ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

26 juli 2023 *

„Milieu – Richtlijn 2003/87/EG – Systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten – Nationale uitvoeringsmaatregelen – Voorlopige kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten – Besluit om een installatie die uitsluitend biomassa gebruikt, uit te sluiten – Zorgvuldigheidsplicht – Recht om te worden gehoord – Motiveringsplicht – Kennelijke beoordelingsfout – Gelijke behandeling – Gewettigd vertrouwen – Exceptie van onwettigheid – Punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87”

In zaak T-269/21,

Arctic Paper Grycksbo AB, gevestigd te Grycksbo (Zweden), vertegenwoordigd door A. Bryngelsson, A. Johansson en F. Sjövall, advocaten,

verzoekster

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Wils, B. De Meester en P. Carlin als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Europees Parlement, vertegenwoordigd door C. Ionescu Dima, W. Kuzmienko en P. Biström als gemachtigden,

en door

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door A. Norberg en J. Himmanen als gemachtigden,

interveniënten,

wijst

HET GERECHT (Tweede kamer),

* Procestaal: Zweeds.

samengesteld als volgt: A. Marcoulli, president, S. Frimodt Nielsen (rapporteur) en R. Norkus, rechters,

griffier: H. Eriksson, administrateur,

gezien de stukken,

na de terechtzitting op 2 februari 2023,

het navolgende

Arrest

1 Met haar beroep krachtens artikel 263 VWEU vordert verzoekster, Arctic Paper Grycksbo AB, nietigverklaring van artikel 1, lid 1, van besluit (EU) 2021/355 van de Commissie van 25 februari 2021 betreffende nationale uitvoeringsmaatregelen voor de voorlopige kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten overeenkomstig artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2021, L 68, blz. 221; hierna: „bestreden besluit") en van bijlage I daarbij, voor zover deze haar betreffen.

Voorgeschiedenis van het geding

2 Het onderhavige beroep betreft een door verzoekster te Grycksbo (Zweden) geëxploiteerde productie-installatie voor gestreken fijn grafisch papier. Verzoekster is sinds 2005 houder van een vergunning voor broeikasgasemissies.

3 Het bestreden besluit heeft tot gevolg dat de betrokken installatie wordt uitgesloten van het systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten (EU Emission Trading System; hierna: „EU-ETS") dat is vastgesteld bij richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een systeem voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Unie en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275, blz. 32), zoals gewijzigd 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 (PB 2018, L 76, blz. 3). Deze uitsluiting heeft met name tot gevolg dat verzoekster voor de vierde handelsperiode (2021-2025) geen kosteloze toewijzing van emissierechten verkrijgt.

4 Om voor deze toewijzing in aanmerking te komen, heeft verzoekster op 7 mei 2019 een daartoe strekkend verzoek ingediend bij de Naturvårdsverk (bureau voor milieubescherming, Zweden). In dat verzoek heeft zij het aantal tonnen fossiele kooldioxide dat zij tijdens de referentieperiode (2014-2018) had uitgestoten, afgerond op nul. Volgens haar waren haar werkelijke emissies van 2018 tot en met 2020 hoger dan 0 en lager dan 0,5 ton.

5 Op 27 september 2019 heeft het Koninkrijk Zweden de in artikel 11 van richtlijn 2003/87 bedoelde nationale uitvoeringsmaatregel, dat wil zeggen de lijst van installaties die voor de vierde handelsperiode onder het EU-ETS moesten vallen, bij de Commissie ingediend. De betrokken installatie was op deze lijst vermeld onder nummer SE468. De voor deze installatie opgegeven hoeveelheden fossiele kooldioxide bedroegen 0 ton voor elk jaar van de referentieperiode (2014-2018).

6 Bij brief met opmerkingen van 19 mei 2020 heeft de Commissie de opneming van 49 in de nationale uitvoeringsmaatregel genoemde installaties, waaronder de in het hoofdgeding aan de orde zijnde installatie, als volgt betwist:

„Gedurende ten minste één jaar van de referentieperiode werden de emissies van [de betrokken installatie] voor bijna 100 % uit biomassa gegenereerd. Dergelijke installaties zouden niet in het EU-ETS moeten worden opgenomen. Gelieve uitleg te verschaffen."

7 Op 16 juni 2020 heeft de Naturvårdsverk op de opmerkingen van de Commissie geantwoord dat de betrokken installatie onder een door de Commissie goedgekeurde optionele nationale maatregel viel, die voorziet in de opneming van installaties die zijn aangesloten op stadsverwarming.

8 In een e-mail van 30 september 2020 aan de Naturvårdsverk heeft de Commissie haar standpunt herhaald dat installaties die tijdens de bovengenoemde referentieperiode (2014-2018) uitsluitend biomassa hadden gebruikt, van het EU-ETS moesten worden uitgesloten.

9 In een e-mail van 1 oktober 2020 heeft de Naturvårdsverk aan de Commissie laten weten dat hij erkende dat de betrokken installatie niet was aangesloten op stadsverwarming en dat de opneming ervan in het EU-ETS betwistbaar was. Niettemin was hij van mening dat hij deze installatie in dat stadium van de procedure niet aan de nationale uitvoeringsmaatregel kon onttrekken, omdat het nationale bestuursrecht niet voorzag in de mogelijkheid om de vergunning van verzoekster zonder rechtsgrond eenzijdig in te trekken. De Naturvårdsverk gaf ook aan dat niet kon worden uitgesloten dat de betrokken installatie in de toekomst fossiele brandstof zou gebruiken.

10 Per e-mail van 17 december 2020 heeft de Naturvårdsverk de Commissie meegedeeld dat het, als gevolg van het criterium van uitsluitend gebruik van biomassa en de gekozen referentieperiode (2014-2018), lastig was om te bepalen welke installaties volgens de Commissie moesten worden uitgesloten.

11 Op 14 januari 2021 heeft de Commissie de vertegenwoordigers van de lidstaten die zitting hebben in het Comité klimaatverandering in kennis gesteld van een ontwerpverordening tot herziening van de waarden van de productbenchmarks voor de handelsperiode van 2021 tot en met 2025. Deze ontwerpverordening is op 26 januari 2021 gewijzigd met het oog op de goedkeuring ervan de dag nadien door dat comité.

12 Per e-mail van 26 januari 2021 heeft de Naturvårdsverk de Commissie meegedeeld dat hij verschillen had geconstateerd in de opgaven van de ondernemingen die tijdens de referentieperiode minder dan 0,5 ton fossiele kooldioxide hadden uitgestoten. Hij merkte op dat bepaalde ondernemingen, die hij niet met name noemde, hun emissies hadden afgerond op 0 ton, terwijl andere hun werkelijke emissies hadden opgegeven, zonder deze af te ronden. De Naturvårdsverk wees erop dat de Commissie alleen de opneming betwistte van installaties waarvoor een fossiele kooldioxide-emissie van 0 ton was opgegeven, terwijl de opneming van installaties waarvoor de uitstoot niet was afgerond, niet werd betwist. Hij heeft de Commissie verzocht aan te geven welke methoden zij voornemens was toe te passen op alle installaties die biomassa gebruikten.

13 Op 28 januari 2021 heeft de Commissie de Naturvårdsverk meegedeeld dat de fase van onderzoek van de nationale uitvoeringsmaatregelen was afgerond en dat zij vanaf dat moment geen rekening meer kon houden met wijzigingen die van invloed waren op de lijst van installaties en de berekening van de productbenchmarks.

14 Op diezelfde dag is de definitieve tekst van de in punt 11 hierboven genoemde ontwerpverordening aan de lidstaten toegezonden voor vaststelling via de schriftelijke procedure. De uiterste datum voor het indienen van opmerkingen werd vastgesteld op 11 februari 2021.

15 Op 1 februari 2021 heeft de Naturvårdsverk aangegeven dat de lijst van installaties die deel uitmaken van de nationale uitvoeringsmaatregelen pas als definitief kon worden beschouwd nadat de Commissie een standpunt had ingenomen over de in de e-mail van 26 januari 2021 genoemde kwesties (zie punt 12 hierboven).

16 Bij e-mail van diezelfde datum heeft de Commissie als volgt geantwoord:

„Wij hadden alle fasen van de beoordeling van de nationale uitvoeringsmaatregelen doorlopen voordat we de benchmarkingverordening ter goedkeuring en het besluit van de Commissie inzake de nationale uitvoeringsmaatregelen ter vaststelling voorlegden aan het Comité klimaatverandering.

Zoals in een eerdere e-mail is opgemerkt, kunnen wij, als een lidstaat in de lijst van de nationale uitvoeringsmaatregelen een fout ontdekt die geen invloed heeft op de waarden van de productbenchmarks of de besluiten inzake de nationale uitvoeringsmaatregelen, maar enkel op de kosteloze toewijzing van emissierechten (of die alleen de gegevens bijwerkt zodat in de toekomst de juiste benchmark wordt vermeld en een toekomstige correctie van de nationale uitvoeringsmaatregelen wordt voorkomen), in dit stadium een bijgewerkte lijst van de [nationale uitvoeringsmaatregelen] aanvaarden, voordat wij de voorlopige jaarlijkse hoeveelheid kosteloze emissierechten voorleggen.

Wat betreft de methode die wij hebben gebruikt voor installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, deze was gebaseerd op emissies zonder afronding van directe emissies of van emissies uit biomassa."

17 Per e-mail van 4 februari 2021 heeft de Naturvårdsverk de Commissie gewezen op kennelijke incoherenties in de wijze waarop de Commissie voornemens was om installaties die volgens de Naturvårdsverk vergelijkbare hoeveelheden fossiele kooldioxide uitstootten, te behandelen in het kader van de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken. In deze e-mail heeft hij de Commissie er tevens op gewezen dat verzoekster volgens haar opgave met betrekking tot 2018 een hoeveelheid van 0,3727 ton fossiele kooldioxide had uitgestoten. Tot slot heeft de Naturvårdsverk gevraagd of hij de nationale uitvoeringsmaatregel kon actualiseren door voor elke installatie die naar het oordeel van de Commissie uitsluitend biomassa gebruikte de niet-afgeronde hoeveelheden fossiele kooldioxide te vermelden die daadwerkelijk tijdens de referentieperiode waren uitgestoten.

18 Per e-mail van 16 februari 2021 heeft de Commissie de Naturvårdsverk geantwoord dat het niet meer mogelijk was om wijzigingen aan te brengen met betrekking tot de identiteit van de installaties die voorwerp waren van de nationale uitvoeringsmaatregelen of de berekening van de productbenchmarks, aangezien de desbetreffende besluiten in de fase van vaststelling verkeerden.

19 Op 25 februari 2021 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld.

20 In het bestreden besluit heeft de Commissie vastgesteld in welke gevallen zij voornemens was bezwaar te maken tegen de aan haar voorgestelde nationale uitvoeringsmaatregelen. Wat betreft verzoekster heeft de Commissie in overweging 11 van dit besluit het volgende opgemerkt:

„[De republiek] Finland en [het Koninkrijk] Zweden stelden voor 51 installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, op te nemen. Sommige van deze installaties waren in de periode 2004-2007 unilateraal opgenomen en die opneming was overeenkomstig artikel 24 van [richtlijn 2003/87] door de Commissie goedgekeurd. Installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, zijn daarna echter, door middel van een nieuwe bepaling in bijlage I, punt 1, bij [richtlijn 2003/87], van het EU-ETS uitgesloten. Die bepaling, waarmee met ingang van de toepassing ervan op 1 januari 2013 een nieuw toepassingsgebied voor het ETS, met inbegrip van eerdere opnemingen, is vastgesteld, is bij [richtlijn 2009/29] opgenomen […]. Daarom moet de opneming van installaties die uitsluitend biomassa gebruikten voor alle jaren van de referentieperiode, ook toen die installaties in de in artikel 11, lid 1, van [richtlijn 2003/87] bedoelde lijst waren opgenomen, worden afgewezen."

21 Op 12 maart 2021 heeft de Commissie uitvoeringsverordening (EU) 2021/447 tot vaststelling van herziene benchmarkwaarden voor de kosteloze toewijzing van emissierechten voor de periode van 2021 tot en met 2025 overeenkomstig artikel 10 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87/EG (PB 2021, L 87, blz. 29) vastgesteld.

22 Op 2 juni 2021 heeft het Koninkrijk Zweden de Commissie in kennis gesteld van een nieuwe nationale uitvoeringsmaatregel, waarin verzoekster niet langer was opgenomen.

Conclusies van partijen

23 Verzoekster verzoekt het Gerecht om:

– het bestreden besluit nietig te verklaren voor zover het haar betreft;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

24 De Commissie verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

25 Het Europees Parlement concludeert in hoofdzaak tot verwerping van het beroep.

26 De Raad van de Europese Unie verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

27 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster zes middelen aan. Het eerste middel betreft een kennelijke beoordelingsfout. Het tweede is ontleend aan schending van het beginsel van gelijke behandeling. Het derde betreft schending van wezenlijke vormvoorschriften. Het vierde middel is ontleend aan schending van het beginsel van het gewettigd vertrouwen. Het vijfde middel betreft inbreuk op richtlijn 2003/87, in het bijzonder artikel 10 bis ervan en punt 1 van bijlage I erbij. Het zesde middel ten slotte is ontleend aan de onwettigheid van dit punt.

28 Voorts hebben de hoofdpartijen argumenten uitgewisseld betreffende het rechtskader dat van toepassing is op de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit en de op de Commissie rustende verplichtingen, zonder deze argumenten formeel in verband te brengen met de zes middelen van het beroep. Deze argumenten zijn met name van belang voor de beoordeling van het tweede en het derde middel van het beroep.

29 Eerst moet dus worden herinnerd aan het rechtskader waarbinnen het EU-ETS functioneert en aan de doelstellingen van richtlijn 2003/87, waarna de argumenten van partijen betreffende de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit en ten slotte die tot betwisting van de gegrondheid van dat besluit moeten worden onderzocht.

Inleidende opmerkingen over het EU-ETS en de doelstellingen van richtlijn 2003/87

30 Het EU-ETS, dat wordt geregeld in richtlijn 2003/87, heeft betrekking op installaties die voldoen aan de criteria van bijlage I bij deze richtlijn en die een of meer van de in bijlage II bij deze richtlijn genoemde broeikasgassen uitstoten (artikel 2 van deze richtlijn). Overeenkomstig artikel 1 van deze richtlijn heeft het EU-ETS tot doel om ondernemingen te stimuleren hun emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen. Zoals blijkt uit overweging 8 van deze richtlijn impliceert dit dus dat het EU-ETS van toepassing is op activiteiten met enig potentieel om de emissies van broeikasgassen te verminderen (zie arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518, punten 55 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 In dit verband zij eraan herinnerd dat richtlijn 2003/87 tot doel heeft een EU-ETS 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 (zie in die zin arresten van 8 maart 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Aldus strekt deze richtlijn ertoe dat de algehele emissie van broeikasgassen door de Europese Unie op een economisch efficiënte wijze afneemt ten opzichte van het niveau van 1990 (zie in die zin arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 Met het EU-ETS wordt dus beoogd de internationale verplichtingen van de Unie en de lidstaten op het gebied van het milieu na te komen, door meerdere doeleinden na te streven, zoals „een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid” (overweging 5 van richtlijn 2003/87), „de eenheid van de interne markt […] bewaren” (overweging 7 van genoemde richtlijn), „concurrentieverstoring […] voorkomen” (overweging 7 van deze richtlijn) (zie arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17,

EU:C:2019:518, punt 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en „koolstoflekkage", dat wil zeggen het naar landen buiten de interne markt verplaatsen van producenten die broeikasgassen uitstoten, voorkomen in de omstandigheden van met name artikel 10 ter van deze richtlijn.

33 Daartoe moeten de ondernemingen die in het EU-ETS zijn opgenomen ten eerste een vergunning voor broeikasgasemissies verkrijgen, die hun door de lidstaten wordt verleend op voorwaarde dat zij aantonen dat zij in staat zijn hun emissies te monitoren en te rapporteren, en ten tweede elk jaar emissierechten inleveren, die binnen en buiten de Unie kunnen worden overgedragen. Of de door elke installatie ingeleverde emissierechten overeenkomen met de daadwerkelijke broeikasgasemissies, uitgedrukt in ton kooldioxide-equivalent, wordt door de lidstaten geverifieerd en verantwoord [artikel 3, onder a), artikelen 4 tot en met 6, 12, 15, 19 en 25 van richtlijn 2003/87].

34 Het EU-ETS voorziet dus in een geheel van economische stimulansen voor de vermindering van broeikasgassen door de installaties zelf. Hoewel het EU-ETS als einddoel de bescherming van het milieu heeft, zorgt dit systeem als zodanig niet voor terugdringing van de emissie van broeikasgassen. Het bevordert evenwel de mogelijkheden om tegen de laagste kosten een emissiereductie te realiseren tot een niveau dat verenigbaar is met de internationale verplichtingen van de Unie en haar lidstaten. Deze reductie hangt af van de strengheid waarmee de totale hoeveelheid toegewezen emissierechten wordt vastgesteld (arresten van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, EU:C:2008:728, punt 31, en 17 oktober 2013, Billerud Karlsborg en Billerud Skärblacka, C-203/12, EU:C:2013:664, punt 26).

35 Het EU-ETS berust dus op een economische logica die elke deelnemer aanspoort minder broeikasgassen uit te stoten dan waarvoor hem aanvankelijk emissierechten zijn toegewezen, teneinde het overschot te kunnen verkopen aan een andere deelnemer die meer heeft uitgestoten dan op basis van de hem toegewezen of door hem verkregen emissierechten mogelijk was. De emissierechten hebben daardoor een marktwaarde (zie arresten van 8 maart 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518, punt 63; zie ook conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak ArcelorMittal Rodange et Schifflange, C-321/15, EU:C:2016:516, punten 48-55).

36 Bij wijze van voorlopige uitzondering op de regel dat emissierechten moeten worden geveild, voorziet het EU-ETS ook in de kosteloze toewijzing van bepaalde emissierechten (artikelen 9, 9 bis, 10, 10 bis en 10 quater van richtlijn 2003/87), waarvan de hoeveelheid sinds 2013 lineair is afgenomen. De hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten wordt thans in beginsel en voor zover mogelijk bepaald op basis van een voor elk product berekende benchmark die overeenkomt met de gemiddelde emissieprestatie van de 10 % ecologisch meest efficiënte producenten, overeenkomstig de voorwaarden van artikel 10 bis van deze richtlijn. Volgens lid 2, onder a) en b), van dit artikel geldt voor de benchmarkwaarden voor de periode 2021-2025 een maximaal jaarlijks verminderingspercentage van 1,6 %.

37 Om in aanmerking te komen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten moet een installatie worden opgenomen in de uitvoeringsmaatregel die de lidstaat op het grondgebied waarvan de betrokken installatie is gelegen overeenkomstig artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 heeft vastgesteld. Volgens lid 3 van dit artikel mogen de lidstaten geen kosteloze toewijzingen verlenen aan installaties waarvan opneming door de Commissie is geweigerd. Bovendien wordt bij de

berekening van de gemiddelde emissieprestatie voor elke productbenchmark, die bepalend is voor de toewijzing van kosteloze emissierechten, rekening gehouden met de emissies van de opgenomen installaties.

38 Emissierechten die niet kosteloos worden toegewezen, worden geveild onder de voorwaarden van artikel 10 van richtlijn 2003/87. Veiling dient dus geleidelijk aan het basisbeginsel voor de toewijzing van emissierechten te zijn, hetgeen, volgens de wetgever van de Unie, algemeen als economisch het meest efficiënt wordt beschouwd (zie in die zin arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518, punt 66).

39 Tot de in bijlage I bij richtlijn 2003/87 genoemde categorieën van activiteiten behoort de productie van papier of karton met een productiecapaciteit van meer dan 20 ton per dag. De betrokken installaties vallen volgens deze bijlage wat hun kooldioxide-emissies betreft onder het EU-ETS.

40 In de punten 1 en 3 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 wordt evenwel bepaald:

„1. […] [I]nstallaties die uitsluitend biomassa gebruiken, vallen niet onder deze richtlijn.

[…]

3. […] [E]enheden die uitsluitend biomassa gebruiken, worden bij [de] berekening [van het totale nominaal thermisch ingangsvermogen van een installatie] buiten beschouwing gelaten. Tot ‚eenheden die uitsluitend biomassa gebruiken' behoren ook eenheden waarin alleen bij het opstarten of uitschakelen fossiele brandstoffen worden gebruikt. […]"

41 Deel A van bijlage IV bij richtlijn 2003/87 bevat een hoofdstuk „Berekeningen", waarvan de laatste zin van de vierde alinea bepaalt dat „[d]e emissiefactor voor biomassa […] nul [is]".

42 Richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PB 2018, L 328, blz. 82) rekent biomassa tot de hernieuwbare energiebronnen. In artikel 2, punt 24, van deze richtlijn wordt biomassa gedefinieerd als „de biologisch afbreekbare fractie van producten, afvalstoffen en residuen van biologische oorsprong uit de landbouw, met inbegrip van plantaardige en dierlijke stoffen, de bosbouw en aanverwante bedrijfstakken, met inbegrip van de visserij en de aquacultuur, alsmede de biologisch afbreekbare fractie van afval, met inbegrip van industrieel en huishoudelijk afval van biologische oorsprong".

43 Partijen zijn het niet eens over de draagwijdte en de rechtmatigheid van de uitzondering inzake broeikasgasemissies uit biomassa, die, zoals in de punten 2 tot en met 22 hierboven is uiteengezet, de Commissie ertoe heeft gebracht om in het bestreden besluit te weigeren de betrokken installatie in het EU-ETS op te nemen, wat met name tot gevolg heeft dat voor de vierde handelsperiode (2021-2025) elke kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten aan deze installatie wordt geweigerd.

Regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit

44 Afgezien van de argumenten die specifiek betrekking hebben op de regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit, zijn partijen het oneens over twee kwesties, die vooraf moeten worden onderzocht.

45 In de eerste plaats verwijt verzoekster de Commissie dat zij heeft geweigerd rekening te houden met de informatie die haar op 26 januari en 4 februari 2021 is verstrekt (zie de punten 12 en 17 hierboven), met het argument dat zij, in dit stadium van de vaststelling van de in artikel 11 van richtlijn 2003/87 bedoelde nationale uitvoeringsmaatregelen en van de in artikel 10 bis van deze richtlijn bedoelde gedelegeerde verordening inzake de benchmarkwaarde, geen rekening meer kon houden met wijzigingen die van invloed waren op de identificatie van installaties die in het EU-ETS waren opgenomen en in aanmerking kwamen voor een kosteloze toewijzing van emissierechten. Deze onafhankelijk van elkaar aangevoerde argumenten overlappen grotendeels met de argumenten die verzoekster tot staving van het eerste onderdeel van het derde middel heeft aangevoerd, en zullen in die context worden onderzocht.

46 In de tweede plaats zijn de partijen het oneens over de werkingssfeer van de afrondingsregels die voortvloeien uit artikel 72, lid 1, eerste alinea, van uitvoeringsverordening (EU) 2018/2066 van de Commissie van 19 december 2018 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot wijziging van verordening (EU) nr. 601/2012 van de Commissie (PB 2018, L 334, blz. 1). Om te beginnen moet worden onderzocht of verzoekster zich, zoals zij stelt, kon beroepen op het feit dat de afgeronde cijfers die zij aan de Naturvårdsverk heeft overgelegd en die door dit bureau aan de Commissie zijn meegedeeld, in werkelijkheid verwezen naar fossiele kooldioxide-emissies die niet nul waren, maar tussen 0 en 0,5 ton lagen.

Inaanmerkingneming van de opgegeven afgeronde cijfers tijdens de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit

47 Zoals blijkt uit de e-mail die de Naturvårdsverk op 4 februari 2021 aan de Commissie heeft gestuurd (zie punt 17 hierboven), stelt verzoekster dat zij in 2018 0,37 ton fossiele kooldioxide heeft uitgestoten. Verzoekster heeft ook gewaarmerkte verslagen overgelegd met betrekking tot 2019 en 2020, volgens welke zij in deze twee jaren hoeveelheden van respectievelijk 0,29 en 0,46 ton fossiele kooldioxide heeft uitgestoten.

48 Verzoekster betoogt dat zij, doordat zij de door de Commissie vastgestelde afrondingsregels in acht heeft genomen door voor 2018 een uitstoot van nul op te geven, alleen al daardoor in een ongunstiger situatie verkeert dan de ondernemingen die, in strijd met deze regels, hun werkelijke uitstoot hebben opgegeven terwijl deze minder dan 0,5 ton bedroeg. Laatstgenoemde installaties zijn namelijk niet van het EU-ETS uitgesloten.

49 Ten slotte betoogt verzoekster dat het standpunt van de Commissie dat alle installaties die minder dan 0,5 ton fossiele kooldioxide hebben uitgestoten, ongeacht of zij de cijfers in hun verslagen al dan niet hebben afgerond, van het EU-ETS moeten worden uitgesloten, een rationalisering a posteriori vormt waarover de Naturvårdsverk vóór de vaststelling van het bestreden besluit kennelijk niet was geïnformeerd.

50 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

51 Krachtens artikel 72, lid 1, eerste alinea, van uitvoeringsverordening 2018/2066 „[worden] de totale jaarlijkse emissies van elk van de broeikasgassen [kooldioxide, distikstofoxide en perfluorkoolstoffen] […] gerapporteerd in afgeronde ton [kooldioxide of kooldioxide-equivalent]”.

52 Het is een vaststaand feit, hetgeen ook blijkt uit met name de documenten die de Commissie in antwoord op de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft overgelegd en de documenten die verzoekster vrijwillig heeft overgelegd, dat gedurende de gehele procedure die tot de vaststelling van het bestreden besluit heeft geleid de emissiecijfers betreffende verzoekster voor de referentieperiode 2014-2018 die door de Naturvårdsverk aan de Commissie zijn meegedeeld, nul bedroegen.

53 Verzoekster betwist niet dat zij van 2014 tot en met 2017 geen fossiele kooldioxide heeft uitgestoten. Zij voert daarentegen aan dat het cijfer van 0 ton voor 2018 het resultaat was van het naar beneden afronden van haar werkelijke emissie, die 0,37 ton bedroeg. Zij voert aan dat de naleving van de afrondingsregels haar relatief nadeel zou hebben berokkend in vergelijking met installaties waarvoor geen emissie van nul was gerapporteerd, ook al bedroegen de werkelijke emissies daarvan minder dan 0,5 ton, en die niet werden uitgesloten van het EU-ETS, waardoor aan deze installaties kosteloos emissierechten toegewezen konden blijven worden.

54 Zonder de juistheid van verzoeksters beweringen te betwisten, stelt de Commissie dat de afrondingsregels een dwingend karakter hebben en dat verzoekster niet gerechtigd is om te klagen over de gevolgen van de toepassing ervan.

55 Het lijdt echter weinig twijfel dat verzoekster weliswaar de afrondingsregels van voornoemde bepaling heeft nageleefd, maar dat dit niet geldt voor alle in de uitvoeringsmaatregel opgenomen installaties. De Commissie erkent overigens dat zij per vergissing heeft nagelaten twee installaties uit te sluiten waarvan de opgegeven emissies minder dan 0,5 ton bedroegen maar die niet waren afgerond.

56 Het valt uiteraard te betreuren dat de Commissie tijdens de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit op dit punt geen consequent standpunt heeft ingenomen, zoals met name blijkt uit de vragen die zij aan de Naturvårdsverk heeft gesteld en uit de identificatie van de installaties die zij beoogde uit te sluiten van het EU-ETS. Toepassing van de afrondingsregel is evenwel vereist krachtens artikel 72, lid 1, eerste alinea, van uitvoeringsverordening 2018/2066. Deze verplichting komt overeen met die welke voorheen was vastgelegd in artikel 72, lid 1, eerste alinea, van verordening (EU) nr. 601/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2012, L 181, blz. 30), die zij vervangt. Zij was dus zowel van toepassing op de jaarlijkse emissieverslagen van de onder het EU-ETS vallende installaties voor elk van de jaren van de periode 2014-2018 als op het emissieverslag over de referentieperiode, dat de lidstaten ter ondersteuning van hun ontwerp-nationale uitvoeringsmaatregelen moesten indienen.

57 Het argument van verzoekster dat deze regel niet kan worden toegepast om te bepalen of een installatie moet worden geacht uitsluitend biomassa te gebruiken in de zin van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87, kan niet worden aanvaard.

58 Zoals blijkt uit de artikelen 1 en 2 van uitvoeringsverordening 2018/2066, is deze dwingende bepaling van toepassing op alle emissieverslagen over de in bijlage I bij richtlijn 2003/87 bedoelde activiteiten. Het is dus een objectieve methode, die van toepassing is op alle installaties die binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen voor elk van de jaren van de referentieperiode, zoals gememoreerd in punt 56 hierboven, om te bepalen of een installatie die biomassa gebruikt al dan niet valt onder de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, zoals bedoeld in punt 1 van die bijlage.

59 De door verzoekster voorgestelde uitlegging dat een installatie die biomassa gebruikt en waarvoor 0 ton fossiele kooldioxide-emissies wordt opgegeven, moet worden geacht niet uitsluitend biomassa te gebruiken, aangezien de werkelijke emissies ervan niet nul zijn, zou daarentegen in strijd zijn met het vereiste van consistentie van het EU-ETS, dat met name afhangt van de harmonisatie van de regels inzake rapportage en monitoring die uitvoeringsverordening 2018/2066 beoogt te waarborgen. Voorts zij erop gewezen dat punt 3 van bijlage I bij richtlijn 2003/87, door installaties die uitsluitend biomassa gebruiken gelijk te stellen met installaties die alleen bij het opstarten of uitschakelen van het productieproces fossiele kooldioxide uitstoten, uitdrukkelijk bepaalt dat installaties waarvan de fossiele kooldioxide-emissie weliswaar marginaal maar niet noodzakelijk nul is, niet in het EU-ETS worden opgenomen.

60 Bijgevolg was verzoekster verplicht om, zoals zij heeft gedaan, voor elk van de jaren van de referentieperiode nul fossiele kooldioxide-emissie op te geven en met name de opgegeven emissie voor 2018 op nul af te ronden. Zij kan dus, onverminderd de gevolgen van een eventuele schending van het beginsel van gelijke behandeling, niet op goede gronden klagen dat de Commissie de haar door de Naturvårdsverk toegezonden verslagen met betrekking tot de betrokken installatie, waaruit blijkt dat er geen fossiele kooldioxide-emissies waren en er dus uitsluitend biomassa was gebruikt, in aanmerking heeft genomen.

Derde middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften

61 Het derde middel, ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften, bestaat uit drie onderdelen. Met het eerste onderdeel beroept verzoekster zich op schending van de zorgvuldigheidsplicht, met het tweede op schending van het recht om te worden gehoord en met het derde op schending van de motiveringsplicht.

– *Eerste onderdeel van het derde middel: schending van de zorgvuldigheidsplicht*

62 Verzoekster betoogt dat de Commissie, indien zij de door de Naturvårdsverk overgelegde informatie juist had beoordeeld, tot een andere gevolgtrekking zou zijn gekomen over de opneming van de betrokken installatie in het EU-ETS. De Commissie is haar zorgvuldigheidsplicht dus niet nagekomen.

63 Volgens verzoekster is de vraag of een installatie al dan niet fossiele kooldioxide uitstoot relevant voor de vraag of deze installatie kan worden uitgesloten als installatie die uitsluitend biomassa gebruikt, zoals bedoeld in punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87. Volgens haar heeft de Commissie verzuimd naar behoren na te gaan of de betrokken installatie uitsluitend biomassa gebruikte. Bovendien had de Commissie de Naturvårdsverk een vraag gesteld waaruit bleek dat de installatie naar haar mening „bijna uitsluitend" biomassa gebruikte; zij wist dus dat een dergelijke installatie fossiele brandstoffen gebruikte. De Commissie heeft er derhalve bewust en zonder gronden voor gekozen om geen rekening te houden met de door de Naturvårdsverk verstrekte gecertificeerde gegevens, waarvan de onpartijdigheid niet in twijfel kon worden getrokken.

64 Bovendien heeft de Commissie de Naturvårdsverk te laat meegedeeld dat zij van mening was dat installaties, zoals de betrokken installatie, waarvoor een fossiele kooldioxide-emissie van nul was opgegeven, van het EU-ETS moesten worden uitgesloten. Het was misleidend om de Naturvårdsverk een zogenaamde termijn op te leggen waarna nieuwe gegevens, zelfs indien relevant, niet meer in aanmerking konden worden genomen.

65 In haar memorie van repliek verwijt verzoekster de Commissie bovendien dat zij de Naturvårdsverk niet duidelijk een termijn heeft opgelegd. Bijgevolg mocht de Commissie niet het argument van tardiviteit van bepaalde aan haar verstrekte informatie aanvoeren. Volgens verzoekster zou de Commissie de betrokken installatie niet van het EU-ETS hebben kunnen uitsluiten indien zij er rekening mee had gehouden dat verzoekster haar emissies overeenkomstig de geldende regels had afgerond, terwijl deze in werkelijkheid niet nul waren.

66 Volgens verzoekster kon de Commissie zich er niet op beroepen dat er een termijn was overschreden die zij niet had vastgesteld. Anders dan de Commissie stelt, zijn de door de Naturvårdsverk in de e-mail van 26 januari 2021 meegedeelde gegevens niet te laat meegedeeld opdat zij er rekening mee kon houden. In feite heeft de Commissie zelf wijzigingen aangebracht in de handelingen die op dat moment in behandeling waren, met name met betrekking tot de waarde van de emissies van de 10 % meest efficiënte installaties die onder andere productbenchmarks vielen. Bovendien blijkt uit bijlage A 10 bij het verzoekschrift dat met betrekking tot twee andere installaties wel geactualiseerde gegevens mochten worden verstrekt na de vaststelling van het bestreden besluit, en dus a fortiori na 26 januari 2021.

67 Voorts is het bestreden besluit vastgesteld meer dan een maand nadat de Naturvårdsverk had meegedeeld dat installaties verschillend werden behandeld, afhankelijk van de vraag of de cijfers in hun opgave al dan niet waren afgerond, en is de verordening inzake productbenchmarks bijna anderhalve maand later vastgesteld. Het in aanmerking nemen van de betrokken installatie bij de berekening van de productbenchmark was slechts een geringe aanpassing geweest. Hoewel de Commissie betoogt dat de vaststelling van het bestreden besluit vijftien maanden heeft geduurd, zij erop gewezen dat het probleem van de inaanmerkingneming van de installaties waarvoor de cijfers in de opgave op nul waren afgerond, door de Naturvårdsverk pas na twaalf maanden aan de orde kon worden gesteld en dat de door de Commissie gestelde vertraging bij het verstrekken van die informatie in feite grotendeels aan de Commissie zelf te wijten is.

68 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

69 Volgens de rechtspraak moeten de instellingen en organen van de Unie, in het kader van een administratieve procedure waarin ingewikkelde technische problemen aan de orde zijn, over een beoordelingsvrijheid beschikken om hun taken te kunnen vervullen. Wanneer zij over een dergelijke beoordelingsvrijheid beschikken, is de naleving van de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (zie in die zin arrest van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punten 13 en 14).

70 Zoals blijkt uit de overwegingen 2 tot en met 8 van het bestreden besluit heeft de Commissie de haar door de bevoegde diensten van de lidstaten meegedeelde gegevens op volledigheid en consistentie gecontroleerd.

71 Anders dan de Commissie stelt, verwijt verzoekster haar geenszins dat zij geen controles ter plaatse heeft verricht of de juistheid van de opgaven die bij de autoriteiten van de bevoegde lidstaten voor de installaties zijn ingediend, niet heeft geverifieerd. Verzoekster betoogt daarentegen dat de Commissie de haar door de Naturvårdsverk overgelegde informatie, volgens welke zij de cijfers in haar emissieverslagen had afgerond en bovendien haar werkelijke fossiele kooldioxide-emissie in 2018 niet nul was, niet als tardief kon afwijzen.

72 Volgens artikel 11, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 moesten de nationale uitvoeringsmaatregelen met betrekking tot de vierde handelsperiode (2021-2025) uiterlijk op 30 september 2019 bij de Commissie worden ingediend. Vast staat dat deze termijn in casu door de Naturvårdsverk in acht is genomen.

73 Daarnaast komt uit het dossier naar voren dat aan de Naturvårdsverk geen andere termijn was opgelegd dan die welke in punt 72 hierboven is vermeld. In dit verband kan de bewering van de Commissie dat een termijn van 7 december 2021 was vastgesteld, niet overtuigen. Deze in een e-mail vermelde termijn werd namelijk onmiddellijk door de Naturvårdsverk betwist en de diensten van de Commissie hebben daartegen geen bezwaar gemaakt.

74 Bovendien staat vast dat wijzigingen in de nationale uitvoeringsmaatregelen met betrekking tot voor installaties gerapporteerde waarden op het eerste gezicht waarschijnlijk van invloed zullen zijn op de vaststelling van de productbenchmark, voor zover die installaties onder het EU-ETS vallen. Dit geldt in het bijzonder voor installaties die biomassa gebruiken, aangezien dergelijke emissies niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de hoeveelheid in te leveren emissierechten. Partijen zijn het echter niet eens over de consequenties die de Commissie in casu had moeten trekken uit de informatie die de Naturvårdsverk haar van 26 januari tot en met 4 februari 2021 heeft toegezonden. Verzoekster betoogt dat de Commissie verplicht was om alle relevante gegevens te beoordelen, ongeacht de datum waarop zij werden verstrekt, terwijl de Commissie van mening is dat het, vanaf het moment dat de procedure liep voor de vaststelling van de verordening tot instelling van de productbenchmarks, te laat was om bij haar amendementen in te dienen die de ontwerpbenchmarks ter discussie zouden kunnen stellen. De Commissie betoogt dat, indien destijds rekening had moeten worden gehouden met dergelijke wijzigingen, er een aanzienlijke vertraging zou zijn ontstaan bij de vaststelling van de handelingen die nodig zijn voor de kosteloze toewijzing van de emissierechten.

75 Niet wordt betwist dat op de datum waarop de Naturvårdsverk de Commissie in kennis heeft gesteld van problemen ten gevolge van verschillen in verband met de afronding van de opgegeven waarden en, a fortiori, op de datum waarop de Naturvårdsverk de Commissie heeft meegedeeld dat de waarde van de emissies van de betrokken installatie in 2018 niet nul was maar 0,3727 ton fossiele kooldioxide bedroeg (zie punt 17 hierboven), namelijk 4 februari 2021, de ontwerpverordening tot instelling van de productbenchmarks reeds was voorgelegd aan het Comité klimaatverandering. Bij e-mail van 1 februari 2021 (zien punt 16 hierboven) had de Commissie de Naturvårdsverk meegedeeld dat enkel nog wijzigingen zonder impact op de productbenchmarks in aanmerking konden worden genomen.

76 De Commissie heeft uiteraard het recht om aan te voeren dat artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 bepaalt dat voor de kosteloze toewijzing van emissierechten ex-antebenchmarks per bedrijfstak moeten worden vastgesteld en dat de kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 11, lid 2, van deze richtlijn uiterlijk op 28 februari van het lopende jaar moet plaatsvinden. Artikel 10 bis, lid 2, van deze richtlijn, waarin is bepaald dat het uitgangspunt voor de ex-antebenchmarks de gemiddelde emissieprestatie van de 10 % meest efficiënte installaties in de bedrijfstak is, veronderstelt dat de lijst van installaties die in het EU-ETS zijn opgenomen, is vastgesteld. Bijgevolg staat het de Commissie in beginsel vrij de nodige maatregelen te nemen om de administratieve procedure zodanig te organiseren dat de in artikel 11, lid 2, van deze richtlijn vastgestelde termijnen in acht worden genomen, met name door termijnen vast te stellen waarbinnen de nationale autoriteiten alle gegevens moeten verstrekken die nodig zijn om de lijst

van opgenomen installaties met de bijbehorende energieprestaties vast te stellen. Zoals is opgemerkt in punt 73 hierboven, blijkt uit het dossier evenwel niet dat de Commissie in de onderhavige zaak aan de Naturvårdsverk duidelijk een dwingende termijn heeft opgelegd.

77 In die omstandigheden was de Commissie verplicht om de haar verstrekte gegevens in aanmerking te nemen.

78 Zoals blijkt uit de e-mail van de Commissie van 1 februari 2021 aan de Naturvårdsverk (zie punt 16 hierboven) heeft de Commissie in casu in beginsel geweigerd rekening te houden met nieuwe informatie die gevolgen zou kunnen hebben voor de lijst van opgenomen installaties en voor de berekening van de benchmarkwaarden. Deze weigering is door de Commissie bevestigd in haar e-mail van 16 februari 2021 (zie punt 18 hierboven), waarin de Commissie de Naturvårdsverk heeft meegedeeld dat zij geen rekening kon houden met de informatie die de Naturvårdsverk haar op 4 februari 2021 had toegezonden over ten eerste de opneming van twee installaties waarvoor waarden van fossiele kooldioxide-emissies waren opgegeven die niet nul waren maar minder dan 0,5 ton bedroegen, en ten tweede de uitsluiting van verzoeksters installatie, hoewel zij de emissiewaarde voor deze installatie voor 2018 had afgerond op 0 ton, terwijl de werkelijke niet-afgeronde emissies tussen de 0 ton en 0,5 ton bedroegen. Daarmee heeft de Commissie niet voldaan aan de verplichting die krachtens de in punt 77 genoemde rechtspraak op haar rust, namelijk om alle relevante gegevens van het betrokken geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.

79 Bovendien zij opgemerkt dat, zoals verzoekster betoogt, het uitsluitingscriterium dat is genoemd in de brief met opmerkingen van de Commissie van 19 mei 2020 aan de Naturvårdsverk (zie punt 7 hierboven) betrekking had op het gebruik, ook al was dat maar gedurende één enkel jaar van de referentieperiode, van bijna 100 % biomassa. Aangezien dit criterium strenger is dan het criterium dat uiteindelijk door de Commissie is gehanteerd, heeft deze onjuiste informatie tot gevolg gehad dat de Naturvårdsverk tijdens de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit niet precies op de hoogte kon zijn van de door de Commissie aan punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 gegeven uitlegging.

80 Niettemin volgt uit de punten 51 tot en met 60 hierboven dat de inaanmerkingneming van de gegevens die op 4 februari 2021 door de Naturvårdsverk zijn verstrekt, niet het minste gevolg kon hebben gehad voor de uitsluiting van verzoeksters installatie, aangezien, zoals blijkt uit de punten 51 tot en met 60 hierboven, installaties die minder dan 0,5 ton fossiele kooldioxide hebben uitgestoten, moesten worden geacht uitsluitend biomassa te gebruiken in de zin van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87. Bovendien blijkt uit de verklaringen van partijen ter terechtzitting dat de in artikel 10 bis, lid 2, onder b), van deze richtlijn bedoelde maximale vermindering van de benchmarkwaarde (zie punt 36 hierboven) was bereikt, zodat de opneming van een installatie die efficiënter is dan gemiddeld of de uitsluiting van twee ten onrechte opgenomen installaties, in casu niet of hoogstens nauwelijks van invloed zou zijn, gezien het grote aantal installaties dat onder deze benchmark valt.

81 In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat de schending door de Commissie van haar verplichting om alle relevante elementen van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, zoals genoemd in punt 78 hierboven, geen invloed heeft op de rechtmatigheid van de uitsluiting van de betrokken installatie van het EU-ETS. Voorts zij opgemerkt dat de kwestie van de twee andere in de e-mail van 4 februari 2021 genoemde installaties die waren opgenomen in de door

het Koninkrijk Zweden ingediende nationale uitvoeringsmaatregel en waarvoor een niet-afgeronde fossiele kooldioxide-emissie van minder dan 0,5 ton was opgegeven, in het kader van het onderhavige geding niet is voorgelegd aan het Gerecht.

82 Hieruit volgt dat, ondanks de fout die de Commissie heeft gemaakt door principieel te weigeren om rekening te houden met de informatie die haar op 4 februari 2021 door de Naturvårdsverk was toegezonden, het eerste onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

– *Tweede onderdeel van het derde middel: schending van het recht om te worden gehoord*

83 Verzoekster betoogt dat de Commissie haar recht om te worden gehoord heeft geschonden doordat zij haar niet in de gelegenheid heeft gesteld om opmerkingen te maken alvorens het bestreden besluit vast te stellen. Verzoekster is van mening dat deze schending in strijd is met artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en dat zij zonder deze schending had kunnen aantonen dat de betrokken installatie niet uitsluitend biomassa gebruikte, maar deels ook fossiele kooldioxide uitstootte. Zij stelt dat zij zich dus beter had kunnen verdedigen indien haar recht om te worden gehoord was geëerbiedigd. Zij betoogt dat zij de Commissie had kunnen meedelen dat zij haar emissie van fossiele kooldioxide had afgerond op nul, ook al was die emissie niet nul en was zij voornemens om in de periode 2021-2025 fossiele kooldioxide te blijven uitstoten.

84 Verzoekster voert ook aan dat het bestreden besluit zeer nadelig voor haar is. Volgens haar wordt haar ten eerste een jaarlijkse winst van ruim drie miljoen euro ontzegd, geschat op basis van de kosteloze toewijzing van emissierechten die zij voor 2020 heeft ontvangen. Ten tweede heeft zij geen vergunning meer om fossiele kooldioxide uit te stoten en wordt zij blootgesteld aan strafrechtelijke sancties doordat de betrokken installatie is uitgesloten van het EU-ETS.

85 Ten slotte betoogt verzoekster dat, aangezien punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 in de tegenwoordige tijd is verwoord, de omstandigheid dat zij tijdens de referentieperiode (2014-2018) eventueel uitsluitend biomassa heeft gebruikt, niet beslissend mag zijn voor de vraag of zij voornemens was om in de daaropvolgende jaren fossiele kooldioxide uit te stoten. Zij is van mening dat zij, indien zij dit argument had kunnen aanvoeren, had kunnen aantonen dat zij er recht op had dat de betrokken installatie in het EU-ETS bleef.

86 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

87 Volgens artikel 41, lid 2, onder a), van het Handvest heeft eenieder het recht om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen.

88 Volgens de rechtspraak vormt de eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure tegen iemand die tot een bezwarend besluit kan leiden, een grondbeginsel van het Unierecht, dat zelfs bij ontbreken van elke regeling betreffende de procedure in acht moet worden genomen. Het recht om te worden gehoord waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden (zie arresten van 9 juni 2005, Spanje/Commissie, C-287/02, EU:C:2005:368, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 22 november 2012, M., C-277/11, EU:C:2012:744, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

89 In casu is het recht om te worden gehoord niet geschonden. Zoals de Commissie stelt, kan de procedure van artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87 enkel tegen de betrokken lidstaat worden ingeleid. Deze procedure heeft tot doel dat de Commissie erop toeziet dat de door de betrokken lidstaat ingediende nationale uitvoeringsmaatregelen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten voldoen aan de in artikel 10 bis, lid 1, van deze richtlijn genoemde regels.

90 Wat deze procedure betreft, beschikken de betrokken exploitanten van installaties volgens artikel 14 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) over geen enkel specifiek procedureel recht. Volgens de regels van deze gedelegeerde verordening moeten de betrokken exploitanten van installaties worden gehoord in het kader van de nationale procedure betreffende de indiening bij de Commissie van de lijst van onder richtlijn 2003/87 vallende installaties en van de aan elke installatie toegewezen kosteloze emissierechten. In dit verband bepaalt artikel 3 van deze gedelegeerde verordening dat de lidstaten passende administratieve maatregelen moeten treffen om de toepassing van de in deze verordening vastgestelde regels te verzekeren. Voorts heeft verzoekster niet aangevoerd dat zij niet in staat is geweest om haar standpunt naar behoren en daadwerkelijk kenbaar te maken aan de Naturvårdsverk (zie in die zin arrest van 26 september 2014, Arctic Paper Mochenwangen/Commissie, T-634/13, niet gepubliceerd, EU:T:2014:828, punt 105 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

91 Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

– *Derde onderdeel van het derde middel: schending van de motiveringsplicht*

92 Verzoekster betoogt dat het bestreden besluit, om te voldoen aan de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU, in de eerste plaats de gronden had moeten vermelden die de uitlegging door de Commissie van de criteria voor de toepassing van de vrijstelling voor biomassa rechtvaardigden, en in de tweede plaats uitdrukkelijk had moeten motiveren waarom, ten eerste, het feit dat verzoekster fossiele kooldioxide uitstootte irrelevant was, ten tweede, installaties met vergelijkbare emissieniveaus verschillend zijn behandeld, ten derde, de Commissie geen rekening heeft gehouden met de haar door de Naturvårdsverk verstrekte informatie dat verzoekster fossiele kooldioxide uitstootte, ten vierde, verzoekster niet is gehoord ondanks de informatie waarover de Commissie beschikte, en ten vijfde, de Commissie bij de beoordeling of de biomassa-uitzondering op verzoekster van toepassing was, enkel rekening heeft gehouden met de fossiele kooldioxide-emissie van de betrokken installatie in het verleden en niet met de huidige of toekomstige emissie ervan.

93 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

94 De door artikel 296 VWEU vereiste motivering moet de redenering van degene die de gelaakte handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden ter verdediging van hun rechten kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel, en de Unierechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie arrest van 23 september 2009, Polen/Commissie, T-183/07, EU:T:2009:350, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

95 De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijk en rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest van 23 september 2009, Polen/Commissie, T-183/07, EU:T:2009:350, punt 137 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

96 Ook moet worden overwogen dat de nakoming van de motiveringsplicht krachtens artikel 296 VWEU wat betreft een besluit betreffende de nationale uitvoeringsmaatregelen voor de voorlopige kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten, overeenkomstig artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87, in casu des te meer van fundamenteel belang is daar de controlebevoegdheid waarover de Commissie op grond van laatstgenoemde bepaling beschikt, ingewikkelde economische en ecologische beoordelingen impliceert, en de toetsing van de rechtmatigheid en de gegrondheid van deze beoordelingen door de Unierechter beperkt is (zie naar analogie arrest van 23 september 2009, Polen/Commissie, T-183/07, EU:T:2009:350, punt 138 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

97 In casu blijkt uit de motivering in overweging 11 van het bestreden besluit (zie punt 20 hierboven) ondubbelzinnig welke redenering in het bestreden besluit is gevolgd. Uit deze overweging volgt namelijk dat de Commissie van mening was dat de betrokken installatie, daar zij uitsluitend biomassa had gebruikt, overeenkomstig punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 moest worden uitgesloten van het EU-ETS.

98 Aangezien deze gegevens volstonden om verzoekster in staat te stellen haar beroep doeltreffend in te stellen en het Gerecht in staat te stellen de rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen, was de Commissie dus, anders dan verzoekster stelt, niet verplicht een specifieke motivering te geven met betrekking tot de in punt 92 hierboven genoemde kwesties.

99 Bijgevolg dient het derde onderdeel van het derde middel, en dus het derde middel in zijn geheel, te worden afgewezen.

Gegrondheid van het bestreden besluit

100 Eerst moet het vijfde middel van verzoekster worden onderzocht, betreffende de rechtmatigheid van de door de Commissie in het bestreden besluit aan de uitsluitingscriteria gegeven uitlegging. Tot staving van dit middel betoogt verzoekster dat de Commissie de wezenlijke bepalingen van richtlijn 2003/87 heeft geschonden door vast te stellen dat alle installaties waarvoor een fossiele kooldioxide-emissie van nul is opgegeven, met inbegrip van de installaties waarvoor de werkelijke emissie op nul is afgerond, moeten worden uitgesloten van het EU-ETS.

Vijfde middel: inbreuk op richtlijn 2003/87

101 Dit middel bestaat uit twee onderdelen. Tot staving van het eerste onderdeel betoogt verzoekster dat de Commissie ten onrechte de in artikel 2, punt 14, van gedelegeerde verordening 2019/331 gedefinieerde referentieperiode in aanmerking heeft genomen om te bepalen of de betrokken

installatie onder het EU-ETS kon vallen. Tot staving van het tweede onderdeel stelt zij dat de uitlegging van richtlijn 2003/87 door de Commissie, en met name van punt 1 van bijlage I daarbij, op een aantal punten blijk geeft van een onjuiste rechtstoepassing.

– *Eerste onderdeel van het vijfde middel: onterechte inaanmerkingneming van oude waarden*

102 Verzoekster betoogt dat uit artikel 11 van richtlijn 2003/87 voortvloeit dat de in artikel 2, punt 14, van gedelegeerde verordening 2019/331 gedefinieerde referentieperiode, namelijk de periode van 2014 tot en met 2018, alleen relevant is voor de vaststelling van de hoeveelheid emissierechten die kosteloos kan worden toegewezen en dat deze referentieperiode dus geen verband houdt met de uitzondering met betrekking tot de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, als bedoeld in punt 1 van bijlage I bij deze richtlijn. Verzoekster is derhalve van mening dat de Commissie het recht verkeerd heeft toegepast door de betrokken installatie, omdat deze volgens de opgave tijdens de referentieperiode geen fossiele kooldioxide had uitgestoten, van het EU-ETS uit te sluiten.

103 Volgens verzoekster moet de vraag of een installatie onder het EU-ETS valt evenwel niet afhangen van de emissies ervan in het verleden, van meer dan twee jaar oud, maar van de emissies die daadwerkelijk zijn uitgestoten ten tijde van de vaststelling van de nationale uitvoeringsmaatregelen en van de emissies die de onderneming voornemens is in de toekomst uit te stoten. Anders zou een onderneming die voornemens is fossiele kooldioxide uit te stoten, de mogelijkheid worden ontnomen om de vereiste vergunning te verkrijgen.

104 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

105 Volgens artikel 11, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 wordt uiterlijk op 30 september 2019 een lijst ingediend van onder deze richtlijn vallende installaties voor de periode van vijf jaar die op 1 januari 2021 ingaat, en nadien om de vijf jaar een lijst voor elke volgende periode van vijf jaar. Elke lijst bevat informatie over de productieactiviteit, de overdracht van warmte en gassen, de elektriciteitsproductie en de emissies op het niveau van de subinstallatie betreffende de vijf kalenderjaren voorafgaand aan de indiening ervan. Kosteloze toewijzingen worden enkel verstrekt aan installaties waarvoor die gegevens zijn ingediend.

106 Artikel 2, punt 14, van gedelegeerde verordening 2019/331 definieert de „referentieperiode” als „de vijf kalenderjaren vóór de termijn voor de indiening van de gegevens bij de Commissie op grond van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87/EG”.

107 Artikel 11, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 luidt als volgt:

„Elke lidstaat publiceert en verstrekt de Commissie […] de lijst met installaties op zijn grondgebied die onder […] richtlijn [2003/87] vallen en alle kosteloze toewijzingen aan elke installatie […]”.

108 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 verwijst naar de „lijst met installaties die onder deze richtlijn vallen”. De uitlegging van verzoekster dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de referentieperiode, in het kader waarvan de historische gegevens van elke installatie in aanmerking moeten worden genomen voor de berekening van de hoeveelheid emissierechten die kosteloos aan de betrokken installatie kan worden toegewezen, en de periode die in aanmerking moet worden genomen voor de toepassing van de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, vindt evenwel geen grondslag in de bepalingen van deze richtlijn.

109 Het begrip „installaties die onder richtlijn 2003/87 vallen” kan namelijk niet worden uitgelegd los van artikel 2, lid 1, van deze richtlijn, dat verwijst naar de in bijlage I bij deze richtlijn genoemde activiteiten, waarvan punt 1 voorziet in de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken. Uit de algemene opzet van deze bepalingen, in hun geheel beschouwd, volgt dus dat de installaties, om in aanmerking te komen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, moeten voorkomen op de lijst van nationale uitvoeringsmaatregelen, hetgeen veronderstelt dat zij voldoen aan een van de in deze bijlage genoemde criteria voor opneming in het EU-ETS.

110 Het door verzoekster gemaakte onderscheid, dat inhoudt dat de toekomstige bedoelingen van de exploitant van belang zijn voor de vraag of een installatie op de lijst van nationale uitvoeringsmaatregelen kan worden geplaatst zodat die in aanmerking komt voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, is dus in strijd met de duidelijke bepalingen van richtlijn 2003/87.

111 Derhalve dient het eerste onderdeel van het vijfde middel te worden afgewezen.

– *Tweede onderdeel van het vijfde middel: onjuiste toepassing van het recht*

112 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat de wijziging – bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG teneinde [het systeem] voor de handel in broeikasgasemissierechten [binnen de Unie] te verbeteren en uit te breiden (PB 2009, L 140, blz. 63) – van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 tot doel heeft de verplichtingen van exploitanten van installaties die biomassa gebruiken, te verlichten door hen vrij te stellen van de rapportages die nodig zijn om de emissierechten te verkrijgen ter dekking van de emissies die verband houden met hun productieproces. Volgens haar is deze vrijstelling marginaal in verhouding tot de andere bij deze richtlijn ingevoerde wijzigingen.

113 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat het centrale element van de bij richtlijn 2009/29 in het EU-ETS aangebrachte wijzigingen de vaststelling was van productbenchmarks voor de berekening van de kosteloze toewijzingen van emissierechten. Zij wijst erop dat artikel 10 bis van richtlijn 2003/87, dat is ingevoerd bij richtlijn 2009/29, bepaalt dat de emissierechten worden toegewezen op basis van de emissies die worden geproduceerd door de 10 % ecologisch meest efficiënte installaties en de hoeveelheden die door elke installatie worden geproduceerd, ongeacht de werkelijke emissies ervan. Deze nieuwe bepaling beoogt aldus elke exploitant aan te zetten tot een vermindering van zijn emissies in verhouding tot zijn productie, en een van de daartoe uitdrukkelijk genoemde methoden is het gebruik van hernieuwbare biomassa in plaats van fossiele brandstoffen aanmoedigen. Hoe dan ook waren de ingevoerde wijzigingen volgens verzoekster uitdrukkelijk bedoeld om de exploitanten niet aan te zetten tot een verhoging van hun emissies (artikel 10 bis van richtlijn 2003/87 en overweging 23 van richtlijn 2009/29).

114 Verzoekster betoogt dat de ecologische efficiëntie van biomassa in aanmerking wordt genomen als gevolg van het feit dat aan de emissies door biomassa een factor gelijk aan nul wordt toegewezen en van het feit dat bij de berekening van de emissies die worden uitgestoten door de 10 % meest efficiënte installaties enkel rekening wordt gehouden met de emissies van fossiele brandstoffen. Volgens deze logica zou het evenwel absurd zijn om er geen rekening mee te kunnen houden dat de emissies tot nul zouden worden gereduceerd indien de exploitanten erin zouden slagen de fossiele brandstoffen volledig te vervangen door biomassa. In een dergelijke situatie zouden exploitanten worden gestimuleerd om niet uitsluitend biomassa te gebruiken, zodat zij zouden kunnen blijven profiteren van de kosteloze toewijzing van emissierechten. Volgens verzoekster is de uitlegging die de Commissie in het bestreden besluit aan de uitzondering betreffende biomassa

heeft gegeven, aangezien deze tot het paradoxale resultaat leidt dat de betrokken installatie, die tot de ecologisch meest efficiënte behoort, van de productbenchmark wordt uitgesloten, rechtstreeks in strijd met de letter en de opzet van artikel 10 bis van richtlijn 2003/87.

115 In de derde plaats is verzoekster, gelet op het voorgaande, van mening dat de in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 gegeven uitlegging in strijd is met artikel 10 bis van deze richtlijn, dat evenwel op dit punt moet prevaleren.

116 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

117 In de eerste plaats is, zoals de Commissie terecht betoogt, de wijziging van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 teneinde installaties uit te sluiten die uitsluitend biomassa gebruiken, niet van ondergeschikt belang, aangezien zij het toepassingsgebied van het EU-ETS definieert. Artikel 2 van deze richtlijn definieert de onder het EU-ETS vallende installaties immers door te verwijzen naar deze bijlage, en dus in het bijzonder naar de betrokken bepaling. Bovendien heeft verzoekster geen enkel bewijs aangevoerd ter ondersteuning van haar argument dat deze bepaling uitsluitend tot doel heeft de door het EU-ETS voor de onder dit systeem vallende installaties opgelegde administratieve lasten te verlichten. De afbakening van de werkingssfeer van deze richtlijn, waarbij installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, worden uitgesloten, is dus niet ondergeschikt aan artikel 10 bis van deze richtlijn. De daarin gedefinieerde ex-antebenchmarks zijn namelijk alleen bedoeld voor installaties die onder het EU-ETS vallen.

118 In de tweede plaats verhindert de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, zoals verzoekster stelt, dat de milieuprestaties van die installaties in aanmerking worden genomen bij de berekening van de benchmarks. Daar staat evenwel tegenover dat het voor de betrokken installaties niet verplicht is om emissierechten in te leveren voor een hoeveelheid die gelijk is aan de door deze installaties geproduceerde kooldioxide-emissie, zoals reeds werd bepaald in bijlage IV bij de oorspronkelijke versie van richtlijn 2003/87. Hoewel het door deze omstandigheid niet mogelijk is om rekening te houden met de milieuprestaties van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, kan hierdoor wel het buitenkanseffect in de vorm van de kosteloze toewijzing van emissierechten voor een installatie die wordt geacht geen kooldioxide uit te stoten, worden voorkomen. Het feit dat er geen gevolgen zijn voor de waarde van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, betekent echter niet dat punt 1 van bijlage I bij de richtlijn los van artikel 11 van de richtlijn kan worden uitgelegd. Zoals blijkt uit het onderzoek van het eerste onderdeel van dit middel, houdt de opneming in het EU-ETS van een installatie die biomassa gebruikt verband met het feit dat zij tijdens de referentieperiode fossiele kooldioxide heeft uitgestoten.

119 In de derde plaats is de uitlegging van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 die inhoudt dat installaties waarvan de emissies tijdens de referentieperiode nul waren, moeten worden uitgesloten, evenmin in strijd met artikel 10 bis van deze richtlijn. Deze bepaling vereist namelijk niet dat rekening wordt gehouden met de milieuprestaties van installaties die niet onder het EU-ETS vallen, maar bepaalt juist dat de emissies van installaties die onder een ex-antebenchmark vallen in aanmerking moeten worden genomen. Wegens de uitsluiting van deze installaties wanneer zij uitsluitend biomassa gebruiken, kunnen zij echter niet worden geacht onder een dergelijke benchmark te vallen.

120 In de vierde plaats staat vast dat installaties die niet onder het EU-ETS vallen niet in aanmerking komen voor kosteloze toewijzing van emissierechten. Hieruit volgt dat, aangezien de betrokken installatie van het EU-ETS is uitgesloten, de situatie van verzoekster niet vergelijkbaar is met die

van andere ondernemingen met installaties die met het oog op die toewijzingen wel onder het EU-ETS vallen, die verplicht zijn een hoeveelheid emissierechten in te leveren die gelijk is aan hun emissies. Daardoor loopt verzoekster ook niet het risico te worden onderworpen aan de sancties van artikel 16 van richtlijn 2003/87 in geval van niet-nakoming van de verplichtingen met betrekking tot de in het EU-ETS opgenomen installaties. Het feit dat de in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij deze richtlijn gegeven uitlegging tot gevolg heeft dat verzoekster niet langer in aanmerking komt voor kosteloze toewijzingen van emissierechten kan derhalve geen schending van het beginsel van gelijke behandeling opleveren.

121 In de vijfde plaats impliceert niets in richtlijn 2003/87 dat de opneming van een installatie in het EU-ETS strikt neutraal is voor de concurrentiepositie van die installaties in vergelijking met installaties die er niet onder vallen of worden uitgesloten. Hieruit volgt dat de door verzoekster gestelde concurrentievervalsing niet van dien aard is dat zij de onrechtmatigheid aantoont van de uitlegging die de Commissie in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij deze richtlijn heeft gegeven.

122 In de zesde plaats kan, anders dan verzoekster stelt, het feit dat de in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 gegeven uitlegging ertoe kan leiden dat voor de aldus uitgesloten installaties niet langer uitsluitend biomassa zal worden gebruikt, niet de onrechtmatigheid van deze uitlegging aantonen. De door het EU-ETS nagestreefde algemene doelstelling van emissiereductie kan er namelijk niet toe leiden dat de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken ongeldig wordt verklaard omdat dit bepaalde exploitanten ertoe zou kunnen aanzetten om vrijwillig ecologisch minder efficiënte keuzen te maken. Dergelijke eventualiteiten zijn immers inherent aan elk drempeleffect en kunnen niet worden vermeden in gevallen waarin de draagwijdte van een maatregel als het EU-ETS wordt afgebakend. Bijgevolg kan verzoekster niet aanvoeren dat de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken van de mechanismen voor de kosteloze toewijzing van emissierechten in strijd is met de doelstellingen van deze richtlijn en het evenredigheidsbeginsel.

123 Verzoekster toont dus niet aan dat de uitlegging die de Commissie in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 heeft gegeven onrechtmatig is. Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het vijfde middel, en dus dit middel in zijn geheel, worden afgewezen.

Eerste middel: kennelijke beoordelingsfout

124 Verzoekster betoogt dat de Commissie de feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld door vast te stellen dat de betrokken installatie uitsluitend biomassa gebruikte. In dit verband betoogt zij dat de betrokken installatie zowel tijdens de referentieperiode – te weten in 2018 – als in 2019 en 2020 fossiele kooldioxide heeft uitgestoten en dat de opgegeven waarden van 0 ton het resultaat waren van afronding. Door geen rekening te houden met deze gegevens, die haar vóór de vaststelling van het bestreden besluit door de Naturvårdsverk waren meegedeeld, heeft de Commissie niet alleen vergelijkbare installaties verschillend behandeld, aangezien zij geen bezwaar heeft gemaakt tegen de opneming in de Zweedse nationale uitvoeringsmaatregel van installaties die in feite gelijkwaardige hoeveelheden fossiele kooldioxide hebben uitgestoten, maar heeft zij ook ten onrechte geweigerd relevante gegevens in aanmerking te nemen. De Commissie heeft dus een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door te oordelen dat de betrokken installatie uitsluitend biomassa gebruikte in de zin van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87.

125 Bovendien heeft de Commissie geen consistente werkwijze gevolgd. Het lijkt erop dat de Commissie haar uitlegging van de uitzondering voor het uitsluitend gebruiken van biomassa thans baseert op het feit dat er geen uitstoot van fossiele kooldioxide gedurende de gehele referentieperiode van vijf jaar voor een installatie is opgegeven, aangezien een positieve rapportage met betrekking tot één enkel jaar van deze periode volstaat om aan uitsluiting van het EU-ETS te ontkomen. In haar brief met opmerkingen van 19 mei 2020 heeft de Commissie evenwel een ander standpunt ingenomen, namelijk dat het loutere feit dat een installatie gedurende één jaar van de referentieperiode een emissie van bijna nul heeft opgegeven, zou volstaan om uitsluiting ervan te rechtvaardigen. Verzoekster is van mening dat zij op basis van die criteria – die zij betwist – ook had moeten worden uitgesloten van de derde handelsperiode, van 2013 tot en met 2020.

126 Verzoekster stelt dus dat zij zich ten gevolge van het bestreden besluit in een paradoxale situatie bevindt, aangezien zij, om in aanmerking te komen voor kosteloze toewijzingen van emissierechten in de toekomst, haar fossiele kooldioxide-emissies reeds met meer dan een ton per jaar zou hebben moeten verhogen. Zij zou overigens bereid zijn deze tot ruim vijf ton per jaar te verhogen indien een wetswijziging zou worden aangenomen waarbij de uitsluiting wegens het uitsluitend gebruiken van biomassa zou worden uitgebreid tot installaties die minder dan vijf ton fossiele kooldioxide per jaar uitstoten.

127 Voorts kunnen de punten 1 en 3 van bijlage I bij richtlijn 2003/87, aangezien zij niet in precies dezelfde bewoordingen zijn gesteld (zie punt 40 hierboven), geen betrekking hebben op dezelfde installaties. Het zou dan ook onlogisch zijn om installaties met een lage emissie van fossiele kooldioxide in alle gevallen gelijk te stellen met installaties die alleen bij het opstarten of uitschakelen fossiele brandstoffen gebruiken. Anders dan de Commissie beweert, betekent een lage emissie van fossiele kooldioxide dus niet dat deze als irrelevant kan worden beschouwd voor de toepassing van de uitsluiting waarin punt 1 van genoemde bijlage voorziet.

128 Ten slotte verwijst verzoekster naar haar argumenten om aan te tonen dat de gegevens die konden rechtvaardigen dat de betrokken installatie in het EU-ETS opgenomen bleef, door de Naturvårdsverk op een zodanig tijdstip aan de Commissie waren meegedeeld dat zij in aanmerking konden worden genomen (zie de punten 66 en 67 hierboven).

129 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

130 Volgens vaste rechtspraak beschikken de bevoegde autoriteiten van de Unie, in een technisch complexe situatie die voortdurend in beweging is zoals die in de onderhavige zaak, over een ruime beoordelingsbevoegdheid, met name met betrekking tot de beoordeling van zeer ingewikkelde wetenschappelijke en technische feiten, om de aard en de omvang van de maatregelen die zij vaststellen te bepalen, terwijl de toetsing door de rechter van de Unie beperkt moet blijven tot de vraag of er bij de uitoefening van deze bevoegdheid geen sprake is geweest van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of deze autoriteiten de grenzen van hun beoordelingsbevoegdheid niet klaarblijkelijk hebben overschreden. In die context kan de rechter van de Unie zijn beoordeling van de wetenschappelijke en technische feiten immers niet in de plaats stellen van die van de autoriteiten van de Unie, waaraan het VWEU die taak bij uitsluiting heeft toevertrouwd (zie in die zin arresten van 21 juli 2011, Etimine, C-15/10, EU:C:2011:504, punt 60, en 21 juni 2018, Polen/Parlement en Raad, C-5/16, EU:C:2018:483, punt 150 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

131 Bovendien zij gepreciseerd dat deze ruime beoordelingsvrijheid van de autoriteiten van de Unie, waarvan de uitoefening bijgevolg door de rechter beperkt wordt getoetst, niet slechts geldt voor de aard en de draagwijdte van de vast te stellen bepalingen, doch tot op zekere hoogte ook voor de vaststelling van de basisgegevens. Een dergelijke rechterlijke toetsing, ook al is de draagwijdte ervan beperkt, vereist evenwel dat de autoriteiten van de Unie die de betrokken handeling hebben vastgesteld, voor de Unierechter kunnen aantonen dat zij bij de vaststelling van de handeling hun beoordelingsvrijheid daadwerkelijk hebben uitgeoefend, wat veronderstelt dat rekening wordt gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden van de situatie welke die handeling heeft willen regelen (arrest van 8 juli 2010, Afton Chemical, C-343/09, EU:C:2010:419, punten 33 en 34; zie ook arrest van 30 april 2015, Polynt en Sitre/ECHA, T-134/13, niet gepubliceerd, EU:T:2015:254, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

132 Het staat dus aan de Unierechter om, gelet op de door verzoekster aangevoerde bewijselementen, de materiële juistheid en de betrouwbaarheid en samenhang daarvan te controleren, alsook om na te gaan of die bewijselementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest van 6 november 2008, Nederland/Commissie, C-405/07 P, EU:C:2008:613, punt 55; zie ook arrest van 9 september 2011, Frankrijk/Commissie, T-257/07, EU:T:2011:444, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

133 Volgens de Commissie heeft de Naturvårdsverk, in de lijst van installaties waarop de nationale uitvoeringsmaatregel betrekking heeft, met betrekking tot verzoekster voor alle jaren van de referentieperiode een emissie van nul fossiele kooldioxide opgegeven. Verzoekster betoogt zelf dat zij de door haar opgegeven emissies voor elk van de jaren van de referentieperiode op nul had afgerond om te voldoen aan de afrondingsregels. Aan de hand van de aan het Gerecht overgelegde stukken kan niet met zekerheid worden vastgesteld of de gegevens in de e-mail van 4 februari 2021 van de Naturvårdsverk aan de Commissie (zie punt 17 hierboven), volgens welke verzoekster met betrekking tot 2018 een emissie van 0,3727 ton fossiele kooldioxide had opgegeven, reeds vóór de datum van die e-mail aan de Commissie waren meegedeeld. In dit verband blijkt uit de stukken betreffende verzoekster die na de door het Gerecht vastgestelde maatregel tot organisatie van de procesgang door partijen zijn overgelegd, niet dat de Commissie vóór die datum toegang had tot die informatie.

134 Zelfs als dat wel het geval zou zijn geweest, zou met de inaanmerkingneming van emissies van minder dan 0,5 ton fossiele kooldioxide evenwel hoe dan ook voorbij zijn gegaan aan de afrondingsregels, die, zoals in de punten 60 en 61 hierboven is opgemerkt, een algemeen en dwingend karakter hebben. De uniforme toepassing van de regels voor de werking van het EU-ETS is bedoeld om te voorkomen dat de emissierechtenmarkt wordt verstoord, hetgeen essentieel is om indirect de verwezenlijking te vergemakkelijken van het doel dat die markt dient, namelijk het milieu beschermen (conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak ArcelorMittal Rodange et Schifflange, C-321/15, EU:C:2016:516, punt 78).

135 Hieruit volgt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de betrokken installatie uitsluitend biomassa gebruikte en dat de uitsluiting van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 bijgevolg op die installatie moest worden toegepast.

136 Bovendien moet ten eerste worden opgemerkt dat de vermeende schending van het beginsel van gelijke behandeling, die volgens verzoekster voortvloeit uit de verschillende behandeling van installaties die zich in vergelijkbare situaties bevinden, irrelevant is voor de toepassing op de betrokken installatie van de regels voor de werking van het EU-ETS. Deze kwestie zal overigens hierna worden beoordeeld in het kader van het onderzoek van het tweede middel van het beroep.

137 Ten tweede heeft de omstandigheid, zelfs gesteld dat deze bewezen zou zijn, dat de betrokken installatie volgens het in het bestreden besluit door de Commissie vastgelegde uitsluitingscriterium reeds voor de voorgaande periode had moeten worden uitgesloten, geen enkele invloed op de rechtmatigheid van het bestreden besluit, dat enkel betrekking heeft op de periode voor de toewijzing van emissierechten van 2021 tot en met 2025.

138 Ten derde volgt zowel uit artikel 11, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87, zoals gewijzigd bij richtlijn 2018/410, als uit artikel 2, lid 14, van gedelegeerde verordening 2019/331 dat de referentieperiode van vijf jaar die in het bestreden besluit in aanmerking moest worden genomen voor de beoordeling van de emissies, liep van 2014 tot en met 2018. Het voornemen van verzoekster om in de periode 2021-2025 fossiele kooldioxide uit te stoten, is derhalve niet van invloed op de rechtmatigheid van het bestreden besluit.

139 Ten vierde moet worden beklemtoond dat, zoals partijen ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht overigens hebben toegegeven, het doel van het EU-ETS niet is om kosteloos emissierechten toe te wijzen, maar om ondernemingen te stimuleren om hun broeikasgasemissies te verminderen en, in het bijzonder, biomassa in plaats van fossiele brandstoffen te gebruiken. Wanneer een installatie van het EU-ETS wordt uitgesloten omdat zij uitsluitend biomassa gebruikt, kan derhalve niet geldig worden aangevoerd dat deze uitsluiting op een kennelijke beoordelingsfout berust.

140 Voor zover verzoekster tot staving van haar eerste middel de beweringen herhaalt over de afronding van de opgave van haar emissie van fossiele kooldioxide voor 2018 en het feit dat de Commissie de haar op 26 januari en 4 februari 2021 door de Naturvårdsverk toegezonden gegevens niet in aanmerking heeft genomen, welke beweringen in dit arrest reeds zijn beoordeeld, kan ten slotte worden volstaan met een verwijzing naar de punten 51 tot en met 60 en 69 tot en met 82 hierboven.

141 Uit een en ander volgt dat het eerste middel moet worden afgewezen.

Tweede middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling

142 Volgens verzoekster heeft de Commissie in het bestreden besluit het beginsel van gelijke behandeling in twee opzichten geschonden.

143 Ten eerste werden installaties met vergelijkbare niveaus van fossiele kooldioxide-emissies, zoals de Naturvårdsverk in zijn e-mail van 4 februari 2021 aan de Commissie had opgemerkt, verschillend behandeld wat hun opneming in het EU-ETS betreft, om de enkele reden dat voor sommige installaties de opgave was afgerond en voor andere niet. Verzoekster wijst er ook op dat ten minste één van de installaties waarvan de opneming in het EU-ETS niet door de Commissie is betwist, minder fossiele kooldioxide heeft uitgestoten dan de betrokken installatie. De Commissie, die van de situatie op de hoogte was gebracht voordat het bestreden besluit werd vastgesteld, had het beginsel van gelijke behandeling moeten eerbiedigen en vergelijkbare situaties niet verschillend mogen behandelen. Anders dan de Commissie stelt, is een verschil in rapportages

enkel doordat de opgave voor sommige installaties is afgerond en voor andere niet, niet relevant en vormt dit geen rechtvaardiging om deze twee categorieën activiteiten verschillend te behandelen.

144 Ten tweede leidt de schending van het beginsel van gelijke behandeling in de onderhavige zaak door de Commissie tot concurrentievervalsing en een onterechte bevoordeling van producenten die fossiele brandstoffen gebruiken en die anders dan verzoekster toegang hebben tot het EU-ETS en dus winst kunnen maken door hun ongebruikte emissierechten door te verkopen. Verzoekster is van mening dat er door haar uitsluiting dus sprake is van een verschil in behandeling tussen producenten die tot dezelfde productbenchmark behoren en dat dit verschil ongerechtvaardigd is in het licht van de milieudoelstellingen die met het EU-ETS worden nagestreefd.

145 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

146 Het algemene gelijkheidsbeginsel, een van de grondbeginselen van het Unierecht, vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie in die zin arresten van 19 oktober 1977, Ruckdeschel e.a., 117/76 en 16/77, EU:C:1977:160, punt 7, en 17 december 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a., C-336/19, EU:C:2020:1031, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

147 Uit het dossier, en met name uit de memorie van dupliek en de antwoorden van de Commissie en verzoekster op de maatregel tot organisatie van de procesgang van het Gerecht, blijkt dat de Commissie, behalve in twee gevallen waarin zij heeft erkend dat zij de betrokken installaties ten onrechte niet heeft uitgesloten, de installaties waarvoor in de referentieperiode een fossiele kooldioxide-emissie van nul of minder dan 0,5 ton was opgegeven, van het EU-ETS heeft uitgesloten. Verzoekster, die zich in die omstandigheden bevond, kan niet met een beroep op het beginsel van gelijke behandeling aanvoeren dat zij anders had moeten worden behandeld.

148 Het is juist dat de Commissie heeft gepreciseerd dat zij twee installaties met een fossiele kooldioxide-emissie van minder dan 0,5 ton had moeten uitsluiten. Uit vaste rechtspraak volgt echter dat het beginsel van gelijke behandeling te verenigen moet zijn met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat niemand zich ten eigen voordele kan beroepen op een onwettigheid waarvan anderen hebben kunnen profiteren. Een dergelijke benadering zou neerkomen op aanvaarding van het beginsel van „gelijke behandeling bij onwettigheid” (zie in die zin arrest van 16 november 2006, Peróxidos Orgánicos/Commissie, T-120/04, EU:T:2006:350, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In dit verband zij opgemerkt dat de Commissie ter terechtzitting niet heeft uitgesloten dat zij de onwettige opneming van deze twee installaties na het onderhavige arrest zal herstellen.

149 De beweringen van verzoekster dat zij zich in een ongunstiger situatie bevindt dan de andere ondernemingen in dezelfde productbenchmark moeten eveneens als ongegrond worden afgewezen. Doordat installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, worden uitgesloten, worden zij immers niet geacht onder een bepaalde productbenchmark te vallen. Verzoekster bevindt zich dus niet in dezelfde situatie als de ondernemingen die onder een ex-ante benchmarkvallen en wel in het EU-ETS zijn opgenomen. In dit verband zij er bovendien aan herinnerd dat, zoals voortvloeit uit de beoordeling van het vijfde middel (zie punt 120 hierboven), de uitlegging van het in punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 vastgestelde uitsluitingscriterium volgens welke installaties die geen fossiele kooldioxide hebben uitgestoten of die hoeveelheden hebben

uitgestoten die op nul moeten worden afgerond, niet in aanmerking komen voor een kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten, niet in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling.

150 Verzoekster kan dus niet aanvoeren dat het bestreden besluit een rechtstreekse schending van het beginsel van gelijke behandeling vormt, onverminderd de in het zesde middel opgeworpen vraag of de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, op zichzelf schending van dit beginsel vormt.

151 Het tweede middel moet derhalve worden afgewezen.

Vierde middel: schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen

152 Verzoekster betoogt dat zij vrijwillig is overgeschakeld op het voornamelijk op biomassa laten draaien van haar installatie en dat zij aldus spontaan heeft voldaan aan de door richtlijn 2003/87 nagestreefde doelstellingen. Bovendien voert zij aan dat zij niet kon voorzien dat deze handelwijze ertoe zou leiden dat zij werd uitgesloten van het EU-ETS, met als gevolg dat zij nu haar vergunning voor het gebruik van fossiele brandstoffen en haar financiële opbrengsten van het doorverkopen van de kosteloos aan haar toegewezen emissierechten is kwijtgeraakt. Volgens haar kon zij uit het door de Commissie bij de toewijzing van emissierechten voor de derde handelsperiode (2013-2020) ingenomen standpunt, toen zij reeds op biomassa was overgeschakeld, juist kon afleiden dat zij kon rekenen op een voor haar positief besluit voor de periode 2021-2025. Voor de voorgaande periode had zij namelijk reeds een uitstoot van nul opgegeven, zonder dat zij daardoor van het EU-ETS werd uitgesloten. Verzoekster beschikte aldus over een nauwkeurige toezegging van de Commissie en bevond zich in een situatie die vergelijkbaar is met die van de verzoeker in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 28 april 1988, Mulder (C-120/86, EU:C:1988:213). Er is haars inziens in casu geen hoger openbaar belang aanwezig dat schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen kan rechtvaardigen.

153 Zonder dit argument uitdrukkelijk in verband te brengen met het vierde middel, betoogt verzoekster voorts dat zij in het bezit was van vertrouwelijke informatie volgens welke zowel de Naturvårdsverk als de functionarissen van de Commissie die gespecialiseerd zijn in de toepassing van het EU-ETS van mening waren dat de betrokken installatie niet van het EU-ETS mocht worden uitgesloten.

154 De Commissie bestrijdt de argumenten van verzoekster.

155 Het recht om zich op bescherming van het gewettigd vertrouwen te beroepen is een uitvloeisel van het rechtszekerheidsbeginsel en komt toe aan iedere particulier die in een situatie verkeert waaruit blijkt dat de administratie van de Unie bij hem gegronde verwachtingen heeft gewekt. Nauwkeurige, onvoorwaardelijke en concordante inlichtingen die afkomstig zijn van bevoegde en betrouwbare bronnen zijn, ongeacht de vorm waarin zij worden meegedeeld, toezeggingen die dergelijke verwachtingen kunnen wekken. Niemand kan evenwel schending van dit beginsel aanvoeren wanneer er geen sprake is van nauwkeurige toezeggingen die hem door de autoriteiten zijn gedaan. Evenzo kan een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer die de vaststelling van een voor zijn belangen nadelige communautaire maatregel kan voorzien, zich niet op dit beginsel beroepen wanneer die maatregel wordt vastgesteld (zie in die zin arrest van 21 juni 2018, Polen/Parlement en Raad, C-5/16, EU:C:2018:483, punten 110, 111 en 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

156 In dit verband moet ten eerste worden opgemerkt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie haar in de zin van de in punt 155 genoemde rechtspraak heeft toegezegd dat zij voor de periode 2021-2025 kosteloos broeikasgasemissierechten zou ontvangen.

157 De omstandigheid dat de Commissie niet heeft besloten om de betrokken installatie voor de derde handelsperiode (2013-2020) uit te sluiten van de door het Koninkrijk Zweden aangemelde nationale uitvoeringsmaatregel, kan namelijk niet worden beschouwd als een onvoorwaardelijk standpunt van de Commissie met betrekking tot verzoeksters recht om onder het EU-ETS te blijven vallen en om bijgevolg kosteloos emissierechten te blijven ontvangen voor de volgende periode.

158 Bovendien staat vast dat verzoekster „de overschakeling op biomassa in 2010 heeft afgerond". Uit artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87, in de destijds geldende versie, volgt evenwel dat de referentieperiode die in aanmerking moest worden genomen voor de berekening van de hoeveelheid kosteloos aan installaties zoals die van verzoekster toe te wijzen emissierechten de jaren 2005 tot en met 2007 omvatte. Verzoekster toont overigens niet aan, en betoogt evenmin, dat haar fossiele kooldioxide-emissies voor deze drie jaren nul waren of op nul hadden moeten worden afgerond.

159 Ten tweede was de toepassing van de in punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 bedoelde uitsluiting grotendeels voorzienbaar op de datum waarop het bestreden besluit is vastgesteld, aangezien zij voortvloeit uit richtlijn 2009/29, waarvan de omzettingstermijn is verstreken op 31 december 2012. Aangezien deze bepaling naderhand niet is gewijzigd, kon een bezonnen marktdeelnemer in de zin van de in punt 155 aangehaalde rechtspraak niet onkundig zijn geweest van het feit dat de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, die sinds 1 januari 2013 van kracht was, nog steeds gold voor de vierde handelsperiode (2021-2025), waarop het bestreden besluit betrekking heeft.

160 Bijgevolg moet het vierde middel worden afgewezen.

Zesde middel: onwettigheid van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87

161 Voor het geval dat het Gerecht niet een van de eerste vijf middelen van het beroep toewijst, voert verzoekster op grond van artikel 277 VWEU een exceptie van onwettigheid van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 aan. Indien deze bepaling niet in overeenstemming met artikel 10 bis van deze richtlijn en de fundamentele beginselen van het primaire recht van de Unie kan worden uitgelegd, moet zij volgens verzoekster onwettig worden verklaard. In dit verband verwijst zij naar de argumenten die zij ter ondersteuning van het vijfde middel heeft aangevoerd.

162 Door de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken, is het volgens verzoekster onmogelijk om bij de berekening van de productbenchmarks rekening te houden met de ecologisch meest efficiënte installaties. Een dergelijke uitsluiting is daardoor dus onverenigbaar met de door richtlijn 2003/87 nagestreefde doelstellingen en met het evenredigheidsbeginsel.

163 Ook is dit in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. In de eerste plaats worden installaties waarvoor de opgaven zijn afgerond, namelijk minder gunstig behandeld dan installaties waarvoor dat niet is gedaan. In de tweede plaats worden installaties die in de periode 2014-2018 fossiele kooldioxide hebben uitgestoten, minder gunstig behandeld dan installaties die dat in de jaren 2019 en 2020 hebben gedaan. In de derde plaats worden installaties met fossiele kooldioxide-emissies

van minder dan 0,5 ton minder gunstig behandeld dan installaties met emissies boven deze drempel. In de vierde plaats verschilt de situatie van installaties waarvan de emissies volledig uit biomassa afkomstig zijn uit mededingingsoogpunt niet van installaties waarvan de emissies geheel of gedeeltelijk uit fossiele brandstoffen afkomstig zijn.

164 De Commissie, ondersteund door het Parlement en de Raad, betwist verzoeksters betoog.

165 Uit het onderzoek van het vijfde middel volgt dat de uitlegging die de Commissie in het bestreden besluit aan punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 heeft gegeven noch de bepalingen en doelstellingen van deze richtlijn, noch het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel schendt. In het kader van het zesde middel voert verzoekster evenwel aan dat, zelfs als dat zo is, het op zichzelf in strijd met deze beginselen en bepalingen is dat installaties die uitsluitend biomassa gebruiken van het EU-ETS worden uitgesloten.

166 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat de ontvankelijkheid van de door verzoekster opgeworpen exceptie van onwettigheid niet wordt betwist en weinig twijfel lijdt. Het is namelijk niet zeker dat verzoekster nietigverklaring had kunnen vorderen van de betrokken wijziging, die is ingevoerd bij richtlijn 2009/29, en het staat vast dat de Commissie op grond van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat verzoekster niet meer in de nationale uitvoeringsmaatregel moest worden opgenomen.

167 Voor zover verzoekster dezelfde argumenten aanvoert als die welke zij tot staving van het tweede onderdeel van het vijfde middel heeft ingeroepen, volstaat het evenwel erop te wijzen dat deze argumenten in de punten 120 tot en met 122 hierboven zijn afgewezen.

168 Voorts zou op een gebied waarop de Uniewetgever over een ruime beoordelingsmarge beschikt, alleen een kennelijke schending van deze beginselen de onwettigheid van de in het bestreden besluit vastgelegde uitsluiting kunnen aantonen.

169 Het kan evenwel niet worden betwist dat het huidige systeem, zoals het is gedefinieerd, tot gevolg heeft dat verzoekster wordt bestraft voor het feit dat zij haar fossiele kooldioxide-emissies tot nagenoeg nul heeft teruggebracht. Ten eerste stelt verzoekster, zonder ernstig te zijn tegengesproken, dat haar overschakeling op biomassa uiterst kostbare investeringen heeft gevergd waarvoor zij geen enkele compensatie meer ontvangt. Ten tweede blijkt uit de verklaringen van partijen ter terechtzitting dat het standpunt van de Commissie, namelijk dat verzoekster, zelfs indien zij zou besluiten weer op fossiele brandstoffen over te schakelen, niet als „nieuwkomer” kan worden beschouwd, haar elke mogelijkheid ontneemt om weer kosteloos emissierechten toegewezen te krijgen.

170 Zoals is opgemerkt in punt 122 hierboven zijn dergelijke effecten echter inherent aan elk systeem dat voorziet in drempels voor in- en uitsluiting. De in punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 bedoelde uitsluiting waarover het in deze zaak gaat, heeft tot gevolg dat installaties ten aanzien waarvan volledig voor een productieproces op basis van hernieuwbare energiebronnen is gekozen, worden vrijgesteld van de aan het EU-ETS inherente verplichtingen en dat exploitanten met betrekking tot installaties waarvoor deze keuze niet is gemaakt, worden aangezet om biomassa te gebruiken in plaats van fossiele brandstoffen. In dit verband moet bovendien worden opgemerkt dat het standpunt van verzoekster dat zij opnieuw kosteloos emissierechten zou moeten krijgen toegewezen indien zij weer fossiele brandstoffen zou gaan gebruiken, rechtstreeks in strijd is met deze doelstelling.

171 Ondanks de negatieve gevolgen voor verzoekster kunnen de uitsluiting van installaties die uitsluitend biomassa gebruiken en de gelijkstelling met dergelijke installaties van installaties die in de referentieperiode minder dan 0,5 ton fossiele kooldioxide hebben uitgestoten, dus geen kennelijke schending van het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling door de Uniewetgever opleveren.

172 Ten slotte beroept verzoekster zich op een door de Commissie aan het Parlement en de Raad toegezonden wetsvoorstel om de drempelwaarde van fossiele kooldioxide-emissies waaronder installaties worden geacht uitsluitend biomassa te gebruiken, vast te stellen op 5 %. Dit voornemen van de wetgever om het systeem te wijzigen toont volgens verzoekster aan dat dit systeem onvolmaakt is. Dergelijke opmerkingen de lege ferenda kunnen er echter niet toe leiden dat de geldende regeling als onwettig en bijgevolg als niet van toepassing wordt beschouwd.

173 Hieruit volgt dat de door verzoekster opgeworpen exceptie van onwettigheid moet worden verworpen en uit al het voorgaande volgt dat het beroep dient te worden verworpen.

Kosten

174 Overeenkomstig artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Volgens artikel 135, lid 1, van dit Reglement kan het Gerecht, wanneer de billijkheid dit vergt, evenwel beslissen dat een in het ongelijk gestelde partij, behalve in haar eigen kosten, slechts ten dele wordt verwezen in de kosten van de andere partij of daarin zelfs niet dient te worden verwezen.

175 Artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, waarin wordt bepaald dat de instellingen die in het geding hebben geïntervenieerd hun eigen kosten dragen, verzet zich tegen toewijzing van de door de Raad geformuleerde vordering om verzoekster te verwijzen in de kosten.

176 Bovendien moet, gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak, met name de in de punten 78 en 79 hierboven genoemde fouten, worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Elke partij draagt haar eigen kosten.

Marcoulli Frimodt Nielsen Norkus

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 26 juli 2023.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 2

Conclusies van partijen 5

In rechte 6

Inleidende opmerkingen over het EU-ETS en de doelstellingen van richtlijn 2003/87 6

Regelmatigheid van de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit 8

Inaanmerkingneming van de opgegeven afgeronde cijfers tijdens de procedure tot vaststelling van het bestreden besluit 9

Derde middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften 11

– Eerste onderdeel van het derde middel: schending van de zorgvuldigheidsplicht 11

– Tweede onderdeel van het derde middel: schending van het recht om te worden gehoord 15

– Derde onderdeel van het derde middel: schending van de motiveringsplicht 16

Gegrondheid van het bestreden besluit 17

Vijfde middel: inbreuk op richtlijn 2003/87 17

– Eerste onderdeel van het vijfde middel: onterechte inaanmerkingneming van oude waarden 18

– Tweede onderdeel van het vijfde middel: onjuiste toepassing van het recht 19

Eerste middel: kennelijke beoordelingsfout 21

Tweede middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling 24

Vierde middel: schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen . 26

Zesde middel: onwettigheid van punt 1 van bijlage I bij richtlijn 2003/87 27

Kosten 29