Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 18 juni 2020 [1]

Zaak C-320/19

Ingredion Germany GmbH
tegen
Bundesrepublik Deutschland

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

„Prejudiciële verwijzing – Milieu – Richtlijn 2003/87/EG – Systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten – Artikel 3, onder h) – Begrip ‚nieuwkomer' – Artikel 10 bis – Overgangsregels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten – Besluit 2011/278/EU – Kosteloze toewijzing van emissierechten aan nieuwkomers – Brandstofbenchmark-subinstallatie – Artikel 18, lid 1, onder c), en lid 2, tweede alinea – Bepaling van het brandstofgerelateerde activiteitsniveau – Relevante capaciteitsbenuttingsfactor – Beperking van deze factor tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt"

I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing, dat is ingediend door het Verwaltungsgericht Berlin (bestuursrechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland), betreft de uitlegging van, ten eerste, artikel 3, onder h), en artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG [2], waarin een systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten in de Europese Unie is neergelegd, en van, ten tweede, artikel 18, lid 1, onder c), en lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278/EU [3], waarin een overgangsregeling is vastgesteld voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Ingredion Germany GmbH (hierna: „Ingredion" of „verzoekster in het hoofdgeding") en de Bundesrepublik Deutschland (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door het Umweltbundesamt (federale dienst voor

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275, blz. 32), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 (PB 2009, L 140, blz. 63) (hierna: „richtlijn 2003/87").

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

het milieu, Duitsland), over een aanvraag voor de kosteloze toewijzing van emissierechten voor een installatie die moet worden aangemerkt als een nieuwkomer in de zin van artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87. [4]

3. In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af of de in artikel 18, lid 1, onder c), en lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278 bedoelde relevante capaciteitsbenuttingsfactor bij de bepaling van het voorlopige jaarlijkse aantal emissierechten dat kosteloos wordt toegewezen voor een van de subinstallaties waaruit die installatie bestaat en waarop een brandstofbenchmark moet worden toegepast, beperkt is tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt.

4. Het onderzoek van deze vraag ligt in het verlengde van een groot aantal uitspraken over het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten en over de overgangsregels voor de kosteloze toewijzing van emissierechten [5], en stelt het Hof in de gelegenheid om zich voor het eerst te buigen over de regeling voor nieuwkomers.

5. Aan het einde van mijn analyse zal ik het Hof in overweging geven om te oordelen dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor in het kader van die regeling voor een brandstofbenchmark-subinstallatie zoals de installatie die door Ingredion wordt geëxploiteerd in de omstandigheden van het hoofdgeding, moet worden beperkt tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2003/87

6. In artikel 3 van richtlijn 2003/87, met als opschrift „Definities", is bepaald:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

h) ‚nieuwkomer':

– een installatie die een of meer van de in bijlage I genoemde activiteiten uitvoert en waaraan na 30 juni 2011 voor de eerste maal een vergunning voor broeikasgasemissies is verleend;

– een installatie die een activiteit uitvoert die overeenkomstig artikel 24, lid 1 of 2, voor de eerste maal in de gemeenschapsregeling is opgenomen, of

– een installatie die een of meer van de in bijlage I genoemde activiteiten dan wel een activiteit die overeenkomstig artikel 24, lid 1 of 2, in de gemeenschapsregeling is opgenomen, uitvoert

[4] Ik breng in herinnering dat het begrip „nieuwkomer" in artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87 onder meer wordt gedefinieerd als een „installatie [...] waaraan na 30 juni 2011 voor de eerste maal een vergunning voor broeikasgasemissies is verleend". De bepalingen inzake nieuwkomers maken deel uit van hoofdstuk IV van besluit 2011/278.

[5] Op het gebied van broeikasgasemissierechten heb ik reeds eerder conclusie genomen, met name in de zaken INEOS (C-572/16, EU:C:2017:896) en ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167).

en na 30 juni 2011 een aanzienlijke uitbreiding heeft ondergaan, alleen voor zover het deze uitbreiding betreft;

[…]”

7. In artikel 10 bis van dezelfde richtlijn, met als opschrift „Overgangsregels voor de hele Gemeenschap voor een geharmoniseerde kosteloze toewijzing”, staat te lezen:

„1. De Commissie stelt uiterlijk op 31 december 2010 volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap vast […].

[…]

De in de eerste alinea bedoelde maatregelen bevatten voor zover mogelijk voor de hele Gemeenschap geldende ex-antebenchmarks 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 […], en zetten niet aan tot een toename van de emissie. […]

[…]

7. Vijf procent van de overeenkomstig de artikelen 9 en 9 bis over de periode van 2013 tot en met 2020 vastgestelde hoeveelheid emissierechten voor de hele Gemeenschap wordt gereserveerd voor nieuwkomers als de maximale hoeveelheid die overeenkomstig de krachtens lid 1 van dit artikel vastgestelde regels aan nieuwkomers kan worden toegewezen. […]

[…]

De Commissie stelt uiterlijk op 31 december 2010 geharmoniseerde regels vast voor de toepassing van de definitie van ‚nieuwkomer’, in het bijzonder voor wat betreft de definitie van ‚aanzienlijke uitbreiding’.

[…]”

2. Besluit 2011/278

8. Artikel 17 van besluit 2011/278, met als opschrift „Aanvraag voor kosteloze toewijzing”, bevat lid 4, dat als volgt luidt:

„Voor installaties bedoeld in artikel 3, onder h), van richtlijn [2003/87], met uitzondering van installaties die na 30 juni 2011 een aanzienlijke uitbreiding hebben ondergaan, verlangen de lidstaten van de exploitant dat hij voor elke subinstallatie de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit bepaalt overeenkomstig de in artikel 7, lid 3, uiteengezette methodiek, waarbij de ononderbroken periode van 90 dagen waarop de vaststelling van de aanvang van de normale werking is gebaseerd, als maatstaf wordt gebruikt. De lidstaten keuren deze aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van elke subinstallatie goed alvorens zij de toewijzing aan de installatie berekenen.”

9. Artikel 18 van dit besluit, met als opschrift „Activiteitsniveaus”, bepaalt:

„1. Voor de in artikel 3, onder h), van richtlijn [2003/87] bedoelde installaties, met uitzondering van installaties die na 30 juni 2011 een aanzienlijke uitbreiding hebben ondergaan, bepalen de lidstaten de activiteitsniveaus van elke installatie als volgt:

[...]

c) het brandstofgerelateerd activiteitsniveau is gelijk aan de aanvankelijk geïnstalleerde brandstofverbruikscapaciteit van de betrokken installatie voor de productie van niet-meetbare warmte die wordt verbruikt voor de vervaardiging van producten, voor de productie van andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte mechanische energie of voor andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte verwarming of koeling, met inbegrip van veiligheidsaffakkeling, vermenigvuldigd met de relevante capaciteitsbenuttingsfactor;

[...]

2. [...]

De relevante capaciteitsbenuttingsfactor bedoeld in lid 1, onder b) tot en met d), wordt door de lidstaten bepaald op basis van naar behoren gestaafde en onafhankelijk geverifieerde informatie over de beoogde normale werking, het onderhoud, de courante productiecyclus, energiezuinige technieken en karakteristieke capaciteitsbenuttingsgraad in de betrokken bedrijfstak, getoetst aan bedrijfstakspecifieke informatie.

[...]

3. Voor installaties die na 30 juni 2011 een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan, bepalen de lidstaten overeenkomstig lid 1 enkel de activiteitsniveaus voor de toegevoegde capaciteit van de subinstallaties waarop de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding betrekking heeft.

Voor installaties die na 30 juni 2011 een aanzienlijke capaciteitsvermindering hebben ondergaan, bepalen de lidstaten overeenkomstig lid 1 enkel de activiteitsniveaus voor de ingeboete capaciteit van de subinstallaties waarop de aanzienlijke capaciteitsvermindering betrekking heeft.”

10. In artikel 19 van hetzelfde besluit, met als opschrift „Toewijzing aan nieuwkomers”, staat te lezen:

„1. Met uitzondering van de toewijzing aan de installaties bedoeld in artikel 3, onder h), derde streepje, van richtlijn [2003/87], berekenen de lidstaten voor de toewijzing van emissierechten aan nieuwkomers het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten vanaf de aanvang van de normale werking van de installatie voor elke subinstallatie afzonderlijk, als volgt:

[...]

c) voor elke brandstofbenchmark-subinstallatie is het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten gelijk aan de waarde van de brandstofbenchmark zoals vermeld in bijlage I, vermenigvuldigd met het brandstofgerelateerde activiteitsniveau;

[...]

4. De lidstaten stellen de Commissie onverwijld in kennis van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten. Emissierechten uit de krachtens artikel 10 bis, lid 7, van richtlijn [2003/87] ingestelde reserve voor nieuwkomers worden toegewezen op basis van het principe „wie het eerst komt het eerst maalt" met betrekking tot de datum van ontvangst van de kennisgeving.

De Commissie kan de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid emissierechten die kosteloos aan de betrokken installatie wordt toegewezen, verwerpen. Indien de Commissie deze voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten niet verwerpt, gaat de betrokken lidstaat over tot de bepaling van de definitieve jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten."

B. Duits recht

11. In § 9, lid 1, van het Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (wet betreffende de handel in broeikasgasemissierechten) van 21 juli 2011 (BGBl. 2011 I, blz. 1475) is bepaald:

„(1) Aan exploitanten van installaties worden kosteloze emissierechten toegewezen overeenkomstig de beginselen die zijn neergelegd in artikel 10 bis [...] van richtlijn [2003/87] [...] en in besluit [2011/278] [...]."

12. § 2 van de Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (besluit inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten in de handelsperiode 2013-2020) van 26 september 2011 (BGBl. 2011 I, blz. 1921; hierna: „ZuV 2020"), met als opschrift „Definities", bepaalt:

„[...]

10. ‚nieuwe installaties':

alle nieuwkomers als bedoeld in artikel 3, onder h), eerste streepje, van richtlijn [2003/87];

[...]"

13. § 16 ZuV 2020, met als opschrift „Aanvraag voor de kosteloze toewijzing van emissierechten", bepaalt:

„(1) Aanvragen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten aan nieuwkomers moeten binnen een jaar na aanvang van de normale werking van de installatie worden ingediend. Bij aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen moeten aanvragen binnen een jaar na aanvang van de veranderde werking worden ingediend.

[...]

(4) In afwijking van § 4 is de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van nieuwe installaties voor elk toewijzingselement gelijk aan het naar een kalenderjaar geëxtrapoleerde gemiddelde van de twee hoogste maandelijkse productievolumen gedurende de ononderbroken periode van 90 dagen op basis waarvan de aanvang van de normale werking wordt bepaald.

[...]"

14. § 17 ZuV 2020, met als opschrift „Activiteitsniveaus van nieuwkomers", bepaalt:

„(1) Voor de overeenkomstig § 3 vast te stellen toewijzingselementen van nieuwe installaties worden de voor de toewijzing van rechten relevante activiteitsniveaus als volgt bepaald:

[...]

3. het brandstofgerelateerde activiteitsniveau voor een toewijzingselement met brandstofemissiewaarde is gelijk aan de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van het betreffende toewijzingselement, vermenigvuldigd met de relevante capaciteitsbenuttingsfactor;

[...]

(2) De relevante capaciteitsbenuttingsfactor als bedoeld in lid 1, punten 2 tot en met 4, wordt bepaald op basis van de door de aanvrager verstrekte gegevens over:

1. de daadwerkelijke werking van het toewijzingselement tot het tijdstip waarop de aanvraag wordt ingediend, de beoogde werking van de installatie of het toewijzingselement alsook de geplande onderhoudsperioden en productiecycli ervan;

2. het gebruik van energie- en broeikasgasefficiënte technieken die van invloed kunnen zijn op de relevante capaciteitsbenuttingsfactor van de installatie, en

3. de karakteristieke capaciteitsbenutting in de betreffende bedrijfstak.

[...]"[6]

15. In § 18 ZuV 2020, met als opschrift „Toewijzing aan nieuwkomers", staat te lezen:

„(1) Voor de toewijzing van emissierechten aan nieuwe installaties berekent de bevoegde autoriteit het voorlopige jaarlijkse aantal emissierechten dat vanaf de aanvang van de normale werking van de installatie voor de resterende jaren van de handelsperiode 2013-2020 kosteloos wordt toegewezen, voor elk toewijzingselement afzonderlijk, en wel als volgt:

[...]

3. voor elk toewijzingselement met brandstofemissiewaarde is het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten gelijk aan de brandstofemissiewaarde, vermenigvuldigd met het brandstofgerelateerde activiteitsniveau;

[...]"

[6] Ik stel vast dat in besluit 2011/278 het begrip „subinstallatie" en niet „toewijzingselement" wordt gebruikt. Tevens wordt in het besluit de term „brandstofbenchmark" en niet „brandstofemissiewaarde" gebruikt. In het vervolg van deze conclusie zal ik uitsluitend naar de termen van het besluit verwijzen, aangezien de uitlegging daarvan ook geldt voor de termen die in de ZuV 2020 worden gebruikt.

III. Hoofdgeding, prejudiciële vraag en procedure bij het Hof

16. Verzoekster in het hoofdgeding, Ingredion, exploiteert te Hamburg (Duitsland) een productie-installatie voor zetmeelproducten.[7] Van deze installatie maken twee subinstallaties deel uit, te weten een luchtverwarmer en een stoomgenerator, die stoom en aardgas gebruiken om de voor de zetmeelproductie vereiste warmte te produceren.

17. Op 8 augustus 2014 heeft Ingredion bij de Deutsche Emissionshandelsstelle (Duitse autoriteit voor de handel in emissierechten; hierna: „DEHSt") een aanvraag ingediend voor de kosteloze toewijzing van emissierechten voor beide subinstallaties. Voor de ene subinstallatie was de aanvraag gebaseerd op een warmtebenchmark en voor de andere op een brandstofbenchmark.[8]

18. Om het voorlopige aantal emissierechten te bepalen dat kosteloos aan de brandstofbenchmark-subinstallatie kon worden toegewezen, heeft de DEHSt aanvankelijk rekening gehouden met een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 109 %. Volgens de door Ingredion verstrekte gegevens bedroeg de daadwerkelijke capaciteitsbenutting voor deze subinstallatie namelijk meer dan 100 % van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit in de periode vanaf de aanvang van de normale werking van de installatie op 15 augustus 2013 tot en met de datum waarop de aanvraag voor de toewijzing van rechten werd ingediend, te weten op 20 juni 2014.[9]

19. Vervolgens heeft de DEHSt zich op het standpunt gesteld dat zij zich voortaan moest baseren op een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 99,9 % in plaats van 109 %, omdat de Commissie bij besluit van 24 maart 2015[10] voor drie andere Duitse installaties een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 100 % of meer had verworpen. Op deze grondslag heeft zij bij besluit van 1 september 2015 het aantal voor de periode van 2013 tot en met 2020 aan Ingredion toegewezen kosteloze emissierechten vastgesteld.

7 Zetmeelproducten zijn alle voedingsmiddelen die zetmeel bevatten.

8 Zoals ik heb opgemerkt in mijn conclusie in de zaak INEOS (C-572/16, EU:C:2017:896, punt 58 en voetnoot 35) „[gaat het] bij de benchmarks [in wezen] om een bepaalde hoeveelheid [...] emissies waarvan de Commissie de noodzaak voor de productie van een bepaalde hoeveelheid van het betrokken product erkent" (zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de gevoegde zaken Borealis Polyolefine e.a., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2015:754, punt 40). Voor de berekening van het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten moeten de lidstaten overeenkomstig artikel 6 van besluit 2011/278 een onderscheid maken tussen de subinstallaties naargelang van hun activiteit, teneinde te kunnen bepalen of er een „productbenchmark", een „warmtebenchmark" dan wel een „brandstofbenchmark" of een specifieke factor voor „procesemissies-subinstallaties" moet worden toegepast (zie arresten van 8 september 2016, Borealis e.a., C-180/15, EU:C:2016:647, punt 61, en 18 januari 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, punt 28). Dienaangaande heeft het Hof reeds opgemerkt dat de definities van de productbenchmark-, de warmtebenchmark-, de brandstofbenchmark- en de procesemissies-subinstallaties in artikel 3 van besluit 2011/278 elkaar wederzijds uitsluiten (zie arrest van 8 september 2016, Borealis e.a., C-180/15, EU:C:2016:647, punt 62).

9 Wat de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit betreft, breng ik in herinnering dat artikel 17, lid 4, van besluit 2011/278 in wezen bepaalt dat voor de in artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87 bedoelde installaties, te weten nieuwkomers, met uitzondering van installaties die na 30 juni 2011 een aanzienlijke uitbreiding hebben ondergaan, bij de bepaling van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van elke subinstallatie „de ononderbroken periode van 90 dagen waarop de vaststelling van de aanvang van de normale werking is gebaseerd" als maatstaf wordt gebruikt (zie ook punt 8 van deze conclusie).

10 Besluit C(2015) 1733 final van 24 maart 2015 betreffende de voorlopige totale hoeveelheid emissierechten uit de reserve voor nieuwkomers die kosteloos worden toegewezen aan de Duitse installaties met de registratienummers DE000000000001744, DE000000000201341 en DE000000000203762.

20. Verzoekster in het hoofdgeding heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Haar bezwaar is afgewezen bij besluit van 7 juli 2017, dat op 10 juli 2017 is betekend. De DEHSt heeft die afwijzing gemotiveerd met een verwijzing naar niet alleen het besluit van de Commissie van 24 maart 2015, maar ook de door de Commissie gepubliceerde richtinggevende documenten (*guidance documents*). [11]

21. Daarop heeft verzoekster in het hoofdgeding op 9 augustus 2017 bij het Verwaltungsgericht Berlin beroep in rechte ingesteld.

22. Bij besluit van 28 januari 2019 heeft de DEHSt haar besluit van 1 september 2015 ingetrokken omdat de aanvraag voor toewijzing van rechten een rekenfout bevatte die betrekking had op de brandstofbenchmark-subinstallatie. Op 20 januari 2019 had Ingredion haar rechtsvordering wegens die rekenfout aangepast.

23. De verwijzende rechter merkt op dat de beslechting van het bij hem aanhangig gemaakte geding afhangt van de vraag of op grond van artikel 18, lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278 de relevante capaciteitsbenuttingsfactor een waarde van 100 % of meer kan aannemen voor brandstofbenchmark-subinstallaties waarop de regeling voor „nieuwkomers" van toepassing is, zoals de installatie van Ingredion.

24. Met name merkt de verwijzende rechter op dat uit de bewoordingen van die bepaling geen eventuele beperking van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor tot een waarde onder de 100 % voortvloeit. Hij stelt vast dat de toepassing van een hogere factor in de omstandigheden van de aan hem voorgelegde zaak volgt uit naar behoren gestaafde en onafhankelijk geverifieerde gegevens die betrekking hebben op zowel de beoogde normale werking van de installatie van Ingredion als de daadwerkelijke werking ervan tot het tijdstip waarop de aanvraag werd ingediend. Hij voegt daaraan toe dat, anders dan het geval is bij gevestigde installaties [12], de referentieperiode voor nieuwkomers overeenkomstig artikel 17, lid 4, van besluit 2011/278 overeenkomt met de periode van 90 dagen die volgt op de aanvang van de normale werking, en niet met een periode van vier jaar. [13]

25. De verwijzende rechter merkt evenwel tevens op dat uit een vergelijking met nieuwkomers met productbenchmark-subinstallaties blijkt dat de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor die op die installaties van toepassing is op grond van artikel 18, lid 1, onder a), van dat besluit, in geen geval 100 % bedraagt. [14] Bovendien wordt bij de kosteloze toewijzing van emissierechten op grond

[11] Deze documenten, met als titel Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies) [Leidraad nr. 2 betreffende de geharmoniseerde methode voor de kosteloze toewijzing van emissierechten in de Europese Unie na 2012 (gids voor toewijzingsmethoden)] en Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications (Veelgestelde vragen over aanvragen die betrekking hebben op nieuwkomers en sluitingen), zijn beschikbaar op de internetsite van de Commissie, op het volgende adres: https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1

[12] In artikel 3, onder a), van besluit 2011/278 wordt een gevestigde installatie gedefinieerd als „een installatie [...] die: i) een broeikasgasemissievergunning verkreeg vóór 30 juni 2011, of ii) feitelijk in werking is, uiterlijk op 30 juni 2011 over alle relevante milieuvergunningen beschikt, in voorkomend geval [...], en uiterlijk op 30 juni 2011 voldoet aan alle overige in de nationale wetgeving van de betrokken lidstaat vastgestelde criteria [...]".

[13] Volgens artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278 bepalen „[d]e lidstaten [...] de historische activiteitsniveaus van elke gevestigde installatie voor de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008, of, indien deze hoger zijn, voor de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010".

[14] De waarden van de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor worden vastgesteld overeenkomstig de bijlage bij besluit 2013/447/EU van de Commissie van 5 september 2013 betreffende de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor overeenkomstig artikel 18, lid 2, van besluit 2011/278/EU (PB 2013, L 240, blz. 23).

van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 tijdelijk afgeweken van het in die richtlijn neergelegde beginsel van veiling van emissierechten [15], wat voor een restrictieve uitlegging van de bepalingen in kwestie pleit.

26. In deze omstandigheden heeft het Verwaltungsgericht Berlin de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet artikel 18, lid 1, onder c), en lid 2, tweede alinea, van besluit [2011/278], gelezen in samenhang met artikel 3, onder h), en artikel 10 bis van richtlijn [2003/87], aldus worden uitgelegd dat ten aanzien van nieuwkomers de voor het brandstofgerelateerde activiteitsniveau beslissende capaciteitsbenuttingsfactor beperkt is tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt?"

27. Ingredion, de Bondsrepubliek Duitsland en de Europese Commissie hebben bij het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend.

28. Ingredion, de Bondsrepubliek Duitsland, de Duitse regering en de Commissie werden tijdens de pleitzitting van 12 maart 2020 vertegenwoordigd.

IV. Analyse

A. Overwegingen vooraf

29. Met dit verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof in wezen verzocht om uit te maken of de relevante capaciteitsbenuttingsfactor bij een brandstofbenchmark-subinstallatie voor de toepassing van de regeling inzake de kosteloze toewijzing van emissierechten aan „nieuwkomers" gelijk kan zijn aan of hoger kan zijn dan 100 %. In voorkomend geval zou deze factor de toewijzing van een hoger aantal kosteloze rechten mogelijk maken, te weten wanneer de daadwerkelijke capaciteitsbenutting van die subinstallatie de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit overschrijdt.

30. Ik breng in herinnering dat die factor, vermenigvuldigd met de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van een brandstofbenchmark-subinstallatie, resulteert in het brandstofgerelateerde activiteitsniveau. Volgens artikel 19, lid 1, onder c), van besluit 2011/278 wordt het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten vervolgens bepaald door dit activiteitsniveau te vermenigvuldigen met de waarde van de desbetreffende brandstofbenchmark.

31. In dit verband stel ik vast dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor overeenkomstig artikel 18, lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278 weliswaar „door de lidstaten [wordt] bepaald op basis van naar behoren gestaafde en onafhankelijk geverifieerde informatie [...], getoetst aan bedrijfstakspecifieke informatie", maar dat die bepaling niet voorziet in een expliciete beperking van de waarde van deze factor.

32. In hun schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting voor het Hof hebben ook partijen daarop gewezen. Zij hebben in wezen drie verschillende stellingen aangevoerd, die als volgt kunnen worden samengevat.

[15] In artikel 10 van richtlijn 2003/87, met als opschrift „Veiling van emissierechten", is in lid 1 met name bepaald dat de lidstaten voor de in bijlage I bij die richtlijn genoemde niet-luchtvaartactiviteiten met ingang van 2013 „alle emissierechten die niet overeenkomstig artikel 10 bis en 10 [quater] kosteloos worden toegewezen" veilen.

33. Ten eerste heeft Ingredion overwogen dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor aldus kan worden aangepast dat de waarde ervan meer dan 100 % bedraagt, wanneer over een periode die langer duurt dan 90 dagen vanaf de aanvang van de normale werking van de installatie, de daadwerkelijke capaciteitsbenutting van haar brandstofbenchmark-subinstallatie de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit overschrijdt. [16]

34. Ten tweede hebben de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse regering zich in wezen op het standpunt gesteld dat de vraag of deze factor beperkt is tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt, in wezen afhangt van de beoordelingsmarge waarover de lidstaten op grond van artikel 18, lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278 beschikken om die factor te berekenen. [17]

35. Ten derde heeft de Commissie opgemerkt dat volgens artikel 3, onder i), en artikel 20 van dat besluit alleen aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen, dat wil zeggen uitbreidingen van ten minste 10 % in vergelijking met de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit, kunnen resulteren in een wijziging van het voorlopige aantal kosteloos aan een nieuwkomer toegewezen rechten. De mogelijkheid om de relevante capaciteitsbenuttingsfactor te gebruiken om rekening te houden met uitbreidingen die, zoals bij Ingredion, deze drempel van 10 % niet overschrijden en waarop het in die bepalingen geregelde mechanisme dus niet van toepassing is, is volgens de Commissie in strijd met de opzet en de doelstellingen van besluit 2011/278. Bovendien bedraagt de waarde van de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor voor productbenchmark-subinstallaties waarop de regeling voor „nieuwkomers" van toepassing is, altijd minder dan 100 %. Gelet op het beginsel van gelijke behandeling tussen „nieuwkomers" moet dit ook gelden voor de relevante capaciteitsbenuttingsfactor voor brandstofbenchmark-subinstallaties.

36. Ik merk om te beginnen op dat de door Ingredion uitgesproken bezorgdheden mijns inziens hoofdzakelijk verband houden met de volgens haar te korte duur van de referentieperiode die is gebruikt om de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit te berekenen. Ik breng in herinnering dat deze periode op grond van artikel 17, lid 4, van besluit 2011/278 overeenkomt met de periode van 90 dagen die volgt op de aanvang van de normale werking van de installatie. [18]

[16] Ter terechtzitting voor het Hof heeft Ingredion gepreciseerd dat haar standpunt niet inhoudt dat de maximale capaciteit van een subinstallatie als referentie moet worden genomen, maar dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor de daadwerkelijke capaciteitsbenutting van die subinstallatie moet weerspiegelen.

[17] Volledigheidshalve voeg ik eraan toe dat de Bondsrepubliek Duitsland in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangevoerd dat zowel het standpunt van Ingredion als dat van de Commissie verenigbaar zijn met richtlijn 2003/87 en besluit 2011/278. Zij heeft evenwel onderstreept dat de lidstaten het recht hebben om zich te baseren op de definitieve besluiten van de Commissie met betrekking tot de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten aan andere installaties op hun grondgebied, en dat de DEHSt, gelet op besluit C(2015) 1733 final van de Commissie van 24 maart 2015, mag weigeren om een relevante capaciteitsbenuttingsfactor met een waarde van 100 % of meer toe te passen.

[18] Gepreciseerd dient te worden dat de Bondsrepubliek Duitsland in haar schriftelijke opmerkingen eveneens heeft onderstreept dat het belangrijkste argument tegen een beperking van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor inhoudt dat „de korte periode van 90 dagen met zich meebrengt dat de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit, die wordt vastgesteld overeenkomstig artikel 17, lid 4, van besluit 2011/278, niet altijd representatief is voor de capaciteit van de installatie".

37. Wat de bepaling van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor betreft, staat het Duitse recht toe dat er rekening wordt gehouden met de daadwerkelijke exploitatie van de installatie tot aan de indiening van de aanvraag voor toewijzing.[19] Ingredion is in wezen van mening dat de waarde van die factor bijgevolg de daadwerkelijke capaciteitsbenutting van de subinstallatie moet weerspiegelen, zoals die blijkt aan het einde van die periode (in het geval van Ingredion tussen 15 augustus 2013 en 20 juni 2014), in voorkomend geval door middel van een waarde boven de 100 %, wanneer die benutting de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit overschrijdt.

38. In de delen hieronder zal ik uiteenzetten waarom ik, anders dan Ingredion, van mening ben dat de beperking van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor tot een waarde onder de 100 % noodzakelijk is, gelet op ten eerste de bewoordingen en de context van artikel 18, lid 2, eerste alinea, van besluit 2011/278, wat betreft de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor voor de productbenchmark-subinstallaties (deel B), ten tweede de algemene opzet van dat besluit (deel C), en ten derde het algemene oogmerk en de doelstellingen van de regeling voor de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten (deel D).

39. Subsidiair zal ik enkele opmerkingen maken over de beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken op grond van artikel 18, lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278, om te antwoorden op de argumenten van de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse regering (deel E).

B. Uitlegging in het licht van de bewoordingen en de context van artikel 18, lid 2, eerste alinea, van besluit 2011/278

40. Ik stel vast dat de berekeningsformule om het activiteitsniveau van productbenchmark-subinstallaties te bepalen volgens artikel 18, lid 1, onder a), en lid 2, eerste alinea, van besluit 2011/278, verschilt van de formule voor warmtebenchmark-, brandstofbenchmark-, of procesemissies-subinstallaties.[20] Bij productbenchmark-subinstallaties doet de relevante capaciteitsbenuttingsfactor immers niet ter zake en moet worden uitgegaan van de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor, waarvan de waarde door de Commissie wordt bepaald op concrete en precieze wijze.[21]

41. In dit verband merk ik op dat – zoals overigens ook de verwijzende rechter heeft aangegeven – de waarden volgens besluit 2013/447, waarin deze factor is vastgesteld voor de jaren 2013 tot en met 2020, voor elk van de beoogde gevallen lager zijn dan 1 (en dus lager dan 100 %).[22]

[19] § 17, lid 2, punt 1, ZuV 2020 bepaalt dat voor de subinstallaties op Duits grondgebied de relevante capaciteitsbenuttingsfactor wordt bepaald op basis van de gegevens over, met name, de daadwerkelijke werking van de subinstallatie *tot het tijdstip waarop de aanvraag voor toewijzing wordt ingediend*, de beoogde werking van de installatie of de subinstallatie alsook de geplande onderhoudsperioden en productiecycli ervan. Ter terechtzitting voor het Hof heeft de Bondsrepubliek Duitsland onderstreept dat nieuwkomers de aanvragen voor kosteloze toewijzing van rechten vaak pas een jaar na de ingebruikneming van de subinstallatie indienen, zodat het volgens de ZuV 2020 mogelijk is om de relevante capaciteitsbenuttingsfactor te gebruiken teneinde eventuele onjuistheden te corrigeren in de gegevens die in de referentieperiode zijn ontvangen, door zich te baseren op andere gegevens die later, vóór de datum van indiening van de aanvraag bekend zijn geworden. De Commissie heeft echter opgemerkt dat die aanvullende gegevens niet onontbeerlijk zijn voor de kosteloze toewijzing van rechten aan nieuwkomers, zodat de nationale autoriteiten van de lidstaten er geen rekening mee hoeven te houden.

[20] Zie aangaande de relevantie van en de verhouding tussen deze verschillende benchmarks voetnoot 8 van deze conclusie.

[21] Voorts breng ik in herinnering dat volgens artikel 18, lid 2, eerste alinea, van besluit 2011/278 de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor, die van toepassing is op productbenchmark-subinstallaties, gelijk is aan het „80-percentiel van de gemiddelde jaarlijkse capaciteitsbenuttingsfactoren van alle installaties die het betrokken product vervaardigen".

[22] Meer bepaald liggen deze waarden tussen 0,731 en 0,964.

42. Ik erken dat het moeilijk voorstelbaar is dat de factor die wordt gebruikt om het activiteitsniveau voor nieuwkomers en uiteindelijk het aantal aan die nieuwkomers toe te wijzen voorlopige emissierechten vast te stellen, in geval van brandstofbenchmark-subinstallaties hoger kan zijn dan 100 %, terwijl deze mogelijkheid wordt uitgesloten voor productbenchmark-subinstallaties.

43. Om te beginnen ben ik van mening dat het beginsel van gelijke behandeling tussen nieuwkomers, dat in wezen is neergelegd in overweging 36 van besluit 2011/278 [23], vereist dat de beperkingen die worden gesteld aan de waarde van de factor die wordt gebruikt om het activiteitsniveau te bepalen, voor alle „nieuwkomers" hetzelfde zijn, zoals de Bondsrepubliek Duitsland betoogt.

44. Daarnaast blijkt uit de definities in artikel 3, onder b) tot en met d) en h), van besluit 2011/278, gelezen in onderlinge samenhang, dat de in artikel 18, lid 2, eerste alinea, van dat besluit vastgestelde berekeningsmethode voor productbenchmark-subinstallaties moet worden beschouwd als de meest precieze. Zoals de Commissie heeft uiteengezet, wordt de relevante capaciteitsbenuttingsfactor enkel gebruikt wanneer het niet mogelijk was om een productbenchmark te berekenen. [24]

45. Deze uitlegging vindt steun in de hiërarchie tussen de verschillende benchmarks die kunnen worden toegepast op een bepaalde subinstallatie, die uitdrukkelijk wordt genoemd in overweging 12 van besluit 2011/278. In deze overweging staat te lezen dat de methoden voor de kosteloze toewijzing van emissierechten aan warmtebenchmark-, brandstofbenchmark- of procesemissies-subinstallaties „drie soorten ‚fallback'-aanpak" vormen voor gevallen waarin geen productbenchmark kon worden berekend.

46. Het komt mij dan ook voor dat wanneer de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor volgens besluit 2013/447 lager is dan 1 (of 100 %), hetzelfde behoort te gelden voor de relevante capaciteitsbenuttingsfactor voor brandstofbenchmark-subinstallaties. Deze beperking is volgens mij noodzakelijk om de gelijke behandeling van alle nieuwkomers te waarborgen en de hiërarchie tussen die benchmarks te respecteren. [25]

[23] Ik preciseer dat in overweging 36 van besluit 2011/278 staat te lezen dat het „[g]ezien het beperkte aantal emissierechten in de reserve voor nieuwkomers [...] passend [is] om, wanneer een aanzienlijke hoeveelheid van deze rechten aan nieuwkomers wordt verleend, te onderzoeken of een *eerlijke en billijke toegang* tot de resterende emissierechten in die reserve nog gegarandeerd is" (cursivering van mij).

[24] Zie in die zin arrest van 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punt 68). De door de Commissie gehanteerde uitlegging lijkt mij tevens te worden bevestigd door overweging 4 van besluit 2011/278, waaruit blijkt dat *„[v]oor zover dit haalbaar was*, [...] de Commissie benchmarks [heeft] ontwikkeld voor producten" (cursivering van mij).

[25] Aangezien de waarde van de standaardcapaciteitsbenuttingsfactor volgens besluit 2013/447 te allen tijde lager dan 1 is, ben ik met name van mening dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor ook strikt onder de 100 % moet blijven.

C. Uitlegging in het licht van de algemene opzet van besluit 2011/278

47. De beperking van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt, lijkt mij bovendien noodzakelijk in het licht van de algemene opzet van besluit 2011/278 en de verschillende berekeningsmethoden waarin dat besluit voorziet, wat betreft de kosteloze toewijzing van emissierechten voor „gevestigde installaties” [26] en voor „installaties die een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan” [27].

1. Regeling die van toepassing is op gevestigde installaties

48. Voor „gevestigde installaties” geldt een andere regeling dan voor nieuwkomers. In de gevallen waarin op die installaties een brandstofbenchmark moet worden toegepast, komt het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten – zoals uit artikel 10, lid 2, onder b), ii), van besluit 2011/278 blijkt – overeen met de waarde van de brandstofbenchmark, vermenigvuldigd met het brandstofgerelateerde activiteitsniveau voor de verbruikte brandstof. Dit activiteitsniveau correspondeert in wezen met het mediane jaarlijkse historische brandstofverbruik voor een bepaald aantal soorten productie [28] in de loop van een referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 of van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 [29].

49. Ik merk op dat deze referentieperiode (van twee tot vier jaar) veel langer is dan de periode van 90 dagen die in voornoemd besluit is vastgesteld voor het bepalen van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van nieuwkomers. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, wordt het activiteitsniveau van gevestigde installaties bovendien berekend zonder dat daarbij een factor wordt toegepast die vergelijkbaar is met de voor nieuwkomers gebruikte factoren.

50. In dit verband rijst de vraag welke rol de relevante capaciteitsbenuttingsfactor speelt met betrekking tot brandstofbenchmark-subinstallaties waarop de regeling voor „nieuwkomers” van toepassing is. Is die factor, zoals Ingredion aanvoert, bedoeld ter compensatie van de relatief kortere duur van de referentieperiode die wordt gebruikt voor de berekening van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van die subinstallaties? [30]

51. Ik denk dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

[26] Zie voor de definitie van het begrip „gevestigde installaties” voetnoot 12 van deze conclusie.

[27] Wat betreft installaties die een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan, preciseer ik dat deze installaties onder de definitie van „nieuwkomer” in artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87 vallen. Als „nieuwkomer” wordt immers niet alleen aangemerkt „een installatie [...] waaraan na 30 juni 2011 voor de eerste maal een vergunning voor broeikasgasemissies is verleend” (zoals overigens geldt voor de subinstallatie van Ingredion waarop het hoofdgeding betrekking heeft), maar ook „een installatie [...] die na 30 juni 2011 een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding heeft ondergaan, alleen voor zover het deze uitbreiding betreft”.

[28] De verschillende relevante soorten productie worden opgesomd in artikel 9, lid 4, van besluit 2011/278.

[29] Zoals ik reeds heb opgemerkt in voetnoot 9 van deze conclusie, wordt deze periode (van twee tot vier jaar) vastgesteld in artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278.

[30] Dienaangaande merk ik op dat op grond van artikel 17 van gedelegeerde verordening (EU) 2019/331 van de Commissie van 19 december 2018 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/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2019, L 59, blz. 8) de kosteloze toewijzing van emissierechten aan „nieuwkomers” voor de periode tussen 2021 en 2030 (dat wil zeggen voor de vierde handelsperiode) geschiedt op basis van het historisch activiteitsniveau, dat in de loop van het eerste kalenderjaar na aanvang van de normale werking is beoordeeld. Voor de toewijzingen vanaf 2021 doen de relevante capaciteitsbenuttingsfactor en de referentieperiode van 90 dagen dus niet meer ter zake.

52. Doordat de voor gevestigde installaties en nieuwkomers in aanmerking genomen referentieperiodes niet dezelfde duur hebben, is het voor nieuwkomers stellig waarschijnlijker dan voor gevestigde installaties dat de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van de subinstallaties niet representatief is voor de daadwerkelijke benutting van hun capaciteit. Volgens de door Ingredion voorgestane benadering zou dit risico deels kunnen worden gecompenseerd door, in het stadium waarin de relevante capaciteitsbenuttingsfactor wordt bepaald, rekening te houden met gegevens uit een langere periode, die zich uitstrekt tot het tijdstip waarop de aanvraag voor toewijzing is ingediend. Deze gegevens zouden het in voorkomend geval mogelijk maken om het activiteitsniveau van de subinstallaties en dus het aantal kosteloos toegewezen emissierechten te verhogen.

53. Het komt mij evenwel voor dat, zelfs indien de daadwerkelijke benutting van elke subinstallatie tussen het einde van de referentieperiode van 90 dagen en de indiening van de aanvraag voor de toewijzing van emissierechten tot uitdrukking komt in de waarde van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor, de gegevens over nieuwkomers niet dezelfde periode kunnen bestrijken als de periode die betrekking heeft op de historische gegevens [31] van gevestigde installaties. Artikel 3, onder h), van richtlijn 2003/87 bepaalt immers dat het begrip „nieuwkomer" zich onder meer uitstrekt tot alle installaties waaraan *na 30 juni 2011* voor de eerste maal een vergunning voor broeikasgasemissies is verleend, zodat het eenvoudigweg onmogelijk is om op die nieuwkomers bij de indiening van de aanvraag voor toewijzing een referentieperiode toe te passen die even lang is als de referentieperiode voor gevestigde installaties.

54. Bovendien – en vooral – laat artikel 17, lid 4, van besluit 2011/278, waarin wordt voorzien in de korte referentieperiode van 90 dagen, niets aan duidelijkheid te wensen over. De Commissie heeft gepreciseerd dat zij ten tijde van de vaststelling van dat besluit besefte dat de beoogde normale werking van de installaties of subinstallaties die voor het eerst in gebruik worden genomen, bij aanvang van die periode nog niet zou zijn verwezenlijkt. Zij heeft daar terecht aan toegevoegd dat de mogelijkheid dat de daadwerkelijke benutting van de capaciteit van de installatie of subinstallatie hoger is dan de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit die is gebruikt voor de bepaling van het voorlopige aantal emissierechten dat kosteloos wordt toegewezen aan nieuwkomers, bij de vaststelling van besluit 2011/278 „bewust aanvaard" [32] is, omdat dit besluit in artikel 3, onder n), bepaalt dat die referentieperiode aanvangt op het tijdstip waarop de installatie in werking is op ten minste 40 % van de capaciteit waarvoor zij is ontworpen.

55. Gelet op het voorgaande ben ik, net zoals de Bondsrepubliek Duitsland, van mening dat een verhoging van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor tot een waarde van 100 % of meer in gevallen waarin de daadwerkelijke benutting van de capaciteit van een subinstallatie – zoals die welke door Ingredion wordt geëxploiteerd – de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit ervan bereikt of overschrijdt, ingaat tegen de weloverwogen keuze van de wetgever om de referentieperiode die wordt gebruikt voor het bepalen van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit, te beperken tot de periode van 90 dagen die volgt op de aanvang van de normale

[31] Ik herinner eraan dat de lidstaten volgens artikel 7, lid 1, van besluit 2011/278 voor elke gevestigde installatie „voor alle jaren van de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 of waar toepasselijk van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 dat de installatie in werking was, bij de exploitant alle relevante informatie en gegevens [opvragen]".

[32] Ik wil preciseren dat de Commissie bij de vaststelling van besluit 2011/278 heeft gehandeld krachtens haar uitvoeringsbevoegdheden als bedoeld in artikel 10 bis van richtlijn 2003/87. In dit verband zij eraan herinnerd dat wanneer de Commissie uitvoeringshandelingen vaststelt, het Parlement en de Raad overeenkomstig artikel 291, lid 3, VWEU vooraf de algemene voorschriften en beginselen vastleggen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren. Bovendien kan het Parlement zich tegen dergelijke handelingen verzetten en is de Commissie in dat geval gehouden dat standpunt in aanmerking te nemen, ook al is zij niet gehouden het te aanvaarden.

werking van de installatie. Een dergelijke verhoging zou uiteindelijk in strijd komen met de bewoordingen van artikel 17, lid 4, juncto artikel 3, onder n), van besluit 2011/278, omdat zij hetzelfde resultaat zou hebben als een verhoging van die capaciteit.

56. Ik voeg hieraan toe dat het mij voorkomt dat – zoals de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie hebben opgemerkt – elk verschil in behandeling tussen gevestigde installaties en nieuwkomers hoe dan ook objectief gerechtvaardigd is [33], aangezien het voorlopige jaarlijkse aantal kosteloos toegewezen emissierechten niet afhangt van de *daadwerkelijke uitstoot* door de begunstigde, maar van de *theoretische „benchmarks"* die de Commissie overeenkomstig artikel 10 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 heeft berekend op basis van de emissies van de 10 % meest efficiënte installaties.

57. Ongeacht welke regeling op een subinstallatie van toepassing is (de regeling voor gevestigde installaties dan wel de regeling voor nieuwkomers), is het voorlopige aantal kosteloze emissierechten dan ook afhankelijk van die theoretische benchmarks, die voor gevestigde installaties en nieuwkomers hetzelfde zijn. De verschillen die verband houden met de andere elementen die een rol spelen bij de berekening, komen voort uit het ontbreken van betrouwbare en continue historische gegevens voor installaties die nog maar pas in gebruik zijn genomen, en uit de noodzaak om zich bijgevolg te baseren op een raming van het activiteitsniveau daarvan teneinde het voorlopige aantal emissierechten te bepalen dat kosteloos aan die installaties kan worden toegewezen.

58. In dit verband moet ik tevens onderstrepen dat de artikelen 20 en 21 van besluit 2011/278 al voorzien in de toepassing van dezelfde berekeningsformule voor gevestigde installaties en installaties die na 30 juni 2011 in gebruik worden genomen [34], voor zover laatstgenoemde installaties een aanzienlijke capaciteitswijziging hebben ondergaan, dat wil zeggen „een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding of een aanzienlijke capaciteitsvermindering". [35]

59. Derhalve is het door de wetgever aanvaarde risico dat het activiteitsniveau niet representatief is voor de daadwerkelijke capaciteitsbenutting weliswaar groter voor nieuwkomers dan voor gevestigde installaties, maar kan er uiteindelijk – gelet op artikel 20 van besluit 2011/278 – rekening worden gehouden met elke afwijking van meer dan 10 %. [36] In dat geval heeft de wetgever voor het bepalen van de toegevoegde capaciteit overigens uitdrukkelijk gekozen voor een periode van zes maanden, en niet van slechts 90 dagen. [37]

[33] In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het gelijkheidsbeginsel vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en dat verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie met name arrest van 16 december 2008, Arcelor Atlantique en Lorraine e.a., C-127/07, EU:C:2008:728, punt 23).

[34] In artikel 20, lid 1, en artikel 21, lid 1, van besluit 2011/278 wordt in wezen bepaald dat wanneer een installatie na 30 juni 2011 een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding of -vermindering heeft ondergaan, de lidstaten op aanvraag van de exploitant het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten bepalen, enkel voor wat de uitbreiding of vermindering betreft. In dat geval is de in artikel 19 van dat besluit vastgestelde methode, te weten de voor nieuwkomers gehanteerde berekeningsmethode, van toepassing.

[35] Deze definitie van het begrip „aanzienlijke capaciteitswijziging" wordt gegeven in artikel 3, onder k), van besluit 2011/278.

[36] Het in artikel 20 van besluit 2011/278 neergelegde mechanisme maakt het niet mogelijk om achteraf het voorlopige aantal emissierechten te corrigeren dat op basis van de eerste ingediende aanvraag kosteloos is toegewezen aan een subinstallatie. Het klopt dus dat in het geval van nieuwkomers een eventuele te lage raming van de relevante capaciteit bij de eerste toewijzing naderhand niet kan worden gecompenseerd. De Commissie heeft echter ter terechtzitting gepreciseerd dat voornoemd artikel 20 op nieuwkomers kan worden toegepast vanaf het jaar na die eerste toewijzing, mits zij een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan.

[37] Zie artikel 3, onder l), van besluit 2011/278. Ik merk op dat Ingredion zich in de omstandigheden van het hoofdgeding baseert op de daadwerkelijke benutting van de subinstallatie tijdens de periode van 15 augustus 2013 tot 20 juni 2014, dat wil zeggen een periode van ruim tien maanden. Zij stelt dus dat wanneer de benutting van een subinstallatie met 9 % is toegenomen ten opzichte van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit, aan het einde van de referentieperiode van 90 dagen en vóór de indiening van de aanvraag, de relevante capaciteitsbenuttingsfactor kan worden aangepast op basis van de gegevens over een aanzienlijk langere periode (van ten minste vier maanden) dan de periode die van toepassing is in geval van een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding (dat wil zeggen een uitbreiding met meer dan 10 %).

60. Ik ben dan ook van mening dat uit een vergelijkend onderzoek van de regelingen voor gevestigde installaties en nieuwkomers niet kan worden afgeleid dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor 100 % of meer moet bedragen wanneer de daadwerkelijke benutting van de capaciteit van een brandstofbenchmark-subinstallatie de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit ervan bereikt of overschrijdt. Integendeel, de uitdrukkelijke wens van de wetgever om de referentieperiode voor nieuwkomers te beperken tot de periode van 90 dagen die volgt op de normale werking van de installatie, pleit er mijns inziens voor om de waarde van die factor te beperken tot maximaal dat percentage, zoals ik in punt 55 van deze conclusie heb opgemerkt.

2. Regeling die van toepassing is op „installaties die een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan”

61. Voorts ben ik van mening dat het met het in artikel 20 van besluit 2011/278 neergelegde mechanisme in strijd zou zijn dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor voor brandstofbenchmark-subinstallaties waarop de regeling voor nieuwkomers van toepassing is, een waarde van 100 % zou kunnen bereiken of overschrijden terwijl de capaciteitsuitbreiding onder de in die bepaling vastgestelde drempel van 10 % blijft.

62. In dit verband breng ik in herinnering dat volgens artikel 20 van besluit 2011/278 het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten, enkel voor wat de aanzienlijke uitbreiding van de capaciteit van een installatie betreft, afhangt van de twee in artikel 3, onder i), van dat besluit neergelegde voorwaarden, zoals de Bondsrepubliek Duitsland heeft onderstreept.

63. Ten eerste moeten er dus een of meer identificeerbare fysieke wijzigingen plaatsvinden met betrekking tot de technische configuratie en de werking die verder reiken dan enkel de vervanging van een bestaande productieketen. Ten tweede moet de subinstallatie ofwel een capaciteit verkrijgen die ten minste 10 % hoger is dan haar aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit vóór de wijziging, ofwel een kennelijk hoger activiteitsniveau hebben dat resulteert in een extra toewijzing van emissierechten die ten minste 50 000 emissierechten per jaar bedraagt.

64. Bovendien is in artikel 20, lid 2, van besluit 2011/278 bepaald dat „[d]e lidstaten [...] van de exploitant [verlangen] dat hij [...] samen met de aanvraag het bewijs overlegt dat aan de criteria voor een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding wordt voldaan”.

65. Ik ben dan ook van mening dat indien de waarde van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor – zoals Ingredion stelt – meer dan 100 % zou kunnen bedragen teneinde, zoals in het geval van de subinstallatie van Ingredion, recht te doen aan een daadwerkelijke benutting die met 9 % is toegenomen ten opzichte van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit[38], deze mogelijkheid zou ingaan tegen de uitdrukkelijke wens van de wetgever om een aanpassing van het aantal toegewezen emissierechten uitsluitend toe te staan indien de uitbreiding aanzienlijk is, dat wil zeggen ten minste 10 % van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit bedraagt.

66. Het komt mij voor dat deze bedoeling van de wetgever duidelijk naar voren komt uit overweging 35 van besluit 2011/278, waarin staat te lezen dat „[i]nvesteringen in aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen waardoor toegang wordt gegeven tot de reserve voor nieuwkomers [...] ondubbelzinnig en van een bepaalde schaal [moeten] zijn om een vroegtijdige uitputting van de

[38] Volgens Ingredion moet de relevante capaciteitsbenuttingsfactor in dat geval dienovereenkomstig worden vastgesteld op een waarde van 109 %.

voor nieuwkomers gecreëerde emissiereserves te vermijden, om concurrentieverstoring te vermijden, om elke onnodige administratieve last te vermijden en gelijke behandeling van installaties in de lidstaten te verzekeren”. [39]

67. Ik voeg hieraan toe dat de Commissie ter terechtzitting voor het Hof heeft verklaard dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor niet tot doel mag hebben rekening te houden met een eventuele uitbreiding van de capaciteit van de installatie, omdat daarop reeds het specifieke mechanisme dat en de grenzen die zijn neergelegd in artikel 20 van besluit 2011/278, van toepassing zijn.

68. Gelet op het voorgaande ben ik het met dat standpunt eens.

3. Voorlopige conclusie

69. Gelet op de regelingen voor „gevestigde installaties” en „installaties die een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding hebben ondergaan”, ben ik van mening dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor overeenkomstig de algemene opzet van besluit 2011/278 moet worden beperkt tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt. [40]

70. In het volgende deel zal ik analyseren waarom het mij voorkomt dat de beperking van de relevante capaciteitsbenuttingsfactor tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt, tevens steun vindt in de doelstellingen die worden nagestreefd met de in besluit 2011/278 en richtlijn 2003/87 neergelegde regeling voor de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten.

D. Uitlegging in het licht van het algemene oogmerk en de doestellingen van de regeling voor de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten

71. Ik herinner eraan dat het vaste rechtspraak van het Hof is dat bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen rekening moet worden gehouden met haar bewoordingen, maar ook met haar context en met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. [41]

72. Wat betreft het algemene oogmerk en de doelstellingen van de regeling voor de kosteloze toewijzing van emissierechten die tot stand is gebracht bij artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 en bij besluit 2011/278, merk ik op dat deze regeling afwijkt van het beginsel van veiling van emissierechten, dat volgens de wetgever „het meest eenvoudige systeem is en algemeen als

[39] In dit verband breng ik in herinnering dat emissierechten uit de reserve voor nieuwkomers op grond van artikel 19, lid 4, van besluit 2011/278 worden toegewezen op basis van het beginsel „wie het eerst komt, het eerst maalt”.

[40] Zie in die zin ook Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012, (Guidance on allocation methodologies), blz. 32, en Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications, blz. 8, die door de verwijzende rechter zijn aangehaald en waarin bepaald is dat een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 100 % of meer niet aanvaardbaar is. In dit verband herinner ik eraan dat deze documenten weliswaar niet juridisch bindend zijn, maar wel aanvullende aanwijzingen vormen die de algemene opzet van richtlijn 2003/87 en besluit 2011/278 kunnen helpen verduidelijken (zie met name arresten van 18 januari 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 14 mei 2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, punt 49).

[41] Zie arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

economisch het meest efficiënt wordt beschouwd”[42], gelet op de in artikel 1 van richtlijn 2003/87 neergelegde doelstelling „de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen”[43].

73. In dit verband wordt de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten op grond van artikel 10 bis, lid 11, van die richtlijn geleidelijk verminderd in de periode tussen 2013 en 2020 met het oog op de volledige afschaffing van die kosteloos toegewezen emissierechten tegen 2027.[44] Om te komen tot een vermindering van de emissies van broeikasgassen, dient de kosteloze toewijzing van emissierechten dus geleidelijk aan exclusief te berusten op het beginsel van veiling van emissierechten.

74. Met het oog op de verwezenlijking van die doelstelling wordt in overweging 36 van besluit 2011/278 de nadruk gelegd op het beperkte aantal emissierechten in de reserve voor nieuwkomers.[45] Bovendien is in artikel 10 bis, lid 7, eerste alinea, tweede volzin, van richtlijn 2003/87 bepaald dat de aan nieuwkomers voorbehouden emissierechten die niet worden toegewezen, door de lidstaten worden geveild.

75. In dit verband heeft de Commissie tevens gepreciseerd dat zij haar keuze bij de vaststelling van besluit 2011/278 om de toename van de benutting van de capaciteit van een subinstallatie ten opzichte van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit niet te compenseren door de relevante capaciteitsbenuttingsfactor aldus aan te passen dat de waarde ervan meer dan 100 % bedraagt, juist heeft gemaakt om in dergelijke situaties aan te zetten tot het gebruik van efficiënte technieken voor de vermindering van de emissies van broeikasgassen of, in voorkomend geval, tot de verwerving van een daarmee corresponderend aantal emissierechten overeenkomstig het systeem voor de handel.

76. Gelet op het voorgaande lijdt het mijns inziens geen twijfel dat het algemene oogmerk en de doelstellingen van de regeling voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, alsook de in artikel 18, lid 2, eerste alinea, gegeven aanwijzingen en de algemene opzet van besluit 2011/278, vereisen dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor strikt wordt beperkt tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt.[46]

E. Subsidiair: beoordelingsmarge van de lidstaten

77. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik van mening dat de vraag of voor brandstofbenchmark-subinstallaties waarop de regeling voor „nieuwkomers” van toepassing is, de relevante capaciteitsbenuttingsfactor beperkt is tot een waarde onder de 100 %, moet worden beantwoord door middel van een contextuele en teleologische uitlegging die berust op de algemene opzet van besluit 2011/278 alsook op het algemene doel en de doelstellingen van de

[42] Zie overweging 15 van richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden. Tevens verwijs ik naar mijn conclusie in de zaak ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punt 69).

[43] Zie arresten van 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punt 18), en 17 mei 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, punt 41).

[44] Zie arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[45] In dit verband merk ik op dat volgens artikel 10 bis, lid 7, eerste alinea, eerste volzin, van richtlijn 2003/87 slechts 5 % van de voor de periode van 2013 tot en met 2020 vastgestelde hoeveelheid emissierechten als de maximale hoeveelheid voor nieuwkomers wordt gereserveerd.

[46] In dit verband breng ik in herinnering dat ik in mijn conclusie in de zaak ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punt 69) heb opgemerkt dat elke beperking die wordt gesteld aan de kosteloze toewijzing van emissierechten, bijdraagt tot de geleidelijke verwezenlijking van het door de wetgever gewenste systeem van volledige veiling van emissierechten.

regeling voor de voorlopige kosteloze toewijzing van emissierechten. Anders dan de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse regering betogen, geldt voor deze vraag dan ook niet de beoordelingsmarge waarover de lidstaten krachtens artikel 18, lid 2, tweede alinea, van besluit 2011/278 beschikken.

78. Volledigheidshalve breng ik in dit verband in herinnering dat de wetgever, wat de kosteloze toewijzing van emissierechten betreft, in artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 het gebod van volledige harmonisatie heeft benadrukt door te bepalen dat „[d]e Commissie [...] volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap [vaststelt] voor het toewijzen van de [...] emissierechten".

79. Zoals ik eerder heb opgemerkt in mijn conclusie in de zaak INEOS [47], heeft de Commissie op die grondslag besluit 2011/278 vastgesteld en lijdt het mijns inziens geen twijfel dat de materiële aspecten van de kosteloze toewijzing van emissierechten bij dat besluit, gelezen in samenhang met artikel 10 bis van richtlijn 2003/87, volledig worden geharmoniseerd. [48]

80. Met name is in artikel 19, lid 4, tweede alinea, van besluit 2011/278 bepaald dat de Commissie de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid emissierechten die kosteloos aan een nieuwkomer wordt toegewezen, kan verwerpen.

81. Derhalve komt het mij voor dat, zelfs indien het Hof – net zoals de Bondsrepubliek Duitsland en de Duitse regering, en in afwijking van de door mij voorgestane benadering – zou overwegen dat het de lidstaten binnen de in artikel 18, lid 2, tweede alinea, van dat besluit neergelegde grenzen nog altijd vrijstaat om de relevante capaciteitsbenuttingsfactor vast te stellen op een waarde die meer dan 100 % bedraagt, hun niet kan worden verweten dat zij zich aansluiten bij het standpunt van de Commissie, ook wanneer dit voortvloeit uit de toepassing van datzelfde besluit op specifieke installaties (zoals het geval is in de omstandigheden van het hoofdgeding [49]), voor zover zij kunnen verwachten dat dit standpunt ook zal gelden voor andere installaties.

V. Conclusie

82. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vraag van het Verwaltungsgericht Berlin te beantwoorden als volgt:

„Artikel 18, lid 1, onder c), en lid 2, tweede alinea, 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/EG van het Europees Parlement en de Raad, gelezen in samenhang met artikel 3, onder h), en artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van

47 C-572/16, EU:C:2017:896, punt 70.

48 Zie arrest van 22 juni 2016, DK Recycling und Roheisen/Commissie (C-540/14 P, EU:C:2016:469, punten 52-55).

49 Zoals ik in punt 19 van deze conclusie heb opgemerkt, heeft de DEHSt in de omstandigheden van het hoofdgeding besloten om zich te baseren op een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 99,9 %, omdat de Commissie in haar besluit van 24 maart 2015 een relevante capaciteitsbenuttingsfactor van 100 % of meer had verworpen voor drie andere Duitse installaties.

23 april 2009, moet aldus worden uitgelegd dat de relevante capaciteitsbenuttingsfactor die van toepassing is op het brandstofgerelateerde activiteitsniveau, voor nieuwkomers beperkt is tot een waarde die minder dan 100 % bedraagt.”