



Datum van
inontvangstneming

:

28/07/2014

Raad
van State

TSM

C-295/14-1

CURIA GRIFIE Luxembourg	
Entrée	16 JUN 2014

201311081/1/A4.

Datum uitspraak: 11 juni 2014

205

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>967.139</u>	
Luxemburg	<u>17</u> 06. 2014 De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: _____	<u>Manuela Ferreira</u> Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur
Neergelegd op: <u>16.06.14</u>	

Verwijzingsuitspraak in het geding tussen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DOW Benelux B.V., gevestigd te Hoek, gemeente Terneuzen (hierna: DOW),
2. de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Esso Nederland B.V., gevestigd te Breda, en ExxonMobil Chemical Holland B.V., gevestigd te Rotterdam (hierna: Esso en ExxonMobil),
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Kuwait Petroleum Europoort B.V., gevestigd te Rotterdam (hierna: Kuwait),
4. de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Rütgers Resins B.V. en Koppers Netherlands B.V., beide gevestigd te Uithoorn (hierna: Rütgers en Koppers),
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Yara Sluiskil B.V., gevestigd te Sluiskil, gemeente Terneuzen (hierna: Yara),
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BP Raffinaderij Rotterdam B.V., gevestigd te Rozenburg, gemeente Haarlemmermeer (hierna: BP),
7. de naamloze vennootschap Zeeland Refinery N.V., gevestigd te Nieuwdorp, gemeente Borsele (hierna: Zeeland Refinery),
8. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ESD-SIC B.V., gevestigd te Delfzijl (hierna: ESD-SIC),
9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DSM Delft Permit B.V., gevestigd te Delft (hierna: DSM),

10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SABIC Innovative Plastics B.V., gevestigd te Bergen op Zoom (hierna: SABIC),
11. de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Shell Nederland Raffinaderij B.V., gevestigd te Rotterdam, en Shell Nederland Chemie B.V., gevestigd te Moerdijk (hierna tezamen en in enkelvoud: Shell),
12. de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid Akzo Nobel Chemicals B.V. en Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V., beide gevestigd te Amersfoort (hierna tezamen en in enkelvoud: AKZO),
13. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Emerald Kalama Chemical B.V., gevestigd te Amsterdam (hierna: Emerald),
14. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nedmag Industries Mining & Manufacturing Holding B.V., gevestigd te Veendam (hierna: Nedmag),
15. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Rosier Nederland B.V., gevestigd te Sas van Gent, gemeente Terneuzen (hierna: Rosier),
16. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V., gevestigd te Assen (hierna: NAM),
17. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tata Steel IJmuiden B.V., gevestigd te Velsen-Noord, gemeente Velsen (hierna: Tata),
18. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Chemelot Site Permit B.V., gevestigd te Geleen, gemeente Sittard-Geleen (hierna: Chemelot),
19. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Eska Graphic Board B.V., gevestigd te Sappemeer, gemeente Hoogezand-Sappemeer (hierna: Eska),
20. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Koch HC Partnership B.V., gevestigd te Amsterdam (hierna: Koch),
appellanten,

en

de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu,
verweerder.

Procesverloop

Bij het "Nationaal toewijzingsbesluit broeikasgasemissierechten 2012-2020" van 2 juli 2012 met kenmerk IENM.BSK-2012/126956 (hierna: het oorspronkelijke toewijzingsbesluit) heeft de staatssecretaris krachtens artikel 16.24 van de Wet milieubeheer broeikasgasemissierechten (hierna: emissierechten) toegewezen aan een aantal inrichtingen.

Bij het "Nationaal toewijzingsbesluit broeikasgasemissierechten 2012-2020" van 29 oktober 2013 met kenmerk IENM/BSK-2013/226553 (hierna: het gewijzigde toewijzingsbesluit) heeft de staatssecretaris een gewijzigde hoeveelheid emissierechten toegewezen aan de inrichtingen.

Appellanten hebben beroep ingesteld tegen de gewijzigde toewijzing van emissierechten voor hun inrichtingen en, voor zover het Tata en Chemelot betreft, tegen de in het oorspronkelijke en gewijzigde toewijzingsbesluit toegepaste berekeningswijze van de emissierechten voor hun specifieke installaties. Deze zaken worden gevoegd behandeld bij de Afdeling.

De staatssecretaris heeft ten aanzien van een aantal op de zaken van Tata, Chemelot en DSM betrekking hebbende stukken de Afdeling meegedeeld dat alleen zij daarvan kennis zal mogen nemen. De Afdeling heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. Tata, Chemelot en DSM hebben de Afdeling toestemming gegeven om in hun zaken mede op de grondslag van die stukken uitspraak te doen.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Alle appellanten met uitzondering van Kuwait en Rütgers en Koppers, en de staatssecretaris, hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaken ter zitting behandeld op 4 maart 2014, waar Dow, vertegenwoordigd door mr. M.G.J. Maas-Cooymans, advocaat te Rotterdam, Yara, Rosier, Eska, Koch en Zeeland Refinery, vertegenwoordigd door mr. L.A.J. Spaans en mr. S. Stax, beiden advocaat te Amsterdam, DSM, Nedmag, ESD-SIC, NAM, Tata, SABIC, Shell, AKZO, Emerald, BP en Chemelot, vertegenwoordigd door mr. I.F. Kieft en mr. N.H. van den Biggelaar, beiden advocaat te Amsterdam, Esso en Exxon Mobil, vertegenwoordigd door mr. J.R. van Angeren, advocaat te Amsterdam, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. R.G.P. van Slijpe, mr. J.P.J. Geurts, ir. R.B.J. van Zwieten en A.P.W. Pijnenburg, zijn gehoord.

Bij brieven van 15 mei 2014 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat zij voornemens is het Hof van Justitie te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op een aantal voor te leggen vragen. De tekst van deze vragen was in concept bijgevoegd.

Dow, Yara, Rosier, Eska, Koch en Zeeland Refinery, DSM, Nedmag, ESD-SIC, NAM, Tata, SABIC, Shell, AKZO, Emerald, BP en Chemeloten, Esso,

ExxonMobil en de staatssecretaris hebben zienswijzen over de voorgenomen vragen ingediend.

Overwegingen

Rechtstreeks beroep mogelijk

1. Het oorspronkelijke toewijzingsbesluit is overeenkomstig artikel 16.30, eerste lid, van de Wet milieubeheer voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht. Gelet daarop kan tegen dit besluit rechtstreeks beroep worden ingesteld, zonder daartegen eerst een bezwaarschrift in te dienen. Ingevolge artikel 20.1, derde lid, van de Wet milieubeheer kon dit beroep eerst worden ingesteld na de bekendmaking van het gewijzigde toewijzingsbesluit.

1.1. De Afdeling overweegt ambtshalve dat ervan moet worden uitgegaan dat de wetgever met artikel 20.1, derde lid, heeft willen regelen dat tegen het oorspronkelijke en het gewijzigde toewijzingsbesluit binnen dezelfde beroepstermijn zonder voorafgaande bezwaarprocedure beroep kan worden ingesteld, ook al wordt het gewijzigde toewijzingsbesluit ingevolge artikel 16.30a, derde lid, van de Wet milieubeheer gelezen in verbinding met artikel 16.30, eerste lid – anders dan het oorspronkelijke toewijzingsbesluit – niet met toepassing van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht voorbereid.

Dat aan de beroepen tegen het gewijzigde toewijzingsbesluit geen bezwaarprocedure is voorafgegaan, is dan ook geen beletsel om deze ontvankelijk te achten.

Volgorde behandeling onderwerpen, prejudiciële vragen en samenloop andere procedures

2. Het gewijzigde toewijzingsbesluit is onder meer genomen vanwege de zogenoemde uniforme transsectorale correctiefactor voor de jaren 2013 tot en met 2020 die door de Europese Commissie bij besluit van 5 september 2013, 2013/448/EU, 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) zijn bepaald.

Door toepassing van deze correctiefactor zijn aan appellanten bij het gewijzigde toewijzingsbesluit minder emissierechten toegewezen dan bij het oorspronkelijke toewijzingsbesluit was gebeurd.

2.1. Alle appellanten met uitzondering van Kuwait betogen dat Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de correctiefactor is bepaald, ongeldig is zodat het gewijzigde toewijzingsbesluit daarop niet mocht worden gebaseerd. Een deel van de appellanten bestrijdt in dit verband mede de geldigheid van het besluit van de Commissie van 27 april 2011, 2011/278/EU, 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).

Een aantal beroepschriften is wat deze gronden betreft gelijklopend. Het betreft de beroepschriften van Yara, Zeeland Refinery, Rosier, Eska en Koch (hierna tezamen aangeduid als: Yara en anderen) onderscheidenlijk de beroepschriften van BP, ESD-SIC, DSM, SABIC, Shell, AKZO, Emerald, Nedmag, NAM, Tata en Chemelot (hierna tezamen aangeduid als: BP en anderen).

2.2. Daarnaast hebben twee appellanten – Chemelot en Tata – beroepsgronden aangevoerd met betrekking tot de specifieke berekening van de aan hun inrichtingen toegewezen emissierechten. Deze gronden komen erop neer dat de staatssecretaris bij het nemen van de toewijzingsbesluiten de in het Besluit 2011/278/EU voor de toewijzing van de emissierechten gestelde regels niet juist heeft geïnterpreteerd en toegepast.

2.3. Appellanten hebben verzocht om over beide kwesties naar aanleiding van de door hen aangevoerde gronden prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.

2.4. De betogen geven de Afdeling, na weergave van de relevante bepalingen, allereerst aanleiding te bezien of in de huidige nationale procedure de ongeldigheid van Besluit 2013/446/EU en Besluit 2011/278/EU kan worden ingeroepen (A). Vervolgens zal de Afdeling, voor het geval de ongeldigheid kan worden ingeroepen, de desbetreffende gronden bespreken (B). Tot slot zal de Afdeling de gronden van Chemelot en Tata over de specifieke berekening bespreken (C).

2.5. Bij de behandeling van de diverse onderwerpen rijzen onder andere de hierna opgenomen, aan het Hof van Justitie te stellen, vragen. De Afdeling heeft bij haar keuze om deze vragen te stellen betrokken dat in overweging 16 van het arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 1982, 283/81 Cilfit (www.curia.europa.eu) is benadrukt dat de nationale rechter er bij het afzien van het stellen van prejudiciële vragen van overtuigd moet zijn dat de oplossing van de voorliggende vraag ook voor rechterlijke instanties van andere lidstaten en het Hof van Justitie evident is.

2.5.1. Dat de geldigheid van Besluit 2013/448/EU ook voor rechters van andere lidstaten niet zonder meer evident is, blijkt al uit het feit dat het Landesverwaltungsgericht Niederösterreich op 9 april 2014 (C-191/14) negen prejudiciële vragen heeft gesteld over Besluit 2013/448/EU. De Afdeling geeft het Hof van Justitie in overweging de zaken van het Landesverwaltungsgericht en de Afdeling tegelijkertijd dan wel gevoegd te behandelen.

2.5.2. De Afdeling is, voor zover zij inzage heeft in de totstandkoming van de betrokken besluiten, van oordeel dat zij niet over alle gronden die door appellanten worden aangevoerd tegen de geldigheid van deze besluiten vragen aan het Hof van Justitie dient voor te leggen. Enkele aangevoerde gronden worden, gemotiveerd, afgewezen en leiden dan ook niet tot een vraag die de geldigheid van de betrokken besluiten aan de orde stelt. De Afdeling kan zich voorstellen dat het Hof deze gronden niettemin betreft bij

de beantwoording over de geldigheid, indien op grond van informatie die bijvoorbeeld afkomstig is uit andere zaken over dezelfde besluiten, daarvoor de noodzaak bestaat.

Relevante bepalingen

Richtlijn 2003/87/EG

3. Ingevolge artikel 9 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; hierna: de richtlijn), zoals deze richtlijn thans luidt, neemt de hoeveelheid emissierechten die met ingang van 2013 elk jaar voor de hele Gemeenschap wordt verleend, vanaf het tijdstip halverwege de periode van 2008 tot 2012 lineair af met een 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 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.

Artikel 9 bis, tweede lid, bepaalt dat de lidstaten ten aanzien van installaties die in bijlage I genoemde activiteiten uitvoeren en pas met ingang van 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen, ervoor zorgen 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, eerste lid, 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.

Ingevolge artikel 10 bis, eerste lid, stelt de Commissie volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor de hele Gemeenschap vast voor het toewijzen van de in de leden 4, 5, 7 en 12 bedoelde emissierechten. Deze maatregelen, die beogen niet-essentiële onderdelen van deze richtlijn te wijzigen door haar aan te vullen, worden vastgesteld volgens de in artikel 23, derde lid, bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing.

Ingevolge het derde lid wordt met inachtneming van de leden 4 en 8, en van artikel 10 quater, geen kosteloze toewijzing gegeven aan elektriciteitsopwekkers, installaties voor het afvangen van CO₂, pijpleidingen voor het vervoer van CO₂ of CO₂-opslagplaatsen.

Ingevolge het vijfde lid is 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, 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.

Het vijfde lid bepaalt tot slot dat waar nodig een uniforme correctiefactor voor alle bedrijfstakken wordt toegepast.

Ingevolge het elfde lid is de hoeveelheid emissierechten die krachtens de leden 4 tot en met 7 van dit artikel in 2013 kosteloos wordt toegewezen 80 % van de hoeveelheid die overeenkomstig de in het eerste lid bedoelde maatregelen wordt vastgesteld. Vervolgens wordt de kosteloze toewijzing elk jaar met gelijke hoeveelheden verlaagd, zodat er in 2020 30 % kosteloze toewijzing is, met als doel geen kosteloze toewijzing meer in 2027.

Ingevolge het twaalfde lid worden in 2013 en in elk daaropvolgend jaar tot en met 2020, overeenkomstig het eerste lid, aan installaties in bedrijfstakken of deeltakken waar een significant risico op het weglekeffect bestaat, kosteloos emissierechten toegewezen voor 100 % van de overeenkomstig het eerste lid vastgestelde maatregelen.

Besluit 2011/278/EU

Bij Besluit 2011/278/EU heeft de Commissie de in artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn bedoelde uniforme uitvoeringsmaatregelen vastgesteld.

Artikel 10, negende lid, van dit besluit bepaalt dat de definitieve totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor elke gevestigde installatie, behalve voor installaties die vallen onder artikel 10 bis, derde lid, van de richtlijn, gelijk is aan de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor elke installatie zoals bepaald overeenkomstig het zevende lid, vermenigvuldigd met de transsectorale correctiefactor als bepaald overeenkomstig artikel 15, derde lid.

Ingevolge artikel 15, eerste lid, dienen de lidstaten tegen 30 september 2011 bij de Commissie een lijst in van onder de richtlijn vallende installaties op hun grondgebied.

Ingevolge het tweede lid, voor zover hier van belang, bevat de lijst voor elke installatie de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten tijdens de periode van 2013 tot 2020.

Ingevolge het derde lid beoordeelt de Commissie na ontvangst van de lijst de opneming van elke installatie in de lijst en de overeenkomstige voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten.

Het derde lid bepaalt vervolgens dat de Commissie na kennisgeving door alle lidstaten van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten over de periode 2013 tot 2020 de in artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn bedoelde uniforme transsectorale correctiefactor bepaalt. Deze correctiefactor wordt bepaald door vergelijking van de som van de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos aan andere installaties dan electriciteitsopwekkers 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, vijfde lid, van de richtlijn 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 zijn opgenomen.

Besluit 2013/448/EU

Ingevolge artikel 4 van Besluit 2013/448/EU is de in artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn bedoelde uniforme transsectorale correctiefactor die overeenkomstig artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU wordt bepaald, vermeld in bijlage II bij dit besluit.

In bijlage II zijn voor de jaren 2013 tot en met 2020, per jaar, correctiefactoren vermeld.

A. Bevoegdheid om de ongeldigheid van Besluit 2013/448/EU in nationale procedure in te roepen

A1. Beroepsmogelijkheden artikel 263 VWEU

4. Vastgesteld moet worden of appellanten – zoals zij menen – de ongeldigheid van Besluit 2013/448/EU in de huidige nationale procedure kunnen inroepen of dat – zoals de staatssecretaris meent – de ongeldigheid slechts in het kader van een beroep tegen het besluit bij het Gerecht aan de orde kan worden gesteld.

4.1. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals de arresten van 9 maart 1994 in zaak C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH, en van 15 februari 2001 in zaak C-239/99, Nachi Europe GmbH (www.curia.europa.eu), volgt dat een particulier zich in een procedure bij de nationale rechter niet op de ongeldigheid van een besluit van de Commissie kan beroepen, indien die particulier ongetwijfeld bij het Gerecht nietigverklaring van dat besluit had kunnen vorderen.

4.2. Artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) bepaalt in welke gevallen beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Justitie en het Gerecht. Ingevolge de vierde alinea van dit artikel kan iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengen.

4.3. De bepaling van de correctiefactor bij Besluit 2013/448/EU is niet tot appellanten gericht, maar tot de autoriteiten van de lidstaten die de correctiefactor ingevolge artikel 10, negende lid, van Besluit 2011/278/EU bij het toewijzen van emissierechten moeten toepassen. Zij is dus geen tot appellanten gerichte handeling als bedoeld in artikel 263, vierde alinea, van het VWEU waartegen beroep kan worden ingesteld.

Verder brengt de bepaling van de correctiefactor uitvoeringsmaatregelen – het vaststellen van het gewijzigde toewijzingsbesluit – mee. Reeds gelet hierop doet de in artikel 263, vierde alinea, opgenomen beroepsmogelijkheid tegen regelgevingshandelingen die rechtstreeks raken en geen uitvoeringsmaatregelen meebrengen zich niet voor.

Gezien het voorgaande kunnen appellanten op grond van artikel 263, vierde alinea, slechts bij het Gerecht nietigverklaring van de bepaling van de correctiefactor vorderen wanneer zij daardoor rechtstreeks en individueel worden geraakt.

A2. Appellanten worden rechtstreeks geraakt

5. Zoals onder meer uit overweging 68 van het arrest van het Hof van Justitie van 27 februari 2014 in zaak C-132/12 P, Stichting Woonpunt en anderen (www.curia.europa.eu), blijkt, wordt een particulier rechtstreeks geraakt door een handeling, indien deze rechtstreeks gevolgen heeft voor de rechtspositie van die particulier en de handeling geen beoordelingsbevoegdheid laat aan de autoriteiten die met de uitvoering ervan zijn belast, omdat de uitvoering zuiver automatisch en alleen op grond van het Unierecht gebeurt, zonder dat daarvoor nadere regels moeten worden gesteld.

De bepaling van de correctiefactor heeft rechtstreeks gevolgen voor appellanten, aangezien deze factor meebrengt dat aan hen minder emissierechten kosteloos worden toegewezen dan zonder vaststelling van deze factor zou zijn gebeurd. Verder laat deze handeling geen beoordelingsvrijheid aan de autoriteiten die met de uitvoering ervan zijn belast. Ingevolge artikel 10, negende lid, van Besluit 2011/278/EU zijn de betrokken autoriteiten verplicht de correctiefactor bij het toewijzen van emissierechten toe te passen.

Het bepalen van de correctiefactor bij Besluit 2013/448/EU raakt appellanten dus rechtstreeks.

A3. Worden appellanten individueel geraakt?

6. In overwegingen 57 en 58 van het arrest Stichting Woonpunt is de rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag wanneer een particulier individueel wordt geraakt weergegeven. Zij kunnen slechts individueel worden geraakt door een besluit dat aan een andere persoon is gericht, indien dat besluit hen treft uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat. Het feit dat het aantal of zelfs de identiteit van de rechtssubjecten op wie een maatregel van toepassing is, meer of minder

nauwkeurig kan worden bepaald, impliceert als zodanig niet dat deze subjecten moeten worden geacht door die maatregel individueel te worden geraakt, wanneer deze toepasselijkheid wordt bepaald op grond van een door de betrokken handeling omschreven objectieve feitelijke of rechtssituatie.

6.1. Het besluit tot vaststelling van de correctiefactor is gericht tot de autoriteiten die deze factor moeten toepassen bij de toewijzing van emissierechten, en raakt alle exploitanten van alle installaties – met uitzondering van de installaties als bedoeld in artikel 10 bis, lid 3, van de richtlijn en van nieuwkomers – die in het algemeen en in abstracto ingevolge de richtlijn voor kosteloze toewijzing van emissierechten in aanmerking komen. In zoverre lijken deze exploitanten niet individueel geraakt, ook al kan nauwkeurig worden vastgesteld op welke (exploitanten van) installaties de correctiefactor van toepassing is. Appellanten hebben er ter zitting ook op gewezen dat het Gerecht in zijn beschikking van 4 juni 2012 in zaak T-381/11, Eurofer (www.curia.europa.eu) om soortgelijke redenen heeft geoordeeld dat staalproducenten door Besluit 2011/278/EU niet individueel worden geraakt.

6.2. Echter, in overweging 59 van het arrest Stichting Woonpunt is de rechtspraak van het Hof van Justitie aangehaald die inhoudt 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 deze groep, deze personen door deze handeling individueel kunnen zijn geraakt “voor zover zij deel uitmaken van een beperkte kring van marktdeelnemers, en dat dit met name het geval kan zijn wanneer het besluit de rechten aantast die de particulier vóór de vaststelling ervan heeft verworven.”

In het arrest Stichting Woonpunt concludeert het Hof van Justitie dat het aantal en de identiteit van de woningcorporaties die door de in die zaak betrokken maatregel werden geraakt (blijkens de conclusie van de Advocaat-Generaal ging het om 410 woningcorporaties) ten tijde van de vaststelling van de maatregel vastlagen. Verder concludeert het Hof dat de maatregel ertoe leidde dat de woningcorporaties hun activiteiten onder minder gunstige voorwaarden konden uitvoeren. Op grond van deze twee omstandigheden oordeelde het Hof dat de woningcorporaties behoren tot “een gesloten kring van marktdeelnemers, hetgeen hen individualiseert”. Daarom werden zij naar het oordeel van het Hof van Justitie individueel geraakt.

6.3. Gezien deze rechtspraak lijkt het dat een besluit, ook al is dit in het algemeen en in abstracto van toepassing op iedere marktdeelnemer die voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van het besluit, toch individueel kan raken indien het rechtstreeks gevolgen heeft voor een gesloten kring marktdeelnemers, dat wil zeggen een kring marktdeelnemers die niet meer zal veranderen.

Die situatie doet zich ook in de huidige zaak voor. De correctiefactor wordt toegepast op toewijzingen voor installaties waarop met ingang van de handelsperiode 2013-2020 de regels van de emissiehandel

van toepassing waren (met uitzondering van de installaties als bedoeld in artikel 10 bis, derde lid, van de richtlijn en van nieuwkomers), en deze groep installaties verandert nadien niet meer. Verder heeft de bepaling van de correctiefactor, zoals al onder 5 is geconcludeerd, gevolgen voor de exploitanten van deze installaties.

6.4. Vervolgens is de vraag welk belang moet worden gehecht aan de in de rechtspraak genoemde voorwaarde dat het om een "beperkte kring van marktdeelnemers" moet gaan die individueel worden geraakt. Voor zover daarmee wordt gedoeld op een beperkt *aantal* marktdeelnemers, merkt de Afdeling op dat het aantal marktdeelnemers dat door de correctiefactor wordt geraakt weliswaar groot is – ter zitting is door partijen gesteld dat het om vele duizenden marktdeelnemers gaat – maar dat gezien het arrest Stichting Woonpunt ook een groot aantal marktdeelnemers – in dat geval 410 marktdeelnemers – toch als een beperkte kring kan worden aangemerkt.

6.5. Gezien het voorgaande is naar het oordeel van de Afdeling niet uit te sluiten dat appellanten individueel worden geraakt.

A4. Bestond "ongetwijfeld" mogelijkheid tot nietigverklaring bij Gerecht?

7. Een aantal appellanten heeft betoogd dat, zelfs indien zou worden vastgesteld dat partijen bij het Gerecht nietigverklaring van Besluit 2013/448/EU hadden kunnen vorderen, niet wordt voldaan aan voorwaarde dat partijen dit "ongetwijfeld" hadden kunnen doen als bedoeld in de onder 4.1 genoemde rechtspraak. Pas met het wijzen van het arrest Stichting Woonpunt op 27 februari 2014 is volgens hen duidelijk geworden dat mogelijk beroep openstond.

Uit de overwegingen van het arrest Stichting Woonpunt blijkt dat dit arrest slechts de toepassing in een concreet geval behelst van in al bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie neergelegde regels. Het betoog van appellanten dat pas na het verschijnen van dit arrest duidelijk had kunnen zijn dat beroep bij het Gerecht kon worden ingesteld, overtuigt de Afdeling er dan ook niet van dat appellanten zich zonder meer in de huidige procedure op de ongeldigheid van Besluit 2013/448/EU kunnen beroepen.

A5. Prejudiciële vraag met betrekking tot beroepsmogelijkheid

8. Het voorgaande is voor de Afdeling aanleiding het Hof van Justitie de volgende vraag voor te leggen:

"Vraag 1:

Moet artikel 263, vierde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd, dat exploitanten van installaties waarop met ingang van 2013 de regels van de emissiehandel 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) van toepassing waren, met uitzondering van exploitanten van installaties als bedoeld in artikel 10 bis, derde lid, van die richtlijn en van

nieuwkomers, ongetwijfeld bij het Gerecht nietigverklaring hadden kunnen vorderen van het Besluit 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 (2013/448/EU, Pb 2013 L 240), voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald?"

A6. Consequentie ontkennende beantwoording prejudiciële vraag 1

9. Indien prejudiciële vraag 1 ontkennend wordt beantwoord, kunnen appellanten de ongeldigheid van Besluit 2013/448/EU in de huidige nationale procedure opwerpen.

De Afdeling gaat ervan uit dat appellanten in dat kader mede de ongeldigheid van Besluit 2011/278/EU kunnen opwerpen. Indien zij immers bij het Gerecht niet ongetwijfeld nietigverklaring van Besluit 2013/448/EU hebben kunnen vorderen – en om die reden gronden hierover bij de nationale rechter kunnen opwerpen – kan worden aangenomen dat zij bij het Gerecht evenmin nietigverklaring van het van veel algemenere strekking zijnde Besluit 2011/278/EU hebben kunnen vorderen.

10. De hierna geformuleerde prejudiciële vragen met betrekking tot de geldigheid van Besluit 2013/448/EU en Besluit 2011/278/EU behoeven slechts beantwoording als prejudiciële vraag 1 ontkennend wordt beantwoord.

B. Geldigheid van Besluit 2013/448/EU en/of Besluit 2011/278/EU

B1. Procedurele gronden: artikel 290 VWEU, bevoegdheid Commissie tot bepaling correctiefactor en procedure totstandkoming van de correctiefactor

11. De Afdeling begrijpt de beroepschriften van Yara en anderen aldus, dat zij willen betogen dat artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU ongeldig is voor zover daarin de Commissie de bevoegdheid is toegekend om de correctiefactor te bepalen. Met deze bevoegdheidsdelegatie zou, in strijd met het bepaalde in artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn, de richtlijn op essentiële onderdelen worden gewijzigd. Zij wijzen er in dit verband ook op dat in artikel 290 VWEU is bepaald dat essentiële onderdelen niet het voorwerp mogen zijn van een bevoegdheidsdelegatie aan de Commissie.

11.1. In artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn is bepaald, kort weergegeven, dat de maximale hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten niet hoger mag zijn dan de volgens in dit artikellid opgenomen rekenregels vast te stellen hoeveelheid. Het artikellid bepaalt dat hiertoe waar nodig de correctiefactor wordt toegepast. Anders dan enkele appellanten lijken te betogen, laat het artikellid geen vrijheid om de correctiefactor wel of niet toe te passen. Met de zin "Waar nodig wordt een uniforme correctiefactor voor alle bedrijfstakken toegepast." is kennelijk bedoeld dat de correctiefactor in alle gevallen wordt toegepast wanneer dat nodig is om ervoor te zorgen dat de maximale hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten het in het vijfde lid geregelde maximum niet

overschrijdt.

In artikel 15 van Besluit 2011/278/EU is, zeer kort weergegeven, geregeld dat de Commissie op basis van door de lidstaten aangeleverde gegevens de correctiefactor bepaalt. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten moeten deze correctiefactor vervolgens op grond van artikel 10, negende lid, toepassen bij de toewijzing van emissierechten.

11.2. Artikel 15 van Besluit 2011/278/EU brengt op zichzelf geen verandering aan in de op grond van artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn neergelegde plicht om waar nodig een correctiefactor toe te passen, noch in de in dat artikellid neergelegde berekeningswijze. Het artikel regelt slechts dat deze correctiefactor centraal, door de Commissie, wordt bepaald. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat Besluit 2011/278/EU in zoverre zou moeten worden beschouwd als een uitvoeringsmaatregel die in strijd met artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn beoogt essentiële onderdelen van de richtlijn te wijzigen.

In zoverre ziet de Afdeling geen aanleiding te twijfelen aan de geldigheid van Besluit 2011/278/EU en het daarop gebaseerde Besluit 2013/448/EU.

12. DOW, Yara en anderen, Esso en ExxonMobil en BP en anderen betogen verder dat de bepaling van de correctiefactor onderdeel is van vaststelling van de in artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn bedoelde "volledig geharmoniseerde uitvoeringsmaatregelen voor het toewijzen van de in de leden 4, 5, 7 en 12 bedoelde emissierechten". Daarom is volgens hen bij het bepalen van de correctiefactor ten onrechte niet de in artikel 10 bis, eerste lid, voor de vaststelling van uitvoeringsmaatregelen voorgeschreven regelgevingsprocedure met toetsing gevolgd.

12.1. De bepaling van de correctiefactor door de Commissie kan wellicht worden gezien als een uitvoeringsmaatregel voor de toewijzing van emissierechten in de zin van artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn. In dat geval vereist dit artikellid dat deze correctiefactor volgens de regelgevingsprocedure met toetsing wordt vastgesteld.

Aan de andere kant is de bepaling van de correctiefactor slechts de gebonden uitvoering door de Commissie van de uitvoeringsmaatregelen in Besluit 2011/278/EU, welk besluit zelf reeds met toepassing van die regelgevingsprocedure is vastgesteld. Aangezien deze uitvoeringsmaatregelen slechts bepalen dat de Commissie de correctiefactor bepaalt, en niet bepalen dat daarbij de regelgevingsprocedure moet worden gevolgd, is ook verdedigbaar dat bij het vaststellen van de correctiefactor de regelgevingsprocedure niet hoeft te worden gevolgd.

12.2. Aangezien naar het oordeel van de Afdeling niet op voorhand vaststaat dat Besluit 2013/448/EU mocht worden vastgesteld zonder de regelgevingsprocedure met toetsing te volgen, acht zij het noodzakelijk het Hof van Justitie de volgende vraag voor te leggen.

"Vraag 2:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig omdat het besluit niet volgens de in

artikel 10 bis, eerste lid, van richtlijn 2003/87/EG bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing tot stand is gekomen?"

B2. Weergave systeem kosteloze toewijzing

13. Voorafgaand aan de bespreking van de niet-procedurele gronden over de bepaling van de correctiefactor, zal de Afdeling kort het in de richtlijn geregelde systeem van kosteloze toewijzing van emissierechten weergeven.

13.1. In artikel 10 bis van de richtlijn is geregeld dat niet aan alle installaties die onder de werking van de emissiehandel vallen, kosteloos emissierechten worden toegewezen. Op grond van artikel 10 bis, derde lid, worden aan elektriciteitsopwekkers (gezien de in artikel 3, onder u, van de richtlijn gegeven definitie zijn dit elektriciteitscentrales), installaties voor het afvangen van CO₂, pijpleidingen voor het vervoer van CO₂ of CO₂-opslagplaatsen in beginsel geen kosteloze emissierechten toegekend. Omdat van de in het derde lid genoemde installaties in praktijk slechts elektriciteitsopwekkers voorkomen, wordt in het vervolg van deze uitspraak ook alleen daaraan gerefereerd.

13.2. Artikel 10 bis, vijfde lid, begrenst de hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten voor installaties die niet onder lid 3 vallen en die geen nieuwkomers zijn. De hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten voor deze installaties mag, uitgaande van een kosteloze toewijzing zonder toepassing van de in artikel 10 bis, elfde lid, weergegeven reductie (hierna te noemen: de ongecorrigeerde toewijzing) niet hoger zijn dan het industrieplafond.

13.3. Dit industrieplafond wordt vastgesteld door twee hoeveelheden emissies op te tellen.

Ten eerste (artikel 10 bis, vijfde lid, onder a) de totale jaarlijks beschikbare hoeveelheid emissierechten als vastgesteld op grond van artikel 9, vermenigvuldigd met het aandeel dat de niet onder het lid 3 vallende installaties, waarop in de periode 2008-2012 de regels over emissiehandel van toepassing waren, hadden in het totaal van de gemiddelde geverifieerde emissies in de periode 2005 tot en met 2007.

Ten tweede gaat het (artikel 10 bis, vijfde lid, onder b) om het totaal van de gemiddelde jaarlijks geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de niet onder lid 3 vallende installaties waarop pas vanaf 2013 de regels van de emissiehandel van toepassing zijn, verminderd met de in artikel 9 bedoelde factor van 1,74 % per jaar.

13.4. Wanneer de ongecorrigeerde toewijzing het industrieplafond overschrijdt, wordt ingevolge het vijfde lid een uniforme correctiefactor voor alle bedrijfstakken toegepast. Deze correctiefactor wordt op grond van artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU door de Commissie bepaald. Toepassing van deze correctiefactor houdt in dat de ingevolge artikel 10 bis, elfde en twaalfde lid, van de richtlijn vastgestelde hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten aan de specifieke installaties, met hetzelfde percentage wordt verminderd als het percentage waarmee de

ongecorrigeerde toewijzing moet worden verminderd om niet hoger te zijn dan het industrieplafond.

14. De Commissie heeft geconcludeerd dat de ongecorrigeerde toewijzing het industrieplafond overschrijdt, en om die reden bij Besluit 2013/448/EU een correctiefactor bepaald.

B3. Gronden over asymmetrie in berekening ongecorrigeerde toewijzing en industrieplafond

15. DOW, Esso, Yara en anderen en BP en anderen betogen dat de Commissie bij de bepaling van de correctiefactor op onjuiste wijze de emissies die samenhangen met elektriciteitsproductie met restgas heeft betrokken, omdat restgastemissies wél zijn betrokken bij de vaststelling van de ongecorrigeerde toewijzing, maar niet in alle gevallen bij de vaststelling van het industrieplafond. Hetzelfde geldt volgens hen voor de emissies die samenhangen met warmtekrachtkoppeling.

Zij betogen in de kern dat bij het op deze wijze bepalen van de correctiefactor een asymmetrische situatie ontstaat die in strijd is met het systeem dan wel de doelstellingen van de richtlijn.

15.1. Het gaat deze appellanten wat de opwekking van elektriciteit met restgas betreft met name om de wijze waarop verbranding van restgassen van staalproducenten die als brandstof wordt ingezet bij elektriciteitsopwekkers in de berekening wordt betrokken.

15.2. Het gaat deze appellanten wat de warmtekrachtkoppeling betreft, zo neemt de Afdeling aan, met name om de wijze waarop emissies van warmtekrachtkoppeling bij elektriciteitsopwekkers waarbij warmte wordt geleverd aan installaties waarop de regels van de emissiehandel van toepassing zijn, in de berekening wordt betrokken.

15.3. Uit de in Besluit 2011/278/EU vastgelegde regels over de toewijzing van emissierechten volgt – zo leidt de Afdeling uit de eerste twee zinnen van overweging 32 van dat Besluit 2011/278/EU en uit het document "Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020" van de Commissie van 22 oktober 2013 (hierna: de Explanatory Paper) af – dat aan de staalindustrie emissierechten worden toegekend in verband met de productie van restgas, omdat deze restgasproductie is verwerkt in de zogenoemde benchmarks voor de productie van cokes en vloeibaar ruwijzer. Dit wordt ook in het verweerschrift bevestigd. Aldus wordt de productie van restgas betrokken bij de berekening van de ongecorrigeerde toewijzing.

Het industrieplafond wordt – anders dan de ongecorrigeerde toewijzing – niet vastgesteld aan de hand van aan installaties toe te kennen emissierechten, maar aan de hand van de feitelijke emissies van deze installaties. De emissie van verbranding van restgas in elektriciteitsopwekkers telt niet mee bij de berekening van het industrieplafond, omdat bij die berekening, zo is in artikel 15, derde lid, van het Besluit 2011/278/EU bepaald, alleen de emissies van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers worden betrokken.

15.4. Uit artikel 9, derde lid, van Besluit 2011/278/EU volgt dat bij warmtekrachtkoppeling bij elektriciteitsopwekkers waarbij de warmte wordt geleverd aan installaties waarop de regels van de emissiehandel van toepassing zijn, de verbruikte warmte onderdeel is van het warmtegerelateerd historisch activiteitsniveau van de gebruiker van de warmte (de onder de regels van de emissiehandel vallende installatie, niet zijnde de elektriciteitsopwekker). Uit artikel 10, tweede lid, onder b, sub i, volgt vervolgens dat aan deze gebruiker emissierechten worden toegewezen door vermenigvuldiging van het warmtegerelateerd historisch activiteitsniveau met de warmtebenchmark. Aldus wordt de warmtekrachtkoppeling betrokken bij de berekening van de ongecorrigeerde toewijzing.

Het industrieplafond wordt – anders dan de ongecorrigeerde toewijzing – niet vastgesteld aan de hand van aan installaties via de in Besluit 2011/278/EU vastgestelde rekenregels toe te kennen emissierechten, maar aan de hand van de feitelijke emissies van installaties. De emissie van warmtekrachtkoppeling in elektriciteitsopwekkers telt niet mee bij de berekening van het industrieplafond, omdat bij die berekening, zo is in artikel 15, derde lid, van het Besluit 2011/278/EU bepaald, alleen de emissies van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers worden betrokken.

15.5. Bij de vaststelling van de ongecorrigeerde toewijzing onderscheidenlijk het industrieplafond heeft de Commissie de toe te wijzen emissierechten onderscheidenlijk de emissies van dezelfde installaties betrokken, namelijk van alle installaties met uitzondering van de elektriciteitsopwekkers. Dit is niet asymmetrisch.

De door appellanten genoemde asymmetrie wordt in feite veroorzaakt door de in Besluit 2011/278/EU vastgestelde rekenregels voor toewijzing van emissierechten. Deze rekenregels brengen mee dat in bepaalde gevallen, als onder 15.3 en 15.4 aangeduid, aan de installaties die bij de berekening van de ongecorrigeerde toewijzing en van het industrieplafond worden betrokken, kosteloos emissierechten worden toegewezen (die de ongecorrigeerde toewijzing bepalen) terwijl daar tegenover geen feitelijke emissies staan (die het industrieplafond bepalen). Die emissies treden immers op bij de elektriciteitsopwekkers, die niet bij de berekening van de ongecorrigeerde toewijzing noch van het industrieplafond worden betrokken.

15.6. Appellanten betogen niet dat de in Besluit 2011/278/EU opgenomen rekenregels voor toewijzing, voor zover zij de hiervoor genoemde asymmetrie tot gevolg hebben, ongeldig zijn. In plaats daarvan betogen zij dat artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn op een wijze moet worden uitgelegd die deze asymmetrie ongedaan maakt. Daarom moet volgens hen onder "emissies van installaties die niet onder lid 3 vallen" als bedoeld in artikel 10 bis, vijfde lid, onder a en b, niet worden verstaan "emissies van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers", maar in feite "emissies die in verband staan met kosteloos toe te wijzen emissierechten".

Met dit betoog bestrijden appellanten in wezen de geldigheid van artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU. In dit artikellid is immers

bepaald dat de Commissie bij de bepaling van de correctiefactor emissies van elektriciteitsopwekkers niet betreft. Het artikellid maakt hierop geen uitzondering voor het geval de emissies van de elektriciteitsopwekkers in verband staan met de productie van restgas of warmtekrachtkoppeling waarvoor kosteloos emissierechten worden toegewezen.

15.7. Uit de aanhef van de Nederlandse, Franse, Duitse en Engelse taalversies van artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn blijkt dat met de zinsnede "die niet onder lid 3 vallen" in die aanhef wordt bedoeld op installaties en niet op emissies. De aanhef heeft het in die taalversies over *installaties* die niet onder lid 3 vallen *en* geen nieuwkomers zijn. Met de zinsnede "die niet onder lid 3 vallen" wordt dus bedoeld op andere installaties dan elektriciteitsopwekkers.

De Afdeling gaat ervan uit dat in de rest van artikel 10 bis, vijfde lid, deze zinsnede dezelfde betekenis heeft. Waar in artikel 10 bis, vijfde lid, onder a en b is bepaald dat bij de berekening van het industriep plafond de emissies van niet onder lid 3 vallende installaties worden betrokken, betekent dit dus dat bij de berekening de emissies van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers worden betrokken.

15.8. Artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU lijkt gelet hierop in overeenstemming met de letterlijke tekst van artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn te bepalen, dat bij de bepaling van de correctiefactor slechts emissies van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers meetellen.

De vraag rijst of – zoals appellanten betogen – de doelstelling of het systeem van de richtlijn noopt tot een uitleg van artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn die, ondanks de letterlijke tekst van die bepaling en in weerwil van het bepaalde in artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU, meebrengt dat ook bepaalde emissies van elektriciteitsopwekkers moeten worden betrokken bij de bepaling van de correctiefactor. De Afdeling acht het daarom noodzakelijk het Hof van Justitie de volgende vraag voor te leggen.

"Vraag 3:

Is artikel 15 van het besluit van de Commissie van 27 april 2011, 2011/278/EU, 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) in strijd met artikel 10 bis, vijfde lid, van richtlijn 2003/87/EG 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/EU?"

B4. Gronden over artikel 10 bis, vijfde lid, onder a

16. Artikel 10 bis, vijfde lid, onder a, van de richtlijn bepaalt dat moet worden gerekend met "het aandeel in de emissies van installaties die niet onder lid 3 vallen in het totaal van de 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".

17. BP en anderen betogen dat de Commissie bij de bepaling van het aandeel in de emissies van installaties waarop in de periode 2008 tot en met 2012 de regels van de emissiehandel van toepassing waren, een deel van de emissies van die installaties in de periode 2005 tot en met 2007 ten onrechte niet heeft meegeteld. Zij wijzen erop dat in deze periode niet alle emissies in de emissiehandel zijn betrokken. Bijvoorbeeld omdat voor een aantal installaties op grond van artikel 27 van de richtlijn, zoals deze destijds luidde, is bepaald dat zij tijdelijk buiten de Gemeenschapsregeling bleven, of omdat pas na de periode 2005 tot en met 2007 bleek dat bepaalde emissies binnen de regeling van de emissiehandel vielen. Naar dit soort emissies had volgens BP en anderen onderzoek moeten worden gedaan, en deze hadden bij de bepaling van de correctiefactor moeten worden betrokken. Gelet hierop is volgens appellanten Besluit 2013/448/EU ongeldig.

17.1. Voor de beoordeling van dit betoog is doorslaggevend wat moet worden verstaan onder de "geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007" als bedoeld in artikel 10 bis, vijfde lid, onder a, van de richtlijn.

17.2. Ingevolge artikel 14, derde lid, van de richtlijn, zoals deze in de periode 2005 tot en met 2007 luidde, dienden exploitanten van installaties aan de bevoegde autoriteiten verslag uit te brengen van de jaarlijkse emissies. De lidstaten dienden ingevolge artikel 15 zorg te dragen voor verificatie van deze verslagen. Ingevolge artikel 12, derde lid, dienden de lidstaten er zorg voor te dragen dat de exploitanten ieder jaar een hoeveelheid emissierechten inleveren die gelijk is aan de totale emissies van die installatie gedurende het voorgaande kalenderjaar, als geverifieerd overeenkomstig artikel 15.

17.3. De Afdeling neemt aan dat met "geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007" in artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn wordt bedoeld op de volgens het hiervoor weergegeven systeem geverifieerde en in de emissiehandel betrokken emissies in de periode van 2005 tot en met 2007.

17.4. In de Explanatory Paper heeft de Commissie gesteld dat de emissies van installaties die in de periode 2008-2012 onder de Gemeenschapsregeling vielen, zijn vastgesteld aan de hand van het EUTL (EU Transaction Log). De Afdeling leidt hieruit af dat de Commissie bij de bepaling van het aandeel van de installaties die niet onder lid 3 vallen in het totaal van de geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 als bedoeld in artikel 10 bis, vijfde lid, onder a, uitsluitend is uitgegaan van de in deze periode daadwerkelijk geverifieerde en in de emissiehandel betrokken emissies, en niet van emissies die om een van de door BP en anderen genoemde redenen in deze handelsperiode niet zijn geverifieerd.

Deze werkwijze lijkt de Afdeling, gezien hetgeen onder 17.3 is overwogen, in overeenstemming met artikel 10 bis, vijfde lid, onder a, van de richtlijn opgenomen rekenregels. In zoverre ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de bepaling van de correctiefactor bij Besluit 2013/448/EU ongeldig is.

B5. Gronden over artikel 10 bis, vijfde lid, onder b (Scopewijziging)

18. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de richtlijn, is de richtlijn van toepassing op de in bijlage I genoemde activiteiten.

Met richtlijn 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten van de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (Pb 2009 L 140), is het aantal in bijlage I opgenomen activiteiten met ingang van de handelsperiode 2013-2020 aanzienlijk uitgebreid (hierna aangeduid als: de nieuwe activiteiten).

Als gevolg van deze uitbreiding (hierna: de Scopewijziging) is met ingang van 2013 de regeling van de emissiehandel op meer installaties van toepassing geworden (hierna: de nieuwe installaties), en worden bovendien meer emissies van installaties die al onder de regeling van de emissiehandel vielen (hierna: de bestaande installaties) waar mede de nieuwe activiteiten plaatsvinden bij die handel betrokken.

18.1. Artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn regelt hoe de hoeveelheid emissierechten voor de hele Gemeenschap in verband met de Scopewijziging wordt aangepast.

In dit artikellid is bepaald dat de exploitanten van installaties die in bijlage I genoemde activiteiten uitvoeren en pas met ingang van 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen, uiterlijk op 30 april 2010 overeenkomstig de bepalingen aangenomen overeenkomstig artikel 14, eerste lid, bij de bevoegde autoriteit onafhankelijk geverifieerde emissiegegevens moeten indienen, zodat daarmee met het oog op de aanpassing van de voor de hele Gemeenschap te verlenen hoeveelheid emissierechten rekening kan worden gehouden. Verder is onder meer bepaald dat de te verlenen hoeveelheid emissierechten aan de hand van deze gegevens wordt aangepast.

18.2. In artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b, van de richtlijn, is vervolgens geregeld hoe de Scopewijziging moet worden betrokken bij de bepaling van het industrieplafond. Ingevolge deze bepaling dient bij de bepaling van de correctiefactor het totaal van de gemiddelde jaarlijkse geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 te worden betrokken 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.

19. DOW, Yara en anderen en BP en anderen betogen dat de Commissie bij de berekening van het industrieplafond met toepassing van artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b, de Scopewijziging op onjuiste wijze heeft betrokken. Zij stellen dat bij de bepaling van het industrieplafond de Scopewijziging moet worden betrokken door rekening te houden met alle emissies van de nieuwe activiteiten – ongeacht of deze nu afkomstig zijn van bestaande of nieuwe installaties – en niet slechts met de emissies van nieuwe installaties.

Aangezien – zo is niet in geschil – in ieder geval voor de Nederlandse installaties geldt dat uitsluitend emissies van nieuwe installaties

bij de in artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b, bedoelde berekening van het industriep plafond zijn betrokken, is deze berekening volgens appellanten niet juist uitgevoerd. Hierdoor zou Besluit 2013/448/EU ongeldig zijn.

19.1. Deze appellanten hebben in dit verband gewezen op artikel 15, derde lid, van Besluit 2011/278/EU. Hierin is bepaald dat bij de bepaling van de correctiefactor "de relevante hoeveelheid emissies die enkel vanaf 2013 in de EU-regeling zijn opgenomen" wordt betrokken. Deze zinsnede biedt echter naar het oordeel van de Afdeling geen houvast, omdat daaruit niet blijkt of "relevante hoeveelheid emissies" slaat op emissies van nieuwe activiteiten, of enkel op de emissies van nieuwe installaties.

19.2. Uit artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b, lijkt te volgen dat bij de bepaling van de correctiefactor enkel de emissies van nieuwe installaties moeten worden betrokken. Het gaat immers om "emissies van installaties die pas vanaf 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen en die niet onder lid 3 vallen". Aangezien, zoals eerder onder 15.7 is geconcludeerd, de zinsnede "die niet onder lid 3 vallen" ziet op "installaties" en niet op "emissies", begrijpt de Afdeling artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b aldus, dat het gaat om de emissies van installaties, voor zover deze pas vanaf 2013 in de Gemeenschapsregeling worden opgenomen (emissies van de nieuwe installaties), en niet om emissies van activiteiten die pas vanaf 2013 onder de regels van de emissiehandel vallen (emissies van nieuwe activiteiten).

19.3. Steun voor deze uitleg is ook te vinden in de wijze waarop in artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn de aanpassing van de hoeveelheid emissierechten in verband met de Scopewijziging wordt geregeld. Uit de Nederlandse, Duitse en Franse taalversies van deze bepaling blijkt dat die aanpassing eveneens slechts betrekking heeft op de emissies van nieuwe installaties en niet op emissies van nieuwe activiteiten. Voor zover appellanten op de Engelse taalversie wijzen, merkt de Afdeling op dat ook die taalversie aldus kan worden gelezen, dat slechts de emissies van nieuwe installaties worden betrokken.

19.4. Dat de Commissie bij het uitvoeren van de in artikel 10 bis, vijfde lid, aanhef en onder b, weergegeven berekening wat de Nederlandse installaties betreft uitsluitend de emissies van installaties die pas met ingang van 2013 onder de regels van de emissiehandel zijn gaan vallen heeft betrokken, is dan ook naar moet worden aangenomen in overeenstemming met de richtlijn.

Ook in zoverre ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat de bepaling van de correctiefactor bij Besluit 2013/448/EU ongeldig is.

B6. Gronden over gegevensverzameling Scopewijziging

20. Yara en anderen wijzen erop dat de aan de Commissie te leveren gegevens over de bij de Scopewijziging betrokken installaties niet, zoals artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn voorschrijft, zijn ingediend overeenkomstig de bepalingen aangenomen overeenkomstig artikel 14,

eerste lid, van de richtlijn. Ook om deze reden zou het Besluit 2013/448/EU ongeldig zijn.

20.1. Uit overweging 25 van Besluit 2013/448/EU en uit de Explanatory Paper blijkt dat de Commissie zich bij het bepalen van het industriep plafond, wat de nieuwe installaties betreft, heeft gebaseerd op de gegevens die in verband met de toepassing van artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn zijn verstrekt.

Deze gegevens zijn al in 2010 verstrekt. De Commissie heeft immers al in haar besluit van 22 oktober 2010, 2010/634/EU, tot aanpassing van de hoeveelheid emissierechten voor de hele Unie die in het kader van de EU-regeling voor de handel in emissierechten voor 2013 moet worden verleend en tot intrekking van Besluit 2010/384/EU (Pb 2010 L 279) op basis van deze gegevens met toepassing van artikel 9 bis van de richtlijn, de hoeveelheid emissierechten die wordt verleend aangepast.

Deze gegevens zijn niet – zoals artikel 9 bis, tweede lid, voorschrijft – ingediend overeenkomstig de overeenkomstig artikel 14, eerste lid, van de richtlijn vast te stellen verordening. Die verordening is pas op 21 juni 2012 vastgesteld: Verordening (EU) nr. 601/2012 van de Commissie van 21 juni 2012 inzake de monitoring en rapportage van de emissies van broeikasgassen overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (Pb 2012 L 181). De staatssecretaris heeft in het verweerschrift toegelicht dat, omdat deze monitoringsverordening niet was vastgesteld op het moment dat de in artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn bedoelde gegevens door de betrokken exploitanten moesten worden ingediend, ervoor is gekozen om de exploitanten hun gegevens op grond van de destijds geldende monitoringsmethodieken te laten bepalen.

20.2. De in artikel 9 bis van de richtlijn voorgeschreven wijze van gegevensverzameling, inclusief de eis dat de gegevens overeenkomstig de monitoringsbepalingen moeten worden ingediend, heeft strikt genomen slechts betrekking op het besluit van de Commissie tot aanpassing van de hoeveelheid emissierechten op grond van artikel 9 bis (zoals voor het eerst vastgesteld bij Besluit 2010/634/EU). Echter, nu dezelfde gegevens klaarblijkelijk zijn betrokken bij de bepaling van de correctiefactor bij het besluit 2013/448/EU, rijst de vraag of het feit dat deze gegevens niet volledig overeenkomstig de richtlijn bepalingen zijn verzameld, ertoe leidt dat Besluit 2013/448/EU ongeldig is.

20.3. De Afdeling ziet aanleiding het Hof van Justitie de volgende vraag voor te leggen.

"Vraag 4:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig omdat het besluit mede steunt op gegevens die ter uitvoering van artikel 9 bis, tweede lid, van richtlijn 2003/87/EG zijn ingediend zonder dat de in dat artikellid bedoelde, overeenkomstig artikel 14, eerste lid, aangenomen bepalingen waren vastgesteld?"

B7. Gronden over motivering, transparantie, rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel

21. Esso en ExxonMobil betogen in hun nadere stukken dat de correctiefactor in strijd is met de rechtszekerheid.

21.1. In bijlage II bij Besluit 2013/448/EU is voor de periode 2013 tot en met 2020 per jaar de correctiefactor vermeld. In artikel 10, negende lid, van Besluit 2011/278/EU is bepaald hoe deze factor moet worden betrokken in de berekening van de toe te wijzen emissierechten.

Niet valt in te zien dat de bepaling van de correctiefactor aldus in strijd zou zijn met de rechtszekerheid.

22. DOW, Yara en anderen, Esso en ExxonMobil en BP en anderen betogen dat niet transparant is op welke feiten de bepaling van de correctiefactor is gebaseerd. Esso en ExxonMobil betogen dat Besluit 2013/448/EU in strijd met artikel 296 VWEU ondeugdelijk is gemotiveerd, te meer omdat marktdeelnemers erop mochten vertrouwen dat de correctiefactor niet of minder hoog zou worden bepaald.

23. Artikel 296, tweede alinea, van het VWEU bepaalt dat rechtshandelingen met redenen worden omkleed en verwijzen naar de voorstellen, initiatieven, aanbevelingen, verzoeken of adviezen waarin de Verdragen voorzien.

Artikel 41, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt dat eenieder er recht op heeft dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld.

Het tweede lid bepaalt dat dit recht onder meer behelst het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim, en de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden

24. Zoals onder 13.3 is weergegeven is het industrieplafond de som van:

- ten eerste de totale jaarlijks beschikbare hoeveelheid emissierechten als vastgesteld op grond van artikel 9, vermenigvuldigd met het aandeel dat de niet onder het derde lid vallende installaties (de elektriciteitsopwekkers) waarop in de periode 2008-2012 de regels over emissiehandel van toepassing waren in het totaal van de gemiddelde geverifieerde emissies in de periode 2005 tot en met 2007 (artikel 10 bis, vijfde lid, onder a), en
- ten tweede het totaal van de gemiddelde jaarlijks geverifieerde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de niet onder het derde lid vallende installaties waarop pas vanaf 2013 de regels van de emissiehandel van toepassing zijn, verminderd met de in artikel 9 bedoelde factor van 1,74 % per jaar (artikel 10 bis, vijfde lid, onder b).

De krachtens artikel 9 vastgestelde totale hoeveelheid emissierechten is de gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid emissierechten die door de lidstaten overeenkomstig de beschikkingen van de Commissie inzake de nationale toewijzingsplannen voor de periode van 2008 tot 2012 zijn

verleend, jaarlijks verminderd met een lineaire factor van 1,74 % vanaf het tijdstip halverwege die periode (dus vanaf begin 2010).

24.1. In overweging 25 van Besluit 2013/448/EU is weergegeven op welke grondslag de Commissie het industrieplafond (de "beperking") voor het jaar 2013 heeft bepaald. Daaruit blijkt dat het industrieplafond voor 2013 809.315.766 emissierechten bedraagt, en dat deze hoeveelheid is berekend door uit te gaan van:

- een aandeel van de andere installaties dan elektriciteitsopwekkers van 34,7829436 %,
- een op grond van artikel 9 voor 2013 beschikbare hoeveelheid emissierechten van 1.976.784.044 emissierechten, en
- een voor 2013 beschikbare hoeveelheid op basis van de gemiddelde emissies in de periode van 2005 tot en met 2007 van de niet onder het derde lid vallende installaties waarop pas vanaf 2013 de regels van de emissiehandel van toepassing zijn – naar moet worden aangenomen verminderd met de in artikel 9 bedoelde lineaire factor – van 121.733.050 emissierechten.

24.2. Verder is in overweging 25 weergegeven dat als geen geverifieerde gegevens voor de periode 2005 tot en met 2007 beschikbaar waren, de Commissie, uitgaande van geverifieerde emissies in latere jaren, zover mogelijk de desbetreffende emissiecijfers heeft geëxtrapoleerd door toepassing van de factor 1,74 % in omgekeerde richting, dat de lidstaten zijn geraadpleegd over de gebruikte gegevens en dat de vergelijking van de met toepassing van artikel 10 bis, vijfde lid, bepaalde beperking (industrieplafond) met de som van de voorlopige jaarlijkse hoeveelheden kosteloze emissierechten zonder toepassing van de in bijlage VI bij Besluit 2011/278/EU, leidt tot bepaling van de in bijlage II bij het Besluit 2013/448/EU opgenomen correctiefactoren.

24.3. In overweging 25 van Besluit 2013/448/EU is de bepaling van het industrieplafond voor het jaar 2013 zeer summier beschreven. Slechts door aan de hand van de in artikel 10 bis, vijfde lid, van de richtlijn samen met artikel 9 weergegeven regels terug te rekenen, kan worden vastgesteld van welke uitgangspunten de Commissie zal zijn uitgegaan en daarmee van welk industrieplafond jaarlijks zal zijn uitgegaan.

De Afdeling gaat er aan de hand van die terugrekening van uit dat de Commissie de jaarlijks op grond van artikel 9 beschikbare emissierechten als bedoeld in artikel 10 bis, vijfde lid, onder a, heeft bepaald op 2.085.655.248 emissierechten, vanaf 2010 lineair jaarlijks verminderd met 1,74 % van die hoeveelheid (36.290.401 emissierechten). De Afdeling gaat er aan de hand van deze terugrekening verder van uit dat de Commissie het jaarlijks beschikbare totaal van de gemiddelde emissies als bedoeld in artikel 10 bis, vijfde lid, onder b, heeft bepaald op 128.437.487 emissierechten, vanaf 2010 lineair jaarlijks verminderd met 1,74 % van die hoeveelheid (2.234.812 emissierechten).

Aan de hand van deze terugrekening, samen met het door de Commissie gehanteerde aandeel van de niet onder het derde lid vallende installaties van 34,7829436 %, kan voor de jaren 2013 en verder worden

vastgesteld van welk jaarlijks industrieplafond de Commissie zal zijn uitgegaan.

Vervolgens kan aan de hand van deze industrieplafonds en de in bijlage II bij het Besluit 2013/448/EU opgenomen correctiefactoren worden bepaald wat in de betrokken jaren het totaal van de voorlopige jaarlijkse hoeveelheden kosteloze emissierechten zonder toepassing van de in bijlage VI bij Besluit 2011/278/EU bedoelde factoren (de ongecorrigeerde toewijzing) zal zijn geweest. De ongecorrigeerde toewijzing is immers gelijk aan het industrieplafond gedeeld door de correctiefactor.

24.4. De Afdeling ziet aanleiding het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag voor te leggen.

“Vraag 5:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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?”

25. Hoewel aldus kan worden teruggerekend met welke uitgangspunten de Commissie kennelijk heeft gewerkt, kunnen partijen de juistheid van deze uitgangspunten zelf – met name (a) het aandeel van de installaties, met uitzondering van de elektriciteitsopwekkers, in de emissies in de periode 2005 tot en met 2007, (b) het totaal van de emissies van installaties die pas vanaf 2013 onder de regels van de emissiehandel vallen van 128.437.487 emissierechten en (c) de jaarlijkse ongecorrigeerde toewijzing – niet controleren.

Om het aandeel van andere installaties dan elektriciteitsopwekkers te controleren, zou in ieder geval nodig zijn om te weten welke installaties door de Commissie als elektriciteitsopwekkers zijn aangemerkt. Om het totaal van de emissies van installaties die pas vanaf 2013 onder de regels van de emissiehandel vallen te controleren, zou in ieder geval inzage in de hierover door de lidstaten op grond van artikel 9 bis, tweede lid, van de richtlijn aan de Commissie gegeven informatie noodzakelijk zijn. Om de ongecorrigeerde toewijzing te controleren zou in ieder geval inzage in de door de lidstaten op grond van artikel 15, eerste lid, van Besluit 2011/278/EU aan de Commissie geleverde lijsten met de voorlopige totale jaarlijkse hoeveelheden kosteloos toegewezen emissierechten noodzakelijk zijn.

25.1. Er moet van worden uitgegaan dat appellanten niet over de hiervoor bedoelde gegevens kunnen beschikken. BP en anderen hebben bij hun nadere stukken een brief van 5 februari 2014 van de Europese Commissie aan het IFIEC Europe (kenmerk CLIMA.B1/SH/sst Ares (2014)) gevoegd, waarin is vermeld dat de Commissie op dit moment lidstaten consulteert over de aard van de door hen in het kader van de emissiehandel aangeleverde gegevens en de mogelijkheden om die gegevensruimer beschikbaar te maken. Zonder toestemming van de lidstaten, zo is vermeld,

is de Commissie niet in een positie om de gegevens openbaar te maken of met het IFIEC Europe te delen.

Gelet hierop zijn appellanten feitelijk niet in staat om de berekeningen van de Commissie die aan de vaststelling van de correctiefactor ten grondslag liggen, inhoudelijk te bestrijden. Het is de vraag of op deze wijze de totstandkoming van het Besluit 2013/448/EU voldoende transparant is.

25.2. De Afdeling ziet aanleiding het Hof van Justitie de volgende vraag voor te leggen.

“Vraag 6:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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. Beroepsgronden van Tata en Chemelot over specifieke berekeningen

C1. Kern beroepsgronden Chemelot en Tata

26. Ingevolge artikel 10 van Besluit 2011/278/EU berekent de lidstaat het aantal toe te wijzen emissierechten dat elke op zijn grondgebied gevestigde installatie kosteloos wordt toegewezen door de in bijlage I opgenomen productbenchmarks te vermenigvuldigen met het historisch activiteitsniveau van de betrokken subinstallatie.

Chemelot en Tata betwisten de specifieke berekeningen waarmee de staatssecretaris de hoeveelheid voor hun inrichtingen toegewezen emissierechten heeft vastgesteld. Volgens hen heeft de staatssecretaris de in bijlage I opgenomen productbenchmarks onjuist geïnterpreteerd en toegepast. Wat Chemelot betreft zouden ten onrechte geen emissierechten zijn toegewezen voor het gebruik van fakkels. Wat Tata betreft zouden ten onrechte geen emissierechten zijn toegewezen voor de productie van hoogovenslak en het gebruik van fakkels.

C2. Fakkels van Chemelot

27. Chemelot exploiteert twee stoomkrakers. Volgens haar zijn ten onrechte geen afzonderlijke emissierechten toegewezen voor de emissies van de fakkels (met uitzondering van de waakvlam-emissies) van deze stoomkrakers.

27.1. In bijlage I, onder 2, bij het Besluit 2011/278/EU is een productbenchmark voor stoomkrakers opgenomen. In de voorlaatste alinea van bijlage I, onder 2, is bepaald dat alle definities van onder een benchmark vallende processen en emissies (systeemgrenzen) affakkeling omvatten waar deze wordt toegepast.

27.2. Niet in geschil is dat de in bijlage I vastgestelde productbenchmark voor stoomkrakers, gezien de voetlaatste alinea van bijlage I, onder 2, mede betrekking heeft op alle emissies van affakkeling.

Chemelot betoogt echter dat Besluit 2011/278/EU in dit opzicht ongeldig is. Zij voert hiertoe aan dat er bij de gegevensverzameling voor de vaststelling van de benchmark van is uitgegaan dat alleen de waakvlamemissies bij die benchmark zouden worden betrokken. Dat deze beperking niet in bijlage I is vermeld berust volgens haar op een verschrijving, of is in strijd met de systematiek van de richtlijn.

27.3. Zoals Chemelot in haar beroepschrift heeft vermeld, heeft de Commissie haar "Guidance Document n°9 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012" aangepast teneinde te verduidelijken dat de in de bijlage bij Besluit 2011/278/EU vastgestelde benchmark voor stoomkrakers mede betrekking heeft op alle affakkeling. Reeds gelet hierop moet worden aangenomen dat het niet uitsluiten van emissies van affakkelen in deze benchmark een bewuste keuze is van de Commissie, en niet berust op een verschrijving.

27.4. In artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn is de Commissie de bevoegdheid gegeven om de benchmarks vast te stellen. Bij die vaststelling moet de Commissie een groot aantal factoren en omstandigheden, waaronder die welke in het eerste lid zijn genoemd, betrekken. Daaruit blijkt dat de Commissie een aanzienlijke keuzevrijheid heeft ten aanzien van de inhoud van de uiteindelijk vast te stellen benchmark.

Of Chemelot terecht betoogt dat de keuze om de benchmark voor het stoomkraken mede betrekking te laten hebben op alle emissies van fakkels, afwijkt van opvattingen die werden gehuldigd bij de gegevensverzameling voor die benchmark, kan in het midden blijven. Ook als dat zo zou zijn, is dit geen aanleiding voor het oordeel dat de Commissie met die keuze de grenzen van haar bevoegdheid om de (inhoud van de) benchmarks vast te stellen heeft overschreden.

27.5. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat bijlage 1 bij Besluit 2011/278/EU in zoverre ongeldig is.

28. Gezien het voorgaande is er geen aanleiding voor het oordeel dat de staatssecretaris bij het toewijzen van emissierechten voor de stoomkrakers ten onrechte de daarvoor vastgestelde benchmark, in overeenstemming met de letterlijke tekst ervan, heeft toegepast.

C3. Hoogovenslak van Tata

29. Tata betoogt dat aan haar ten onrechte slechts emissierechten zijn toegewezen voor de productie van vloeibaar ruwijzer, maar niet voor de productie van grijze cementklinker.

29.1. In bijlage I, onder 1, bij Besluit 2011/278/EU is een productbenchmark voor vloeibaar ruwijzer ("Met koolstof verzadigd vloeibaar ijzer voor verdere verwerking.") opgenomen van 1,328 emissierechten per ton geproduceerd product.

Verder is in bijlage I een productbenchmark voor grijze cementklinker ("Grijze cementklinker als in totaal geproduceerde klinker") opgenomen van 0,766 emissierechten per ton geproduceerd product.

29.2. Tata produceert in haar hoogovens vloeibaar ruwijzer. Bij de productie daarvan komt hoogovenslak vrij. Tata betoogt dat de hoogovenslak moet worden beschouwd als "grijze cementklinker", omdat de hoogovenslak in de cementindustrie wordt ingezet en Tata in verband daarmee zorgt voor een hoog gehalte calciumoxide in de slak. Volgens haar zouden daarom naast emissierechten voor de productie van vloeibaar ruwijzer tevens emissierechten voor de productie van cementklinker moeten worden toegewezen.

In dit verband betoogt zij verder dat de hoogovenslak valt onder de definitie van grijze cementklinker, mede omdat haar hoogovenslak zo is samengesteld dat het grijze cementklinker kan vervangen en omdat het met toevoeging van de hoogovenslak geproduceerd cement breed toepasbaar is en veelvuldig wordt gebruikt. Een dergelijke dubbele toekenning zou volgens haar niet betekenen dat een dubbeltelling van dezelfde emissies plaatsvindt, omdat zij bij haar productie (in verband met het door haar nagestreefde gehalte aan calciumoxide) meer kalksteen toevoegt dan in het productieproces waarop de productbenchmark voor vloeibaar ruwijzer zou zijn gebaseerd.

Bovendien zouden volgens Tata, zelfs als de hoogovenslak niet onder de productbenchmark voor grijze cementklinker valt, toch emissierechten moeten worden toegewezen omdat de hoogovenslak in ieder geval een vervangingsproduct voor grijze cementklinker is.

29.3. Met het laatste betoog refereert Tata aan overweging 4 van Besluit 2011/278/EU. Daarin is vermeld:
"Voor zover dit haalbaar was, heeft de Commissie benchmarks ontwikkeld voor producten, alsook tussenproducten (...). In principe moet voor elk product een benchmark worden vastgesteld. Een product dat een rechtstreeks vervangingsproduct is van een ander product, moet onder dezelfde benchmark en bijhorende productdefinitie vallen."

29.4. Aan deze overweging kan niet de door Tata gewenste betekenis worden toegekend. Niet alleen in deze overweging, maar ook op andere plaatsen zoals in overwegingen 1 en 8 van Besluit 2011/278/EU en artikel 10 bis, eerste lid, van de richtlijn, wordt gerefereerd aan vervangingsproducten waarmee – naast vele andere factoren zoals de meest efficiënte technieken, alternatieve productie-procedés, hoogrenderende warmtekrachtkoppeling, efficiënte terugwinning van energie uit afvalgassen, gebruik van biomassa en opvang en opslag van koolstofdioxide – bij het ontwikkelen van de productbenchmarks rekening moet worden gehouden. Dat betekent niet dat van de uiteindelijk vastgestelde benchmarks kan worden afgeweken door, zonder dat die benchmark daarin voorziet, emissierechten toe te kennen voor (vervangings)producten die niet onder de productdefinitie van de benchmark vallen.

29.5. Uit de productdefinitie bij de productbenchmark voor grijze cementklinker betrokken producten ("Grijze cementklinker als in totaal

geproduceerde klinker.”) kan niet scherp worden afgeleid welke producten daaronder behoren te vallen. Het lijkt echter naar het oordeel van de Afdeling geen twijfel dat met “grijze cementklinker” in ieder geval niet is bedoeld op hoogovenslak. Het ontstaan van hoogovenslak is onlosmakelijk verbonden met de productie van ruwijzer. In de productbenchmark voor ruwijzer is dan ook rekening gehouden met deze productie, zoals ook blijkt uit het feit dat slakkenbehandelingsinstallaties zijn vermeld bij de bij deze productbenchmark betrokken processen.

Indien in aanvulling op de emissierechten voor de productie van ruwijzer ook emissierechten zouden worden toegekend voor de hoogovenslak, zou een dubbeltelling plaatsvinden, omdat voor de emissies die samenhangen met de productie van de hoogovenslak al emissierechten worden toegekend op basis van de productbenchmark voor ruwijzer. Een dergelijke dubbeltelling past niet in het systeem van de toewijzing van emissierechten, zoals ook blijkt uit artikel 8, vijfde lid, van Besluit 2011/278/EU. Daarin is bepaald dat de lidstaten er bij de verificatie met name op toezien dat er geen overlappingsen tussen subinstallaties en geen dubbeltellingen zijn.

Dat Tata mogelijk in haar productieproces een grotere dan gebruikelijke hoeveelheid kalksteen toevoegt om een hoog gehalte van calciumoxide in de hoogovenslak te bereiken, en dat de hoogovenslak van Tata wordt gebruikt om breed toepasbare cementmortel te maken, geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de staatssecretaris haar wel mede voor grijze cementklinker emissierechten had moeten toekennen.

29.6. Gezien het voorgaande is er geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris, door geen emissierechten toe te wijzen voor de productie van grijze cementklinker door Tata, Besluit 2011/278/EU onjuist heeft geïnterpreteerd of toegepast. De Afdeling ziet geen aanleiding hierover een prejudiciële vraag te stellen.

C4. Fakkels van Tata

30. Bij de productie van cokes en ruwijzer bij Tata komt restgas vrij dat, zo blijkt uit het beroepschrift van Tata, in andere productieprocessen bij Tata en bij derden wordt ingezet. Wanneer dit restgas tijdelijk niet kan worden ingezet of afgenomen, wordt dit afgefakkeld. Volgens Tata vallen deze fakkels niet onder de processen die door de productbenchmarks voor cokes en voor vloeibaar ruwijzer worden bestreken. Daarom zijn volgens Tata voor deze fakkels ten onrechte niet afzonderlijk emissierechten toegewezen. In dit verband betoogt zij dat het hier gaat om veiligheidsfakkels die behoren bij een gasdistributiesysteem. Een gasdistributiesysteem is, zo betoogt zij, niet genoemd bij de beschrijving van de systeemgrenzen van de productbenchmarks voor cokes en vloeibaar ruwijzer.

30.1. In bijlage I, onder 1, bij Besluit 2011/278/EU zijn productbenchmarks opgenomen voor cokes en vloeibaar ruwijzer. In deze bijlage onder 1, voorlaatste alinea, is verder bepaald dat alle definities van onder een benchmark vallende processen en emissies (systeemgrenzen)

affakkeling omvatten waar deze wordt toegepast.

Bij de productbenchmark voor cokes is bepaald dat deze betrekking heeft op alle processen die direct of indirect verband houden met onder meer de cokesoven en de reiniging van cokesovengas. Bij de productbenchmark voor vloeibaar ruwijzer is bepaald dat deze betrekking heeft op alle processen die direct of indirect verband houden met onder meer de hoogoven en de gasbehandelingseenheid van de hoogoven.

30.2. Uit de in de productbenchmarks bepaalde systeemgrenzen blijkt dat deze mede betrekking hebben op de (emissies en behandeling van) restgas dat bij de productie vrijkomt. Verder is niet in geschil dat met de fakkels waarover het geschil gaat dit restgas van de cokes- en ruwijzer-productie wordt afgefakkeld op momenten waarop dit niet elders kan worden ingezet.

Materieel gaat het bij het affakkelen dus om een proces dat zo niet direct dan in ieder geval indirect samenhangt met de cokesoven en de hoogoven, welk proces op grond van bijlage I, onder 1, voorlaatste alinea van Besluit 2011/278/EU zonder meer binnen de systeemgrenzen valt, ook al stelt Tata dat het affakkelen plaatsvindt ten behoeve van het gasdistributiesysteem.

30.3. Gezien het voorgaande heeft de staatssecretaris terecht geoordeeld dat de door Tata bedoelde fakkels worden bestreken door de productbenchmarks voor cokes en vloeibaar ruwijzer. Daarom zijn voor deze fakkels terecht niet afzonderlijk emissierechten toegewezen. De Afdeling ziet geen aanleiding hierover een prejudiciële vraag te stellen.

Slotsom

31. Gezien het voorgaande zal de behandeling van de beroepen worden geschorst totdat het Hof uitspraak heeft gedaan.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

Vraag 1:

Moet artikel 263, vierde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd, dat exploitanten van installaties waarop met ingang van 2013 de regels van de emissiehandel 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) van toepassing waren, met uitzondering van exploitanten van installaties als bedoeld in artikel 10 bis, derde lid, van die richtlijn en van nieuwkomers, ongetwijfeld bij het Gerecht nietigverklaring hadden kunnen vorderen van het Besluit 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 (2013/448/EU, Pb 2013 L 240), voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald?

Vraag 2:

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

Vraag 3:

Is artikel 15 van het besluit van de Commissie van 27 april 2011, 2011/278/EU, 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) in strijd met artikel 10 bis, vijfde lid, van richtlijn 2003/87/EG 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/EU?"

Vraag 4:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, ongeldig omdat het besluit mede steunt op gegevens die ter uitvoering van artikel 9 bis, tweede lid, van richtlijn 2003/87/EG zijn ingediend zonder dat de in

dat artikellid bedoelde, overeenkomstig artikel 14, eerste lid, aangenomen bepalingen waren vastgesteld?

Vraag 5:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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?

Vraag 6:

Is Besluit 2013/448/EU, voor zover daarbij de uniforme transsectorale correctiefactor is bepaald, in strijd met in het bijzonder artikel 296 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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?

II. schorst de behandeling en houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. J.H. van Kreveld, voorzitter, en mr. N.S.J. Koeman en mr. D.J.C. van den Broek, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.J. van der Zijpp, ambtenaar van staat.

w.g. Van Kreveld
voorzitter

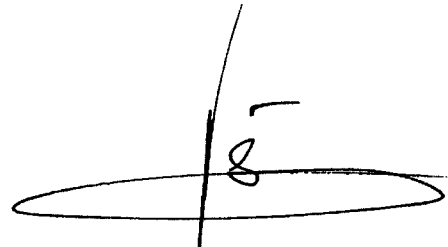
w.g. Van der Zijpp
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 11 juni 2014

262.

Verzonden: 11 juni 2014

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink. It features a large, horizontal oval shape. A vertical line crosses the oval from the top to the bottom. To the right of the vertical line, there is a stylized, cursive letter 'S' or 'V' that loops back to the right. Above the 'S' is a small horizontal dash.

mr. H.H.C. Visser