CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 8 maart 2016[1]

Zaken C-540/14 P, C-551/14 P, C-564/14 P en C-565/14 P

DK Recycling und Roheisen GmbH
tegen
Europese Commissie (C-540/14 P)
en
Arctic Paper Mochenwangen GmbH
tegen
Europese Commissie (C-551/14 P)
en
Raffinerie Heide GmbH
tegen
Europese Commissie (C-564/14 P)
en
Romonta GmbH
tegen

Europese Commissie (C-565/14 P)

„Hogere voorziening — Milieu — Richtlijn 2003/87/EG — Regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten — Overgangsregels voor een geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten — Besluit 2011/278/EU — Nationale uitvoeringsmaatregelen die door de Bondsrepubliek Duitsland zijn ingediend — Afwijzing van de toevoeging van bepaalde installaties aan de lijsten van installaties waaraan kosteloze emissierechten worden toegewezen — Hardheidsclausule — Essentieel onderdeel van een basisbesluit — Uitvoeringsbevoegdheden — Subdoelstelling betreffende de waarborging van de mededingingsvoorwaarden”

1. De vier hogere voorzieningen die ik in deze conclusie onderzoek, zijn ingesteld door vier Duitse ondernemingen - DK Recycling und Roheisen GmbH (rekwirante in zaak C-540/14 P; hierna: „DK Recycling”), Arctic Paper Mochenwangen GmbH (rekwirante in zaak C-551/14 P; hierna: „Arctic Paper”), Raffinerie Heide GmbH (rekwirante in zaak C-564/14 P; hierna: „Raffinerie Heide”) en Romonta GmbH (rekwirante in zaak C-565/14 P; hierna: „Romonta”, samen: „rekwirantes”) – die installaties exploiteren waarop de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van toepassing is die is vastgesteld bij richtlijn 2003/87/EG[2]. Rekwirantes hebben alle bij de Duitse autoriteiten om kosteloze toewijzing van emissierechten voor hun installaties verzocht op grond van een clausule in de in Duitsland vastgestelde nationale uitvoeringsmaatregelen die de kosteloze toewijzing mogelijk maakt van extra emissierechten aan ondernemingen waarvoor toepassing van de regeling voor de handel in emissierechten tot „kennelijke hardheid” zou leiden (hierna: „hardheidsclausule”).

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 L 275, blz. 32), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 (PB L 140, blz. 63; hierna: „richtlijn 2003/87”).

2. De vier hogere voorzieningen hebben betrekking op evenzoveel arresten [3] (samen hierna: „bestreden arresten") van het Gerecht van de Europese Unie, waarin de door rekwirantes ingestelde beroepen tot gedeeltelijke nietigverklaring van besluit 2013/448/EU [4] (hierna: „litigieus besluit") zijn verworpen. Bij dit besluit heeft de Europese Commissie het voorstel van de Duitse autoriteiten afgewezen, op grond van de hardheidsclausule de installaties van rekwirantes in de lijst van onder richtlijn 2003/87 vallende installaties op te nemen ten behoeve van kosteloze toewijzing van emissierechten.

3. De belangrijkste vraag in deze zaken waarover het Hof allereerst een beslissing zal moeten nemen betreft de omvang van de bevoegdheid van de Commissie om krachtens richtlijn 2003/87 uitvoeringsmaatregelen vast te stellen voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten gedurende de derde handelsperiode, te weten vanaf 2013. Meer in het bijzonder is in deze hogere voorzieningen de fundamentele vraag of richtlijn 2003/87, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29 [5] – in het licht van de doelstellingen van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten – de Commissie wel of niet zou hebben toegestaan in die uitvoeringsmaatregelen een hardheidsclausule op te nemen.

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Richtlijn 2003/87*

4. In het kader van de maatregelen voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van het Protocol van Kyoto [6] heeft richtlijn 2003/87 een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Europese Unie vastgesteld teneinde de emissies van die gassen te verminderen, en wel op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze. [7] Met dat doel bepaalt de richtlijn dat de totale hoeveelheid emissierechten die elk jaar voor de gehele Unie wordt verleend, lineair afneemt. [8]

5. Volgens overweging 5 van richtlijn 2003/87 draagt de richtlijn ertoe bij dat de Unie en haar lidstaten „door middel van een efficiënte Europese markt voor broeikasgasemissierechten doeltreffender en met een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid" aan hun verplichtingen voldoen.

6. Voorts vermeldt overweging 7 van richtlijn 2003/87 dat „[Unierechtelijke bepalingen] inzake de toewijzing van emissierechten door de lidstaten [...] noodzakelijk [zijn] om de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en concurrentieverstoring te voorkomen".

3 — Arresten van 26 september 2014, DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828), Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835) en Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830).

4 — Besluit van de Commissie van 5 september 2013 betreffende nationale uitvoeringsmaatregelen voor de voorlopige kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten overeenkomstig artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87 (PB L 240, blz. 27).

5 — Zie voetnoot 2 van deze conclusie.

6 — Beschikking 2002/358/EG van de Raad van 25 april 2002 betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegane verplichtingen (PB L 130, blz. 1).

7 — Artikel 1 van richtlijn 2003/87.

8 — Artikel 9, eerste alinea, van richtlijn 2003/87.

7. De artikelen 10, 10 bis en 10 quater van richtlijn 2003/87, die bij richtlijn 2009/29 zijn ingelast, bevatten voor de derde handelsperiode de regels voor de verdeling van de totale hoeveelheid emissierechten die ieder jaar voor de hele Unie wordt toegewezen. Een deel van die emissierechten wordt met ingang van 2013 door de lidstaten geveild [9] en een ander deel, dat jaarlijks afneemt [10], wordt kosteloos toegewezen overeenkomstig de regels van de artikelen 10 bis en 10 quater van richtlijn 2003/87.

8. Aangaande de overgangsregeling voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, die in 2027 afloopt [11], staat in overweging 23 van richtlijn 2009/29 te lezen: „Om concurrentieverstoring binnen de [Unie] tot een minimum te beperken dienen de kosteloze overgangstoewijzingen volgens geharmoniseerde regels voor de hele [Unie] (‚ex-ante-benchmarks') aan installaties te worden verstrekt."

9. Artikel 10 bis van richtlijn 2003/87, dat is ingelast bij richtlijn 2009/29, bevat de „[o]vergangsregels voor de hele [Unie] voor een geharmoniseerde kosteloze toewijzing". Artikel 10 bis, leden 1, alinea's 1 tot en met 5, en 2, luiden:

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

Deze maatregelen, die beogen niet-essentiële onderdelen van deze richtlijn te wijzigen door deze aan te vullen, worden vastgesteld volgens de in artikel 23, lid 3, bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing.

De in de eerste alinea bedoelde maatregelen bevatten voor zover mogelijk voor de hele [Unie] geldende ex-ante-benchmarks die waarborgen dat de toewijzing gebeurt op een wijze die de reductie van broeikasgasemissies en het gebruik van energie-efficiënte technieken stimuleert door rekening te houden met de meest efficiënte technieken, vervangingsproducten, alternatieve productieprocedés, hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, energie-efficiënt hergebruik van rookgassen, het gebruik van biomassa en het afvangen en de opslag van CO_2, indien de faciliteiten daarvoor beschikbaar zijn, en zetten niet aan tot een toename van de emissie. [...]

Voor elke bedrijfstak en deeltak wordt de benchmark in principe eerder berekend op basis van het product dan op basis van de inputs, teneinde te zorgen voor een zo groot mogelijke reductie van de broeikasgasemissie en een zo groot mogelijke energiebezuiniging in het hele productieproces van de betrokken bedrijfstak of deeltak.

Bij het bepalen van de grondslagen voor het vaststellen van ex-ante-benchmarks in afzonderlijke bedrijfstakken en deeltakken, raadpleegt de Commissie de relevante belanghebbenden, met inbegrip van de betrokken bedrijfstakken en deeltakken. [...]

2. Bij de vaststellingen van de beginselen voor de bepaling van ex-ante-benchmarks in afzonderlijke bedrijfstakken of deeltakken wordt uitgegaan van de gemiddelde emissieprestaties van de 10 % meest efficiënte installaties in een bedrijfstak of deeltak in de [Unie] gedurende de periode 2007-2008. [...]"

9 — Zie artikel 10 van richtlijn 2003/87 en overweging 15 van richtlijn 2009/29.

10 — Artikel 10 bis, lid 11, van richtlijn 2003/87.

11 — Zie artikel 10 bis, lid 11, van richtlijn 2003/87 en overweging 21 van richtlijn 2009/29.

10. Krachtens artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 moest elke lidstaat uiterlijk op 30 september 2011 de lijst met installaties op zijn grondgebied die onder deze richtlijn vallen alsmede alle kosteloze toewijzingen aan elke installatie op zijn grondgebied publiceren en aan de Commissie verstrekken. [12] Volgens lid 3 van dat artikel mogen de lidstaten geen kosteloze toewijzingen verlenen aan installaties waarvan opneming in de in lid 1 van dit artikel bedoelde lijst door de Commissie is geweigerd.

B – *Besluit 2011/278*

11. Om te voldoen aan haar in artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 opgenomen verplichting volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Unie vast te stellen voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten heeft de Commissie op 27 april 2011 besluit 2011/278 genomen. [13] In dat besluit heeft zij overgangsregels vastgesteld voor de hele Unie met betrekking tot de toewijzing van die emissierechten.

12. Daartoe heeft de Commissie, voor zover dit haalbaar was, een benchmark ontwikkeld voor elk product. [14] In gevallen waarin de berekening van een productbenchmark niet haalbaar was, maar zich toch voor kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komende broeikasgasemissies voordoen, heeft de Commissie een hiërarchie van drie soorten „fallback"-aanpak ontwikkeld. [15] Ten eerste is de warmtebenchmark toepasselijk voor warmteverbruikende processen waarbij een meetbarewarmtedrager wordt gebruikt. Ten tweede is de brandstofbenchmark toepasselijk wanneer niet-meetbare warmte wordt verbruikt. Ten derde zijn de emissierechten voor procesemissies toegewezen op basis van historische emissies.

C – *Duits recht*

13. In Duitsland is aan besluit 2011/278 met name uitvoering gegeven in het Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Duitse wet inzake de handel in broeikasgasemissierechten; hierna: „TEHG") van 21 juli 2011. § 9, lid 5, TEHG bevat de volgende hardheidsclausule:

„Indien de toewijzing van emissierechten [...] tot kennelijke hardheid leidt voor de exploitant van de installatie en een daarmee verbonden onderneming die op handels- of vennootschapsrechtelijke rechtsgrondslag moet instaan voor de economische risico's van de exploitatie van de installatie, wijst de bevoegde autoriteit op verzoek van de exploitant extra emissierechten toe in een als compensatie passende hoeveelheid, op voorwaarde dat de Europese Commissie deze toewijzing niet weigert op basis van artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87."

II – Feiten van het geding

14. Rekwirantes zijn vier Duitse ondernemingen die installaties exploiteren waarop sinds 1 januari 2005 de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van toepassing is. Zij hebben alle vier bij de Duitse autoriteiten om kosteloze toewijzing van emissierechten voor hun installaties verzocht, met name op grond van de hardheidsclausule van § 9, lid 5, TEHG.

12 — Zie ook artikel 15 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 (PB L 130, blz. 1).

13 — Aangehaald in voetnoot 12 van deze conclusie.

14 — Zie overweging 4 en bijlage I bij besluit 2011/278.

15 — Zie overweging 12 van besluit 2011/278.

15. Op 7 mei 2012 heeft de Bondsrepubliek Duitsland bij de Commissie de lijst ingediend van onder richtlijn 2003/87 vallende installaties op haar grondgebied alsmede de aan elke installatie op haar grondgebied kosteloos toe te wijzen emissierechten. Voor de installaties van rekwirantes heeft deze lidstaat de voorlopige hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten onder andere op basis van de hardheidsclausule van § 9, lid 5, TEHG berekend. De toepassing van deze hardheidsclausule achtte de bevoegde Duitse autoriteit gerechtvaardigd omdat de kosteloze toewijzing van emissierechten enkel op basis van de binnen de Unie geharmoniseerde toewijzingsregels voor rekwirantes het risico van faillissement met zich zou brengen.

16. Op 5 september 2013 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld, waarbij zij de opneming heeft afgewezen van de installaties van rekwirantes in de lijsten van onder richtlijn 2003/87 vallende installaties alsook de overeenkomstige voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden emissierechten die kosteloos aan deze installaties zijn toegewezen.

17. In overweging 11 van het litigieuze besluit heeft de Commissie die afwijzing gemotiveerd als volgt:

„De Commissie neemt er nota van dat Duitsland heeft voorgesteld dat aan zeven installaties een verhoging van het niveau van kosteloze toewijzing van emissierechten wordt toegekend omdat het van oordeel is dat op die manier onbillijke gevolgen worden vermeden. Overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG en besluit 2011/278/EU worden de voorlopige hoeveelheden kosteloze toewijzingen die als onderdeel van de [nationale uitvoeringsmaatregelen] moeten worden ingediend, berekend op basis van geharmoniseerde voor de hele Unie geldende regels. Besluit 2011/278/EU voorziet niet in de correctie die Duitsland zou willen aanbrengen op grond van artikel 9, lid 5 [TEHG]. Tot en met 2012 werd de kosteloze toewijzing van emissierechten weliswaar nationaal georganiseerd, maar voor de periode vanaf 2013 heeft de wetgever doelbewust volledig geharmoniseerde regels voor de kosteloze toewijzing aan installaties vastgesteld, zodat alle installaties op dezelfde wijze worden behandeld. Elke unilaterale wijziging van de voorlopige hoeveelheden kosteloze toewijzingen die door de lidstaten op grond van besluit 2011/278/EU worden berekend, zou deze geharmoniseerde aanpak ondermijnen. Duitsland heeft niet met bewijzen gestaafd dat de op grond van besluit 2011/278/EU berekende toewijzing voor de installaties in kwestie duidelijk inadequaat was gelet op het te verwezenlijken doel van volledige harmonisatie van toewijzingen. De toekenning van meer kosteloze emissierechten aan sommige installaties zou de concurrentie verstoren of dreigen te verstoren en heeft grensoverschrijdende gevolgen gezien de handel in de hele Unie in alle onder richtlijn 2003/87/EG vallende sectoren. In het licht van het beginsel van gelijke behandeling van installaties in het kader van de [regeling van de Europese Unie voor de handel in broeikasgasemissierechten] en van de lidstaten is de Commissie dan ook van oordeel dat het passend is bezwaar te maken tegen de voorlopige hoeveelheden kosteloze toewijzingen aan bepaalde installaties die in de Duitse [nationale uitvoeringsmaatregelen] zijn opgenomen en in bijlage I, punt A, worden vermeld."

III – Procedure bij het Gerecht en bestreden arresten

18. Rekwirantes hebben alle bij het Gerecht beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit voor zover het de afwijzing van de opneming van hun installaties in de lijst van onder richtlijn 2003/87 vallende installaties betreft.

19. Op 26 september 2014 heeft het Gerecht de bestreden arresten gewezen, waarbij het de door Arctic Paper, Raffinerie Heide en Romonta ingestelde beroepen in hun geheel heeft verworpen. Het heeft het door DK Recycling [16] ingestelde beroep weliswaar gedeeltelijk toegewezen, maar de door haar aangevoerde middelen tegen de afwijzing van de kosteloze toewijzing van emissierechten op grond van de hardheidsclausule afgewezen [17].

IV – Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

20. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 27 november, 2, 8 en 9 december 2014 hebben rekwirantes de onderhavige hogere voorzieningen ingesteld.

21. Bij afzonderlijke akten, neergelegd ter griffie van het Hof op respectievelijk 27 november, 2 december en 8 december 2014, hebben DK Recycling, Arctic Paper en Romonta het Hof verzocht om hun zaak te behandelen volgens een versnelde procedure.

22. Bij beschikkingen van 2 februari 2015 heeft de president van het Hof de verzoeken om een versnelde procedure verworpen. [18]

23. Ieder der rekwirantes verzoekt het Hof het op haar betrekking hebbende bestreden arrest te vernietigen [19], uitspraak ten gronde te doen en het litigieuze besluit nietig te verklaren voor zover het haar betreft. Subsidiair verzoeken DK Recycling, Arctic Paper en Romonta ieder voor zich het op haar betrekking hebbende arrest te vernietigen en haar zaak terug te verwijzen naar het Gerecht. Alle rekwirantes verzoeken ten slotte de Commissie in de kosten te verwijzen.

24. In al de vier zaken verzoekt de Commissie het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante in de kosten te verwijzen.

V – Analyse

A – *Inleidende opmerkingen*

25. Ter ondersteuning van hun hogere voorziening voeren rekwirantes diverse middelen aan, die in ruime mate met elkaar overeenstemmen. Zij klagen met name over schending van grondrechten door het Gerecht bij zijn analyse van de in besluit 2011/278 uitgewerkte regeling voor kosteloze toewijzing van emissierechten, en over beoordelingsfouten bij de toetsing van de evenredigheid van besluit 2011/278.

16 — In het arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833) heeft het Gerecht het beroep van DK Recycling gedeeltelijk toegewezen voor zover het betrekking had op de afwijzing door de Commissie in het litigieuze besluit van de kosteloze toewijzing van emissierechten voor haar installaties op basis van een procesemissies-subinstallatie voor de productie van zink in de hoogoven en daarmee verbonden processen. De door DK Recycling in de zaak C-540/14 ingestelde hogere voorziening heeft geen betrekking op dit gedeelte van het arrest.

17 — Het betreft het eerste en het tweede middel. Zie met name de punten 39-101 van het arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833).

18 — Beschikkingen van de president van het Hof DK Recycling und Roheisen/Commissie (C-540/14 P, EU:C:2015:58), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (C-551/14 P, EU:C:2015:107) en Romonta/Commissie (C-565/14 P, EU:C:2015:56).

19 — DK Recycling verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen voor zover haar beroep is verworpen voor het overige.

26. De Commissie stelt evenwel dat de hogere voorzieningen alle moeten worden verworpen om een, naar zij meent, „fundamenteler" reden die de hele argumentatie van rekwirantes in hun hogere voorzieningen naar haar mening krachteloos maakt. Zij betoogt in wezen dat richtlijn 2003/87 en met name artikel 10 bis ervan – anders dan het Gerecht in de bestreden arresten heeft vastgesteld – haar niet toestaat in uitvoeringsmaatregelen op grond van die bepaling, dus in besluit 2011/278, te voorzien in kosteloze toewijzing van emissierechten op basis van een hardheidsclausule.

27. De Commissie bestrijdt de desbetreffende analyse van het Gerecht, maar verzoekt het Hof de dicta van de bestreden arresten te bevestigen. In wezen verzoekt zij het Hof derhalve om vervanging van de motivering. Aangezien dit verzoek van de Commissie moet worden beoordeeld vóór de behandeling van de in alle hogere voorzieningen aangevoerde middelen, dient het als eerste te worden geanalyseerd.

B – *Discretionaire bevoegdheid van de Commissie om een hardheidsclausule in besluit 2011/278 op te nemen*

1. Bestreden arresten

28. In alle bestreden arresten heeft het Gerecht in het kader van het onderzoek van de middelen en argumenten van rekwirantes inzake schending van het evenredigheidsbeginsel en van de grondrechten door besluit 2011/278 vooraf het volgende overwogen [20]:

„Vastgesteld zij dat een schending van de grondrechten en van het evenredigheidsbeginsel wegens het ontbreken van een hardheidsclausule in de in besluit 2011/278 geformuleerde regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten niet bij voorbaat kan worden uitgesloten, omdat artikel 10 bis van richtlijn 2003/87, dat de rechtsgrondslag voor dat besluit vormt, de kosteloze toewijzing van emissierechten door de Commissie op basis van een dergelijke clausule niet uitsluit. Ten eerste was de Commissie ingevolge artikel 10 bis, lid 1, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2003/87 immers gehouden volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Unie vast te stellen voor het geharmoniseerd kosteloos toewijzen van emissierechten, welke maatregelen beoogden niet-essentiële onderdelen van richtlijn 2003/87 te wijzigen door haar aan te vullen. De vaststelling door de Commissie van een hardheidsclausule die van toepassing is op alle lidstaten, zou hebben voldaan aan het vereiste van volledige harmonisatie van deze uitvoeringsmaatregelen voor de hele Unie. Voor zover voorts een dergelijke maatregel of clausule enkel betrekking zou hebben gehad op uitzonderlijke gevallen en bijgevolg de bij richtlijn 2003/87 ingestelde regeling niet in twijfel zou hebben getrokken, zou deze niet hebben beoogd essentiële onderdelen van deze richtlijn te wijzigen. Ten tweede was de Commissie ingevolge artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2003/87 gehouden voor zover mogelijk ex-antebenchmarks te bepalen. Waar de berekening van een productbenchmark niet haalbaar was, maar toch voor kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komende broeikasgasemissies voorkomen, beschikte de Commissie over een beoordelingsbevoegdheid om regels vast te stellen, wat zij heeft gedaan door een hiërarchie van drie soorten ‚fallback'-aanpak vast te stellen. In het kader van deze beoordelingsbevoegdheid had de Commissie dus in beginsel ook in de kosteloze toewijzing van emissierechten op grondslag van een hardheidsclausule kunnen voorzien."

2. Betogen van partijen

29. De Commissie bestrijdt die analyse van het Gerecht en betoogt dat richtlijn 2003/87 haar geen enkele discretionaire bevoegdheid verleent om een hardheidsclausule in besluit 2011/278 op te nemen.

20 — Zie de arresten DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punt 50), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828, punt 49), Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835, punt 53) en Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830, punt 51).

30. Ten eerste verleent artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 – anders dan het Gerecht heeft geoordeeld – door het gebruik van termen als „voor zover mogelijk" of „in principe" de Commissie enkel een zekere ruimte waar het de regelgevingsaanpak voor de verschillende bedrijfstakken en deeltakken betreft, door haar indien nodig toe te staan benchmarks vast te stellen die niet zijn gebaseerd op producten maar op andere criteria, zoals dat in besluit 2011/278 is gebeurd, waarin warmte- en brandstofbenchmarks en een criterium voor procesemissies zijn vastgesteld.

31. Ten tweede vormt het in overweging 23 van richtlijn 2009/29 genoemde vereiste dat de regels voor de kosteloze toewijzing op basis van een sectorspecifieke aanpak moeten worden vastgesteld en „volledig geharmoniseerd voor de gehele [Unie]" moeten zijn om verstoring van de mededinging tot een minimum te beperken en te vermijden dat zij aanzetten tot een toename van de emissies, een essentieel onderdeel van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87. Een regel die toestaat dat aan een installatie meer emissierechten worden toegewezen dan aan een andere installatie die in alle opzichten vergelijkbaar is, behalve op het punt dat de toepassing van die regels voor eerstgenoemde een situatie van „financiële hardheid" meebrengt, zou niet aan dat vereiste voldoen en zou essentiële onderdelen van het basisbesluit, te weten richtlijn 2003/87, wijzigen.

32. In deze omstandigheden kunnen, nu rekwirantes de onrechtmatigheid van richtlijn 2003/87 niet hebben aangevoerd, hun betogen volgens de Commissie alleen maar als ondeugdelijk worden verworpen, welke constatering volstaat om alle hogere voorzieningen af te wijzen.

33. DK Recycling, Arctic Paper en Romonta betogen in repliek dat het Gerecht geen beoordelingsfout heeft gemaakt toen het oordeelde dat richtlijn 2003/87 zich er niet tegen verzet dat de Commissie een hardheidsclausule opneemt in besluit 2011/278. Romonta betoogt meer in het bijzonder dat noch de sectorale aanpak van die richtlijn noch het vereiste van een voor de gehele Unie geharmoniseerde toewijzing steun biedt aan een uitlegging volgens welke de Commissie een dergelijke clausule niet mocht opnemen in besluit 2011/78. Ten slotte – ingeval het Hof oordeelt dat de desbetreffende analyse van het Gerecht onjuist is – voeren DK Recycling en Arctic Paper subsidiair aan dat richtlijn 2003/87 onverenigbaar is met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en met het evenredigheidsbeginsel.

3. Juridische beoordeling

a) Ontvankelijkheid van het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering

34. Allereerst zij in herinnering gebracht dat de ontvankelijkheid van een verzoek tot vervanging van de motivering volgens vaste rechtspraak een procesbelang vereist, in de zin dat het verzoek, indien het slaagt, een voordeel kan meebrengen voor de partij die het heeft ingediend. Dit kan het geval zijn wanneer het verzoek tot vervanging van de motivering een verweer vormt tegen een door een rekwirant aangevoerd middel. [21]

35. In deze zaak beoogt het verzoek tot vervanging van de motivering dat het Hof vaststelt dat het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de Commissie krachtens artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 de bevoegdheid had een hardheidsclausule in besluit 2011/278 op te nemen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten. Ingeval het Hof dat verzoek toewijst, dienen alle middelen van rekwirantes waarmee zij het Gerecht verwijten het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet te hebben veroordeeld, te worden verworpen. Indien artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 de Commissie niet de bevoegdheid gaf een

21 — Arresten Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 42) en Iride/Commissie (C-329/09 P, EU:C:2011:859, punten 48-51).

dergelijke clausule in dat besluit op te nemen, kunnen rekwirantes dit immers de Commissie niet verwijten en kunnen zij bijgevolg evenmin het Gerecht verwijten dat het hun middelen inzake schending van het recht wegens het ontbreken van een dergelijke clausule in besluit 2011/278 heeft verworpen.

36. In die omstandigheden moet het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering mijns inziens ontvankelijk worden verklaard aangezien het gevolgen heeft voor meerdere in de hogere voorzieningen aangevoerde middelen.

b) Ten gronde

i) Kort overzicht van de rechtspraak met betrekking tot de vaststelling of onderdelen van een basisbesluit wel of niet essentieel zijn

37. Voor de beoordeling van de argumenten die de Commissie in haar verzoek tot vervanging van de motivering aanvoert, dient eerst kort te worden ingegaan op de principes die volgen uit de rechtspraak betreffende de vaststelling van essentiële onderdelen van een delegatiebesluit.

38. Volgens vaste rechtspraak is alleen de Uniewetgever bevoegd om de essentiële voorschriften van een materie vast te stellen. Die voorschriften moeten worden vastgesteld in de basisregeling en kunnen niet worden gedelegeerd. [22]

39. In het arrest Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:516), dat betrekking had op een delegatiebepaling die qua formulering zeer vergelijkbaar was met artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 [23] en eveneens was vastgesteld vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, heeft het Hof benadrukt dat de bepalingen bij de vaststelling waarvan politieke keuzes moeten worden gemaakt die tot de eigen verantwoordelijkheden van de Uniewetgever behoren, niet kunnen worden gedelegeerd. Bijgevolg kunnen uitvoeringsmaatregelen geen essentiële onderdelen van een basisregeling wijzigen en een basisregeling niet aanvullen met nieuwe essentiële onderdelen. [24]

40. In hetzelfde arrest heeft het Hof er vervolgens op gewezen dat de beoordeling welke onderdelen van een materie essentieel zijn moet berusten op objectieve gegevens die voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn en dat in dit verband rekening moet worden gehouden met de kenmerken en de bijzonderheden van het betrokken gebied. [25]

41. In mijn conclusie in dezelfde zaak Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:207) heb ik opgemerkt dat uit de analyse van de relevante rechtspraak van het Hof volgt [26] dat de vaststelling of de onderdelen van de basishandeling die bij de uitvoeringshandeling zijn ingevoegd of gewijzigd, essentieel zijn, afhankelijk is van de beoordeling van een aantal factoren, zoals de kenmerken van de betrokken beleidsmaatregel, de meer of minder grote handelingsvrijheid die de Commissie bij de uitvoering ervan heeft, de strekking van de delegatiebepaling, de inhoud en de doelstellingen van de basishandeling en het algehele stelsel daarvan. [27]

22 — Arrest Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:516, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 — Namelijk artikel 12, lid 5, van verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode) (PB L 105, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 296/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2008 (PB L 97, blz. 60).

24 — Arrest Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:516, punten 65 en 66); zie ook van recentere datum arrest Parlement/Raad (C-363/14, EU:C:2015:579, punt 46).

25 — Arresten Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:516, punten 67 en 68) en Parlement/Raad (C-363/14, EU:C:2015:579, punt 47).

26 — Zie mijn analyse van de rechtspraak in de punten 26-28 van mijn conclusie in die zaak.

27 — Zie mijn conclusie in de zaak Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:207, punt 29).

42. Verder volgt uit vaste rechtspraak dat de grenzen van de uitvoeringsbevoegdheid van de Commissie met name worden beoordeeld aan de hand van de algemene hoofddoelen van de betrokken regelgeving. [28]

ii) Vereiste van waarborging van de mededingingsvoorwaarden in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten, en in het bijzonder van de overgangsregels voor de kosteloze toewijzing

43. De Commissie voert aan dat het vereiste de verstoring van de mededinging tot een minimum te beperken, een essentieel onderdeel vormt van de bepaling die haar de bevoegdheid verleent overgangsregels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten vast te stellen, namelijk artikel 10 bis van richtlijn 2003/87.

44. In dit verband is van belang dat het Hof erop heeft gewezen dat – ook al is het uitdrukkelijke hoofddoel van richtlijn 2003/87 de substantiële vermindering van broeikasgasemissies teneinde de verplichtingen van de Unie en van de lidstaten uit hoofde van het Protocol van Kyoto te kunnen nakomen – dit doel moet worden bereikt met inachtneming van een reeks subdoelen en door middel van bepaalde instrumenten, waarvan het belangrijkste de Unieregeling voor de handel in broeikasgasemissierechten is. [29] De andere subdoelen van die regeling zijn met name, zoals in de overwegingen 5 en 7 van deze richtlijn is uiteengezet, het behoud van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid en het bewaren van de eenheid van de interne markt en van de mededingingsvoorwaarden. [30]

45. Bijgevolg blijkt uit die rechtspraak dat de waarborging van de mededingingsvoorwaarden binnen de interne markt een subdoel van richtlijn 2003/87 vormt, waarnaar de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten zich moet richten. Het milieugerelateerde hoofddoel van die regeling moet derhalve worden nagestreefd met inachtneming van onder andere dit specifieke subdoel.

46. De essentiële strekking van het vereiste van waarborging van de mededingingsvoorwaarden binnen de interne markt in het kader van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten zoals die is ingevoerd bij richtlijn 2003/87 en gewijzigd bij richtlijn 2009/29, blijkt overigens ook uit het feit dat dit subdoel bij herhaling wordt genoemd in de overwegingen van die richtlijnen.

47. Overweging 7 van richtlijn 2003/87 noemt expliciet het vereiste om concurrentieverstoring te voorkomen bij de vaststelling van Unierechtelijke bepalingen inzake de toewijzing van emissierechten. Daarnaast komt de noodzaak dit subdoel in acht te nemen voortdurend terug in richtlijn 2009/29, hetzij als algemeen vereiste [31], hetzij als ratio van sommige specifieke regels [32].

28 — Zie arrest Parlement/Commissie (C-65/13, EU:C:2014:2289, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 — Zie in die zin arresten Commissie/Polen (C-504/09 P, EU:C:2012:178, punt 77), Commissie/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punt 79) en 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, punt 43).

30 — Arresten Commissie/Polen (C-504/09 P, EU:C:2012:178, punt 77), Commissie/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punt 79) en 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, punt 43).

31 — Overweging 8 van richtlijn 2009/29 noemt het doel „verstoringen op de interne markt te voorkomen" als een van de eisen waaraan de bij die richtlijn ingevoerde nieuwe handelsregeling moet voldoen. Zie in dit verband ook arrest Commissie/Polen (C-504/09 P, EU:C:2012:178, punt 82).

32 — Zo noemt overweging 15 van richtlijn 2009/29 de noodzaak nieuwkomers „in dezelfde concurrentiepositie" te brengen een fundamentele eis van het veilingsysteem dat bij die richtlijn wordt ingevoerd. Dezelfde eis wordt in overweging 16 van die richtlijn genoemd in verband met de noodzaak de voorschriften met betrekking tot nieuwkomers te harmoniseren. Overweging 17 van richtlijn 2009/29 noemt het doel om verstoring van de concurrentie binnen de Unie te elimineren, een van de redenen waarom bedrijfstakken in de verschillende lidstaten niet verschillend mogen worden behandeld. Overweging 19 noemt eveneens dit doel met betrekking tot de toepasselijke regeling voor elektriciteitsproducenten. Overweging 28 noemt dit doel ook in verband met de noodzaak van harmonisatie van het gebruik van kredieten voor emissiebeperking buiten de Unie. In dat licht kan ook worden opgemerkt dat het Hof heeft geoordeeld dat het doel de regeling voor de handel in emissierechten te beschermen tegen mededingingsverstoringen, voor de Uniewetgever aanleiding is geweest een tevoren bepaalde boete bij bovenmatige emissie in te voeren in artikel 16, leden 3 en 4, van richtlijn 2003/87. Zie arrest Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punt 27).

48. Wat met name de overgangsregels voor de kosteloze toewijzing betreft waarop de onderhavige zaken betrekking hebben, staat in overweging 23 van richtlijn 2009/29 expliciet te lezen dat om concurrentieverstoring binnen de Unie tot een minimum te beperken de toewijzing van die emissierechten volgens geharmoniseerde regels voor de hele Unie dient te gebeuren door middel van „ex-ante-benchmarks".

49. De noodzaak die eis in acht te nemen blijkt ook uit de aanpak van de Uniewetgever in artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87. Die bepaling delegeert aan de Commissie de bevoegdheid volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen inzake de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten voor de Unie vast te stellen en stelt de criteria vast waaraan de Commissie moet voldoen bij de vaststelling van die uitvoeringsmaatregelen.

50. Meer in het bijzonder bepaalt artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, dat die uitvoeringsmaatregelen voor zover mogelijk voor de hele Unie geldende ex-ante-benchmarks bevatten. Bij de ex-ante-benchmarks gaat het om een bepaalde hoeveelheid CO_2-emissies die de Commissie erkent als noodzakelijk voor de productie van een bepaalde hoeveelheid van het betrokken product.[33] Voor de berekening van het aantal aan elke installatie van een bedrijfstak of deeltak kosteloos toegewezen emissierechten wordt een benchmark gebruikt die wordt vermenigvuldigd met het productgerelateerde historische activiteitsniveau van de installatie[34], onder voorbehoud van de toepassing van de uniforme transsectorale correctiefactor van artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87[35]. Die benchmarks zijn dus objectieve parameters aan de hand waarvan het aantal aan iedere installatie kosteloos toegewezen emissierechten wordt bepaald.

51. De vierde alinea van lid 1 van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 verschaft de Commissie aanvullende aanwijzingen voor de vaststelling van de ex-ante-benchmarks. Volgens deze bepaling wordt de benchmark voor elke bedrijfstak en deeltak in principe eerder berekend op basis van het product dan op basis van de inputs, teneinde te zorgen voor een zo groot mogelijke reductie van de broeikasgasemissies en een zo groot mogelijke energiebezuiniging in het hele productieproces van de betrokken bedrijfstak of deeltak. Deze bepaling schrijft dus enerzijds voor dat de ex-ante-benchmarks *voor elke bedrijfstak en deeltak* moeten worden vastgesteld, dus volgens een aanpak die men net als de Commissie mag omschrijven als „sectoraal", en anderzijds dat die benchmarks in principe voor elk product en niet voor de inputs worden berekend.

52. Het vereiste van een „sectorale" aanpak voor de berekening van de ex-ante-benchmarks[36] wordt overigens bevestigd in artikel 10 bis, lid 1, vijfde alinea, van voornoemde richtlijn, waarin de Commissie wordt verplicht bij het bepalen van de grondslagen voor het vaststellen van ex-ante-benchmarks in *afzonderlijke bedrijfstakken en deeltakken* belanghebbenden te raadplegen, met inbegrip van de betrokken bedrijfstakken en deeltakken. Evenzo verwijst artikel 10 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 expliciet naar „ex-ante-benchmarks in afzonderlijke bedrijfstakken en deeltakken".

33 — Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaken Borealis Polyolefine, OMV Refining & Marketing, DOW Benelux e.a. en Esso Italiana e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14 en C-389/14, EU:C:2015:754, punt 40).

34 — Zie met name artikel 10 van besluit 2011/278. Zoals blijkt uit punt 12 van deze conclusie heeft de Commissie, waar de berekening van een productbenchmark niet mogelijk was, warmte- en brandstofbenchmarks berekend, die vermenigvuldigd worden met de warmtegerelateerde respectievelijk brandstofgerelateerde historische activiteitsniveaus. Zie voor de procesemissies artikel 10, lid 2, onder b), iii), van besluit 2011/278.

35 — Zie de artikelen 10, lid 9, en 15, lid 3, van besluit 2011/278.

36 — Zie in dit verband ook arrest Polen/Commissie (T-370/11, EU:T:2013:113, punt 85).

iii) Sectorale vaststelling van de ex-ante-benchmarks als uitwerking van het subdoel van waarborging van de mededingingsvoorwaarden

53. De geharmoniseerde aanpak waarvoor de wetgever in artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 heeft gekozen, inhoudende dat de kosteloze toewijzingen van emissierechten volgens ex-ante-benchmarks per sector worden berekend, is de uitwerking van de in overweging 23 van richtlijn 2009/29 expliciet genoemde eis de concurrentieverstoring als gevolg van de kosteloze toewijzing tot een minimum te beperken. [37]

54. Met de vaststelling van ex ante sectorale benchmarks wordt namelijk beoogd de kosteloze toewijzing van emissierechten op objectieve parameters te baseren, die zonder onderscheid en op gelijke wijze van toepassing zijn op de installaties van exploitanten in een bepaalde bedrijfstak of deeltak. Door te bepalen dat voor alle installaties in de betrokken bedrijfstak of deeltak dezelfde objectieve parameters gelden, waarborgt richtlijn 2003/87 dat de kosteloze toewijzing van emissierechten de mededinging zo min mogelijk beïnvloedt. Die aanpak is bovendien in overeenstemming met het karakter van de regeling voor de emissiehandel, die kan worden getypeerd als een markteconomische regeling. [38]

55. Richtlijn 2003/87, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29, kiest overigens bij herhaling voor een „sectorale" aanpak ter voldoening aan de eis om concurrentieverstoring te vermijden, zodat men bijna zou kunnen zeggen dat die aanpak kenmerkend is voor de opzet van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten. [39] Zo heeft de wetgever bijvoorbeeld in de bijzondere bepalingen ter voorkoming van het CO_2-weglekrisico in artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 gekozen voor een sectorale aanpak. [40] In overweging 17 van richtlijn 2009/29 is eveneens sprake van een dergelijke aanpak in verband met „de bedoeling om verstoring van de concurrentie binnen de [Unie] te elimineren" waar wordt gezegd dat het onjuist zou zijn *bedrijfstakken* in de verschillende lidstaten verschillend te behandelen. [41]

56. Binnen een aanpak die gestoeld is op de vaststelling van objectieve ex-ante-parameters die zonder onderscheid van toepassing zijn op alle installaties in de betrokken sector, kan evenwel geen rekening worden gehouden met de bijzondere behoeften en omstandigheden van individuele installaties. Indien de kosteloze toewijzing van emissierechten beïnvloed zou kunnen worden door de specifieke situatie van een individuele installatie, zou dit immers in kennelijke tegenspraak zijn met de keuze voor een dergelijke aanpak. In een dergelijk geval zou de in punt 54 van deze conclusie genoemde eis van een objectieve en gelijke behandeling van de verschillende installaties niet kunnen worden gewaarborgd en zou bijgevolg het doel om verstoring van de mededinging te voorkomen niet kunnen worden verwezenlijkt.

37 — In dit verband blijkt uit het verslag van de commissie milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden [COM(2008) 16 definitief – COD 2008/0013] dat tijdens de wetgevingsprocedure die heeft geleid tot de vaststelling van richtlijn 2009/29, is overwogen zowel in overweging 23 van die richtlijn als in het in richtlijn 2003/87 in te lassen artikel 10 bis te verwijzen naar ex ante „sectorspecifieke" benchmarks (zie bijvoorbeeld amendement 14 op blz. 17 en 18, amendement 48 op blz. 44 en amendement 33 op blz. 107 en 108 van het verslag).

38 — Zie overweging 5 van richtlijn 2003/87.

39 — Ik vind in dit verband het argument van Romonta in repliek dat sommige bepalingen in besluit 2011/278 niet verenigbaar zijn met de bovengenoemde „sectorale aanpak" niet relevant. Romonta verwijst met name naar de drie soorten „fallback-aanpak" in artikel 6, lid 1, van besluit 2011/278, naar de bepaling in artikel 3, onder c), van datzelfde besluit en naar het bepaalde in artikel 10, lid 3, van dat besluit. Geen van die bepalingen kan echter de sectorale aanpak in twijfel trekken die de Commissie – in overeenstemming met artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 – in besluit 2011/278 heeft gevolgd.

40 — Zie artikel 10 bis, leden 6 en 12, van richtlijn 2003/87 en besluit 2010/2/EU 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 CO_2-weglekrisico (PB 2010, L 1, blz. 10). Zie ook arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punten 82 en 83).

41 — Cursivering van mij. Zie over deze overweging arrest Polen/Commissie (T-370/11, EU:T:2013:113, punt 42).

iv) Mogelijkheid een hardheidsclausule in besluit 2011/278 op te nemen

57. Uit al het voorgaande kan ik een aantal conclusies trekken met betrekking tot de vraag – naar aanleiding van het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering – of de Commissie een discretionaire bevoegdheid had om een hardheidsclausule op te nemen in besluit 2011/278.

– Eis tot waarborging van de mededinging als essentieel onderdeel van richtlijn 2003/87

58. In de eerste plaats volgt uit de overwegingen in de punten 44 tot en met 47 van deze conclusie dat de eis dat de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten wordt ingevoerd met waarborging van de mededingingsvoorwaarden, een expliciet subdoel is van richtlijn 2003/87. De noodzaak dat de regeling voor de handel in emissierechten die eis in acht neemt, vloeit dus noodzakelijkerwijs voort uit een politieke keuze van de Uniewetgever. In die omstandigheden ben ik – in het licht van de in de punten 38 tot en met 40 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak – van mening dat die eis een essentieel onderdeel van richtlijn 2003/87 vormt, dat niet kan worden gewijzigd door uitvoeringsmaatregelen van de Commissie.

59. Bovendien blijkt uit de punten 48 tot en met 52 van deze conclusie dat de eis om verstoring van de mededinging te voorkomen een specifiek en expliciet kenmerk is van de overgangsregels van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, en dat dit vereiste tot uitdrukking komt in de keuze van de wetgever om de Commissie de bevoegdheid te verlenen om in de uitvoeringsmaatregelen waarbij die regels worden vastgesteld, ex-ante-benchmarks te bepalen op basis van een sectorale aanpak.

60. In die omstandigheden kon de Commissie in de uitvoeringsmaatregelen uit hoofde van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 geen regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten vaststellen die in strijd waren met dat vereiste, omdat zij daarmee de grenzen van haar uitvoeringsbevoegdheid had overschreden en de delegatiebepaling had geschonden.

61. Overigens ben ik het niet eens met het argument van het Gerecht dat voor zover een bepaling in een uitvoeringsmaatregel slechts betrekking heeft op uitzonderingsgevallen, zij geen essentiële onderdelen van het basisbesluit verandert.[42] Ook een bepaling die alleen van toepassing is op uitzonderingsgevallen kan de algemene systematiek van het basisbesluit raken[43] en onverenigbaar zijn met essentiële doelen van dat besluit die voortvloeien uit een politieke keuze van de wetgever[44].

– Onverenigbaarheid van een hardheidsclausule met het subdoel van waarborging van de mededinging

62. In de tweede plaats staat vast dat het opnemen van een hardheidsclausule zou leiden tot de kosteloze toewijzing van extra emissierechten aan slechts enkele installaties binnen een bepaalde bedrijfstak of deeltak.[45] De kosteloze toewijzing van emissierechten op grond van een dergelijke clausule zou niet plaatsvinden op basis van sectorale en objectieve ex-ante-parameters die op alle installaties binnen de sector van toepassing zijn, maar vanwege individuele omstandigheden van de exploitant van een bepaalde installatie, met name zijn financiële problemen. Zoals de Commissie aanvoert, zou een dergelijke clausule het dus mogelijk maken dat aan de ene installatie meer emissierechten worden toegewezen dan aan de andere, zelfs indien beide installaties hetzelfde product vervaardigen en in alles vergelijkbaar zijn. Dan kan men slechts vaststellen dat een dergelijke toewijzing dus tot een verstoring van de concurrentie zou leiden.

42 — Zie punt 28 van de onderhavige conclusie.

43 — Zie arrest Parlement/Raad (C-417/93, EU:C:1995:127 punten 30-33), en punt 28 van mijn conclusie in de zaak Parlement/Raad (C-355/10, EU:C:2012:207).

44 — Zie punten 38-40 van deze conclusie.

45 — Zie in dit verband punt 78 van arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833).

63. Een dergelijke regel zou uitgaan van een individuele benadering, wat haaks staat op de bovengenoemde sectorale aanpak die – zoals ik in de punten 53 tot en met 56 van deze conclusie heb betoogd – de uitwerking is van de eis tot waarborging van de mededinging. Een dergelijke regel zou derhalve onverenigbaar zijn met het subdoel van bescherming van de concurrentie, dat een essentieel onderdeel is van richtlijn 2003/87 in het algemeen en van de regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten van artikel 10 bis van die richtlijn in het bijzonder.

64. In dit verband dient het door Romonta in repliek aangevoerde argument te worden verworpen, dat een dergelijke clausule geen mededingingsverstorende ongelijke behandeling zou meebrengen, aangezien in heel Europa iedere persoon die aantoont dat hij aan de door de Commissie gestelde voorwaarden voldoet, er een beroep op zou kunnen doen. Het volstaat erop te wijzen dat mededingingsverstoringen zich voordoen op een bepaalde markt en niet intersectoraal. Een ongelijke behandeling, bij de kosteloze toewijzing van emissierechten, van vergelijkbare installaties die hetzelfde product voortbrengen en op dezelfde markt actief zijn, zou dus noodzakelijkerwijs leiden tot verstoring van de concurrentie op de betrokken markt.

65. In het licht van die overwegingen ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de invoering van een hardheidsclausule niet onverenigbaar is met de doelen van richtlijn 2003/87. [46] De door het Gerecht benadrukte omstandigheid dat een dergelijke clausule op het bereiken van een ander subdoel van richtlijn 2003/87 kan zijn gericht, namelijk de handhaving van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid, doet niets af aan het feit dat een dergelijke clausule vanwege de onverenigbaarheid met een essentieel subdoel van richtlijn 2003/87 niet kon worden ingevoerd in uitvoeringsmaatregelen voor die richtlijn. Overigens heeft het Gerecht er zelf in de bestreden arresten op gewezen dat de wetgever in andere bijzondere regels heeft voorzien om ervoor te zorgen dat de invoering van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid teweegbrengt, zonder dat die regels, die bovengenoemde sectorale aanpak volgen, tot verstoringen van de concurrentie leiden. [47]

– Discretionaire bevoegdheid van de Commissie

66. In de derde plaats volgt uit het voorgaande noodzakelijkerwijs dat de discretionaire bevoegdheid die artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 de Commissie verleent niet zo ver gaat dat zij door het opnemen van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 regels zou mogen vaststellen die in strijd zijn met een van de subdoelen van de richtlijn alsook met een essentieel onderdeel van de delegatiebepaling.

67. Deze uitlegging van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87, die afwijkt van die van het Gerecht in de bestreden arresten, wordt overigens bevestigd in de bewoordingen van de derde en vierde alinea van die bepaling, waarin inderdaad een bepaalde discretionaire bevoegdheid aan de Commissie wordt verleend voor de vaststelling van regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten.

68. Nu de derde alinea van artikel 10 bis, lid 1, evenwel bepaalt dat de uitvoeringsmaatregelen „voor zover mogelijk" ex-ante-benchmarks bevatten, moet zij in die zin worden opgevat, dat zij de Commissie uitsluitend in de gevallen waarin het niet mogelijk is om dergelijke (sectorale) benchmarks te bepalen, een discretionaire bevoegdheid verleent om andere criteria vast te stellen. Deze bepaling

46 — Zie arresten DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punt 77), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828, punt 76), Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835, punt 80) en Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830, punt 79).

47 — Zie arresten DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punten 81 e.v.), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828, punten 80 e.v.), Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835, punten 83 e.v.) en Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830, punten 82 e.v.).

kan niet worden uitgelegd in de zin dat zij de Commissie een algemene en generieke beoordelingsvrijheid bij de vaststelling van de regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten verleent. Evenmin mag de verlening van een dergelijke bevoegdheid worden afgeleid uit het gebruik van de uitdrukking „in principe" in artikel 10 bis, lid 1, vierde alinea, van die richtlijn.

– Onverenigbaarheid van een hardheidsclausule met het beginsel dat de vervuiler betaalt

69. Ten slotte wil ik ook nog wijzen op een tegenstrijdigheid die de redenering van het Gerecht mijns inziens bevat. In de bestreden arresten heeft het Gerecht – mijns inziens terecht – geoordeeld dat de invoering van een hardheidsclausule moeilijk te verenigen is met het beginsel dat de vervuiler betaalt. [48]

70. Er zij aan herinnerd dat artikel 175, lid 1, EG (thans, na wijziging, artikel 192 VWEU) de rechtsgrondslag is van richtlijn 2003/87. Op grond van die bepaling was de Raad bevoegd te beslissen welke maatregelen de Gemeenschap moest nemen om de doelstellingen van artikel 174 EG (thans, na wijziging, artikel 191 VWEU) te verwezenlijken. Volgens lid 2 van laatstgenoemd artikel berust het milieubeleid van de Unie met name op het beginsel dat de vervuiler betaalt.

71. Wanneer echter al het basisbesluit, te weten richtlijn 2003/87, als handeling gebaseerd op artikel 175, lid 1, EG, geen bepalingen mocht bevatten die onverenigbaar zijn met het beginsel dat de vervuiler betaalt, geldt zulks a fortiori voor uitvoeringsmaatregelen uit hoofde van die richtlijn. Dit betekent dat het Gerecht, nadat het had vastgesteld dat de invoering van een hardheidsclausule onverenigbaar zou zijn geweest met het beginsel dat de vervuiler betaalt, had moeten oordelen dat de Commissie een dergelijke clausule niet in besluit 2011/278 mocht opnemen.

v) Niet-ontvankelijkheid van het beroep op onrechtmatigheid van richtlijn 2003/87

72. In hun repliek stellen DK Recycling en Arctic Paper subsidiair dat richtlijn 2003/87 onrechtmatig is. Zij betogen dat die richtlijn onverenigbaar is met het Handvest en in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Evenwel moet worden vastgesteld dat dit een nieuw middel is, dat niet voor het Gerecht is aangevoerd en dat derhalve het voorwerp van het geschil voor het Gerecht wijzigt. In die omstandigheden is het kennelijk niet-ontvankelijk. [49]

vi) Conclusie

73. In het licht van al het voorgaande geef ik het Hof in overweging het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering toe te wijzen.

74. Ingeval het Hof mijn voorstel volgt en van oordeel is dat richtlijn 2003/87 de Commissie niet de bevoegdheid verleende een hardheidsclausule op te nemen in besluit 2011/278, dienen – zoals volgt uit punt 35 van deze conclusie – de in deze hogere voorzieningen aangevoerde middelen die het Gerecht verwijten het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet te hebben veroordeeld, te worden verworpen. Bijgevolg zal ik me hieronder wat die middelen betreft beperken tot zeer beknopte – subsidiaire – overwegingen voor het geval dat het Hof mijn voorstel niet volgt.

48 — Zie arresten DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punt 78), Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828, punt 77), Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835, punt 81) en Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830, punt 80)..

49 — Zie artikel 170, lid 1, tweede zin, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, en arrest Alliance One International/Commissie (C-668/11 P, EU:C:2013:614, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

C – Hogere voorzieningen van DK Recycling (zaak C-540/14 P) en Arctic Paper (zaak C-551/14)

75. DK Recycling en Arctic Paper hebben twee nagenoeg identieke hogere voorzieningen ingesteld, waarin zij twee middelen aanvoeren.

1. Eerste middel: schending van grondrechten

76. In het eerste onderdeel verwijten DK Recycling en Arctic Paper het Gerecht dat het niet heeft vastgesteld dat besluit 2011/278 zonder hardheidsclausule geen voldoende waarborg biedt voor de eerbiediging van de grondrechten, aangezien het geen rekening houdt met situaties waarin exploitanten van installaties worden geconfronteerd met uitzonderlijke lasten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof[50] had het Gerecht de eerbiediging van de grondrechten per geval moeten toetsen door te onderzoeken of de veroorzaakte lasten in hun specifieke geval niet ondraaglijk waren. Het Gerecht heeft volgens hen de algemene doelstellingen van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten zwaarder laten wegen dan de individuele grondrechten.

77. In het tweede onderdeel betogen DK Recycling en Arctic Paper dat het Gerecht de rechtspraak van het Hof onvoldoende in aanmerking heeft genomen, volgens welke het evenredigheidsbeginsel de vaststelling van overgangsregels voorschrijft teneinde te voorkomen dat sommige marktdeelnemers in het kader van de harmonisatie zulke zware lasten moeten dragen dat zij bedreigd worden in hun voortbestaan.[51] Besluit 2011/278 houdt volgens hen – nu het geen hardheidsclausule bevat – geen rekening met de situatie waarin ondernemingen verkeren waarvoor de regeling voor de emissiehandel buitensporige economische gevolgen heeft, en bevat geen maatregel die voldoende individuele bescherming waarborgt tegen onduldbare inbreuken op de grondrechten.

78. In het derde onderdeel betogen DK Recycling en Arctic Paper dat de hardheidsclausule de uitdrukking is van een grondwettelijke traditie die de lidstaten gemeen hebben overeenkomstig artikel 6, lid 3, VEU en artikel 52, lid 4, van het Handvest. Het Gerecht heeft derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de argumenten te negeren van rekwirantes betreffende de noodzaak te voorzien in een dergelijke clausule, die in het Duitse recht door het Bundesverfassungsgericht (Duits constitutioneel gerechtshof) is erkend.

79. Met de drie onderdelen van dit middel betogen DK Recycling en Arctic Paper in wezen dat het Gerecht hun grondrechten heeft geschonden door het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet te veroordelen. Gezien de punten 35, 72 en 74 van deze conclusie ben ik van mening dat dit middel in zijn geheel als ondeugdelijk moet worden verworpen. Subsidiair zal ik hieronder beknopt de redenen uiteenzetten waarom ik van mening ben dat de drie onderdelen in elk geval ongegrond zijn.

80. Wat het eerste onderdeel betreft, wijs ik erop dat het Gerecht in de bestreden arresten heeft geoordeeld dat het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 een ingreep in de grondrechten vormt die evenwel gerechtvaardigd is krachtens artikel 52, lid 1, van het Handvest. In zijn onderzoek heeft het Gerecht de in geding zijnde belangen tegen elkaar afgewogen, waarbij het zowel de door de regelgeving nagestreefde doelen als de grondrechten van de exploitanten van de installaties volledig in aanmerking heeft genomen. Het heeft zelfs specifiek verwezen naar de

50 — Arresten Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, punt 81) en Agrarproduktion Staebelow (C-504/04, EU:C:2006:30, punt 37).

51 — Arrest T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452, punten 37, 38 en 43).

bijzondere situatie van rekwirantes.[52] Bovendien ondersteunt de door DK Recycling aangehaalde rechtspraak mijns inziens niet het argument dat het Gerecht in zijn onderzoek de inhoud en het niveau van de bescherming van de in artikel 16 en 17 van het Handvest gewaarborgde grondrechten miskent.[53]

81. Wat het tweede onderdeel betreft, betwijfel ik of de door DK Recycling en Arctic Paper aangehaalde rechtspraak relevant is voor de onderhavige zaak. Het arrest T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452) had immers betrekking op een zaak waarin een Unierechtelijke verordening een expliciete hardheidsclausule bevatte.[54] Dat is echter in de onderhavige zaak beslist niet het geval, zodat de aangehaalde rechtspraak niets afdoet aan het onderzoek van het Gerecht.

82. Wat het derde onderdeel betreft, volstaat mijns inziens de constatering dat het dossier niets bevat dat aantoont dat een hardheidsclausule zoals de Duitse wetgever die heeft vastgesteld, de uitdrukking zou zijn van een grondwettelijke traditie die de lidstaten gemeen hebben. DK Recycling en Arctic Paper leveren geen enkel gegeven aan dat wijst op een „overwegende tendens" in de rechtsorden van de lidstaten ten faveure van de vermeende uitlegging door het Bundesverfassungsgericht.[55]

2. Tweede middel: beoordelingsfouten bij de toetsing van de evenredigheid van besluit 2011/278

83. In het eerste onderdeel bestrijden DK Recycling en Arctic Paper de conclusie die het Gerecht ondanks het ontbreken van een hardheidsclausule ten aanzien van de geschiktheid van besluit 2011/278 heeft getrokken.[56] Zij verwijten het Gerecht dat het niet is nagegaan of dit besluit in voldoende mate individuele bescherming bood tegen onevenredige inbreuken op de grondrechten. Bovendien heeft het Gerecht volgens hen de individuele dimensie van de in overweging 5 van richtlijn 2003/87 genoemde bescherming van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid miskend.

84. In het tweede onderdeel komen DK Recycling en Arctic Paper op tegen de conclusie van het Gerecht dat de toewijzingsregeling van besluit 2011/278 ondanks het ontbreken van een hardheidsclausule niet onevenredig is in de strikte zin van het woord. Ten eerste heeft het Gerecht zich volgens hen niet verdiept in de uitzonderlijke moeilijkheden die zich in concrete gevallen kunnen voordoen en heeft het aldus bij de afweging van de in geding zijnde belangen geen rekening gehouden met de noodzaak van een afdoende bescherming van de individuele rechten. Dit heeft volgens hen geleid tot een onjuiste afweging van die belangen. Ten tweede bestrijden DK Recycling en Arctic Paper: i) dat de toewijzingsregeling minder zou aanzetten tot beperking van de emissies door middel van economische of technische aanpassingsmaatregelen, ii) dat de hardheidsclausule niet verenigbaar is met het principe dat de vervuiler betaalt, en iii) dat artikel 10 bis, lid 6, van richtlijn 2003/87 beschouwd moet worden als een bepaling die de belasting van de regeling voor de emissierechtenhandel verzacht.[57]

52 — Zie voor DK Recycling punt 88 van het arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833) en voor Arctic Paper punt 87 van het arrest Arctic Paper und Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828).

53 — Zie specifiek voor beperkingen van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest): arrest Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punten 46 e.v.) en arrest Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, punten 56-59); zie voor beperkingen van het recht van eigendom (artikel 17 van het Handvest) specifiek met het oog op de bescherming van het milieu: arrest ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, EU:C:2010:127, punten 80 e.v.).

54 — Met name artikel 30 van verordening (EG) nr. 404/93 van de Raad van 13 februari 1993 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector bananen (PB L 47, blz. 1).

55 — Zie in dit verband arrest Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punt 74), conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:229 punten 93-96), en conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Melloni (C-399/11, EU:C:2012:600, voetnoot 29).

56 — Punt 70 van arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833) en punt 69 van arrest Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828).

57 — Zie respectievelijk de punten 89, 78 en 82 van arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833) en de punten 88, 77 en 81 van arrest Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828).

85. Dit middel is in wezen gericht tegen de conclusie van het Gerecht dat de ingreep in de grondrechten die voortvloeit uit het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet onevenredig is met de doelen die de regeling voor de emissierechtenhandel nastreeft. Aangezien dit middel betrekking heeft op de afwezigheid van een hardheidsclausule in besluit 2011/278, volgt uit de punten 35, 72 en 74 van deze conclusie dat het moet worden verworpen. Subsidiair ben ik van mening dat het middel ongegrond is. [58]

86. Wat het eerste onderdeel betreft, zijn er bij het onderzoek van het Gerecht naar de geschiktheid van besluit 2011/278 om de doelstellingen van de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten te verwezenlijken mijns inziens geen fouten gemaakt. Overeenkomstig de rechtspraak heeft het Gerecht zowel de doelen en subdoelen van die regeling als de geschiktheid van de regels voor de kosteloze toewijzing in besluit 2011/278 om die doelen zonder hardheidsclausule te bereiken, vastgesteld. [59] Anders dan wordt aangevoerd in de hogere voorzieningen, heeft het subdoel genoemd in overweging 5 van richtlijn 2003/87 mijns inziens betrekking op de bescherming van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid op macroniveau en niet op de individuele bescherming van elke installatie die in een bijzondere situatie verkeert, met name in het geval van financiële moeilijkheden.

87. Wat het tweede onderdeel betreft: het ontbreken van een hardheidsclausule in de regels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, die gebaseerd zijn op objectieve, sectorale en algemeen toepasselijke parameters en geen rekening houden met bijzondere omstandigheden van specifieke individuele situaties [60], betekent geenszins dat de lasten die deze regels veroorzaken buitensporig zijn in verhouding tot de beoogde doelen. Uit vaste rechtspraak volgt dat de bescherming van het milieu een van de doelen van algemeen belang is die beperkingen van de grondrechten kunnen rechtvaardigen [61] en dat de verwezenlijking van dat doel afhangt van de strengheid waarmee de algemene regels tot verwezenlijking van dat doel worden toegepast [62]. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, wordt met een hardheidsclausule, die individuele omstandigheden in aanmerking neemt, die strengheid ondermijnd. [63] Daarnaast betekent het feit dat dergelijke algemene regels voor sommige ondernemingen zwaardere gevolgen hebben dan voor andere, nog niet dat zij onevenredig zijn. Het is immers inherent aan dergelijke algemene voorschriften dat zij voor bepaalde installaties grotere gevolgen hebben dan voor andere. [64] Ten slotte bevat mijns inziens noch de analyse van het Gerecht van het beginsel dat de vervuiler betaalt [65] noch de verwijzing van het Gerecht naar de bijzondere regels, waaronder die van artikel 10 bis, lid 12, van richtlijn 2003/87, enige beoordelingsfout.

88. Kortom, aangezien de beide door DK Recycling en Arctic Paper aangevoerde middelen mijns inziens falen, geef ik het Hof in overweging de hogere voorzieningen ongegrond te verklaren.

58 — Zie voor de toetsing van de evenredigheid van een vastgestelde ingreep in de grondrechten: arrest Digital Rights Ireland e.a. (C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238, punten 46 e.v.) en de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Philip Morris Brands e.a. (C-547/14, EU:C:2015:853, punten 146 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 — Zie respectievelijk de punten 63-65 en 66-68 van arrest DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833) en de punten 62-64 en 65-67 van arrest Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828).

60 — Zie punt 54 van deze conclusie.

61 — Arrest ERG e.a. (C-379/08 en C-380/08, EU:C:2010:127, punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 — Zie in die zin, met betrekking tot de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten, arrest Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punt 26).

63 — Zie arresten DK Recycling und Roheisen/Commissie (T-630/13, EU:T:2014:833, punt 89) en Arctic Paper Mochenwangen/Commissie (T-634/13, EU:T:2014:828, punt 88).

64 — Zie arrest Polen/Commissie (T-370/11, EU:T:2013:113, punten 85 en 105). De onevenredigheid van die regels zou eventueel kunnen voortvloeien uit een foutieve berekening van de ex-ante-benchmarks, maar dat argument is in de betrokken hogere voorzieningen niet aangevoerd.

65 — Hieraan doet punt 52 van arrest Standley e.a. (C-293/97, EU:C:1999:215), dat wordt aangehaald in de hogere voorzieningen, niets af.

D – *Hogere voorziening van Raffinerie Heide (zaak C-564/14 P)*

1. Eerste middel: schending door het Gerecht van het recht om te worden gehoord en van zijn motiveringsplicht

89. Raffinerie Heide verwijt het Gerecht dat het geen standpunt heeft ingenomen over haar middel dat de Commissie ten onrechte geen gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid om in het licht van de grondrechten de door de Duitse autoriteiten overgelegde „gevallen van kennelijke hardheid", waaronder haar geval, te onderzoeken.

90. Ten eerste heeft het Gerecht in het bestreden arrest vastgesteld dat de Commissie uit hoofde van besluit 2011/278 geen kosteloze toewijzing van emissierechten op grond van een hardheidsclausule kon toestaan. Ten tweede heeft het geconstateerd dat indien een lidstaat aan een installatie kosteloze emissierechten toewijst, die niet zijn berekend overeenkomstig de voorschriften van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 en dus van besluit 2011/278, de Commissie op grond van artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87 gehouden is de inschrijving van die installatie te weigeren, zonder daarbij over een discretionaire bevoegdheid te beschikken.[66]

91. Hieruit volgt dat de Commissie, die geen beoordelingsruimte had, de inschrijving van de betrokken installaties moest weigeren en de gevallen die de Duitse autoriteiten haar in strijd met de regels van besluit 2011/278 hadden voorgelegd, niet individueel mocht onderzoeken. Nu geen onrechtmatigheid van de bovengenoemde bepalingen van richtlijn 2003/87 was gesteld, volstonden bovenstaande constateringen van het Gerecht mijns inziens als antwoord op het argument van Raffinerie Heide. In die omstandigheden kan Raffinerie Heide zich niet beroepen op schending van het recht om te worden gehoord en van de motiveringsplicht. Dit middel moet worden afgewezen.

2. Tweede middel: inbreuk op de artikelen 10 bis en 11, lid 3, van richtlijn 2003/87 en op besluit 2011/278

92. In het eerste onderdeel betoogt Raffinerie Heide dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat besluit 2011/278 iedere kosteloze toewijzing van aanvullende emissierechten in individuele gevallen van kennelijke hardheid uitsloot en dat het de Commissie in dit opzicht geen enkele beoordelingsruimte liet. In het tweede onderdeel stelt Raffinerie Heide dat de Commissie bij de vaststelling van het litigieuze besluit op grond van artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87 aanvullende emissierechten had kunnen toekennen aan installaties waarbij sprake was van kennelijke hardheid.

93. Uit de overwegingen in de punten 43 tot en met 71 van deze conclusie volgt dat de Commissie niet bevoegd was om in besluit 2011/278 te voorzien in de kosteloze toewijzing van emissierechten op grond van een hardheidsclausule. Hieruit volgt dat het eerste onderdeel moet worden afgewezen. Ook volgt uit die overwegingen dat de kosteloze toewijzing op grond van een dergelijke clausule onverenigbaar zou zijn met een subdoel dat een essentieel onderdeel is van richtlijn 2003/87. Hieruit volgt dat een dergelijke toewijzing op geen enkele andere bepaling van die richtlijn kan worden gebaseerd. Mitsdien moet het tweede onderdeel eveneens worden verworpen.

66 — Zie arrest Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830, punten 41-44).

3. Derde middel: veronachtzaming van de op de instellingen van de Unie rustende verplichting tot een uitlegging in overeenstemming met de grondrechten

94. Met haar derde middel stelt Raffinerie Heide dat het Gerecht de verplichting van de Commissie tot een uitlegging in overeenstemming met de grondrechten heeft miskend en derhalve inbreuk heeft gemaakt op artikel 51, lid 1, van het Handvest. Zelfs indien ervan uit wordt gegaan dat besluit 2011/278 de Commissie geen enkele discretionaire bevoegdheid verleent om rekening te houden met gevallen van kennelijke hardheid, was de Commissie in ieder geval gehouden richtlijn 2003/87 in het licht van de grondrechten uit te leggen en bijgevolg rekening te houden met de aan haar voorgelegde gevallen van kennelijke hardheid, waaronder dat van Raffinerie Heide. Schending van de op de instellingen rustende verplichting tot grondrechtenconforme uitlegging kan niet worden gerechtvaardigd op grond dat de Commissie daartoe niet bevoegd is.

95. Dit middel is evenwel niet aangevoerd voor het Gerecht en vloeit evenmin uit het bestreden arrest voort.[67] Daarom moet dit middel, dat het voorwerp van het geschil wijzigt, niet-ontvankelijk worden verklaard.[68]

4. Vierde middel: onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal

96. Raffinerie Heide is van mening dat het Gerecht bewijsmateriaal dat zij heeft overgelegd om aan te tonen dat in haar geval sprake was van overmacht, verkeerd heeft opgevat. Zij haalt daaruit de volgende punten aan: investeringen in 2011 op grond van een bestuursrechtelijke verplichting, investeringen in milieumaatregelen, de noodzaak een lening aan te gaan voor de financiering van die investeringen en de aanvraag bij de Duitse autoriteiten om erkenning van haar situatie als een geval van „kennelijke hardheid” en het positieve antwoord van die autoriteiten.

97. Mijns inziens is dit middel kennelijk ongegrond. Van een onjuiste opvatting van bewijs is sprake wanneer, zonder dat gebruik hoeft te worden gemaakt van nieuwe bewijzen, de beoordeling van het bestaande bewijsmateriaal kennelijk onjuist blijkt.[69] In punt 45 van het bestreden arrest Raffinerie Heide (T-631/13, EU:T:2014:830) heeft het Gerecht evenwel correct uiteengezet waarom het van oordeel was dat er in het geval van Raffinerie Heide geen sprake was van overmacht.

5. Vijfde middel: schending van de grondrechten en van de evenredigheidstoets vanwege het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278

98. In het eerste onderdeel bestrijdt Raffinerie Heide het onderzoek van de geschiktheid van besluit 2011/278 door het Gerecht. Het ontbreken van een hardheidsclausule brengt mee dat dit besluit: i) geen bepaling bevat die beantwoordt aan het subdoel van bescherming van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid, en hieraan zelfs schade berokkent, ii) ingaat tegen de doelstelling van een geleidelijke aanpassing, aangezien de installaties die over onvoldoende financiële middelen beschikken om hun prestaties te verbeteren, zouden moeten sluiten, iii) op die manier de verplaatsing van de productie bevordert naar derde landen waar de regeling voor de handel in emissierechten niet van toepassing is, en iv) installaties die zich in een precaire financiële situatie bevinden maar die goed presteren, dwingt de markt te verlaten.

67 — Arresten Commissie e.a./Siemens Österreich e.a. (C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, punt 102) en Areva e.a./Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257, punten 118 en 170).

68 — Zie punt 72 en voetnoot 49 van deze conclusie.

69 — Zie onder andere beschikking The Sunrider Corporation/BHIM (C-142/14 P, EU:C:2015:371, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99. In het tweede onderdeel bestrijdt Raffinerie Heide het onderzoek van het Gerecht naar de noodzakelijkheid van besluit 2011/278. Ten eerste heeft het Gerecht volgens haar de bewijslast omgekeerd door te eisen dat de houder van grondrechten de noodzakelijkheid van de vastgestelde schending van die rechten bewijst, terwijl het toch aan de instelling van de Unie is om te bewijzen dat haar maatregel verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel. Ten tweede zou het door de Commissie in aanmerking nemen van specifieke en beperkte gevallen van kennelijke hardheid een minder belastende maatregel betekenen dan een algemene weigering om deze te bezien.

100. In het derde onderdeel bestrijdt Raffinerie Heide de toetsing van de evenredigheid in strikte zin van besluit 2011/278 door het Gerecht. Ten eerste blijkt volgens haar niet uit besluit 2011/278 dat de door het Gerecht geëiste belangenafweging heeft plaatsgevonden. Ten tweede heeft het Gerecht volgens haar een onjuist criterium gebruikt bij de toets van de evenredigheid. De door het Gerecht in de punten 82 tot en met 86 van het bestreden arrest (T-631/13, EU:T:2014:830) genoemde maatregelen zijn algemene regels die de evenredigheid van door richtlijn 2003/87 veroorzaakte inbreuken op de grondrechten beogen te waarborgen, maar bieden geen rechtvaardiging voor de beperking van de in het onderhavige geval in geding zijnde grondrechten. Ten derde gebruikt het Gerecht, door in punt 88 van het bestreden arrest te oordelen dat besluit 2011/278 alleen onevenredig zou zijn indien het „specifiek" exploitanten van installaties in hun voortbestaan zou bedreigen, een onjuist criterium en miskent het Gerecht het feit dat een hardheidsclausule beoogt rekening te houden met atypische gevolgen die zich in bijzondere situaties kunnen voordoen als gevolg van overheidsmaatregelen. Bovendien bewijst de oppervlakkige analyse van haar situatie in punt 89 van het bestreden arrest volgens Raffinerie Heide niet dat de toepassing van besluit 2011/278 in haar geval evenredig was. Het Gerecht heeft niet de vraag beantwoord of de regels van besluit 2011/278 in elke situatie geschikt zijn. Volgens haar bevestigt het arrest T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452) dat het onderzoek van de kennelijke hardheid in concrete gevallen noodzakelijk kan blijken teneinde de evenredigheid van een gemeenschappelijke marktordening te waarborgen.

101. Met dit middel wordt in wezen de vaststelling van het Gerecht bestreden dat de ingreep in de grondrechten die het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 meebrengt niet onevenredig is ten opzichte van de door de regeling voor de handel in emissierechten nagestreefde doelen. Nu dit middel betrekking heeft op het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278, volgt uit de overwegingen in de punten 35, 72 en 74 van deze conclusie dat het als ondeugdelijk moet worden verworpen. Subsidiair ben ik van mening dat het middel ongegrond is.

102. Wat het eerste onderdeel betreft, wil ik er met de Commissie op wijzen dat richtlijn 2003/87 zelf bepalingen bevat die beantwoorden aan het subdoel de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid te beschermen en de verplaatsing van ondernemingen te vermijden.[70] Vervolgens is de invoering van kosteloze toewijzingen van emissierechten als zodanig gericht op een geleidelijke aanpassing van de installaties aan de regeling voor die handel, waarbij de verwezenlijking van dat doel evenwel in overeenstemming moet zijn met de eigen doelen en subdoelen van richtlijn 2003/87. Zoals ik echter al bij herhaling heb opgemerkt, is een clausule als die waar Raffinerie Heide voor pleit, onverenigbaar met het subdoel inzake de waarborging van de mededinging. Ten slotte: nu de gemiddelde emissieprestaties van de 10 % meest efficiënte installaties in een bedrijfstak of deeltak het uitgangspunt zijn voor de vaststelling van de ex-ante-benchmarks krachtens artikel 10 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87, moet worden vastgesteld dat – anders dan Raffinerie Heide betoogt – de regeling van de kosteloze toewijzing van emissierechten beoogt de best presterende installaties te steunen.

70 — Zie de punten 82 e.v. van arrest Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830).

103. Wat het eerste punt van het tweede onderdeel betreft, heeft het Gerecht in de punten 72 en 73 van het bestreden arrest (T-631/13, EU:T:2014:830) waar Raffinerie Heide op doelt, de bewijslast niet omgekeerd, maar heeft het slechts gereageerd op een argument met betrekking tot de noodzakelijkheid van besluit 2011/278, dat door Raffinerie Heide was aangevoerd en door haar moest worden onderbouwd. Het tweede punt is de exacte herhaling van een betoog voor het Gerecht, dat door het Gerecht terecht is verworpen.[71]

104. Wat het derde onderdeel betreft: ten eerste betekent het feit dat in de overwegingen van besluit 2011/278 niet expliciet de afweging van de betrokken belangen wordt genoemd, niet dat de Commissie een dergelijke afweging in dat besluit niet heeft gemaakt. Ten tweede bestrijdt Raffinerie Heide niet de vaststelling van het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest dat haar moeilijkheden voortspruiten uit haar eigen economische en financiële gedragingen. En wat het derde punt betreft, verwijs ik naar de punten 81 en 87 van deze conclusie.

105. Kortom, in het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening van Raffinerie Heide ongegrond te verklaren.

E – *Hogere voorziening van Romonta (zaak C-565/14 P)*

1. Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van besluit 2011/278 en onjuiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel

106. In het eerste onderdeel betoogt Romonta dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door besluit 2011/278 uit te leggen als een uitputtende regeling en door bijgevolg te oordelen dat de toewijzing van aanvullende emissierechten op grond van de hardheidsclausule was uitgesloten aangezien dat besluit daar geen expliciete melding van maakte. Volgens Romonta had de toewijzing van aanvullende emissierechten zelfs zonder een dergelijke clausule moeten plaatsvinden, aangezien in het onderhavige geval sprake was van kennelijke hardheid door overmacht. Het risico van insolventie was immers niet te voorzien, want het werd pas in 2011 waarschijnlijk, toen de Commissie besloot geen productbenchmark voor montaanwas te definiëren. Bovendien was het risico ook onafwendbaar, omdat Romonta om technische redenen niet kon overstappen op andere brandstoffen om haar productie te kunnen continueren.

107. Wat het uitputtende karakter van besluit 2011/278 betreft, blijkt expliciet uit de tekst van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87, waarin sprake is van „volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de gehele Gemeenschap", dat de bij besluit 2011/278 vastgestelde overgangsregels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten tot een volledige harmonisatie leiden, die geen enkele ruimte laat voor nationale regels. Het zijn dus uitputtende regels.

108. Vervolgens veronderstelt overmacht volgens de rechtspraak – zoals het Gerecht heeft opgemerkt – een van buiten komende, onvoorzienbare en onafwendbare oorzaak die het de betrokkenen objectief onmogelijk maakt hun verplichtingen na te komen.[72]

71 — Zie de punten 72 en 73 van arrest Raffinerie Heide/Commissie (T-631/13, EU:T:2014:830).

72 — Zie respectievelijk de arresten Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punt 31) en Romonta/Commissie (T-614/13, EU:T:2014:835, punt 48).

109. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat onder „overmacht" abnormale en onvoorziene omstandigheden moeten worden verstaan die zich hebben voorgedaan buiten toedoen van degene die zich erop beroept, en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden.[73] Ik deel de vaststelling van het Gerecht, die overigens ook Romonta niet heeft bestreden, dat het loutere risico insolvent te worden en – bij gebrek aan voldoende middelen – een verplichting tot terugbetaling niet meer te kunnen nakomen, niet volstaat om een situatie van overmacht aan te nemen. Bijgevolg moet het eerste onderdeel worden verworpen.

110. Subsidiair is Romonta – in het tweede onderdeel – van mening dat het Gerecht het evenredigheidsbeginsel onjuist heeft toegepast bij de toetsing van de geschiktheid van besluit 2011/278. Dit onderdeel omvat drie punten. In de eerste plaats meent Romonta – anders dan het Gerecht – dat een hardheidsclausule niet strijdig is met het beginsel dat de vervuiler betaalt, en wel om twee redenen: ten eerste heeft dat beginsel geen voorrang op het evenredigheidsbeginsel en ten tweede gaat de regeling voor de kosteloze toewijzing van emissierechten niet uit van het oorzakelijk verband, dat kenmerkend is voor het beginsel dat de vervuiler betaalt, maar van het product en van keuzes van industriebeleid. In de tweede plaats is Romonta van mening dat de bijzondere maatregelen die ten gunste van de industrie zijn getroffen, onvoldoende zijn om de lasten te compenseren en de geschiktheid van besluit 2011/278 aan te tonen. In de derde plaats voert zij aan dat het Gerecht de „individuele strekking" van het in artikel 52, lid 1, van het Handvest neergelegde evenredigheidsbeginsel heeft miskend door bij de toetsing van de evenredigheid van het besluit geen rekening te houden met de bijzondere gevallen van bedrijven die met buitensporige moeilijkheden te maken hebben.

111. Dit tweede onderdeel keert zich in wezen tegen de conclusie van het Gerecht dat de ingreep in de grondrechten die voortvloeit uit het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet onevenredig is. Gezien de overwegingen in de punten 35, 72 en 74 van deze conclusie dient het te worden verworpen. Subsidiair ben ik van mening dat dit onderdeel in ieder geval niet gegrond is.

112. Wat het eerste punt betreft, heb ik al opgemerkt dat de analyse door het Gerecht van het beginsel dat de vervuiler betaalt, mijns inziens klopt. Die analyse kan niet in twijfel worden getrokken met een verwijzing naar het arrest Standley e.a.[74], waarop het eerste argument van Romonta berust. Wat het tweede argument betreft, is het bovendien duidelijk dat, nu het beginsel dat de vervuiler betaalt in artikel 191, lid 2, VWEU wordt genoemd als een van de leidende beginselen van het milieubeleid van de Unie, elke regeling van secundair recht daaraan moet voldoen. Voor het tweede en het derde punt verwijs ik naar punt 87 van deze conclusie.

113. Gelet op een en ander moet het eerste middel worden afgewezen.

2. Tweede middel: schending van grondrechten

114. Romonta stelt dat het Gerecht haar in de artikelen 15 en 17 van het Handvest vastgelegde vrijheid van beroep en recht op eigendom heeft geschonden. Zij betoogt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 geen afbreuk doet aan de wezenlijke inhoud van haar grondrechten. Het ontbreken van een hardheidsclausule vormt volgens haar een aantasting die gelijkstaat aan een direct beroepsverbod of een eigendomsontneming, aangezien Romonta haar activiteiten niet meer kan voortzetten.

73 — Arrest Eurofit (C-99/12, EU:C:2013:487, punt 31). Zo heeft het Hof vastgesteld dat een louter interne tekortkoming geen overmacht kan opleveren; zie arrest Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punt 31).

74 — C-293/97, EU:C:1999:215, punt 52.

115. Met dit middel stelt Romonta dat het Gerecht inbreuk heeft gemaakt op haar grondrechten doordat het het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 niet heeft veroordeeld. Gezien de punten 35, 72 en 74 van deze conclusie moet dit middel worden verworpen. Subsidiair ben ik van mening dat het middel ongegrond is. In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers terecht opgemerkt dat het ontbreken van een hardheidsclausule in besluit 2011/278 geen afbreuk doet aan de wezenlijke inhoud van de vrijheid van beroep en van ondernemerschap noch van het recht op eigendom, aangezien het als zodanig niet belet dat de exploitanten van aan de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten onderworpen installaties een beroeps- en ondernemersactiviteit uitoefenen, en hun evenmin hun eigendom ontneemt. Dit middel moet dus worden afgewezen.

3. Derde middel: schending van het subsidiariteitsbeginsel

116. Romonta stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen schending van het subsidiariteitsbeginsel vast te stellen. Volgens haar heeft besluit 2011/278 betrekking op het milieu, een gebied waarop de bevoegdheden gedeeld zijn. Voor zover de Unie gedeelde bevoegdheden niet uitoefent, komen zij toe aan de lidstaten. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, heeft besluit 2011/278 geen uitputtende toewijzingsregels vastgesteld. Het ontbreken van een hardheidsclausule was volgens haar een leemte in de regelgeving, die de Bondsrepubliek Duitsland de mogelijkheid bood ter zake regels op te stellen teneinde de doelen van de regelgeving voor wat betreft Romonta te verwezenlijken.

117. Krachtens het subsidiariteitsbeginsel, zoals dat is vastgelegd in artikel 5, lid 1, tweede zin, VEU, juncto artikel 5, lid 3, VEU, „treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt” (artikel 5, lid 3, VEU).

118. In dit verband zij ten eerste opgemerkt dat Romonta uitgaat van een onjuiste premisse. Zoals immers in punt 107 van deze conclusie is uiteengezet, heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het vaststelde dat besluit 2011/278 een uitputtende regeling is. Ten tweede doet Romonta in haar hogere voorziening zelfs geen poging de vaststelling te weerleggen van het Gerecht in punt 106 van het bestreden arrest, dat zij niet het feit heeft betwist dat de bij richtlijn 2003/87 in de Unie ingevoerde regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten niet voldoende door de individueel optredende lidstaten kon worden verwezenlijkt en dat de invoering van die regeling vanwege de omvang en de gevolgen ervan beter door de Unie kon worden verwezenlijkt. In deze omstandigheden moet dit middel worden afgewezen.

4. Vierde middel: tegenstrijdige en onvoldoende motivering

119. In de eerste plaats betoogt Romonta dat de vaststelling van het Gerecht in punt 70 van het door haar bestreden arrest, dat de exploitanten van installaties minder geneigd zouden zijn om hun emissies te verminderen indien er een hardheidsclausule zou bestaan, in tegenspraak is met een andere vaststelling in punt 81 van datzelfde arrest, dat de toewijzing van aanvullende emissierechten uit hoofde van een hardheidsclausule in alle betrokken bedrijfstakken en deeltakken vanwege de toepassing van de uniforme transsectorale correctiefactor tot een vermindering van de kosteloze emissierechten voor de andere exploitanten zou leiden. Romonta stelt dat een dergelijke clausule de prikkel om de emissies te beperken niet vermindert, en dat die prikkel verschuift naar beter presterende exploitanten. In de tweede plaats is Romonta van mening dat het Gerecht zich onvoldoende heeft verdiept in het vraagstuk van de verplaatsing van de emissies naar derde staten. In die zin heeft het Gerecht volgens haar onvoldoende rekening gehouden met het doel van de mondiale bescherming tegen klimaatverandering. In de derde plaats is Romonta van mening dat het Gerecht zich

eveneens tegenspreekt in punt 89 van het bestreden arrest, waar het verklaart dat de hardheidsclausule dient om economische en financiële moeilijkheden te boven te komen die het gevolg zijn van het individuele beheer van een onderneming, terwijl het in punt 90 verklaart dat de economische moeilijkheden van Romonta uitsluitend het gevolg zijn van de toepassing van een warmtebenchmark voor gas en niet voor montaanwas en dus veroorzaakt zijn door de Commissie.

120. Hieromtrent wijs ik er ten eerste op dat de overwegingen in de punten 70 en 81 van het bestreden arrest niet met elkaar in tegenspraak zijn. Zoals volgt uit de redenering van het Gerecht in punt 81, zou de invoering van een hardheidsclausule tot een kostenstijging leiden voor de best presterende installaties als gevolg van de noodzakelijke aanpassingen voor de vermindering van de emissies, hetgeen in strijd is met het leidend beginsel op milieugebied, het beginsel dat de vervuiler betaalt. Die verklaring strookt helemaal met die in punt 70. Ten tweede zie ik geen motiveringsgebrek in de redenering van het Gerecht in punt 71 van het bestreden arrest. Ten derde heeft het Gerecht in de eerste zin van punt 90 van dat arrest, waar het argument van Romonta betrekking op heeft, enkel het argument van Romonta aangehaald en heeft het de oorzaken van haar economische moeilijkheden niet feitelijk vastgesteld.

121. Gelet op het voorgaande moet dit middel eveneens worden verworpen en bijgevolg dient de hogere voorziening van Romonta in haar geheel te worden afgewezen.

VI – Kosten

122. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Krachtens artikel 138, lid 1, van datzelfde Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie heeft gevorderd rekwirantes in de kosten te verwijzen en aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij te worden verwezen in de eigen kosten en in die van de Commissie.

VII – Conclusie

123. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

— in zaak C-540/14 P de hogere voorziening van DK Recycling und Roheisen GmbH af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten;

— in zaak C-551/14 P de hogere voorziening van Arctic Paper Mochenwangen GmbH af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten;

— in zaak C-564/14 P de hogere voorziening van Raffinerie Heide GmbH af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten;

— in zaak C-565/14 P de hogere voorziening van Romonta GmbH af te wijzen en haar te verwijzen in de kosten.