



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 28 februari 2019¹

Zaak C-682/17

ExxonMobil Production Deutschland GmbH
tegen
Bundesrepublik Deutschland

[verzoek van het Verwaltungsgericht Berlin (bestuursrechter Berlijn, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Milieu – Regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten – Aardgasbehandelingsinstallatie – Zwavelterugwinning – Elektrische opwekking in een hulpinrichting – Richtlijn 2003/87/EG – Artikel 2, lid 1 – Toepassingsgebied – Bijlage I, punt 6 – Activiteit ‚verbranden van brandstof – Artikel 3, onder t) – Begrip ‚verbranden‘ – Artikel 3, onder u) – Begrip ‚elektrische opwekker‘ – Artikel 10 bis, leden 3 en 4 – Overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten – Beperking voor de kosteloze toewijzing van emissierechten aan elektrische opwekkers – Besluit 2011/278/EU – Artikel 3, onder c) – Begrip ‚warmtebenchmark-subinstallatie‘ – Artikel 3, onder h) – Begrip ‚procesemissies-subinstallatie‘”

I. Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Berlin (bestuursrechter Berlijn, Duitsland) betreft de uitlegging van artikel 3, onder u), en artikel 10 bis van en bijlage I bij richtlijn 2003/87/EG², waarin een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten in de Europese Unie is vastgelegd (hierna: „regeling voor de handel in emissierechten”), alsook van artikel 3, onder c) en h), van besluit 2011/278/EU³, waarin een overgangsregeling is vastgesteld voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen ExxonMobil Production Deutschland GmbH (hierna: „ExxonMobil”) en de Bundesrepublik Deutschland (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door het Umweltbundesamt (federaal milieugentschap, Duitsland), over het besluit om een deel van de voor 2013 aangevraagde kosteloze toewijzing van emissierechten niet toe te kennen aan een door ExxonMobil geëxploiteerde aardgasbehandelingsinstallatie.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275, blz. 32), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 (PB 2009, L 140, blz. 63).

³ Besluit van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn [2003/87] (PB 2011, L 130, blz. 1).

3. Overeenkomstig het verzoek van het Hof richt deze conclusie zich op de eerste en de tweede vraag van de verwijzende rechter. Deze vragen hebben betrekking op de draagwijdte van het begrip „elektriciteitsopwekker” in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 en op de gevolgen die voortvloeien uit de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker van een installatie voor de toewijzing van kosteloze emissierechten waarop zij ingevolge artikel 10 bis van deze richtlijn recht heeft.

II. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. *Richtlijn 2003/87*

4. In artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 wordt het begrip „elektriciteitsopwekker” omschreven als „een installatie die op of na 1 januari 2005 elektriciteit heeft geproduceerd om aan derden te worden verkocht en waarin geen van de in bijlage I genoemde activiteiten worden uitgevoerd, behalve het „verbranden van brandstof”.

5. In de versie die ten tijde van de relevante feiten van kracht was⁴, luidde artikel 10 bis van deze richtlijn als volgt:

„1. De Commissie stelt uiterlijk op 31 december 2010 volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap vast voor het toewijzen van de [...] emissierechten, [...].

[...]

[...] Er wordt geen kosteloze toewijzing gegeven voor elektriciteitsopwekking, behalve in gevallen als bedoeld in artikel 10 quater en voor met rookgassen geproduceerde elektriciteit.

[...]

3. Met inachtneming van de leden 4 en 8, en van artikel 10 quater, wordt geen kosteloze toewijzing gegeven aan elektriciteitsopwekkers [...].

4. Er worden kosteloze toewijzingen gegeven voor stadsverwarming en voor hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, zoals gedefinieerd in richtlijn 2004/8/EG⁵, voor een economisch aantoonbare vraag, met betrekking tot de productie van warmte of koeling. In elk jaar na 2013 wordt de totale toewijzing aan deze installaties voor de productie van de betrokken warmte aangepast met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor.

[...]”

⁴ Een aantal bepalingen van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 is sindsdien gewijzigd bij richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van richtlijn [2003/87] ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen, en bij besluit (EU) 2015/1814 (PB 2018, L 76, blz. 3).

⁵ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 inzake de bevordering van warmtekrachtkoppeling op basis van de vraag naar nuttige warmte binnen de interne energiemarkt en tot wijziging van richtlijn 92/42/EEG (PB 2004, L 52, blz. 50).

2. Besluit 2011/278

6. Artikel 3 van besluit 2011/278 luidt:

„In het kader van dit besluit zijn de volgende definities van toepassing:

[...]

c) ‚warmtebenchmark-subinstallatie’: de niet onder een productbenchmark-subinstallatie vallende inputs, outputs en daarmee samenhangende emissies met betrekking tot de productie en/of de invoer uit een onder de EU-regeling vallende installatie of andere entiteit van meetbare warmte die:

- binnen de grenzen van de installatie wordt verbruikt voor de vervaardiging van producten, voor de productie van andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte mechanische energie of voor andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte verwarming of koeling, of
- wordt uitgevoerd naar een niet onder de EU-regeling vallende installatie of andere entiteit, met uitzondering van de uitvoer voor elektriciteitsopwekking;

[...]

h) ‚procesemissies-subinstallatie’: [...] kooldioxide-emissies [CO_2] die voorkomen buiten de systeemgrenzen van een in bijlage I opgenomen productbenchmark als gevolg van enige hierna genoemde activiteit [...]:

[...]

- v) niet in eerste instantie op de opwekking van warmte gericht gebruik van koolstofhoudende additieven of grondstoffen;

[...]”

B. Duits recht

7. § 9 van het Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (wet betreffende de handel in broeikasgasemissierechten) van 21 juli 2011 (BGBl. 2011 I, blz. 1475; hierna: „TEHG”), luidt als volgt:

„(1) Exploitanten van installaties krijgen kosteloze emissierechten toegewezen overeenkomstig de beginselen van artikel 10 bis [...] van richtlijn [2003/87] [...], en van besluit [2011/278] [...].

[...]

(6) De definitieve hoeveelheid emissierechten die aan de installatie wordt toegewezen is gelijk aan het product van de voorlopige hoeveelheid emissierechten zoals berekend op grond van de leden 1 tot en met 5 en van de sectorale correctiefactor die de Europese Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 3, van de geharmoniseerde toewijzingsregels van de Europese Unie heeft vastgesteld. In het kader van de toewijzing voor warmte die door elektriciteitsopwekkers wordt geproduceerd, vervangt de in artikel 10 bis, lid 4, van richtlijn 2003/87/EG bedoelde lineaire factor de in de eerste zin aangehaalde correctiefactor, waarbij de berekening is gebaseerd op de voorlopige jaarlijkse hoeveelheid kosteloos aan de elektriciteitsopwekker toe te wijzen emissierechten voor 2013.”

8. Volgens punt 1 van bijlage 1, deel 2, TEHG, met het opschrift „Activiteiten”, worden onder meer „[v]erbrandingsunits voor het verbranden van brandstoffen met een totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van 20 [megawatt (MW)] of meer, voor zover zij niet onder een van de volgende punten vallen”, beschouwd als installaties waarvan de emissies onder het toepassingsgebied van deze wet vallen. In de punten 2 tot en met 4 van bijlage 1, deel 2, TEHG, worden verschillende soorten „[i]nstallaties voor het opwekken van elektriciteit, stoom, warm water, proceswarmte of opgewarmde uitlaatgassen” vermeld waarvan de emissies ook binnen de werkingssfeer van deze wet vallen.

9. In artikel 2 van de Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (besluit inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten in de handelsperiode 2013-2020) van 26 september 2011 (BGBl. 2011 I, blz. 1921; hierna: „ZuV 2020”) wordt een „elektriciteitsopwekker” in punt 21 gedefinieerd als elke „[i]nstallatie die na 31 december 2004 elektriciteit heeft geproduceerd en aan derden heeft verkocht en waarin uitsluitend een van de in bijlage 1, deel 2, punten 1 tot en met 4 [van de TEHG] bedoelde activiteiten wordt verricht”.

10. In artikel 2 van de ZuV 2020, punten 29 en 30, worden de begrippen „procesemissies-subinstallatie” en „warmtebenchmark-subinstallatie” op soortgelijke wijze omschreven als in artikel 3, onder h) respectievelijk onder c), van besluit 2011/278. Artikel 2, punt 29, onder b), ee), van de ZuV 2020 stemt overeen met artikel 3, onder h), v), van besluit 2011/278.

III. Hoofdeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

11. ExxonMobil heeft tot eind 2013 een aardgasbehandelingsinstallatie (hierna: „installatie”) geëxploiteerd in Steyerberg (Duitsland). De installatie omvatte inrichtingen voor ontzweveling en het drogen van aardgas, inrichtingen voor zwavelwinning (zogenoemde Clausinstallaties), inrichtingen voor de reiniging van rookgassen en hulpinstallaties. Deze hulpinstallaties omvatten een stoomketel, een inrichting voor gasmotoren, affakkelinrichtingen en een thermische centrale met condensor.

12. Deze thermische centrale was aangesloten op het openbare stroomnet en er werden daaraan doorlopend kleine hoeveelheden stroom afgegeven teneinde een continue stroomvoorziening te verzekeren in geval van uitval van de Clausinstallaties, waardoor een bepaalde hoeveelheid stoom verloren zou gaan. De verwijzingsbeslissing bevat een stroombalans met gegevens over de productie, de invoer, de uitvoer en het verbruik van elektriciteit in de installatie voor de jaren 2005 tot en met 2010. Uit dit overzicht blijkt dat in de installatie in sommige jaren meer elektriciteit is verbruikt dan geproduceerd.

13. Op 24 februari 2014 heeft de Deutsche Emissionshandelsstelle (Duitse dienst voor de handel in emissierechten; hierna: „DEHSt”) 1 179 523 emissierechten kosteloos aan ExxonMobil toegewezen voor de handelsperiode 2013-2020. Deze toewijzing was deels gebaseerd op de warmtebenchmark en deels op de brandstofbenchmark. Bij de berekening van de toewijzing is in aanmerking genomen dat er in de betrokken sector een CO₂-weglekrisico bestond. De DEHSt heeft de aanvraag van ExxonMobil om kosteloze toewijzing van extra emissierechten voor procesemissies afgewezen. Diezelfde dag heeft de DEHSt zijn toewijzingsbesluit met ingang van 1 januari 2014 ingetrokken omdat ExxonMobil had aangegeven dat de activiteiten waren stopgezet. Deze intrekking wordt niet betwist.

14. ExxonMobil heeft tegen het toewijzingsbesluit van 24 februari 2014 bezwaar ingediend. De DEHSt heeft dit bezwaar op 12 februari 2016 verworpen.

15. Uit de aanwijzingen in het besluit van de DEHSt van 12 februari 2016 blijkt dat de toewijzingsaanvraag voor procesemissies betrekking had op de emissies van het van nature in aardgas aanwezige CO₂ die zich aan het einde van het proces in de Clausinstallaties (hierna: „Clausproces”) voordeden. Het Clausproces bestond in een exotherme chemische reactie waarbij waterstofsulfide (H₂

S) werd omgezet in elementair zwavel. De bij deze reactie geproduceerde warmte werd opgevangen in restwarmteketels alvorens te worden gebruikt in de installatie. Het gebruik van deze warmte heeft geleid tot de kosteloze toewijzing van emissierechten op grond van de warmtebenchmark. Na afloop van het Clausproces werd de in het aardgas aanwezige CO_2 uitgestoten via een schoorsteen. Uit dit proces ontstond geen extra CO_2 .

16. De DEHSt heeft geoordeeld dat geen kosteloze emissierechten konden worden toegewezen voor een „procesemissies-subinstallatie” in de zin van artikel 2, punt 29, onder b), ee), van de ZuV 2020, waarbij artikel 3, onder h), v), van besluit 2011/78 in het Duitse recht is omgezet. Volgens de DEHSt was niet voldaan aan de in deze bepalingen neergelegde voorwaarde dat de emissies het gevolg moeten zijn van het gebruik van een koolstofhoudende grondstof. De DEHSt was van mening dat de emissies van het van nature in aardgas aanwezige CO_2 niet voortkwamen uit het Clausproces aangezien dit CO_2 niet deelnam aan, noch noodzakelijk was voor de chemische reactie in het Clausproces. Volgens de DEHSt was alleen het H_2S de grondstof voor de zwavelproductie en moest het CO_2 enkel worden beschouwd als een aan H_2S „geassocieerd gas”.

17. Op 10 maart 2016 heeft ExxonMobil beroep ingesteld tegen het besluit tot afwijzing van haar bezwaar.

18. In haar beroep beschrijft zij allereerst de activiteiten van de installatie en wijst zij erop deze installatie werd gebruikt voor de behandeling van aardgas na de winning ervan. Het gewonnen aardgas, in die vorm zuur gas genoemd, bevatte H_2S , uit de waterdamp, methaan (CH_4) en CO_2 . In de installatie werd dit gas ontzwaveld, gedroogd en vervolgens in het gasnet geïnjecteerd. Het H_2S en het CO_2 die bij het ontzwavelingsproces waren afgescheiden van het aardgas, werden naar de Clausinrichtingen gevoerd, waar het H_2S middels een exotherme reactie in twee fasen werd omgezet in zwavel.

19. In de eerste fase werd ongeveer een derde van het H_2S verbrand in een oven, waarbij zwaveldioxide (SO_2) werd geproduceerd. Het SO_2 reageerde in deze oven al gedeeltelijk met H_2S , waardoor elementair zwavel en water ontstonden. Om het oxidatieproces op gang te houden en het gehele proces te optimaliseren werd warmte in de vorm van stoom afgevangen door middel van een restwarmteketel. Het overblijvende H_2S reageerde middels katalyse met het SO_2 , waarbij elementair zwavel ontstond.

20. Tijdens de tweede fase werd aanvullend zwavel verkregen na een exotherme reactie in twee of drie opeenvolgende katalytische stappen. Het gas dat na deze reactie overbleef, het zogenoemde Clausgas, bevatte met name nog CO_2 en sporen van zwavelverbindingen. Het Clausgas werd vervolgens vervoerd naar de gaszuiveringsinrichtingen, die achter de Clausinrichtingen waren gekoppeld, vanwaar de zwavelverbindingen werden verwijderd en het CO_2 via een schoorsteen in de atmosfeer werd uitgestoten.

21. Voorts stelt ExxonMobil recht te hebben op kosteloze toewijzing voor een procesemissies-subinstallatie op grond dat deze CO_2 -emissies het gevolg waren van het gebruik van een koolstofhoudende grondstof in de vorm van CO_2 . Volgens ExxonMobil was niet het H_2S afzonderlijk, maar het zure gas de grondstof die werd gebruikt voor de productie van zwavel. Zonder het gebruik van dit gas in het Clausproces zou het van nature in aardgas aanwezige CO_2 niet zijn uitgestoten in de atmosfeer. Bovendien was de winning van CO_2 uit het zure gas door middel van dit proces noodzakelijk om zuivere zwavel uit dit gas te verkrijgen. Het is niet relevant dat het CO_2 van nature aanwezig was in de grondstof en niet deelnam aan de hierboven beschreven chemische reactie. Verder hadden deze CO_2 -emissies met een andere brandstof of efficiëntere technieken niet kunnen worden voorkomen.

22. Daarnaast voert ExxonMobil aan dat het feit dat kosteloze emissierechten zijn toegewezen door toepassing van de warmtebenchmark voor de meetbare warmte die als neveneffect van de chemische reactie in het Clausproces in de installatie werd geproduceerd, zich niet verzet tegen het verzoek om aanvullende toewijzing. Ofschoon het Hof in het arrest *Borealis e.a.*⁶ heeft geoordeeld dat de toewijzing op basis van een productbenchmark zwaarder weegt dan de drie „fallback”-methoden van de toewijzingen op basis van de warmtebenchmark, de brandstofbenchmark en de procesemissies, bestaat er echter geen hiërarchie tussen deze drie „fallback”-methoden.

23. Ten slotte benadrukt ExxonMobil dat het beroep in het hoofdgeding een proefproces vormt dat een antwoord kan bieden op de vragen over de kosteloze toewijzing voor CO₂-emissies die plaatsvinden in het kader van het Clausproces, dat zich ook voltrekt in andere door haar geëxploiteerde installaties.

24. In zijn verweer heeft de DEHSt voor het eerst aangegeven dat zwavelproductie geen activiteit is waarvoor emissierechten moeten worden verhandeld. Hij heeft eveneens voor de eerste keer betoogd dat de installatie moet worden aangemerkt als „elektriciteitsopwekker”, aangezien daarin na 31 december 2004 stroom is geproduceerd en aan derden is verkocht en daarin enkel een verbrandingsactiviteit werd verricht zoals bedoeld in bijlage 1, deel 2, punten 1 tot en met 4, TEHG. Volgens de DEHSt heeft de installatie verzocht om een toewijzing voor elektriciteitsopwekkers en deze ook gekregen: deze toewijzing is verlaagd door toepassing van de voor hen geldende lineaire factor overeenkomstig artikel 9, lid 6, TEHG. Een kosteloze toewijzing aan elektriciteitsopwekkers zou echter enkel mogelijk zijn geweest onder de voorwaarden van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87.

25. Voor het overige herhaalt de DEHSt zijn standpunt dat de kosteloze toewijzing van emissierechten voor een procesemissies-subinstallatie moet worden geweigerd en betwist hij de stelling van ExxonMobil dat de betrokken emissies onvermijdelijk waren. De DEHSt voert voorts aan dat er wel degelijk een hiërarchische ordening bestaat voor de elementen voor toewijzing op basis van de warmtebenchmark, de brandstofbenchmark en procesemissies.

26. Tegen deze achtergrond hangt de beslechting van het hoofdgeding volgens het Verwaltungsgerichtshof Berlin om te beginnen af van de vraag of de installatie moet worden aangemerkt als elektriciteitsopwekker in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87. Hoewel volgens deze rechter uit de formulering van deze bepaling een bevestigend antwoord op deze vraag lijkt te volgen, vraagt hij zich af of een dergelijk antwoord de bepaling geen strekking verleent die verder reikt dan de geest en het doel van deze richtlijn.⁷

27. Vervolgens merkt de verwijzende rechter op dat de kwalificatie van de installatie als elektriciteitsopwekker in beginsel zou leiden tot de onrechtmatigheid van de kosteloze toewijzing die zij heeft ontvangen. Dit zou het geval zijn aangezien aan elektriciteitsopwekkers enkel kosteloos emissierechten kunnen worden toegekend in de gevallen bedoeld in artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, en lid 4 van richtlijn 2003/87, waaronder de betrokken emissies niet vallen. Deze rechter vraagt zich echter af of het mogelijk is om voorbij te gaan aan deze beperking op basis van de definitie van het begrip „warmtebenchmark-subinstallatie” in artikel 3, onder c), van besluit 2011/278, die geen dergelijke beperking omvat.

28. Ten slotte wenst de rechter te vernemen of de door het Clausproces voortgebrachte emissies kunnen leiden tot een kosteloze toewijzing voor een „procesemissies-subinstallatie” in de zin van artikel 3, onder h), van dit besluit. Aangezien voor de bij dit proces opgewekte warmte ook een toewijzing mogelijk is op grond van de warmtebenchmark, vraagt hij zich af of een van deze twee soorten toewijzing voorgaat op de andere.

⁶ Arrest van 8 september 2016 (C-180/15, EU:C:2016:647).

⁷ Zie punt 59 en de punten 62-64 van deze conclusie.

29. Tegen deze achtergrond heeft het Verwaltungsgericht Berlin de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is een installatie die een product vervaardigt, waarvan de productie niet voorkomt in de lijst van activiteiten genoemd in bijlage I bij richtlijn [2003/87] (zoals in dit geval de productie van zwavel), maar waarin tegelijkertijd de ingevolge deze bijlage onder de regeling voor handel in emissierechten vallende activiteit ‚verbranding in installaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW’ wordt uitgevoerd, een ‚elektriciteitsopwekker’ in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn [2003/87], indien in een hulpinrichting van deze installatie ook elektriciteit voor de installatie wordt geproduceerd en een (klein) deel van deze elektriciteit tegen vergoeding aan het openbare elektriciteitsnet wordt afgegeven?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Indien een installatie als omschreven in de eerste vraag een elektriciteitsopwekker is in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn [2003/87], kan deze installatie ook dan een toewijzing voor warmte overeenkomstig besluit [2011/278] ontvangen, indien de warmte weliswaar voldoet aan de vereisten van artikel 3, onder c), van besluit [2011/278], maar niet behoort tot een van de in artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, en artikel 10 bis, leden 3 en 4, van richtlijn [2003/87] genoemde categorieën – namelijk warmte door verbranding van rookgassen voor de productie van elektriciteit, stadsverwarming en hoogrenderende warmtekrachtkoppeling?

3) Indien op grond van het antwoord op de eerste twee prejudiciële vragen een toewijzing voor de in de installatie van verzoekster geproduceerde warmte mogelijk is:

Gaat het bij CO₂ dat in het kader van de behandeling van aardgas (in de vorm van zuur gas) tijdens het zogenoemde Clausproces vrijkomt in de atmosfeer als gevolg van de afvang van de in het aardgas aanwezige CO₂, om emissies die, in de zin van artikel 3, onder h), eerste zin, van besluit [2011/278], het gevolg zijn van het in artikel 3, onder h), v), genoemde proces?

a) Kunnen in de zin van artikel 3, onder h), eerste zin, van besluit [2011/278], CO₂-emissies het ‚gevolg’ zijn van een activiteit waarbij het aan de grondstof inherente CO₂ fysisch wordt afgescheiden van het gasmengsel en in de atmosfeer wordt uitgestoten, zonder dat door de activiteit zelf aanvullend kooldioxide ontstaat, of vereist deze bepaling dat het in de atmosfeer vrijkomende CO₂ voor het eerst ontstaat als resultaat van de activiteit?

b) Wordt in de zin van artikel 3, onder h), v), van besluit [2011/278] een koolstofhoudende grondstof ‚gebruikt’ indien bij het zogenoemde Clausproces het natuurlijk aanwezige aardgas wordt gebruikt voor de productie van zwavel en hierbij het aan het aardgas inherente kooldioxide vrijkomt in de atmosfeer, zonder dat dit kooldioxide deelneemt aan de tijdens het proces plaatsvindende chemische reactie, of vereist het begrip ‚gebruik’ dat de koolstof deelneemt aan de chemische reactie of hiervoor zelfs noodzakelijk is?

4) Indien de derde vraag bevestigend wordt beantwoord:

Indien een onder de regeling voor handel in emissierechten vallende installatie zowel aan de voorwaarden voor het bestaan van een warmtebenchmark-subinstallatie als aan de voorwaarden voor het bestaan van een procesemissies-subinstallatie voldoet, volgens welke benchmark moeten dan emissierechten kosteloos worden toegewezen? Gaat een recht op toewijzing op basis van warmtebenchmark vóór op de aanspraak voor procesemissies of gaat op grond van specialiteit het recht op toewijzing voor procesemissies vóór op de warmtebenchmark en de brandstofbenchmark?”

30. ExxonMobil, de Duitse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof en zijn vertegenwoordigd tijdens de pleitzitting op 14 november 2018.

IV. Beoordeling

A. Overwegingen vooraf

31. Met het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof in wezen verzocht om vast te stellen of, en in voorkomend geval in hoeverre, een installatie als aan de orde in het hoofdgeding in aanmerking komt voor kosteloze toewijzing van emissierechten krachtens artikel 10 bis van richtlijn 2003/87. De relevante feitelijke elementen die kenmerkend zijn voor de situatie van deze installatie en die ten grondslag liggen aan mijn beoordeling, kunnen als volgt worden samengevat.

32. Volgens de aanwijzingen in de verwijzingsbeslissing⁸ werd in de installatie die in het hoofdgeding aan de orde is, voornamelijk een activiteit uitgevoerd die erin bestond door middel van het Clausproces zwavel te winnen dat in de vorm van H₂S aanwezig was in het winning zure gas.⁹ Dit proces werd geïnitieerd door verbranding van een deel van het zure gas, waardoor een chemische reactie in gang werd gezet waarbij warmte werd opgewekt die vervolgens in de installatie werd gebruikt. In een hulpinrichting van de installatie werd elektriciteit geproduceerd.¹⁰ Hoewel de aldus opgewekte elektriciteit hoofdzakelijk bestemd was voor eigen gebruik, werd een klein gedeelte doorlopend en tegen vergoeding aan het openbare net afgegeven. Hiermee werd een continue elektriciteitsvoorziening voor de installatie verzekerd. Middels het Clausproces werd het van nature in het zure gas aanwezige CO₂ gescheiden van het H₂S. Dit CO₂ werd na doorgang in de clausinrichtingen en de zuiveringsinrichtingen en – zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier van de verwijzende rechter en de opmerkingen van de Duitse regering, onder voorbehoud van controle door deze rechter – daarachter aangesloten inrichtingen voor naverbranding, uitgestoten in de atmosfeer. Uit het Clausproces ontstond geen extra CO₂.

33. Voor de met dit proces opgewekte meetbare warmte zijn aan de installatie kosteloos emissierechten toegewezen uit hoofde van een „warmtebenchmark-subinstallatie” in de zin van artikel 3, onder c), van besluit 2011/278.¹¹ Zij heeft daarentegen niet de gevraagde aanvullende gratis emissierechten ontvangen voor een „procesemissies-subinstallatie” in de zin van artikel 3, onder h), van besluit 2011/278. ExxonMobil is in wezen van mening dat de op basis van de warmtebenchmark berekende toewijzing niet volstaat om de onvermijdelijke uitstoot van het CO₂ in de samenstelling van het zure gas, waarvoor zij emissierechten heeft moeten inleveren, te vatten.¹²

8 De verwijzende rechter heeft de uitleg van zowel ExxonMobil als de DEHSt over het verloop van het Clausproces uiteengezet (zie punten 15-20 van deze conclusie), zonder zelf elk aspect van dit proces feitelijk vast te stellen. Aangezien beide toelichtingen elkaar grotendeels overlappen, is mijn beoordeling op deze voorstelling van de feiten gebaseerd. Zij geldt derhalve onder voorbehoud van toetsing door de verwijzende rechter, die bij uitsluiting bevoegd is om de relevante feiten te beoordelen [zie met name arrest van 6 maart 2018, SEGRO en Horváth (C-52/16 en C-113/16, EU:C:2018:157, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak)].

9 Het zure gas dat in de clausinrichtingen werd ingebracht, bevatte meer bepaald het H₂S en het CO₂ dat door middel van een voorafgaand ontzwavelingsproces uit het aardgas was verwijderd zodat het in het gasnet kon worden gebracht. Door middel van het Clausproces kon dus dit H₂S – een bijtend en giftig gas – worden verwijderd, en tevens een product met een handelswaarde (elementair zwavel) worden opgewekt.

10 Volgens de gegevens in het dossier dat door de verwijzende rechter is voorgelegd, de mondelinge opmerkingen van ExxonMobil en de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering, werd met een deel van de uit het Clausproces afkomstige warmte elektriciteit gegenereerd.

11 Overigens zijn kosteloos emissierechten op grond van een „brandstofbenchmark-subinstallatie” in de zin van artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 aan de installatie toegewezen voor niet-meetbare opgewekte warmte in het kader van andere activiteiten dan zwavelwinning door middel van het Clausproces.

12 Op grond van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2003/87 moet de exploitant van een installatie waarvoor de verplichting tot handel in emissierechten geldt, elk jaar een hoeveelheid emissierechten inleveren die gelijk is aan de totale emissies van die installatie gedurende het voorgaande kalenderjaar.

34. Het beroep in het hoofdgeding heeft betrekking op het besluit tot afwijzing van deze aanvraag door de DEHSt. De argumenten die door de DEHSt ter verdediging zijn aangevoerd, doen echter ook twijfels rijzen over de rechtmatigheid van de kosteloze toewijzing van emissierechten die de installatie heeft ontvangen.

35. Tegen deze achtergrond wenst de verwijzende rechter met zijn eerste en tweede vraag te vernemen of de installatie, gelet op het feit dat zij elektriciteit heeft verkocht aan het openbare net, moet worden uitgesloten van elke kosteloze toewijzing van emissierechten. Zo niet, legt deze rechter het Hof zijn derde en vierde vraag voor om te kunnen vaststellen of de uitstoot van CO₂ dat van nature aanwezig is in zuur gas aanleiding kan geven tot kosteloze toewijzing voor een procesemissies-subinstallatie.

36. Zoals is gebleken uit de schriftelijke en mondelinge opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend, is zowel het belang van het hoofdgeding als het nut van de antwoorden op de prejudiciële vragen voor de beslechting van dit geding in de eerste plaats afhankelijk van de toepasselijkheid van richtlijn 2003/87 op dergelijke emissies.

37. In dit verband betoogt de Commissie, ter terechtzitting op dit punt ondersteund door ExxonMobil, in wezen dat de uitstoot van CO₂ dat van nature aanwezig is in het zure gas, waarop de aangevraagde aanvullende rechten betrekking hebben, niet onder het toepassingsgebied van deze richtlijn valt. Derhalve hoeven zij niet te worden gerapporteerd en bewaakt, noch aanleiding te geven tot inlevering van emissierechten, zodat kosteloze toewijzing van emissierechten voor deze emissies van meet af aan is uitgesloten. De Duitse regering is daarentegen in wezen van mening dat aangezien het zure gas in het kader van de activiteiten van de installatie als brandstof is gebruikt, al het CO₂ in de samenstelling van deze brandstof dat aan het einde van deze activiteiten is vrijgekomen, is onderworpen aan de regeling voor de handel in emissierechten. Om redenen die ik hierna zal uiteenzetten, acht ik laatstgenoemd standpunt het meest overtuigend.

B. Toepasselijkheid van richtlijn 2003/87 op de uitstoot van CO₂ dat van nature aanwezig is in zuur gas

38. Volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 2003/87 is deze richtlijn van toepassing op emissies uit de in bijlage I genoemde activiteiten en de in bijlage II genoemde broeikasgassen, waaronder CO₂. Punt 6 van bijlage I bij die richtlijn heeft betrekking op het „[v]erbranden van brandstof in installaties met een totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW”.

39. In casu kunnen emissies van CO₂ dat van nature aanwezig is in zuur gas uit de installatie enkel onder het toepassingsgebied van richtlijn 2003/87 vallen voor zover zij voortvloeiden uit een dergelijke activiteit. Vast staat immers dat de installatie geen andere in bijlage I bij deze richtlijn opgenomen activiteit uitvoerde en noch de terugwinning van zwavel, noch de verwerking van aardgas in de richtlijn worden genoemd.

40. Het begrip „verbranden van brandstof” in bijlage I, punt 6, bij richtlijn 2003/87 moet worden begrepen in het licht van artikel 3, onder t), van die richtlijn. In die bepaling wordt het begrip „verbranden” omschreven als „het oxideren van brandstoffen, ongeacht de wijze waarop de warmte, de elektrische of de mechanische energie die tijdens dit proces vrijkomt wordt gebruikt, en andere rechtstreeks daarmee verband houdende activiteiten, met inbegrip van rookgasreiniging”.

41. Deze definitie omvat mijns inziens de oxidatiereactie waarbij warmte wordt opgewekt die zich tijdens het Clausproces voltrok met het H₂S. Zij omvat eveneens het proces van naverbranding van gassen uit de Clausinrichtingen, waaronder het van nature in het zure gas aanwezige CO₂, zoals beschreven in het aan het Hof overgelegde dossier van de verwijzende rechter en de opmerkingen van de Duitse regering.

42. Aangezien dit CO₂ werd uitgestoten na de Clausinrichtingen, en, wat door de verwijzende rechter moet worden nagegaan, de naverbrandingsinrichtingen waar deze processen zich voltrokken te zijn gepasseerd, waren deze emissies mijns inziens het gevolg van verbrandingsactiviteiten in de zin van bijlage I, punt 6, bij richtlijn 2003/87¹³, gelezen in het licht van artikel 3, onder t), van de richtlijn.

43. Aan deze conclusie wordt *in de eerste plaats* niet afgedaan door het feit dat deze processen slechts zijdelings hebben bijgedragen tot de opwekking van energie, daar het hoofddoel erin bestond het in het zure gas vervatte zwavel terug te winnen en dit gas te zuiveren alvorens het in de atmosfeer uit te stoten.

44. In dit verband blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden voor richtlijn 2009/29/EG¹⁴, waarin artikel 3, onder t), is ingevoegd in richtlijn 2003/87, dat hiermee werd beoogd een ruime definitie van het begrip „verbranding” vast te leggen. Dit begrip moest alle vormen van oxidatie van brandstoffen omvatten, ongeacht het doel daarvan en ongeacht of hiermee energie moest worden opgewekt voor derden of moest worden deelgenomen aan een productieproces binnen de installatie in kwestie.¹⁵

45. Uit bijlage I, punt 3, bij richtlijn 2003/87 blijkt de ruime strekking die aan dat begrip wordt toegekend, met de precisering dat eenheden waar verbrandingsactiviteiten worden uitgevoerd onder andere „alle soorten stookketels, branders, turbines, verwarmingstoestellen, ovens, verbranders, gloeiovens, draaiovens, droogovens, drogers, motoren, brandstofcellen, chemische looping-verbrandingseenheden, fakkels en thermische of katalytische naverbranders” omvatten. Een aantal van deze inrichtingen, in het bijzonder fakkels en bepaalde naverbranders, heeft niet energielevering tot doel.¹⁶

46. *In de tweede plaats* kunnen de betrokken emissies niet buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen op grond dat het in de atmosfeer uitgestoten CO₂ al bij de winning al in het zure gas aanwezig was en daarom zelf niet het gevolg was van een oxidatiereactie die bij de activiteiten van de installatie werd veroorzaakt.¹⁷

13 Vast staat dat de in deze bepaling neergelegde capaciteitsdrempel in casu was overschreden.

14 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van richtlijn [2003/87] teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (PB 2009, L 140, blz. 63).

15 Zie Commission staff working document, accompanying document to the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system, Impact assessment, 23 januari 2008, SEC(2007) 52 (hierna: „effectbeoordeling”), blz. 17-23 alsook blz. 160 en 161. Zie ook voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 januari 2008 tot wijziging van richtlijn [2003/87] teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden, COM(2008) 16 definitief (hierna: „Commissievoorstel”), blz. 4. Met de toevoeging van de definitie van het begrip „verbranding” werd beoogd de uitlegging te codificeren die door de Commissie reeds was voorgestaan in haar mededeling van 22 december 2005, „Verdere richtsnoeren betreffende de toewijzingsplannen voor de handelsperiode 2008-2012 van het Europese systeem van verhandelbare emissierechten”, COM(2005) 703 definitief, punten 34-36 en bijlage 8. Zie in die zin ook arrest van 28 juli 2016, Vattenfall Europe Generation (C-457/15, EU:C:2016:613, punt 37).

16 Zie Commissie, „Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)”, 18 maart 2010, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf, blz. 8 en 9.

17 Overigens wijs ik erop dat de tijdens het Clausproces vrijgekomen warmte werd opgewekt door een chemische reactie waarbij geen CO₂ ontstond. Alleen het CO₂ dat deel uitmaakte van het zure gas werd na afloop van dit proces uitgestoten. Moesten deze emissies moesten worden uitgesloten van het toepassingsgebied van deze richtlijn vanwege het feit dat het uitgestoten CO₂ van nature aanwezig was in het zure gas, zouden zij ook buiten het toepassingsgebied vallen voor zover bij dit proces warmte was opgewekt die in de installatie werd gebruikt.

47. In artikel 3, onder t), van richtlijn 2003/87 wordt het begrip „verbranding” namelijk niet beperkt tot oxidatiereacties waaruit een in bijlage II genoemd broeikasgas ontstaat. Gelet op de bewoordingen van deze bepaling volstaat de oxidatie van enig element waaruit de brandstof bestaat. Ook stelt artikel 2, lid 1, van de richtlijn voor toepasselijkheid van die richtlijn niet de voorwaarde dat het uitgestoten CO₂ zelf het gevolg is van een in bijlage I bedoelde activiteit. Alleen de *uitstoot* van dit broeikasgas, en niet dit gas zelf, moet het gevolg zijn van een dergelijke activiteit.¹⁸

48. Zoals de Duitse regering heeft benadrukt, ligt deze lezing ten grondslag aan artikel 48, lid 1, van verordening (EU) nr. 601/2012 van de Commissie inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig richtlijn [2003/87]¹⁹. Krachtens deze bepaling moeten emissies van „inherent CO₂” – dat in artikel 3, punt 40, van deze verordening is gedefinieerd als „CO₂ dat deel uitmaakt van een brandstof” – worden verrekend in de emissiefactor voor die brandstof. In artikel 48, lid 1, van die verordening wordt overigens verwezen naar aan aardgas inherent CO₂.

49. Daartoe geeft de Commissie in het document „Frequently Asked Questions Regarding Monitoring and Reporting in the EU ETS”²⁰ aan dat voor de CO₂-uitstoot in verband met de verwerking van aardgas de verplichtingen van de regeling voor de handel in emissierechten gelden voor zover het uitgestoten CO₂ op enig moment van de zuiveringsprocessen in een verbrandingsproces wordt ingebracht. Op grond van artikel 48 van verordening nr. 601/2012 moeten deze emissies dus worden gerapporteerd en bewaakt als uitstoot van inherent CO₂. De Commissie doelt daarin bij wijze van voorbeeld op Clausinrichtingen²¹. Hoewel dit document niet bindend is, vormen de daarin vervatte aanwijzingen mijns inziens contextuele elementen die duidelijkheid kunnen verschaffen over de uitlegging van richtlijn 2003/87 en van verordening nr. 601/2012.²²

50. Gelet op deze overwegingen ben ik van mening dat de uitstoot van het van nature in het zure gas aanwezige CO₂ die na het Clausproces plaatsvindt, zoals de uitstoot in het hoofdgeding, het gevolg is van het „verbranden van brandstof” in de zin van bijlage I, punt 6, gelezen in samenhang met artikel 3, onder t), van richtlijn 2003/87. Deze emissies vallen dan ook binnen de werkingssfeer van die richtlijn, zoals afgebakend in artikel 2, lid 1 daarvan.

C. Begrip „elektriciteitsopwekker” (eerste vraag)

51. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de installatie een „elektriciteitsopwekker” in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 is, voor zover zij elektriciteit heeft geproduceerd in het kader van haar activiteit van „verbranden van brandstof met een vermogen van meer dan 20 [megawatt (MW)]” in de zin van bijlage I, punt 6, bij deze richtlijn. Meer bepaald vraagt deze rechter of dit het geval is in het licht van de omstandigheden op grond waarvan de installatie ten eerste tegelijkertijd een activiteit verrichtte van vervaardiging van een product dat

18 Ik merk op dat in bepaalde taalversies van artikel 2, lid 1, van richtlijn 2003/87, zoals de Franse en de Spaanse versie, de termen „het gevolg zijn van de activiteiten” of vergelijkbare formuleringen bevatten, terwijl in andere taalversies, waaronder de Engelse, Deense, Italiaanse en Nederlandse versie, een uitdrukking wordt gebruikt die de strekking heeft van „afkomstig uit de activiteiten”. De lezing volgens welke richtlijn 2003/87 van toepassing is op de uitstoot van CO₂ dat van nature aanwezig is in een gasvormige brandstof die na afloop van een verbrandingsactiviteit wordt gebruikt, is niet alleen verenigbaar met al deze taalversies, maar wordt ook bevestigd door het doel van deze richtlijn. Volgens artikel 1 wordt met de richtlijn beoogd „de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen”. In overweging 8 van de richtlijn wordt benadrukt dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheden om de uitstoot als gevolg van industriële activiteiten te verminderen. Met het oog hierop moet het gebruik van brandstoffen met een laag CO₂-gehalte worden gestimuleerd omdat het bijdraagt tot een vermindering van de CO₂-uitstoot, zoals de Duitse regering heeft opgemerkt. Het door ExxonMobil ter terechtzitting aangevoerde feit dat het niet altijd mogelijk is te weten welke samenstelling het zure gas, dat in casu als brandstof dient, heeft op het moment van winning, doet niet af aan dit beginsel.

19 Verordening van 21 juni 2012 (PB 2012, L 181, blz. 30). Zie met betrekking tot de monitoring van emissies uit verbrandingsprocessen in gasverwerkingsterminals bijlage IV, punt 1, onder B), derde alinea, bij verordening nr. 601/2012.

20 Dit document is in de versie van 16 december 2013 te raadplegen op https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/monitoring/docs/faq_mmr_en.pdf (zie blz. 14).

21 De Commissie preciseert: „[T]he H₂S enriched gas flow may still contain a significant concentration of CO₂. If this gas flow is also fed into a combustion unit (e.g. CLAUS unit), this CO₂ needs to be monitored and reported as well.”

22 Zie naar analogie arrest van 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punt 41).

onder geen enkele andere activiteit in deze bijlage valt, en ten tweede de geproduceerde elektriciteit werd gebruikt om in de eigen behoeften van de installatie te voorzien, en slechts een klein deel hiervan tegen vergoeding aan het openbare net werd afgegeven waarop de installatie om technische redenen doorlopend moest zijn aangesloten.

52. Na een onderzoek van de bewoordingen en de doelstellingen van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 alsook van de algemene opzet van die richtlijn en de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling²³ zal ik het Hof in overweging geven deze vraag bevestigend te beantwoorden.

1. Letterlijke uitlegging

53. Overeenkomstig artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 veronderstelt de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker in de eerste plaats dat de betrokken installatie „op of na 1 januari 2005 elektriciteit heeft geproduceerd om aan derden te worden verkocht”. In de tweede plaats impliceert deze hoedanigheid dat in deze installatie „geen van de in bijlage I genoemde activiteiten worden uitgevoerd, behalve het ,verbranden van brandstof”.

54. Letterlijk uitgelegd is aan het tweede criterium van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 per definitie voldaan in de in de eerste vraag bedoelde situatie, die betrekking heeft op een installatie waarin, naast verbranding, enkel een activiteit wordt uitgevoerd die niet voorkomt in bijlage I bij deze richtlijn.

55. Zoals de Duitse regering heeft onderstreept, komt deze lezing overeen met die in het door de Commissie gepubliceerde document „Guidance Paper to identify electricity generators” (hierna: „leidraad betreffende de vaststelling van elektriciteitsopwekkers”)²⁴. Hierin wordt betoogd dat een installatie waarin naast een verbrandingsactiviteit een activiteit wordt uitgevoerd die niet in deze bijlage is opgenomen, aan dit criterium voldoet. Dit zou ook het geval zijn wanneer de elektriciteit wordt opgewekt voor eigen verbruik door de installatie ten behoeve van de uitvoering van laatstgenoemde activiteit. Dit document is weliswaar niet bindend, maar bevat aanwijzingen ter verduidelijking van de betekenis van het begrip „elektriciteitsopwekker” in het licht van de algemene opzet van richtlijn 2003/87 en van besluit 2011/278.²⁵

56. Met betrekking tot het eerste criterium van artikel 3, onder u), van deze richtlijn kan de uitdrukking „om aan derden te worden verkocht”, zoals ExxonMobil heeft opgemerkt, de indruk wekken dat de elektriciteit niet louter *aan derden moet worden verkocht*, maar *met het doel van een dergelijke verkoop moet worden opgewekt*. Ongeacht de gevolgde benadering op dit punt, duidt niets in de bewoordingen van deze bepaling er echter op dat de verkoop aan derden het enige doel, of althans het hoofddoel, van de elektriciteitsopwekking moet zijn. Zoals de Duitse regering en de Commissie aanvoeren, wordt op basis van deze formulering dus aan dit criterium voldaan wanneer een installatie, zoals in casu, elektriciteit voor eigen gebruik produceert met het voornemen een deel daarvan, hoe gering ook, tegen vergoeding aan het net af te geven.

²³ Zie met betrekking tot de elementen waarmee rekening dient te worden gehouden bij de uitlegging van het Unierecht, arrest van 10 december 2018, Wightman e.a. (C-621/18, EU:C:2018:999, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²⁴ Dit document van 18 maart 2010 kan worden geraadpleegd op https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_electricity_generators_en.pdf (zie blz. 4, punten 8 en 9).

²⁵ Zie naar analogie arrest van 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punt 41). Over de status van de leidraad betreffende de vaststelling van elektriciteitsopwekkers en de andere richtsnoeren met betrekking tot de handelsperiode 2013-2020, zie met name het Commissiedocument „Guidance Document n° 1 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012”, 14 april 2011, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd1_general_guidance_en.pdf, blz. 3 en 4.

57. Deze lezing blijkt eveneens uit de leidraad betreffende de vaststelling van elektriciteitsopwekkers, waarin wordt gesteld dat in artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 geen verkoopdrempel is neergelegd waarboven een installatie als elektriciteitsopwekker kan worden aangemerkt. Volgens dit document is deze hoedanigheid evenmin afhankelijk van de voorwaarde dat de elektriciteit wordt opgewekt met de bedoeling deze aan derden te verkopen.²⁶

58. Ik voeg hieraan toe dat deze bepaling geen enkel voorschrift bevat over de continuïteit van de elektriciteitsopwekking en de verkoop van de aldus opgewekte elektriciteit. Zij geeft een duidelijke regel volgens welke de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker wordt verworven voor zover in de installatie op enig moment met ingang van 1 januari 2005 elektriciteit is opgewekt om aan derden te worden verkocht, los van eventuele schommelingen in de tijd van de verhouding tussen de hoeveelheid verkochte elektriciteit en de hoeveelheid elektriciteit die voor eigen gebruik van de installatie is opgewekt.

59. Derhalve heeft een installatie als die in het hoofdgeding volgens een letterlijke uitlegging van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of deze uitlegging, zoals ExxonMobil stelt, niet leidt tot uitbreiding van de kring van elektriciteitsopwekkers tot meer installaties dan de wetgever voor ogen had. Deze uitlegging zou dan verder reiken dan nodig is voor de verwezenlijking van de door die bepaling nagestreefde doelstelling.

2. Teleologische en contextuele uitlegging

60. Zoals in het bijzonder blijkt uit artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87, heeft de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker van een installatie tot gevolg dat de regel dat emissierechten uitsluitend worden geveild, op haar van toepassing is.²⁷ Emissierechten mogen namelijk slechts kosteloos worden toegewezen aan elektriciteitsopwekkers in bepaalde omstandigheden, waarvan de nadere vaststelling het voorwerp van de tweede prejudiciële vraag is.²⁸

61. In dit verband wijst ExxonMobil er terecht op dat uit overweging 19 van richtlijn 2009/29, op grond waarvan artikel 3, onder u), en artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 zijn toegevoegd, blijkt dat deze beperking van de kosteloze toewijzing is ingesteld omdat werd vastgesteld dat steeds meer installaties uit de „electriciteitssector” de kosten voor de aankoop van emissierechten in de elektriciteitsprijzen doorberekenen. Bovendien hadden zij de economische waarde van de kosteloos toegewezen emissierechten in deze prijzen opgenomen als „opportuïteitskosten”, waardoor zij „overwinst” behaalden.²⁹

62. Volgens ExxonMobil moet de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker van een installatie derhalve worden beoordeeld in het licht van haar vermogen om de CO₂-kosten door te berekenen aan klanten. De installatie in het hoofdgeding heeft dit vermogen echter niet. In diezelfde lijn neigt de verwijzende rechter naar de opvatting dat de wetgever met de invoering van bovengenoemde bepalingen enkel de „klassieke electriciteitssector” voor ogen had³⁰, waarvan de betrokken installatie geen deel uitmaakt.

²⁶ Leidraad betreffende de vaststelling van elektriciteitsopwekkers, blz. 4, punt 10.

²⁷ Zie overweging 19 van richtlijn 2009/29.

²⁸ Zie punten 88-98 van deze conclusie. Bovendien wordt de definitieve jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor elektriciteitsopwekkers anders berekend dan die voor andere installaties (zie artikel 10, lid 9, van besluit 2011/278). Zie in dit verband arrest van 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punt 71).

²⁹ Zie Commissievoorstel, blz. 9. Zie eveneens arrest van 17 oktober 2013, Iberdrola e.a. (C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 en C-640/11, EU:C:2013:660, punten 33-36 en 40).

³⁰ De verwijzende rechter verwijst naar overweging 31 van besluit 2011/278, waarin wordt aangegeven dat de „electriciteitssector [...] de toenemende kosten van [CO₂] zal kunnen doorberekenen”.

63. In dit verband neigt deze rechter tot het standpunt van ExxonMobil dat de installatie zich op grond van het *tweede criterium* van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 op geen enkele andere activiteit mag toeleppen dan verbranding, ongeacht de vraag of deze activiteit al dan niet in bijlage I bij deze richtlijn is opgenomen.³¹ Het begrip „elektriciteitsopwekker” omvat geen installaties die naast verbranding een andere activiteit uitvoeren die niet onder deze bijlage valt, zoals in casu de terugwinning van zwavel.

64. Bovendien heeft de verwijzende rechter twijfels over de vraag of het in deze bepaling bedoelde *eerste criterium* inhoudt dat de opgewekte elektriciteit „hoofdzakelijk” bestemd moet zijn voor verkoop aan derden, zoals ExxonMobil aanvoert. Dit is in de onderhavige zaak niet het geval, aangezien de elektriciteit werd opgewekt met het oog op de eigen voorziening van de installatie en uitsluitend om technische redenen een minimale hoeveelheid elektriciteit aan het openbare net werd geleverd.

65. ExxonMobil heeft in dit verband gepreciseerd dat deze afgifte tot doel had de frequentie en de spanning van de interne stroom en die van het net te synchroniseren. Zonder een dergelijke afstemming had de overgang van zelfstandige werking naar een werking via het net, die noodzakelijk is om een continue stroomvoorziening van de installatie te waarborgen, gepaard kunnen gaan met schadelijke frequentie- of spanningsschommelingen. Uit de elektriciteitsbalans in de verwijzingsbeslissing blijkt hoe marginaal de verkoop van elektriciteit aan derden was.

66. Naar mijn mening bestaat er grond voor de bewering dat de installaties die een deel van de elektriciteit die zij hoofdzakelijk hebben opgewekt voor hun activiteit die niet voorkomt in bijlage I bij richtlijn 2003/87, aan derden hebben verkocht, niet altijd een aanzienlijk deel van de kosten voor de emissierechten die zij hebben moeten inleveren, aan deze derden kunnen doorberekenen. Deze mogelijkheid lijkt mij althans gedeeltelijk afhankelijk van het aandeel van de aan derden geleverde elektriciteit in de totale elektriciteit en warmte die in de installatie zijn opgewekt. Het kan niet worden uitgesloten dat sommige van deze installaties een aanzienlijk deel van de CO₂-kosten voor hun activiteiten vanwege het marginale karakter van de verkoop van elektriciteit aan derden ten opzichte van hun totale warmte- en elektriciteitsproductie, met name wanneer elektriciteit om technische redenen aan derden werd geleverd³², niet in hun verkoopprijzen hebben kunnen doorberekenen.

67. Om de hierna uiteengezette redenen rechtvaardigen deze overwegingen evenwel geen lezing die afwijkt van de bewoordingen van artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87.

68. *In de eerste plaats* moet deze bepaling worden gezien in het licht van de algemene opzet en de globale doelstelling van richtlijn 2003/87 en van de regeling voor kosteloze toewijzing overeenkomstig artikel 10 bis in het bijzonder, zoals de Commissie heeft opgemerkt.

69. In dit verband wijs ik er ten eerste op dat deze regeling afwijkt van het beginsel van veiling van emissierechten³³, dat volgens de wetgever „het meest eenvoudige systeem is en algemeen als economisch het meest efficiënt wordt beschouwd”³⁴, gelet op de doelstelling om „de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen”, zoals vastgelegd in artikel 1 van richtlijn 2003/87. Deze afwijking is slechts een tijdelijke oplossing om te

31 De verwijzende rechter merkt op dat de formulering van de bepaling in het Duitse recht tot omzetting van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 op deze lezing berust (zie punt 9 van deze conclusie).

32 In een situatie als in het hoofdgeding werd er uiteraard niet om technische redenen onder bezwarende titel elektriciteit geleverd, maar was de installatie om technische redenen op het openbare elektriciteitsnet aangesloten. Er was geen enkele technische reden die de installatie belette de geringe hoeveelheid elektriciteit in kwestie kosteloos te leveren aan het net. De hoedanigheid van elektriciteitsopwekker van een installatie wordt echter beoordeeld in het licht van de elektriciteitsopwekking voor verkoop aan derden na 1 januari 2005, enkele jaren vóór de vaststelling van richtlijn 2009/29. De betrokken installaties konden derhalve niet vooruitlopen op deze vaststelling door af te zien van de beloning voor aan derden geleverde elektriciteit voor kosteloze toewijzing van een grotere hoeveelheid emissierechten, indien zij dat in hun voordeel achtten.

33 Zie artikel 10, lid 1, van richtlijn 2003/87.

34 Zie overweging 15 van richtlijn 2009/29.

voorkomen dat ondernemingen in afwachting van een systeem voor volledige veiling van emissierechten concurrentievermogen verliezen.³⁵ Zo wordt de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten sinds 2013 elk jaar verlaagd, met het oog op een aanvankelijk in 2027 geplande volledige afschaffing.³⁶ In dit proces draagt elke beperking voor de kosteloze toewijzing van emissierechten bij aan de geleidelijke verwezenlijking van volledige veiling van emissierechten die de wetgever voor ogen heeft. Zoals de Commissie heeft betoogd, pleit deze overweging voor een ruime uitlegging van de bepalingen waarin de kosteloze toewijzing wordt beperkt, waaronder artikel 3, onder u), van deze richtlijn, waarin het begrip „elektriciteitsopwekker” wordt gedefinieerd.

70. Ten tweede is de afbakening van de kring van elektriciteitsopwekkers uit hoofde van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 van doorslaggevend belang voor de berekening van de kosteloze toewijzing die niet alleen de installaties die daarvan deel uitmaken, maar ook de andere installaties (gemakshalve „industriële installaties”³⁷) ontvangen. Zoals de Duitse regering heeft benadrukt, is deze afbakening van invloed op de berekening door de Commissie van de uniforme transsectorale correctiefactor waarvan de toepassing op de voorlopige jaarlijkse kosteloze toewijzing van emissierechten voor elke industriële installatie de jaarlijkse definitieve toewijzing bepaalt.³⁸ Deze vaststelling versterkt de noodzaak van duidelijke regels op basis waarvan met een voldoende mate van zekerheid en voorspelbaarheid kan worden vastgesteld welke installaties voldoen aan de definitie van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87.

71. Zoals de Commissie heeft betoogd, zou de toetsing van de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker onzeker zijn geworden als zij zou afhangen van het ontbreken van alle andere activiteiten dan elektriciteitsopwekking of van een criterium volgens welk de verkoop aan derden het „hoofddoel” van de elektriciteitsopwekking moet zijn. Zoals de Duitse regering eveneens heeft opgemerkt, leidt een dergelijke benadering in het bijzonder tot verwarring wanneer de wetgever vooraf geen drempelwaarden heeft vastgesteld waarmee het hoofddoel van het subdoel van de elektriciteitsopwekking kan worden onderscheiden en zo kan worden vastgesteld welke installaties tot de „klassieke elektriciteitssector” behoren.³⁹

72. *In de tweede plaats* staat de letterlijke uitlegging van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 niet in de weg aan de overeenstemming van die bepaling met de regels van het primaire recht en in het bijzonder met het algemene beginsel van gelijke behandeling.⁴⁰

35 Zie arrest van 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Artikel 10 bis, lid 11, van richtlijn 2003/87. Het beginsel van de totale afschaffing van kosteloze toewijzing van emissierechten tegen 2027 is echter op losse schroeven komen te staan met de wijzigingen die in de artikelen 10 bis en 10 ter van richtlijn 2003/87 zijn aangebracht met artikel 1, punt 14, onder k), en punt 15, van richtlijn 2018/410.

37 Zie arrest van 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punt 70).

38 Zie artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 en artikel 10, lid 9, eerste alinea, van besluit 2011/278. Krachtens artikel 15, lid 3, van dit besluit is de uniforme transsectorale correctiefactor het resultaat van een vergelijking tussen, enerzijds, de totale hoeveelheid voorlopig toegewezen emissierechten aan industriële installaties in de hele Unie, en, anderzijds, de maximale jaarlijkse hoeveelheid beschikbare kosteloos toegewezen emissierechten voor deze installaties, zoals berekend overeenkomstig artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87. Dit mechanisme is beschreven in het arrest van 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punten 60 e.v.).

39 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het voorstel in de leidraad betreffende de vaststelling van elektriciteitsopwekkers (blz. 5, punt 11), waarin wordt gesteld dat ter voorkoming van al te dure en complexe onderzoeken, een lidstaat moet veronderstellen dat geen enkele verkoop van elektriciteit heeft plaatsgevonden indien het totale elektriciteitsverbruik in de betrokken installatie hoger is dan de totale hoeveelheid elektriciteit die op jaarbasis is opgewekt. Dit voorstel, dat overigens niet bindend is, strekt hooguit tot het instellen van een louter vermoeden dat moet worden weerlegd indien wordt vastgesteld dat de installatie elektriciteit aan derden heeft verkocht.

40 Volgens vaste rechtspraak moet een handeling van de Unie zoveel mogelijk aldus worden uitgelegd dat de geldigheid ervan niet wordt aangetast en het gehele primaire recht in acht wordt genomen. Zie onder meer arresten van 10 september 1996, Commissie/Duitsland (C-61/94, EU:C:1996:313, punt 52); 16 september 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, punt 43), en 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punt 48).

73. De verwijzende rechter en ExxonMobil betogen in dit verband dat deze uitlegging leidt tot een verschil in behandeling tussen, enerzijds, installaties waar verbranding plaatsvindt en een andere in bijlage I bij deze richtlijn vermelde activiteit wordt verricht, en, anderzijds, installaties waar naast verbranding een niet in deze bijlage genoemde activiteit wordt verricht. Anders dan ExxonMobil stelt, vormt een dergelijke verschillende behandeling volgens mij geen discriminatie.

74. In beginsel bevinden deze beide categorieën installaties zich naar mijn mening niet in objectief vergelijkbare situaties ten aanzien van de beginselen voor de toepasselijkheid van de regeling voor de handel in emissierechten. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, is die regeling enkel van toepassing op installaties van de tweede categorie voor emissies die het gevolg zijn van hun verbrandingsactiviteit. Daarentegen geldt die regeling voor alle emissies door installaties van de eerste categorie, ongeacht de vraag of zij het gevolg zijn van verbranding.

75. In dit verband blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden voor de vaststelling van richtlijn 2009/29 dat de toevoeging van andere activiteiten dan het „verbranden van brandstof” in bijlage I bij richtlijn 2003/87 ertoe strekte bepaalde emissies, de zogenoemde „procesemissies”, die niet voortkomen uit een proces van „verbranding” – zelfs volgens een ruime definitie van dit begrip – maar uit bepaalde industriële processen, in het toepassingsgebied op te nemen.⁴¹ De specifieke activiteiten die daarin worden genoemd, zijn door de wetgever in aanmerking genomen vanwege de omvang van de procesemissies waarmee zij gepaard gaan.⁴²

76. In ieder geval, zelfs al zou de situatie van een installatie als in het hoofdgeding objectief vergelijkbaar zijn met die van een installatie die naast haar verbrandingsactiviteit een activiteit verricht zoals bedoeld in bijlage I bij richtlijn 2003/87⁴³, lijkt het verschil in behandeling tussen deze installaties mij gerechtvaardigd.

77. Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld⁴⁴, beschikte de wetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid voor het opzetten en herstructureren van de „ingewikkelde regeling” voor de handel in emissierechten, waarvoor van hem politieke, economische en sociale keuzes werden verlangd op basis van ingewikkelde beoordelingen. Hiervoor kon hij in etappen te werk gaan en met name van de opgedane ervaring uitgaan. Zoals blijkt uit het arrest Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.⁴⁵, moest deze keuze evenwel gebaseerd zijn op objectieve criteria die in een passende verhouding stonden tot het nagestreefde doel en mocht deze niet tot resultaten leiden die kennelijk minder geschikt waren dan die van andere maatregelen die ook passend waren.

41 Zie Commissievoorstel, blz. 4, en effectbeoordeling, blz. 18-23 alsook blz. 160 en 161. Zie ook het Commissiedocument „Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)”, 18 maart 2010, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf, blz. 11.

42 Zie effectbeoordeling, blz. 21 alsook blz. 35 en 36. De wetgever heeft het niet nodig geacht om het begrip „procesemissies” in richtlijn 2003/87 te definiëren, aangezien die richtlijn van toepassing is op alle CO₂-emissies uit de specifieke in bijlage I vermelde activiteiten, ongeacht of zij uit verbrandingsprocessen of andere industriële processen afkomstig zijn. Dit begrip wordt in artikel 3, punt 30, van verordening nr. 601/2012 echter gedefinieerd als „broeikasgasemissies, niet zijnde verbrandingsemisies, die optreden ten gevolge van bedoelde of onbedoelde reacties tussen stoffen of de transformatie daarvan [...]”. Om verwarring hierover te voorkomen merk ik op dat de begrippen „procesemissies” in de zin van artikel 3, punt 30, van verordening nr. 601/2012 en „procesemissies-subinstallaties” in de zin van artikel 3, onder h), van besluit 2011/278 elkaar slechts ten dele overlappen. „Procesemissies” vallen grotendeels onder de productbenchmarks in bijlage I bij dit besluit, die van toepassing zijn op in artikel 3, onder b) omschreven „productbenchmark-subinstallaties”.

43 Zo doet mijn beoordeling met name geen afbreuk aan de vraag of de uitstoot van inherent CO₂ als gevolg van verbranding, zoals de uitstoot in het hoofdgeding, „procesemissies” kunnen zijn in de zin van artikel 3, punt 30, van verordening nr. 601/2012 en op grond van artikel 3, onder h), van besluit 2011/278 kunnen worden toegerekend aan een „procesemissies-subinstallatie”. Deze problematiek is het voorwerp van de derde en de vierde prejudiciële vraag, die in deze conclusie niet aan bod komen.

44 Arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punten 57, 60 en 61), en 21 juni 2018, Polen/Parlement en Raad (C-5/16, EU:C:2018:483, punten 112 en 125).

45 Arrest van 16 december 2008 (C-127/07, EU:C:2008:728, punten 58, 59 en 63).

78. Met beperking van de kosteloze toewijzing aan elektriciteitsopwekkers wordt juist in stappen te werk gegaan met het oog op geleidelijke invoering van het systeem van volledige veiling van kosteloos toegewezen emissierechten. In dit verband heeft de wetgever besloten dat het beginsel van volledige veiling van emissierechten vanaf 2013 moest gelden voor elektriciteitsopwekkers, gelet op de objectieve vaststelling dat de CO₂-kosten in verband met hun activiteiten in het algemeen kunnen worden doorberekend in de elektriciteitsprijzen. Hij heeft het voorts nodig geacht de kring van elektriciteitsopwekkers af te bakenen met duidelijk omschreven criteria, waarbij met name het structurele belang van deze afbakening in de opzet van de regeling voor kosteloze toewijzing in aanmerking is genomen.⁴⁶

79. Mijns inziens leidt de letterlijke uitlegging van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 niet tot de conclusie dat de wetgever zijn beoordelingsmarge te buiten is gegaan door het begrip „electriciteitsopwekker” aan de hand van de daarin genoemde criteria te definiëren teneinde deze doelstellingen te verwezenlijken. Dit geldt ook wanneer bepaalde installaties die aan deze definitie voldoen, afzonderlijk beschouwd, in voorkomend geval niet in staat zouden zijn geweest een aanzienlijk deel van de kosten van de emissierechten voor hun activiteiten aan de klanten door te berekenen.⁴⁷

80. De evenredigheid van deze keuze van de wetgever volgt ook uit het feit dat de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker er niet toe leidt dat de betrokken installaties geen emissierechten kosteloos meer krijgen toegewezen doordat zij daarvoor in aanmerking blijven komen onder bepaalde voorwaarden die beogen een grotere energie-efficiëntie te stimuleren.⁴⁸

81. Voorts ben ik het niet eens met het argument waarmee ExxonMobil aanvoert dat wanneer installaties die als nevenactiviteit elektriciteit opwekken voor de behoeften van hun belangrijkste productieactiviteit, die niet voorkomt in bijlage I bij richtlijn 2003/87, worden aangemerkt als elektriciteitsopwekkers, deze installaties worden gediscrimineerd ten opzichte van installaties die de hiertoe noodzakelijke elektriciteit bij derden kopen. Ter ontkrachting van dit argument kan worden volstaan met de vaststelling dat installaties die hun eigen elektriciteit opwekken ten behoeve van hun niet in deze bijlage genoemde activiteit, niet vanwege dit feit alleen de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker hebben. Zij moeten een deel van deze elektriciteit aan derden verkopen, wat een objectief en niet-discriminerend criterium is.

82. *In de derde plaats* wordt, anders dan ExxonMobil beweert, met de kwalificatie van een installatie zoals die in het hoofdgeding als elektriciteitsopwekker niet afgedaan door een vermeende tegenstrijdigheid tussen deze kwalificatie en de plaatsing van de bedrijfstak van de winning van aardgas op de lijst van bedrijfstakken en deeltakken die worden geacht te zijn blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico⁴⁹, zoals opgenomen in de bijlage bij besluit 2010/2/EU.⁵⁰ Volgens

⁴⁶ Zie punt 70 van deze conclusie.

⁴⁷ Zie punt 66 van deze conclusie.

⁴⁸ Zie punten 88-98 van deze conclusie.

⁴⁹ Met „CO₂-weglekrisico” wordt het risico bedoeld dat activiteiten met een hoge uitstoot van broeikasgassen vanwege de kosten van de regeling voor de handel in emissierechten wordt verplaatst naar derde landen waar dergelijke beperkingen niet gelden, waardoor de uitstoot wereldwijd zou toenemen. Zie overwegingen 24 en 25 van richtlijn 2009/29.

⁵⁰ Besluit van de Commissie van 24 december 2009 tot vaststelling, overeenkomstig richtlijn [2003/87], van een lijst van bedrijfstakken en deeltakken die worden geacht te zijn blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico (PB 2010, L 1, blz. 10). In punt 1.4 van de bijlage bij dit besluit, die tijdens de relevante periode van toepassing was, wordt de winning van aardgas op basis van de NACE-4-code (viercijferniveau) genoemd als bedrijfstak die is blootgesteld aan een significant weglekrisico. Besluit 2010/2 is ingetrokken bij besluit 2014/746/EU van de Commissie van 27 oktober 2014 tot vaststelling, overeenkomstig richtlijn [2003/87], van een lijst van bedrijfstakken en deeltakken die worden geacht te zijn blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico, voor de periode 2015-2019 (PB 2014, L 308, blz. 114), waarbij de winning van aardgas in punt 1.1 van de bijlage als bedrijfstak wordt vermeld. Zoals ExxonMobil ter terechtzitting heeft aangevoerd, valt de ontzweving van aardgas onder de NACE-4-code voor de winning van aardgas (1110 ten tijde van de relevante feiten, thans 0620). Zie de website van Eurostat: http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=NACE_REV2&StrLanguageCode=NL&IntPcKey=18495674&StrLayoutCode=en

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1965800/1978760/CORRESPONDENCETABLENACEREV.1.1-NACEREV.2.pdf/e8200936-c2f0-4202-8bda-99fbbfc422b4>

ExxonMobil behoort de betrokken installatie niet tot de elektriciteitssector, waar de kosten van emissierechten aan klanten kunnen worden doorberekend en die dus geen concurrentievervalsing ondervindt als gevolg van de toepassing van de regeling voor de handel in emissierechten. In de sector waartoe de installatie behoort, namelijk de winning van aardgas, doen dergelijke vervalsingen zich wel voor en brengen zij een significant CO₂-weglekrisico met zich mee doordat de CO₂-kosten niet in de prijzen kunnen worden doorberekend.

83. Hoewel het op het eerste gezicht paradoxaal lijkt dat eenzelfde installatie tegelijkertijd behoort tot een sector die in staat wordt geacht de kosten van emissierechten door te berekenen in de verkoopprijs van haar producten en tot een sector waarvan bekend is dat hij daartoe niet in staat is, is die tegenstrijdigheid mijns inziens vooral schijn. De indeling van een bedrijfstak of deeltak in een categorie die is blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico houdt immers in dat het feit dat zij kosten niet kunnen doorberekenen is aangetoond op basis van een globale beoordeling van alle activiteiten van de installaties die daaronder vallen.⁵¹ Deze indeling veronderstelt niet dat elk van deze installaties afzonderlijk de kosten van de emissierechten voor haar activiteiten niet kan doorberekenen, zelfs wanneer daar elektriciteit wordt opgewekt die althans ten dele is bestemd voor verkoop aan derden.

84. In dit verband blijkt uit artikel 10 bis, lid 12, van richtlijn 2003/87, gelezen in samenhang met de leden 1 en 3 van dit artikel, dat de vermelding van een bedrijfstak of deeltak in de bijlage bij besluit 2010/2 de installaties die daartoe behoren niet onttrekt aan het beginsel dat overeenkomstig lid 1, derde alinea, van dit artikel, emissierechten niet kosteloos kunnen worden toegewezen voor elektriciteitsopwekking (op enkele uitzonderingen na), ongeacht de vraag of deze installaties elektriciteitsopwekkers zijn. Evenmin ontslaat deze vermelding installaties met deze hoedanigheid van de gevolgen die daaruit krachtens lid 3 van hetzelfde artikel voortvloeien.⁵²

85. Overeenkomstig artikel 10 bis, lid 12, van richtlijn 2003/87, is voor wat de toewijzing op grond van dit artikel betreft het enige gevolg van het feit dat een installatie tot een bedrijfstak of deeltak behoort die is blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico, de toepassing van de „weglekrisicofactor” op de historische activiteitsgegevens die in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten, op grond waarvan de voorlopige toewijzing hoger kan uitvallen.⁵³ Wanneer een installatie daartoe behoort, hoeven de gegevens met betrekking tot elektriciteitsopwekking niet te worden meegenomen, die krachtens artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, van deze richtlijn moeten worden uitgesloten.⁵⁴ Met betrekking tot elektriciteitsopwekkers heeft deze indeling evenmin tot gevolg dat in hun historische activiteitsgegevens de gegevens worden opgenomen over hun warmteproductie naast de bepalingen van artikel 10 bis, lid 3, van die richtlijn.⁵⁵

51 In artikel 10 bis, lid 14, van richtlijn 2003/87 is bepaald dat de Commissie met het oog op de vaststelling van de bedrijfstakken of deeltakken waar een significant CO₂-weglekrisico bestaat, „op [Unie]niveau de mate [beoordeelt] waarin de betrokken bedrijfstak of deeltak [...] de kosten van de vereiste emissierechten en de indirecte kosten van hogere elektriciteitsprijzen die het gevolg zijn van deze richtlijn kan doorberekenen in de productprijzen zonder een significant verlies van marktaandeel aan minder koolstofefficiënte installaties buiten de [Unie]”.

52 Zie punten 88-98 van deze conclusie.

53 Deze factor wordt toegepast bij de berekening door de lidstaten van de voorlopige jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten per installatie op hun grondgebied (de definitieve toewijzing wordt in een latere fase vastgesteld door de Commissie). Voor deze berekening wordt eerst het historische activiteitsniveau van elke subinstallatie van de installatie in kwestie vermenigvuldigd met ofwel de productbenchmark, de warmtebenchmark of de brandstofbenchmark, ofwel met de factor 0,97 wanneer het gaat om een procesemissies-subinstallatie (zie artikel 10, lid 2, van besluit 2011/278). Vervolgens wordt de aldus verkregen waarde vermenigvuldigd met een factor 0,8 in 2013 en jaarlijks verlaagd tot 0,3 in 2020, of met een factor 1 wanneer de activiteiten van de betrokken subinstallatie deel uitmaken van een bedrijfstak die is blootgesteld aan een significant weglekrisico (zie artikel 10 bis, lid 11 en lid 12, van richtlijn 2003/87). Ten slotte is de som van de resultaten per subinstallatie de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor de installatie (zie artikel 10, lid 7, van besluit 2011/278).

54 Volgens artikel 9, leden 4 en 5, van besluit 2011/278 wordt bij de vaststelling van het historische activiteitsniveau van warmtebenchmark- of brandstofbenchmark-subinstallaties geen rekening gehouden met de meetbare warmte of de verbruikte brandstoffen voor elektriciteitsopwekking.

55 Zie punten 88-98 van deze conclusie.

86. In de vierde plaats vindt de letterlijke uitlegging bevestiging in de ontstaansgeschiedenis van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87. Uit de voorbereidende werkzaamheden van richtlijn 2009/29 blijkt immers dat de wetgever heeft gekozen voor een formulering waarmee het begrip „elektriciteitsopwekker” een ruime strekking is toegekend, ondanks de engere formulering die in de loop van de wetgevingsprocedure is voorgesteld door de Commissie industrie, onderzoek en energie van het Europees Parlement. Zoals aangegeven door de Duitse regering had deze commissie een amendement ingediend dat ertoe strekte alleen installaties „die voornamelijk lever[en] aan de openbare elektriciteitsnetten” als elektriciteitsopwekker te definiëren⁵⁶. Het feit dat het voorgestelde amendement een dode letter is gebleven, levert naar mijn mening een bijkomende aanwijzing dat het standpunt van ExxonMobil strijdig is met de bedoeling van de wetgever.

87. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het begrip „elektriciteitsopwekker” in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 een installatie zoals die in het hoofdgeding omvat die na 1 januari 2005 geringe hoeveelheden elektriciteit aan het openbare elektriciteitsnet heeft verkocht die zij in het kader van haar activiteit van verbranding van brandstoffen voornamelijk heeft opgewekt ten behoeve van haar activiteit van vervaardiging van een product die niet in bijlage I bij deze richtlijn is opgenomen.

D. Gevolgen van de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker voor de kosteloze toewijzing van emissierechten (tweede vraag)

88. De tweede vraag wordt aan het Hof voorgelegd voor het geval waarin het oordeelt dat artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87 aldus moet worden uitgelegd dat een installatie als die in het hoofdgeding de hoedanigheid van elektriciteitsopwekker heeft, zoals ik in overweging geef. De verwijzende rechter wenst te vernemen of een dergelijke installatie uit hoofde van artikel 3, onder c), van besluit 2011/278 desondanks kosteloos emissierechten kan ontvangen voor de warmte die zij opwekt en voor andere doeleinden gebruikt dan elektriciteitsopwekking, ook buiten de in casu niet relevante gevallen zoals bedoeld in artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, en lid 4 van richtlijn 2003/87.

89. De twijfel van de verwijzende rechter vloeit voort uit het feit dat de hoedanigheid van „warmtebenchmark-subinstallatie” in artikel 3, onder c), van besluit 2011/278 afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de opgewekte warmte niet wordt gebruikt voor het opwekken van elektriciteit, zonder de plaatsing van een dergelijke subinstallatie binnen een installatie waar elektriciteit wordt opgewekt in het algemeen uit te sluiten. Met andere woorden, in deze bepaling wordt de kosteloze toewijzing van emissierechten voor warmte die wordt geproduceerd voor de *opwekking* van elektriciteit weliswaar belet, maar wordt niet aangegeven in hoeverre de warmte die voor andere doeleinden door *elektriciteitsopwekkers* wordt geproduceerd, van deze toewijzing is uitgesloten.

90. Een ontkennend antwoord op de tweede vraag vloeit mijns inziens voort uit een letterlijke, systematische en teleologische uitlegging van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 en van artikel 3, onder c), van besluit 2011/278.

91. In dit verband is in artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2003/87 vastgelegd dat er geen kosteloze toewijzing van emissierechten wordt gegeven voor de *opwekking* van elektriciteit, behalve wanneer zij met rookgassen wordt opgewekt. ExxonMobil voert in casu niet aan recht te hebben op kosteloze toewijzing voor de opwekking van elektriciteit in de installatie.

⁵⁶ Advies van de Commissie industrie, onderzoek en energie, amendement 22 bij het verslag van de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid van 15 oktober 2008, parlementair document A6-0406/2008, blz. 99. De motivering van dit amendement luidt als volgt: „[...] Andere bedrijven dan openbare elektriciteitsproducenten moeten de mogelijkheid hebben om hun eigen energievoorzieningen te gebruiken waarin al is geïnvesteerd. [...] Producenten voor eigen gebruik, zoals gedefinieerd in richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en van de Raad op 19 december 1996 inzake gemeenschappelijke regels voor de interne elektriciteitsmarkt als „een natuurlijke of rechtspersoon die hoofdzakelijk voor eigen gebruik elektriciteit produceert”, mogen niet worden uitgesloten van vrije toewijzing.”

92. Bovendien is in artikel 10 bis, lid 3, van deze richtlijn de regel neergelegd dat er buiten de in de leden 4 en 8 van dit artikel genoemde gevallen geen kosteloze toewijzing wordt gegeven aan *elektriciteitsopwekkers*.⁵⁷ Lid 4 van dat artikel ziet op de productie van warmte of koeling die is bestemd voor diensten voor stadsverwarming of is verkregen uit hoogrenderende warmtekrachtkoppeling.⁵⁸

93. Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, wijkt artikel 10 bis, lid 4, van richtlijn 2003/87 dus af van de basisregel in lid 3 van dat artikel volgens welke emissierechten niet kosteloos kunnen worden toegewezen aan elektriciteitsopwekkers.⁵⁹ Zij ontvangen derhalve in beginsel geen kosteloze toewijzing voor hun emissies. Dit geldt niet alleen voor uitstoot die voortkomt uit hun elektriciteitsopwekking, maar in voorkomend geval, anders dan ExxonMobil en de Duitse regering stellen, ook voor de uitstoot uit hun activiteit van warmteopwekking. Enkel de in artikel 10 bis, leden 4 en 8, van deze richtlijn bedoelde veronderstellingen kunnen een rechtvaardigingsgrond vormen voor kosteloze toewijzing van emissierechten voor warmte die door elektriciteitsopwekkers wordt geproduceerd.

94. De tegenovergestelde uitlegging zou de nuttige werking aan artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 ontnemen, aangezien kosteloze toewijzing van emissierechten voor elektriciteitsopwekking – ongeacht de vraag of de installatie die zich daarop toelegt, een elektriciteitsopwekker is – in artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, van deze richtlijn reeds wordt uitgesloten.

95. De door mij voorgestelde benadering strookt tevens met de in lid 3 van dit artikel nagestreefde doelstelling om de emissierechten voor elektriciteitsopwekkers met ingang van 2013 volledig te veilen. Zoals hierboven uiteengezet lijkt een ruime uitlegging van de bepalingen waarin de mogelijkheden voor kosteloze toewijzing worden beperkt, mij gerechtvaardigd aangezien dit beginsel van volledige veiling geleidelijk moet worden uitgebreid tot andere installaties.⁶⁰

96. Bovendien zij eraan herinnerd dat de wetgever bij het opzetten van de regeling voor de handel in emissierechten over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikte.⁶¹ Naar mijn mening is hij de grenzen niet te buiten gegaan door dit beginsel in eerste instantie alleen toe te passen op elektriciteitsopwekkers, die werden vastgesteld aan de hand van objectieve criteria die in een passende verhouding stonden tot de nagestreefde doelstellingen. In het kader van zijn beoordelingsbevoegdheid heeft de wetgever er ter voorkoming van concurrentievervalsingen met andere warmteopwekkers⁶² voor gezorgd dat elektriciteitsopwekkers kosteloze toewijzingen konden ontvangen voor de door hen opgewekte warmte, op bepaalde voorwaarden waarmee een grotere energie-efficiëntie moest worden bevorderd.⁶³

57 Op grond van artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 2003/87 kan ook een kosteloze toewijzing worden gegeven in de in artikel 10 quater van deze richtlijn bedoelde gevallen. Krachtens deze bepaling kunnen de lidstaten kosteloos emissierechten toewijzen voor projecten ter modernisering van de elektriciteitsopwekking in bepaalde situaties. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, komt Duitsland niet in aanmerking komen voor deze afwijking. Zie verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de werking van de Europese koolstofmarkt, 1 februari 2017, COM(2017) 48 final, blz. 17.

58 Artikel 10 bis, lid 8, van richtlijn 2003/87 heeft betrekking op de bevordering van bepaalde projecten voor de afvang en geologische opslag van CO₂, alsook van demonstratieprojecten inzake innovatieve technologieën voor hernieuwbare energie.

59 Arrest van 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punt 66).

60 Zie punt 69 van deze conclusie.

61 Zie punt 76 van deze conclusie.

62 In overweging 19 van richtlijn 2009/29 wordt gesteld: „Om concurrentievervalsing te voorkomen kunnen elektriciteitsopwekkers kosteloos emissierechten krijgen voor stadsverwarming en -koeling, en voor verwarming of koeling die wordt geproduceerd via hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, [...] wanneer er voor de productie van dergelijke warmte door installaties in andere bedrijfstakken kosteloos emissierechten worden gegeven”.

63 Zie Commissievoorstel, blz. 9 en 27. Zie ook artikel 1 en de overwegingen 1 en 5 van richtlijn 2004/8.

97. Aan deze lezing van artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 kan niet worden afgedaan op grond van artikel 3, onder c), van besluit 2011/278. Gelet op de normatieve hiërarchie tussen de tenuitvoerleggingsmaatregel die dit besluit is en de machtigingsbepalingen in artikel 10 bis van deze richtlijn⁶⁴, moet artikel 3, onder c), van dat besluit indien mogelijk in overeenstemming met artikel 10 bis, lid 3, van die richtlijn worden uitgelegd⁶⁵, zoals de Commissie heeft betoogd.

98. Een dergelijke conforme uitlegging veronderstelt dat de toekenning van uitstoot aan een warmtebenchmark-subinstallatie alsook de bijbehorende kosteloze toewijzing van emissierechten binnen een als elektriciteitsopwekker aangemerkte installatie krachtens artikel 3, onder c), van besluit 2011/278 enkel mogelijk zijn wanneer een dergelijke toewijzing op grond van artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 is toegestaan – dus enkel in de gevallen zoals bedoeld in de leden 4 en 8 van dit artikel.⁶⁶

99. Gelet op de antwoorden die ik in overweging geef op de eerste en de tweede vraag, hoeft geen antwoord te worden gegeven op de derde en de vierde vraag, die de verwijzende rechter slechts heeft gesteld voor het geval het Hof op de eerste en de tweede vraag zou antwoorden dat de installatie een kosteloze toewijzing voor de door haar geproduceerde warmte kan ontvangen.

E. Beperking van de gevolgen van het te wijzen arrest in de tijd

100. Voor het geval het Hof de tweede vraag beantwoordt zoals ik in overweging geef, heeft ExxonMobil verzocht om de gevolgen van het te wijzen arrest te beperken in de tijd.

101. Volgens vaste rechtspraak vormt de beperking in de tijd van de werking van een arrest waarin het Hof een prejudiciële uitlegging over een bepaling van het Unierecht geeft, een uitzonderlijke maatregel waarvoor aan twee essentiële criteria moet zijn voldaan, te weten de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar voor ernstige verstoringen.⁶⁷ Het Hof heeft „slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, namelijk wanneer er een gevaar bestond voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat de particulieren en de nationale autoriteiten tot een met [het Unierecht] strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve en grote onzekerheid over de strekking van de [bepalingen van het Unierecht], aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen”⁶⁸.

102. In casu heeft ExxonMobil geen enkel concreet element aangevoerd op grond waarvan kan worden vastgesteld dat aan deze criteria is voldaan.

103. Wat ten eerste een gevaar voor ernstige economische verstoringen betreft, heeft ExxonMobil enkel betoogd dat de Duitse autoriteiten sinds 2013 aan een groot aantal elektriciteitsopwekkende installaties kosteloos emissierechten hebben toegewezen voor de productie van warmte. Zij heeft geen nadere gegevens verstrekt over deze installaties en de schadelijke gevolgen die zij zouden ondervinden als artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 zoals hierboven werd uitgelegd.

64 Zie in die zin arresten van 28 februari 2018, *Trinseo Deutschland* (C-577/16, EU:C:2018:127, punt 68), en 17 mei 2018, *Evonik Degussa* (C-229/17, EU:C:2018:323, punt 29).

65 Zie in die zin arresten van 24 juni 1993, *Dr. Tretter* (C-90/92, EU:C:1993:264, punt 11); 26 februari 2002, *Commissie/Boehringer* (C-32/00 P, EU:C:2002:119, punt 53), en 19 juli 2012, *Pie Optiek* (C-376/11, EU:C:2012:502, punt 34).

66 Onverminderd artikel 10 quater van richtlijn 2003/87 (zie voetnoot 57 van deze conclusie).

67 Zie met name arrest van 19 oktober 2017, *Paper Consult* (C-101/16, EU:C:2017:775, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Zie met name arresten van 20 september 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, punt 53), en 19 oktober 2017, *Paper Consult* (C-101/16, EU:C:2017:775, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

104. Ten tweede lijkt deze uitlegging mij voldoende duidelijk te volgen uit de bewoordingen van deze bepaling en uit artikel 3, onder c), van besluit 2011/278, gelezen in het licht van deze bepaling. Overigens beroept ExxonMobil zich enkel op een andere uitlegging door de Duitse autoriteiten, zonder aan te geven hoe het gedrag van de Commissie of van andere lidstaten zou hebben bijgedragen aan een objectieve en grote onzekerheid over de strekking van artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87. In deze omstandigheden heeft dergelijke onzekerheid geenszins kunnen aanzetten tot met het Unierecht strijdig gedrag dat te goeder trouw is ontstaan.

105. Derhalve stel ik voor het verzoek tot beperking van de werking van het te wijzen arrest in de tijd, te verwerpen.

V. Conclusie

106. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste en de tweede prejudiciële vraag van het Verwaltungsgericht Berlin als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009, moet aldus worden uitgelegd dat een ‚elektriciteitsopwekker‘ een installatie is die tegelijk een activiteit verricht van ‚verbranden van brandstof in installaties met een nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 [megawatt (MW)]‘ in de zin van bijlage I, punt 6, bij richtlijn 2003/87, en een activiteit van vervaardiging van een product die onder geen enkele andere activiteit in deze bijlage valt, wanneer deze installatie met ingang van 1 januari 2005 of later elektriciteit heeft opgewekt die hoofdzakelijk voor eigen gebruik bestemd was en gedeeltelijk tegen vergoeding aan het openbare elektriciteitsnet is afgegeven.
- 2) Artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 en artikel 3, onder c), van besluit 2011/278/EU van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn [2003/87] moeten aldus worden uitgelegd dat een installatie die een ‚elektriciteitsopwekker‘ is in de zin van artikel 3, onder u), van deze richtlijn, alleen in gevallen zoals bedoeld in artikel 10 bis, leden 4 en 8, van deze richtlijn, onverminderd de toepassing van artikel 10 quater van die richtlijn, aanspraak kan maken op een kosteloze toewijzing van emissierechten voor broeikasgassen voor de door haar geproduceerde warmte.”