CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 24 juni 2021 [1]

Zaak C-271/20

Aurubis AG
tegen
Bundesrepublik Deutschland

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

„Prejudiciële verwijzing – Milieu – Regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten – Overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten – Besluit 2011/278/EU – Artikel 3, onder d) – Begrip ‚brandstofbenchmark-subinstallatie' – Flash smelting – Autotherme reactie – Toewijzingsverzoek dat aan het einde van een handelsperiode niet is gehonoreerd"

I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Berlin (bestuursrechter in eerste aanleg Berlijn, Duitsland) heeft in hoofdzaak betrekking op de uitlegging van het begrip „brandstofbenchmark-subinstallatie" in de zin van artikel 3, onder d), 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 [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)] [2].

2. De „brandstofbenchmark-subinstallatie" is een van de categorieën van industriële installaties waaraan kosteloos emissierechten kunnen worden toegewezen overeenkomstig richtlijn 2003/87. Bij deze richtlijn wordt een regeling vastgesteld voor de handel in broeikasgasemissierechten voor ondernemingen die binnen de Europese Unie actief zijn.

3. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Aurubis AG (hierna: „Aurubis") en de Bundesrepublik Deutschland (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door het Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle (federaal milieuagentschap, Duitse

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] PB 2011, L 130, blz. 1.

autoriteit voor de handel in emissierechten; hierna: „DEHSt"), betreffende de hoeveelheid emissierechten die Aurubis kosteloos zijn toegewezen voor haar activiteiten op het gebied van de productie van primair koper.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2003/87

4. Richtlijn 2003/87 is meermaals gewijzigd, onder meer bij 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[3] en bij richtlijn (EU) 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van besluit (EU) 2015/1814[4]. Gelet op de feiten van het hoofdgeding lijkt mij de in 2012 geldende versie relevant voor de beantwoording van de eerste vraag en wordt dus uitgegaan van die versie, tenzij anders vermeld.

5. Artikel 1 van richtlijn 2003/87 heeft als opschrift „Onderwerp" en bepaalt:

„Bij deze richtlijn wordt een [Unie]regeling vastgesteld voor de handel in broeikasgasemissierechten […], teneinde de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen.

[…]"

6. Artikel 2 van richtlijn 2003/87, met het opschrift „Toepassingsgebied", bepaalt in lid 1:

„Deze richtlijn is van toepassing op emissies uit de in bijlage I genoemde activiteiten en de in bijlage II genoemde broeikasgassen."

7. Artikel 3 van richtlijn 2003/87, met het opschrift „Definities", bepaalt het volgende:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

b) ‚emissie': emissie van broeikasgassen in de atmosfeer door in een installatie aanwezige bronnen […];

[…]

[3] PB 2009, L 140, blz. 63.

[4] PB 2018, L 76, blz. 3.

e) ‚installatie': vaste technische eenheid waarin één of meer van de in bijlage I genoemde activiteiten plaatsvinden alsmede andere, daarmee rechtstreeks samenhangende activiteiten plaatsvinden, die technisch in verband staan met de op die plaats ten uitvoer gebrachte activiteiten en gevolgen kunnen hebben voor de emissies en de verontreiniging;

[…]

t) ‚verbranden': het oxideren van brandstoffen, ongeacht de wijze waarop de warmte, de elektrische of de mechanische energie die tijdens dit proces vrijkomt wordt gebruikt, en andere rechtstreeks daarmee verband houdende activiteiten, met inbegrip van rookgasreiniging;

[…]"

8. Artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 heeft als opschrift „Overgangsregels voor de hele [Unie] voor een geharmoniseerde kosteloze toewijzing" en bepaalt in lid 1:

„De Commissie stelt uiterlijk op 31 december 2010 volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap vast voor het toewijzen van de in de leden 4, 5, 7 en 12 bedoelde emissierechten, alsmede de maatregelen die voor een geharmoniseerde toepassing van lid 19 van dit artikel nodig mochten zijn.

Deze maatregelen, die beogen niet-essentiële onderdelen van deze richtlijn te wijzigen door haar 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-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, 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. Er wordt geen kosteloze toewijzing gegeven voor elektriciteitsopwekking, behalve in gevallen als bedoeld in artikel 10 quater en voor met rookgassen geproduceerde elektriciteit.

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.

[…]"

2. Besluit 2011/278

9. De overwegingen 1, 5, 12 en 18 van besluit 2011/278 luidden als volgt:

„(1) Volgens artikel 10 bis van de richtlijn moeten de Uniebrede, volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, voor zover zulks haalbaar is, ex-antebenchmarks bevatten om te verzekeren dat de kosteloze toewijzing van emissierechten plaatsvindt op een manier die aanzet tot reductie van broeikasgasemissies en tot energiezuiniger technologieën, rekening houdend met de meest efficiënte technieken, vervangingsproducten, alternatieve productieprocedés, hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, efficiënte terugwinning van energie uit afvalgassen, gebruik van biomassa en opvang en opslag van koolstofdioxide, indien de faciliteiten daarvoor beschikbaar zijn, en niet aanzet tot het vermeerderen van emissies. Toewijzing moet voorafgaand aan de handelsperiode worden vastgesteld om een correcte werking van de markt mogelijk te maken.

[…]

(5) De Commissie heeft geoordeeld dat het vaststellen van een benchmark voor een product haalbaar was wanneer, rekening houdend met de complexiteit van de productieprocessen, productdefinities en -classificaties voorhanden zijn die verificatie van productiegegevens en een uniforme toepassing van de productbenchmark in de hele Unie voor de toewijzing van emissierechten mogelijk maken. Er is geen onderscheid gemaakt op basis van geografische ligging of op basis van de gebruikte technologieën, grondstoffen of brandstoffen om de comparatieve voordelen van koolstofefficiëntie in de economie van de Unie niet te verstoren en om de overgangsregeling voor de kosteloze toewijzing van emissierechten beter te harmoniseren.

[…]

(12) Waar de berekening van een productbenchmark niet haalbaar was, maar toch voor kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komende broeikasgasemissies voorkomen, moeten deze emissierechten worden verleend op basis van een algemene ‚fallback'-aanpak. Een hiërarchie van drie soorten ‚fallback'-aanpak is ontwikkeld om de reducties van broeikasgasemissies en energiebesparingen voor ten minste een gedeelte van de betrokken productieprocessen te maximaliseren. De warmtebenchmark is toepasselijk voor warmteverbruikende processen waarbij een meetbare warmtedrager wordt gebruikt. De brandstofbenchmark is toepasselijk wanneer niet-meetbare warmte wordt verbruikt. De warmte- en brandstofbenchmarkwaarden zijn afgeleid op basis van de beginselen van transparantie en eenvoud, door gebruik van de referentie-efficiëntie van een algemeen beschikbare brandstof die kan worden beschouwd als de op een na beste in termen van broeikasgasefficiëntie, rekening houdend met energiezuinige technieken. Voor procesemissies moeten de emissierechten worden toegewezen op basis van historische emissies. […]

[…]

(18) Om concurrentieverstoring te vermijden en de goede werking van de koolstofmarkt te verzekeren, moeten lidstaten er bij de toewijzing aan individuele installaties zorg voor dragen dat geen dubbeltellingen en geen dubbele toewijzingen plaatsvinden. In deze context moeten de lidstaten met name aandacht schenken aan gevallen waar het gebenchmarkt product geproduceerd wordt in meer dan een installatie, waar meer dan een gebenchmarkt product geproduceerd wordt in dezelfde installatie of waar tussenproducten worden uitgewisseld over installatiegrenzen heen."

10. Artikel 2 van dat besluit, met het opschrift „Toepassingsgebied", luidde als volgt:

„Dit besluit is van toepassing op de kosteloze toewijzing van emissierechten krachtens hoofdstuk III (vaste installaties) van richtlijn [2003/87] in handelsperioden vanaf 2013 […]".

11. Artikel 3 van besluit 2011/278 bepaalde:

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

[…]

b) ‚productbenchmark-subinstallatie': de inputs, outputs en daarmee samenhangende emissies met betrekking tot de vervaardiging van een product waarvoor in bijlage I een benchmark is vastgesteld;

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

– binnen de grenzen van de installatie wordt verbruikt voor de vervaardiging van producten, voor de productie van andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte mechanische energie of voor andere dan voor elektriciteitsopwekking gebruikte verwarming of koeling, of

– wordt uitgevoerd naar een niet onder de EU-regeling vallende installatie of andere entiteit, met uitzondering van de uitvoer voor elektriciteitsopwekking;

d) ‚brandstofbenchmark-subinstallatie': de niet onder een productbenchmark-subinstallatie vallende inputs, outputs en daarmee samenhangende emissies met betrekking tot de productie door brandstofverbranding 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;

e) ‚meetbare warmte': een nettowarmtestroom getransporteerd door identificeerbare pijpleidingen of leidingen met gebruik van een medium voor warmteoverdracht zoals, meer bepaald, stoom, hete lucht, water, olie, vloeibaar metaal en zouten, waarvoor een warmtemeter geïnstalleerd is of kan worden;

[…]

g) ‚niet-meetbare warmte': alle andere warmte dan meetbare warmte;

h) ‚procesemissies-subinstallatie': in bijlage I bij richtlijn [2003/87] opgenomen broeikasgasemissies, kooldioxide uitgezonderd, die voorkomen buiten de systeemgrenzen van een in bijlage I opgenomen productbenchmark, alsook kooldioxide-emissies die voorkomen buiten de systeemgrenzen van een in bijlage I opgenomen productbenchmark als gevolg van enige hierna genoemde activiteit en emissies die het gevolg zijn van de verbranding van onvolledig geoxideerde koolstof die ontstaat door de hierna genoemde activiteiten ten behoeve van de productie van meetbare warmte, niet-meetbare warmte of elektriciteit, na aftrek van de emissies die gepaard zouden gaan met de verbranding van een hoeveelheid aardgas met dezelfde technisch bruikbare energie-inhoud als de verbrande onvolledig geoxideerde koolstof:

   i) de chemische of elektrolytische reductie van metaalverbindingen in ertsen, concentraten en secundaire materialen;

   ii) de verwijdering van onzuiverheden uit metaal en metaalverbindingen;

   iii) de decompositie van carbonaten, met uitzondering van die voor de reiniging van rookgassen;

   iv) niet in eerste instantie op de opwekking van warmte gerichte chemische synthesen waarbij het koolstofhoudend materiaal aan de reactie deelneemt;

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

   vi) de chemische of elektrolytische reductie van halfmetaaloxiden of niet-metaaloxiden zoals siliciumoxiden en fosfaten;

   […]"

12. Artikel 10 van besluit 2011/278, met het opschrift „Toewijzing op niveau van de installatie", bepaalde in lid 8:

„Bij de bepaling van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten per installatie, zien de lidstaten erop toe dat emissies geen tweemaal worden geteld en dat er geen negatieve hoeveelheden worden toegewezen. […]"

13. Besluit 2011/278 is ingetrokken met ingang van 1 januari 2021, bij 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[5]. Overeenkomstig artikel 27 van die gedelegeerde verordening blijft besluit 2011/278 echter van toepassing op toewijzingen met betrekking tot de periode vóór 1 januari 2021.

[5] PB 2019, L 59, blz. 8.

B. Duits recht

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz

14. § 9 van het Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (wet inzake de handel in broeikasgasemissierechten; hierna: „TEHG") van 21 juli 2011 [6] luidt als volgt:

„(1) Aan exploitanten van installaties worden kosteloze rechten toegewezen overeenkomstig de beginselen die zijn neergelegd in artikel 10 bis […] van richtlijn [2003/87] in de op het betreffende tijdstip van kracht zijnde versie, en in besluit [2011/278].

[…]"

15. Volgens punt 1 van bijlage 1, deel 2 („Activiteiten"), TEHG omvatten de installaties waarvan de emissies binnen de werkingssfeer van deze wet vallen onder meer „[v]erbrandingsunits voor het verbranden van brandstof met een totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van 20 MW of meer in een installatie, voor zover zij niet onder een van de volgende punten vallen".

2. Zuteilungsverordnung 2020

16. § 2, punten 27 en 29, van de Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020) (besluit inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten in de handelsperiode 2013-2020) van 26 september 2011 [7] (hierna: „ZuV 2020") bevat een definitie van de begrippen „brandstofbenchmark-subinstallatie" en „procesemissies-subinstallatie" die overeenkomt met die van artikel 3, onder d) en h), van besluit 2011/278.

III. Feiten van het hoofdgeding

17. Aurubis exploiteert in Hamburg (Duitsland) een installatie waarmee primair koper wordt vervaardigd. Aangezien deze activiteit valt onder de activiteitencategorie in punt 6 van bijlage I bij richtlijn 2003/87, te weten „[p]roductie of bewerking van ferrometalen […] waarbij verbrandingseenheden met een totaal nominaal thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW worden gebruikt", is Aurubis onderworpen aan de regeling voor de handel in emissierechten.

18. De installatie bestaat uit twee subinstallaties, Rohhüttenwerk Nord en Rohhüttenwerk Ost (hierna: „RWO"). Het hoofdgeding betreft uitsluitend de laatste subinstallatie. De subinstallatie RWO is een smelterij waarin primair koper wordt verkregen door het „flash-smelten" van koperconcentraat. Hierbij wordt een proces toegepast dat bekendstaat als het „Outokumpu" -proces [8]. Aurubis voert echter aan dat zij dit proces op basis van eigen onderzoeks- en ontwikkelingswerk zodanig heeft verbeterd dat de flash-oven kan worden geëxploiteerd zonder koolstofhoudende brandstoffen te gebruiken. [9]

6 BGBl. 2011 I, blz. 1475.

7 BGBl. 2011 I, blz. 1921.

8 Dit proces is genoemd naar een (vroegere) kopermijn in Oost-Finland waar dit smeltproces voor zwavelhoudende ertsen eind jaren veertig oorspronkelijk is ontwikkeld.

9 Zie punt 8 van de schriftelijke opmerkingen van Aurubis.

19. Op aanvraag van verzoekster van 20 januari 2012 wees de DEHSt haar bij besluit van 17 februari 2014 voor de jaren 2013 tot en met 2020 in totaal 2 596 999 kosteloze emissierechten toe.

20. Verzoekster heeft op 14 maart 2014 bezwaar ingediend. Bij besluit op bezwaarschrift van 3 april 2018 heeft de DEHSt het toewijzingsbesluit gedeeltelijk opgeheven, voor zover de toewijzing 1 784 398 emissierechten overschrijdt. In dat opheffingsbesluit is aangevoerd dat het koperconcentraat niet in aanmerking kon worden genomen in het kader van een „brandstofbenchmark-subinstallatie", maar bij een „procesemissies-subinstallatie" diende te worden ingedeeld. Na een herberekening van het recht op toewijzing vorderde de DEHSt 523 027 emissierechten terug.

21. Op 30 april 2018 heeft verzoekster bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit van 3 april 2018.

22. Volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft Aurubis bij de verwijzende rechter gesteld dat het door haar voor het „flash-smelting"-proces gebruikte koperconcentraat bestaat uit koper- en ijzersulfide (telkens 30 % koper, ijzer en zwavel). Daarnaast bevat het concentraat sporen van koolstof en andere metalen. Om primair koper te verkrijgen wordt dit concentraat eerst vermengd met zand en andere materialen, die soms ook hele kleine hoeveelheden koolstof bevatten. Het aldus verkregen mengsel wordt in de flash-oven geplaatst en er wordt een mengsel van lucht en zuurstof toegevoegd. Door de chemische reactie tussen de zuurstof en de zwavel in het koperconcentraat loopt de temperatuur in de oven op tot meer dan 1 200°C, waardoor het koperconcentraat smelt. Ook het zand wordt verhit en de ruwijzermassa's smelten eveneens. In dit proces worden geen fossiele brandstoffen gebruikt.

23. Volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing worden op deze wijze de stoffen matte (een mengsel van koper- en ijzersulfide), ijzersilicaat (als slak) en zwaveldioxide (SO_2) verkregen. Deze matte wordt vervolgens ingevoerd in een convertor, waarin door het inblazen van een mengsel van lucht en zuurstof ook de resterende deeltjes zwavel en ijzer worden geoxideerd. Ook hierbij wordt warmte opgewekt. Het product van deze stap, dat „blisterkoper" wordt genoemd, wordt in een anodeoven geplaatst, waarin de resterende deeltjes zwavel door verbranding worden omgezet in SO_2. Op deze wijze wordt het eindproduct, primair koper, verkregen.

24. In dit proces worden dus blijkbaar geen fossiele brandstoffen gebruikt. In tegenstelling tot andere koperproducenten, die koolstofhoudende brandstoffen zoals zware olie en aardgas gebruiken, zou het proces dat Aurubis heeft ontwikkeld en gebruikt dus een verbetering op het gebied van klimaatbescherming vormen. Hoewel bij dit proces in het algemeen SO_2 – en geen koolstofdioxide (CO_2) – ontstaat, stoot de betrokken smelterij toch kleine hoeveelheden CO_2 in de atmosfeer uit, omdat het koperconcentraat heel kleine hoeveelheden koolstof bevat. Het gebruikte koperconcentraat had een koolstofgehalte van ongeveer 0,7 % (massa-aandeel). De RWO zou derhalve 0,026 ton CO_2 per ton koperconcentraat uitstoten, oftewel gemiddeld 29 024 ton CO_2 per jaar.

25. Aurubis voert aan dat de kosteloze toewijzing van emissierechten gebaseerd had moeten zijn op § 2, punt 27, ZuV 2020 en artikel 3, onder d), van besluit 2011/278, omdat de zwavel die in de flash-oven wordt verbrand in deze zin een „brandstof" is. De classificatie van een input als „brandstof" impliceert niet dat warmteopwekking het belangrijkste gebruiksdoel van die input is, of dat het om een standaardbrandstof gaat zoals kolen, olie of aardgas. In het koperconcentraat is het koperaandeel de grondstof en het zwavelaandeel de brandstof.

26. Aurubis betoogt voorts dat verweerster steeds is uitgegaan van een hiërarchische verhouding tussen de drie zogenoemde soorten „fallback”-aanpak. Aurubis stelt dat, aangezien is voldaan aan de voorwaarden om te kunnen spreken van een „brandstofbenchmark-subinstallatie”, de toewijzing op basis van de benchmark voor procesemissies buiten beschouwing dient te blijven. Daarenboven moet, om aan het criterium voor een „procesemissies-subinstallatie” te voldoen, volgens Aurubis een rechtstreeks en onmiddellijk causaal verband bestaan tussen de CO_2 -uitstoot en het toegepaste proces. Dit is niet het geval bij het Outokumpu-proces.

27. Om deze redenen vordert Aurubis nietigverklaring van het besluit van 3 april 2018 en toewijzing van aanvullende emissierechten voor de jaren 2013 tot en met 2020.

28. Volgens de Bondsrepubliek Duitsland kan slechts worden gesproken van een „brandstofbenchmark-subinstallatie” in de zin van § 2, punt 27, ZuV 2020 en artikel 3, onder d), van besluit 2011/278, indien warmteopwekking het hoofddoel van het gebruik van het betrokken materiaal is. Zij voert aan dat dit bij de RWO niet het geval is, omdat het koperconcentraat een grondstof is en wordt gebruikt met als hoofddoel het vervaardigen van primair koper. Bovendien heeft er, anders dan bij de berekening van de brandstofbenchmark wordt verondersteld, bij het betrokken proces geen volledige verbranding van het concentraat plaats. Daarenboven gaat het bij brandstoffen in de zin van de brandstofbenchmark om brandstoffen die door andere brandstoffen, in het bijzonder aardgas, kunnen worden vervangen.

29. De verwijzende rechter merkt om te beginnen op dat, indien zou moeten worden aangenomen dat de RWO een „brandstofbenchmark-subinstallatie” is, dit zou betekenen dat het koperconcentraat – of het zwavelgehalte ervan – als „brandstof” wordt aangemerkt.

30. Die rechter wijst erop dat het Hof in punt 53 van het arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), heeft geoordeeld dat artikel 3, onder t), van richtlijn 2003/87 het begrip „verbranding” niet beperkt tot alleen de oxidatiereacties die zelf een broeikasgas doen ontstaan. Die uitlegging door het Hof is echter niet per definitie doorslaggevend met het oog op de uitlegging van de reikwijdte van het begrip „brandstof” in artikel 3, onder d), van besluit 2011/278.

31. Met name moet worden bepaald of een toewijzing op basis van de brandstofbenchmark impliceert dat het belangrijkste doel van de verbranding het opwekken van warmte is. In casu is echter essentieel dat het gebruikte koperconcentraat zowel als grondstof alsook als brandstof dient. De vraag of slechts in het geval van vervangbaarheid van de gebruikte brandstof sprake is van een „brandstof” in de zin van de brandstofbenchmark van besluit 2011/278, wordt in de rechtspraak van het Hof evenmin beantwoord.

32. Ten slotte merkt de verwijzende rechter op dat de derde handelsperiode op 31 december 2020 eindigt. Hij geeft aan dat, bij gebreke van enige uitdrukkelijke overgangsbepaling in het nationale recht, het einde van de eerste en de tweede handelsperiode op grond van de Duitse rechtspraak ertoe heeft geleid dat aanspraken op toewijzingen die op 30 april na afloop van de handelsperiode nog niet waren gehonoreerd, zijn vervallen. De nationale wetgeving bevat evenmin overgangsbepalingen met betrekking tot de derde handelsperiode. De Duitse autoriteiten hebben dergelijke bepalingen niet willen vaststellen omdat de regels met betrekking tot de vierde handelsperiode (2021-2030) in de Uniewetgeving uitputtend zijn neergelegd en dat een schadeloosstelling voor rechten die betrekking hebben op meerdere perioden slechts rechtmatig zou zijn indien die wetgeving daarin zou voorzien.

33. Volgens de verwijzende rechter bevat geen van de toepasselijke handelingen van de Unie een bepaling over compensatie van rechten tussen meerdere perioden. Bovendien is niets bepaald over het reserveren van specifieke quota in afwachting van rechterlijke beslissingen. Besluit 2015/1814[10] bevat echter een aanwijzing dat toewijzingsaanspraken die op 31 december 2020 nog niet waren gehonoreerd, bij de overgang van de derde naar de vierde periode niet vervallen, aangezien daarin is bepaald dat sommige na 31 december 2020 nog niet toegewezen emissierechten in een „marktstabiliteitsreserve" moeten worden opgenomen.

IV. Prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

34. In die omstandigheden heeft het Verwaltungsgericht Berlin bij beslissing van 11 juni 2020, ingekomen bij het Hof op 19 juni 2020, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, onder d), van [besluit 2011/278] voor een kosteloze toewijzing van emissierechten op basis van een brandstofbenchmark-subinstallatie, wanneer in een installatie voor de productie van non-ferrometalen als bedoeld in bijlage I bij richtlijn 2003/87 zwavelhoudend koperconcentraat in een flash-oven wordt gebruikt ter vervaardiging van primair koper en de voor het smelten van het kopererts in het concentraat benodigde niet-meetbare warmte in wezen door de oxidatie van de zwavel in het concentraat wordt geproduceerd, waardoor het koperconcentraat zowel als grondstof alsook als brandbaar materiaal voor de warmteproductie wordt gebruikt?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Kunnen aanspraken op de toewijzing van extra kosteloze emissierechten voor de derde handelsperiode na afloop van deze periode worden gehonoreerd met emissierechten voor de vierde handelsperiode wanneer het bestaan van zulke aanspraken pas na afloop van de derde handelsperiode bij een rechterlijke uitspraak wordt vastgesteld, of vervallen nog niet gehonoreerde toewijzingsaanspraken bij afloop van de derde handelsperiode?"

35. Aurubis, de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Bovendien hebben zij ter terechtzitting van 19 mei 2021 pleidooi gehouden.

V. Analyse

A. Eerste vraag

36. De verwijzende rechter dient in het kader van het bij hem aanhangige geding te bepalen of een activiteit bestaande in het vervaardigen van primair koper in een flash-oven met gebruikmaking van het „Outokumpu"-proces voldoet aan de voorwaarden om te kunnen spreken van een „brandstofbenchmark-subinstallatie". De eerste vraag van de verwijzende rechter betreft derhalve de uitlegging van artikel 3, onder d), van besluit 2011/278, waarin dit begrip voor de handelsperiode 2013-2020 wordt gedefinieerd.

[10] Besluit (EU) 2015/1814 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 2015 betreffende de instelling en de werking van een marktstabiliteitsreserve voor de EU-regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten en tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG (PB 2015, L 264, blz. 1).

37. De specifieke kenmerken van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde proces geven aanleiding tot drie specifieke moeilijkheden met betrekking tot de uitlegging van de definitie van een „brandstofbenchmark-subinstallatie" in artikel 3, onder d), van besluit 2011/278. Ten eerste gaat het om een stof die zowel een grondstof als een brandstof is. Daarnaast betreft het een koolstofarme grondstof die een autotherme reactie ondergaat. Er is dus geen *externe* warmtebron en er worden geen brandstoffen met een hoog koolstofgehalte toegevoerd. Ten tweede vindt slechts gedeeltelijke verbranding van de brandstof plaats. Ten derde is het produceren van warmte niet per definitie het hoofddoel van het gebruik van het betrokken materiaal.

38. Om de hierna uiteen te zetten redenen denk ik echter niet dat deze bijzonderheden eraan in de weg staan dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 wanneer in een installatie voor de productie van non-ferrometalen zwavelhoudend koperconcentraat in een flash-oven wordt gebruikt ter vervaardiging van primair koper en de voor het smelten van het kopererts in het concentraat benodigde niet-meetbare warmte in wezen door de oxidatie van de zwavel in datzelfde concentraat wordt geproduceerd.

39. Deze uitlegging is gebaseerd op de uitleggingsmethoden die traditioneel door het Hof worden gebruikt in het kader van de regeling voor handel in broeikasgasemissierechten, waarbij niet alleen de bewoordingen van artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 in aanmerking worden genomen, maar ook rekening wordt gehouden met de algemene opzet van richtlijn 2003/87 en besluit 2011/278 en met de daarmee nagestreefde doelstellingen.[11] Ik stel voor deze methoden achtereenvolgens toe te passen.

1. Letterlijke en systematische uitlegging

40. Ten eerste kan worden opgemerkt dat het begrip „brandstof" weliswaar niet is gedefinieerd in besluit 2011/278, maar dat in artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 wel het begrip „brandstofbenchmark-subinstallatie" wordt gedefinieerd.

41. Volgens die bepaling is er sprake van een „brandstofbenchmark-subinstallatie" wanneer „inputs, outputs en daarmee samenhangende emissies [niet onder een productbenchmark-subinstallatie vallen en betrekking hebben op] de productie door brandstofverbranding van niet-meetbare warmte die wordt verbruikt voor de vervaardiging van producten […]".

42. Uit deze definitie volgt dat het begrip „verbranding" relevant kan zijn om de betekenis van het in artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 gebruikte begrip „brandstof" te preciseren. In artikel 3, onder t), van richtlijn 2003/87 wordt „verbranden" echter gedefinieerd als „het oxideren van brandstoffen, ongeacht de wijze waarop de warmte […] die tijdens dit proces vrijkomt wordt gebruikt, en andere rechtstreeks daarmee verband houdende activiteiten […]". Voorts heeft het Hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), gepreciseerd dat artikel 3, onder t), van richtlijn 2003/87 het begrip „verbranding" niet beperkt tot alleen de oxidatiereacties die zelf een broeikasgas doen ontstaan.[12]

[11] Zie in die zin arresten van 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punten 34 en 35), en 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punten 49 en 50).

[12] Punt 53.

43. Zoals advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in zijn conclusie in die zaak heeft uiteengezet, bevestigen de relevante voorbereidende werkzaamheden dat artikel 3, onder t), is ingevoegd in richtlijn 2003/87 om een ruime definitie van het begrip „verbranding" vast te leggen die alle vormen van oxidatie van brandstoffen kon omvatten, ongeacht het doel daarvan. [13]

44. Ik wil er in dat verband op wijzen dat de twee bepalingen in het toepasselijke rechtskader die het begrip „brandstof" noemen, de reikwijdte van dit begrip op geen enkele wijze beperken, noch wat betreft de samenstelling of de aard van de brandstof, noch wat betreft de hoeveelheid koolstof die deze dient te bevatten of de wijze waarop de ontbranding dient plaats te vinden, noch wat betreft het percentage van de brandstof dat in het proces moet worden verbruikt of het gebruiksdoel van het materiaal dat de betrokken brandstof bevat. In tegenstelling tot artikel 3, onder h), v), van besluit 2011/278 – dat uitdrukkelijk verwijst naar een gebruik van koolstofhoudende additieven of grondstoffen dat niet *in eerste instantie* op de opwekking van warmte is gericht – lijkt artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 slechts te vereisen dat inputs, outputs en daarmee samenhangende emissies *betrekking hebben op* de productie door brandstofverbranding van niet-meetbare warmte die wordt verbruikt voor de vervaardiging van producten.

45. De met richtlijn 2003/87 en besluit 2011/278 nagestreefde doelen bevestigen deze specifieke uitlegging.

2. Teleologische uitlegging

46. Uit de vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat richtlijn 2003/87 tot doel heeft een regeling voor de handel in emissierechten in te voeren waarmee wordt beoogd de uitstoot van broeikasgassen in de atmosfeer te verminderen tot een niveau waarbij elke gevaarlijke verstoring van het klimaat door de mens wordt voorkomen en waarvan het einddoel de bescherming van het milieu is. [14] Het is echter duidelijk dat deze regeling berust op een economische logica die elke deelnemer aanspoort een geringere hoeveelheid broeikasgassen uit te stoten dan die waarvoor hem aanvankelijk emissierechten zijn toegewezen, teneinde het overschot te kunnen verkopen aan een andere deelnemer, die een grotere hoeveelheid heeft uitgestoten dan die waarvoor hem emissierechten waren toegewezen. [15]

47. Met andere woorden: de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten op het niveau van de Unie is een economisch instrument voor milieubescherming dat is gebaseerd op het beginsel dat de vervuiler betaalt. Met dit instrument wordt beoogd het *totale niveau* van verontreiniging te verlagen. Hieruit volgt dat besluit 2011/278 waar mogelijk moet worden uitgelegd op een wijze die een initiatief waardoor de uitstoot van broeikasgassen werd beperkt en verlaagd, beloont – en niet bestraft.

48. In dat verband mag het stimuleringsmechanisme dat ten grondslag ligt aan het systeem voor handel in emissierechten niet worden onderschat. Deze regeling moet immers onder meer het signaal geven aan investeerders om CO_2-emissies op een economisch efficiënte manier terug te

[13] Conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punt 44).

[14] Zie in die zin arresten van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punt 62), en 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punt 38).

[15] Zie in die zin arresten van 8 maart 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, punt 22); 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punt 63), en 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punt 39).

dringen, en zo een drijvende kracht te zijn achter koolstofarme innovatie die bijdraagt tot de bestrijding van klimaatverandering.[16] Uit artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87, dat bepaalt dat de toewijzing moet gebeuren „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 [en] alternatieve productieprocedés", blijkt duidelijk dat de Uniewetgever dit stimuleringsmechanisme wenst. Overweging 1 van besluit 2011/278 benadrukt dit aspect van de regeling uitdrukkelijk.

49. Dat is echter, zoals ik reeds heb aangegeven, de economische logica waarop deze regeling berust, die elke deelnemer aanspoort een geringere hoeveelheid broeikasgassen uit te stoten dan die waarvoor hem aanvankelijk emissierechten zijn toegewezen, teneinde het overschot te kunnen verkopen aan een andere deelnemer, die een grotere hoeveelheid heeft uitgestoten dan die waarvoor hem emissierechten waren toegewezen. Zo verlaagt de tweede deelnemer zijn emissies niet, maar moet hij voor zijn emissies betalen en wordt bovenal de algemene doelstelling gehaald – aangezien de eerste deelnemer zijn emissies heeft verlaagd – dankzij een investering waarvan de positieve effecten op het milieu ook zullen blijven bestaan nadat de kosteloze rechten volledig zijn afgeschaft.[17] Tot die tijd betekent het behoud van emissierechten niet dat men een soort vergunning heeft om te vervuilen[18], maar vormt de mogelijkheid om winst te halen uit de verkoop van ongebruikte emissierechten in feite een onderdeel van een stelsel van stimulerende maatregelen dat door de regeling voor de handel in emissierechten is opgezet[19].

50. In deze omstandigheden komt het mij voor, gelet op de doelen die met richtlijn 2003/87 en besluit 2011/278 worden nagestreefd, dat een uitlegging moet worden afgewezen die een concentraat als in het hoofdgeding uitsluit van het begrip „brandstof" in artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 *om de enkele reden* dat er slechts sprake zou zijn van gedeeltelijke verbranding of omdat het hoofddoel van het gebruik ervan niet het opwekken van warmte zou zijn – waar ten eerste buiten kijf staat dat in het betrokken proces door een verbrandingsfenomeen niet-meetbare warmte wordt opgewekt en dit proces ten tweede, en bovenal, een innovatie is die een vermindering van broeikasgasemissies garandeert of op zijn minst enig potentieel lijkt te hebben om de uitstoot van CO_2 te verminderen.[20]

51. De Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland verzetten zich tegen deze uitlegging met het betoog dat er een risico bestaat op overlappingen en dubbeltellingen van emissies, hoewel dergelijke overlappingen op grond van diverse bepalingen van besluit 2011/278 verboden zijn.[21] Ter terechtzitting van 19 mei 2021 heeft de vertegenwoordiger van de Bondsrepubliek Duitsland benadrukt dat het in besluit 2011/278 ontbreekt aan voorwaarden op basis waarvan in „dual use"-zaken onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen enerzijds brandstoffen en anderzijds grondstoffen.

16 Zie in die zin arresten van 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punt 27), en 21 juni 2018, Polen/Parlement en Raad (C-5/16, EU:C:2018:483, punt 61).

17 Het beginsel van de volledige afschaffing van kosteloze toewijzing van emissierechten tegen 2027 was verankerd in artikel 10 bis, lid 11, van richtlijn 2003/87, in de versie die in casu van toepassing was. Dit beginsel is echter op losse schroeven komen te staan met de wijzigingen die in de artikelen 10 bis en 10 ter van richtlijn 2003/87 zijn aangebracht bij artikel 1, punt 14, onder k), en punt 15, van richtlijn 2018/410.

18 Zie in die zin (impliciet) arrest van 17 oktober 2013, Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punt 32).

19 Zie in die zin arrest van 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punt 27).

20 Zo begrijp ik het aan de orde zijnde proces op basis van de uiteenzettingen van Aurubis en de verwijzende rechter in het verzoek om een prejudiciële beslissing; dit is dus onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter.

21 Zie in dit verband artikel 6, lid 2, artikel 7, lid 7, en artikel 8, lid 5, van besluit 2011/278, en arrest van 8 september 2016, Borealis e.a. (C-180/15, EU:C:2016:647, punten 69 en 70).

52. Deze angst deel ik echter niet. Ik heb recentelijk, in mijn conclusie van 3 juni 2021 in de zaak ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457), reeds uitgelegd waarom ik van mening ben dat het in strijd zou zijn met de opzet van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 en van besluit 2011/278 om een in overweging 12 van besluit 2011/278 uitdrukkelijk beschreven hiërarchie tussen de verschillende benchmarks niet toe te passen. [22]

53. Derhalve zou ik in dit verband eenvoudigweg in herinnering willen brengen dat het Hof weliswaar al meermaals heeft geoordeeld dat de definities van de diverse benchmark-subinstallaties elkaar onderling uitsluiten [23], maar dat het ook heeft geoordeeld dat besluit 2011/278 *„een hiërarchie van drie soorten ‚fallback'-aanpak* [heeft] ontwikkeld om de reducties van broeikasgasemissies en energiebesparingen voor ten minste een gedeelte van de betrokken productieprocessen te maximaliseren" [24]. Vast staat dus dat „alleen in gevallen waarin het niet mogelijk was een productbenchmark te berekenen, maar waar toch broeikasgasemissies ontstaan die voor kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komen, deze emissierechten [moeten] worden toegewezen op basis van de drie andere soorten van de zogenaamde ‚fallback'-aanpak, *overeenkomstig de aldus vastgestelde hiërarchische volgorde*". [25] Het bestaan zelf van deze hiërarchie staat in de weg aan het risico van dubbeltellingen.

3. Conclusie met betrekking tot de eerste vraag

54. Op basis van een letterlijke, een systematische en een teleologische uitlegging van artikel 3, onder d), van besluit 2011/278 kom ik tot de conclusie dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat is voldaan aan de voorwaarden voor een kosteloze toewijzing van emissierechten op basis van een „brandstofbenchmark-subinstallatie", wanneer in een installatie voor de productie van non-ferrometalen als bedoeld in bijlage I bij richtlijn 2003/87 zwavelhoudend koperconcentraat in een flash-oven wordt gebruikt ter vervaardiging van primair koper en de voor het smelten van het kopererts in het concentraat benodigde niet-meetbare warmte in wezen door de oxidatie van de zwavel in het concentraat wordt geproduceerd, waardoor het koperconcentraat zowel als grondstof alsook als brandbaar materiaal voor de warmteproductie wordt gebruikt.

B. Tweede vraag

55. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of aanspraken op kosteloze emissierechten voor de derde handelsperiode waarvan het bestaan pas na afloop van die handelsperiode bij een rechterlijke uitspraak wordt vastgesteld, kunnen worden gehonoreerd met kosteloze emissierechten voor de vierde handelsperiode.

56. Deze vraag is exact gelijk aan de vijfde vraag in de zaak ExxonMobil (C-126/20).

[22] Zie mijn conclusie van 3 juni 2021 in de zaak ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punten 79-87).

[23] Zie in die zin arresten van 8 september 2016, Borealis e.a. (C-180/15, EU:C:2016:647, punt 62); 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punt 29); 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punt 104), en 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punt 68).

[24] Arrest van 8 september 2016, Borealis e.a. (C-180/15, EU:C:2016:647, punt 67). Cursivering van mij.

[25] Arrest van 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punt 30). Cursivering van mij.

57. Op basis van mijn analyse in de conclusie in die zaak was ik tot de conclusie gekomen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Gezien het feit dat het Hof zijn arrest nog niet heeft gewezen, blijf ik bij ik deze uitlegging en verwijs ik voor verdere uitleg naar mijn eerdere conclusie. [26]

VI. Conclusie

58. In het licht van de voorgaande overwegingen geef ik het Hof derhalve in overweging om de vragen van het Verwaltungsgericht Berlin als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 3, onder d), 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 moet aldus worden uitgelegd dat is voldaan aan de voorwaarden voor een kosteloze toewijzing van emissierechten op basis van een ‚brandstofbenchmark-subinstallatie', wanneer in een installatie voor de productie van non-ferrometalen als bedoeld in bijlage I bij richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009, zwavelhoudend koperconcentraat in een flash-oven wordt gebruikt ter vervaardiging van primair koper en de voor het smelten van het kopererts in het concentraat benodigde niet-meetbare warmte in wezen door de oxidatie van de zwavel in het concentraat wordt geproduceerd, waardoor het koperconcentraat zowel als grondstof alsook als brandbaar materiaal voor de warmteproductie wordt gebruikt.

2) Aanspraken op een verdere kosteloze toewijzing van emissierechten voor de derde handelsperiode kunnen na afloop van de derde handelsperiode worden gehonoreerd met emissierechten van de vierde handelsperiode, wanneer het bestaan van het recht op emissierechten pas na afloop van de derde handelsperiode door een rechter wordt vastgesteld. Emissierechten voor de derde handelsperiode komen na het verstrijken van de derde handelsperiode niet te vervallen."

[26] Zie mijn conclusie van 3 juni 2021 in de zaak ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punten 89-98).