



Datum van inontvangstneming : 05/04/2019

Zaak C-189/19

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 februari 2019

Verwijzende rechter:

Bundesverwaltungsgericht (hoogste federale bestuursrechter,
Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 november 2018

Verzoekster en verzoekster tot „Revision”:

Spenner GmbH & Co. KG

Verweerster en verweerster in „Revision”:

Bundesrepublik Deutschland

Afschrift

Bundesverwaltungsgericht

BESLISSING

[OMISSIS]

[OMISSIS]

In de bestuursrechtelijke procedure

Spenner GmbH & Co. KG,

[OMISSIS] 59597 Erwitte,

verzoekster en verzoekster tot „Revision”,

[OMISSIS]

t e g e n

de Bondsrepubliek Duitsland,

[OMISSIS] 14193 Berlin,

verweerster en verweerster in „Revision”,

[Or. 2]

[OMISSIS]

heeft de 7. Senat (zevende kamer) van het Bundesverwaltungsgericht

na de terechtzitting van 7 november 2018

[OMISSIS]

op 22 november 2018 de volgende beslissing gegeven:

De procedure voor het Bundesverwaltungsgericht wordt geschorst.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Vereist artikel 9, lid 9, van het besluit van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (2011/278/EU) dat de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding van een gevestigde installatie heeft plaatsgevonden tijdens de referentieperiode die overeenkomstig artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU door de lidstaat is bepaald?

2. Moet artikel 9, lid 9, eerste alinea, juncto lid 1, van besluit 2011/278/EU bij aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen aldus worden uitgelegd dat bij de bepaling van het historische activiteitsniveau voor de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010, het historische activiteitsniveau van de toegevoegde capaciteit buiten beschouwing moet worden gelaten, (zelfs) wanneer de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding tijdens de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 heeft plaatsgevonden?

3. a) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

Moet artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU aldus worden uitgelegd dat de bevoegde autoriteit van de lidstaat de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 of van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 zelf moet bepalen of mag de lidstaat de exploitant van de installatie het recht verlenen om de referentieperiode te kiezen? **[Or. 3]**

b) Indien de lidstaat de exploitant van de installatie een keuzerecht mag verlenen:

Moet de lidstaat zich baseren op de referentieperiode die in een hoger historisch activiteitsniveau resulteert, ook wanneer de exploitant van de installatie volgens het recht van de lidstaat vrijelijk kan kiezen tussen de referentieperioden en opteert voor een referentieperiode met lagere historische activiteitsniveaus?

4. Moet besluit (EU) 2017/126 van de Commissie van 24 januari 2017 tot wijziging van besluit 2013/448/EU wat betreft de vaststelling van een uniforme transsectorale correctiefactor overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad aldus worden uitgelegd dat de transsectorale correctiefactor in het geval van toewijzingen vóór 1 maart 2017 volgens de oorspronkelijke versie van artikel 4 van besluit 2013/448/EU, en bijlage II erbij, voor de jaren 2013 tot en met 2020, en in het geval van extra toewijzingen van emissierechten na 28 februari 2017 op grond van een rechterlijke beslissing moet worden toegepast op alle extra toegewezen hoeveelheden voor de jaren 2013 tot en met 2020 of alleen op de extra toewijzingen voor de jaren 2018 tot en met 2020?

M o t i v e r i n g :

I

- 1 Verzoekster exploiteert een draaitrommeloveninstallatie voor de productie van cementklinkers, die onder de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten valt. Zij vordert de toewijzing van extra kosteloze emissierechten voor de derde handelsperiode in het tijdvak 2013 tot en met 2020.
- 2 In januari 2012 heeft verzoekster overeenkomstig § 9 van het Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Duitse wet op de handel in broeikasgasemissierechten; hierna: „TEHG”) een toewijzingsverzoek ingediend bij de Emissionshandelsstelle (Duitse autoriteit voor de handel in emissierechten; hierna: „DEHSt”). Als relevante referentieperiode voor de installatie kon op het aanvraagformulier worden gekozen tussen de referentieperiode 2005 tot en met 2008 en 2009 tot en met 2010; verzoekster heeft voor de referentieperiode 2009 tot en met 2010 gekozen. Als daadwerkelijke exploitatieperiode van de installatie heeft verzoekster de kalenderjaren 2005 tot en met 2010 aangekruist. Voorts heeft verzoekster melding gemaakt van een capaciteitsuitbreiding op 1 april 2007 en een verdere capaciteitsuitbreiding op 2 mei 2008, die samengevoegd aanzienlijk zijn. [Or. 4]
- 3 Bij besluit van 17 februari 2014 heeft de DEHSt 3 810 723 kosteloze emissierechten toegewezen voor de exploitatie van de installatie. Verzoekster heeft hiertegen vruchteloos bezwaar en vervolgens beroep aangetekend, hetwelk zij gedeeltelijk heeft ingetrokken in het licht van het arrest van 26 oktober 2016 (C-506/14) van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de met het

Unierecht strijdige transsectorale correctiefactor. De bestuursrechter heeft de procedure deels stopgezet en het beroep voor het overige ongegrond verklaard. § 8, lid 8, eerste volzin, van de Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen 2020 (Duits besluit inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten 2020; hierna: „ZuV 2020”) moet aldus worden uitgelegd dat de bepaling van het relevante activiteitsniveau bij aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen afhankelijk is van de keuze van de referentieperiode volgens § 8, lid 1, ZuV 2020. In § 8, lid 8, eerste volzin, ZuV 2020 wordt gerefereerd aan de leden 2 tot en met 5 die op hun beurt telkens verwijzen naar de volgens § 8, lid 1, ZuV 2020 gekozen referentieperiode.

- 4 De toekenning van een keuzerecht aan exploitanten in § 8, lid 1, ZuV 2020 is in overeenstemming met het Unierecht. De formulering in artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU („De lidstaten bepalen”) hoeft niet noodzakelijkerwijze aldus worden begrepen dat het aan de lidstaat staat om de historische activiteitsniveaus vast te stellen op basis van de referentieperiode die in de hogere waarde resulteert. Dit zinsdeel moet worden gelezen in samenhang met het feit dat besluit 2011/278/EU overeenkomstig artikel 25 ervan tot de lidstaten is gericht. Bijgevolg bepalen de lidstaten de historische activiteitsniveaus bij uitvoering van besluit 2011/278/EU. Hoe dit dient te gebeuren, is niet in het desbetreffende besluit geregeld. Bijgevolg is een uitvoering daarvan zoals in Duitsland bij § 8, lid 1, ZuV 2020, volgens welke bepaling de keuze van de referentieperiode aan de exploitanten wordt gelaten, gedekt door artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU.
- 5 Voor de mogelijkheid om de exploitanten een keuzerecht toe te kennen pleit het Guidance Document nr. 2 van de Europese Commissie, waarin deze kwestie ter sprake komt. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is het Guidance Document nr. 2 relevant voor de uitlegging van besluit 2011/278/EU, ook al is het niet rechtens bindend. Voorts voorziet het modelformulier van de [Or. 5] Europese Commissie, bestemd voor de gegevensverzameling op basis waarvan de voorlopig toe te wijzen hoeveelheden worden bepaald, in een keuzerecht voor de exploitanten.
- 6 De DEHSt was niet verplicht ambtshalve rekening te houden met de gunstigere gegevens van de referentieperiode of de aanvrager te gelasten om een dienovereenkomstige correctie aan te brengen.
- 7 Verzoekster heeft hiertegen „Sprungrevision” (rechtstreeks cassatieberoep) aangekend: de uitlegging die de bestuursrechter aan § 8, lid 8, ZuV 2020 heeft gegeven, is onverenigbaar met het bepaalde in artikel 9, lid 9, van besluit 2011/278/EU. Het enige criterium dat deze regeling hanteert, is of een gevestigde installatie tussen 1 januari 2005 en 30 juni 2011 een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding heeft ondergaan. In artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU is nergens sprake van een keuzerecht voor de exploitant. De verantwoordelijkheid voor het bepalen van de historische activiteitsniveaus wordt er integendeel aan de lidstaten toegewezen. Voor de vaststelling van de jaarlijks voorlopig toe te wijzen hoeveelheden gaat het volledige regelgevingskader inzake toewijzingsregels van

de Unie ervan uit dat de lidstaten zijn verplicht tot handelen. Verweerster heeft in haar aanvraagformulier alle jaarlijkse productiehoeveelheden van 2005 tot en met 2010 opgevraagd. Derhalve kan zij beslissen over de referentieperiode met het hoogste activiteitsniveau.

II

- 8 De procedure moet worden geschorst. Overeenkomstig artikel 267 VWEU moet het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „het Hof”) worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de in het dictum van de onderhavige beslissing gestelde vragen.
- 9 De relevante bepalingen van Unierecht zijn artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275, blz. 32), gewijzigd bij richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 (PB 2009, L 140, blz. 63), artikel 9 en overweging 16 van besluit 2011/278/EU van de Commissie **[Or. 6]** van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 130, blz. 1), artikel 4 van 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 2013, L 240, blz. 27) en de overwegingen 12 en 13 van besluit (EU) 2017/126 van de Commissie van 24 januari 2017 wat betreft de vaststelling van een uniforme transsectorale correctiefactor overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2017, L 19, blz. 93).
- 10 De relevante bepalingen van nationaal recht staan in de Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) [besluit inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten in de handelsperiode van 2013 tot en met 2020 (toewijzingsbesluit 2020; hierna: „ZuV 2020”)] van 26 september 2011 (BGBl. I, blz. 1921), zoals gewijzigd bij de wet van 13 juli 2017 (BGBl. I, blz. 2354).

§ 8 van de ZuV 2020 bepaalt:

„Relevant activiteitsniveau

- (1) Voor gevestigde installaties wordt het relevante activiteitsniveau op basis van de overeenkomstig § 5 verzamelde gegevens uniform bepaald voor alle toewijzingselementen van de installatie, hetzij volgens de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met

31 december 2008, hetzij volgens de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en 31 december 2010, naar keuze van de aanvrager.

(2) Voor elk product van de installatie waarvoor een toewijzingselement in de zin van § 3, lid 1, punt 1, moet worden gevormd, is het relevante activiteitsniveau de mediane jaarproductie van dit product tijdens de referentieperiode die overeenkomstig lid 1 is gekozen. [OMISSIS]

(3) [OMISSIS] **[Or. 7]** [OMISSIS]

[...]

(6) Voor de bepaling van de mediane waarden bedoeld in de leden 2 tot en met 5 worden alleen kalenderjaren in aanmerking genomen tijdens welke de installatie ten minste één dag in werking is geweest. In afwijking hiervan worden voor de bepaling van de mediane waarden van installaties ook de kalenderjaren in aanmerking genomen tijdens welke de installatie tijdens de referentieperiode niet ten minste één dag in werking is geweest, [OMISSIS] [details over de bepaling van de mediane waarden]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS]

(7) In afwijking van de leden 2 tot en met 5 worden de activiteitsniveaus berekend op basis van de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van elk toewijzingselement, vermenigvuldigd met de overeenkomstig § 17, lid 2, bepaalde relevante capaciteitsbenuttingsfactor, [voorwaarden voor toepasselijkheid van deze afwijking] [OMISSIS]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS]

(8) In het geval van aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen tussen 1 januari 2005 en 30 juni 2011 is het relevante activiteitsniveau van het toewijzingselement gelijk aan de som van de in overeenstemming met de leden 2 tot en met 5 mediane bepaalde waarden, zonder de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding en het activiteitsniveau van de toegevoegde capaciteit. Het activiteitsniveau van de toegevoegde capaciteit is daarbij gelijk aan het **[Or. 8]** verschil tussen de geïnstalleerde capaciteit van het toewijzingselement na de capaciteitsuitbreiding en de aanvankelijk geïnstalleerde capaciteit van

het gewijzigde toewijzingselement tot aan de aanvang van de veranderde exploitatie, vermenigvuldigd met de gemiddelde capaciteitsbenutting van het desbetreffende toewijzingselement in het tijdvak van 1 januari 2005 tot en met het einde van het kalenderjaar voorafgaand aan de aanvang van de veranderde exploitatie. Aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen in 2005 worden deze op verzoek van de exploitant niet als aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen beschouwd; verder is in deze gevallen de gemiddelde maandelijkse capaciteitsbenutting in 2005 tot en met de kalendermaand voorafgaand aan de aanvang van de veranderde werking relevant voor de bepaling van de gemiddelde capaciteitsbenutting van het desbetreffende toewijzingselement. In het geval van meerdere capaciteitsuitbreidingen is de gemiddelde capaciteitsbenutting van het desbetreffende toewijzingselement voorafgaand aan de aanvang van de exploitatie van de eerste verandering bepalend.

(9) [bepaling over capaciteitsverminderingen] [OMISSIS]”

III

- 11 Krachtens artikel 267 VWEU moet, onder schorsing van de procedure tot „Revision”, het Hof van Justitie van de Europese Unie worden verzocht om een prejudiciële beslissing, aangezien de beslissing van de verwijzende rechter op het beroep in „Revision” van verzoekster afhankelijk is van het antwoord van het Hof op de vragen die zijn gesteld over de uitlegging van besluit 2011/278/EU van de Commissie [Or. 9] van 27 april 2011 en besluit (EU) 2017/126 van de Commissie van 24 januari 2017.
- 12 De prejudiciële vragen behoeven verduidelijking door het Hof, aangezien zijn rechtspraak dienaangaande geen uitsluitsel geeft en een eenduidig antwoord vooralsnog uitblijft. Met betrekking tot de verschillende prejudiciële vragen zijn de volgende overwegingen van belang:
- 13 Eerste prejudiciële vraag:

Het antwoord op de eerste vraag bepaalt of de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding in de onderhavige procedure buiten beschouwing blijft omdat zij niet tijdens de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 heeft plaatsgevonden. Indien het Hof deze prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt, moet het beroep in Revision van verzoekster worden verworpen. In het andere geval moet de uitspraak van de bestuursrechter worden vernietigd en dient de zaak voor nader feitenonderzoek naar de bestuursrechter te worden terugverwezen.
- 14 De Unierechtelijke grondslag van besluit 2011/278/EU, waarvan artikel 9 regelingen bevat over het historische activiteitsniveau van gevestigde installaties, is richtlijn 2003/87/EG. Krachtens artikel 10 bis, lid 1, van die richtlijn stelt de Commissie volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap vast voor het toewijzen van emissierechten. Op grond hiervan heeft

de Commissie, overeenkomstig artikel 10 bis, lid 1, van richtlijn 2003/87/EG, bij besluit 2011/278/EU voor de hele Unie geharmoniseerde regels vastgesteld voor de kosteloze toewijzing van emissierechten. Deze geharmoniseerde regels geven concreet vorm aan het wezenlijke vereiste om verstoringen van de mededinging op de interne markt tot een minimum te beperken [zie arresten van het Hof van 22 juni 2016, DK Recycling und Roheisen/Commissie (C-540/14 P, ECLI:EU:C:2016:469, punt 53) en 22 februari 2018, INEOA Köln GmbH (C-572/16, ECLI:EU:C:2018:100, punten 29 e.v.)]. De verwijzende rechter gaat er derhalve van uit dat de toewijzingsregels, die tot dan toe door de lidstaten in een nationaal toewijzingsplan werden vastgelegd, bij besluit 2011/278/EU voor de hele Unie zijn geharmoniseerd [inzake de niet volledig geharmoniseerde fasen van de procedure voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, zie arrest van het Hof van 22 februari 2018, INEOA Köln GmbH (C-572/16, punt 40)]. **[Or. 10]**

- 15 Artikel 9, lid 9, van besluit 2011/278/EU ziet op de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding of capaciteitsvermindering van een gevestigde installatie tussen 1 januari 2005 en 30 juni 2011. Het enige aanknopingspunt voor deze bepaling is, volgens de bewoordingen ervan, de vraag of de capaciteit van een gevestigde installatie in dit tijdvak aanzienlijk is uitgebreid. Aan de referentieperiodes wordt evenwel indirect gerefereerd in artikel 9, lid 9, eerste alinea, tweede zinsdeel, van besluit 2011/278/EU, volgens hetwelk de historische activiteitsniveaus van de gevestigde installatie gelijk zijn aan „de som van de mediane waarden bepaald in overeenstemming met lid 1 zonder de aanzienlijke capaciteitswijziging”. Overeenkomstig lid 1 wordt voor de bepaling van de mediane waarden een onderscheid gemaakt tussen de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 en die van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010.
- 16 Het historische capaciteitsniveau van de toegevoegde capaciteit wordt volgens artikel 9, lid 9, tweede alinea, van besluit 2011/278/EU bepaald aan de hand van het verschil tussen de aanvankelijke geïnstalleerde capaciteit en de geïnstalleerde capaciteit na de capaciteitsuitbreiding, vermenigvuldigd met de gemiddelde historische capaciteitsbenutting van de betrokken installatie gedurende de jaren voorafgaand aan de aanvang van de veranderde werking. Het historische capaciteitsniveau van de gevestigde installatie die een capaciteitsuitbreiding heeft ondergaan, is gelijk aan de som van het volgens lid 1 vastgestelde historische capaciteitsniveau en het volgens lid 2 vastgestelde historische capaciteitsniveau van de toegevoegde capaciteit.
- 17 Indien deze bepaling aldus moet worden begrepen dat alleen rekening wordt gehouden met capaciteitsuitbreidingen die na de aanvangsdatum van de volgens lid 1 relevante referentieperiode zijn uitgevoerd, kan in het kader van artikel 9, lid 9, van besluit 2011/278/EU geen rekening worden gehouden met capaciteitsuitbreidingen die – zoals in onderhavig geval – hebben plaatsgevonden in de referentieperiode 2005 tot en met 2008, terwijl de relevante referentieperiode voor de totstandkoming van de mediane waarden 2009 tot en met 2010 is (zie in dit verband de tweede en derde prejudiciële vraag).

- 18 Naar opvatting van de verwijzende rechter is het mogelijk dat de vraag aldus moet worden beantwoord dat alleen rekening moet worden gehouden met capaciteitsuitbreidingen die in de relevante referentieperiode hebben plaatsgevonden („na de aanvangsdatum”). De tekst van artikel 9, lid 9, eerste alinea, van besluit 2011/278/EU suggereert dit, maar is dienaangaande echter niet eenduidig. Hij verwijst weliswaar naar de **[Or. 11]** referentieperioden van lid 1 maar geeft geen uitdrukkelijk uitsluitel over de vraag of de capaciteitsuitbreiding moet hebben plaatsgevonden in de relevante referentieperiode in de zin van lid 1.
- 19 De derde volzin van overweging 16 van besluit 2011/278/EU is evenmin eenduidig. Hij geeft weliswaar duidelijk aan dat rekening dient te worden gehouden met elke aanzienlijke capaciteitswijziging die in de betrokken periode heeft plaatsgevonden, maar geeft geen aanwijzingen over hoe in een geval als het onderhavige te werk moet worden gegaan.
- 20 Voor de hypothese dat alleen capaciteitsuitbreidingen tijdens de relevante referentieperiode overeenkomstig artikel 9, lid 9, van besluit 2011/278/EU in aanmerking komen, pleit dat de uitbreiding van de productievolumen voorafgaand aan de referentieperiode als onderdeel van de totale geïnstalleerde capaciteit in de mediane waarden van de latere referentieperiode is vervat en bijgevolg op die manier voor de toewijzing [van emissierechten] wordt meegenomen. Een tweede verrekening in het kader van artikel 9, lid 9, van besluit 2011/278/EU zou betekenen dat de capaciteitsuitbreiding dubbel in aanmerking wordt genomen. Hetzelfde zou mutatis mutandis gelden in het geval van een capaciteitsvermindering.
- 21 In het geval van aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen tussen 1 januari 2005 en 30 juni 2011, gaat het nationale toewijzingsbesluit 2020 ervan uit dat § 8, lid 8, eerste volzin, ZuV 2020 niet geldt voor aanzienlijke capaciteitsuitbreidingen vóór de overeenkomstig lid 1 gekozen referentieperiode [OMISSIS]. § 8, lid 8, eerste volzin, ZuV 2020 verwijst naar de leden 2 tot en met 5, die op hun beurt telkens refereren aan het overeenkomstig § 8, lid 1, ZuV 2020 gekozen tijdvak. De volgens § 8, leden 2 tot en met 5, ZuV 2020 bepaalde mediane waarden zijn dus afhankelijk van de gekozen referentieperiode. Volgens § 8, lid 8, eerste volzin, ZuV 2020 is het totale activiteitsniveau gelijk aan de som van de mediane waarden van het in overeenstemming met de leden 2 tot en met 5 bepaalde toewijzingselement, zonder de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding en het activiteitsniveau van de toegevoegde capaciteit. Wanneer § 8, lid 8, eerste volzin, ZuV 2020 nadrukkelijk verwijst naar de toegevoegde capaciteit, gebeurt dit om de verhouding te bepalen van de toegevoegde capaciteit tot de aanvankelijke capaciteit waarvoor een referentieperiode werd gekozen in overeenstemming met § 8, lid 1, ZuV 2020. Bijgevolg kan § 8, lid 8, ZuV 2020 alleen toepassing vinden wanneer een aanzienlijke capaciteitsuitbreiding heeft plaatsgevonden na de aanvangsdatum van de relevante referentieperiode. **[Or. 12]**
- 22 Tweede prejudiciële vraag:

Deze vraag is relevant voor de beslechting van het geding indien de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding onafhankelijk van de bepaling van de referentieperiode overeenkomstig artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU in aanmerking wordt genomen. Gevraagd wordt of de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding tijdens de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008 bij de berekening van het totale activiteitsniveau in aanmerking moet worden genomen met het oog op de bepaling van het historische activiteitsniveau voor de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010. In de onderhavige procedure heeft de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding op 2 mei 2008 plaatsgevonden en dus tijdens de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008. Zowel verweerster als de bestuursrechter is daarentegen van opvatting dat 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010 als de relevante referentieperiode geldt. In dit geval zou zonder weglating van de toegevoegde capaciteit – zoals reeds uiteengezet in verband met de eerste vraag – de capaciteitsuitbreiding immers twee keer in aanmerking worden genomen. Wanneer de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding reeds vóór het begin van de referentieperiode heeft plaatsgevonden, zouden de productiehoeveelheden van de capaciteitsuitbreiding van meet af aan ook in de mediane waarden zijn vervat.

23 Derde prejudiciële vraag:

a) De derde vraag, onder a), is relevant voor de beslechting van het geding indien de inaanmerkingneming van de aanzienlijke capaciteitsuitbreiding afhankelijk is van de bepaling van de referentieperiode door de lidstaat volgens artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU. Overeenkomstig § 8, lid 1, ZuV 2020 wordt het activiteitsniveau naar keuze van de aanvrager uniform bepaald voor alle toewijzingselementen van de installatie, hetzij volgens de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008, hetzij volgens de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010. Naar opvatting van verweerster is de aanvrager aan deze keuze gebonden [zie in dat verband vraag 3, onder b)].
[Or. 13]

24 In artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU staat daarentegen voor dat „de lidstaten” de historische activiteitsniveaus van elke gevestigde installatie bepalen voor de referentieperiode van 1 januari 2005 tot en met 31 december 2008, of, indien deze hoger zijn, voor de referentieperiode van 1 januari 2009 tot en met 31 december 2010. Deze bewoordingen suggereren dat alleen autoriteiten van de lidstaat voor deze bepaling bevoegd zijn en dat van een keuzerecht voor de aanvrager geen sprake is. Er zijn echter ook aanwijzingen op basis waarvan een andere lezing kan worden verdedigd. Volgens bijlage IV, eerste volzin, van besluit 2011/278/EU verlangen de lidstaten dat de exploitant ten behoeve van de verzameling van referentiegegevens als bedoeld in artikel 7, lid 1, gegevens meedeelt voor alle kalenderjaren van de overeenkomstig artikel 9, lid 1, gekozen referentieperiode (2005-2008 of 2009-2010). Bijgevolg zouden de bewoordingen „De lidstaten bepalen [...]” in artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU aldus kunnen worden geduid dat de exploitant zelf de referentieperiode bepaalt. Ook het door de Europese Commissie gepubliceerde modelformulier voor de verzameling

van aanvraaggegevens maakt op bladzijde 5, onder 2 (a), gewag van de keuze van de referentieperiode door de exploitant: „Please select the baseline period for your installation: You are allowed to choose either 2005-2008 as baseline period, or 2009-2010. The median value of the chosen years will be used for calculating historical activity level in order to calculate the allocation to the installation.” Deze bewoordingen kunnen in dit opzicht worden opgevat als een indicatie dat het volgens de Commissie de bedoeling is dat de exploitant de relevante referentieperiode kiest. Ook het „Guidance Document n°2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)” gaat onder punten 6.1 en 6.4 uit van een keuzemogelijkheid [„The chosen baseline period (...)” en „[(...) the operator needs to determine (...)”)], waarbij onder punt 6.1 duidelijk wordt gemaakt dat in beginsel dient te worden gekozen voor de referentieperiode die in het hogere activiteitsniveau resulteert, wat een recht op vrije keuze zou kunnen weerspreken. Het Guidance Document nr. 2 is echter niet juridisch bindend en geeft niet het officiële standpunt van de Commissie weer [blz. 3, onder punt 1.1; zie ook het arrest van het Hof van 8 september 2016, Borealis e.a. (C-180/15, ECLI:EU:C:2016:647, punt 75 over „Guidance Document n°6” en punt 105 over „Guidance Document n°8”)]. **[Or. 14]**

- 25 b) De derde vraag, onder b), betreft de situatie waarin de exploitant van de installatie weliswaar tussen de referentieperioden mag kiezen maar eventueel een voor hemzelf economisch nadelige beslissing neemt. In dat geval rijst de vraag of de lidstaat zich desalniettemin moet baseren op de referentieperiode die in het hogere activiteitsniveau resulteert. Hiervoor kan pleiten dat zowel artikel 9, lid 1, van besluit 2011/278/EU als de tweede volzin van overweging 16 van het besluit beoogt dat de hogere historische activiteitsniveaus als doorslaggevend gelden. Ook punt 6.1 van het Guidance Document nr. 2 kent een overeenkomstige bepaling [zie hierboven met betrekking tot de derde vraag, onder a)]. Of aan besluit 2011/278/EU een verplichting kan worden ontleend om te toetsen was de meest voordelige keuze is, is echter twijfelachtig omdat artikel 9, lid 1, van het besluit uitdrukkelijk verwijst naar de „overeenkomstig artikel 7 verzamelde gegevens”. Volgens artikel 7, lid 1, van besluit 2011/278/EU moeten de lidstaten echter slechts voor één van beide referentieperioden gegevens verzamelen, ook wanneer volgens het in Duitsland gangbare aanvraagformulier gegevens voor beide referentieperioden worden opgevraagd. Wanneer er geen verplichting voor de lidstaten bestaat om gegevens voor beide referentieperioden te verzamelen, kunnen de overheden van de lidstaten naar opvatting van de verwijzende rechter ook niet worden verplicht om na te gaan of de exploitant de voor hem gunstigste referentieperiode heeft gekozen, ook wanneer deze gegevens daadwerkelijk beschikbaar zijn. Het afzien van een onderzoek van ambtswege zou echter tot op zekere hoogte in strijd zijn met het beoogde doel van besluit 2011/278/EU, zoals verwoord in artikel 9, lid 1, en motivering 16, tweede volzin, ervan, om het hogere historische activiteitsniveau in aanmerking te nemen teneinde te verzekeren dat de referentieperiode zo representatief mogelijk is voor industriële cycli.

- 26 Vierde prejudiciële vraag:

De vierde vraag is relevant voor de beslechting van het geding wanneer het beroep ten gronde wordt toegewezen.

- 27 Onder meer in zijn arrest van 28 april 2016, *Borealis Polyolefine GmbH* (C-191/14, ECLI:EU:C:2016:311), heeft het Hof geoordeeld dat artikel 4 en bijlage II van 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 **[Or. 15]** richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad ongeldig zijn. De gevolgen van de ongeldigverklaring van artikel 4 van besluit 2013/448 en bijlage II daarbij werden op zodanige wijze beperkt in de tijd dat, ten eerste, deze ongeldigverklaring pas effect sorteerde na een periode van tien maanden vanaf de datum waarop het onderhavige arrest werd gewezen, teneinde de Europese Commissie in staat te stellen de noodzakelijke maatregelen vast te stellen, en, ten tweede, niet kon worden afgedaan aan de tot dat tijdstip op grondslag van de ongeldig verklaarde bepalingen vastgestelde maatregelen. Dientengevolge heeft de Commissie haar besluit 2013/448/EU wat betreft de vaststelling van een uniforme transsectorale correctiefactor gewijzigd bij artikel 1 van besluit (EU) 2017/126 van 24 januari 2017 dat op 1 maart 2017 (artikel 2) in werking is getreden en de transsectorale correctiefactoren voor de jaren 2013 tot en met 2020 in artikel 4 en bijlage II van besluit 2013/448/EU opnieuw vastgesteld. De beperkingen in de tijd overeenkomstig het arrest van het Hof van 28 april 2016 heeft de Commissie weergegeven in overweging 12 van besluit (EU) 2017/126. Overweging 13 knoopt daarbij aan en preciseert dat de vóór de inwerkingtreding van dit besluit genomen maatregelen van de lidstaten inzake de toewijzing van emissierechten voor de periode 2013-2020 en eventuele latere wijzigingen en aanvullingen ervan geldig blijven. Voorts moet de vastgestelde transsectorale correctiefactor worden toegepast in vanaf 1 maart 2017 vastgestelde besluiten waarbij toewijzingsrechten worden gecreëerd of gewijzigd en wordt de transsectorale correctiefactor toegepast om die rechten te bepalen.
- 28 Bijgevolg zou de transsectorale correctiefactor naar opvatting van de verwijzende rechter volgens de oorspronkelijke versie van artikel 4 van besluit 2013/448/EU, en bijlage II erbij, voor de jaren 2013 tot en met 2020 moeten worden toegepast op toewijzingen voorafgaand aan 1 maart 2017. Wanneer de toewijzingen vóór 1 maart 2017 hebben plaatsgevonden, dient een retroactieve verhoging van de correctiefactor voor de jaren 2013 tot en met 2020 om redenen van bescherming van het gewettigd vertrouwen te worden uitgesloten. De Commissie is dezelfde opvatting toegedaan in de „Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee” van 13 februari 2017 [ref. Ares (2017) 770188 – 13/02/2017] ter uitvoering van de herziene waarden van de transsectorale correctiefactor. Volgens deze nota moeten de tot dusver genomen **[Or. 16]** toewijzingsbeslissingen ongewijzigd blijven en is de oude correctiefactor toe te passen op alle beslissingen die tot en met 28 februari 2017 zijn genomen. Voorts moeten de oude waarden tot en met 28 februari 2017 geldig blijven voor, onder meer, bepaalde officiële aanvragen ingediend door een lidstaat.

- 29 Ook moet nader worden verduidelijkt of de transsectorale correctiefactor in het geval van na 28 februari 2017 rechterlijk toegekende extra toewijzingen van emissierechten overeenkomstig besluit (EU) 2017/126 op alle extra toegewezen hoeveelheden voor de jaren 2013 tot en met 2020 of alleen op de extra toewijzingen voor de jaren 2018 tot en 2020 moet worden toegepast.

[OMISSIS]