CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 12 november 2015 [1]

Gevoegde zaken C-191/14 en C-192/14

Borealis Polyolefine GmbH
en OMV Refining & Marketing GmbH
tegen
Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
[verzoek van het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]
Zaak C-295/14
DOW Benelux BV e.a.
tegen
Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
[verzoek van de Raad van State (Nederland) om een prejudiciële beslissing]
en
Gevoegde zaken C-389/14, C-391/14 tot en met C-393/14
Esso Italiana Srl e.a.
tegen
Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto,
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Presidenza del Consiglio dei Ministri

[verzoek van het Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Milieurecht — Regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten — Methode voor de toewijzing van rechten — Kosteloze toewijzing van rechten — Uniforme transsectorale correctiefactor — Berekening — Rookgassen — Warmte-krachtkoppeling — Nieuwe activiteiten vanaf 2008 en vanaf 2013 — Motivering — Comitologie — Eigendom — Individuele geraaktheid — Beperking van de gevolgen van nietigverklaring"

Inhoud

I – Inleiding 3

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

II – Toepasselijke bepalingen 4

A – Richtlijn 2003/87 4

B – Besluit 2011/278 6

C – Besluit 2013/448 8

III – Nationale procedures en verzoeken om een prejudiciële beslissing 8

A – Vragen in de zaken C-191/14 en C-192/14 (Borealis Polyolefine) 9

B – Vragen in zaak C-295/14 (DOW Benelux) 10

C – Vragen in de zaken C-389/14, C-391/14, C-392/14 en C-393/14 (Esso Italiana) 11

D – Procesverloop voor het Hof 12

IV – Juridische beoordeling 12

A – Juridische kwalificatie van de correctiefactor 12

1. Door de lidstaten berekende erkende behoefte van de industriële installaties 13

2. Het door de Commissie berekende industrieplafond 14

a) Artikel 10 bis, lid 5, onder a), van richtlijn 2003/87 14

b) Artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 15

3. Vastgestelde correctiefactor 15

4. Doelstellingen van richtlijn 2003/87 ten aanzien van de correctiefactor 16

B – Inachtneming van elektriciteitsopwekking met rookgassen en het industriële gebruik van warmte uit hoogrenderende warmte-krachtkoppelingsinstallaties 17

1. Elektriciteitsopwekking met rookgassen 17

2. WKK-installaties 19

C – Voor het industrieplafond gebruikte gegevens inzake de voor het eerst vanaf 2008 respectievelijk 2013 in acht te nemen bedrijfstakken 21

1. Uitvoeringsbepalingen 21

2. Kwaliteit van de gegevens 22

a) Uitbreiding vanaf 2013 22

i) Ontbrekende inachtneming van nieuwe activiteiten in de gegevens van sommige lidstaten 22

ii) Inachtneming van nieuwe activiteiten in de gegevens van andere lidstaten 23

b) Uitbreiding vanaf 2008 24

D – Motivering van de bepaling van de correctiefactor 25

1. Noodzakelijke motivering van de bepaling van de correctiefactor in besluit 2013/448 25

2. Door de Commissie gebruikte gegevens 26

3. Verklarend document van het directoraat-generaal Klimaat 28

4. Noodzakelijkheid van terugrekening 29

5. Conclusie inzake de motivering van de bepaling van de correctiefactor 29

E – Grondrecht op eigendom (zesde vraag in de zaak Borealis Polyolefine en tweede vraag in de zaak Esso Italiana) 29

F – Procedure voor de vaststelling van besluit 2013/448 30

G – Mogelijkheid om rechtstreeks beroep in te stellen bij de Unierechters 33

H – Gevolgen van de onrechtmatigheid van besluit 2013/448 35

V – Conclusie 37

I – **Inleiding**

1. De regeling voor de handel in emissierechten overeenkomstig richtlijn 2003/87[2] voorziet voorlopig nog steeds in de mogelijkheid om aan talrijke industriële installaties kosteloos rechten voor de emissie van broeikasgassen te verlenen, zogeheten emissierechten. De richtlijn bevat evenwel een complexe regeling die, op basis van een uitvoerige inachtneming van de historische emissies en van de erkende behoefte van de installaties, de hoeveelheid van de kosteloos toe te wijzen emissierechten beperkt door middel van een correctiefactor.

2. In de onderhavige conclusie zal ik de verwijzingsbeslissingen uit Oostenrijk, Nederland en Italië inzake de bepaling van deze correctiefactor behandelen. Zij berusten op beroepen van ondernemingen die opkomen tegen bepaalde aspecten van de berekening van deze correctiefactor, om per saldo een grotere hoeveelheid emissierechten kosteloos te ontvangen. Met hetzelfde doel zijn naast deze procedures bij het Hof andere verzoeken om een prejudiciële beslissing, uit Italië, Finland, Zweden, Spanje en Duitsland, aanhangig, waarin overwegend vergelijkbare vragen aan de orde zijn.[3]

2 — Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag betreffende de toetreding van Kroatië (PB 2012, L 112, blz. 21).

3 — Zaken C-502/14 (Buzzi Unicem SpA e.a., PB 2015, C 26, blz. 13), C-506/14 (Yara Suomi Oy e.a., PB 2015, C 34, blz. 9), C-180/15 (Borealis AB e.a./Naturvårdsverket, PB 2015, C 205, blz. 21), C-369/15–C-373/15 (Siderúrgica Sevillana e.a., PB 2015, C 311, blz. 35) alsmede C-456/15 (BASF), C-457/15 (Vattenfall Europe), C-460/15 (Schaefer Kalk) en C-461/15 (EON Kraftwerke).

3. De centrale vraag in deze procedures is of de Commissie bij de berekening van de correctiefactor op de juiste wijze rekening heeft gehouden met bepaalde activiteiten. Hierbij gaat het om het gebruik van zogeheten rookgassen als brandstof, om het gebruik van warmte uit de warmte-krachtkoppeling alsmede om industriële activiteiten die pas vanaf 2008 of 2013 onder de regeling van richtlijn 2003/87 vallen. Bovendien eisen deze ondernemingen uitgebreide toegang tot alle gegevens waarop de Commissie haar berekening heeft gebaseerd, om te kunnen onderzoeken of er andere redenen zijn om daartegen op te komen.

4. Bovendien moet worden verduidelijkt of de Commissie terecht heeft nagelaten een bepaalde procedure van de zogenoemde comitologie toe te passen, of het grondrecht van de ondernemingen op eigendom is geschonden, of de ondernemingen hun beroep in plaats van bij de nationale rechterlijke instanties rechtstreeks bij de Unierechters hadden moeten instellen en welke rechtsgevolgen zouden intreden indien hun bezwaren volledig of deels worden aanvaard.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Richtlijn 2003/87*

5. De procedures hebben betrekking op besluiten die de Commissie heeft genomen op grond van richtlijn 2003/87 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap. De in casu relevante bepalingen zijn voor het grootste deel middels wijzigingsrichtlijn 2009/29 [4] opgenomen in de eerstgenoemde richtlijn.

6. Van de definities van artikel 3 van richtlijn 2003/87 zijn de volgende twee van belang:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

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

[...]

u) ‚elektriciteitsopwekker': een installatie die op of na 1 januari 2005 elektriciteit heeft geproduceerd om aan derden te worden verkocht en waarin geen van de in bijlage I genoemde activiteiten worden uitgevoerd, behalve het ‚verbranden van brandstof'."

7. Artikel 9 van richtlijn 2003/87 regelt de hoeveelheid van de beschikbare emissierechten en hun jaarlijkse afname:

„De hoeveelheid emissierechten die met ingang van 2013 elk jaar voor de hele Gemeenschap wordt verleend, neemt lineair af vanaf het tijdstip halverwege de periode van 2008 tot 2012. De hoeveelheid neemt af met een lineaire factor van 1,74 % van de gemiddelde jaarlijkse totale hoeveelheid emissierechten die door de lidstaten overeenkomstig de beschikkingen van de Commissie inzake hun nationale toewijzingsplannen voor de periode van 2008 tot 2012 worden verleend. De hoeveelheid emissierechten voor de hele Gemeenschap wordt ten gevolge van de toetreding van Kroatië alleen verhoogd met de hoeveelheid emissierechten die Kroatië overeenkomstig artikel 10, lid 1, veilt.

4 — Richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 (PB L 140, blz. 63).

De Commissie publiceert uiterlijk op 30 juni 2010 de absolute hoeveelheid emissierechten voor 2013 voor de gehele Gemeenschap, die is gebaseerd op de totale hoeveelheden emissierechten die door de lidstaten overeenkomstig de beschikkingen van de Commissie inzake hun nationale toewijzingsplannen voor de periode van 2008 tot 2012 zijn of zullen worden verleend.

[...]"

8. Artikel 9 bis, lid 2, van de richtlijn regelt hoe de emissies van installaties die voor het eerst in 2013 in de regeling zijn opgenomen, dienen te worden bepaald met het oog op de toewijzing van emissierechten:

„Ten aanzien van de installaties die in bijlage I genoemde activiteiten uitvoeren en pas met ingang van 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen, zorgen de lidstaten ervoor dat de exploitanten van deze installaties bij de desbetreffende bevoegde autoriteit terdege onderbouwde en onafhankelijk geverifieerde emissiegegevens indienen, zodat daar met het oog op de aanpassing van de voor de hele Gemeenschap te verlenen hoeveelheid emissierechten rekening mee kan worden gehouden.

Deze gegevens worden uiterlijk op 30 april 2010 overeenkomstig de bepalingen aangenomen overeenkomstig artikel 14, lid 1, bij de desbetreffende bevoegde autoriteit ingediend.

Als de ingediende gegevens afdoende worden gestaafd, stelt de bevoegde autoriteit de Commissie uiterlijk op 30 juni 2010 daarvan in kennis en wordt de te verlenen hoeveelheid emissierechten, verminderd met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor, dienovereenkomstig aangepast. Voor installaties die andere broeikasgassen dan CO_2 uitstoten, kan de bevoegde autoriteit een kleinere hoeveelheid emissies opgeven overeenkomstig het emissiereductiepotentieel van die installaties."

9. Artikel 10 bis, leden 1 en 2, van richtlijn 2003/87 regelt de vaststelling van zogeheten „benchmarks" voor de verschillende activiteiten:

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

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

De in de eerste alinea bedoelde maatregelen bevatten voor zover mogelijk voor de hele Gemeenschap geldende ex-antebenchmarks die waarborgen dat de toewijzing gebeurt op een wijze die de reductie van broeikasgasemissies en het gebruik van energie-efficiënte technieken stimuleert door rekening te houden met de meest efficiënte technieken, vervangingsproducten, alternatieve productieprocedés, hoogrenderende warmte-krachtkoppeling, energie-efficiënt hergebruik van rookgassen, het gebruik van biomassa en het afvangen en de opslag van CO_2, indien de faciliteiten daarvoor beschikbaar zijn, en zetten niet aan tot een toename van de emissie. Er wordt geen kosteloze toewijzing gegeven voor elektriciteitsopwekking, behalve in gevallen als bedoeld in artikel 10 quater en voor met rookgassen geproduceerde elektriciteit.

[...]

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

10. Artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87 sluit inzonderheid de kosteloze toewijzing van rechten voor elektriciteitsopwekking uit:

„Met inachtneming van de leden 4 en 8, en van artikel 10 quater, wordt geen kosteloze toewijzing gegeven aan elektriciteitsopwekkers, installaties voor het afvangen van CO_2, pijpleidingen voor het vervoer van CO_2 of CO_2-opslagplaatsen."

11. Artikel 10 bis, lid 4, van richtlijn 2003/87 bevat echter bijzondere bepalingen voor de warmte-krachtkoppeling:

„Er worden kosteloze toewijzingen gegeven voor stadsverwarming en voor hoogrenderende warmte-krachtkoppeling [...] voor een economisch aantoonbare vraag, met betrekking tot de productie van warmte of koeling. In elk jaar na 2013 wordt de totale toewijzing aan deze installaties voor de productie van de betrokken warmte aangepast met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor."

12. Artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 betreft de bepaling van een correctiefactor voor de toewijzing van rechten:

„De maximale jaarlijkse hoeveelheid emissierechten die de basis vormt voor de berekening van toewijzingen aan installaties die niet onder lid 3 vallen en die geen nieuwkomers zijn is niet hoger dan de som van:

a) de jaarlijkse totale hoeveelheid voor de hele Gemeenschap als vastgesteld overeenkomstig artikel 9 vermenigvuldigd met het aandeel van de emissies van installaties die niet onder [...] lid 3 vallen in het totaal van de gemiddelde geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 afkomstig van installaties die in de periode van 2008 tot en met 2012 onder de Gemeenschapsregeling vallen, en

b) het totaal van de gemiddelde jaarlijkse geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de installaties die pas vanaf 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen en die niet onder lid 3 vallen, aangepast met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor.

Waar nodig wordt een uniforme correctiefactor voor alle bedrijfstakken toegepast."

B – *Besluit 2011/278*

13. Artikel 10 van besluit 2011/278[5] regelt die kosteloze toewijzing van rechten. Overeenkomstig lid 2 berekenen allereerst de lidstaten op grond van de historische emissies en de eerder door de Commissie vastgestelde productbenchmarks voorlopig hoeveel rechten dienen te worden toegewezen aan de afzonderlijke industriële installaties. De resultaten worden meegedeeld aan de Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 2, onder e).

14. Overeenkomstig artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278 bepaalt de Commissie op grond van deze door de lidstaten verstrekte informatie de correctiefactor als bedoeld in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87:

„Na ontvangst van de in lid 1 bedoelde lijst beoordeelt de Commissie de opneming van elke installatie in de lijst en de overeenkomstige voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten.

5 — Besluit 2011/278/EU van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 130, blz. 1).

Na de kennisgeving door alle lidstaten van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten over de periode 2013 tot 2020, bepaalt de Commissie de in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] bedoelde uniforme transsectorale correctiefactor. Deze correctiefactor wordt bepaald door vergelijking van de som van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos aan andere installaties dan elektriciteitsopwekkers toegewezen emissierechten per jaar tijdens de periode van 2013 tot 2020 zonder toepassing van de factoren bedoeld in bijlage VI, met de jaarlijkse hoeveelheid rechten die wordt berekend aan de hand van artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] voor andere installaties dan elektriciteitsopwekkers of nieuwkomers, waarbij rekening wordt gehouden met het relevante aandeel van de jaarlijkse totale hoeveelheid voor de hele Unie als bepaald overeenkomstig artikel 9 van die richtlijn, en de relevante hoeveelheid emissies die enkel vanaf 2013 in de EU-regeling [regeling voor de handel in emissies] zijn opgenomen."

15. Als de voorlopig berekende hoeveelheid van de aan de afzonderlijke industriële installaties kosteloos toe te wijzen emissierechten wordt vermenigvuldigd met de correctiefactor, resulteert dit overeenkomstig artikel 10, lid 9, van besluit 2011/278 in de telkens definitieve totale jaarlijkse hoeveelheid.

16. Voor de inachtneming van de warmte-krachtkoppeling bij de benchmarks is overweging 21 van besluit 2011/278 van bijzonder belang:

„Waar meetbare warmte wordt uitgewisseld tussen twee of meer installaties, moet de kosteloze toewijzing van emissierechten worden gebaseerd op het warmteverbruik van een installatie en moet rekening worden gehouden met het CO_2-weglekrisico. Om te verzekeren dat het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten onafhankelijk is van de warmteleveringsstructuur, moeten emissierechten zodoende worden toegewezen aan de warmteverbruiker."

17. De inachtneming van rookgassen bij de bepaling van de productbenchmarks wordt in overweging 32 van besluit 2011/278 toegelicht:

„Productbenchmarks moeten ook rekening houden met de efficiënte terugwinning van energie uit afvalgassen en de aan het gebruik daarvan verbonden emissies. Hiervoor werd voor de bepaling van de benchmarkwaarden voor producten die tijdens de productie afvalgassen produceren, grotendeels rekening gehouden met het koolstofgehalte van deze gassen. Als afvalgassen uit het productieproces worden geëxporteerd tot buiten de systeemgrenzen van de betrokken productbenchmark en worden verbrand voor de productie van warmte buiten de systeemgrenzen van het gebenchmarkte proces zoals bepaald in bijlage I, dan moet rekening worden gehouden met betrokken emissies door bijkomende emissierechten toe te wijzen op basis van de warmtebenchmark of brandstofbenchmark. In het kader van het algemene beginsel dat geen emissierechten kosteloos mogen worden toegewezen met betrekking tot de opwekking van elektriciteit om ongepaste concurrentieverstoring op de markten van de aan industriële installaties geleverde elektriciteit te vermijden en rekening houdend met de inherente koolstofprijs in elektriciteit, is het gepast dat waar afvalgassen worden geëxporteerd van het productieproces tot buiten de systeemgrenzen van de betrokken productbenchmark en worden verbrand voor de opwekking van elektriciteit, geen bijkomende rechten worden toegewezen bovenop het aandeel van het koolstofgehalte van de afvalgassen verrekend in de betrokken productbenchmark."

C – Besluit 2013/448

18. Artikel 4 van besluit 2013/448 [6] betreft de correctiefactor voor de jaren 2013 tot en met 2020:

„De in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] bedoelde uniforme transsectorale correctiefactor die overeenkomstig artikel 15, lid 3, van besluit [2011/278] wordt bepaald, is vermeld in bijlage II bij dit besluit."

19. Conform bijlage II bij besluit 2013/448 bedroeg de correctiefactor voor 2013 94,272151 %. In de volgende jaren wordt dit percentage verlaagd naar 82,438204 % in 2020.

20. In overweging 25 licht de Commissie toe hoe zij tot deze getallen is gekomen:

„De bij artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] vastgestelde beperking bedraagt in 2013 809 315 756 emissierechten. Om deze beperking te bepalen heeft de Commissie eerst bij de lidstaten en de EER-EVA-landen informatie ingewonnen over de vraag of installaties in aanmerking komen als elektriciteitsopwekker of andere onder artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn [2003/87] vallende installatie. Daarna bepaalde de Commissie het aandeel van de emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de installaties die niet onder die bepaling vallen, maar in de periode van 2008 tot en met 2012 wel in de EU-ETS [emissiehandelssysteem van de Europese Unie] waren opgenomen. Vervolgens paste de Commissie dit aandeel van 34,78289436 % toe op de hoeveelheid die op basis van artikel 9 van richtlijn [2003/87] werd bepaald (1 976 784 044 emissierechten). Aan het resultaat van deze berekening voegde de Commissie dan 121 733 050 emissierechten toe op basis van de gemiddelde jaarlijkse geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van relevante installaties, rekening houdend met het herziene toepassingsgebied van de EU-ETS vanaf 2013. In dit verband maakte de Commissie gebruik van de door de lidstaten en de EER-EVA-landen verstrekte informatie voor de aanpassing van het maximum. Als geen jaarlijkse geverifieerde emissies voor de periode 2005-2007 beschikbaar waren, heeft de Commissie, uitgaande van geverifieerde emissies in latere jaren, in zoverre mogelijk de desbetreffende emissiecijfers geëxtrapoleerd door toepassing van de factor 1,74 % in omgekeerde richting. De Commissie heeft de autoriteiten van de lidstaten geraadpleegd over in dit verband gebruikte informatie en gegevens en dienaangaande bevestiging verkregen. De bij artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] vastgestelde beperking vergeleken met de som van de voorlopige jaarlijkse hoeveelheden kosteloze emissierechten zonder toepassing van de in bijlage VI bij besluit [2011/278] bedoelde factoren geeft de jaarlijkse transsectorale correctiefactor zoals vermeld in bijlage II bij dit besluit."

III – **Nationale procedures en verzoeken om een prejudiciële beslissing**

21. Oostenrijk, Nederland en Italië berekenden in 2012 (voorlopig) de aan de verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen kosteloos toe te wijzen broeikasgasemissierechten en stelden de Commissie hiervan in kennis.

22. De Commissie stelde op 5 september 2013 besluit 2013/448 vast en bepaalde daarin de uniforme transsectorale correctiefactor.

23. Op grond van deze correctiefactor wezen de drie genoemde lidstaten aan de verzoekende ondernemingen een ten opzichte van de voorlopige berekening lagere hoeveelheid emissierechten toe.

6 — Besluit 2013/448/EU van de Commissie van 5 september 2013 betreffende nationale uitvoeringsmaatregelen voor de voorlopige kosteloze toewijzing van broeikasgasemissierechten overeenkomstig artikel 11, lid 3, van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 240, blz. 27).

24. Hiertegen stelden de bij de hoofdgedingen betrokken ondernemingen beroep in, hetgeen heeft geleid tot de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing.

A – *Vragen in de zaken C-191/14 en C-192/14 (Borealis Polyolefine) en C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. Het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich legt de volgende vragen voor aan het Hof:

„1) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] voor zover in dat besluit van de berekeningsgrondslag overeenkomstig artikel 10 bis, lid 5, tweede streepje, onder a) en b), zijn uitgesloten emissies in verband met rookgassen die worden geproduceerd door installaties die onder bijlage I bij richtlijn [2003/87] vallen, alsmede in verband met warmte die wordt benut door installaties die onder bijlage I bij richtlijn [2003/87] vallen en die afkomstig is uit installaties voor warmte-krachtkoppeling, waarvoor een kosteloze toewijzing overeenkomstig artikel 10 bis, leden 1 en 4, van richtlijn [2003/87] en overeenkomstig besluit [2011/278] is toegestaan?

2) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met artikel 3, onder e) en u), van richtlijn [2003/87], op zich en/of in samenhang met artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87], voor zover in dat besluit is bepaald dat CO_2-emissies in verband met rookgassen – die worden geproduceerd door installaties die onder bijlage I bij richtlijn [2003/87] vallen – alsmede in verband met warmte die wordt benut door installaties die onder bijlage I bij richtlijn [2003/87] vallen en die wordt verworven van installaties voor warmte-krachtkoppeling, emissies van ‚elektriciteitsopwekkers' zijn?

3) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met de doelen van richtlijn [2003/87], voor zover daardoor een asymmetrie ontstaat, doordat emissies in verband met de verbranding van rookgassen en met warmte-krachtkoppeling geproduceerde warmte zijn uitgesloten van de berekeningsgrondslag in artikel 10 bis, lid 5, tweede streepje, onder a) en b), terwijl overeenkomstig artikel 10 bis, leden 1 en 4, van richtlijn [2003/87] en overeenkomstig besluit [2011/278] ten aanzien daarvan recht op kosteloze toewijzing bestaat?

4) Is besluit [2011/278] ongeldig en strijdig met artikel 290 VWEU en artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87], voor zover artikel 15, lid 3, daarvan artikel 10 bis, lid 5, tweede streepje, onder a) en b), van richtlijn [2003/87] in die zin wijzigt dat de verwijzing naar ‚installaties die niet onder lid 3 vallen' wordt vervangen door de verwijzing naar ‚andere installaties dan elektriciteitsopwekkers'?

5) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met artikel 23, lid 3, van richtlijn [2003/87], voor zover dit besluit niet is vastgesteld overeenkomstig de regelgevingsprocedure met toetsing, die is voorgeschreven in artikel 5 bis van besluit [1999/468] van de Raad en artikel 12 van verordening nr. [182/2011]?

6) Moet artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden opgevat dat het uitsluit dat kosteloze toewijzingen op basis van de onrechtmatige berekening van een transsectorale correctiefactor worden behouden?

7) Moet artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] op zich en/of in samenhang met artikel 15, lid 3, van besluit [2011/278] aldus worden opgevat dat het uitsluit dat een nationaal rechtsvoorschrift wordt toegepast dat voorziet in de toepassing van de onrechtmatig berekende uniforme transsectorale correctiefactor, zoals deze in artikel 4 van besluit [2013/448] en in bijlage II daarbij is vastgesteld, op de kosteloze toewijzingen in een lidstaat?

8) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87], voor zover het alleen emissies omvat uit installaties die vanaf 2008 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen, zodat het emissies die verband houden met activiteiten die vanaf 2008 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen (in de gewijzigde bijlage I bij richtlijn [2003/87]), uitsluit wanneer deze activiteiten plaatsvonden in installaties die reeds vóór 2008 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen?

9) Is besluit [2013/448] ongeldig en strijdig met artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87], voor zover het alleen emissies omvat uit installaties die vanaf 2013 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen, zodat het emissies die verband houden met activiteiten die vanaf 2013 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen (in de gewijzigde bijlage I bij richtlijn [2003/87]), uitsluit wanneer deze activiteiten plaatsvonden in installaties die reeds vóór 2013 in het gemeenschapssysteem waren opgenomen?"

B – *Vragen in zaak C-295/14 (DOW Benelux)*

26. De vragen van de Nederlandse Raad van State luiden als volgt:

„1) Moet artikel 263, vierde alinea, VWEU aldus worden uitgelegd, dat exploitanten van installaties waarop met ingang van 2013 de regels van de emissiehandel van richtlijn [2003/87] van toepassing waren, met uitzondering van exploitanten van installaties als bedoeld in artikel 10 bis, lid 3, van die richtlijn en van nieuwkomers, ongetwijfeld bij het Gerecht nietigverklaring hadden kunnen vorderen van besluit [2013/448], voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald?

2) Is besluit [2013/448], voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig omdat het besluit niet volgens de in artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn [2003/87] bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing tot stand is gekomen?

3) Is artikel 15 van besluit [2011/278] in strijd met artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] omdat eerstgenoemd artikel belet dat bij de bepaling van de uniforme transsectorale correctiefactor emissies van elektriciteitsopwekkers worden betrokken? Zo ja, wat zijn de gevolgen van die strijd voor besluit [2013/448]?

4) Is besluit [2013/448], voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig omdat het besluit mede steunt op gegevens die ter uitvoering van artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn [2003/87] zijn ingediend zonder dat de in dat artikellid bedoelde, overeenkomstig artikel 14, lid 1, aangenomen bepalingen waren vastgesteld?

5) Is besluit [2013/448], voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 VWEU of artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, omdat de voor de berekening van de correctiefactor bepalende hoeveelheden emissies en emissierechten slechts ten dele in het besluit zijn vermeld?

6) Is besluit [2013/448], voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 VWEU of artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, omdat deze correctiefactor is bepaald aan de hand van gegevens waarvan de exploitanten van de bij de emissiehandel betrokken installaties geen kennis hebben kunnen nemen?"

C – Vragen in de zaken C-389/14, C-391/14 tot en met C-393/14 (Esso Italiana)

27. Ten slotte legt het Italiaanse Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (bestuursrechter voor Lazio) de volgende vragen voor aan het Hof:

„1) Is besluit [2013/448] ongeldig omdat daarin in de berekening van de kosteloos toe te wijzen emissierechten geen rekening is gehouden met het aandeel van de emissies in verband met de verbranding van rookgassen – of van hoogovenprocesgassen – noch van de emissies in verband met door warmte-krachtkoppeling geproduceerde warmte, wat leidt tot schending van artikel 290 VWEU en van artikel 10 bis, leden 1, 4 en 5, van richtlijn [2003/87], doordat de grenzen van de bij de richtlijn toegekende bevoegdheden zijn overschreden en wordt ingegaan tegen de doelen van de richtlijn (stimulering van meer energie-efficiënte technologieën en inachtneming van de vereisten van economische ontwikkeling en werkgelegenheid)?

2) Is besluit [2013/448] ongeldig in het licht van artikel 6 VEU, wegens strijdigheid met artikel 1 van het aanvullend protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en met artikel 17 van dat Verdrag, doordat daarbij afbreuk is gedaan aan verzoeksters' gerechtvaardigd vertrouwen om in het bezit te blijven van het goed bestaande in de hoeveelheid voorlopig toegewezen emissierechten die hun toekwam op basis van hetgeen was voorzien in de richtlijn, zodat hun het aan dat goed verbonden economisch nut is ontnomen?

3) Is voorts besluit [2013/448], voor zover daarin de transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig daar dat besluit artikel 296, tweede alinea, VWEU en artikel 41 van het Handvest [van de grondrechten van de Europese Unie] schendt omdat het ontoereikend is gemotiveerd?

4) Is besluit [2013/448], voor zover daarin de transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig daar het besluit artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] en het in artikel 5, lid 4, VEU vervatte evenredigheidsbeginsel schendt en het voorts onrechtmatig is wegens ontoereikend onderzoek en onjuiste beoordelingen, gelet op het feit dat in de berekening van de maximumhoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten (een belangrijk gegeven voor de bepaling van de uniforme transsectorale correctiefactor) geen rekening is gehouden met de gevolgen van de wijzigingen in de uitlegging van het begrip ‚verbrandingsinstallatie' die zich hebben voorgedaan tussen de eerste fase (2005 tot en met 2007) en de tweede fase (2008 tot en met 2012) van de uitvoering van richtlijn [2003/87]?

5) Is besluit [2013/448], voor zover daarin de transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig wegens schending van artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn [2003/87] en artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn [2003/87], alsmede wegens ontoereikend onderzoek en een onjuiste beoordeling, gelet op het feit dat de berekening van de maximumhoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten (een belangrijk gegeven voor de bepaling van de uniforme transsectorale correctiefactor) is gemaakt op basis van door de lidstaten verstrekte gegevens die onderling incoherent zijn omdat zij zijn gebaseerd op uiteenlopende uitleggingen van artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn [2003/87]?

6) Is ten slotte besluit [2013/448], voor zover daarin de transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig wegens schending van de procedurele voorschriften van de artikelen 10 bis, lid 1, en 23, lid 3, van richtlijn [2003/87]?"

D – *Procesverloop voor het Hof*

28. Als partijen in de afzonderlijke hoofdgedingen hebben in de Oostenrijkse procedures Borealis Polyolefine e.a., in de Nederlandse procedure DOW Benelux, Esso Nederland e.a., Akzo Nobel Chemicals e.a. alsmede Yara Sluiskil e.a., en in de Italiaanse procedures Esso Italiana, Eni alsmede Linde Gas Italia schriftelijke opmerkingen ingediend. Bovendien hebben Duitsland, Nederland, Spanje (alleen in de Italiaanse procedure) en de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

29. Het Hof heeft weliswaar telkens de twee Oostenrijkse en de vier Italiaanse verzoeken om een prejudiciële beslissing gevoegd, maar voor het overige tot dusver afgezien van een formele voeging van de onderhavige zaken. Wel heeft het Hof op 3 september 2015 een gezamenlijke terechtzitting gehouden. Hierbij waren, met uitzondering van Linde, alle bovengenoemde betrokkenen alsmede Luchini e.a. en Buzzi Unicem, als betrokkenen bij de Italiaanse procedures, aanwezig.

30. Ik zal alle onderhavige zaken in één enkele conclusie behandelen en acht het zinvol dat het Hof dit voorbeeld volgt, door deze zaken te voegen voor het arrest.

IV – **Juridische beoordeling**

31. Met de in de verzoeken om een prejudiciële beslissing opgeworpen vragen wordt beoogd de in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 voorziene uniforme transsectorale correctiefactor (hierna: correctiefactor) in twijfel te trekken die de Commissie in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 heeft vastgesteld.

32. Om deze vragen te begrijpen, moet allereerst de berekening van deze correctiefactor en de betekenis ervan binnen de regeling van richtlijn 2003/87 worden uiteengezet (zie onder A). Vervolgens zal ik de vragen bespreken die doelen op de ontoereikende inachtneming van bepaalde emissiebronnen (zie onder B en C), daarna de motivering van de bepaling van de correctiefactor (zie onder D), vervolgens het grondrecht op eigendom (zie onder E) en de bij het besluit toegepaste procedure (zie onder F). Om een breuk in de uiteenzetting van de juridisch zeer complexe materie te voorkomen, zal ik daarna pas uiteenzetten dat de verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen hun bezwaren niet rechtstreeks bij de Unierechters hoefden in te dienen (zie onder G) en welke gevolgen de uitkomst van de toetsing van het besluit zou moeten hebben (zie onder H).

A – *Juridische kwalificatie van de correctiefactor*

33. Volgens artikel 1 van richtlijn 2003/87 wordt daarbij een regeling vastgesteld voor de handel in broeikasgasemissierechten, teneinde de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen.

34. Installaties die onder deze regeling vallen, moeten voor de emissie van broeikasgassen emissierechten verwerven. In de praktijk betreft dit bijna uitsluitend de emissie van CO_2. Overeenkomstig de artikelen 9 en 9 bis van richtlijn 2003/87 is de totale hoeveelheid van beschikbare emissierechten beperkt en zal deze, vanaf het jaar 2010, elk jaar met 1,74 % worden verlaagd. De verlaging draagt volgens overweging 13 van richtlijn 2009/29 ertoe bij dat de algehele emissie, die schadelijk is voor het klimaat, tegen 2020 ten opzichte van 1990 met ten minste 20 % wordt verlaagd.

35. Sinds 2013 worden deze emissierechten alleen nog voor een deel kosteloos toegewezen en voor het overige geveild. Er wordt een verschil gemaakt tussen elektriciteitsopwekkers die op een enkele uitzondering na *geen* kosteloze emissierechten ontvangen [7], en industriële installaties die ofwel alle [8] benodigde emissierechten ofwel ten minste een deel [9] kosteloos ontvangen.

36. De onderhavige vragen hebben rechtstreeks alleen betrekking op de situatie van industriële installaties die voor een kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komen, maar niet op de elektriciteitsopwekkers. De litigieuze correctiefactor heeft immers een verlaging van de aan de industriële installaties kosteloos toegewezen emissierechten tot gevolg.

37. De correctiefactor wordt bepaald doordat enerzijds de lidstaten en anderzijds de Commissie berekenen hoeveel emissierechten in totaal aan alle bestaande industriële installaties kunnen worden toegewezen. Hierbij passen beide verschillende berekeningsmethoden toe. De lagere van de twee waarden is doorslaggevend voor de vraag hoeveel emissierechten uiteindelijk kosteloos worden toegewezen.

38. Indien de waarde van de lidstaten lager was uitgevallen, was een correctie niet nodig geweest. De lidstaten hadden op basis van hun uitgangswaarde de kosteloze toewijzing kunnen uitvoeren.

39. Feitelijk was echter de waarde van de Commissie lager. Derhalve deed zich het in artikel 10 bis, lid 5, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 genoemde geval voor: het werd noodzakelijk om een uniforme transsectorale correctiefactor toe te passen. Deze bedroeg in het eerste jaar ongeveer 94,3 % en wordt tot 2020 verlaagd naar ongeveer 80,4 %. Dit betekent dat van de door de lidstaten voorlopig berekende hoeveelheid van kosteloos toe te wijzen emissierechten uiteindelijk slechts dit aandeel kan worden toegewezen.

1. Door de lidstaten berekende erkende behoefte van de industriële installaties

40. De lidstaten bepalen de in de aanhef van artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 genoemde waarde, de hoeveelheid emissierechten, die de basis vormt voor de berekening van (toekomstige) jaarlijkse kosteloze toewijzingen aan industriële installaties. Deze hoeveelheid wordt als het ware vanaf de wortels berekend, dat wil zeggen op basis van de historische activiteit van elke afzonderlijke installatie en zogeheten „benchmarks” die de Commissie in besluit 2011/278 voor iedere activiteit heeft bepaald. Bij de benchmarks gaat het om een bepaalde hoeveelheid CO_2-emissies waarvan de Commissie de noodzaak voor de productie van een bepaalde hoeveelheid van het betrokken product erkend. Deze waarde zal ik hierna *erkende behoefte* noemen.

41. Overeenkomstig artikel 10 bis, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 is het uitgangspunt voor de benchmarks de gemiddelde emissieprestaties van de 10 % meest efficiënte installaties in een bedrijfstak of deeltak in de Unie. Bovendien moeten deze benchmarks overeenkomstig artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, waarborgen dat de toewijzing gebeurt op een wijze die de reductie van broeikasgasemissies en het gebruik van energie-efficiënte technieken stimuleert, door rekening te houden met onder meer hoogrenderende warmte-krachtkoppelingen, energie-efficiënt hergebruik van rookgassen, en mogen zij niet aanzetten tot een toename van de emissie. Het is de taak van de Commissie om deze doelstelling bij de vaststelling van de benchmarks voor de verschillende activiteiten te verwezenlijken.

7 — Artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, tweede zin, lid 3 en lid 7, derde alinea, van richtlijn 2003/87.

8 — Dit zijn overeenkomstig artikel 10 bis, lid 12, van richtlijn 2003/87 installaties in bedrijfstakken of deeltakken waar een significant risico op het weglekeffect van CO_2-emissies bestaat, het zogeheten „*carbon leakage*”.

9 — Zij ontvangen op grond van artikel 10 bis, lid 11, van richtlijn 2003/87 allereerst 80 % van de benodigde emissierechten om niet. Tot 2020 wordt dit aandeel lineair verlaagd naar 30 %, en uiteindelijk in 2027 naar 0 %.

42. De door de Commissie vastgestelde benchmarks voor industriële installaties omvatten met name emissies uit het gebruik van rookgassen als brandstof die bij bepaalde productieprocessen ontstaan (zie onder B, punt 1), en houden rekening met het industriële gebruik van warmte uit WKK-installaties (zie onder B, punt 2). Bovendien worden zij toegepast op alle industriële installaties die thans onder de regeling van richtlijn 2003/87 vallen, dus ook op installaties die pas vanaf 2008 [zie onder C, punt 2, onder b)] of vanaf 2013 [zie onder C, punt 2, onder a)] hierin zijn opgenomen.

43. De lidstaten bepalen de uit de toepassing van deze benchmarks voortvloeiende erkende behoefte van alle industriële installaties op hun grondgebied doordat zij overeenkomstig artikel 10 van besluit 2011/278 de benchmarks voor de betrokken activiteit vermenigvuldigen met de historische activiteitsniveaus van de betrokken installatieonderdelen. Zij verstrekken deze informatie op grond van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 uiterlijk op 30 september 2011 aan de Commissie. De Commissie telt de aan haar verstrekte cijfers bij elkaar op en bepaalt zo de totale erkende behoefte van alle industriële installaties in de Unie.

2. Het door de Commissie berekende industrieplafond

44. De Commissie berekent de tweede waarde, het zogeheten industrieplafond, als het ware uit vogelperspectief, door op grond van historische emissiegegevens het aandeel in de totale hoeveelheid van de beschikbare emissierechten te bepalen die de industriële installaties in totaal toekomt. Dit industrieplafond bestaat uit twee deelhoeveelheden, die in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 onder a) en onder b) zijn geregeld.

a) Artikel 10 bis, lid 5, onder a), van richtlijn 2003/87

45. Het uitgangspunt van de eerste deelhoeveelheid overeenkomstig artikel 10 bis, lid 5, onder a), van richtlijn 2003/87 is de gemiddelde jaarlijkse totale hoeveelheid van de emissierechten als vastgesteld overeenkomstig artikel 9, lid 1, die voor de tweede toewijzingsperiode van 2008 tot en met 2012 zijn verleend, dus de historische behoefte van alle gedurende deze periode onder de regeling van de richtlijn vallende installaties. Deze totale hoeveelheid omvat beide groepen, de elektriciteitsopwekkers en de industriële installaties.

46. De hoeveelheid van deze emissierechten werd bepaald door de betrokken lidstaten. Richtlijn 2003/87 in de destijds geldende versie schreef hiervoor geen specifieke methode voor. [10]

47. De op grond van deze nationale toewijzingen voor de hele Unie bepaalde gemiddelde hoeveelheid voor de jaren 2008 tot en met 2012 wordt voor de berekening van de telkens in de toekomst geldende jaarlijkse totale hoeveelheid, uitgaande van het jaar halverwege deze periode, dus 2010, jaarlijks [11] verlaagd met de lineaire factor van 1,74 %.

48. Voor de berekening van het industrieplafond kan evenwel op grond van artikel 10 bis, lid 5, onder a), van richtlijn 2003/87 alleen rekening worden gehouden met het aandeel van de installaties die niet onder artikel 10 bis, lid 3, vallen. Bijgevolg worden in de praktijk de tot en met 2012 aan elektriciteitsopwekkers toegewezen emissierechten buiten beschouwing gelaten. De Commissie berekent dit aandeel aan de hand van de hoeveelheid emissierechten die gemiddeld in de jaren 2005 tot en met 2007 zijn toegewezen aan de industriële installaties.

10 — Arrest Commissie/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punt 52).

11 — Ter verduidelijking zie overweging 13 van besluit 2010/384/EU van de Commissie van 9 juli 2010 betreffende de hoeveelheid emissierechten voor de hele Gemeenschap die in het kader van de EU-regeling voor de handel in emissierechten voor 2013 moet worden verleend (PB L 175, blz. 36).

49. Van het industrieplafond maken derhalve geen deel uit de emissierechten die in het verleden zijn toegewezen aan elektriciteitsopwekkers voor emissies die bij het gebruik van rookgassen als brandstof (zie onder B, punt 1) of bij de opwekking van industrieel geproduceerde warmte in WKK-installaties (zie onder B, punt 2) zijn ontstaan. Bovendien belet het feit dat wordt gerefereerd aan het aandeel van de industrie gedurende de periode 2005 tot en met 2007, dat rekening wordt gehouden met industriële installaties die pas vanaf 2008 onder richtlijn 2003/87 vallen [zie onder C, punt 2, onder b)]. Dit betreft bepaalde verbrandingsinstallaties en installaties op het grondgebied van EER-landen. Desondanks wordt met al deze emissies wel rekening gehouden bij de industriebenchmarks.

b) Artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87

50. De tweede deelhoeveelheid overeenkomstig artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 omvat installaties die pas vanaf 2013 onder de regeling van de richtlijn vallen. Zo worden sinds dat jaar bijvoorbeeld emissies bij de productie van aluminium en in bepaalde sectoren van de chemische industrie ook in de regeling opgenomen.

51. Dit geschiedt op basis van het gemiddelde van de geverifieerde jaarlijkse totale emissies van deze installaties in de jaren 2005 tot en met 2007. Ook deze waarde wordt verlaagd met de genoemde lineaire factor van 1,74 % per jaar, en elektriciteitsopwekkers worden niet meegenomen.

52. In zoverre rijst het probleem dat niet voor alle lidstaten gelijke emissiegegevens zijn gebruikt. Voor sommige lidstaten werden alleen emissiegegevens van installaties gebruikt die pas vanaf 2013 in hun geheel in de regeling zijn opgenomen. Daarentegen werden voor andere lidstaten verder ook emissiegegevens van nieuwe, onder de regeling vallende activiteiten toegepast die in reeds eerder op grond van andere activiteiten onder de regeling vallende installaties zijn verricht [zie onder C, punt 2, onder a)].

3. Vastgestelde correctiefactor

53. Op het eerste gezicht zou men verwachten dat een erkende behoefte die is gebaseerd op de meest efficiënte installaties, zoals de lidstaten deze berekenen, lager zou moeten zijn dan de historische toewijzingen aan alle installaties, inclusief de minder efficiënte, waarop de waarde van de Commissie berust.[12] Op grond daarvan zou bij de vergelijking van de twee waarden alleen de jaarlijkse lineaire verlaging van het industrieplafond met telkens 1,74 % opvallen. Een correctiefactor zou pas nodig moeten worden nadat de „voorsprong” die is ontstaan door de focus op de meest efficiënte installaties, door de verlagingen is weggenomen.

54. In feite wekt het resultaat van de vergelijking tussen de waarde van de lidstaten en de waarde van de Commissie echter de indruk dat de erkende behoefte waarop besluit 2013/448 is gebaseerd, een *grotere* omvang heeft dan de historische toewijzingen. De correctiefactor heeft namelijk van begin af aan grotere gevolgen dan de lineaire verlaging: de correctiefactor van 94,272151 % in het eerste jaar, 2013, verlaagt de kosteloze toewijzing met 5,727849 %. De tot op dat moment opgelopen lineaire verlaging voor de jaren 2011 tot en met 2013 bedraagt echter slechts 5,22 %. Na verloop van tijd wordt dit effect evenwel iets geringer. In het laatste jaar, 2020, bedraagt de correctiefactor 82,438204 % en leidt dus tot een verlaging van 17,561796 %. Dit ligt slechts iets boven de gecumuleerde lineaire verlaging van 17,4 % voor deze tien jaar.

12 — Anders dan de Commissie in de onderhavige procedures meent, kwam dit in 2010 volgens Esso Nederland e.a. ook overeen met de aanname van de Commissie.

55. De verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen achten de correctie derhalve te hoog. Zij verklaren dit effect inzonderheid met het feit dat ten onrechte met bepaalde activiteiten weliswaar rekening is gehouden in het kader van de erkende behoefte [13], maar niet bij de bepaling van het industrieplafond. [14] Bovendien eisen zij toegang tot de noodzakelijke gegevens om de berekening van de correctiefactor uitgebreid te kunnen toetsen (zie onder D).

4. Doelstellingen van richtlijn 2003/87 ten aanzien van de correctiefactor

56. Dit betoog is in die zin juist dat een „asymmetrische" [15] inachtneming van bepaalde activiteiten op gespannen voet staat met de doelstellingen van de correctiefactor. Deze doelstellingen zijn weliswaar niet uitdrukkelijk vastgelegd, maar conform de normatieve context van de correctiefactor wordt daarmee een tweeledig doel nagestreefd.

57. Ten eerste leidt deze tot toepassing van de lineaire verminderingsfactor van 1,74 %. Dit doel wordt door de litigieuze asymmetrie niet geraakt. Men had de verminderingsfactor echter ook zonder de gecompliceerde vergelijking tussen de erkende behoefte en het industrieplafond kunnen verwezenlijken.

58. Belangrijker is derhalve de tweede functie van de correctiefactor: deze dient te waarborgen dat de kosteloze toewijzingen op grond van de benchmarks het volgens het oude toewijzingssysteem bestaande evenwicht tussen industriële activiteiten en de elektriciteitsopwekking niet ten voordele van de industrie wijzigen.

59. Dit evenwicht is belangrijk. Als het aandeel van de industriële activiteiten in de totale hoeveelheid van de beschikbare emissierechten zou toenemen, zou namelijk tegelijkertijd de hoeveelheid emissierechten slinken, die voor de veiling ter beschikking staan. Indien deze hoeveelheid niet toereikend is om de hele, door de veiling te dekken behoefte te dekken, zou het gevaar bestaan dat de prijzen onevenredig stijgen. Dit zou vooral de elektriciteitsindustrie en de gebruikers van elektriciteit belasten. Bovendien zouden ook bepaalde industriesectoren worden geraakt die een deel van de benodigde emissierechten moeten kopen.

60. Van dit historisch evenwicht wordt evenwel afgeweken als activiteiten op grond van een nieuwe berekeningsmethode thans aan de industrie worden toegerekend, hoewel deze in het verleden aan de elektriciteitsopwekking werden toegerekend of helemaal niet in aanmerking werden genomen.

61. Zoals bijvoorbeeld Linde uiteenzet, staat een dergelijke asymmetrische correctiebehoefte bovendien op gespannen voet met het doel van richtlijn 2003/87 om „*carbon leakage*" te voorkomen. Hieronder wordt verstaan de verplaatsing van activiteiten die emissies van broeikasgassen veroorzaken, naar derde landen. Een dergelijk weglekeffect zou niet alleen vanuit het oogpunt van het economische beleid nadelig zijn, maar ook het overkoepelende doel ondermijnen om de emissie van broeikasgassen wereldwijd te verlagen.

13 — Zie punt 42 van deze conclusie.

14 — Zie punten 49 en 52 van deze conclusie.

15 — Directoraat-generaal Klimaat van de Europese Commissie, „Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020" van 22 oktober 2013, bijlage 1, blz. 4, van de memorie van Borealis Polyolefine, op 12 augustus 2015, ook beschikbaar onder http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/ cross_sectoral_correction_factor_en.pdf op de website van de Commissie.

62. Om *carbon leakage* te voorkomen, ontvangen installaties in bedrijfstakken of deeltakken waar een significant risico op het weglekeffect bestaat, op grond van artikel 10 bis, lid 12, van richtlijn 2003/87 kosteloos emissierechten voor 100 % van hun aan de hand van de benchmarks erkende behoefte. Een te hoge correctiefactor kan er evenwel toe leiden dat zij uiteindelijk minder dan 100 % van de benodigde emissierechten ontvangen en dat de regeling van richtlijn 2003/87 zodoende de verplaatsing van deze activiteiten stimuleert.

63. Anderzijds stemt de asymmetrische inachtneming van het gebruik van rookgassen overeen met het overkoepelende doel van richtlijn 2003/87 om emissies die schadelijk zijn voor het klimaat, te reduceren. Omdat deze richtlijn de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten vermindert, stimuleert zij de beperking van de emissie van CO_2. Bijgevolg draagt zij bij tot het behoud en de bescherming van het milieu, tot de bestrijding van de klimaatverandering en tot een hoog beschermingsniveau, zoals in artikel 191 VWEU wordt verlangd.

64. Tegen deze achtergrond moeten de vier terreinen nader worden onderzocht waarop de verzoekende ondernemingen bezwaar maken tegen dergelijke afwijkingen, namelijk de inachtneming van rookgassen en WKK-installaties (zie onder B) en de inachtneming van activiteiten en installaties die pas sinds 2013 respectievelijk 2008 onder de regeling van richtlijn 2003/87 vallen (zie onder C).

B – *Inachtneming van elektriciteitsopwekking met rookgassen en het industriële gebruik van warmte uit hoogrenderende warmte-krachtkoppelingsinstallaties*

65. De eerste tot en met de vierde vraag in de zaak Borealis Polyolefine, de derde vraag in de zaak DOW Benelux en de eerste vraag in de zaak Esso Italiana betreffen de inachtneming van elektriciteitsopwekking met rookgassen (zie onder 1) en het industriële gebruik van warmte uit hoogrenderende warmte-krachtkoppelingsinstallaties (WKK-installaties, zie onder 2) bij de berekening van de correctiefactor. Beide activiteiten worden thans aan de industrie toegerekend, terwijl zij vroeger onder elektriciteitsopwekking vielen.

1. Elektriciteitsopwekking met rookgassen

66. Rookgassen ontstaan bij bepaalde industriële productieprocessen, bijvoorbeeld bij de productie van cokes en staal, en kunnen worden gebruikt als brandstof, met name voor elektriciteitsopwekking. Dit is in het kader van een duurzame exploitatie van hulpbronnen zinvoller, dan deze gassen weg te leiden en zonder enig nut af te fakkelen.

67. Aan de hand van dit nut kan vermoedelijk worden verklaard dat artikel 10 bis, lid 1, derde alinea, eerste zin, van richtlijn 2003/87 de stimulering van het gebruik van rookgassen schaart onder de stimulansen voor de reductie van broeikasgasemissies en voor energie-efficiënte technieken. Het zal om dezelfde reden zijn dat de tweede zin van deze bepaling voor de met rookgassen geproduceerde elektriciteit een uitzondering formuleert ten aanzien van de uitsluiting van elektriciteitsopwekking van een kosteloze toewijzing van emissierechten.

68. Zoals de Commissie uiteenzet, heeft zij daarom bij de vaststelling van de productbenchmarks rekening gehouden met de omstandigheid dat in enkele bedrijfstakken rookgassen worden verbrand voor de opwekking van elektriciteit. Dit heeft inzonderheid geresulteerd in een toename van de productbenchmarks voor cokes, vloeibaar ruwijzer en gesinterd erts, dus in een verhoging van de erkende behoefte in deze bedrijfstakken.

69. De Commissie geeft toe dat de betrokken emissies slechts gedeeltelijk zijn opgenomen in het industrieplafond, namelijk alleen voor zover de rookgassen in industriële installaties zijn verbrand. Voor zover de rookgassen daarentegen door een elektriciteitsopwekker in de zin van artikel 10, lid 3, van richtlijn 2003/87 zijn verbrand, is hiermee geen rekening gehouden bij de bepaling van het industrieplafond. Omdat het plafond in deze omvang lager wordt, leidt de inachtneming van rookgassen bij de benchmarks tot een overeenkomstige verhoging van de correctiefactor.

70. Om die reden moet worden onderzocht of deze asymmetrische inachtneming van het gebruik van rookgassen verenigbaar is met richtlijn 2003/87.

71. In zoverre moet worden vastgesteld dat de asymmetrie besloten ligt in de bewoordingen van artikel 10 bis, leden 1, 3 en 5, van richtlijn 2003/87. Op grond van de leden 3 en 5 hoeft bij de berekening van het industrieplafond geen rekening te worden gehouden met elektriciteitsopwekkers, dus ook niet met de elektriciteitsopwekking met rookgassen. Daarentegen kan uit lid 1, derde alinea, worden afgeleid dat de Commissie bij de bepaling van de benchmarks rekening zou moeten houden met de elektriciteitsopwekking met rookgassen omdat daaruit de erkende behoefte van industriële installaties kan worden afgeleid.

72. Daartegenover kan evenmin slagen het argument van de verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen dat de verwijzing in artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 naar „installaties die niet onder lid 3 vallen” niet aldus mag worden opgevat dat geen rekening mag worden gehouden met de emissies van elektriciteitsopwekkers. Zij zijn weliswaar van mening dat daarmee installaties worden bedoeld die voor de kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komen, maar de tekst zelf biedt daarvoor geen houvast.

73. Anders dan Buzzi Unicem betoogt, is de omstandigheid dat voor de elektriciteitsopwekking geen kosteloze toewijzing geschiedt, in het bijzonder geen voorwaarde voor de toepassing van artikel 10 bis, lid 3, van richtlijn 2003/87. De uitsluiting van een kosteloze toewijzing is veeleer het rechtsgevolg van deze bepaling, waarop andere bepalingen uitzonderingen toelaten.

74. Zoals boven uiteengezet [16], moet weliswaar worden erkend dat deze asymmetrie niet werkelijk past bij het doel van de correctiefactor om het historische evenwicht tussen industriële installaties en elektriciteitsopwekking te waarborgen. Bovendien worden stimulansen tot verplaatsing van emissiebevorderende activiteiten erdoor versterkt. Tegelijkertijd strookt deze asymmetrie evenwel met de milieudoelstellingen van richtlijn 2003/87.

75. In deze situatie van strijdige doelen en systematische overwegingen zou het wenselijk zijn dat de wetgever zijn bedoelingen uitdrukkelijk kenbaar maakt. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij een andere regeling van richtlijn 2003/87, artikel 9, lid 1, derde zin, dat naar aanleiding van de toetreding van Kroatië in de richtlijn is opgenomen. Op grond daarvan wordt de hoeveelheid emissierechten in de Unie ten gevolge van de toetreding van Kroatië alleen verhoogd met de hoeveelheid emissierechten die Kroatië overeenkomstig artikel 10, lid 1, moet veilen. Aangezien dus geen rekening wordt gehouden met de aan Kroatië kosteloos toegewezen emissierechten, leidt dit noodgedwongen tot een vermindering van de in de hele Unie beschikbare emissierechten en tot de noodzaak van een correctie in de zin van artikel 10 bis, lid 5.

76. Met betrekking tot rookgassen bestaat daarentegen noch een dergelijke duidelijke regeling noch een aanwijzing in de considerans of in de voorbereidende stukken. Er bestaan veeleer aanwijzingen dat de wetgever het probleem bij het opstellen van de wijzigingsrichtlijn 2009/29 gewoon over het hoofd heeft gezien. Rookgassen werden namelijk pas relatief laat – in het kader van de trialoog tot vaststelling van richtlijn 2009/29 in de eerste lezing – in de tekst opgenomen. Zij worden voor het

16 — Zie punten 56 e.v. van deze conclusie.

eerst genoemd in een wijzigingsvoorstel van het Parlement [17], dat binnen enkele weken in een interinstitutioneel compromis tot vaststelling van richtlijn 2009/29 werd opgenomen [18]. Verschillende leden van het Parlement klaagden daarbij over de grote spoed waarmee de richtlijn werd vastgesteld. [19]

77. Anderzijds heeft de wetgever ook niet uitdrukkelijk laten blijken dat de onvervalste waarborging van het evenwicht tussen industriële installaties en elektriciteitsopwekkers alsmede de ontlasting van industriële installaties altijd dienen te prevaleren.

78. Om die reden rechtvaardigen conflicterende doelen van de asymmetrische inachtneming van de elektriciteitsopwekking met rookgassen niet dat richtlijn 2003/87 buiten haar bewoordingen om aldus dient te worden uitgelegd dat deze asymmetrie wordt vermeden.

79. Ook kan de vraag openblijven of de Commissie desondanks bevoegd zou zijn geweest de asymmetrie bij de inachtneming van rookgassen middels uitvoeringsvoorschriften op te heffen. Op grond van artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 is de Commissie weliswaar bevoegd om met betrekking tot artikel 10 bis, lid 5, uitvoeringsmaatregelen vast te stellen tot wijziging van niet-essentiële bepalingen van de richtlijn door deze aan te vullen, doch gezien de tegenstrijdige doelen was zij in ieder geval niet verplicht van deze bevoegdheid gebruik te maken om de asymmetrie op te heffen.

80. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het onderzoek naar de vragen inzake de elektriciteitsopwekking met rookgassen niets heeft opgeleverd wat de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor middels besluit 2013/448 in twijfel zou trekken.

2. WKK-installaties

81. De warmte-krachtkoppeling belooft een vollediger gebruik van de energie van brandstoffen. Indien uitsluitend de opgewekte kracht wordt gebruikt, bijvoorbeeld voor elektriciteitsopwekking, gaat de ontstane warmte voor niets verloren. In WKK-installaties wordt daarom de ontstane warmte opgevangen en voor andere activiteiten ter beschikking gesteld. Deels wordt deze warmte ook gebruikt om koude op te wekken.

82. De vragen inzake de inachtneming van WKK-installaties betreffen alleen die WKK-installaties die voldoen aan de definitie van een elektriciteitsopwekker in de zin van artikel 3, onder u), van richtlijn 2003/87. Elektriciteitsopwekkers zijn installaties die elektriciteit produceren om aan derden te verkopen en waarin geen andere in bijlage I genoemde activiteiten worden uitgevoerd dan het „verbranden van brandstof”.

83. Nadat tussen de betrokkenen in de schriftelijke procedure nog onenigheid bestond over de vraag hoe deze elektriciteitsopwekkende WKK-installaties bij de berekening van de correctiefactor worden meegenomen, werd hierover ter terechtzitting overeenstemming bereikt.

17 — 48e wijzigingsvoorstel (Raadsdocument 14764/08 van 24 oktober 2008, blz. 80).

18 — Aangenomen door het Parlement op 17 december 2008 (zie Raadsdocument 17146/08 van 14 januari 2010), op 4 april 2009 door de Raad bekrachtigd.

19 — Raadsdocument 17146/08 van 14 januari 2010, blz. 5.

84. Van belang is daarbij het geval waarin een elektriciteitsopwekkende WKK-installatie warmte of koeling aan industriële afnemers afgeeft. Zoals inzonderheid blijkt uit overweging 21 van besluit 2011/278, wordt hiermee rekening gehouden bij de benchmark van de industriële verbruiker. De erkende behoefte van deze installatie wordt dus verhoogd, maar de betrokken emissies worden niet in het industrieplafond opgenomen, omdat zij ontstaan bij de WKK-installaties, dus bij elektriciteitsopwekkers. Om die reden leidt de industrieel gebruikte warmte van WKK-installaties tot een verhoging van de correctiefactor en heeft deze een verdere asymmetrie tot gevolg.

85. Hier spelen in wezen dezelfde overwegingen een rol als bij de elektriciteitsopwekking met rookgassen.

86. Deze asymmetrie ligt besloten in artikel 10 bis, leden 1, 3 en 5, van richtlijn 2003/87. Enerzijds wordt bij de vaststelling van het industrieplafond overeenkomstig de leden 3 en 5 geen rekening gehouden met elektriciteitsopwekkers, dus ook niet met elektriciteitsopwekkende WKK-installaties. Anderzijds bepaalt lid 1, derde alinea, eerste zin, dat de benchmarks de reductie van broeikasgasemissies en het gebruik van energie-efficiënte technieken stimuleren door onder meer rekening te houden met hoogrenderende warmte-krachtkoppeling.

87. De door de Commissie bij besluit 2011/278 voorziene integratie van warmteverbruik in industriële productbenchmarks stemt met dit doel overeen en vergemakkelijkt de praktische handhaving van het warmtegebruik van de industrie in het kader van de kosteloze toewijzing. Deze vergemakkelijking vloeit voort uit het feit dat installaties die zelf warmte produceren, en installaties die warmte van WKK-installaties ontvangen, gelijk worden behandeld. Voor de toewijzing van emissierechten aan deze installaties hoeft derhalve niet afzonderlijk te worden onderzocht hoeveel warmte uit welke bronnen afkomstig is. Het bevorderende effect ontstaat doordat industriële installaties bij de afname van warmte van WKK-installaties besparen op emissierechten die zij kunnen verkopen.

88. Op het eerste gezicht lijkt er een verschil te bestaan met artikel 10 bis, lid 4, eerste zin, van richtlijn 2003/87. Op grond daarvan worden voor hoogrenderende warmte-krachtkoppeling voor een economisch aantoonbare vraag emissierechten toegewezen met betrekking tot de *productie* van warmte en koeling. De mogelijkheid van een dergelijke rechtstreekse toewijzing sluit een inachtneming bij de benchmarks evenwel niet uit, maar maakt het vooral mogelijk om aan WKK-installaties emissierechten toe te wijzen voor de productie van warmte of koeling die zij leveren aan afnemers die niet onder de regeling van de richtlijn vallen. Dit zijn bijvoorbeeld privéhuishoudens.

89. Daarom ligt de bepaling van benchmarks met betrekking tot het industriële gebruik van de warmte van WKK-installaties binnen de grenzen van de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie overeenkomstig artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87.

90. Voor het overige geldt hetzelfde als bij de inachtneming van rookgassen. Er is weliswaar sprake van conflicterende doelen en de wetgever heeft zich niet duidelijk uitgesproken, maar dit leidt niet noodgedwongen tot een uitlegging van richtlijn 2003/87 die de asymmetrie uitsluit, noch was de Commissie verplicht om deze in het kader van de uitoefening van haar uitvoeringsbevoegdheden op te heffen.

91. Bijgevolg heeft ook het onderzoek van de vragen inzake de inachtneming van de warmte-krachtkoppeling niets opgeleverd wat de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor bij besluit 2013/448 in twijfel zou trekken.

C – Voor het industrieplafond gebruikte gegevens inzake de voor het eerst vanaf 2008 respectievelijk 2013 in acht te nemen bedrijfstakken

92. Bij alle drie rechterlijke instanties zijn twijfels gerezen met betrekking tot de voor het industrieplafond gebruikte gegevens inzake de voor het eerst vanaf 2013 in acht te nemen bedrijfstakken. De Raad van State wenst met zijn vierde vraag evenwel te vernemen of de noodzakelijke uitvoeringsbepalingen voor de terbeschikkingstelling van de gegevens reeds bestonden (zie onder 1), terwijl de vragen van de twee andere rechters de kwaliteit en de omvang van de ingediende en gebruikte gegevens betreffen [zie onder 2, onder a)]. Deze twee rechters brengen ook twijfels tot uiting met betrekking tot de juiste inachtneming van installaties en activiteiten waar voor het eerst in 2008 rekening mee is gehouden [zie onder 2, onder b)].

1. Uitvoeringsbepalingen

93. Met zijn vierde vraag wenst de Raad van State te vernemen of de bepaling van de correctiefactor onrechtmatig is, omdat deze mede steunt op gegevens die ter uitvoering van artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 zijn ingediend, zonder dat de in dat artikellid bedoelde, overeenkomstig artikel 14, lid 1, aangenomen bepalingen waren vastgesteld.

94. Pas bij nadere beschouwing wordt duidelijk wat artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 met de litigieuze correctiefactor te maken heeft. Dit artikel preciseert namelijk hoe voor installaties die pas vanaf 2013 in de regeling worden opgenomen en geen elektriciteitsopwekkers zijn, het volgens artikel 10 bis, lid 5, onder b), tot het industrieplafond te rekenen totaal van de gemiddelde jaarlijkse geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 wordt bepaald.

95. Voor deze installaties moeten de exploitanten overeenkomstig artikel 9 bis, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 bij de desbetreffende bevoegde autoriteit terdege onderbouwde en onafhankelijk geverifieerde emissiegegevens indienen, zodat daar met het oog op de aanpassing van het industrieplafond rekening mee kan worden gehouden.

96. Artikel 9 bis, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 bepaalt in dit verband dat deze gegevens overeenkomstig de bepalingen aangenomen overeenkomstig artikel 14, lid 1, worden ingediend.

97. De Raad van State gaat ervan uit dat het bij deze bepalingen gaat om verordening nr. 601/2012 [20] die echter op het tijdstip van indiening van deze gegevens bij de Commissie nog niet was vastgesteld. De gegevens moesten namelijk krachtens artikel 9 bis, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 uiterlijk op 30 april 2010 worden ingediend.

98. Zoals Duitsland terecht aanvoert, kon de indiening van de gegevens in 2010 desondanks worden gebaseerd op uniforme bepalingen, die waren neergelegd in beschikking 2007/589 [21]. Deze waren voorzien in de vóór de wijzigingsrichtlijn 2009/29 geldende versie van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2003/87.

99. Ook moet ervan uit worden gegaan dat artikel 9 bis, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 betrekking heeft op de bepalingen van beschikking 2007/589. Volgens dit artikel moesten de gegevens immers worden ingediend op een tijdstip waarop de nieuwe uitvoeringsvoorschriften van verordening nr. 601/2012 nog helemaal niet hoefden te zijn vastgesteld. Artikel 14, lid 1, van richtlijn 2003/87, in zijn nieuwe versie, stelde daarvoor namelijk een termijn tot uiterlijk 31 december 2011.

20 — 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 (PB L 181, 30).

21 — Beschikking 2007/589/EG van de Commissie van 18 juli 2007 tot vaststelling van richtsnoeren voor de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG (monitoringrichtsnoeren) (PB L 229, blz. 1).

100. Voor het overige is in de toepasselijke bepalingen geen aanknopingspunt te vinden dat voor de bepaling van de correctiefactor de noodzakelijke gegevens opnieuw, op basis van verordening nr. 601/2012, moesten worden vastgesteld en ingediend.

101. Deze vraag van de Raad van State heeft dus niets opgeleverd wat de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 in twijfel zou trekken.

2. Kwaliteit van de gegevens

102. De verzoeken uit Italië en Oostenrijk om een prejudiciële beslissing werpen in dit verband ook twijfels op met betrekking tot de kwaliteit en de omvang van de door de lidstaten ingediende gegevens. Deze vragen berusten op de omstandigheid dat de regeling van richtlijn 2003/87 zowel tussen de eerste fase (2005 tot en met 2007) en de tweede fase (2008 tot en met 2012) (zie onder b) als in de derde fase (2013 tot en met 2020) (zie onder a) verder werd uitgebreid.

a) Uitbreiding vanaf 2013

i) Ontbrekende inachtneming van nieuwe activiteiten in de gegevens van sommige lidstaten

103. Het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich gaat er in zijn negende vraag van uit dat met de emissiegegevens van installaties die vóór 2013 slechts *gedeeltelijk* in de regeling van richtlijn 2003/87 waren opgenomen, bij de vaststelling van het industrieplafond onvolledig rekening is gehouden, namelijk alleen in de omvang waarin zij voordien reeds onder de regeling vielen.

104. Op deze aanname berust uiteindelijk ook de vijfde vraag van de bestuursrechter voor Lazio die zich op vooral richt op de verschillende uitleggingen van artikel 9 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 door de lidstaten. Deze verschillen hebben namelijk juist betrekking op de vraag of de lidstaten alleen gegevens over installaties moeten indienen die voor het eerst vanaf 2013 onder de regeling vallen, of ook gegevens over nieuw in de regeling opgenomen activiteiten in installaties die op grond van andere activiteiten reeds onder de regeling vielen.

105. Artikel 10 bis, lid 5, onder b), en artikel 9 bis, lid 2, derde alinea, eerste zin, van richtlijn 2003/87 bevatten een eenduidig antwoord op deze vragen, aangezien zij emissies van nieuwe *activiteiten* van de installaties die reeds onder de regeling vallen, niet noemen. Beide bepalingen noemen slechts de geverifieerde emissies van *installaties* die pas vanaf 2013 in de regeling worden opgenomen.

106. Wanneer echter de pas vanaf 2013 onder de regeling vallende emissies van activiteiten in reeds opgenomen installaties niet worden meegenomen bij de vaststelling van het industrieplafond, leidt dit noodgedwongen tot een verhoogde correctiebehoefte. Deze activiteiten worden immers wel meegeteld bij de erkende behoefte.

107. Net zoals bij de inachtneming van elektriciteitsopwekking met rookgassen [22] en van warmte uit WKK-installaties [23] leiden dus de bewoordingen van de toepasselijke regeling tot een asymmetrische inachtneming van emissies. Ook hier is sprake van de bekende conflicterende doelen en van het ontbreken van duidelijke uitlatingen van de wetgever.

108. Derhalve is ook in dit geval geen andere uitlegging van artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 geboden en was de Commissie niet verplicht om de asymmetrie in de uitvoeringsvoorschriften te verhelpen.

22 — Zie punten 71 e.v. van deze conclusie.

23 — Zie punten 86 e.v. van deze conclusie.

109. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het onderzoek van de vragen inzake de vanaf 2013 nieuw in de regeling van richtlijn 2003/87 opgenomen installaties en activiteiten niet heeft uitgewezen dat het feit dat in de gegevens van enkele lidstaten nieuwe activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties *niet* in acht zijn genomen bij de vaststelling van het industrieplafond, de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 in twijfel trekt.

ii) Inachtneming van nieuwe activiteiten in de gegevens van andere lidstaten

110. Het onderzoek heeft evenwel aangetoond dat de inachtneming van nieuwe activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties in de gegevens van *andere* lidstaten bij de vaststelling van het industrieplafond de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 wel degelijk in twijfel trekt. Artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 voorziet immers uitsluitend in de inachtneming van nieuwe installaties.

111. Anders dan Duitsland betoogt, is er bij de uitlegging van artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 ook geen speelruimte, in het kader waarvan sommige lidstaten slechts rekening zouden mogen houden met nieuw onder de regeling vallende installaties, terwijl andere ook rekening houden met nieuwe activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties. Vanzelfsprekend zullen instanties van de lidstaten bij de beoordeling van de door exploitanten ingediende gegevens over een zekere marge beschikken, maar voor de inachtneming van nieuwe activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties ontbreekt gewoonweg elke rechtsgrondslag.

112. Weliswaar stelt de Commissie – zoals ook Duitsland – terecht dat het haar op grond van richtlijn 2003/87 niet is toegestaan de gegevens van de lidstaten te wijzigen. Maar daaruit vloeit niet voort dat de correctiefactor mag worden bepaald op basis van gegevens die volgens de toepasselijke bepalingen niet mogen worden meegenomen. Veeleer moet de Commissie op zijn minst eventuele twijfels met betrekking tot de kwaliteit van de gegevens onderzoeken en in voorkomend geval ervoor zorgen dat de lidstaten zo snel mogelijk de vereiste correcties doorvoeren. Dit valt onder haar in artikel 17, lid 1, VEU genoemde taak om toe te zien op de toepassing van het Unierecht.

113. Iets anders kan ook niet worden afgeleid uit het arrest Commissie/Estland. Dit arrest betrof namelijk de eerdere versie van richtlijn 2003/87 die de lidstaten een veel grotere beoordelingsmarge toekende dan de huidige regeling. Voor het overige heeft het Hof een rechtmatigheidscontrole ook in dat geval niet uitgesloten. [24]

114. Ook de noodzaak om de correctiefactor op een bepaald moment vast te leggen, doet hier niet aan af. Indien niet tijdig kan worden vastgesteld welke gegevens moeten worden gebruikt, moet de Commissie zo nodig een voorlopige correctiefactor bepalen, onder het voorbehoud van een latere aanpassing.

115. Gezien het bovenstaande moet worden vastgesteld dat artikel 10 bis, lid 5, onder b), van richtlijn 2003/87 alleen de inachtneming van de emissies van vanaf 2013 nieuw onder de regeling van de richtlijn vallende installaties toestaat, maar niet de inachtneming van nieuw in de regeling opgenomen activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties.

116. Gedurende de onderhavige procedures werd echter betoogd dat op zijn minst Frankrijk, België, Duitsland, Italië en Spanje ook emissiegegevens hebben ingediend over nieuw onder de regeling vallende activiteiten in installaties die vanwege andere activiteiten reeds in de regeling zijn opgenomen. De Commissie heeft deze gegevens bij de berekening van het industrieplafond gebruikt.

24 — Arrest Commissie/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punt 54).

117. De Commissie heeft derhalve een te *hoog* industrieplafond vastgesteld door bij de berekening ervan rekening te houden met emissies van sinds 2013 nieuw in de regeling opgenomen activiteiten in reeds onder de regeling vallende installaties. In deze omvang is de bepaling van de correctiefactor onrechtmatig, en artikel 4 alsmede bijlage II van besluit 2013/448 zijn ongeldig.

118. Verder wil ik erop wijzen dat dezelfde gedachte niet alleen bij de bepaling van de correctiefactor zou moeten gelden, maar ook bij de bepaling van de beschikbare totale hoeveelheid emissierechten overeenkomstig artikel 9 bis, lid 2. In dit geval zou de asymmetrie niet leiden tot een lagere kosteloze toewijzing, maar tot een kleinere hoeveelheid beschikbare emissierechten, dus een vermindering van emissies die schadelijk zijn voor het klimaat. Dit zou zelfs *nog meer* tegemoet komen aan de algemene milieudoelstellingen van richtlijn 2003/87 en van artikel 191 VWEU dan de beperking van de kosteloze toewijzing. Naar de beschikbare totale hoeveelheid wordt in de onderhavige procedure echter niet gevraagd, zodat het Hof hierover geen uitspraak hoeft te doen.

b) Uitbreiding vanaf 2008

119. De bestuursrechter voor Lazio wenst met zijn vierde vraag bovendien te vernemen of de berekening van het industrieplafond onjuist is, aangezien bij de bepaling van het industrieplafond geen rekening is gehouden met de uitbreiding van de regeling die heeft plaatsgevonden tussen de eerste fase (2005 tot en met 2007) en de tweede fase (2008 tot en met 2012) van de uitvoering van richtlijn 2003/87. Daarin ligt ook de vermeende fout besloten die het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich door middel van zijn achtste vraag wenst te laten onderzoeken. Deze rechter gaat ervan uit dat met de emissiegegevens van installaties die vóór 2008 slechts *gedeeltelijk* in de regeling van richtlijn 2003/87 waren opgenomen, onvolledig rekening is gehouden, namelijk alleen in de omvang waarin zij eerder al onder de regeling vielen.

120. De wijzigingen in de tweede toewijzingsperiode waren het gevolg van verduidelijkingen van de Commissie met betrekking tot het begrip verbrandingsinstallatie op grond waarvan enkele lidstaten een aantal aanvullende installaties moesten opnemen.[25] Bovendien zijn Noorwegen, IJsland en Liechtenstein toegetreden tot het systeem.

121. De Commissie heeft zich bij de bepaling van de historische emissies voor de vaststelling van het industrieplafond gebaseerd op het emissieregister van de Unie.[26] Dit register bevatte evenwel geen emissiegegevens voor installaties die voor het eerst in de tweede toewijzingsperiode in de regeling werden opgenomen.

122. Zoals de Commissie terecht aanvoert, komt dit overeen met artikel 10 bis, lid 5, onder a), van richtlijn 2003/87. Op grond daarvan mogen alleen de gemiddelde geverifieerde emissies van de jaren 2005 tot en met 2007 bij de berekening van het industrieplafond worden meegenomen. Voor de reeds sinds 2008 meegenomen activiteiten ontbreekt een met artikel 9 bis, lid 2, vergelijkbare regeling die de lidstaten verplicht om geverifieerde emissiegegevens ook voor deze activiteiten mee te delen. Emissies waarmee pas vanaf 2008 rekening is gehouden, zijn derhalve niet geverifieerd en konden om die reden ook niet worden meegenomen.

123. Ook in zoverre hebben de bewoordingen van de onderhavige regeling dus een asymmetrische inachtneming van emissies tot gevolg. Hier gelden derhalve dezelfde overwegingen als bij de tot dusver onderzochte asymmetrieën.

25 — Mededeling van de Commissie van 22 december 2005 „Verdere richtsnoeren betreffende de toewijzingsplannen voor de handelsperiode 2008-2012 van het Europese systeem van verhandelbare emissierechten”, COM(2005) 703 definitief, punt 36 en bijlage 8.

26 — Document van het DG Klimaat (aangehaald in voetnoot 15, blz. 2).

124. Bijgevolg heeft het onderzoek inzake deze vragen niets opgeleverd wat de geldigheid van de bepaling van de correctiefactor in besluit 2013/448 in twijfel zou trekken.

D – *Motivering van de bepaling van de correctiefactor*

125. De Raad van State (vijfde en zesde vraag) en de bestuursrechter voor Lazio (derde vraag) confronteren het Hof tevens met twijfels ten aanzien van de motivering van de bepaling van de correctiefactor.

126. Deze vragen betreffen het punt dat de motivering van besluit 2013/448, in wezen overweging 25 hiervan, niet alle informatie bevat die nodig is om de berekening van de correctiefactor te controleren. In concreto gaat het erom dat bepaalde cijfers slechts indirect uit de informatie in de motivering kunnen worden afgeleid (zie onder 4) en dat een later gepubliceerd verklarend document van het directoraat-generaal Klimaat weliswaar belangrijke aanvullende informatie bevat, maar ten eerste geen onderdeel van de motivering is (zie onder 3) en ten tweede nog steeds talrijke noodzakelijke informatie ontbreekt (zie onder 2). Om deze vragen te beantwoorden, dient allereerst te worden gepreciseerd welke eisen aan de motivering worden gesteld (zie onder 1).

1. Noodzakelijke motivering van de bepaling van de correctiefactor in besluit 2013/448

127. Zoals bekend moet de door artikel 296, tweede alinea, VWEU vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. [27]

128. Het Hof heeft dit aldus gepreciseerd dat de verplichting tot motivering van *individuele beschikkingen* zowel tot doel heeft de rechter in staat te stellen de wettigheid ervan te toetsen, als de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of de beschikking een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid ervan kan worden betwist. [28]

129. Daarentegen kan bij *handelingen van algemene strekking* worden volstaan met vermelding van het geheel der omstandigheden die tot de vaststelling van die handelingen hebben geleid, en van de algemene doelstellingen van de handelingen; uit de motivering moet slechts de essentie van het met de handeling nagestreefde doel blijken. [29] In dit geval zou het derhalve nutteloos zijn om voor elke technische keuze van de instelling een specifieke motivering te verlangen. [30]

130. De litigieuze bepaling van de correctiefactor is zonder twijfel geen individuele beslissing, maar een handeling van algemene strekking en tegelijk een technische keuze van de Commissie. Daarom zou men kunnen veronderstellen dat de motiveringsvereisten beperkt zijn.

131. Een dergelijke veronderstelling zou evenwel niet juist zijn.

27 — Zie bijvoorbeeld arresten Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punt 63), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punt 58) en Banco Privado Português en Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, punt 44).

28 — Arresten SISMA/Commissie (32/86, EU:C:1987:187, punt 8), Corus UK/Commissie (C-199/99 P, EU:C:2003:531, punt 145), Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 115) en Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 93).

29 — Arresten AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punt 59) en Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Commissie (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punt 29).

30 — Arresten Eridania zuccherifici nazionali e.a. (250/84, EU:C:1986:22, punt 38), Italië/Raad en Commissie (C-100/99, EU:C:2001:383, punt 64), British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punt 166), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punt 62), Alliance for Natural Health e.a. (C-154/04 en C-155/04, EU:C:2005:449, punt 134), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punt 59) en Estland/Parlement en Raad (C-508/13, EU:C:2015:403, punt 60).

132. De beperkte motiveringsvereisten voor handelingen van algemene strekking vinden hun verklaring in de handelingsvrijheid van de wetgever, waarop die handelingen over het algemeen zijn gebaseerd. Deze vrijheid kan slechts in beperkte mate door een rechter worden getoetst waardoor het voldoende is dat de motivering de nodige elementen voor een dergelijke beperkte toetsing bevat.

133. Bij de bepaling van de correctiefactor in besluit 2013/448 heeft de Commissie echter geen bevoegdheden uitgeoefend die een dergelijke handelingsvrijheid bieden. De berekeningsmethode en de te gebruiken gegevens vloeien voort uit richtlijn 2003/87 en uit besluit 2011/278. Een rechterlijke toetsing heeft derhalve in wezen betrekking op de vraag of deze methode juist is toegepast en of de juiste gegevens zijn gebruikt. Bijgevolg moet de motivering de nodige informatie bevatten om deze toetsing mogelijk te maken.

2. Door de Commissie gebruikte gegevens

134. Hieruit blijkt reeds een belangrijk element van het antwoord op de zesde vraag van de Raad van State, namelijk of de motivering *alle* gegevens moet bevatten die nodig zijn om de berekening van de correctiefactor in concreto te toetsen.

135. Inderdaad moet de motivering van besluit 2013/448 betrekking hebben op precies deze gegevens, aangezien anders het Hof niet kan controleren of de Commissie de juiste gegevens heeft gebruikt voor de berekening van de correctiefactor en de berekeningsmethode juist heeft toegepast. Dienovereenkomstig hebben ook de betrokkenen deze gegevens nodig, om de juiste rechtsmiddelen – bij de Unierechters of de nationale rechterlijke instanties – te kunnen instellen.

136. Klaarblijkelijk voldoet de motivering van de bepaling van de correctiefactor in overweging 25 van besluit 2013/448 niet aan deze vereisten, omdat deze niet alle gegevens bevat die de Commissie voor de berekening van de correctiefactor heeft gebruikt. De Raad van State legt in zoverre bijzondere nadruk op de volgende drie factoren.

137. Om *ten eerste* het aandeel van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers in de emissies in de jaren 2005 tot en met 2007 te controleren, zou in ieder geval nodig zijn om te weten welke installaties door de Commissie als elektriciteitsopwekkers zijn aangemerkt.

138. Ten tweede kan de berekening van de totale hoeveelheid van de emissies van installaties die pas vanaf 2013 onder de regels van de emissiehandel vallen, alleen worden nagerekend als inzage in de hierover door de lidstaten op grond van artikel 9 bis, tweede lid, van richtlijn 2003/87 aan de Commissie gegeven informatie wordt geboden.

139. En *ten derde* kan de ongecorrigeerde toewijzing alleen worden gecontroleerd, indien inzage wordt gekregen in de door de lidstaten geleverde lijsten met de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten.

140. Ik acht het evenwel niet strikt noodzakelijk om deze gegevens volledig op te nemen in de motivering van een handeling, aangezien deze in dat geval erg omvangrijk zou worden. Het Hof heeft vastgesteld dat de mate van nauwkeurigheid waarmee een beschikking moet worden gemotiveerd, afhangt van de praktische mogelijkheden en de technische omstandigheden en van de termijn waarbinnen zij tot stand moet komen.[31] Het was derhalve voldoende geweest een mogelijkheid te bieden om kennis te nemen van de noodzakelijke ruwe gegevens en een verwijzing hiernaar op te nemen in de motivering.

31 — Arrest Delacre e.a./Commissie (C-350/88, EU:C:1990:71, punt 16).

141. Dit is in casu niet gebeurd. En dit is nog niet alles. De Commissie weigerde na verschillende verzoeken zelfs de toegang tot de gegevens. Hiermee heeft zij de berekening van de correctiefactor in feite onttrokken aan een volledige rechtsbescherming.

142. De Commissie en Duitsland voeren evenwel aan dat deze gegevens zakengeheimen omvatten.

143. Het is juist dat de bescherming van vertrouwelijke informatie en van zakengeheimen aldus moet worden georganiseerd dat zij niet in strijd komt met de eisen van een effectieve rechtsbescherming en met de eerbiediging van de rechten van verdediging van de procespartijen. [32]

144. Dit betekent in de regel dat de controlerende instantie, meestal een rechter, over alle informatie moet beschikken die nodig is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen. Dit omvat vertrouwelijke informatie en zakengeheimen. Daarentegen moet het mogelijk zijn om deze informatie aan een partij te onthouden, als de tegenpartij de controlerende instantie ervan overtuigt dat er een zwaarwegend belang bestaat bij de vertrouwelijke behandeling ervan. [33]

145. In casu valt evenwel te betwijfelen of er een zwaarwegend belang bestaat bij een vertrouwelijke behandeling van alle noodzakelijke gegevens. Artikel 17 van richtlijn 2003/87 bepaalt namelijk dat besluiten tot toewijzing van emissierechten en de krachtens de vergunning voor broeikasgasemissies vereiste emissieverslagen welke in het bezit zijn van de bevoegde autoriteit, in overeenstemming met de milieu-informatierichtlijn [34] voor het publiek beschikbaar worden gesteld. Hetzelfde vloeit ook voort uit artikel 15 bis van richtlijn 2003/87.

146. Zoals in artikel 15 bis, lid 2, van richtlijn 2003/87 is vastgelegd, sluit dit de bescherming van desondanks bestaande zakengeheimen niet uit, maar aan de motivering van een dergelijk geheim moeten hoge eisen worden gesteld, aangezien de verplichting tot geheimhouding niet zo ruim mag worden opgevat dat het motiveringsvereiste van zijn wezenlijke inhoud zou worden ontdaan, ten detrimente van het recht op verweer. [35]

147. In het bijzonder moet in acht worden genomen dat op grond van artikel 4, lid 2, vierde zin, van de milieu-informatierichtlijn en artikel 6, lid 1, eerste zin, van de Århus-verordening [36] de toegang tot informatie over emissies in het milieu niet met een beroep op zaken- en bedrijfsgeheimen mag worden geweigerd.

148. Anders dan de Commissie meent, doet ook het arrest Ville de Lyon hier niet aan af. Dit arrest betrof weliswaar ook de toegang tot bepaalde informatie over de toepassing van richtlijn 2003/87, maar deze informatie viel onder een bijzondere regeling die afwijkend van de milieu-informatierichtlijn de toegang uitsloot. [37] Voor de in het onderhavige geval relevante informatie bestaat daarentegen geen bijzondere regeling op grond waarvan de analoge toepassing van het bepaalde in de milieu-informatierichtlijn en de Århus-verordening op de motiveringsplicht uitgesloten zou zijn.

32 — Arresten Mobistar (C-438/04, EU:C:2006:463, punt 40) en Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punt 52).

33 — Arrest Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punten 53 en 54) en voor veiligheidsrelevante informatie zie arrest Commissie e.a./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, EU:C:2013:518, punten 117-129).

34 — Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van richtlijn 90/313/EEG van de Raad (PB L 41, blz. 26).

35 — Arrest Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie (296/82 en 318/82, EU:C:1985:113, punt 27).

36 — Verordening (EG) nr. 1367/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 betreffende de toepassing van de bepalingen van het Verdrag van Århus betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden op de communautaire instellingen en organen (PB L 264, blz. 13).

37 — Arrest Ville de Lyon (C-524/09, EU:C:2010:822, punt 40).

149. Dat een groot deel, en misschien zelfs het geheel van de in casu relevante informatie emissies in het milieu betreft, ligt op zijn minst voor de hand. Bijgevolg dient zorgvuldig te worden onderzocht welke van de gebruikte gegevens geen emissies in het milieu betreffen en tegelijkertijd als zakengeheimen vertrouwelijk dienen te worden behandeld. Naast de reeds aangevoerde overwegingen zal de Commissie daarbij ook moeten nagaan of het belang bij de bescherming van oorspronkelijk te erkennen zakengeheimen intussen door het verstrijken van tijd achterhaald is.[38] Alle andere gegevens die voor de controle van de bepaling van de correctiefactor nodig zijn, moeten voor het publiek en bijgevolg ook voor de betrokken ondernemingen toegankelijk zijn.

150. In de onderhavige procedures is het niet mogelijk definitief te beslissen welke gegevens voor de berekening van de correctiefactor op grond van dwingende redenen vertrouwelijk moeten worden behandeld. Zo heeft Duitsland ter terechtzitting gepreciseerd dat de gegevens inzake de totale jaarlijkse emissies van installaties openbaar zijn, terwijl gegevens over deelinstallaties worden aangemerkt als zakengeheimen, omdat daaruit informatie over de productie kan worden afgeleid. In hoeverre laatstgenoemde gegevens voor een controle van de berekening van de correctiefactor nodig zijn en of deze in dit geval daadwerkelijk vertrouwelijk dienen te worden behandeld, is niet onderwerp van de onderhavige procedure.

151. Desondanks staat vast dat de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 onvoldoende is gemotiveerd en derhalve ongeldig is. Het staat aan de Commissie een nieuw besluit met een toereikende motivering vast te stellen en in dit verband te onderzoeken in hoeverre een vertrouwelijke behandeling van de basisgegevens gerechtvaardigd is. In het geval van meningsverschil moet hierover desnoods een nieuwe procedure aanhangig worden gemaakt.

3. Verklarend document van het directoraat-generaal Klimaat

152. Voor het overige dient te worden verduidelijkt dat het in de derde vraag van de bestuursrechter voor Lazio genoemde verklarende document van het directoraat-generaal Klimaat van 22 oktober 2013[39] ongeacht zijn inhoud het gestelde motiveringsgebrek niet kon wegnemen.

153. De bestuursrechter gaat namelijk uit van de juiste overweging dat de motivering van een handeling van de Unie in de handeling moet zijn vervat en door de opsteller van de handeling zelf moet zijn vastgesteld.[40]

154. De omvang van de motiveringsplicht kan weliswaar beperkt zijn, als de relevante informatie bij betrokkenen bekend is[41], maar een dergelijke wetenschap kan de motiveringsplicht hooguit beperken als de betrokkenen tegelijk met de beschikking van deze informatie kennis hebben kunnen nemen. Het betrokken document is echter gedateerd op 22 oktober 2013, terwijl besluit 2013/448 reeds op 5 september 2013 is aangenomen en twee dagen later werd gepubliceerd.

155. Latere informatie kan evenwel slechts een aanvulling vormen op een op zichzelf reeds toereikende motivering, maar kan een gebrek in de motivering niet wegnemen. Hierbij komt in het onderhavige geval dat deze informatie niet door de Commissie als opsteller van besluit 2013/448 is gepubliceerd, maar door een van haar diensten. Dat de Commissie in de onderhavige procedure met geen enkel woord rechtstreeks ingaat op dit document en het ten aanzien van de inachtneming van WKK-installaties intussen zelfs heeft tegengesproken, laat zien dat dit document niet dezelfde hoedanigheid heeft als de motivering van een handeling.

38 — Zie artikel 4, lid 7, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43) en arrest Internationaler Hilfsfonds/Commissie (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punten 56 en 57).

39 — Aangehaald in voetnoot 15.

40 — Arresten Commissie/Parlement en Raad (C-378/00, EU:C:2003:42, punt 66) en Etimine (C-15/10, EU:C:2011:504, punt 113).

41 — Ter illustratie arrest Krupp Stahl/Commissie (275/80 en 24/81, EU:C:1981:247, punt 13).

4. Noodzakelijkheid van terugrekening

156. Ten slotte vraagt de Raad van State of het verenigbaar is met de motiveringsplicht dat de voor de berekening van de correctiefactor relevante hoeveelheden emissies en emissierechten slechts gedeeltelijk in het besluit worden genoemd. Deze vraag berust op het feit dat bepaalde uitgangswaarden alleen kunnen worden vastgesteld als men met toepassing van de regels voor de berekening terugrekent vanaf de opgegeven cijfers.

157. Hierin ligt evenwel geen motiveringsgebrek besloten, aangezien de omvang van de motiveringsplicht moet worden bepaald aan de hand van de context waarin de handeling is vastgesteld en de rechtsregels die de betrokken materie beheersen.[42] Voor zover de context het mogelijk maakt om zonder te grote moeite op grond van de in een motivering opgenomen gegevens verdere betrouwbare informatie te vinden, is voldaan aan de motiveringsplicht. Zoals ik reeds heb uiteengezet, kunnen op deze wijze evenwel niet alle vereiste gegevens worden gevonden.

5. Conclusie inzake de motivering van de bepaling van de correctiefactor

158. De bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 is ontoereikend gemotiveerd en derhalve ongeldig.

E – *Grondrecht op eigendom (zesde vraag in de zaak Borealis Polyolefine en tweede vraag in de zaak Esso Italiana)*

159. Zowel in de verzoeken uit Oostenrijk om een prejudiciële beslissing als in de verzoeken uit Italië wordt de vraag gesteld of de verlaging, op basis van de correctiefactor, van de voorlopig berekende hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten verenigbaar is met het grondrecht op eigendom.

160. De bestuursrechter voor Lazio refereert hierbij aan artikel 1, lid 1, van het eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en aan artikel 17 EVRM, dat het misbruik van rechten en vrijheden verbiedt. Aangezien het EVRM voor de Unie echter geen rechtstreekse bindende werking heeft[43], komt het aan op de overeenkomstige bepalingen van het Handvest van de grondrechten, dus op de artikelen 17 en 54, alsmede op de desbetreffende algemene rechtsbeginselen van het Unierecht.

161. In casu is echter niet duidelijk in hoeverre er sprake zou kunnen zijn van misbruik van grondrechten in de zin van artikel 54 van het Handvest.

162. Bijgevolg dienen alleen het in artikel 17 van het Handvest gewaarborgde eigendomsrecht en het overeenkomstige algemene rechtsbeginsel te worden onderzocht. De bij artikel 17 verleende bescherming betreft niet de bescherming van louter commerciële belangen of kansen, waarvan de wisselvalligheid wezenlijk is voor economische activiteiten, maar betreft rechten met een vermogenswaarde waaruit vanuit het oogpunt van de rechtsorde een verworven rechtspositie voortvloeit op basis waarvan deze rechten door en ten gunste van de houder ervan autonoom kunnen worden uitgeoefend.[44]

163. Dit is bij de voorlopige berekening van de kosteloze toewijzing op grond van artikel 10 van besluit 2011/278 echter uitgesloten. Deze kon geen verworven rechtspositie in het leven roepen, aangezien artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 voorziet in de mogelijkheid van een verlaging.

42 — Zie bijvoorbeeld arresten Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punt 62) en Gauweiler e.a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punt 70).

43 — Arresten Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punt 60) en Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punt 44) alsmede advies 2/13 (EU:C:2014:2454, punt 179).

44 — Arrest Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, punt 34).

164. Dit geldt ondanks de verwijzingen van de bestuursrechter voor Lazio naar de rechtspraak van het EHRM volgens welke de bescherming van eigendom krachtens artikel 1, eerste alinea, van het eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM ook gefundeerde verwachtingen met betrekking tot de verwerving van een goed kan omvatten. [45] Artikel 17 van het Handvest heeft overeenkomstig artikel 52, lid 3, weliswaar dezelfde inhoud en reikwijdte als het eigendomsrecht in het EVRM zoals het wordt uitgelegd door het EHRM [46], maar de omstandigheid dat is voorzien in een correctiefactor ter verlaging van de voorlopige berekening, sluit uit dat er sprake kan zijn van een gewettigd vertrouwen. [47]

165. Bijgevolg schendt de correctiefactor het grondrecht op eigendom niet.

F – *Procedure voor de vaststelling van besluit 2013/448*

166. Met de vijfde prejudiciële vraag in de zaken Borealis Polyolefine, de tweede prejudiciële vraag in de zaak DOW Benelux en de zesde prejudiciële vraag in de zaken Esso Italiana wensen de verwijzende rechters in wezen telkens te vernemen of de bepaling van de correctiefactor ongeldig is, omdat de Commissie besluit 2013/448 niet heeft vastgesteld op grond van de regelgevingsprocedure met toetsing overeenkomstig artikel 5 bis van besluit 1999/468.

167. Deze vragen rijzen tegen de achtergrond van het gegeven dat de Commissie volgens artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87 weliswaar bevoegd is tot het vaststellen van uitvoeringsmaatregelen, maar dat zij daarbij de regelgevingsprocedure met toetsing moet toepassen. Met deze procedure wordt beoogd de Commissie bij de uitoefening van quasiwetgevende bevoegdheden te controleren. Dit geschiedt ten eerste doordat een uit vertegenwoordigers van de lidstaten bestaand regelgevend comité de Commissie adviseert, alsmede ten tweede door de hierna te bespreken interventiemogelijkheid van Parlement en Raad.

168. De Commissie heeft besluit 2011/278 in overeenstemming met deze procedure vastgesteld en in artikel 15, lid 3, van dit besluit – gebaseerd op artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 – de voorwaarden voor de berekening van de correctiefactor vastgelegd. Daarentegen is de kwantitatieve bepaling van de correctiefactor middels vaststelling van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 gebeurd *zonder* toepassing van een afzonderlijke procedure.

169. De rechtstreekse rechtsgrondslag voor de vaststelling van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 is artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278, op grond waarvan de Commissie de correctiefactor bepaalt. Artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278 wordt weliswaar in de preambule bij besluit 2013/448 niet expliciet genoemd als rechtsgrondslag, maar wordt wel uitdrukkelijk als zodanig genoemd in artikel 4 van dit besluit. [48]

170. Artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278 heeft voor de bepaling van de correctiefactor echter geen specifieke procedurevoorwaarden opgesteld. Daarom was de Commissie in beginsel bevoegd tot vaststelling van artikel 4 van besluit 2013/448 volgens de gewone procedure.

171. Verschillende partijen voeren evenwel aan dat de Commissie zich bij artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278 onterecht zelf bevoegd heeft verklaard tot bepaling van de correctiefactor of in ieder geval de regelgevingsprocedure met toetsing heeft omzeild.

45 — Zie EHRM, bijvoorbeeld arresten van 28 september 2004, Kopecký/Slowakije (zaak nr. 44912/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IX, punt 35) en 25 juni 2013, Gáll/Hongarije (zaak nr. 49570/11, punten 33 en 34).

46 — Zie in deze zin arresten Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve (C-562/13, EU:C:2014:2453, punt 47) en Minister for Justice and Equality (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punten 56 en 57).

47 — Zie EHRM, arrest van 6 oktober 2005, Maurice/Frankrijk (zaak nr. 11810/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IX, punten 65 en 66).

48 — Hiermee is ook voldaan aan de vereisten inzake de aanduiding van de rechtsgrondslag in de motivering, zie arresten Commissie/Raad (45/86, EU:C:1987:163, punt 9) en Commissie/Raad (C-370/07, EU:C:2009:590, punt 56).

172. Allereerst moet worden besproken of de Commissie bij artikel 15, lid 3 van besluit 2011/278 zichzelf een rechtsgrondslag mocht verschaffen voor de vaststelling van artikel 4 van besluit 2013/448.

173. Volgens artikel 10 bis, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 stelt de Commissie uitvoeringsmaatregelen vast voor de kosteloze toewijzing van emissierechten. Besluit 2011/278 is een dergelijke uitvoeringsmaatregel. Aangezien de verlening van de bevoegdheid tot bepaling van de correctiefactor in artikel 15, lid 3, eveneens strekt tot uitvoering, is het creëren van een dergelijke rechtsgrondslag in beginsel een geschikt voorwerp van dergelijke uitvoeringsmaatregelen.

174. Inhoudelijke beperkingen van uitvoeringsmaatregelen kunnen evenwel voortvloeien uit de artikelen 290 VWEU en 291 VWEU.

175. Krachtens artikel 290, lid 1, VWEU kan in een wetgevingshandeling aan de Commissie de bevoegdheid worden overgedragen niet-wetgevingshandelingen van algemene strekking vast te stellen ter aanvulling of wijziging van bepaalde niet-essentiële onderdelen van die wetgevingshandeling. Dit is de zogeheten gedelegeerde wetgeving.

176. Indien het nodig is dat juridisch bindende handelingen van de Unie volgens eenvormige voorwaarden worden uitgevoerd, worden daarentegen krachtens artikel 291, lid 2, VWEU bij deze handelingen aan de Commissie (of in specifieke gevallen aan de Raad) uitvoeringsbevoegdheden toegekend.

177. Doordat de Commissie besluit 2013/448 noch als gedelegeerde handeling noch als uitvoeringsmaatregel aanduidt, hoewel een dergelijke aanduiding op grond van artikel 290, lid 3, VWEU en artikel 291, lid 4, VWEU vereist is, is het moeilijk te bepalen onder welke van deze twee categorieën het besluit valt. Ik acht deze procedurefout in casu evenwel niet voldoende ernstig om hiermee nietigverklaring van het besluit te rechtvaardigen, aangezien uit zijn context en zijn inhoud voldoende duidelijk blijkt dat het om een uitvoeringsmaatregel gaat.[49]

178. Voor de bedoeling van de Commissie om een uitvoeringsmaatregel vast te stellen, pleit reeds het feit dat besluit 2013/448 is gebaseerd op besluit 2011/278. Een gedelegeerde handeling kan krachtens artikel 290, lid 1, VWEU namelijk alleen worden gebaseerd op een wetgevingshandeling. Overeenkomstig artikel 289 VWEU zijn dit rechtshandelingen die op grond van de Verdragen door het Parlement en de Raad zijn vastgesteld, maar niet rechtshandelingen van de Commissie. Daarentegen kunnen overeenkomstig artikel 291, lid 2, VWEU uitvoeringsbevoegdheden worden toegekend bij louter „juridisch bindende handelingen", dus ook bij handelingen van de Commissie zoals besluit 2011/278.

179. De inhoud van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 bevestigt de kwalificatie als uitvoeringsmaatregel.

180. De betrokken instelling dient bij de uitoefening van uitvoeringsbevoegdheden in de zin van artikel 291 VWEU de inhoud van de basishandeling nader te bepalen om ervoor te zorgen dat deze in alle lidstaten volgens eenvormige voorwaarden wordt uitgevoerd.[50] Een dergelijke *nadere bepaling* is toelaatbaar, voor zover de bepalingen van de uitvoeringshandeling enerzijds de door de basishandeling

49 — Zie naar analogie de rechtspraak van het Hof inzake de aanduiding van de rechtsgrondslag als onderdeel van de motiveringsplicht in de arresten Commissie/Raad (45/86, EU:C:1987:163, punt 9) en Commissie/Raad (C-370/07, EU:C:2009:590, punt 56).

50 — Arresten Commissie/Parlement en Raad (C-427/12, EU:C:2014:170, punt 39), Parlement/Commissie (C-65/13, EU:C:2014:2289, punt 43) en Commissie/Parlement en Raad (C-88/14, EU:C:2015:499, punt 30).

nagestreefde algemene hoofddoelen eerbiedigen en deze bepalingen anderzijds noodzakelijk of nuttig zijn voor de uitvoering van die handeling.[51] De basishandeling mag evenwel niet worden gewijzigd of aangevuld, zelfs niet op de niet-essentiële onderdelen ervan.[52] Een dergelijke bevoegdheid kan aan de Commissie immers uitsluitend krachtens artikel 290 VWEU worden toegekend.

181. Met de bepaling van de correctiefactor door de vaststelling van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 werd noch besluit 2011/278 noch richtlijn 2003/87 gewijzigd. Er vonden geen ingrepen in de tekst van deze handelingen plaats; de normatieve inhoud ervan bleef juist ongewijzigd.[53] Er is ook geen sprake van een aanvulling. Bij besluit 2013/448 heeft de Commissie de correctiefactor immers niet in het leven geroepen. Deze werd reeds in richtlijn 2003/87 ingevoerd en in besluit 2011/278 nader bepaald.

182. De kwantitatieve bepaling van de correctiefactor is veeleer het resultaat van de toepassing van de daartoe reeds vastgelegde berekeningsvoorwaarden en geeft daarmee uitvoering aan artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 alsmede aan artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278. Aangezien in dit verband ook de behoefte aan een in de gehele Unie eenvormige vaststelling onbetwistbaar dient te worden erkend, gaat het bij de vaststelling van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 om een onder artikel 291, lid 2, VWEU vallende uitvoeringsmaatregel.

183. Voor uitvoeringsmaatregelen van de Commissie bepaalt artikel 291, lid 3, VWEU dat het Parlement en de Raad vooraf de algemene voorschriften en beginselen vastleggen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren.

184. Deze algemene voorschriften en beginselen zijn vastgelegd in verordening (EU) nr. 182/2011[54]. Deze bevat evenwel geen dwingende procedurevereisten, want op grond van artikel 1 hoeven deze voorschriften en beginselen (alleen) te worden toegepast wanneer een juridisch bindende handeling van de Unie vereist dat de vaststelling van uitvoeringshandelingen door de Commissie aan de controle van de lidstaten wordt onderworpen.

185. Om die reden mocht de Commissie bij artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278 zichzelf de bevoegdheid toebedelen om de correctiefactor te bepalen, zonder te voorzien in een verdere controleprocedure.

186. Aangezien de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 een uitvoeringsmaatregel in de zin van artikel 291 VWEU is, kan ook het bezwaar van een omzeiling van de regelgevingsprocedure met toetsing eenvoudig worden beantwoord.

187. Artikel 10 bis, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 schrijft deze procedure immers alleen voor ten aanzien van maatregelen waarbij middels aanvulling niet-essentiële bepalingen van de richtlijn worden gewijzigd. Dit is echter gezien de bovenstaande overwegingen juist niet het geval.

188. De beantwoording van de prejudiciële vragen inzake het feit dat de regelgevingsprocedure met toetsing niet is toegepast, heeft derhalve niets opgeleverd waardoor de rechtmatigheid van de bepaling van de correctiefactor in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 in twijfel zou worden getrokken.

51 — Arrest Parlement/Commissie (C-65/13, EU:C:2014:2289, punt 46).

52 — Arresten Parlement/Commissie (C-65/13, EU:C:2014:2289, punt 45) en Commissie/Parlement en Raad (C-88/14, EU:C:2015:499, punt 31).

53 — Zie ook arrest Commissie/Parlement en Raad (C-88/14, EU:C:2015:499, punt 44).

54 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (PB L 55, blz. 13).

G – *Mogelijkheid om rechtstreeks beroep in te stellen bij de Unierechters*

189. Met zijn eerste vraag wenst de Raad van State te vernemen of exploitanten van bestaande industriële installaties waarop met ingang van 2013 de regels van richtlijn 2003/87 inzake de emissiehandel van toepassing waren, op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU ongetwijfeld bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de in besluit 2013/448 bepaalde correctiefactor konden instellen.

190. Deze vraag heeft betrekking op de vaste rechtspraak dat de erkenning van het recht van een partij om de ongeldigheid van een handeling van de Unie in te roepen, veronderstelt dat die partij niet gerechtigd was krachtens artikel 263 VWEU rechtstreeks bij de Unierechters beroep in te stellen tegen die handeling.[55] Indien wordt aanvaard dat een justitiabele die zonder enige twijfel bevoegd zou zijn geweest om krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU in het kader van een beroep tot nietigverklaring op te komen tegen een handeling van de Unie, na het verstrijken van de beroepstermijn van artikel 263, zesde alinea, VWEU voor de nationale rechter de geldigheid van die handeling zou kunnen betwisten, zou dit er immers op neerkomen dat hem de mogelijkheid wordt gegeven om te ontkomen aan het onherroepelijke karakter dat die handeling na het verstrijken van de beroepstermijn jegens hem heeft.[56]

191. Derhalve zou het belang van de reeds onderzochte vragen inzake de geldigheid van de bepaling van de correctiefactor in besluit 2013/448 twijfelachtig zijn, als de verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen een beroep hadden kunnen instellen bij de Unierechters en deze bevoegdheid zonder enige twijfel had bestaan. Ik zal hierna aantonen dat dit niet het geval is.

192. Artikel 263, vierde alinea, VWEU bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep kan instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn (eerste variant) of die hem rechtstreeks en individueel raken (tweede variant), alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen (derde variant).

193. Een dergelijke bevoegdheid om beroep in te stellen volgens de eerste of derde variant van artikel 263, vierde alinea, VWEU is uitgesloten voor de verzoekende ondernemingen in de hoofdgedingen. Besluit 2013/448 is niet tot hen, maar overeenkomstig artikel 5 tot de lidstaten gericht en de in artikel 4 vastgestelde correctiefactor vereist uitvoeringsmaatregelen van de lidstaten, namelijk een aanpassing van de reeds voorlopig berekende hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten.

194. De verzoekende ondernemingen zouden daarom slechts volgens de tweede variant van artikel 263, vierde alinea, VWEU bevoegd kunnen zijn om bij de Unierechters beroep in te stellen tegen besluit 2013/448. Dit veronderstelt dat het besluit hen rechtstreeks en individueel raakt.

195. Andere personen dan de adressaat van een besluit kunnen slechts op goede gronden stellen individueel te worden geraakt, indien dit besluit hen treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat van een dergelijk besluit.[57]

55 — Arresten TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, punt 23), Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 41) en Banco Privado Português en Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, punt 28).

56 — Arresten TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, punten 18 en 24), Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 41) en Banco Privado Português en Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, punt 28).

57 — Arresten Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17, 238), Sahlstedt e.a./Commissie (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punt 26), Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 57) en T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punt 63).

196. Weliswaar kan iedereen individueel worden geraakt door de correctiefactor, aangezien deze ook dient te worden toegepast op installaties die nieuw zijn binnen de regeling voor de handel in emissierechten, doch het feit dat een bepaling, qua aard en draagwijdte, een algemeen karakter heeft, doordat zij van toepassing is op alle betrokken marktdeelnemers, sluit niet uit dat zij bepaalde marktdeelnemers individueel kan raken. [58]

197. In casu bestaat er een afgebakende kring van betrokkenen, namelijk de reeds bestaande industriële installaties. Voor hen werd voorlopig berekend hoeveel emissierechten hun kosteloos moeten worden toegewezen, en deze voorlopige hoeveelheid wordt met toepassing van de correctiefactor verlaagd. Bovendien hebben overeenkomstig artikel 4 van richtlijn 2003/87 alle onder de regeling vallende installaties een vergunning nodig voor broeikasgasemissies.

198. De rechtspraak inzake de vraag of de leden van een dergelijke afgebakende kring individueel worden geraakt, is evenwel niet echt duidelijk.

199. Het Hof heeft enerzijds reeds geoordeeld dat, wanneer een besluit een groep personen raakt die op het tijdstip waarop deze handeling werd vastgesteld, waren geïdentificeerd of konden worden geïdentificeerd op basis van specifieke kenmerken van de leden van die groep, deze personen door deze handeling individueel kunnen zijn geraakt, voor zover zij deel uitmaken van een beperkte kring van marktdeelnemers. [59] Het Hof heeft erop gewezen dat dit het geval is wanneer het besluit de rechten aantast die de particulier *vóór de vaststelling ervan* heeft verworven. [60]

200. Anders dan Nederland meent, hebben de eigenaren van de betrokken installaties voorafgaand aan het besluit over de correctiefactor echter geen emissierechten verworven, aangezien de voorafgaande berekening van emissierechten overeenkomstig artikel 10, lid 2, en artikel 15, lid 2, onder e), van besluit 2011/278 van voorlopige aard was. [61] Zoals de Commissie terecht aantoont, is voor de bepaling van de rechten van de ondernemingen veeleer allereerst de vaststelling van de correctiefactor vereist. In zoverre verschilt de onderhavige situatie bijvoorbeeld van die van het arrest Codorniu dat betrekking had op een regeling die een ingreep vormde in bestaande merkrechten [62], of van het arrest Infront waar het ging om bestaande televisie-uitzendrechten voor sportevenementen [63].

201. Derhalve moet de tegengestelde rechtspraak in ogenschouw worden genomen. Daarin heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat het aantal of zelfs de identiteit van de rechtssubjecten op wie een maatregel van toepassing is, min of meer nauwkeurig kan worden bepaald, niet impliceert dat deze subjecten moeten worden beschouwd als individueel door deze maatregel geraakt, wanneer vaststaat dat deze toepassing geschiedt op grond van een door de betrokken handeling omschreven objectieve feitelijke of rechtssituatie. [64] Het Gerecht vat dit aldus op dat het feit dat de betrokken persoon tot een beperkte kring hoort, deze persoon niet kan individualiseren, wanneer deze kring voortvloeit uit de aard van de door de bestreden wetgeving vastgestelde regeling. [65]

58 — Arrest Sahlstedt e.a./Commissie (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punt 29).

59 — Arrest Sahlstedt e.a./Commissie (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punt 30).

60 — Arresten Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 59).

61 — Zie punt 163 van deze conclusie.

62 — Arrest Codorniu/Raad (C-309/89, EU:C:1994:197, punten 21 en 22).

63 — Arrest Commissie/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punten 73-77).

64 — Arresten Sahlstedt e.a./Commissie (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punt 31), Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 58) en T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punt 64).

65 — Arrest Gerecht T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (T-279/11, EU:T:2013:299, punt 84).

202. Het Hof heeft derhalve onlangs in een sterk gelijkend geval individuele geraaktheid uitgesloten. Daarbij ging het om de vaststelling van een toewijzingscoëfficiënt die werd toegepast op aanvragen op het gebied van de suikermarkt die gedurende een bepaalde periode waren ingediend. De groep van aanvragers was daardoor weliswaar definitief bepaald[66], maar de coëfficiënt werd uitsluitend vastgesteld aan de hand van de beschikbare en de gevraagde hoeveelheid zonder rekening te houden met de individuele aanvragen of de specifieke situatie van de aanvragers.[67]

203. Dit is in casu precies hetzelfde: de correctiefactor wordt op grond van de informatie van de lidstaten over de erkende behoefte van de industriële installaties volgens de benchmarks en het industrieplafond berekend, zonder rekening te houden met de situatie van de afzonderlijke installaties. Daarom moet volgens de rechtspraak van het Hof ondanks de afgebakende kring van marktdeelnemers een individuele geraaktheid worden afgewezen. Een bevoegdheid om beroep in te stellen bestond derhalve niet.

204. Ongeacht de vraag of het Hof deze opvatting deelt, laat de discussie zien dat een eventuele bevoegdheid om beroep in te stellen bij de Unierechters in ieder geval niet zonder enige twijfel zou hebben bestaan. Deze staat derhalve niet in de weg aan de vragen inzake de geldigheid van de correctiefactor.

205. De eerste vraag in de zaak DOW Benelux moet bijgevolg aldus worden beantwoord dat exploitanten van installaties waarvoor sinds 2013 de regels van richtlijn 2003/87 inzake de emissiehandel golden, met uitzondering van de exploitanten van installaties in de zin van artikel 10 bis, lid 3, van deze richtlijn en van nieuwkomers, niet zonder enige twijfel krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van besluit 2013/448 konden instellen, voor zover daarin de correctiefactor is bepaald.

H – *Gevolgen van de onrechtmatigheid van besluit 2013/448*

206. Met zijn zevende vraag wenst het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich te vernemen of de vaststelling van de ongeldigheid van de correctiefactor de toepassing ervan uitsluit. Het gaat er dus om of de installaties in geval van nietigverklaring van de correctiefactor door het Hof de voorlopig berekende hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten zonder enige verlaging ontvangen.

207. Deze vraag rijst omdat ik hierboven heb vastgesteld dat artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 ongeldig zijn. Een arrest van het Hof hierover zou, net zoals een beslissing tot nietigverklaring, terugwerkende kracht hebben.[68] De vaststelling van de ongeldigheid zou bovendien voor elke nationale rechter een toereikende grond zijn om de betrokken handeling bij de door hem vast te stellen maatregelen eveneens als ongeldig te beschouwen.[69]

208. Daarom zou ervan uit kunnen worden gegaan dat na de nietigverklaring van de correctiefactor een definitieve niet verlaagde toewijzing overeenkomstig de voorlopige berekening moet geschieden. Dit zou betekenen dat installaties voor de jaren 2013 tot en met 2015 telkens tussen 6 % en 10 % meer kosteloze emissierechten per jaar zouden ontvangen. Het kan niet worden uitgesloten dat deze aanvullende toewijzing in ieder geval voor het verleden een overeenkomstige verhoging van de totale

66 — Verhelderend is hier het arrest van het Gerecht T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (T-279/11, EU:T:2013:299, punt 81).

67 — Arrest T & L Sugars en Sidul Açúcares/Commissie (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punten 65 en 66).

68 — Arresten Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, punt 17) en Centre d'exportation du livre français (C-199/06, EU:C:2008:79, punten 61 en 63).

69 — Arrest International Chemical Corporation (66/80, EU:C:1981:102, punt 13) en beschikking Fratelli Martini en Cargill (C-421/06, EU:C:2007:662, punt 54).

hoeveelheid emissierechten vereist, aangezien de niet kosteloos toegewezen emissierechten waarschijnlijk reeds werden geveild. Gedurende de latere jaren zou de hoeveelheid aanvullende kosteloze emissierechten nog groter zijn, maar deze zouden kunnen worden gehaald uit de hoeveelheid van de te veilen emissierechten.

209. Dergelijke aanvullende kosteloze toewijzingen zouden kennelijk onredelijk zijn. Volgens de hier voorgestelde beantwoording van de prejudiciële vragen was de kosteloze toewijzing immers niet te laag, maar te hoog. [70]

210. Duitsland voert tegen deze opvatting van de gevolgen van de ongeldigheid van de correctiefactor verder aan dat de vaststelling van de correctiefactor een voorwaarde voor een definitieve toewijzing is. In dit geval zou de nietigverklaring ervan de rechtsgrondslag van de bestaande definitieve toewijzingen in twijfel trekken en toekomstige definitieve toewijzingen verhinderen. Dat zou aanzienlijk afbreuk doen aan de goede werking van de regeling.

211. Uiteindelijk mag het gevolg van het ontbreken van een correctiefactor echter niet bepalend zijn. Er zij immers eraan herinnerd dat de bevoegde instellingen van de Unie verplicht zijn om de noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde de vastgestelde onwettigheid te verhelpen, wanneer het Hof in het kader van een procedure krachtens artikel 267 VWEU de ongeldigheid van een handeling van een instantie van de Unie vaststelt. De verplichting die artikel 266 VWEU oplegt voor het geval dat een arrest de nietigverklaring uitspreekt, is naar analogie op een dergelijk geval van toepassing. [71]

212. De nietigverklaring van de correctiefactor zou derhalve slechts voorlopig zijn. De Commissie zou deze in het licht van de uitspraken in de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing opnieuw moeten vaststellen.

213. Om rechtsonzekerheid tot de vaststelling van een nieuw besluit van de Commissie te voorkomen, zou het Hof daarom – zoals de Commissie subsidiair heeft gevorderd – samen met de nietigverklaring van de correctiefactor alvast een overgangsregeling moeten treffen. Wanneer dwingende redenen van rechtszekerheid dit rechtvaardigen, is het Hof immers ingevolge artikel 264, tweede alinea, VWEU, dat van overeenkomstige toepassing is op krachtens artikel 267 VWEU ingediende verzoeken om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van handelingen van de instellingen van de Europese Unie, bevoegd om van geval tot geval die gevolgen van de betrokken handeling aan te wijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd. [72]

214. Derhalve ligt het voor de hand om de gevolgen van de bestaande correctiefactor op zijn minst te handhaven totdat deze opnieuw is vastgesteld.

215. Bovendien zou het Hof ook zo veel mogelijk moeten uitsluiten dat op grond van de nieuwe correctiefactor toewijzingen moeten worden gewijzigd die reeds hebben plaatsgevonden en vóór de nieuwe bepaling van de correctiefactor nog zullen plaatsvinden.

70 — Zie punten 110 e.v. van deze conclusie.

71 — Arresten FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punt 123) en Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punt 124).

72 — Arresten Parlement/Raad (C-22/96, EU:C:1998:258, punt 42) en Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punt 121).

216. Een dergelijke beperking van de werking van een arrest is mogelijk, ten eerste, wanneer gevaar bestaat voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen en, ten tweede, wanneer blijkt dat particulieren en de nationale autoriteiten tot een met de Unierechtelijke regeling strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de Unierechtelijke bepalingen, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen.[73]

217. Aan deze voorwaarden is voldaan in deze zaak. Een *verlaging* met terugwerkende kracht zou immers het gerechtvaardigde vertrouwen schaden dat een groot aantal installatie-exploitanten in het voortbestaan van de definitieve toewijzing mocht stellen. Voor de periode tussen het arrest van het Hof en de vaststelling van een nieuwe correctiefactor zouden zij zonder schuld zijn blootgesteld aan een kostenrisico, wanneer de toekomstige kosteloze toewijzingen onder het voorbehoud van verlagingen zouden geschieden.

218. Wanneer het Hof echter in deze vorm de toepassing van de op juiste wijze berekende correctiefactor in de tijd beperkt, moet de Commissie deze zo snel mogelijk vaststellen. Bijgevolg moet het Hof de Commissie hiervoor een termijn stellen. Eén jaar lijkt in dit verband redelijk.

V – **Conclusie**

219. Derhalve geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De zaken C-191/14 en C-192/14, C-295/14 alsmede C-389/14 en C-391/14 tot en met C-393/14 worden gevoegd voor het arrest.

2) Exploitanten van installaties waarvoor sinds 2013 de regels van richtlijn 2003/87/EG golden, met uitzondering van exploitanten van installaties in de zin van artikel 10 bis, lid 3, van deze richtlijn en van nieuwkomers, konden niet zonder enige twijfel krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU bij het Gerecht van de Europese Unie beroep instellen tot nietigverklaring van besluit 2013/448/EU, voor zover daarin de uniforme transsectorale correctiefactor is vastgesteld.

3) Artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 worden nietig verklaard.

4) De gevolgen van artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448 worden gehandhaafd totdat de Commissie binnen een redelijke termijn, die niet langer mag zijn dan één jaar, een nieuw besluit overeenkomstig artikel 10 bis, lid 5, van richtlijn 2003/87 en artikel 15, lid 3, van besluit 2011/278/EU heeft vastgesteld. Toepassing van dit nieuwe besluit op toewijzingen voorafgaand aan de vaststelling ervan is uitgesloten.”

73 — Arresten Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, punt 69) en Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, punt 42).