 18.16a, tweede lid, Wm bij overschrijding van de inleverplicht. Deze sanctie is rechtstreeks voorgeschreven in de EU ETS-Richtlijn en laat geen ruimte voor matiging door de nationale rechter. De wetgever heeft hier geen beoordelingsruimte: het gaat om een dwingende Unierechtelijke verplichting die lidstaten verplicht tot uniforme toepassing. Daarmee heeft deze boete een eigen juridische status binnen het bredere sanctiestelsel. Dat deze boete zich onttrekt aan nationale toetsing, wordt in de literatuur niet door iedereen als vanzelfsprekend beschouwd.

4.3. Beoordeling artikel 18.16a, tweede lid, Wm

Artikel 18.16a, tweede lid, Wm voorziet in een vaste boete van €100 per ton CO₂ voor het geval niet tijdig voldoende emissierechten zijn ingeleverd. De sanctie volgt rechtstreeks uit artikel 16, derde lid van Richtlijn 2003/87/EG, waarin lidstaten worden verplicht om bij overschrijding van de inleverplicht een vaste boete toe te passen. De nationale wetgever heeft deze bepaling zonder nadere invulling overgenomen in artikel 18.16a, tweede lid, Wm. Juist die rigiditeit roept vragen op over de verenigbaarheid met het nationale en Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

Ten aanzien van de evenredigheid van artikel 16, derde lid van EU ETS-Richtlijn heeft het Hof zelf een oordeel gegeven over de verenigbaarheid met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Dit deed het Hof voor het eerst in de zaak *Billerud*.¹⁷ In deze zaak ging het om een Zweedse onderneming die de rechten wel in bezit had, maar deze niet tijdig had ingeleverd. In duidelijke bewoordingen stelt het Hof dat de nationale rechter het bedrag van de forfaitaire boete niet mag wijzigen op grond van het evenredigheidsbeginsel. De sanctie is noodzakelijk, aldus het Hof, om het emissiehandelssysteem effectief en coherent te laten functioneren. De beoordeling van de evenredigheid mag niet afhangen van een achteraf vastgestelde doeltreffendheid. Alleen wanneer de inschatting van de Uniewetgever ten tijde van vaststel-

ling kennelijk onjuist was, kan sprake zijn van strijd met het beginsel.¹⁸ Daarvan is hier geen sprake.

Dat oordeel is helder. Maar opvallend is het ook.¹⁹ Want waar het Hof kiest voor een strikte, uniforme handhavingslijn, koos de Advocaat-Generaal in zijn conclusie van 16 mei 2013 juist voor een genuanceerdere (lees: evenredigere) benadering. Hij bepleitte ruimte voor maatwerk, en verwees in dat verband onder meer naar het arrest *Urbán* (C-210/10 van 9 februari 2012), waarin het Hof oordeelde dat het evenredigheidsvereiste zich verzet tegen een Hongaars sanctiestelsel dat, ongeacht de ernst van de inbreuk, een forfaitaire geldboete oplegt voor elke schending van Europese transportregels. De A-G zag in die lijn aanleiding om ook hier ruimte te laten voor een individuele beoordeling. Het Hof volgde dit niet.

De tweede zaak betreft de zaak *Nordzucker* uit 2015.²⁰ In deze zaak had het betrokken bedrijf op tijd emissierechten ingeleverd op basis van een door een verificateur goedgekeurd emissierapport. Pas nadien stelde de Duitse autoriteit vast dat het rapport onvolledig was, waardoor achteraf gezien te weinig rechten waren ingeleverd. Anders dan in *Billerud*, oordeelt het Hof hier dat artikel 16(3) van de richtlijn niet van toepassing is, omdat op de peildatum geen objectief vastgestelde tekortkoming bestond. Het Hof stelt expliciet dat wanneer een autoriteit na 30 april vaststelt dat het geverifieerde verslag een te lage emissie vermeldt, dit niet kan leiden tot toepassing van de vaste boete van artikel 16, derde lid, EU ETS-Richtlijn. De EU ETS-Richtlijn mag volgens het Hof niet zo worden uitgelegd dat zij automatisch een sanctie voorschrijft voor schendingen van verplichtingen die daarin niet uitdrukkelijk zijn opgenomen. Artikel 16 EU ETS-Richtlijn kent volgens het Hof twee afzonderlijke sanctieregimes: lid 3 voor schending van de inleveringsverplichting zoals omschreven in artikel 12(3), en lid 1 voor andere schendingen, zoals het opstellen van een onjuist emissieverslag. Het Hof benadrukt dat ook bij een onjuist geverifieerd verslag nog steeds sanctionering mogelijk is, maar dan via het nationale stelsel onder het eerste lid.²¹ Daarmee biedt deze zaak geen bruikbare grondslag om te beoordelen of binnen artikel 16(3) ruimte bestaat voor maatwerk, aangezien het Hof die bepaling hier juist buiten toepassing verklaart.²²

De derde uitspraak betreft de zaak *Sandra Bitter* uit 2015.²³ In dit arrest bevestigt het Hof opnieuw de strikte toepassing van artikel 16(3) van de EU ETS-Richtlijn. De zaak draaide om de vraag of de vaste boete van €100 per ton CO₂, die wordt opgelegd bij het niet tijdig inleveren van emissierechten, in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Het Hof stelt dat

17. HvJ EU 17 oktober 2013, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664 (*Billerud*).

18. HvJ EU 17 oktober 2013, C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664, r.o. 33-42.

19. Vgl. de annotatie van M. Peeters bij HvJ EU 17-10-2013, ECLI:EU:C:2013:664, M en R 2014/21 m.nt. M. Peeters (*Billerud*).

20. HvJ EU 29 april 2015, C-148/14, ECLI:EU:C:2015:287 (*Nordzucker*).

21. HvJ EU 29 april 2015, C-148/14, ECLI:EU:C:2015:287, r.o. 37-40 (*Nordzucker*).

22. Vgl. de annotatie van M. Peeters bij HvJ EU 29 april 2015, zaak C-148/14, ECLI:EU:C:2015:287. *Milieu en Recht* 2015/107 (*Nordzucker*).

23. HvJ EU 17 december 2015, C-580/14, ECLI:EU:C:2015:835 (*Sandra Bitter*).

het evenredigheidsbeginsel vereist dat de middelen passend en noodzakelijk zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, maar onderstreept dat de Uniewetgever op dit terrein een ruime beoordelingsvrijheid heeft, die slechts kan worden gecorrigeerd indien de gemaakte inschatting kennelijk onjuist is. De invoering van het emissiehandelssysteem berust op complexe economische en milieutechnische afwegingen, waarbij de wetgever bewust heeft gekozen voor een vaste boete om marktmanipulatie en ontwijking te voorkomen.²⁴

Het Hof verwijst expliciet naar zijn eerdere oordeel in C-203/12 (*Billerud*), waarin het de vaste boete van €100 als evenredig beschouwde, en bevestigt dat nationale rechters niet bevoegd zijn om het boetebedrag te wijzigen. Ook het argument van de Duitse rechter inhoudende dat de marktprijs van emissierechten is gedaald, wordt verworpen: de wetgever heeft bewust gekozen voor een vaste boete om het systeem robuust te houden tegen prijsschommelingen. Uiteindelijk concludeert het Hof dat er geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die de geldigheid van artikel 16(3), tweede zin, kunnen aantasten.²⁵

In *Sandra Bitter* bevestigt het Hof daarmee ondubbelzinnig dat de vaste boete van €100 per ton CO₂, zoals neergelegd in artikel 16, lid 3, tweede zin van Richtlijn 2003/87/EG, verenigbaar is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Het Hof benadrukt dat deze bepaling voortvloeit uit een normatieve keuze van de Uniewetgever, genomen in een context van urgente milieuproblematiek en gebaseerd op complexe economische en technische afwegingen. Die keuze mag door de rechter slechts worden gecorrigeerd indien zij kennelijk onjuist is, en niet op basis van een achteraf beoordeelde doeltreffendheid. Overeenkomstig deze beginselen erkent het Hof expliciet het evenredige karakter van de vaste boete van €100, en stelt het dat nationale rechters niet bevoegd zijn om het bedrag ervan te wijzigen. Daarmee bevestigt het Hof de geldigheid van artikel 16(3) in zijn huidige vorm, en onderstreept het de strikte en uniforme toepassing van deze sanctie binnen het emissiehandelssysteem.

In de literatuur wordt dit arrest als star gekarakteriseerd, zeker gezien het experimentele karakter van het emissiehandelssysteem bij invoering.²⁶ Het wordt als merkwaardig beschouwd dat een oude beleidskeuze uit 2003 onaantastbaar blijft, ondanks de opgedane ervaring en veranderde marktomstandigheden. Er wordt dan ook gepleit voor een herziening van het sanctiestelsel door de Uniewetgever, zodat de juridische structuur van de handhaving kan worden verbeterd.

Hoewel het Hof in *Sandra Bitter* de geldigheid van artikel 16, derde lid, tweede zin, van de richtlijn bevestigt, deel ik de overtuiging dat het gefixeerde boeteregime zijn houdbaarheid heeft verloren. De redenering van het Hof dat de vaste boete evenredig is omdat de Uniewetgever deze ooit, in een context van spoed en onzekerheid, als noodzakelijk achtte, is naar mijn oordeel cirkelvormig en onbevredigend. De conclusie van de Advocaat-Generaal in *Billerud*, waarin hij verwijst naar het arrest *Urban*²⁷ over het Hongaars sanctiestelsel dat zonder onderscheid een vaste boete oplegt, berust mijns inziens op een juridisch zuiverder benadering dan die van het Hof. Juist daar waar het Hof vasthoudt aan uniformiteit, pleit de A-G voor maatwerk, en dat pleidooi verdient navolging. In de literatuur is bovendien terecht gewezen op het experimentele karakter van het emissiehandelssysteem bij invoering: een systeem in wording, dat niet zonder meer een rigide sanctiestelsel rechtvaardigt.

In aanvulling op de eerder besproken bezwaren wil ik een aantal andere punten toevoegen aan het discours. Wat opvalt is dat het Hof in geen van de besproken arresten, ook niet in *Sandra Bitter*, enige verwijzing maakt naar artikel 6 EVRM of naar het daarmee corresponderende artikel 47 van het EU Grondrechtenhandvest.

Een mogelijke verklaring is dat het Hof zich in deze prejudiciële context, en gelet op de beperkte vraagstelling, niet gehouden achtte om het Handvest bij de beoordeling te betrekken. Daar staat echter tegenover dat het Hof zelf heeft benadrukt dat 'er geen gevallen kunnen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat die grondrechten toepassing vinden. Wanneer het Unierecht toepasselijk is, impliceert dit dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten toepassing vinden'.²⁸ Tegen die achtergrond roept het uitblijven van een expliciete toetsing aan artikel 47 en 49 Handvest vragen op, zodat het wachten is op een prejudiciële procedure waarin deze kwestie uitdrukkelijk aan het Hof wordt voorgelegd.

Tegelijkertijd suggereert de Nederlandse wetgever in de memorie van toelichting bij artikel 18.16a Wm dat deze bepaling juist wel aan artikel 6 EVRM getoetst zou kunnen worden.²⁹ Het is de vraag of het Hof die suggestie deelt. Gelet op de strikte lijn in de Hofrechtspraak ligt dat niet voor de hand. De suggestie van de wetgever, hoe terecht ook, wringt bovendien enigszins met de eigen tekst van artikel 18.16a, tweede lid, Wm waarin uitdrukkelijk is bepaald dat artikel 5:46 Awb niet van toepassing is. Die uitsluiting is door de wetgever zelf gekozen en vastgesteld. Ironisch genoeg is juist die tegenstrijdigheid tekenend voor het bredere dilemma: een sanctiestelsel

24. HvJ EU 17 december 2015, C-580/14, ECLI:EU:C:2015:835, r.o. 24-31 (*Sandra Bitter*).

25. HvJ EU 17 december 2015, C-580/14, ECLI:EU:C:2015:835, r.o. 34-35 (*Sandra Bitter*).

26. Vgl. de annotatie van M. Peeters bij HvJ EU 17-12-2015, ECLI:EU:C:2015:835, *M en R* 2016/75 m.nt. M. Peeters (*Sandra Bitter*).

27. HvJ EU 9 februari 2012, C-210/10, ECLI:EU:C:2012:64 (*Urban*).

28. HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, r.o. 21 (*Åkerberg Fransson*).

29. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 119.

dat zich onttrekt aan de nationale evenredigheids-toets en andere waarborgen, maar tegelijkertijd zou moeten voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM. Dit is het resultaat van het balanceren tussen verschillende rechtsordes – nationaal, Europees en internationaal – maar tegelijkertijd leidt die poging tot afstemming tot een constructie die moeilijk te rijmen is met de rechtspraktijk. Het is lastig te verenigen dat een sanctie enerzijds wordt onttrokken aan de nationale evenredigheidstoets, maar anderzijds zou moeten voldoen aan artikel 6 EVRM, terwijl het Luxemburgse Hof juist principieel vasthoudt aan het gefixeerde boeteregime. Dat is geen zorgvuldige afstemming, maar juridische fijnproeverij waar een rechtszoekende geen enkel belang bij heeft. Het roept eerder verwarring op dan dat het bijdraagt aan rechtsbescherming.

Sterker nog, het lijkt mij juridisch verdedigbaar dat artikel 16, derde lid, van de richtlijn en artikel 18.16a, tweede lid, Wm niet in overeenstemming zijn met artikel 6 EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt immers dat bij een criminal charge de rechter over volledige rechtsmacht moet beschikken: hij moet zowel de rechtmatigheid als de hoogte van de sanctie kunnen toetsen.³⁰ En die toets ontbreekt hier. Relevant is bovendien dat het EVRM, als internationaal verdrag, via artikel 52, derde lid, van het EU-Grondrechtenhandvest bindend is voor de uitleg van corresponderende rechten binnen het Handvest. Juist daarom is het opvallend dat het Hof in geen van de besproken arresten onderzoekt of de vaste boete verenigbaar is met artikel 47 en artikel 49, derde lid, van het Handvest.

Artikel 47 vereist dat eenieder toegang heeft tot een doeltreffende voorziening in rechte en artikel 49, derde lid, bepaalt dat de zwaarte van een straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit. Een sanctiestelsel waarin de rechter geen invloed heeft op de boetehoogte, roept serieuze vragen op in het licht van deze bepalingen. De rechtspraak over het Hongaars boeteregime is hier opnieuw relevant: er is weinig dat juridisch overtuigt in de gedachte dat de vaste boete onder artikel 16, derde lid, zich aan die rechtspraak zou kunnen onttrekken. Te meer nu het systeem, zoals in de Nederlandse literatuur is aange-stipt, als experiment is begonnen.

Daarbij komt dat het EU-Grondrechtenhandvest pas in 2009 in werking is getreden, terwijl artikel 16, derde lid, van de richtlijn dateert uit 2003. Juist dat temporele verschil is juridisch relevant. Het Handvest heeft sindsdien de normatieve ruimte binnen het Unierecht verdiept en verbreed, en biedt een toetsingskader dat bij de oorspronkelijke vaststelling van artikel 16, derde lid, nog niet bestond.

Tegen die achtergrond is het niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk om het sanctiestelsel tegen het licht te houden, mede gezien vanuit de rechtsbescherming zoals verankerd in artikel 6 EVRM en de

artikelen 47 en 49 van het Handvest. Juist waar het gaat om toegang tot een doeltreffende voorziening in rechte, de evenredigheid van sancties en de vereiste rechterlijke toetsing bij een criminal charge, wringt het bestaande stelsel.

Daarmee is echter niet het volledige rechtsstatelijke spanningsveld in beeld. Ook los van de vraag of formeel toegang tot de rechter bestaat, is van belang welke ruimte de rechter daadwerkelijk heeft. Bij toepassing van artikel 18.16a, tweede lid, Wm is die ruimte uiterst beperkt: de rechter kan de rechtmatigheid toetsen, maar niet de evenredigheid van de sanctie in het individuele geval. Dat leidt niet tot een principiële doorbreking van de scheiding der machten, maar wel tot een dermate vergaande beperking van de rechterlijke beoordelingsruimte dat effectieve rechterlijke controle bij punitieve sancties in wezen illusoir wordt. Juist bij sancties van punitieve aard is een dergelijke beperking moeilijk te verenigen met het idee van effectieve rechterlijke controle.

Daarbij komt dat het uniforme boetetarief van €100 per ton CO₂ geen onderscheid maakt tussen wezenlijk verschillende situaties. Grote en kleine overtredingen, bewuste ontduiking en administratieve misers, structureel nalatig handelen en incidentele fouten worden gelijk behandeld. Deze gelijkschakeling van ongelijke gevallen schuurt met het evenredigheidsbeginsel en ondermijnt de materiële rechtsgelijkheid, ook wanneer de sanctie formeel als rechtmatig wordt aangemerkt.

Het gefixeerde karakter van de boete raakt bovendien aan het schuldbeginsel en de menselijke maat. Doordat artikel 5:41 Awb expliciet buiten toepassing is verklaard, speelt persoonlijke verwijtbaarheid geen enkele rol bij de sanctieoplegging. Ook waar sprake is van afwezigheid van alle schuld, resteert geen ruimte voor matiging. Daarmee verschuift de boete van een individuele reactie op verwijtbaar gedrag naar een louter systeemgedreven correctiemechanisme, waarin schuld en context irrelevant zijn.

Ten slotte verdient aandacht dat artikel 16, derde lid, van de ETS richtlijn zijn oorsprong vindt in 2003 en sindsdien inhoudelijk nauwelijks is heroverwogen. Het sanctiestelsel is daarmee bevroren in de tijd, terwijl het rechtsstatelijke kader zich juist heeft ontwikkeld. De inwerkingtreding van het EU Grondrechtenhandvest en de versterkte nadruk op evenredigheid en individuele rechtsbescherming vragen om een evolutieve interpretatie van sanctieregimes. Het ongewijzigd handhaven van deze rigide boete miskent die normatieve ontwikkeling en vergroot de afstand tot hedendaagse eisen van evenredigheid en rechtsbescherming.

30. EHRM 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Service*, EHRC 2004/37.

5. Conclusie

Het handhavingsinstrumentarium van de NEa biedt voldoende waarborgen voor een met het EU-recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verenigbare toepassing. Een wezenlijke voorwaarde daarbij is dat het bestuursorgaan beschikt over voldoende beoordelingsruimte om het evenredigheidsbeginsel in concrete gevallen tot zijn recht te laten komen.

Die ruimte ontbreekt echter volledig bij toepassing van artikel 18.16a, tweede lid, Wm. De vaste boete van €100 per ton CO₂ wordt automatisch opgelegd, zonder ruimte voor matiging, afwijking of toetsing aan de omstandigheden van het geval. Het Hof heeft in meerdere uitspraken bevestigd dat deze sanctie verenigbaar is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel, maar laat toetsing aan artikel 6 EVRM en de artikelen 47 en 49 van het EU-Grondrechtenhandvest achterwege. Dat is problematisch, omdat het hier gaat om een sanctie die kwalificeert als een criminal charge, waarbij juist volledige rechterlijke toetsing is vereist.

Daar komt bij dat de rechter bij toepassing van artikel 18.16a, tweede lid, Wm wel formeel oordeelt, maar materieel geen ruimte heeft om recht te doen aan schuld, context of proportionaliteit. De combinatie van een gefixeerde boete, de uitsluiting van artikel 5:41 Awb en het ontbreken van individuele evenredigheidscontrole maakt dat effectieve rechterlijke controle bij punitieve sancties in wezen illusoir wordt. Daarmee schuurt het regime niet alleen met het evenredigheidsbeginsel en de materiële rechtsgelijkheid, maar ook met de kern van rechtsstatelijke rechtsbescherming.

Tegen deze achtergrond meen ik dat het gefixeerde boeteregime zijn houdbaarheid heeft verloren. Een sanctiestelsel dat uitgaat van uniformiteit ten koste van rechterlijke beoordeling en individuele rechtvaardigheid, past steeds minder bij de hedendaagse eisen van rechtsbescherming binnen het Unierecht. Zolang de vaste ETS boete geen ruimte laat voor een betekenisvolle tegenstem van de betrokkene en geen inhoudelijke correctie door de rechter duldt, blijft zij wat de titel van deze bijdrage aanduidt: een sanctie zonder stem.

Literatuurlijst

Literatuur

Peeters 2014

Peeters, M., annotatie bij HvJ EU 17 oktober 2013, ECLI:EU:C:2013:664, *Milieu en Recht* 2014/21 (Billerud).

Peeters 2015

Peeters, M., annotatie bij HvJ EU 29 april 2015, zaak C-148/14, ECLI:EU:C:2015:287, *Milieu en Recht* 2015/107 (Nordzucker).

Peeters 2016

Peeters, M., annotatie bij HvJ EU 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:835, *Milieu en Recht* 2016/75 (Sandra Bitter).

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3.

Kamerstukken II 2012/13, 33 466, nr. 3.

Publicaties

Stb. 2004, 511

Jurisprudentie

Hof van Justitie EU (HVJ EU)

Urban 2012

HvJ EU 9 februari 2012, zaak C-210/10, ECLI:EU:C:2012:64.

Åkerberg Fransson 2013

HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

Billerud 2013

HvJ EU 17 oktober 2013, zaak C-203/12, ECLI:EU:C:2013:664.

Conclusie Mengozzi 2013

Conclusie A-G P. Mengozzi 16 mei 2013, zaak C-203/12, ECLI:EU:C:2013:320.

Nordzucker 2015

HvJ EU 29 april 2015, zaak C-148/14, ECLI:EU:C:2015:287.

Sandra Bitter 2015

HvJ EU 17 december 2015, zaak C-580/14, ECLI:EU:C:2015:835.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)

Conclusie Widdershoven & Wattel 2021

Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 17 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Silvester's Horeca Service 2004

EHRM 4 maart 2004, Silvester's Horeca Service t. België, EHRC 2004/37