



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

20. juni 2019*

»Præjudiciel forelæggelse – miljø – direktiv 2003/87/EF – ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner – anlæg til behandling af naturgas – genvinding af svovl – »Claus-processen« – produktion af elektricitet på en sekundær installation – varmeproduktion – udledning af indeholdt kuldioxid (CO₂) – artikel 2, stk. 1 – anvendelsesområde – bilag I – aktivitet i form af »forbrænding af brændsel« – artikel 3, litra u) – begrebet »elektricitetsgenerator« – artikel 10a, stk. 3 og 4 – overgangsordning for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter – afgørelse 2011/278/EU – anvendelsesområde – artikel 3, litra c) – begrebet »varmebenchmark delinstallation««

I sag C-682/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) ved afgørelse af 28. november 2017, indgået til Domstolen den 6. december 2017, i sagen

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

mod

Bundesrepublik Deutschland

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, E. Regan (refererende dommer), Domstolens præsident, K. Lenaerts, som fungerende dommer i Femte Afdeling, og dommerne C. Lycourgos, E. Juhász og I. Jarukaitis,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe

justitssekretær: kontorchef D. Dittert,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. november 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- ExxonMobil Production Deutschland GmbH ved Rechtsanwalt S. Altenschmidt,
- Bundesrepublik Deutschland ved M. Fleckner, som befuldmægtiget,
- den tyske regering ved T. Henze og J. Möller, som befuldmægtigede,

* Processprog: tysk.

– Europa-Kommissionen ved A.C. Becker og J.-F. Brakeland, som befuldmægtigede,
og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 28. februar 2019,
afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 3, litra u), og artikel 10a i samt bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF (EUT 2003, L 275, s. 32), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009 (EUT 2009, L 140, s. 63) (herefter »direktiv 2003/87«) og artikel 3, litra c) og h), i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27. april 2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratisfordeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87 (EUT 2011, L 130, s. 1).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem ExxonMobil Production Deutschland GmbH (herefter »ExxonMobil«) og Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tyskland) vedrørende en ansøgning om gratisfordeling af kvoter for drivhusgasemissioner (herefter »emissionskvoterne«) til et anlæg til behandling af naturgas, som bl.a. genvinder svovl, og som i denne forbindelse genererer elektricitet og varme ved forbrænding af brændsel og udleder kuldioxid (CO₂) i atmosfæren.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2003/87

- 3 Følgende fremgår af ottende betragtning til direktiv 2003/87:
»Medlemsstaterne bør ved tildelingen af kvoter tage hensyn til industrielle processers potentiale med hensyn til at reducere emissionerne.«
- 4 Dette direktivs artikel 1 med overskriften »Formål« fastsætter følgende:
»Ved dette direktiv fastlægges en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet [...] med henblik på at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde.
[...]«
- 5 Under overskriften »Anvendelsesområde« bestemmer det nævnte direktivs artikel 2, stk. 1:
»Dette direktiv finder anvendelse på emissioner fra de i bilag I opførte aktiviteter og de drivhusgasser, der er anført i bilag II.«

6 Direktivets artikel 3 med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

b) »emission«: udledning af drivhusgasser i atmosfæren fra kilder i et anlæg

[...]

t) »forbrænding«: enhver oxidering af brændsel, uanset hvorledes den varme og den elektriske eller mekaniske energi, der produceres ved denne proces, anvendes, og andre hermed direkte forbundne aktiviteter, herunder røggasrensning

u) »elektricitetsgenerator«: et anlæg, som den 1. januar 2005 eller derefter har produceret el med henblik på salg til tredjeparter, og hvor der ikke udføres andre af de i bilag I opførte aktiviteter end forbrænding af brændstof.«

7 Artikel 10 i direktiv 2003/87, der har overskriften »Auktionering af kvoter«, bestemmer i stk. 1:

»Fra 2013 auktioneres medlemsstaterne alle kvoter, som ikke tildeles gratis i overensstemmelse med artikel 10a og 10c. [...]«

8 Dette direktivs artikel 10a med overskriften »Midlertidige fællesskabsregler for harmoniseret gratistildeling« bestemmer følgende:

»1. Kommissionen vedtager senest den 31. december 2010 fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Fællesskabet med henblik på tildeling af [...] kvoter [...]

[...]

De foranstaltninger, der er omhandlet i første afsnit, skal så vidt muligt fastlægge ex ante-benchmarks for hele Fællesskabet for at sikre, at tildelingen sker på en måde, der skaber incitament til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, substitutter, alternative produktionsprocesser, højeffektiv kraftvarmeproduktion, energieffektiv genvinding af affaldsgasser, anvendelse af biomasse og opsamling og lagring af CO₂, hvor sådanne anlæg forefindes, og må ikke tilskynde til at øge emissionerne. Der tildeles ingen gratiskvoter i forbindelse med nogen form for elproduktion, undtagen i tilfælde, der falder ind under artikel 10c, og til el produceret fra affaldsgasser.

[...]

3. Med forbehold af stk. 4 og 8 og uanset artikel 10c foretages der ingen gratistildeling til elektricitetsgeneratorer, CO₂-opsamlingsanlæg, rørledninger til transport af CO₂ eller CO₂-lagringssteder.

4. Der tildeles gratiskvoter til fjernvarme og til højeffektiv kraftvarmeproduktion som defineret i [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/8/EF af 11. februar 2004 om fremme af kraftvarmeproduktion på grundlag af en efterspørgsel efter nyttevarme på det indre energimarked og om ændring af direktiv 92/42/EØF (EUT 2004, L 52, s. 50)] til dækning af økonomisk berettiget efterspørgsel for så vidt angår produktion af varme eller køling. Hvert år efter 2013 justeres den samlede tildeling til sådanne anlæg vedrørende varmeproduktion med den lineære faktor, der er omhandlet i artikel 9.

5. Den maksimale årlige kvotemængde, der ligger til grund for beregningen af tildelinger til anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3, og som ikke er nyttilkomne, må ikke overstige summen af:

- a) Fællesskabets samlede årlige mængde opgjort i henhold til artikel 9, ganget med andelen af emissioner fra anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3, i de samlede gennemsnitlige verificerede emissioner i perioden 2005-2007 fra anlæg, der er omfattet af fællesskabsordningen i perioden fra 2008 til 2012, og
- b) de samlede gennemsnitlige årlige verificerede emissioner fra anlæg i perioden 2005-2007, der først omfattes af fællesskabsordningen i 2013 eller senere, og som ikke er omfattet af stk. 3, justeret med den i artikel 9 omhandlede lineære faktor.

Der anvendes en ensartet, tværsektoriel korrektionsfaktor, hvor det er nødvendigt.

[...]

7. [...]

Der tildeles ingen gratiskvoter til nogen form for elproduktion i forbindelse med nyttilkomne.

[...]

8. Højst 300 mio. kvoter i reserven for nyttilkomne er til rådighed frem til den 31. december 2015 som hjælp til at fremme opførelsen og driften af op til 12 kommercielle demonstrationsprojekter, som har til formål at sikre miljømæssigt forsvarlig opsamling og geologisk lagring (CCS) af CO₂, samt demonstrationsprojekter inden for innovative vedvarende energiteknologier på EU's område.

Kvoterne stilles til rådighed for støtte til demonstrationsprojekter med en ligelig geografisk fordeling, der gør det muligt at udvikle en lang række teknologier til kulstofopsamling og -lagring og innovative vedvarende energiteknologier, som endnu ikke er kommercielt rentable. Tildelingen afhænger af verificeret undgåelse af CO₂-emissioner.

[...]

11. Med forbehold af artikel 10b skal den mængde gratiskvoter, der tildeles i medfør af stk. 4-7, i 2013 udgøre 80% af den mængde, der er fastlagt i overensstemmelse med foranstaltningerne i stk. 1. Derefter mindskes gratisfordelingen hvert år med lige store mængder, til den er 30% i 2020 med henblik på at bringe den ned på nul i 2027.

12. I 2013 og hvert følgende år frem til 2020 tildeles anlæg i sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for carbon leakage, gratiskvoter på 100% af den mængde, der er fastlagt i henhold til de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger, jf. dog artikel 10b.

[...]

14. Med henblik på at fastlægge de sektorer og delsektorer, der er omhandlet i stk. 12, vurderer Kommissionen på fællesskabsplan, i hvilket omfang den pågældende sektor eller delsektor på det relevante opdelingsniveau kan overvælte de direkte omkostninger vedrørende de krævede kvoter og de indirekte omkostninger fra de forhøjede elpriser, som bliver en konsekvens af dette direktiv, i produktpriserne, uden at der sker tab af betydelige markedsandele til mindre drivhusgaseffektive anlæg uden for Fællesskabet. [...]

[...]«

- 9 Artikel 10c i direktiv 2003/87 giver medlemsstaterne mulighed for efter ansøgning til Kommissionen at foretage gratistildeling af emissionskvoter til modernisering af elproduktionen.
- 10 Bilag I til dette direktiv indeholder, som det fremgår af bilagets overskrift, en oversigt over de kategorier af aktiviteter, for hvilke det finder anvendelse. Blandt disse aktiviteter findes bl.a. »[f]orbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 [megawatt (MW)] (undtagen i anlæg til forbrænding af farligt affald eller kommunalt affald)«.
- 11 Bilag II til dette direktiv med overskriften »Drivhusgasser omhandlet i artikel 3 og 30« nævner bl.a. CO₂.

Direktiv 2009/29

- 12 15. og 19. betragtning til direktiv 2009/29 har følgende ordlyd:

»(15) Den ekstrainsats, som skal præsteres af Fællesskabets økonomi, forudsætter bl.a., at den reviderede fællesskabsordning fungerer med den størst mulige økonomiske effektivitet og på grundlag af fuldt harmoniserede vilkår for tildelingen i Fællesskabet. Auktionering bør derfor være det grundlæggende tildelingsprincip, da det er den enkleste ordning og generelt anses for at være den økonomisk mest effektive. Det burde også eliminere windfall-gevinster og give nyttilkomne anlæg og økonomier med en overgennemsnitlig vækstrate de samme konkurrencevilkår som de allerede omfattede anlæg.

[...]

(19) Auktionering af alle kvoter bør derfor være reglen for elsektoren fra 2013 og fremefter, idet der tages hensyn til dens muligheder for at overvælte de øgede omkostninger i forbindelse med CO₂, og der bør ikke gives nogen gratistildelinger for opsamling og lagring af CO₂, da incitamentet hertil er, at der ikke skal returneres kvoter for emissioner, som lagres. For at undgå konkurrenceforvridning kan elproducerende anlæg modtage gratistildelinger for fjernvarme og fjernkøling og for varme og køling, der produceres ved højeffektiv kraftvarmeproduktion jf. definitionen i [direktiv 2004/8], hvis sådan varme produceret af andre anlæg i andre sektorer modtager gratistildelinger.«

Afgørelse 2011/278

- 13 Af 31. betragtning til afgørelse 2011/278 fremgår:

»Da auktionering af alle kvoter bør være reglen i elsektoren fra 2013 og fremefter og i betragtning af sektorens mulighed for at overvælte de øgede omkostninger for [CO₂], og at der ikke bør tildeles nogen gratiskvoter i forbindelse med elproduktion, undtagen midlertidige gratistildelinger til modernisering af elproduktion og elektricitet produceret fra spildgasser, bør denne afgørelse ikke omfatte gratistildeling af emissionskvoter i forbindelse med elproduktion eller elforbrug. [...]«

- 14 Denne afgørelses artikel 3 fastsætter:

»I denne afgørelse forstås ved:

[...]

c) »varmebenchmark delinstallation«: input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af e[n] produktbenchmark delinstallation, og som vedrører produktion og/eller import fra et anlæg eller anden enhed, der er omfattet af EU-ordningen, af målelig varme,

- som forbruges inden for anlæggets grænser til produktion af produkter, til produktion af anden mekanisk energi end den, der bruges til produktion af elektricitet, til varme eller køling, med undtagelse af forbruget til produktion af elektricitet, eller
- som eksporteres til et anlæg eller en anden enhed, der ikke er omfattet af EU-ordningen, med undtagelse af eksport med henblik på elproduktion

[...]

- h) »procesemissionsdelinstallation«: [...] [CO₂-]emissioner, som finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark som følge af enhver af nedenstående aktiviteter [...]:

[...]

- v) brug af kulstofholdige additiver eller råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme

[...]«

15 Afgørelsens artikel 6 med overskriften »Opdeling i delinstallationer« bestemmer:

»1. I forbindelse med denne afgørelse opdeler medlemsstaterne hvert anlæg, der er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter i medfør af artikel 10a i direktiv [2003/87], i en eller flere af følgende delinstallationer efter behov:

- a) en produktbenchmark delinstallation
- b) en varmebenchmark delinstallation
- c) en brændselsbenchmark delinstallation
- d) en procesemissionsdelinstallation.

[...]«

16 Samme afgørelsens artikel 10 med overskriften »Tildeling på anlægsniveau« bestemmer:

»1. På grundlag af de data, der indsamles i henhold til artikel 7, beregner medlemsstaterne for hvert år antallet af gratistildelte emissionskvoter fra 2013 og fremefter for hvert etableret anlæg på deres territorium i overensstemmelse med stk. 2 til 8.

2. I forbindelse med denne beregning bestemmer medlemsstaterne først det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter særskilt for hver delinstallation på følgende måde:

[...]

- b) [F]or:

- i) den varmebenchmarkede delinstallation skal det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter for et givet år svare til værdien af det i bilag I anførte varmebenchmark for målelig varme ganget med det varmerelaterede historiske aktivitetsniveau for forbruget af målelig varme

[...]«

Forordning nr. 601/2012

- 17 Kommissionens forordning (EU) nr. 601/2012 af 21. juni 2012 om overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af direktiv 2003/87 (EUT 2012, L 181, s. 30) definerer i artikel 3, nr. 40), det »indeholdt[e] CO₂« som det »CO₂, som er en del af et brændsel«.
- 18 Denne forordnings artikel 48, stk. 1, har følgende ordlyd:
- »Indeholdt CO₂, som overføres til et anlæg, inklusive CO₂ indeholdt i naturgas eller røggas, herunder højovns gas eller koksovnsgas, medregnes i det pågældende brændsels emissionsfaktor.«

Tysk ret

- 19 § 9 i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lov om ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner) af 21. juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475, herefter »TEHG«) har følgende ordlyd:

»(1) Driftsledere af anlæg modtager gratistildeling af emissionskvoter i henhold til principperne i artikel 10a i direktiv 2003/87 i den gældende affattelse og [...] afgørelse 2011/278 [...]

[...]

(6) Den endelig[e] kvotemængde, der tildeles til anlægget, svarer til produktet af den midlertidige kvotemængde, som er tildelt anlægget, og som beregnes i henhold til stk. 1-5, og den tværsektorielle korrektionsfaktor, som fastsættes af Europa-Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 3, i de EU-retlige bestemmelser om harmoniseret tildeling. I forbindelse med tildeling for varme genereret af elektricitetsgeneratorer anvendes den lineære faktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 4, i direktiv [2003/87], i stedet for den korrektionsfaktor, der er nævnt i første punktum, idet beregningen skal baseres på det foreløbige årlige antal kvoter, der tildeles gratis til den pågældende elektricitetsgenerator i 2013.«

- 20 Det fremgår dels af nr. 1 i del 2, bilag 1 til TEHG, der har overskriften »Aktiviteter«, at de anlæg, der udleder emissioner, som er omfattet af denne lovs anvendelsesområde, omfatter »[f]orbrændingsenheder til forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på 20 MW i et anlæg eller mere, medmindre det falder ind under et af nedennævnte punkter«. Dels nævner dette bilag 1, del 2, nr. 2-4, forskellige former for »[a]nlæg til produktion af elektricitet, damp, varmt vand, procesvarme eller opvarmet røggas«, der udleder emissioner, som også er omfattet af TEHG's anvendelsesområde.
- 21 I § 2, nr. 21, i Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (bekendtgørelse om tildeling af drivhusgasemissionskvoter i perioden 2013-2020) af 26. september 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1921, herefter »ZuV 2020«) defineres »elektricitetsgenerator« som ethvert »[a]nlæg, som efter den 31. december 2004 har produceret og solgt elektricitet til tredjeparter, og hvori der udelukkende udøves en af de aktiviteter, der er nævnt i nr. 1-4 i del 2, bilag I [til TEHG]«.
- 22 I § 2, nr. 29 og 30, i ZuV 2020 defineres begreberne »procesemissionsdelinstallation« og »varmebenchmark delinstallation« med en ordlyd, der svarer til den, som er anvendt i artikel 3, litra h) og c), i afgørelse 2011/278. § 2, nr. 29, litra b), ee), i ZuV 2020 svarer til artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 23 ExxonMobil drev indtil slutningen af 2013 et naturgasbehandlingsanlæg i Steyerberg (Tyskland) (herefter »det omhandlede anlæg«). Dette anlæg bestod af anlæg til afsvovling og tørring af naturgas, af svovludvindingsanlæg (såkaldt »Claus-anlæg«), røggasrensingsanlæg samt sekundære installationer. Sidstnævnte omfattede et dampkedelanlæg, et gasmotoranlæg, et afbrændingsanlæg og et dampkraftværk.
- 24 Dette kraftværk var tilsluttet det offentlige elnet, idet små mængder strøm løbende blev afgivet til dette net for at sikre anlægget en kontinuerlig forsyning af elektricitet i tilfælde af udfald af Claus-anlægget, hvilket ville medføre en nedgang i dampmængden. Det fremgår af en elektricitetsopgørelse, der indeholder oplysninger om anlæggets produktion, import, eksport og forbrug af elektricitet i perioden 2005-2010, at anlægget i visse af disse år forbrugte mere elektricitet end det producerede.
- 25 Ved afgørelse af 24. februar 2014 tildelte Deutsche Emissionshandelsstelle (den tyske emissionshandelsinstans, herefter »DEHSt«) ExxonMobil 1 179 523 gratiskvoter for handelsperioden 2013-2020. Denne tildeling skete til dels på grundlag af anvendelsen af varmebenchmarket og til dels ud fra brændselsbenchmarket. Der blev i forbindelse med beregningen af den nævnte tildeling taget hensyn til den omstændighed, at der bestod en risiko for kulstoflækage. DEHSt afslog at tildele ExxonMobil de yderligere gratiskvoter, som selskabet havde ansøgt om for procesemissioner. Ved afgørelse af samme dato tilbagekaldte DEHSt sin afgørelse om tildeling med virkning fra den 1. januar 2014 med den begrundelse, at ExxonMobil havde bragt selskabets aktiviteter til ophør ved virkning fra denne dato. Denne tilbagekaldelse er ikke blevet anfægtet.
- 26 Ved afgørelse af 12. februar 2016 gav DEHSt afslag på den klage, ExxonMobil havde indgivet over afslaget på selskabets ansøgning om gratistildeling af yderligere emissionskvoter for procesemissioner for 2013.
- 27 Det fremgår de begrundelser, som DEHSt anførte til støtte for denne sidstnævnte afgørelse, at ansøgningen om tildeling for procesemissioner vedrørte udledning af den CO₂, der naturligt forekommer i naturgas, dvs. »indeholdt CO₂«, som omhandlet i artikel 3, nr. 40), i forordning nr. 601/2012, og som frigives i forbindelse med den proces, der finder sted i Claus-anlægget (herefter »Claus-processen«). Claus-processen er en exoterm kemisk reaktion, hvorved svovlbrinte (H₂S) omdannes til svovl. Den varme, der produceres i forbindelse med denne reaktion, optages i genvindingskedler, før den kan anvendes i det omhandlede anlæg. Anvendelsen af denne varme gav anledning til tildeling af gratiskvoter på grundlag af varmebenchmarket. Det indeholdte CO₂ udledtes som følge af Claus-processen via en skorsten i atmosfæren. Denne proces producerede ikke yderligere CO₂ end den, der naturligt var indeholdt i naturgassen.
- 28 DEHSt var af den opfattelse, at det under sådanne omstændigheder ikke var muligt at foretage gratistildeling af emissionskvoter til en »procesemissionsdelinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i § 2, nr. 29, litra b), ee), i ZuV 2020, som i tysk ret gennemfører artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278. Efter DEHSt's opfattelse var den betingelse, der er fastsat i disse bestemmelser, hvorefter emissionerne skal finde sted som følge af anvendelsen af et kulstofholdigt råmateriale, ikke opfyldt. Udledningen af det indeholdte CO₂ fandt således ikke sted som følge af Claus-processen, idet disse CO₂-emissioner hverken deltog i eller endelige var nødvendige for den kemiske reaktion, der var kendetegnende for denne proces. Det var efter DEHSt's opfattelse kun H₂S, der udgjorde det råmateriale, som anvendtes til at producere svovl, idet CO₂ kun skulle anses for en associeret gas til H₂S.
- 29 Den 10. marts 2016 anlagde ExxonMobil sag ved Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) med henblik på prøvelse af DEHSt's afgørelse af 12. februar 2016.

- 30 Til støtte for dette søgsmål har ExxonMobil gjort gældende, at selskabet har krav på gratistildeling af emissionskvoter til en procesemissionsdelinstallation for 2013, idet CO₂-emissionerne i forbindelse med svovlproduktionen fandt sted som følge af anvendelsen af et råmateriale, der indeholder kulstof i form af CO₂. Efter ExxonMobils opfattelse er det ikke H₂S isoleret set, men derimod den sure gas – som ud over H₂S indeholder metan (CH₄), CO₂ og vanddamp – der udgør det råmateriale, som anvendes til fremstilling af svovl. Hvis denne gas ikke var blevet anvendt i forbindelse med Claus-processen, ville den indeholdte CO₂, der naturligt er indeholdt i naturgassen, ikke blive udledt til atmosfæren. Det var endvidere nødvendigt at ekstrahere CO₂ fra den sure gas ved hjælp af denne proces for at kunne udvinde ren svovl fra denne gas. Det er uden betydning, at CO₂ allerede er til stede i råmaterialet og ikke selv indgår i den kemiske reaktion. De nævnte CO₂-emissioner ville i øvrigt ikke kunne undgås ved at anvende en anden form for brændsel og heller ikke ved at anvende mere effektive teknikker.
- 31 ExxonMobil har endvidere anført, at den omstændighed, at der er tildelt gratiskvoter på grundlag af varmebenchmarket for den målelige varme, der blev produceret i det omhandlede anlæg som en bieffekt til den kemiske reaktion, der kendetegner Claus-processen, ikke er til hinder for den yderligere tildeling, der er ansøgt om. Selv om Domstolen i dom af 8. september 2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647), fastslog, at tildeling på grundlag af et produktbenchmark går forud for de tre fallback-metoder, der består af tildeling på grundlag af varmebenchmarket, brændselsbenchmarket og procesemissioner, findes der ikke et hierarki mellem disse tre fallback-metoder.
- 32 DEHSt har for den forelæggende ret for første gang gjort gældende, at fremstillingen af svovl ikke udgør en aktivitet, der er omfattet af emissionshandelsordningen, og at det omhandlede anlæg bør kvalificeres som en »elektricitetsgenerator«, idet der dels på dette anlæg efter den 31. december 2004 blev produceret elektricitet, som blev solgt til tredjeparter, og idet der dels på dette anlæg udelukkende blev udøvet aktivitet i form af »forbrænding af brændstof« som nævnt i nr. 1-4 i del 2, bilag 1 til TEHG. DEHSt er af den opfattelse, at ExxonMobil ansøgte om og opnåede en tildeling af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer, som er blevet begrænset ved anvendelsen af den lineære faktor, der i henhold til TEHG's § 9, stk. 6, skal anvendes på disse generatorer. En gratistildeling af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer er imidlertid kun tilladt, såfremt de betingelser, der er fastsat i artikel 10a i direktiv 2003/87, er opfyldt.
- 33 Efter DEHSt's opfattelse kan der ikke i denne forbindelse tages hensyn til et produkt som svovl, som ikke er omfattet af emissionshandelsordningen, uden at handelsordningens anvendelsesområde ulovligt udvides. En tildeling baseret på procesemissioner som omhandlet i § 2, nr. 29, litra b), i ZuV 2020 er kun mulig, hvis tildelingsreglerne for varme ligeledes fastsætter en tildeling for procesemissioner. Dette er imidlertid ikke tilfældet i denne sag. Det fremgår derudover af ExxonMobils ansøgning om tildeling, at den kemiske reaktion i Claus-processen ikke genererer CO₂-udledninger. Denne proces anvender således ikke et råmateriale, der indeholder kulstof, da kulstoffet hverken indgår i den gennemførte proces eller i reaktionen.
- 34 DEHSt har endvidere bestridt det af ExxonMobil fremførte argument om, at de omhandlede emissioner var uundgåelige. DEHSt har derudover gjort gældende, at der eksisterer et hierarki for tildelinger i henhold til – i successiv orden – varmebenchmarket, brændselsbenchmarket og procesemissioner.
- 35 Den forelæggende ret ønsker først og fremmest oplyst, om det omhandlede anlæg skal kvalificeres som »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87. I så tilfælde er gratistildelingen af emissionskvoter til ExxonMobil på grundlag af varmebenchmarket og brændselsbenchmarket i princippet ulovlig. Dette skyldes, at der kun kan tildeles gratis emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer i de tilfælde, der er nævnt i artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 10a, stk. 3 og 4, i direktiv 2003/87, som i det væsentlige vedrører forbrænding af spildgasser, fjernvarme og højeffektiv kraftvarmeproduktion. Claus-processen er imidlertid ikke omfattet af nogen af disse tilfælde.

- 36 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at begrebet »elektricitetsgenerator« bør fortolkes indskrænkende, fordi ordlyden af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 ellers ville få en større rækkevidde, end hvad der svarer til ånden bag dette direktiv og dets formål. I den foreliggende sag er det i øvrigt tvivlsomt, om den elektricitet, der produceres i det omhandlede anlæg, er produceret »med henblik på salg til tredjeparter« som omhandlet i denne bestemmelse. Denne elektricitet produceres således med henblik på hovedsageligt at blive anvendt i dette anlæg, og anlægget er udelukkende tilknyttet det offentlige net for at sikre elforsyningen i tilfælde af udfald af dette anlæg.
- 37 I henhold til denne retsinstans ville en bred fortolkning af begrebet »elektricitetsgenerator« medføre, at et anlæg som det omhandlede anlæg, der kvalificeres som »elektricitetsgenerator«, behandles forskelligt, sammenlignet med et anlæg, der ligeledes producerer elektricitet, men hvor der ud over aktivitet i form af »forbrænding af brændstof« som omhandlet i bilag 1, del 2, punkt 1-4, til TEHG udøves en anden aktivitet, der er omfattet af emissionshandelsordningen, idet dette sidstnævnte anlæg ikke kvalificeres som »elektricitetsgenerator«. En sådan forskelsbehandling er imidlertid inkonsekvent, fordi ingen af disse to typer af anlæg tilhører »den klassiske elsektor« som omhandlet i 31. betragtning til afgørelse 2011/278.
- 38 Nævnte retsinstans har derfor anført, at begrebet »elektricitetsgenerator« bør forbeholdes de anlæg, som producerer og sælger elektricitet til tredjeparter, og som udelukkende udøver aktivitet i form af »forbrænding af brændsel« uden anden aktivitet, uanset om denne er anført i bilag 1 til TEHG eller ej.
- 39 I tilfælde af, at denne fortolkning ikke tiltrædes, har den forelæggende ret endvidere forespurgt, om det er muligt at overvinde de begrænsninger, der følger af direktiv 2003/87 vedrørende gratistildeling af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer på grundlag af definitionen af begrebet »varmebenchmark delinstallation« som omhandlet i artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, som ikke indeholder tilsvarende begrænsninger.
- 40 Endelig søger denne retsinstans oplyst, om de emissioner, der følger af Claus-processen, kan give anledning til gratistildelinger af emissionskvoter for en »procesemissionsdelinstallation« som omhandlet i denne afgørelses artikel 3, litra h). Da den varme, der genereres ved denne proces, ligeledes kan give anledning til en tildeling ved anvendelse af varmebenchmarket, ønsker denne retsinstans oplyst, om en af disse tildelingstyper har prioritet over den anden.
- 41 På denne baggrund har Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er et anlæg, der fremstiller et produkt, hvis fremstilling ikke er omfattet af de aktiviteter, der er nævnt i bilag I til direktiv [2003/87] (som i den foreliggende sag fremstilling af svovl), og i hvilket der samtidig udøves aktiviteten »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«, som i henhold til bilag I til direktiv [2003/87] er omfattet af emissionshandelsordningen, elektricitetsgenerator som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv [2003/87], når der i en sekundær installation til dette anlæg også fremstilles elektricitet til anlægget, og en (lille) del af denne elektricitet afgives til det offentlige elnet mod vederlag?
- 2) I tilfælde af, at første spørgsmål besvares bekræftende, spørges:
- Såfremt et anlæg som beskrevet i første spørgsmål er en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv [2003/87], kan dette anlæg da også modtage en tildeling for varme i henhold til afgørelse [2011/278] i tilfælde, hvor varmen opfylder betingelserne i artikel 3, litra c), i afgørelse [2011/278], men ikke er omfattet af de i artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, [og artikel 10a,]stk. 3 og 4, i direktiv [2003/87] nævnte kategorier, dvs. varme fra forbrænding af affaldsgasser til fremstilling af elektricitet, fjernvarme og højeffektiv kraftvarmeproduktion?

- 3) Såfremt en tildeling for den i sagsøgeren [i hovedsagen]s anlæg producerede varme er mulig i henhold til besvarelsen af de første to spørgsmål:

Er den CO₂, som udledes fra gasblandingen til atmosfæren i forbindelse med behandling af naturgas (i form af sur gas) i den såkaldte »Claus-proces« ved udskillelse af indholdet af CO₂ i naturgassen, emissioner, der som omhandlet i artikel 3, litra h), første punktum, i afgørelse [2011/278] finder sted som følge af den i artikel 3, litra h), [...] v), nævnte proces?

- a) Kan CO₂-udledninger som omhandlet i artikel 3, litra h), første punktum, i afgørelse [2011/278], »finde sted som følge af« en proces, i hvilken den i råstoffet iboende CO₂ fysisk udskilles af gasblandingen og udledes i atmosfæren, uden at der ved den proces, der finder sted i denne forbindelse, opstår yderligere kuldioxid, eller forudsætter denne bestemmelse obligatorisk, at den CO₂, der udledes til atmosfæren, opstår første gang som resultat af processen?
- b) »bruges« der som omhandlet i artikel 3, litra h), [...] v), i afgørelse [2011/278] et kulstofholdigt råmateriale, når den naturligt forekommende naturgas i forbindelse med den såkaldte Claus-proces anvendes til svovlproduktion, og den i naturgassen iboende kuldioxid herved udledes til atmosfæren, uden at den i naturgassen iboende kuldioxid deltager i den kemiske reaktion, der finder sted i processen, eller forudsætter begrebet »brug« obligatorisk, at kulstoffet deltager i den kemiske reaktion, der finder sted, eller sågar er nødvendigt for denne?
- 4) Såfremt tredje spørgsmål besvares bekræftende: Ud fra hvilket benchmark sker gratistildelingen af emissionskvoter, såfremt et anlæg, der er omfattet af emissionshandelsordningen, både opfylder kriterierne for at udgøre en delinstallation med varmebenchmark og kriterierne for at udgøre en delinstallation med procesemissioner? Har en ret til tildeling med varmebenchmark forrang frem for en ret til tildeling for procesemissioner, eller har retten til tildeling for procesemissioner som den mere specielle bestemmelse forrang frem for varmebenchmarket og brændselsbenchmarket?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 42 Den forelæggende ret ønsker med sine spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om og i givet fald i hvilket omfang et anlæg, som det omhandlede anlæg, der foretager afsvovlning af naturgas og genvinding af svovl ved Claus-processen, er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter for den CO₂, der udledes i forbindelse med disse aktiviteter for perioden 2013-2020.
- 43 Disse spørgsmål bygger således på den forudsætning, som den forelæggende ret har fastslået, at et sådant anlæg er omfattet af ordningen for handel med emissionskvoter i henhold til direktiv 2003/87.
- 44 I retsmødet for Domstolen har ExxonMobil og Kommissionen rejst tvivl om denne forudsætning, idet de har gjort gældende, at et anlæg som det omhandlede anlæg ikke er omfattet af denne handelsordning, fordi den CO₂, der blev udledt fra anlægget, var indeholdt CO₂, idet denne drivhusgas allerede naturligt var til stede i råmaterialet, i det foreliggende tilfælde den sure gas, der blev behandlet i dette anlæg.
- 45 Hvis dette var tilfældet, ville besvarelsen af de forelagte spørgsmål, som generaladvokaten har anført i punkt 36 i forslaget til afgørelse, være uden relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, og den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse ville derfor være af hypotetisk karakter. Det er således kun anlæg, hvis aktiviteter i overensstemmelse med artikel 2 i direktiv 2003/87 henhører under ordningen for handel med emissionskvoter, der kan drage fordel af gratistildeling af sådanne kvoter (dom af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 68).

- 46 Det skal derfor undersøges, om et anlæg som det i hovedsagen omhandlede er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2003/87 og derfor af den ordning for handel med emissionskvoter, som er indført ved dette direktiv.
- 47 Det bemærkes i denne henseende, at i medfør af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87, som fastlægger direktivets anvendelsesområde, finder det anvendelse på »emissioner« af de drivhusgasser, der er anført i bilag II til det nævnte direktiv, heriblandt CO₂, »fra de i bilag I [til dette direktiv] opførte aktiviteter« (jf. i denne retning dom af 28.7.2016, Vattenfall Europe Generation, C-457/15, EU:C:2016:613, præmis 28, af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 42, 45 og 46, og af 17.5.2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 31), idet nævnte bilag I bl.a. for CO₂-udledninger omfatter aktiviteten forbrænding af brændsel i et anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW.
- 48 Ifølge artikel 3, litra b), i direktiv 2003/87 forstås der i direktivet ved »emissioner« udledning af drivhusgas i atmosfæren fra kilder i et anlæg.
- 49 I den foreliggende sag er det uomtvistet, at der på et anlæg som det i hovedsagen omhandlede udøves en aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til direktiv 2003/87, fordi såvel den varmegenererende oxideringsproces, H₂S undergår i løbet af Claus-processen, som den senere efterforbrændingsproces af gas, der forlader Claus-anlægget, således som den tyske regering har gjort gældende i sine skriftlige bemærkninger og i retsmødet, set i lyset af dette direktivs artikel 3, litra t), udgør en sådan aktivitet.
- 50 Derudover fremgår det af de oplysninger, Domstolen er i besiddelse af, og uden at dette er blevet bestridt af nogen af de procesdeltagere, der har fremsat bemærkninger eller var til stede i retsmødet for Domstolen, at aktivitet i form af »forbrænding af brændsel« udøvet på det omhandlede anlæg, genererer »emissioner«, i den foreliggende sag CO₂, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, og artikel 3, litra b), i direktiv 2003/87, idet dette anlæg udleder drivhusgas i atmosfæren fra de installationer, der er placeret deri.
- 51 Ganske vist er den CO₂, der således udledes ved denne aktivitet i form af forbrænding af brændsler, som ExxonMobil og Kommissionen har fremhævet, »indeholdt CO₂« som omhandlet i artikel 3, nr. 40), i forordning nr. 601/2012, idet denne drivhusgas naturligt er til stede i sammensætningen af den sure gas, der behandles på det i hovedsagen omhandlede anlæg.
- 52 En sådan omstændighed kan imidlertid ikke udelukke et sådant anlæg fra anvendelsesområdet for direktiv 2003/87.
- 53 Som det fremgår af denne doms præmis 47, og som generaladvokaten har anført i punkt 47 i forslaget til afgørelse, finder direktiv 2003/87 i henhold til dette direktivs artikel 2, stk. 1, hvis ordlyd er utvetydig i denne henseende, anvendelse på »emissioner fra de i bilag I [til direktivet] opførte aktiviteter«, uden at det på nogen måde kræves, at den drivhusgas, der udledes, selv produceres under disse aktiviteter. Ligeledes begrænser dette direktivs artikel 3, litra t), heller ikke begrebet »forbrænding« til kun at omfatte de oxideringsreaktioner, som selv genererer en drivhusgas.
- 54 Denne fortolkning understøttes af de overvågningsregler, som opstilles ved forordning nr. 601/2012. Således foreskriver denne forordnings artikel 48, stk. 1, udtrykkeligt, at det indeholdte CO₂ som defineret i forordningens artikel 3, nr. 40), når det er indeholdt i naturgas, skal medregnes i den emissionsfaktor, der er fastsat for dette brændsel.
- 55 En sådan fortolkning er ligeledes i overensstemmelse med det formål, der forfølges med direktiv 2003/87, som i henhold til direktivets artikel 1 består i at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde (jf. dom af 12.4.2018, PPC Power, C-302/17, EU:C:2018:245, præmis 18, og af 17.5.2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 41).

- 56 Som det bl.a. fremgår af ottende betragtning til dette direktiv, indebærer opfyldelsen af dette formål således, at aktiviteter, som har et særligt potentiale til at reducere drivhusgasudledninger, omfattes af denne ordning (dom af 17.5.2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 42).
- 57 Det fremgår imidlertid af drøftelserne i retsmødet for Domstolen, at selv om CO₂ er til stede i den sure gas' sammensætning, er der et vist potentiale for nedsættelse af CO₂-udledninger fra aktiviteten i form af forbrænding af brændsler i et anlæg som det i hovedsagen omhandlede anlæg med henblik på afsøvling af naturgas og genvinding af svovl ved Claus-processen, fordi indholdet af CO₂ i den sure gas varierer for de forskellige gasforekomster. I modsætning til det, som ExxonMobil har gjort gældende, er det i denne henseende uden betydning, at dette indhold ikke systematisk er forudsigeligt.
- 58 Det følger heraf, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2003/87 og derfor omfattet af den ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, som dette direktiv indførte, uden at det har betydning, om den CO₂, der er et resultat af aktiviteten på dette anlæg, er naturligt til stede i det råmateriale, der behandles i anlægget.
- 59 De af den forelæggende ret stillede spørgsmål skal herefter besvares.

Det første spørgsmål

- 60 Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, som i forbindelsen med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominal indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til dette direktiv producerer elektricitet, som i det væsentlige skal anvendes til anlæggets egne behov, skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i denne bestemmelse, når der dels på dette anlæg på én gang udøves en aktivitet i form af fremstilling af et produkt, som ikke er omfattet af dette bilag, dels kontinuerligt mod betaling tilføres en minimal del af den producerede elektricitet til det offentlige elektricitetsnet, som nævnte anlæg af tekniske årsager permanent skal være tilknyttet.
- 61 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette spørgsmål stilles med henblik på at få afgjort, om det i hovedsagen omhandlede anlæg i det foreliggende tilfælde har ret til gratistildeling af CO₂-emissionskvoter som følge af denne aktivitet i form af forbrænding af brændsler, som udøves med henblik på afsøvling af naturgas og genvinding af svovl ved Claus-processen.
- 62 Det bemærkes i denne henseende, at direktiv 2003/87 har til formål at indføre en ordning for handel med emissionskvoter, der har til formål at reducere udledning af drivhusgasser i atmosfæren til et niveau, hvor farlig, menneskeskabt indvirkning på klimaet undgås, og hvis endelige formål er beskyttelse af miljøet (jf. bl.a. dom af 8.3.2017, ArcelorMittal Rodange og Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, præmis 24, af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 26, og af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 39).
- 63 Denne ordning hviler på en økonomisk logik, som stimulerer alle deltagere til at udlede en mindre mængde drivhusgasser end de oprindeligt tildelte kvoter med henblik på en afhændelse af overskuddet til en anden deltager, der har produceret en større emissionsmængde end de tildelte kvoter (jf. bl.a. dom af 8.3.2017, ArcelorMittal Rodange og Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, præmis 22, af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 27, og af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 40).

- 64 Direktiv 2003/87 tilsigter således at reducere EU's samlede drivhusgasemissioner med mindst 20% i forhold til 1990-niveauerne frem til 2020 på økonomisk effektiv måde (dom af 8.9.2016, E.ON Kraftwerke, C-461/15, EU:C:2016:648, præmis 23, af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 28, og af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 41).
- 65 Med henblik herpå fastsatte artikel 10a i direktiv 2003/87 en overgangsordning, som med det formål at undgå, at virksomhederne mistede konkurrenceevne som følge af indførelsen af ordningen med handel med emissioner (jf. i denne retning dom af 26.2.2015, ŠKO-Energo, C-43/14, EU:C:2015:120, præmis 28, og af 12.4.2018, PPC Power, C-302/17, EU:C:2018:245, præmis 20) for så vidt angår anlæg, der henhører under visse aktivitetssektorer, fastsætter gratistildeling af emissionskvoter, hvis mængde i overensstemmelse med denne bestemmelses stk. 11 reduceres gradvist i perioden 2013-2020 med henblik på at bringe disse gratiskvoter ned på nul i 2027 (dom af 8.9.2016, E.ON Kraftwerke, C-461/15, EU:C:2016:648, præmis 24, af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl., C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 46, af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 29, og af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 67).
- 66 Som det bl.a. fremgår af artikel 10, stk. 1, i direktiv 2003/87 og 15. betragtning til direktiv 2009/29, skal tildelingen af emissionskvoter med henblik på at opnå en reduktion af drivhusgasemissionerne således gradvist bringes til at hvile alene på et auktionsprincip, som i henhold til EU-lovgiver i almindelighed anses for at være den økonomisk mest effektive ordning.
- 67 I henhold til artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 kan der ikke foretages gratistildeling af emissionskvoter til »elektricitetsgeneratorer«, medmindre disse opfylder de betingelser, der er anført i denne artikels stk. 4 og 8, hvoraf det første vedrører produktion af varme eller køling til fjernvarme eller højeffektiv kraftvarmeproduktion som defineret i direktiv 2004/8, og det andet vedrører nyttilkomne. Artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 finder i øvrigt anvendelse uanset anvendelsen af direktivets artikel 10c, som giver medlemsstaterne mulighed for at foretage gratistildeling af emissionskvoter til modernisering af elproduktionen.
- 68 Som følge deraf er kvoteauktionerne siden 2013, som det fremgår af EU-lovgivers vilje som udtrykt i 15. og 19. betragtning til direktiv 2009/29, blevet hovedreglen for elektricitetsgeneratorer (jf. i denne retning dom af 17.10.2013, Iberdrola m.fl., C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 og C-640/11, EU:C:2013:660, præmis 40, og af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 82).
- 69 Derfor skal det med henblik på at fastslå, hvorvidt et anlæg som det i hovedsagen omhandlede er udelukket fra retten til gratistildeling af emissionskvoter i medfør af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, undersøges, om dette anlæg skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i dette direktiv.
- 70 Det skal i denne henseende bemærkes, at begrebet »elektricitetsgenerator« i artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, er defineret i direktivets artikel 3, litra u).
- 71 Det bemærkes, at efter Domstolens faste praksis skal der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot tages hensyn til ordlyden, men også til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af (jf. bl.a. dom af 31.5.2018, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag m.fl., C-542/16, EU:C:2018:369, præmis 39).
- 72 Det følger af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, at et anlæg, som dels producerer el »med henblik på salg til tredjeparter« den 1. januar 2005 eller på et hvilket som helst tidspunkt derefter, og hvor der dels ikke udføres andre af de i bilag I til dette direktiv anførte aktiviteter end forbrænding af

brændstof med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW, skal kvalificeres som »elektricitetsgenerator« (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 33, og af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl., C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 23).

- 73 Det er uomtvistet, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede opfylder denne anden betingelse. Som det allerede fremgår af denne doms præmis 49, udøves der på dette anlæg aktivitet i form af »forbrænding af brændsel« som omhandlet i dette bilag I. I øvrigt udøves der, som det fremgår af selve ordlyden af det første spørgsmål, ingen anden aktivitet på anlægget, som er omhandlet i dette bilag. Således er hverken fremstillingen af svovl eller i øvrigt behandlingen af naturgas opført på listen over aktiviteter, der nævnes dér.
- 74 Med hensyn til den første af de betingelser, der er fastsat i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, nemlig at elproduktionen skal foregå »med henblik på salg til tredjeparter«, bemærkes det, at det ligeledes fremgår af det første spørgsmåls ordlyd, at det i hovedsagen omhandlede anlæg også opfylder denne betingelse, idet det på kontinuerlig vis tilfører en del af den elektricitet, der produceres på anlægget til dets egne behov, til det offentlige elnet mod betaling.
- 75 Ganske vist er det i den foreliggende sag kun en lille del af denne elproduktion, der sælges til tredjeparter, idet tilførslen af denne del til det offentlige elektricitetsnet er teknisk begrundet for at sikre en kontinuerlig elforsyning af det omhandlede anlæg i tilfælde af et udfald af Claus-anlægget.
- 76 Det fremgår imidlertid ikke af ordlyden af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, at den elektricitet, der produceres på et anlæg, udelukkende eller fortrinsvis skal tjene til at forsyne tredjeparter, for at anlægget kan anses for en »elektricitetsgenerator«.
- 77 Det bemærkes i denne forbindelse navnlig, at denne bestemmelse ikke betinger kvalificeringen som elektricitetsgenerator af nogen tærskelværdi for elproduktionen, idet denne kvalificering derudover, som generaladvokaten har anført i punkt 58 i forslaget til afgørelse, foretages uafhængigt af enhver variation over tid af mængden af solgt elektricitet og mængden af elektricitet produceret til den pågældende generators eget behov.
- 78 Som følge deraf skal et anlæg som det i hovedsagen omhandlede anlæg, selv om den væsentligste del af den elektricitet, der produceres på anlægget, produceres med henblik på dets egne behov, ligeledes anses for at opfylde den første betingelse i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, når det sælger en – selv ringe – del af dets elproduktion til tredjeparter ved en kontinuerlig tilførsel af denne del af elektriciteten til det offentlige elektricitetsnet mod betaling.
- 79 Det følger således af selve ordlyden af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede anlæg, skal kvalificeres som en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i denne bestemmelse, når der på anlægget alene af de aktiviteter, der er omfattet af bilag I til direktiv 2003/87, udøves aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«, og en del af anlæggets elproduktion sælges til tredjeparter.
- 80 Denne fortolkning understøttes af det formål, der forfølges med direktiv 2003/87 og af direktivets almindelige opbygning.
- 81 Det er ganske vist korrekt, som ExxonMobil har fremhævet i selskabets skriftlige bemærkninger, at det i artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 fastsatte principielle forbud mod, at medlemsstaterne foretager gratistildeling af emissionskvoter, som det fremgår af 15. og 19. betragtning til direktiv 2009/29, blev indført for fra 2013 at fjerne den mulighed, elektricitetsgeneratorerne havde for at opnå windfall-gevinster, idet de i fraværet af et tilstrækkeligt konkurrencemæssigt pres kunne overvælte værdien af disse gratis emissionskvoter på elprisen for forbrugerne (jf. i denne retning dom af 17.10.2013, Iberdrola m.fl., C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 og C-640/11, EU:C:2013:660, præmis 40).

- 82 Det skal imidlertid indledningsvis bemærkes, at som det allerede fremgår af denne doms præmis 65 og 66, indgår den gratistildeling af emissionskvoter, der er foreskrevet i artikel 10a i direktiv 2003/87, i en konkret ordning af midlertidige regler, som afviger fra det i direktivets artikel 10 fastsatte princip om, at emissionskvoter skal tildeles efter en auktionsordning (jf. i denne retning dom af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 36).
- 83 Den regel, der er fastsat i artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, kan, for så vidt som den i princippet medfører en tildeling af emissionskvoter til »elektricitetsgeneratorer« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, litra u), i henhold til en sådan auktionsordning og under udelukkelse af enhver gratistildeling af emissionskvoter, således ikke fortolkes indskrænkende. Under disse omstændigheder skal begrebet »elektricitetsgenerator« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, litra u), fortolkes bredt.
- 84 Det bemærkes endvidere, at artikel 10a, stk. 1, 3 og 5, i direktiv 2003/87 vedrører det modsætningsforhold, direktivets bestemmelser bygger på, som består i en sondring mellem de anlæg, der er omfattet af denne artikels stk. 3, heriblandt bl.a. »elektricitetsgeneratorer« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, litra u), og andre anlæg, der genererer emissioner af drivhusgasser, som samlet betegnes »industrieanlæg« (jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 70, og af 28.7.2016, Vattenfall Europe Generation, C-457/15, EU:C:2016:613, præmis 40 og 41).
- 85 Denne sondring mellem anlæg, som er omfattet af begrebet »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, og andre anlæg, som genererer drivhusgasemissioner, har direkte indflydelse på beregningen af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, der er fastsat i dette direktivs artikel 10a, stk. 5, hvis anvendelse på det af medlemsstaterne beregnede foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter bestemmer det endelige årlige antal af disse kvoter, som medlemsstaterne skal tildele de industrieanlæg, der er berettigede til disse kvoter (jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 71).
- 86 Hvis det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter til anlæg, som ikke er omfattet af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, overstiger det loft, som er fastsat for industrien, og som svarer til den i samme artikels stk. 5 fastsatte maksimale årlige kvotemængde, skal medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 10a, stk. 5, foretage en forholdsmæssig reduktion af denne foreløbige mængde ved anvendelsen af den i denne bestemmelse fastsatte »ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor«, som svarer til forholdet mellem denne foreløbige mængde og dette loft (jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 62 og 63, og af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 37).
- 87 Som det fremgår af den udtrykkelige ordlyd af artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, tages de emissioner, der genereres af elektricitetsgeneratorer ikke i betragtning ved beregningen af denne faktor, idet disse emissioner er udelukket fra den maksimale årlige kvotemængde, der defineres i denne bestemmelse, som er begrænset til emissioner fra »anlæg, der ikke er omfattet af [denne artikels] stk. 3« (jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 64, 68, 72, 74, 75 og 83, og af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl., C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 24, 26 og 32).
- 88 Under disse omstændigheder gælder det, at selv hvis kvalificeringen som »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, skulle afhænge af, om salget af elektricitet fra et anlæg vedrører en hovedaktivitet eller en biaktivitet for anlægget, hviler afgørelsen af den endelige emissionskvotemængde, der gratis skal tildeles de berettigede anlæg, i fraværet af et loft fastsat af EU-lovgiver, på kriterier, hvis indhold ikke er tilstrækkeligt klart og forudsigeligt, og som derfor kan stride mod retssikkerheden, fordi de risikerer at give anledning til, at de tildelte emissionskvoter senere anfægtes.

- 89 ExxonMobil har imidlertid gjort gældende, at denne fortolkning strider mod det almindelige ligebehandlingsprincip, for så vidt som det fører til, at et anlæg, hvor der som på det i hovedsagen omhandlede anlæg alene blandt de aktiviteter, der er anført i bilag I til direktiv 2003/87, udøves »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«, behandles anderledes end et anlæg, hvor der på samme tid udøves denne aktivitet og en anden aktivitet, der er omhandlet i dette bilag.
- 90 Ifølge Domstolens faste praksis indebærer det generelle ligebehandlingsprincip, der er et generelt princip i EU-retten, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet (jf. bl.a. dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23, og af 29.3.2012, Kommissionen mod Estland, C-505/09 P, EU:C:2012:179, præmis 64).
- 91 Det skal imidlertid fastslås, at de elektricitetsproducerende anlæg, som alene blandt de i bilag I til direktiv 2003/87 omhandlede aktiviteter udøver »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«, ikke er i en situation med hensyn til ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, som er sammenlignelig med den situation, som anlæg, der producerer elektricitet, og som ud over denne aktivitet i form af forbrænding af brændsler udøver en eller flere andre aktiviteter, der er omhandlet i dette bilag, befinder sig i.
- 92 Som det fremgår af denne doms præmis 58, er et anlæg som det i hovedsagen omhandlede anlæg kun omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv med hensyn til CO₂-udledninger som følge af en sådan aktivitet i form af forbrænding af brændsler. Derfor er det kun underlagt ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner for denne aktivitet og ikke for andre aktiviteter, der ikke er omfattet af bilag I til dette direktiv. Derimod er et anlæg, hvor der på én gang udøves en aktivitet i form af forbrænding af brændsel og en eller flere andre aktiviteter, der er omfattet af dette bilag, underlagt denne handelsordning for alle dets aktiviteter, som medfører udledning af CO₂. Selv om disse to typer af anlæg producerer elektricitet, er et anlæg af denne anden type, som er omfattet af denne ordning for alle de CO₂-udledninger, der følger af disse aktiviteter, af denne årsag berettiget til gratisdeling af kvoter for disse emissioner, i modsætning til et anlæg af den første type, som, idet det kun er omfattet af denne ordning for de CO₂-udledninger, der følger af aktiviteten i form af forbrænding af brændsel, ikke er berettiget til sådanne kvoter.
- 93 Endelig er en sådan fortolkning af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 i modsætning til det af ExxonMobil anførte ikke uforenelig med tilføjelsen af udvinding af naturgas til punkt 1.4 i bilaget til Kommissionens afgørelse 2010/2/EU af 24. december 2009 om opstilling af en liste over, hvilke sektorer og delsektorer der anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage, i overensstemmelse med direktiv 2003/87 (EUT 2010 L 1, s. 10).
- 94 Som det fremgår af artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87 har medtagelsen af en sektor og delsektor på denne liste dels på ingen måde til formål at afvige fra denne artikels stk. 3, men har alene til følge, at anlæggene i de sektorer og delsektorer, som er udsat for en betydelig risiko for carbon leakage for handelsperioden fra 2013 til 2020 modtager en mængde af gratis kvoter, som svarer til 100% af den mængde, der er fastsat i henhold til de foranstaltninger, der er omhandlet i denne artikels stk. 1 (jf. i denne retning dom af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl., C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 47).
- 95 Dels skal det, som generaladvokaten har gjort det i punkt 83 i forslaget til afgørelse, fremhæves, at medtagelsen af en sektor og delsektor på den nævnte liste, som det fremgår af artikel 10a, stk. 14, i direktiv 2003/87, indebærer, at det efter Kommissionens samlede vurdering af alle de aktiviteter, der vedrører de anlæg, der er omfattet deraf, og som foretages på EU-plan, er godtgjort, at det ikke kan lade sig gøre at overvælte omkostningerne til kvoterne på prisen, og ikke som ExxonMobil har foreslået, at dette skal godtgøres for hvert af de anlæg, der tilhører den pågældende sektor eller delsektor.

96 Som følge deraf skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, som i forbindelsen med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til dette direktiv producerer elektricitet, som i det væsentlige skal anvendes til anlæggets egne behov, skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i denne bestemmelse, når der dels på dette anlæg på én gang udøves en aktivitet i form af fremstilling af et produkt, som ikke er omfattet af dette bilag, dels kontinuerligt mod betaling tilføres en selv ringe del af den producerede elektricitet til det offentlige elektricitetsnet, som nævnte anlæg af tekniske årsager permanent skal være tilknyttet.

Det andet spørgsmål

97 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, for så vidt som det skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter for den varme, der produceres i forbindelse med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til dette direktiv, når denne varme anvendes til andre formål end produktion af elektricitet.

98 Det bemærkes indledningsvis, at dette spørgsmål følger af en vurdering foretaget ex officio af den forelæggende ret, idet parterne i hovedsagen ikke har anfægtet retmæssigheden af de emissionskvoter, ExxonMobil gratis er blevet tildelt for den varme, der blev produceret i forbindelse med selskabets aktivitet i form af forbrænding af brændsel.

99 Det synes at fremgå af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at den forelæggende ret i medfør af national ret og i forbindelse med denne vurdering kan erklære de samlede kvoter, der er tildelt ExxonMobil gratis, for ulovlige.

100 Under disse omstændigheder, og som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, søges det med dette spørgsmål oplyst, om det i den foreliggende sag omhandlede anlæg kan opnå gratistildeling af emissionskvoter, når dets aktivitet i form af forbrænding af brændsel ikke blot fører til elproduktion, men også og væsentligst til varmeproduktion via den kemiske reaktion, der kendetegner Claus-processen, hvilken varme opfanges i anlægget til brug ved aktiviteten i form af afsvovling af naturgas og genvinding af svovl ved denne proces.

101 Det bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87 har Kommissionen ved afgørelse 2011/278 fastsat harmoniserede EU-regler for denne gratistildeling af emissionskvoter. Disse harmoniserede regler konkretiserer det væsentlige krav om at mindske konkurrenceforvridningen i det indre marked mest muligt (dom af 22.6.2016, DK Recycling und Roheisen mod Kommissionen, C-540/14 P, EU:C:2016:469, præmis 53, af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 26, og af 22.2.2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 30).

102 I medfør af artikel 10a, stk. 2, i direktiv 2003/87 fastlægger Kommissionen således i denne forbindelse benchmarkene i de enkelte sektorer og delsektorer (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 60, og af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 27).

103 Det er i denne sammenhæng, at artikel 10, stk. 1 og 2, i afgørelse 2011/278 fastsætter, at medlemsstaterne skal beregne det foreløbige årlige antal af emissionskvoter, der skal tildeles gratis, ved at gange disse benchmark med hver delinstallations historiske aktivitetsniveau. I henhold til afgørelsens artikel 6 skal medlemsstaterne sondre mellem delinstallationerne afhængigt af deres virksomhed med henblik på at afgøre, om der skal anvendes et »produktbenchmark«, et

»varmebenchmark«, et »brændselsbenchmark« eller en særlig faktor for »procesemissionsdelinstallationer« (dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 61, og af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 28).

- 104 Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at definitionerne i artikel 3 i afgørelse 2011/278 af produktbenchmarkede delinstallationer, varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer gensidigt udelukker hinanden (dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 62, og af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 29).
- 105 Artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 definerer varmebenchmarkede delinstallationer som input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af et produktbenchmarket delinstallation, og som vedrører produktion og/eller import fra et anlæg eller anden enhed, der er omfattet af EU-ordningen, af målelig varme. Denne bestemmelse præciserer, at denne varme bl.a. skal forbruges til fremstillingen af produkter eller eksporteres til et anlæg eller en anden enhed, der ikke er omfattet af EU-ordningen, med undtagelse af eksport med henblik på elproduktion (dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 64 og 116).
- 106 Det fremgår således af den udtrykkelige ordlyd af artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, at denne bestemmelse forbyder gratistildeling af emissionskvoter for varmeproduktion til brug ved produktion af elektricitet.
- 107 Denne bestemmelse gennemfører, som ExxonMobil med rette har anført i sine skriftlige bemærkninger, artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, andet punktum, og artikel 10a, stk. 7, tredje afsnit, i direktiv 2003/87, som udelukker gratistildeling af emissionskvoter for elproduktion med undtagelse af dels tilfælde, der henhører under dette direktivs artikel 10c, som giver medlemsstaterne mulighed for at tildele gratis kvoter til modernisering af elproduktionen, dels elektricitet produceret fra spildgasser (jf. i denne retning dom af 26.7.2017, ArcelorMittal Atlantique et Lorraine, C-80/16, EU:C:2017:588, præmis 20).
- 108 Som det fremgår af selve ordlyden af det andet spørgsmål, søges der imidlertid for det omhandlede anlæg gratistildeling af emissionskvoter for målelig varmeproduktion, og ikke for elproduktion.
- 109 Det skal i denne henseende fastslås, at artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 ikke udtrykkeligt udelukker en gratistildeling af emissionskvoter for varme genereret af elektricitetsgeneratorer til anden brug end produktion af elektricitet.
- 110 Det bemærkes imidlertid, at det fremgår af det svar, der gives på det første spørgsmål, at artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, litra u), udelukker en gratistildeling af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer, medmindre disse opfylder de betingelser, der er fastsat i denne artikels stk. 4 og 8, som vedrører produktion af varme eller kulde til fjernvarme eller opnået ved højeffektiv kraftvarmeproduktion som defineret i direktiv 2004/8, og nytilkomne, uanset de tilfælde, der omhandles i dette direktivs artikel 10c. Det er imidlertid uomtvistet, at det omhandlede anlæg ikke opfylder de i artikel 10a, stk. 4 og 8, i direktiv 2003/87 fastsatte betingelser, og at den mulighed, der åbnes i dette direktivs artikel 10c, ikke er blevet gennemført af Forbundsrepublikken Tyskland.
- 111 Artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 fastsætter således en principiel regel, for så vidt som bestemmelsen med forbehold af de regler, der fastsættes i andre bestemmelser, forbyder gratistildeling af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorer (jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 66).

- 112 Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at afgørelse 2011/278 skal fortolkes i overensstemmelse med dette direktivs bestemmelser (jf. i denne retning dom af 19.1.2017, Schaefer Kalk, C-460/15, EU:C:2017:29, præmis 40-42, af 28.2.2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 68, og af 17.5.2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 29).
- 113 Det følger deraf, at et anlæg, som skal kvalificeres som en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, kun kan opnå gratis emissionskvoter som »varmebenchmark delinstallation« som omhandlet i artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 for den varme, der produceres på dette anlæg, under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 10a, stk. 4 og 8.
- 114 I denne henseende kan det ikke tiltrædes, at artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, bortset fra når de i denne artikels stk. 4 og 8 fastsatte betingelser er opfyldt, kun forbyder gratistildeling af emissionskvoter til en elektricitetsgenerator for elproduktion.
- 115 Som generaladvokaten har anført i punkt 94 i forslaget til afgørelse, ville en sådan fortolkning fratage dette direktivs artikel 10a, stk. 3, dets effektive virkning, idet artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, andet punktum, allerede udtrykkeligt, i det mindste principielt, forbyder gratistildeling af emissionskvoter for elproduktion.
- 116 Det bemærkes derudover, at forbuddet mod gratistildeling af emissionskvoter til elektricitetsgenerators for den producerede varme er fuldt ud i overensstemmelse med det formål, der forfølges med artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, som nævnes i denne doms præmis 68, som principielt består i at tildele emissionskvoter til disse producenter ved en auktionsordning.
- 117 Det følger deraf, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede anlæg, idet det i den foreliggende sag, som det fremgår af selve ordlyden af det andet spørgsmål, er uomtvistet, at det ikke opfylder de betingelser, der opstilles i artikel 10a, stk. 4 og 8, i direktiv 2003/87, ikke af bestemmelserne i afgørelse 2011/278 kan udlede nogen ret til gratistildeling af emissionskvoter for dets aktivitet i form af varmeproduktion.
- 118 Enhver anden fortolkning ville stride mod de formål, der forfølges ved direktiv 2003/87, idet Kommissionen ville blive tillagt beføjelser uden noget retligt grundlag (jf. analogt dom af 29.3.2012, Kommissionen mod Estland, C-505/09 P, EU:C:2012:179, præmis 82).
- 119 Den tyske regering har imidlertid gjort gældende, at den fortolkning, der er gengivet i denne doms præmis 113, strider mod princippet om ligebehandling og mod det formål, der forfølges med direktiv 2003/87, som består i at undgå konkurrenceforstyrrelser, for så vidt som de gratis emissionskvoter blev tildelt for den varme, der blev fremstillet af sammenlignelige anlæg, der tilhører andre sektorer. Der findes navnlig forskellige former for kraftvarmeproduktion, som – selv om de ikke opfylder betingelserne for at være højeffektive som fastsat ved direktiv 2004/8 – viser sig at være mere effektive end de anlæg, der kun producerer varme.
- 120 Som det allerede fremgår af denne doms præmis 91 og 92, befinder de anlæg, der som det i hovedsagen omhandlede anlæg producerer elektricitet, idet de alene blandt de i bilag I til direktiv 2003/87 omhandlede aktiviteter udøver »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominal indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«, sig imidlertid ikke i en situation, som er sammenlignelig med den situation, som anlæg, der producerer varme, idet de derudover udøver en anden aktivitet, der er omhandlet i dette bilag, befinder sig i. Inden for ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner kan en sådan forskelsbehandling derfor ikke anses for at fordreje konkurrencen mellem disse anlæg (jf. analogt dom af 19.1.2017, Schaefer Kalk, C-460/15, EU:C:2017:29, præmis 47).

- 121 Det samme gælder den angivelige forskelsbehandling mellem de anlæg, der producerer varme ved højeffektiv kraftvarmeproduktion som defineret i direktiv 2004/8, og de andre el- og varmeproducerende anlæg. Da disse sidstnævnte ikke opfylder de betingelser, der er fastsat ved dette direktiv, befinder de sig således heller ikke i en situation, der er sammenlignelig med de førstnævntes.
- 122 ExxonMobil kan heller ikke gøre gældende, at den fortolkning af artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, der foretages i denne doms præmis 113, fører til, at de anlæg, der selv producerer deres egen elektricitet, forskelsbehandles i forhold til dem, som køber elektriciteten fra tredjepartsanlæg, såsom højeffektive kraftvarmeproduktionsanlæg.
- 123 Et anlæg, der producerer sin egen elektricitet, er således dels kun udelukket fra gratistildeling af emissionskvoter for varmeproduktion, hvis det i øvrigt skal kvalificeres som »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87. Som det fremgår af denne doms præmis 91, 92 og 120, befinder et anlæg, der skal kvalificeres således, sig ikke i en situation, der er sammenlignelig med situationen for industrieanlæg. Dels er et anlæg, der køber elektricitet fra tredjeparter, på samme vis udelukket fra sådanne kvoter, når det skal kvalificeres som elektricitetsgenerator.
- 124 Det følger af alle de foregående betragtninger, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, idet det skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, ikke er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter i henhold til dette direktivs artikel 10a og bestemmelserne i afgørelse 2011/278.
- 125 Derfor er et sådant anlæg, som i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87 er omfattet af den ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, som er indført ved dette direktiv, for så vidt som der dér udøves aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til direktiv 2003/87, som genererer CO₂-udledninger, forpligtet til at opnå emissionskvoter inden for rammerne af auktionsordningen.
- 126 Som følge deraf skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, for så vidt som det skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, ikke er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter for den varme, der produceres i forbindelse med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til dette direktiv, når denne varme anvendes til andre formål end produktion af elektricitet, idet et sådant anlæg ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 10a, stk. 4 og 8.

Om det tredje og det fjerde spørgsmål

- 127 Henset til svarene på de to første spørgsmål er det ufornuddent at besvare det tredje og det fjerde spørgsmål.

Om begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger

- 128 ExxonMobil har anmodet Domstolen om at begrænse den tidsmæssige virkning af nærværende dom for det tilfælde, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål benægtende.
- 129 Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen kun undtagelsesvis i henhold til et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er sikret i Den Europæiske Unions retsorden, vil finde anledning til at begrænse borgernes mulighed for at påberåbe sig en således fortolket bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold. For at der kan træffes bestemmelse om en sådan

begrænsning, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser (jf. bl.a. dom af 27.2.2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12, EU:C:2014:108, præmis 41, og af 19.4.2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, præmis 57).

- 130 Det skal imidlertid fastslås, at ExxonMobil ikke har fremlagt noget konkret bevis, som kan godtgøre, at selskabets anmodning er begrundet, idet det blot i almindelighed har gjort gældende, at der siden 2013 er sket gratistildelinger til et stort antal elektricitetsproducerende anlæg for deres varmeproduktion.
- 131 Under disse omstændigheder er der ikke grundlag for at begrænse nærværende doms virkninger ratione temporis.

Sagsomkostninger

- 132 Da sagen i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 3, litra u), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009, skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, som i forbindelsen med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 [megawatt (MW)]« som omhandlet i bilag I til dette direktiv producerer elektricitet, som i det væsentlige skal anvendes til anlæggets egne behov, skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i denne bestemmelse, når der dels på dette anlæg på én gang udøves en aktivitet ved fremstilling af et produkt, som ikke er omfattet af dette bilag, dels kontinuerligt mod betaling tilføres en selv ringe del af den producerede elektricitet til det offentlige elektricitetsnet, som nævnte anlæg af tekniske årsager permanent skal være tilknyttet.
- 2) Artikel 3, litra c), i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27. april 2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87 skal fortolkes således, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, for så vidt som det skal anses for en »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, ikke er berettiget til gratistildeling af emissionskvoter for den varme, der produceres i forbindelse med dets aktivitet i form af »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW« som omhandlet i bilag I til dette direktiv, når denne varme anvendes til andre formål end produktion af elektricitet, idet et sådant anlæg ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 10a, stk. 4 og 8.

Underskrifter