

**Zaak C-126/20**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

6 maart 2020

**Verwijzende rechter:**

Verwaltungsgericht Berlin (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

24 februari 2020

**Verzoekende partij:**

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

**Verwerende partij:**

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door de Umweltbundesamt Deutsche Emissionshandelsstelle

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Beroep tegen een toewijzingsbesluit van de Deutschen Emissionshandelsstelle (Duitse autoriteit voor de handel in emissierechten; hierna: „DEHSt”) – Begrip „warmtebenchmark-subinstallatie” – Begrip „procesemissies-subinstallatie” – Verzoek om opheldering van de verhouding tussen een toewijzing op basis van een warmtebenchmark en een toewijzing op basis van procesemissies

**Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag**

Uitlegging van het Unierecht, in het bijzonder van besluit 2011/278/EU; rechtsgrondslag: artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1. Gaat het bij CO<sub>2</sub> dat in het kader van de verwerking van aardgas (in de vorm van zuur gas) door middel van het zogenoemde clausproces vrijkomt in de atmosfeer als gevolg van de afvang van de in het aardgas aanwezige CO<sub>2</sub>, om emissies die, in de zin van artikel 3, onder h), eerste zin, van besluit 2011/278, het gevolg zijn van het in artikel 3, onder h), v), genoemde proces?

2. Kunnen CO<sub>2</sub>-emissies het „gevolg” zijn van een proces in de zin van artikel 3, onder h), eerste zin, van besluit 2011/278, indien in dit proces de aan de grondstof inherente CO<sub>2</sub> in de atmosfeer wordt uitgestoten, zonder dat door het proces zelf aanvullende CO<sub>2</sub> ontstaat, of vereist deze bepaling dat de in de atmosfeer vrijkomende CO<sub>2</sub> voor het eerst ontstaat als resultaat van het proces?

3. Wordt een koolstofhoudende grondstof „gebruikt” in de zin van artikel 3, onder h) v), van besluit 2011/278, indien bij het zogenoemde clausproces het natuurlijk aanwezige aardgas wordt ingezet voor de productie van zwavel en hierbij de aan het aardgas inherente CO<sub>2</sub> vrijkomt in de atmosfeer, zonder dat deze CO<sub>2</sub> deelneemt aan de tijdens het proces plaatsvindende chemische reactie, of vereist het begrip „gebruik” dat de koolstof deelneemt aan de chemische reactie of hiervoor zelfs noodzakelijk is?

4. Indien de vragen 1 tot en met 3 bevestigend worden beantwoord:

Indien een onder de regeling voor handel in emissierechten vallende installatie zowel aan de voorwaarden voor het bestaan van een warmtebenchmark-subinstallatie als aan de voorwaarden voor het bestaan van een procesemissies-subinstallatie voldoet, volgens welke benchmark moeten dan emissierechten kosteloos worden toegewezen? Gaat een recht op toewijzing op basis van warmtebenchmark vóór op de aanspraak voor procesemissies of gaat op grond van specialiteit het recht op toewijzing voor procesemissies vóór op de warmtebenchmark en de brandstofbenchmark?

5. Indien de vragen 1 tot en met 4 bevestigend worden beantwoord:

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

## Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

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), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 219/2009 van het Europees Parlement en de Raad (PB 2009, L 87, blz. 109), laatstelijk gewijzigd bij besluit (EU) 2015/1814 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 2015 (PB 2015, L 264, blz. 1), artikel 2, artikel 10 bis, leden 1 en 4, artikel 13, bijlage I

Besluit 2011/278/EU van de Commissie van 27 april 2011 tot vaststelling van een voor de hele Unie geldende overgangsregeling voor de geharmoniseerde kosteloze toewijzing van emissierechten overeenkomstig artikel 10 bis van richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2011, L 130, blz. 1), zoals gewijzigd, artikel 3, onder c) en h) v)

Besluit (EU) 2015/1814 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 2015 betreffende de instelling en de werking van een marktstabiliteitsreserve voor de EU-regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten en tot wijziging van richtlijn 2003/87/EG (PB 2015, L 264, blz. 1), overweging 7

***- Guidance-document van de Commissie voor de emissiehandel***

Guidance Document n°8 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 Waste gases and process emissions sub-installation

**Aangevoerde rechtspraak van het Hof**

Arrest van 8 september 2016, Borealis e.a. (C-180/15, EU:C:2016:647, met name de punten 62 en 69)

Arrest van 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518)

**Aangevoerde nationale bepalingen**

Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (wet inzake de handel in broeikasgasemissierechten; hierna: „TEHG 2011”) van 27 juli 2011; § 9 leden 1 en 6, Bijlage I, deel 2, punt 1

Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (algemene maatregel van bestuur inzake de toewijzing van broeikasgasemissierechten over de handelsperiode 2013-2020; hierna: ZuV 2020), in de versie van 26 september 2011; § 2, punt 29, „Zuteilungselement mit Prozessemissionen” (toewijzingscomponent met procesemissies) onder b) dd) en ee), en onder c), punt 30, „ Zuteilungselement mit Wärme-Emissionswert” (toewijzingscomponent met warmte-emissiewaarde), en § 3, lid 1, „Bildung von Zuteilungselementen” (opbouw van toewijzingscomponenten)

## Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster, die ook verzoekster was in zaak C-682/17, exploiteert in Großenkneten (Nedersaksen) een installatie voor aardgasverwerking waarin zwavel wordt gewonnen. De installatie voor zwavelwinning maakt gebruik van het zogenoemde clausproces. De verzoekende installatie dient voor de verwerking van aardgas dat wordt gedolven uit natuurlijke lagen (ruw gas). Vanwege de hoge concentratie aan waterstofsulfide wordt dit gas ook wel aangeduid als zuur gas. Ondergronds aardgas bevat van nature kooldioxide. Voordat het aardgas wordt opgenomen in het gasleidingennet moet de kooldioxide, net als andere natuurlijke bestanddelen van ruw gas, deels verwijderd worden, om te voldoen aan de door de netbeheerder vereiste kwaliteit. In verzoeksters aardgasverwerkingsinstallatie worden de zwavelcomponenten en de kooldioxide uit het gedolven aardgas verwijderd en wordt elementaire zwavel gewonnen. De aardgasverwerkingsinstallatie bestaat met name uit een installatie voor zwavelwinning (bestaande uit clausinstallaties, een stoomoververhitter, een stoomketelinstallatie en een gasmotorinstallatie), installaties voor aardgasontzwaveling (aardgasreiniging) en aardgasdroging, installaties voor aardgasreiniging en noodfakkelininstallaties. De clausinstallaties zijn de voornaamste bron van CO<sub>2</sub>-uitstoot.
- 2 Bij besluit van 17 februari 2014 heeft de Deutsche Emissionshandelsstelle (Duitse emissieautoriteit: hierna: „DEHSt”) voor de toewijzingsperiode 2013-2000 (derde handelsperiode) in totaal 4 216 048 emissierechten kosteloos toegewezen aan verzoekster. De toewijzing geschiedde deels op basis van de toepassing van warmte-emissiewaarde en deels op basis van brandstofemissiewaarde. De door verzoekster tevens gevraagde toewijzing voor procesemissies is afgewezen, op grond dat de CO<sub>2</sub>-emissies niet het gevolg zijn van het proces van aardgasverwerking (het zogenoemde clausproces), maar reeds aanwezig zijn in de grondstof die gebruikt wordt voor de verwerking van het aardgas. De emissies worden dus technisch gezien alleen door de installatie heen geleid.
- 3 Verzoeksters bezwaar van 12 maart 2014 tegen het toewijzingsbesluit is door de DEHSt bij beschikking van 7 oktober 2019 afgewezen op met name de volgende gronden: van een toewijzing op grond van procesemissiewaarde overeenkomstig § 2, punt 29, onder b, ee), ZuV 2020 kan geen sprake zijn. Bij het proces dat zich in zogenoemde clausinstallaties voltrekt gaat het om een exotherme chemische reactie waarbij waterstofsulfide wordt omgezet in zwavel. De warmte die bij dit proces vrijkomt wordt in de betreffende installatie via de stoomketel afgevoerd en gebruikt in de installatie zelf. De toewijzing voor het benutten van opgewekte warmte in clausinstallaties in de toewijzingscomponent met warmte-emissiewaarde was rechtmatig. Bij de verwerking van het ruwe gas tot aardgas komt in een exotherme chemische reactie zwavel vrij. De kooldioxide neemt niet deel aan van de zogeheten clausreactie en is hiervoor ook niet noodzakelijk. Kooldioxide moet slechts worden gezien als een aan de gebruikte brandstof geassocieerd gas. Alleen de niet-koolstofhoudende waterstofsulfide wordt „gebruikt” in de zin van de relevante bepaling van de ZuV 2020. Door de

clausreactie ontstaat verder geen kooldioxide. De kooldioxide, die vervolgens via een schoorsteen in de atmosfeer wordt uitgestoten, wordt derhalve niet voortgebracht door het clausproces.

- 4 In het op 8 november 2019 ingestelde beroep handhaaft verzoekster haar vordering.

#### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 5 **Verzoekster** stelt het volgende: het clausproces vereist dat het als grondstof gebruikte gas een hoog waterstofsulfidegehalte heeft. Bij het clausproces vindt in twee stappen een exotherme omzetting van waterstofsulfide in zwavel plaats. In de eerste thermische fase wordt in de clausoven ongeveer een derde van de waterstofsulfide verbrand en wordt er zwaveldioxide geproduceerd. Bij de tweede stap wordt in twee of drie opeenvolgende katalytische fasen in een exotherme reactie verdere zwavel verkregen. Na de laatste katalytische fase bevinden zich in het Clausgas naast stikstof, waterdamp en kooldioxide nog sporen van zwavelverbindingen, die worden verwijderd via de stroomafwaartse zuiveringsinstallatie. De vanuit de gaswasser in de clausinstallatie toegevoerde en in het zure gas van nature voorkomende CO<sub>2</sub>, dat voorwerp is van dit geschil, neemt niet deel aan het clausproces, maar wordt met het waterstofsulfide bevattende clausgas meegevoerd bij de reiniging van rookgassen en via de schoorsteen in de atmosfeer geleid. De voornaamste bron van CO<sub>2</sub>-emissie is de in het natuurlijke zure gas reeds aanwezige CO<sub>2</sub>. Deze wordt in het kader van de zwavelwinning door middel van het clausproces uitgestoten in de atmosfeer. Volgens het arrest van het Europees Hof van Justitie van 20 juni 2019 valt het vrijkomen van inherente kooldioxide onder de regeling voor de handel in emissierechten.
- 6 Verzoekster meent dat zij aanspraak maakt op kosteloze toewijzing voor een toewijzingscomponent met procesemissies overeenkomstig § 2, punt 29, onder b) ee), ZuV 2020 respectievelijk artikel 3, onder h) v), van besluit 2011/278. Volgens verzoekster zijn de litigieuze CO<sub>2</sub>-emissies het gevolg van het gebruik van een koolstofhoudende grondstof. Het ten behoeve van de zwavelwinning benutte zure gas wordt in onderaardse natuurlijke velden gedolven en bevat een mengsel van waterstofsulfide, waterdamp, methaan en kooldioxide. Kooldioxide bevat koolstof.
- 7 Anders dan verweerster meent, kan de kooldioxide volgens verzoekster niet slechts als geassocieerd gas worden aangemerkt. De verdere argumenten van verzoekster op dit punt komen overeen met die in het hoofdgeding van zaak C-682/17.
- 8 Anders dan verweerster meent, is er ook niet slechts sprake van een loutere doorgeleiding van de kooldioxide. Ook de door verzoekster in dit verband aangevoerde argumenten zijn in wezen dezelfde als die welke in het hoofdgeding van zaak C-682/17 zijn aangevoerd.

- 9 Volgens verzoekster veronderstellen de bewoordingen van de definitie van procesemissies-subinstallaties juist dat de gebruikte grondstof koolstofhoudend is. De bewoordingen van de desbetreffende bepalingen vereisen niet dat de koolstof ook deelneemt aan de chemische reactie. Een „gebruik” veronderstelt slechts dat iets voor een bepaald doeleinde wordt aangewend. Dit blijkt ook uit de verschillende taalversies van artikel 3, onder h) v), van besluit 2011/278. In tegenstelling tot de in casu relevante bepaling, artikel 3, onder h) v), wordt in de bewoordingen van bijvoorbeeld artikel 3, onder h) iv), ten aanzien van de daarin bedoelde processen uitdrukkelijk vereist dat het koolstofhoudende materiaal aan de reactie deelneemt.
- 10 De verdere op systematische en teleologische overwegingen gebaseerde argumenten, volgens welke voor procesemissies niet de deelname van de koolstof aan de clausreactie in aanmerking moet worden genomen maar louter de causaliteit van het betrokken proces voor het ontstaan van CO<sub>2</sub>-emissies, komen overeen met die welke in het hoofdgeding van zaak C-682/17 zijn aangevoerd.
- 11 Tot slot wijst verzoekster erop dat het niet de bedoeling was van de uniforme Europese toewijzingsregels om installaties voor zwavelproductie te beperken tot toewijzing volgens de warmtebenchmark. Een dergelijke beperking tot de warmte-emissiewaarde zou neerkomen op een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling ten opzichte van de vele andere chemische producten waarvoor bijlage I bij besluit 2011/278 uitdrukkelijk voorziet in productbenchmarks. Opgemerkt moet worden dat uit de ondergrond gewonnen kooldioxide onder geen enkele andere toewijzingscomponent valt.
- 12 De argumenten van **verweerster** komen in wezen overeen met die welke zijn aangevoerd in het hoofdgeding van zaak C-682/17.

#### **Korte weergave van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 13 De verwijzende rechter wijst erop dat, anders dan het geval was in zaak C-682/17, waarin het Hof reeds uitspraak heeft gedaan, in casu de bij de fabriek behorende energiecentrale van verzoekster pas in 2014 is aangesloten op het net en voor het eerst in de zomer van 2014 – dus na het begin van de derde handelsperiode en na de vaststelling van het toewijzingsbesluit – stroom heeft geleverd aan het openbare net.
- 14 De vragen 1 tot en met 3, of, en zo ja, volgens welke emissiewaarde voor het zogenoemde clausproces in de litigieuze installatie een recht bestaat op kosteloze toewijzing van emissierechten, zijn van invloed op de totale hoogte van verzoeksters recht op toewijzing.
- 15 Vraag 4 is gebaseerd op de overwegingen van het Hof in zijn arrest van 8 september 2016, Borealis e.a., met name die in de punten 62 en 69.



- 16 Naar mening van de verwijzende rechter volgt uit deze overwegingen dat de vraag betreffende de hiërarchie binnen de drie soorten „fallback”-aanpak bij de toewijzing niet zou mogen rijzen. Indien de definities elkaar in alle aan de orde zijnde gevallen onderling uitsluiten, komt toewijzing hoe dan ook volgens slechts één van de drie benchmarks in aanmerking. Verweerster beroept zich ook in verschillende andere bij de verwijzende rechter aanhangige procedures op het bestaan van een hiërarchie tussen de drie soorten „fallback”-aanpak, en zij gaat ervan uit dat toewijzing op basis van de warmtebenchmark voorgaat op toewijzing op basis van de procesemissiesbenchmark.
- 17 Onder voorbehoud van het antwoord op de vragen 1 tot en met 3, is het in de onderhavige situatie denkbaar dat de emissies die vrijkomen uit het zogenoemde clausproces voldoen aan zowel de definitie van warmtebenchmark als de definitie van procesemissiesbenchmark. De grens tussen warmtebenchmark en brandstofbenchmark is vanwege het onderscheid tussen meetbare en niet-meetbare warmte duidelijk. Volgens de verwijzende rechter moet de verhouding tussen een toewijzing volgens de warmtebenchmark en een toewijzing volgens de procesemissiesbenchmark echter worden verduidelijkt, onder voorbehoud van het antwoord op de vragen 1 tot en met 3. Wanneer bij het zogenoemde clausproces een grondstof in de zin van artikel 3, onder h) v), van besluit 2011/278 wordt gebruikt, dan komt voor de bij het exotherme clausproces vrijkomende warmte immers zowel een toewijzing op basis van de warmtebenchmark overeenkomstig artikel 3, onder c), als een toewijzing op basis van de benchmark voor procesemissies overeenkomstig artikel 3, onder h) v), van besluit 2011/278 in aanmerking.

Naar het oordeel van de verwijzende rechter is vraag 5 relevant voor de beslissing indien in de onderhavige procedure geen definitieve beslissing kan worden genomen voordat de derde handelsperiode afloopt.

- 18 De derde handelsperiode loopt af of 31 december 2020. Volgens de rechtspraak van de Duitse gerechten betekende het einde van de eerste en tweede handelsperiodes dat niet meer kon worden voldaan aan de tot 30 april van het jaar volgend op het einde van de handelsperiode nog openstaande toewijzingsaanspraken, en dat deze wegens het ontbreken van een uitdrukkelijke overgangsbepaling in het nationale recht verloren gingen. Ook voor de derde handelsperiode voorziet het nationale recht niet in een uitdrukkelijke overgangsregeling voor nog bij de rechter aanhangige en daarmee openstaande toewijzingsaanspraken. Dit ontbreken van een nationale overgangsregeling werd gerechtvaardigd met het feit dat de regels voor de kosteloze toewijzing van rechten voor de handelsperiode 2021-2030 definitief zijn vastgelegd in de Europese toewijzingsverordening, en een regeling voor de periodeoverstijgende vereffening van toewijzingsaanspraken alleen toelaatbaar zou zijn wanneer de Europese toewijzingsverordening (die ten tijde van het antwoord van de Duitse regering nog in voorbereiding was) daar voor de vierde handelsperiode in zou voorzien.

- 19 De verwijzende rechter pleit voor een uniforme beoordeling naar Europees recht van nog openstaande toewijzingsaanspraken. Hij wijst erop dat noch richtlijn 2003/87 noch besluit 2011/278 voorziet in een uitdrukkelijke regeling daarvoor. Ook de thans beschikbare gedelegeerde verordening (EU) 2019/331 van de Commissie van 19 december 2018 (PB 2019, L 59, blz. 8) bevat geen regeling voor de periodeoverstijgende vereffening van toewijzingsaanspraken, bijvoorbeeld in de vorm van een reserve voor rechtspraak.
- 20 De regeling inzake de geldigheid van emissierechten in artikel 13 van richtlijn 2003/87 zegt niets over de kwestie van emissierechten die aan het einde van de derde handelsperiode nog niet zijn toegewezen. Emissierechten die niet krachtens artikel 10 bis, lid 7, van richtlijn 2003/87 en wegens toepassing van artikel 10 bis, leden 19 en 20, van die richtlijn aan installaties zijn toegewezen, worden volgens de zevende overweging van besluit 2015/1814 (EU) van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 2015 in 2020 in de reserve opgenomen. Volgens de verwijzende rechter suggereert die overweging dat de niet vervulde aanspraken op extra toewijzing niet verloren moeten gaan bij de overgang van de derde naar de vierde handelsperiode. Er is echter geen eenduidige regeling omtrent het lot van de aan het einde van de derde handelsperiode niet vervulde aanspraken op extra toewijzing.
- 21 Deze kwestie speelt in meerdere bij de verwijzende rechter en andere nationale rechterlijke instanties aanhangige procedures. Aangezien het niet mogelijk zal zijn om voor het einde van de handelsperiode in al deze procedures tot een definitieve beslissing te komen, en de exploitanten van de installaties op grond van de eerdere rechtspraak van de Duitse gerechten vrezen dat hun toewijzingsaanspraken verloren zullen gaan, zijn bij de verwijzende rechter reeds kort gedingen aangekondigd. In dergelijke kort gedingen kan de verwijzende rechter niet vooruitlopen op een voor deze kwestie noodzakelijke beslissing van het Hof.
- 22 De verwijzende rechter verzoekt het Hof om de vraag wat de gevolgen zijn van het einde van de derde handelsperiode voor de op dat tijdstip nog niet vervulde toewijzingsaanspraken ook onafhankelijk van de beantwoording van de andere prejudiciële vragen te verduidelijken, omdat het hierbij gaat om een fundamentele vraag die speelt in alle in de Unie aanhangige rechtsgedingen over extra toewijzing van emissierechten en die, met het oog op de rechtszekerheid en de uniforme toepassing van het Europese recht inzake de handel in emissierechten, dringend moet worden opgehelderd.