



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 28. februar 2019¹

Sag C-682/17

**ExxonMobil Production Deutschland GmbH
mod
Bundesrepublik Deutschland**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – miljø – ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner – anlæg til behandling af naturgas – svovludvinding – fremstilling af elektricitet i en sekundær installation – direktiv 2003/87/EF – artikel 2, stk. 1 – anvendelsesområde – nr. 6 i bilag I – aktivitet i form af »forbrænding af brændsel« – artikel 3, litra t) – begrebet »forbrænding« – artikel 3, litra u) – begrebet »elektricitetsgenerator« – artikel 10a, stk. 3 og 4 – overgangsordning for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter – begrænsning af gratistildelingen af emissionskvoter til elektricitetsgeneratorene – afgørelse 2011/278/EU – artikel 3, litra c) – begrebet »varmebenchmark delinstallation« – artikel 3, litra h) – begrebet »procesemissionsdelinstallation««

I. Indledning

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse, der er indgivet til Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland), vedrører fortolkningen af artikel 3, litra u), og artikel 10a i samt bilag I til direktiv 2003/87/EF², der indfører en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Den Europæiske Union (herefter »kvotehandelsordningen«), og artikel 3, litra c) og h), i afgørelse 2011/278/EU³, der fastsætter midlertidige regler for harmoniseret tildeling af gratiskvoter.

2. Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem ExxonMobil Production Deutschland GmbH (herefter »ExxonMobil«) og Forbundsrepublikken Tyskland, repræsenteret ved Umweltbundesamt (forbundsmiljøstyrelsen, Tyskland), vedrørende et afslag på at tildele en del af de gratiskvoter, der er ansøgt om for 2013, til et naturgasbehandlingsanlæg, der drives af ExxonMobil.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.10.2003 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 23.4.2009 (EUT 2009, L 140, s. 63).

³ – Kommissionens afgørelse af 27.4.2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87 (EUT 2011, L 130, s. 1).

3. Efter Domstolens anmodning afgrænses dette forslag til afgørelse til den forelæggende rets første og andet spørgsmål. Disse spørgsmål vedrører rækkevidden af begrebet »elektricitetsgenerator« som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 og de konsekvenser, som kvalificeringen af et anlæg som elektricitetsgenerator har for tildelingen af de gratiskvoter, som anlægget har krav på i henhold til dette direktivs artikel 10a.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2003/87

4. I artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 defineres begrebet »elektricitetsgenerator« som »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«.

5. Dette direktivs artikel 10a havde i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder⁴, følgende ordlyd:

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

[...]

[...] 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 [...]

4. Der tildeles gratiskvoter til fjernvarme og til højeffektiv kraftvarmeproduktion som defineret i direktiv 2004/8/EF⁵ 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.

[...]«

2. Afgørelse 2011/278

6. Artikel 3 i afgørelse 2011/278 har følgende ordlyd:

»I denne afgørelse forstås ved:

[...]

4 – Visse bestemmelser i artikel 10a i direktiv 2003/87 er senere blevet ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/410 af 14.3.2018 om ændring af direktiv [2003/87] for at styrke omkostningseffektive emissionsreduktioner og lavemissionsinvesteringer og afgørelse (EU) 2015/1814 (EUT 2018, L 76, s. 3).

5 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.2.2004 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).

- c) »varmebenchmark delinstallation«: input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af et 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«: [...] carbondioxidemissioner [CO₂], 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

[...]«

B. Tysk ret

7. § 9 i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lov om handel med kvoter for drivhusgasemissioner) af 21. juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475, herefter »TEHG«), er affattet som følger:

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

[...]

(6) Den endelige kvotemængde, der tildeles til anlægget, svarer til produktet af den mængde midlertidige kvoter, som beregnes i henhold til stk. 1-5, og den tværsektorielle korrektionsfaktor, som fastsat af Europa-Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 3, i de EU-retlige bestemmelser om harmoniseret tildeling. I forbindelse med tildeling for varmet genereret af elektricitetsgeneratorer anvendes den lineære faktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87/EF, 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.«

8. Det fremgår 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 [megawatt (MW)] eller mere, medmindre det falder ind under et af nedennævnte punkter«. Nr. 2-4 i del 2, bilag 1 til TEHG nævner forskellige former for »[a]nlæg til produktion af elektricitet, damp, varmt vand, procesvarme eller opvarmet røggas«, der udleder emissioner, som også er omfattet af anvendelsesområdet for denne lov.

9. 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]«.

10. 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.

III. Hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

11. ExxonMobil drev indtil slutningen af 2013 et naturgasbehandlingsanlæg (herefter »anlægget«) i Steyerberg (Tyskland). Anlægget bestod af anlæg til afsøvling og tørring af naturgas, af svovludvindingsanlæg (såkaldt »Claus-anlæg«), røggasrensningsanlæg samt sekundære installationer. Sidstnævnte omfattede et dampkedelanlæg, et gasmotoranlæg, et afbrændingsanlæg og et dampkraftværk.

12. 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. Forelæggelsesafgørelsen indeholder en elektricitetsopgørelse, der indeholder oplysninger om anlæggets produktion, import, eksport og forbrug af elektricitet i perioden fra 2005- 2010. Det fremgår af denne opgørelse, at anlægget i visse af disse år forbrugte mere elektricitet end det producerede.

13. Den 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. DEHSt tilbagekaldte samme dato sin afgørelse om tildeling med virkning fra den 1. januar 2014 med den begrundelse, at ExxonMobil havde givet meddelelse om, at selskabets aktiviteter var bragt til ophør. Denne tilbagekaldelse er ikke blevet anfægtet.

14. ExxonMobil indgav en klage over denne afgørelse om tildeling af 24. februar 2014. DEHSt afslog denne klage den 12. februar 2016.

15. Det fremgår af de oplysninger, som DEHSt anførte i sin afgørelse af 12. februar 2016, at ansøgningen om tildeling for procesemissioner omfattede udledning af den CO₂, der naturligt forekommer i naturgas, 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 anlægget. Anvendelsen af denne varme gav anledning til tildeling af gratiskvoter på grundlag af varmebenchmarket. Den i naturgassen indeholdte CO₂ udledtes som følge af Claus-processen via en skorsten. Der opstod ikke yderligere CO₂ ved denne proces.

16. DEHSt var af den opfattelse, at det ikke var muligt at tildele gratiskvoter 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 2011/78. 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. DEHSt var af den opfattelse, at udledningen af den CO_2 , der naturligt forekommer i naturgas, ikke fandt sted som følge af Claus-processen, idet disse CO_2 -emissioner hverken deltog i eller var nødvendige for den kemiske reaktion, der var kendetegnende for Claus-processen. Det var efter DEHSt's opfattelse kun H_2S , der udgjorde det råmateriale, som anvendtes til at producere svovl, idet CO_2 kun skulle anses for en »associeret gas« til H_2S .

17. Den 10. marts 2016 anlagde ExxonMobil sag til prøvelse af afgørelsen om afslag på klagen.

18. ExxonMobil har i stævningen først beskrevet anlæggets aktiviteter, idet selskabet har anført, at anlægget blev anvendt til at behandle naturgas efter udvinding af naturgasforekomster. Den naturgas, der således blev udledt, og som benævnes sur gas, når den antager denne form, indeholdt H_2S , vanddamp, metan (CH_4) og CO_2 . I anlægget blev denne gas afsvovlet og efter tørring afgivet til gasforsyningsnettet. Den H_2S og CO_2 , der blev udskilt fra naturgassen i forbindelse med afsvovlingsprocessen, blev ført til Claus-anlægget, hvor H_2S blev omdannet til svovl ved en exoterm proces i to etaper.

19. I forbindelse med den første etape blev ca. en tredjedel af H_2S forbrændt i en ovn, idet der i forbindelse med denne forbrænding fremkom svovldioxid (SO_2). SO_2 var allerede i ovnen delvist gået i forbindelse med H_2S , hvilket danner svovl og vand. For at opretholde iltningsprocessen og optimere selve processen, blev varme i form af damp udledt i en genvindingskedel. Den resterende H_2S gik gennem katalyse i forbindelse med SO_2 , hvilket danner svovl.

20. I forbindelse med den anden etape blev der dannet yderligere svovl som følge af en exoterm reaktion i to eller tre på hinanden følgende katalytiske trin. Den gas, der var tilbage efter denne reaktion, som betegnes »Claus-gas«, indeholdt fortsat bl.a. CO_2 og spor af svovlforbindelser. Claus-gassen ledtes derefter gennem et gasrensingsanlæg, der var tilsluttet i forlængelse af Claus-anlægget, hvori svovlforbindelserne blev fjernet, og CO_2 blev udledt til atmosfæren via en skorsten.

21. ExxonMobil er endvidere af den opfattelse, at selskabet har krav på gratistildeling til en procesemissionsdelinstallation, idet disse CO_2 -emissioner fandt sted som følge af anvendelsen af et råmateriale, der indeholder kulstof i form af CO_2 . Efter ExxonMobils opfattelse er det ikke H_2S isoleret set, men derimod den sure gas, der udgør det råmateriale, som anvendes til fremstilling af svovl. Uden anvendelsen af denne gas i forbindelse med Claus-processen, ville den CO_2 , der er indeholdt i naturgassen, ikke blive udledt til atmosfæren. Det var endvidere nødvendigt at ekstrahere CO_2 fra den sure gas ved hjælp af denne proces for at kunne udvinde ren svovl fra denne gas. Det har ingen betydning, at CO_2 allerede er til stede i råmateriale og ikke selv indgår i den ovenfor beskrevne kemiske reaktion. De nævnte CO_2 -emissioner ville i øvrigt ikke kunne undgås ved at anvende en anden form for brændsel og heller ikke ved at anvende mere effektive teknikker.

22. ExxonMobil har endvidere anført, at den omstændighed, at der er tildelt gratiskvoter på grundlag af varmebenchmarket for den målelige varme, der blev produceret i anlægget 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 dommen i sagen Borealis m.fl.⁶ 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.

6 – Dom af 8.9.2016 (C-180/15, EU:C:2016:647).

23. Endelig har ExxonMobil fremhævet, at søgsmålet i hovedsagen har karakter af en prøvesag, der skal gøre det muligt at besvare de spørgsmål, der vedrører tildeling af gratiskvoter for CO₂-emissioner, der opstår i forbindelse med Claus-processen, som i øvrigt også finder sted i andre anlæg, som drives af ExxonMobil.

24. DEHSt har i svarskriftet for første gang anført, at fremstillingen af svovl ikke udgør en aktivitet, der er omfattet af emissionshandelsordningen. DEHSt har ligeledes for første gang i svarskriftet anført, at anlægget bør anses for en »elektricitetsgenerator«, idet der i dette anlæg er produceret elektricitet, som efter den 31. december 2004 er blevet solgt til tredjeparter, og idet der i dette anlæg udelukkende udøves en forbrændingsaktivitet som nævnt i nr. 1-4 i del 2, bilag 1 til TEHG. DEHSt er af den opfattelse, at der for anlægget er ansøgt om og opnået en tildeling 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 til elektricitetsgeneratorer er imidlertid kun tilladt, såfremt de betingelser, der er fastsat i artikel 10a i direktiv 2003/87, er opfyldt.

25. DEHSt har i øvrigt gentaget sin opfattelse, hvorefter der skal meddeles afslag på tildeling af gratiskvoter til en procesemissionsdelinstallation, og har anfægtet det af ExxonMobil fremførte argument om, at de omhandlede emissioner var uundgåelige. DEHSt har endvidere henvist til, at der består et sideordnet forhold mellem de tildelingselementer, der er baseret på varmebenchmark, brændselsbenchmark eller procesemissioner.

26. Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) er i denne forbindelse for det første af den opfattelse, at løsningen af tvisten i hovedsagen afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt anlægget skal kvalificeres som elektricitetsgenerator i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87. Selv om denne domstol er af den opfattelse, at denne bestemmelses ordlyd synes at indebære, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende, er den i tvivl om, hvorvidt en sådan besvarelse går ud over den rækkevidde, der tilstræbes ved dette direktivs ånd og mål⁷.

27. Den forelæggende ret har endvidere anført, at kvalificeringen af anlægget som elektricitetsgenerator principielt vil indebære, at den gratistildeling, der er opnået for anlægget, er ulovlig. Dette skyldes, at der kun kan tildeles gratiskvoter til elektricitetsgeneratorer i de tilfælde, der er nævnt i artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87 – som ikke omfatter de omhandlede emissioner. Denne ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt det er muligt at se bort fra denne begrænsning som følge af definitionen af begrebet »varmebenchmarket delinstallation« i artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, som ikke indeholder en tilsvarende begrænsning.

28. Endelig ønsker den nævnte ret oplyst, om de emissioner, der finder sted som følge af Claus-processen, kan give anledning til gratistildeling til en »procesemissionsdelinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i denne afgørelses artikel 3, litra h). Eftersom den varme, der genereres ved denne proces, også kan gøres til genstand for en tildeling på grundlag af varmebenchmarket, ønsker den nævnte ret oplyst, om den ene af disse to former for tildeling har forrang frem for den anden.

29. På baggrund af disse betragtninger har Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) besluttet at udsætte sagen og at 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, [en] elektricitetsgenerator som omhandlet i artikel 3,

⁷ – Jf. punkt 59 og 62-64 i dette forslag til afgørelse.

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 [kvote]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, 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 [kvote]tildeling for den i sagsøgerens anlæg producerede varme er mulig i henhold til besvarelsen af de første to [præjudicielle] 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), nr. 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), nr. 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 [CO₂] herved udledes til atmosfæren, uden at den i naturgassen iboende [CO₂] 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 [varmebenchmark] delinstallation [...] og kriterierne for at udgøre en [procesemissions]delinstallation [...]? Har en ret til tildeling med varmebenchmark forrang frem for en ret til tildeling for procesemissioner, eller har retten til [kvote]tildeling for procesemissioner som den mere specielle bestemmelse forrang frem for varmebenchmark og brændselsbenchmark?»

30. ExxonMobil, den tyske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen og var til stede i retsmødet, der blev afholdt den 14. november 2018.

IV. Bedømmelse

A. Indledende betragtninger

31. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse anmodes Domstolen nærmere bestemt om at tage stilling til, om og i givet fald i hvilket omfang et anlæg som det i hovedsagen omhandlede kan modtage gratiskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87. De relevante faktiske omstændigheder, der kendetegner situationen for dette anlæg, og som ligger til grund for min analyse, kan sammenfattes som følger.

32. Det fremgår af de oplysninger, der er anført i forelæggelsesafgørelsen⁸, at der i det i hovedsagen omhandlede anlæg bl.a. udøves en aktivitet, der består i ved hjælp af Claus-processen at genvinde den svovl, der i form af H₂S er indeholdt i sur gas, som udvindes fra naturgasforekomster⁹. Denne proces igangsættes ved at forbrænde en del af den sure gas, hvilket medfører en kemisk reaktion, der afgiver varme, som efterfølgende anvendes i anlægget. Anlægget fremstiller elektricitet i en sekundær installation¹⁰. Selv om den således fremstillede elektricitet hovedsageligt skulle anvendes til at sikre anlæggets egen forsyning, afgav det løbende en lille del til det offentlige elnet mod vederlag. Denne afgivelse af elektricitet havde til formål at sikre anlægget en løbende forsyning af elektricitet. Den CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, blev i forbindelse med Claus-processen udskilt fra H₂S. CO₂ blev udledt til atmosfæren efter at være blevet ført gennem Claus-anlægget og et rensningsanlæg, og – således som det fremgår af de sagsakter, som den forelæggende ret har forelagt for Domstolen, og af den tyske regerings skriftlige indlæg, hvilket det tilkommer denne ret at efterprøve – gennem et efterforbrændingsanlæg, der var tilsluttet i forlængelse heraf. Der opstod ikke yderligere CO₂ ved Claus-processen.

33. Dette anlæg modtog gratiskvoter til en »varmebenchmark delinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, for den målelige varme, der blev fremstillet i forbindelse med denne proces¹¹. Det modtog til gengæld ikke de yderligere gratiskvoter, der var ansøgt om, til en »procesemissionsdelinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/278. ExxonMobil er i det væsentlige af den opfattelse, at den tildeling, der er beregnet på grundlag af varmebenchmarket, ikke er tilstrækkelig til at tage hensyn til uundgåelige CO₂-emissioner, der indgår i sammensætningen af sur gas, i hvilken forbindelse selskabet har måttet returnere kvoter¹².

34. Søgsmålet i hovedsagen er rettet mod den afgørelse, hvorved DEHSt afslog denne ansøgning. De argumenter, som DEHSt har anført i svarskriftet, giver imidlertid endvidere anledning til tvivl om, hvorvidt den tildeling af gratiskvoter, som dette anlæg har modtaget, er lovlig.

8 – Den forelæggende ret har redegjort for de forklaringer, som ExxonMobil og DEHSt har givet vedrørende Claus-processens forløb (jf. punkt 15-20 i dette forslag til afgørelse), uden selv at have foretaget en fastlæggelse af de faktiske omstændigheder med hensyn til hvert enkelt element i denne proces. Eftersom der er et stort overlap mellem disse forklaringer, vil jeg basere min analyse på denne redegørelse for de faktiske omstændigheder. Dette gælder med forbehold af denne rets prøvelse, idet denne ret er enekompetent til at vurdere de relevante faktiske omstændigheder (jf. bl.a. dom af 6.3.2018, SEGRO og Horváth, C-52/16 og C-113/16, EU:C:2018:157, præmis 98 og den deri nævnte retspraksis).

9 – Den sure gas, der indføres i Claus-anlægget, indeholder efter fjernelse af H₂S og CO₂ ved en forudgående afsvovlingsproces naturgas, der gør det muligt at afgive gassen til gasnettet. Claus-processen gør det således muligt både at fjerne H₂S – der udgør en ætsende og giftig gas – og at fremstille et produkt (nemlig ren svovl), som har en kommerciel værdi.

10 – Som det fremgår af oplysningerne i de sagsakter, som den forelæggende ret har fremlagt for Domstolen, ExxonMobils mundtlige indlæg og den tyske regerings skriftlige indlæg, blev en del af den varme, der fremstilles i forbindelse med Claus-processen, anvendt til at fremstille denne elektricitet.

11 – Anlægget har i øvrigt modtaget gratiskvoter til en »brændselsbenchmark delinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, for ikke-målelig varme, der fremstilles i forbindelse med andre aktiviteter end udvinding af svovl ved hjælp af Claus-processen.

12 – I henhold til artikel 12, stk. 3, i direktiv 2003/87 skal driftslederen for et anlæg, der er omfattet kvotehandelsordningen, hvert år returnere et antal kvoter svarende til de samlede emissioner fra dette anlæg i det foregående kalenderår.

35. Den forelæggende ret ønsker i denne forbindelse med det første og det andet spørgsmål oplyst, om anlægget som følge af, at det har solgt elektricitet til det offentlige net, skal fratages enhver mulighed for at modtage tildeling af gratiskvoter. Såfremt disse spørgsmål besvares benægtende, har denne ret forelagt Domstolen det tredje og det fjerde spørgsmål for at kunne fastslå, om udledningen af den CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, kan give anledning til gratistildeling til en procesemissionsdelinstallation.

36. Som det fremgår af de skriftlige og mundtlige indlæg, der er afgivet for Domstolen, afhænger såvel problemstillingen i hovedsagen som den betydning, som besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål har for løsningen af denne tvist, først og fremmest af, om direktiv 2003/87 finder anvendelse på disse emissioner.

37. Kommissionen, som på dette punkt blev støttet af ExxonMobil i retsmødet, har i denne forbindelse i det væsentlige gjort gældende, at udledningen af den CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, og som er genstand for ansøgningen om yderligere gratiskvoter, ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. Disse emissioner skal derfor hverken rapporteres eller overvåges og kan heller ikke give anledning til returnering af kvoter, idet tildelingen af gratiskvoter for disse emissioner på forhånd er udelukket. Den tyske regering er til gengæld i det væsentlige af den opfattelse, at eftersom den sure gas fungerer som brændsel i forbindelse med de aktiviteter, der udøves i anlægget, er al den CO₂, der indgår i brændsels sammensætningen, og som frigives i forbindelse med disse aktiviteter, omfattet af kvotehandelsordningen. Af de grunde, der redegøres for nedenfor, kan jeg tilslutte mig den sidstnævnte opfattelse.

B. Om anvendelsen af direktiv 2003/87 på CO₂-emissioner, der naturligt forekommer i sur gas

38. Det fremgår af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87, at dette direktiv finder anvendelse på emissioner fra de i bilag I til dette direktiv opførte aktiviteter og de drivhusgasser, der er anført i bilag II til dette direktiv, som bl.a. omfatter CO₂. I nr. 6 i bilag I til det nævnte direktiv nævnes bl.a. aktiviteten i form af »[f]orbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW«.

39. I det foreliggende tilfælde kan udledning af den CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, og som opstår i anlægget, kun være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2003/87, såfremt den finder sted som følge af denne form for aktivitet. Det er nemlig ubestridt, at der i anlægget ikke udøves andre aktiviteter blandt dem, der er opført i bilag I til dette direktiv, og som hverken nævner svovl eller behandling af naturgas.

40. Begrebet »forbrænding af brændsel«, der fremgår af nr. 6 i bilag I til direktiv 2003/87, skal forstås i lyset af dette direktivs artikel 3, litra t). Denne bestemmelse definerer begrebet »forbrænding« som »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«.

41. Denne definition synes efter min opfattelse at omfatte den varmedannende oxideringsreaktion, som H₂S udsættes for i forbindelse med Claus-processen. Den omfatter også den efterforbrænding af gas, der udledes af Claus-anlægget, og som også indeholder den CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, således som denne er beskrevet i de sagsakter, som den forelæggende ret har forelagt Domstolen, og i den tyske regerings skriftlige indlæg.

42. Eftersom denne CO₂ udledes efter at have været ført gennem Claus-anlægget og de efterforbrændingsanlæg, hvori disse processer finder sted, hvilket det tilkommer denne ret at efterprøve, finder disse emissioner efter min opfattelse sted som følge af aktiviteter i form af forbrænding i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i nr. 6 i bilag I til direktiv 2003/87¹³, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, litra t).

43. Der kan *for det første* ikke rejses tvivl om denne konklusion ved den omstændighed, at de nævnte processer kun sekundært har tjent til fremstilling af energi, idet deres hovedformål er at udvinde den svovl, der er indeholdt i sur gas, og at rense denne gas, før den udledes til atmosfæren.

44. Det bemærkes i denne forbindelse, som det fremgår af de forarbejder, der gik forud for vedtagelsen af direktiv 2009/29/EF¹⁴, hvorved artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 blev indsat, at denne tilføjelse havde til formål at fastsætte en bred definition af begrebet »forbrænding«. Dette begreb skulle omfatte enhver oxidering af brændsel, uanset til hvilket formål, og uanset om denne oxidering har til formål at fremstille energi til tredjeparter, eller om den indgår i en produktionsproces, der finder sted i det pågældende anlæg¹⁵.

45. Nr. 3 i bilag I til direktiv 2003/87 afspejler den vide rækkevidde, som det nævnte begreb er tillagt, ved at præcisere, at de enheder, hvori der udøves forbrændingsaktiviteter, bl.a. omfatter »alle typer af kedler, brændere, turbiner, varmeaggregater, industriovne, forbrændingsovne, sintringsovne, brændeovne, tørreovne, motorer, brændsceller, kemisk looping forbrænding, gasflaring og termiske eller katalytiske efterbrændere«. Blandt disse installationer har navnlig gasflaring og visse efterbrænderenheder ikke til formål at producere energi¹⁶.

46. *For det andet* kan de omhandlede emissioner ikke falde uden for dette direktivs anvendelsesområde med den begrundelse, at den CO₂, der udledes til atmosfæren, allerede er indeholdt i den sure gas på udvindingstidspunktet, og derfor ikke i sig selv er resultatet af en oxideringsreaktion, der fremkaldes i forbindelse med de aktiviteter, der udøves i anlægget¹⁷.

47. Artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 begrænser nemlig ikke begrebet »forbrænding« til de oxideringsreaktioner, der frembringer en af de drivhusgasser, der er nævnt i bilag II til dette direktiv. Det er ifølge denne bestemmelses ordlyd tilstrækkeligt, at der sker oxidering af et hvilket som helst element, der indeholder brændsel. Det nævnte direktivs artikel 2, stk. 1, gør på samme måde ikke

13 – Det er ubestridt, at den kapacitetsgrænse, der er fastsat i denne bestemmelse, er overskredet i det foreliggende tilfælde.

14 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 23.4.2009 om ændring af direktiv 2003/87[...] med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet (EUT 2009, L 140, s. 63).

15 – Jf. Commission staff working document, accompanying document to the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system, Impact assessment, 23.1.2008, SEC(2007) 52 (herefter »konsekvensanalysen«), s. 17-23, 160 og 161. Jf. ligeledes forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 2003/87[...] med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet af 23.1.2008 (KOM(2008) 16 endelig) (herefter »Kommissionens forslag«), s. 4. Tilføjelsen af definitionen af begrebet »forbrænding« havde til formål at kodificere den fortolkning, som Kommissionen allerede havde argumenteret for i sin meddelelse af 22.12.2005, »Yderligere retningslinjer vedrørende tildelingsplaner for handelsperioden 2008-2012 under EU-emissionshandelsordningen« (KOM(2005) 703 endelig, punkt 34-36 og bilag 8). Jf. ligeledes i denne retning dom af 28.7.2016, Vattenfall Europe Generation (C-457/15, EU:C:2016:613, præmis 37).

16 – Jf. Kommissionens »Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)«, 18.3.2010, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf, s. 8 og 9.

17 – Jeg erindrer i øvrigt om, at den varme, der udledes af Claus-processen, opstår som følge af en kemisk reaktion, der ikke danner CO₂. Det er kun den CO₂, der indgår i sammensætningen af sur gas, som frigives i forbindelse med denne proces. Selv om disse emissioner ikke måtte være omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv som følge af den omstændighed, at den udledte CO₂ forekommer naturligt i sur gas, falder de alligevel uden for dette direktivs anvendelsesområde, idet der i forbindelse med den nævnte proces produceres varme, som anvendes i anlægget.

anvendelsen af dette direktiv betinget af, at den CO₂, der udledes, isoleret set er opstået som følge af en af de aktiviteter, der er nævnt i bilag I til dette direktiv. Det er alene *udledningen* af denne drivhusgas, og ikke den nævnte gas isoleret set, der skal finde sted som følge af en sådan aktivitet¹⁸.

48. Som den tyske regering har anført, ligger denne forståelse bag artikel 48, stk. 1, i Kommissionens forordning (EU) nr. 601/2012 om overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af [...] direktiv 2003/87[...] ¹⁹. I henhold til denne bestemmelse skal de »indeholdte CO₂«-emissioner – idet dette begreb i denne forordnings artikel 3, nr. 40, defineres som »CO₂, som er en del af et brændsel« – medregnes i det pågældende brændsels emissionsfaktor. I den nævnte forordnings artikel 48, stk. 1, er der i øvrigt henvist til den CO₂, der er indeholdt i naturgas.

49. Kommissionen har på denne baggrund i et dokument med overskriften »Frequently Asked Questions Regarding Monitoring and Reporting in the EU ETS« ²⁰ anført, at de CO₂-emissioner, der opstår i forbindelse med behandling af naturgas, er omfattet af de forpligtelser, der følger af kvotehandelsordningen, for så vidt som den udledte CO₂ på et hvilket som helst tidspunkt i løbet af rensningsprocessen indføres i forbrændingsprocessen. Disse emissioner skal derfor rapporteres og overvåges i henhold til artikel 48 i forordning nr. 601/2012, idet de har karakter af indeholdte CO₂-emissioner. Kommissionen nævner i denne forbindelse som eksempel Claus-anlægget ²¹. Selv om dette dokument ikke er bindende, udgør de oplysninger, som det indeholder, efter min opfattelse baggrundselementer, der kan bidrage til fortolkningen af direktiv 2003/87 og forordning nr. 601/2012 ²².

50. På baggrund af disse betragtninger er det min opfattelse, at den udledning af CO₂, der naturligt forekommer i sur gas, og som finder sted efter Claus-processen, såsom de i hovedsagen omhandlede emissioner, finder sted som følge af aktiviteten »forbrænding af brændsel« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i nr. 6 i bilag I til direktiv 2003/87, sammenholdt med dette direktivs artikel 3, litra t). Disse emissioner er således omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv, således som dette direktiv er afgrænset i dets artikel 2, stk. 1.

C. Om begrebet »elektricitetsgenerator« (det første spørgsmål)

51. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om anlægget udgør en »elektricitetsgenerator« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, når der i dette anlæg fremstilles elektricitet i forbindelse med aktiviteten »forbrænding af brændsel [...] med en [...] effekt på mere end 20 [megawatts (MW)]« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt nr. 6 i bilag I til dette direktiv. Denne ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om det også forholder sig således i de situationer, hvor, for det første, anlægget samtidigt udøver en aktivitet i

18 – Jeg vil nævne, at selv om visse sprogversioner af artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87, såsom den franske og den spanske sprogversion, anvender udtrykket »résultat des activités« [(der er resultatet af aktiviteter)] eller tilsvarende formuleringer, anvendes der i andre sprogversioner, heriblandt den engelske, den danske, den italienske og den nederlandske sprogversion, en formulering, der svarer til udtrykket »som hidrører fra aktiviteter«. En læsning, hvorefter direktiv 2003/87 finder anvendelse på de CO₂-emissioner, der naturligt forekommer i gasformigt brændsel, og som finder sted som følge af en forbrændingsaktivitet, bekræftes ud over at være forenelig med samtlige sprogversioner af dette direktivs formål. Det fremgår af dette direktivs artikel 1, at dette direktiv har til formål at »fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde«. I ottende betragtning til det nævnte direktiv fremhæves nødvendigheden af at tage hensyn til industrielle processers potentiale med hensyn til at reducere emissioner. Som den tyske regering har anført, bør brugen af brændsel, der har et lavt indhold af CO₂, når det henses til dette formål, fremmes, idet en sådan brug bidrager til at mindske CO₂-emissionerne. Den omstændighed, som ExxonMobil henviste til i retsmødet, hvorefter det ikke altid er muligt allerede på udvindingstidspunktet at kende sammensætningen af den sure gas, der konkret anvendes til brændsel, kan ikke rejse tvivl om dette princip.

19 – Forordning af 21.6.2012 (EUT 2012, L 181, s. 30). Jf., hvad angår den metode til overvågning af emissioner fra forbrændingsprocesser, der finder sted i gasbehandlingsterminaler, tredje afsnit, nr. 1, litra B), i bilag IV til forordning nr. 601/2012.

20 – Dette dokument i den affattelse, der forelå den 16.12.2013, er tilgængelig på følgende adresse https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/monitoring/docs/faq_mmr_en.pdf (jf. s. 14).

21 – Kommissionen præciserer følgende: »[T]he H₂S enriched gas flow may still contain a significant concentration of CO₂. If this gas flow is also fed into a combustion unit (e.g. CLAUS unit), this CO₂ needs to be monitored and reported as well.«

22 – Jf. analogt dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 41).

form af fremstilling af et produkt, der ikke på nogen måde er omfattet af de andre aktiviteter, der er nævnt i dette bilag, og, for det andet, den elektricitet, der fremstilles, anvendes til at dække anlæggets eget behov, idet kun en lille del af denne elektricitet mod vederlag afgives til det offentlige net, som anlægget af tekniske grunde varigt skal være tilsluttet.

52. På baggrund af en analyse af ordlyden af og formålene med artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 samt af direktivets generelle opbygning og tilblivelseshistorien bag denne bestemmelse²³ vil jeg foreslå Domstolen at besvare dette spørgsmål bekræftende.

1. Ordlydsfortolkning

53. Det fremgår af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, at kvalificeringen som elektricitetsgenerator for det første forudsætter, at det pågældende anlæg »den 1. januar 2005 eller derefter har produceret el med henblik på salg til tredjeparter«. Denne kvalificering indebærer for det andet, at der i dette anlæg »ikke udføres andre af de i bilag I [til dette direktiv] opførte aktiviteter end forbrænding af brændstof.«

54. Den anden betingelse, der er fastsat i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, er ud fra en ordlydsfortolkning teoretisk set opfyldt i den situation, der er omhandlet i det første spørgsmål, som vedrører et anlæg, der ud over en forbrændingsaktivitet udelukkende udøver en aktivitet, der ikke er nævnt på den liste, der fremgår af bilag I til dette direktiv.

55. Som den tyske regering har anført, svarer denne forståelse til den forståelse, der er anlagt i et dokument, som Kommissionen har offentliggjort, og som har overskriften »Guidance paper to identify electricity generators« (herefter »det vejledende dokument om identificering af elektricitetsgeneratorer«)²⁴. Det fremgår heraf, at et anlæg, der ud over en forbrændingsaktivitet udøver en aktivitet, der ikke er nævnt i dette bilag, opfylder den ovenfor nævnte betingelse. Det forholder sig også således, når elektriciteten fremstilles til anlæggets eget forbrug med henblik på udøvelsen af denne sidstnævnte aktivitet. Selv om dette dokument ikke er bindende, indeholder det oplysninger, der kan bidrage til at præcisere betydningen af begrebet »elektricitetsgenerator« i lyset af den generelle opbygning af direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278²⁵.

56. Hvad angår den første betingelse i dette direktivs artikel 3, litra u), kan udtrykket »med henblik på salg til tredjeparter«, således som ExxonMobil har anført, give anledning til den opfattelse, at elektriciteten ikke blot skal *sælges til tredjeparter*, men *fremstilles med henblik på et sådant salg*. Når dette er sagt, er der, uanset hvilken tilgang der anlægges på dette punkt, intet i denne bestemmelses ordlyd, der angiver, at salg til tredjeparter skal udgøre det eneste formål eller i det mindste hovedformålet med fremstillingen af elektricitet. Som den tyske regering og Kommissionen har anført, er denne betingelse ud fra dens ordlyd derfor opfyldt, når et anlæg som i det foreliggende tilfælde fremstiller elektricitet til sin egen forsyning, og det samtidig påtænkes mod vederlag at afgive en del af denne elektricitet, uanset hvor lille en del der måtte være tale om, til nettet.

23 – Jf. bl.a. om de elementer, der skal tages hensyn til, i forbindelse med fortolkningen af EU-retten, dom af 10.12.2018, Wightman m.fl. (C-621/18, EU:C:2018:999, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

24 – Dette dokument, der er dateret den 18.3.2010, er tilgængeligt på adressen https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_electricity_generators_en.pdf (jf. s. 4, punkt 8 og 9).

25 – Jf. analogt dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 41). Om det vejledende dokument om identificering af elektricitetsgeneratorer og andre vejledende dokumenter, der vedrører handelsperioden 2013-2020, jf. bl.a. Kommissionen, »Guidance document n° 1 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012«, 14.4.2011, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd1_general_guidance_en.pdf (s. 3 og 4).

57. Denne læsning følger endvidere af det vejledende dokument om identificering af elektricitetsgeneratorer, hvoraf fremgår, at artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 ikke fastsætter nogen tærskel for, hvornår salget indebærer, at et anlæg skal kvalificeres som elektricitetsgenerator. Det fremgår af dette dokument, at denne kvalificering heller ikke er betinget af, at elektriciteten fremstilles med henblik på salg til tredjeparter²⁶.

58. Jeg tilføjer, at denne bestemmelse ikke på nogen måde stiller krav om, at fremstillingen af elektricitet og salget af den således fremstillede elektricitet skal have vedvarende karakter. Denne bestemmelse indfører en klar regel om, at et anlæg kvalificeres som elektricitetsgenerator, når det på et hvilket som helst tidspunkt efter den 1. januar 2005 har produceret elektricitet med henblik på salg til tredjeparter, uanset hvilke forskelle der over tid måtte bestå mellem mængden af den solgte elektricitet og mængden af den elektricitet, der produceres til anlæggets eget behov.

59. Det følger derfor af en ordlydsfortolkning af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede udgør en elektricitetsgenerator. Den forelæggende ret ønsker imidlertid oplyst, om denne fortolkning, således som ExxonMobil har anført, medfører, at kredsen af elektricitetsgeneratorer udvides til at omfatte flere anlæg end dem, som lovgiver ønskede skulle være omfattet heraf. Den nævnte fortolkning går derved ud over, hvad der er nødvendigt for at gennemføre det med denne bestemmelse forfulgte formål.

2. Formålsfortolkning og fortolkning ud fra sammenhængen

60. Som det nærmere bestemt fremgår af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, indebærer den omstændighed, at et anlæg kvalificeres som elektricitetsgenerator, at dette anlæg er omfattet af princippet om fuld auktionering af kvoter²⁷. Der kan nemlig kun i begrænsede tilfælde tildeles gratiskvoter til elektricitetsgeneratorer, idet den nærmere præcisering af, hvornår disse tilfælde foreligger, er genstand for det andet præjudicielle spørgsmål²⁸.

61. ExxonMobil har i denne forbindelse med føje anført, at 19. betragtning til direktiv 2009/29, hvorved artikel 3, litra u), og artikel 10a, i direktiv 2003/87 blev indført, viser, at denne begrænsning af gratistildelingen blev indført som en reaktion på konstateringen af, at der for »elsektorens« anlæg var en tendens til at overvælte de omkostninger, der var forbundet med kvoteerhvervelsen, på elektricitetsprisen. Disse anlæg lod endvidere den økonomiske værdi af gratiskvoterne indgå i disse priser som en »skyggepris«, der således medførte »windfall-gevinster«²⁹.

62. Efter ExxonMobils opfattelse skal spørgsmålet om, hvorvidt et anlæg skal kvalificeres som elektricitetsgenerator, derfor vurderes ud fra, om det er muligt at overvælte anlæggets CO₂-omkostninger på dets kunder. Dette er imidlertid ikke en mulighed for det i hovedsagen omhandlede anlæg. Den forelæggende ret hælder i tråd hermed til den opfattelse, at lovgiver med tilføjelsen af de ovenfor nævnte bestemmelser udelukkende mente de anlæg, der tilhører den »klassiske elsektor«³⁰, som det i hovedsagen omhandlede anlæg ikke tilhører.

26 – Det vejledende dokument om identificering af elektricitetsgeneratorer, s. 4, punkt 10.

27 – Jf. 19. betragtning til direktiv 2009/29.

28 – Jf. punkt 88-98 i dette forslag til afgørelse. Den endelige årlige mængde gratiskvoter, der tildeles til elektricitetsgeneratorer, beregnes på en anden måde end den mængde gratiskvoter, der tildeles til andre anlæg (jf. artikel 10, stk. 9, i afgørelse 2011/278). Jf. i denne forbindelse 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).

29 – Jf. Kommissionens forslag, s. 9. Jf. ligeledes 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 33-36 og 40).

30 – Den forelæggende ret har henvist til 31. betragtning til afgørelse 2011/278, hvori nævnes »elsektorens« mulighed for at »overvælte de øgede omkostninger for [CO₂]«.

63. Denne ret synes på denne baggrund at tilslutte sig det af ExxonMobil fremførte argument om, at den *anden betingelse* i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 indebærer et krav om, at der i anlægget ikke udøves andre aktiviteter – uanset om disse aktiviteter fremgår eller ikke fremgår af bilag I til dette direktiv – end en forbrændingsaktivitet³¹. Begrebet »elektricitetsgenerator« omfatter ikke anlæg, der ud over en forbrændingsaktivitet udøver en aktivitet, der ikke er omfattet af dette bilag – såsom i det foreliggende tilfælde svovludvinding.

64. Den forelæggende ret er endvidere i tvivl om, hvorvidt den *første betingelse*, der er fastsat i denne bestemmelse, således som ExxonMobil har anført, indebærer, at den elektricitet, der produceres, »hovedsageligt« skal produceres med henblik på salg til tredjeparter. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, idet elektriciteten blev fremstillet med henblik på sikre anlæggets egen forsyning, idet minimumsleveringen af elektricitet til det offentlige net udelukkende var begrundet i tekniske hensyn.

65. ExxonMobil har i denne forbindelse præciseret, at denne afgivelse af elektricitet havde til formål at synkronisere frekvensen og spændingen på den interne elektriske strøm og den strøm, der distribueres via nettet. I mangel af en sådan synkronisering ville der i forbindelse med den overførsel fra den selvstændige drift til netdriften, som er nødvendig for at sikre den fortsatte forsyning af anlægget, kunne opstå frekvens- og spændingsforskelle, som ville forvolde skade. Den elektricitetsopgørelse, der er redegjort for i forelæggelsesafgørelsen, viser, at salget af elektricitet til tredjeparter kun har haft et marginalt omfang.

66. Argumentet om, at de anlæg, der har solgt en del af den elektricitet, som de hovedsageligt har produceret til brug for deres egne aktiviteter, som ikke er nævnt i bilag I til direktiv 2003/87, ikke altid er i stand til hos disse tredjeparter at få dækket en betydelig del af de omkostninger, som er forbundet med de kvoter, som de har måttet returnere, er efter min opfattelse ikke helt ubegrundet. Denne mulighed forekommer mig i det mindste delvist at afhænge af mængden af den elektricitet, der leveres til tredjeparter, i forhold til den samlede mængde elektricitet og varme, der fremstilles i anlægget. Det kan ikke udelukkes, at visse af disse anlæg som følge af, at salget af elektricitet til tredjeparter har et marginalt omfang i forhold til den samlede mængde elektricitet og varme, der produceres i disse anlæg, navnlig når leveringen af elektricitet til tredjeparter er begrundet i tekniske hensyn³², ikke har haft mulighed for at overvælte en væsentlig del af de CO₂-omkostninger, der er forbundet med deres aktiviteter, på deres salgspriser.

67. Disse betragtninger kan imidlertid af de ovenfor nævnte grunde ikke begrunde en læsning, der ikke er forenelig med ordlyden af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87.

68. *For det første*, således som Kommissionen har anført, skal denne bestemmelse forstås i lyset af den generelle opbygning af og det overordnede formål med direktiv 2003/87 og navnlig den ordning for gratistildeling, der er fastsat i dette direktivs artikel 10a.

69. Jeg vil i denne forbindelse først nævne, at denne ordning udgør en undtagelse fra princippet om auktionering af kvoter³³, som efter lovgivers opfattelse generelt anses for »den enkleste [og] den økonomisk mest effektive [ordning]«³⁴, når der henses til det formål om »at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde«, der er nævnt i artikel 1

31 – Den forelæggende ret har anført, at ordlyden af den bestemmelse i tysk ret, der gennemfører artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, er baseret på denne læsning (jf. punkt 9 i dette forslag til afgørelse).

32 – Det er i en situation som den i hovedsagen omhandlede naturligvis ikke leveringen af elektricitet mod vederlag, men selve tilslutningen til det offentlige elnet, der var begrundet i tekniske hensyn. Der forelå ikke tekniske hensyn, som var til hinder for, at anlægget gratis kunne levere den omhandlede minimumsmængde af elektricitet til nettet. Vurderingen af, om et anlæg udgør en elektricitetsgenerator, skal imidlertid foretages på grundlag af den elektricitet, som er produceret i anlægget med henblik på salg til tredjeparter fra den 1.1.2005 – idet denne dato lå flere år før vedtagelsen af direktiv 2009/29. De omhandlede anlæg kunne derfor ikke indrette sig efter denne vedtagelse, såfremt de måtte have anset den for en fordel, ved at give afkald på betaling for den elektricitet, som de leverede til tredjeparter, for at modtage en væsentligt større mængde gratiskvoter.

33 – Jf. artikel 10, stk. 1, i direktiv 2003/87.

34 – Jf. 15. betragtning til direktiv 2009/29.

i direktiv 2003/87. Denne undtagelse udgør kun en overgangsløsning, der har til formål at undgå, at virksomhederne mister konkurrenceevne i afventning af, at der indføres en ordning for fuld auktionering af kvoter³⁵. Mængden af tildelte gratiskvoter er siden 2013 således blevet nedsat hvert år med henblik på at nedbringe den til nul i 2027, som oprindeligt fastsat³⁶. Enhver begrænsning af tildelingen af gratiskvoter, der supplerer denne proces, bidrager til den gradvise gennemførelse af den ordning for fuld auktionering af kvoter, som lovgiver har ønsket. Som Kommissionen har anført, taler denne betragtning for at anlægge en vid fortolkning af de bestemmelser, der begrænser gratistildelingen, hvilket bl.a. omfatter dette direktivs artikel 3, litra u), som definerer begrebet »elektricitetsgenerator«.

70. For det andet har afgrænsningen af kredsen af elektricitetsgenerators i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87 afgørende betydning for beregningen af den gratistildeling, der er opnået ikke blot for de anlæg, som udgør en del af disse elektricitetsgenerators, men også for andre anlæg (der for nemheds skyld betegnes »industrieanlæg«³⁷). Som den tyske regering har anført, påvirker denne afgrænsning Kommissionens beregning af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, hvis anvendelse på den foreløbige årlige tildeling af gratiskvoter til hvert enkelt industrieanlæg, er afgørende for den årlige endelige tildeling til dette anlæg³⁸. Denne konstatering øger behovet for klare regler, der gør det muligt med en tilstrækkelig grad af sikkerhed og forudsigelighed at identificere de anlæg, der opfylder den definition, der er fastsat i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87.

71. Som Kommissionen har anført, ville det imidlertid blive vanskeligt at efterprøve kvalificeringen som elektricitetsgenerator, såfremt denne kvalificering blev gjort afhængig af, at der ikke udøves andre aktiviteter end produktion af elektricitet, eller en betingelse om, at salget til tredjeparter skulle udgøre »hovedformålet« med produktionen af elektricitet. En sådan tilgang ville navnlig, således som den tyske regering endvidere har anført, skabe forvirring som følge af, at lovgiver ikke på forhånd har fastsat tærskler, der gør det muligt at sondre mellem det primære formål og det sekundære formål med produktionen af elektricitet, og således identificere de anlæg, der tilhører den »klassiske elsektor«³⁹.

72. *For det andet* er en ordlydsfortolkning af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 ikke uforenelig med bestemmelserne i den primære ret, og navnlig ligebehandlingsprincippet⁴⁰.

73. Den forelæggende ret og ExxonMobil har i denne forbindelse anført, at denne fortolkning fører til en forskellig behandling af dels de anlæg, der udøver en forbrændingsaktivitet og en anden aktivitet, som nævnt i bilag I til dette direktiv, dels de anlæg, der ud over en forbrændingsaktivitet udøver en aktivitet, der ikke fremgår af dette bilag. En sådan forskellig behandling udgør i modsætning til, hvad ExxonMobil har hævdet, efter min opfattelse ikke forskelsbehandling.

35 – Jf. dom af 12.4.2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

36 – Artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87. Der er imidlertid sat spørgsmålstegn ved princippet om at nedbringe tildelingen af gratiskvoter til nul i 2027, som følger af de ændringer af artikel 10a og 10b i direktiv 2003/87, der er foretaget ved artikel 1, nr. 14, litra k), og nr. 15, i direktiv 2018/410.

37 – Jf. 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).

38 – Jf. artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 og artikel 10, stk. 9, første afsnit, i afgørelse 2011/278. Det fremgår af denne afgørelses artikel 15, stk. 3, at den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor fremkommer ved en sammenligning mellem dels det samlede antal kvoter, der foreløbigt er tildelt til industrieanlæg i hele Unionen, dels det maksimale årlige antal gratiskvoter, der kan tildeles til disse anlæg, som beregnet i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87. Denne mekanisme er beskrevet i 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 60 ff.).

39 – Der kan ikke rejses tvivl om denne konklusion ved det forslag, der er nævnt i det vejledende dokument om identificering af elektricitetsgenerators (s. 5, nr. 11), hvorefter fremgår, at en medlemsstat for at undgå alt for omkostningstunge og komplekse undersøgelser kan lægge til grund, at der ikke er foretaget salg af elektricitet, såfremt det pågældende anlægs samlede forbrug af elektricitet på årsbasis overstiger dets samlede elektricitetsproduktion. Dette forslag, der i øvrigt ikke er bindende, opstiller højst en simpel formodning hos institutionen, som skal afkræftes, såfremt det godtgøres, at anlægget har solgt elektricitet til tredjeparter.

40 – Det fremgår af fast retspraksis, at en EU-retsakt i videst muligt omfang skal fortolkes således, at dens gyldighed ikke drages i tvivl, og i overensstemmelse med hele den primære ret. Jf. bl.a. dom af 10.9.1996, Kommissionen mod Tyskland (C-61/94, EU:C:1996:313, præmis 52), af 16.9.2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, præmis 43), og af 15.2.2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, præmis 48).

74. Disse to kategorier af anlæg befinder sig efter min opfattelse principielt ikke i objektiv sammenlignelige situationer med hensyn til de principper, der regulerer anvendelsen af kvotehandelsordningen. Som Kommissionen har anført, er de anlæg, der er omfattet af den anden kategori, kun omfattet af denne ordning for så vidt angår de emissioner, der finder sted som følge af den forbrændingsaktivitet, der udøves i disse anlæg. De anlæg, der er omfattet af den første kategori, er til gengæld omfattet af denne ordning for så vidt angår alle de emissioner, der udledes fra anlægget, uanset om de finder sted eller ikke finder sted som følge af en forbrændingsaktivitet.

75. Det fremgår af de forarbejder, der gik forud for vedtagelsen af direktiv 2009/29, at formålet med at opføre andre aktiviteter end aktiviteten »forbrænding af brændsel« i bilag I til direktiv 2003/87 var at lade visse emissioner, de såkaldte »procesemissioner«, der – selv ud fra en bred definition af dette begreb – ikke stammer fra en »forbrændingsproces«, men fra visse industrielle processer, indgå i direktivets anvendelsesområde⁴¹. Lovgiver valgte de specifikke aktiviteter, der er nævnt i dette bilag, under hensyn til størrelsen af de procesemissioner, der er forbundet hermed⁴².

76. Selv om det antages, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede befinder sig i en situation, der er objektiv sammenlignelig med situationen for et anlæg, der ud over en forbrændingsaktivitet udøver en aktivitet som nævnt i bilag I til direktiv 2003/87⁴³, synes denne forskellige behandling af disse anlæg under alle omstændigheder efter min opfattelse at være begrundet.

77. Som Domstolen allerede har fastslået⁴⁴, tilkommer der lovgiver et vidt skøn, når denne skal indføre eller omstrukturere den »komplicerede ordning«, som indebærer, at der skal træffes valg af politisk, økonomisk og social karakter ud fra de komplekse vurderinger og bedømmelser, der ligger til grund for kvotehandelsordningen. Det er endvidere berettiget, at lovgiver i denne forbindelse går etapevis frem og bl.a. træffer foranstaltninger på grundlag af de indvundne erfaringer. Som det fremgår af dommen i sagen Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl.⁴⁵, er det imidlertid et krav, at dette valg er baseret på objektive kriterier, som står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, og ikke medfører resultater, som åbenbart er mindre hensigtsmæssige end dem, der kan opnås ved anvendelse af andre egnede foranstaltninger.

78. En begrænsning af gratistildelingen til elektricitetsgeneratorer indebærer netop en etapevis tilgang, der har til formål gradvist at gennemføre ordningen for fuld auktionering af gratiskvoter. Lovgiver besluttede i denne forbindelse, at elektricitetsgeneratorer skulle være omfattet af princippet om fuld auktionering af kvoter fra 2013, idet den lagde vægt på den objektive konstatering af, at de CO₂

41 – Jf. Kommissionens forslag, s. 4, og konsekvensanalysen, s. 18-23, 160 og 161. Jf. ligeledes Kommissionen, »Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)«, 18.3.2010, https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf (s. 11).

42 – Jf. konsekvensanalysen, s. 21 samt s. 35 og 36. Lovgiver var ikke af den opfattelse, at det var nødvendigt at definere begrebet »procesemissioner« i direktiv 2003/87, idet dette direktiv finder anvendelse på samtlige CO₂-emissioner, der finder sted som følge af de specifikke aktiviteter, der er nævnt i bilag I til dette direktiv, uanset om de opstår som led i forbrændingsprocesser eller andre industrielle processer. Dette begreb er til gengæld defineret i artikel 3, nr. 30, i forordning nr. 601/2012 som »drivhusgasemissioner ud over forbrændingsemissioner, som forekommer på grund af tilsigtede eller utilsigtede reaktioner mellem stoffer eller omdannelsen af disse [...]«. For at undgå enhver misforståelse på dette punkt vil jeg nævne, at der kun er et delvist overlap mellem begrebet »procesemissioner« som omhandlet i artikel 3, nr. 30, i forordning nr. 601/2012 og begrebet »procesemissionsdelinstallation« som omhandlet i artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/278. »Procesemissionerne« er i vid udstrækning omfattet af de produktbenchmark, der er fastsat i bilag I til denne afgørelse, og som finder anvendelse på »produktbenchmark delinstallationer«, der er defineret i dette direktivs artikel 3, litra b).

43 – Min analyse foregriber derfor navnlig ikke spørgsmålet om, hvorvidt de indeholdte CO₂-emissioner, der finder sted som følge af en forbrændingsaktivitet, såsom de i hovedsagen omhandlede emissioner, kan udgøre »procesemissioner« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, nr. 30, i forordning nr. 601/2012, og tildeles til et »procesemissionsdelinstallation« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/278. Denne problemstilling er genstand for det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål, som ikke behandles i dette forslag til afgørelse.

44 – Dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 57, 60 og 61), og af 21.6.2018, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-5/16, EU:C:2018:483, præmis 112 og 125).

45 – Dom af 16.12.2008 (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 58, 59 og 63).

-omkostninger, der er forbundet med disses aktiviteter, generelt kan overvæltet på elektricitetsprisen. Lovgiver var i øvrigt at den opfattelse, at det var nødvendigt at afgrænse kredsen af elektricitetsgeneratorer ved hjælp af klart definerede kriterier, navnlig som følge af den strukturelle betydning af denne afgrænsning i opbygningen af ordningen for gratistildeling⁴⁶.

79. En ordlydsfortolkning af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 fører efter min opfattelse ikke til den konklusion, at lovgiver overskred grænserne for det skøn, som tilkom denne, ved at definere begrebet »elektricitetsgenerator« ved hjælp af de kriterier, der er nævnt i dette direktiv for at nå disse mål. Dette gør sig gældende, selv om visse anlæg, der opfylder denne definition isoleret set, i konkrete tilfælde ikke har været i stand til at overvælte en betydelig del af de omkostninger, der er forbundet med deres aktiviteter, på deres kunder⁴⁷.

80. Den forholdsmæssige karakter af dette lovgivningsmæssige valg følger endvidere af den omstændighed, at kvalificeringen som elektricitetsgenerator ikke indebærer, at de omhandlede anlæg fratages enhver mulighed for at opnå tildeling af gratis kvoter, idet disse anlæg fortsat er berettiget til at modtage kvoter under visse betingelser, der har til formål at tilskynde til en øget energieffektivitet⁴⁸.

81. Jeg er i øvrigt ikke enig i det af ExxonMobil anførte argument, hvorefter en kvalificering som elektricitetsgenerator af de anlæg, der som sekundær aktivitet producerer elektricitet til den hovedproduktion, der udøves i disse anlæg, og som ikke er nævnt i bilag I til direktiv 2003/87, vil indebære en forskelsbehandling af disse anlæg i forhold til de anlæg, der køber den i denne forbindelse nødvendige elektricitet hos tredjeparter. Det er over for dette argument tilstrækkeligt at konstatere, at de anlæg, der fremstiller deres egen elektricitet til de aktiviteter, der udøves i disse anlæg, og som ikke fremgår af listen i dette bilag, skal ikke alene af denne grund kvalificeres som elektricitetsgeneratorer. Det er derudover nødvendigt, at de sælger en del af denne elektricitet til tredjeparter, hvilket udgør et objektivt kriterium, der ikke medfører forskelsbehandling.

82. *For det tredje* kan kvalificeringen af et anlæg som det i hovedsagen omhandlede som elektricitetsgenerator i modsætning til, hvad ExxonMobil har hævdet, ikke anfægtes af, at der angiveligt består en selvmodsigelse mellem denne kvalificering og den omstændighed, at sektoren for naturgasudvinding er nævnt på den liste over sektorer og delsektorer, der er udsat for en betydelig risiko for kulstoflækage⁴⁹, og som fremgår af bilaget til afgørelse 2010/2/EU⁵⁰. ExxonMobil har anført, at anlægget ikke er omfattet af elsektoren – der, når der henses til denne sektors mulighed for at overvælte kvoteomkostningerne på sine kunder, ikke er udsat for konkurrenceforvridning som følge af anvendelsen kvotehandelsordningen. Den sektor, som anlægget tilhører, nemlig sektoren for naturgasudvinding, er tværtimod kendetegnet ved, at der består sådanne forvridninger, som er forbundet med en betydelig risiko for kulstoflækage som følge af, at denne sektor ikke har mulighed for at overvælte CO₂-omkostningerne på sine priser.

46 – Jf. punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

47 – Jf. punkt 66 i dette forslag til afgørelse.

48 – Jf. punkt 88-98 i dette forslag til afgørelse.

49 – Begrebet »risiko for carbon leakage« henviser til risikoen for, at aktiviteter, der udleder store mængder drivhusgas, på grund af de omkostninger, der er forbundet med anvendelsen af kvotehandelsordningen, flyttes til tredjelande, hvor der ikke er fastsat sådanne begrænsninger, hvilket medfører en stigning i de globale emissioner. Jf. 24. og 25. betragtning til direktiv 2009/29.

50 – Kommissionens afgørelse af 24.12.2009 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). I punkt 1.4 i bilaget til denne afgørelse, der fandt anvendelse i den relevante periode, nævnes blandt de sektorer, der er udsat for en væsentlig risiko for carbon leakage, udvinding af naturgas i henhold til NACE 4-koden (firecifret nomenklatur). Afgørelse 2010/2 blev ophævet ved Kommissionens afgørelse 2014/746/EU af 27.10.2014 om opstilling af en liste over sektorer og delsektorer, der anses for at være udsat for en betydelig risiko for kulstoflækage, jf. [...] direktiv 2003/87 [...], for perioden 2015-2019 (EUT 2014, L 308, s. 114), idet sektoren for udvinding af naturgas er nævnt i punkt 1.1 i bilaget til denne afgørelse. Som ExxonMobil anførte i retsmødet, omfatter NACE 4-koden, der omfatter udvinding af naturgas – 1110 på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder, nu 0620 – afsøvling af denne gas. Jf. Eurostats websted (http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=NACE_REV2&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=18495674&StrLayoutCode=og) <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1965800/1978760/CORRESPONDENCETABLENACEREV.1.1-NACEREV.2.pdf/e8200936-c2f0-4202-8bda-99fbfbfc422b4d>).

83. Selv om det umiddelbart kan synes paradoksalt, at det samme anlæg på en og samme tid tilhører en sektor, der er kendetegnet ved den manglende mulighed for at overvælte kvoteomkostningerne på salgspriserne for denne sektors produkter, og en sektor, hvor dette helt klart ikke er en mulighed, er der efter min opfattelse kun tilsyneladende tale om en selvmodsigelse. Det forhold, at en sektor eller en delsektor anses for at tilhøre en af de sektorer, der er udsat for en betydelig risiko for kulstoflækage, indebærer nemlig, at en sådan manglende mulighed anses for godtgjort ud fra en samlet vurdering af samtlige de aktiviteter, der udøves i de anlæg, der tilhører denne sektor⁵¹. Denne kvalificering forudsætter ikke, at hvert enkelt af disse anlæg ikke har mulighed for at overvælte de kvoteomkostninger, der er forbundet med det pågældende anlægs aktiviteter, selv når dette anlæg producerer elektricitet, der i det mindste delvist påtænkes solgt til tredjeparter.

84. Det følger i denne henseende af artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87, sammenholdt med denne artikels stk. 1 og 3, at den omstændighed, at en sektor eller en delsektor er nævnt i bilaget til afgørelse 2010/2, ikke udelukker de anlæg, der tilhører en sådan sektor, fra anvendelsen af princippet om, at der i henhold til den nævnte artikels stk. 1, tredje afsnit, ikke tildeles gratiskvoter for produktion af elektricitet (dog med visse undtagelser) – uanset om disse anlæg anses for eller ikke anses for elektricitetsgeneratorer. Den omstændighed, at en sektor eller en delsektor fremgår af det nævnte bilag, fritager endvidere ikke de anlæg, der udgør elektricitetsgeneratorer, for de virkninger, der i henhold til samme artikels stk. 3, er forbundet hermed⁵².

85. Et anlæg, der tilhører en sektor eller en delsektor, som er udsat for en betydelig risiko for kulstoflækage, har i henhold til artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87, i forbindelse med den tildeling, der sker på grundlag af denne artikel, således som eneste virkning, at der på dette anlægs historiske aktivitetsdata, som tages i betragtning ved beregningen af det foreløbige antal gratiskvoter, skal anvendes en »risikofaktor for lækage«, der gør det muligt at foretage en mere gunstig tildeling⁵³. Dette tilhørsforhold indebærer ikke et krav om, at der blandt disse data skal tages hensyn til de data, der vedrører den produktion af elektricitet, som er udelukket herfra i henhold til dette direktivs artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit⁵⁴. Hvad angår elektricitetsgeneratorerne indebærer dette tilhørsforhold heller ikke, at der blandt de historiske aktivitetsdata, der vedrører disse generatorer, ud over hvad der er fastsat i det nævnte direktivs artikel 10a, stk. 3, skal tages hensyn til de data, der vedrører disse generatorers varmeproduktion⁵⁵.

86. *For det fjerde* bekræfter tilblivelseshistorien bag artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87 denne ordlydsfortolkning. Det fremgår nemlig af de forarbejder, der gik forud for vedtagelsen af direktiv 2009/29, at lovgiver valgte en ordlyd, der giver begrebet »elektricitetsgenerator« en bred betydning, til trods for den mere restriktive formulering, som Europa-Parlamentets Udvalg om Industri, Forskning og Energi foreslog under lovgivningsproceduren. Dette udvalg indgav et ændringsforslag, som den tyske

51 – Artikel 10a, stk. 14, i direktiv 2003/87 bestemmer, at Kommissionen med henblik på at fastlægge de sektorer og delsektorer, der er udsat for en betydelig risiko for carbon leakage, »på [EU-]plan [vurderer], i hvilket omfang den pågældende sektor eller delsektor [...] 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 [Unionen]«.

52 – Jf. punkt 88-98 i dette forslag til afgørelse.

53 – Denne faktor anvendes, når medlemsstaterne beregner det årlige antal gratiskvoter, der tildeles foreløbigt til hvert enkelt anlæg, som er etableret på deres område (idet Kommissionen fastlægger den endelige tildeling på et senere trin). I forbindelse med denne beregning ganges først det historiske aktivitetsniveau for hver delinstallation i det pågældende anlæg med enten det anvendelige produkt-, varme- eller brændselsbenchmark eller en faktor på 0,97, når der er tale om en procesemissionsdelinstallation (jf. artikel 10, stk. 2, i afgørelse 2011/278). Derefter ganges den således opnåede værdi med enten en faktor på 0,8 i 2013, der falder hvert år til 0,3 i 2020, eller en faktor på 1, når de aktiviteter, der udøves i den pågældende delinstallation, tilhører en sektor, der er udsat for en betydelig risiko for carbon leakage (jf. artikel 10a, stk. 11 og 12, i direktiv 2003/87). Endelig udgør summen af de opnåede resultater for hver enkelt delinstallation det foreløbige samlede årlige antal gratiskvoter for anlægget (jf. artikel 10, stk. 7, i afgørelse 2011/278).

54 – I henhold til artikel 9, stk. 4 og 5, i afgørelse 2011/278 fastlægges det historiske aktivitetsniveau for varmebenchmarket delinstallationer eller brændselsbenchmarket delinstallationer uden at tage hensyn til den målelige varme eller den brændsel, der forbruges til produktion af elektricitet.

55 – Jf. punkt 88-98 i dette forslag til afgørelse.

regering har henvist til, og som havde til formål kun at kvalificere de anlæg, »som hovedsagelig leverer til de offentlige elnet«, som elektricitetsgeneratorer⁵⁶. Den omstændighed, at den således foreslåede ændring ikke blev gennemført, giver efter min opfattelse et yderligere holdepunkt for den opfattelse, at det synspunkt, som ExxonMobil har argumenteret for, er i strid med lovgivers hensigt.

87. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger konkluderer jeg, at begrebet »elektricitetsgenerator« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, omfatter et anlæg som det i hovedsagen omhandlede, der efter den 1. januar 2005 til et offentligt elnet har solgt en lille mængde af den elektricitet, som dette anlæg i forbindelse med dets aktivitet i form af forbrænding af brændsel har produceret hovedsageligt til brug for fremstilling i dette anlæg af et produkt, der ikke er nævnt i bilag I til dette direktiv.

D. Om konsekvenserne af kvalificeringen som elektricitetsgenerator for tildelingen af gratiskvoter (det andet spørgsmål)

88. Det andet spørgsmål er forelagt Domstolen i tilfælde af, at den, således som jeg har argumenteret for, måtte vælge at anlægge en fortolkning af artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87, der indebærer, at et anlæg som det i hovedsagen omhandlede skal kvalificeres som elektricitetsgenerator. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om et sådant anlæg i henhold til artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, også i en sådan situation kan modtage gratiskvoter for den varme, som dette anlæg producerer og anvender til andre formål end produktion af elektricitet, selv om der ikke er tale om en af de situationer, der er nævnt i artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87, og som ikke er relevante i det foreliggende tilfælde.

89. Den forelæggende rets tvivl kan forklares ved den omstændighed, at artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 gør kvalificeringen som »varmebenchmark delinstallation« betinget af, at den varme, der produceres, ikke anvendes til at fremstille elektricitet uden generelt at udelukke, at en sådan delinstallation kan udgøre en del af et anlæg, der fremstiller elektricitet. Selv om denne bestemmelse er til hinder for, at der tildeles gratiskvoter for varme, der fremstilles med henblik på *produktion* af elektricitet, fremgår det med andre ord ikke af denne bestemmelse, i hvilket omfang den varme, som elektricitetsgeneratorerne producerer til andre formål, er udelukket fra denne tildeling.

90. Det følger efter min opfattelse af en fortolkning af artikel 10a i direktiv 2003/87 og artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 under hensyn til deres ordlyd, systematik og formål, at det andet spørgsmål skal besvares benægtende.

91. For det første udelukker artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2003/87 i denne forbindelse enhver tildeling af gratiskvoter til *produktion* af elektricitet, medmindre den fremkommer ved affaldsgasser. ExxonMobil har i det foreliggende tilfælde ikke hævdet, at selskabet har krav på gratistildeling for den produktion af elektricitet, der udøves i anlægget.

56 – Ændringsforslag nr. 22 i udtalelse fra Udvalget om Industri, Forskning og Energi, som er vedlagt betænkning af 15.10.2008 fra Udvalget om Miljø, Folkesundhed og Fødevarer, Parlamentets betænkning A6-0406/2008, s. 105. Dette ændringsforslag er begrundet som følger: »[...] Andre virksomheder end offentlige elproducenter skal fortsat have mulighed for at drive deres egne energianlæg, som de allerede har investeret i. [...] Egenproducenter, der defineres i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet som »en fysisk eller juridisk person, der fremstiller elektricitet hovedsagelig til eget brug«, bør ikke udelukkes fra den gratis tildeling.«

92. For det andet foreskriver dette direktivs artikel 10a, stk. 3, en regel om, at der ud over de tilfælde, der er nævnt i denne artikels stk. 4 og 8, ikke tildeles gratiskvoter til elektricitets-generatorer⁵⁷. Den nævnte artikels stk. 4 vedrører produktion af varme eller køling, der skal anvendes i forbindelse med levering af fjernvarme, eller som fremkommer ved højeffektiv kraftvarmeproduktion⁵⁸.

93. Som Domstolen allerede har fastslået, udgør artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87 derfor en undtagelse til hovedreglen i denne artikels stk. 3, hvorefter der ikke kan tildeles gratiskvoter til elektricitetsgeneratorer⁵⁹. Der kan således i princippet ikke tildeles gratiskvoter til disse generatorer for disse anlægs emissioner, der finder sted ikke blot som følge af deres produktion af elektricitet, men også i givet fald som følge af deres varmeproduktion, hvilket er i modsætning til, hvad ExxonMobil og den tyske regering har hævdet. Det er alene de situationer, der er nævnt i dette direktivs artikel 10a, stk. 4 og 8, der kan begrunde tildeling af gratiskvoter for varme, der fremstilles af elektricitetsgeneratorer.

94. Den modsatte fortolkning ville fratage artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 sin effektive virkning, idet det allerede i henhold til dette direktivs artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, er udelukket at tildele gratiskvoter for produktion af elektricitet – uanset om det anlæg, der udøver denne aktivitet, kan eller ikke kan kvalificeres som elektricitetsgenerator.

95. Den tilgang, som jeg foreslår, er endvidere forenelig med det formål, der forfølges med denne artikels stk. 3, om at fastsætte princippet om fuld auktionering af kvoter til elektricitetsgeneratorer fra 2013. Eftersom dette princip gradvist skal udbredes til at omfatte andre anlæg, således som der er redegjort for ovenfor, er det efter min opfattelse begrundet at anlægge en vid fortolkning af de bestemmelser, der begrænser muligheden for gratistildeling⁶⁰.

96. Som nævnt rådede lovgiver endvidere i forbindelse med udfærdigelsen af kvotehandelsordningen over et vidt skøn⁶¹. Lovgiver overskred efter min opfattelse ikke grænserne for dette skøn ved at beslutte i første omgang kun at anvende det nævnte princip på elektricitetsgeneratorer, idet disse generatorer var identificeret på grundlag af objektive kriterier, som stod i forhold til de forfulgte mål. Inden for rammerne af dette skøn var lovgiver for at undgå konkurrenceforvridning i forhold til andre elektricitetsgeneratorer⁶² bevidst om at give elektricitetsgeneratorerne mulighed for at modtage gratiskvoter for den varme, som de producerer, under visse betingelser, som har til formål at tilskynde til forskning i højere energieffektivitet⁶³.

57 – Artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 gør det endvidere muligt at foretage gratistildeling i de tilfælde, der er fastsat i dette direktivs artikel 10c. Denne bestemmelse giver medlemsstaterne mulighed for i visse situationer at tildele gratiskvoter til projekter, der har til formål at modernisere produktionen af elektricitet. Som Kommissionen har anført, indgår Tyskland ikke blandt de medlemsstater, der har mulighed for at anvende denne undtagelse. Jf. rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om det europæiske kvotemarkeds funktion, 1.2.2017 (COM(2017) 48 final), s. 17.

58 – Artikel 10a, stk. 8, i direktiv 2003/87 har til formål at fremme visse projekter, der vedrører opsamling og geologisk lagring af CO₂, samt demonstrationsprojekter, der vedrører innovative teknologier til vedvarende energi.

59 – 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).

60 – Jf. punkt 69 i dette forslag til afgørelse.

61 – Jf. punkt 76 i dette forslag til afgørelse.

62 – Det fremgår af 19. betragtning til direktiv 2009/29, at »[f]or at undgå konkurrenceforvridning kan elproducerende anlæg modtage gratistildelinger for fjernvarme og fjernkøling og for varme og køling, der produceres ved højeffektiv kraftvarmeproduktion [...], hvis sådan varme produceret af andre anlæg i andre sektorer modtager gratistildelinger«.

63 – Jf. Kommissionens forslag, s. 9 og 27. Jf. ligeledes artikel 1 i og første og femte betragtning til direktiv 2004/8.

97. Denne læsning af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 kan ikke anfægtes med henvisning til artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278. Som Kommissionen har anført, skal artikel 3, litra c), i den nævnte afgørelse, når der henses til det regelhierarki, der består mellem den gennemførelsesforanstaltning, som denne afgørelse udgør, og bemyndigelsesbestemmelserne i dette direktivs artikel 10a⁶⁴, om muligt fortolkes i overensstemmelse med det nævnte direktivs artikel 10a, stk. 3⁶⁵.

98. En sådan overensstemmende fortolkning forudsætter, at artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278 kun gør det muligt at tildele emissioner til en varmebenchmark delinstallation og at tildele de dertil hørende gratiskvoter til et anlæg, der kvalificeres som elektricitetsgenerator, når det i henhold til artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 er muligt at foretage en sådan tildeling – dvs. alene i de tilfælde, der er nævnt i denne artikels stk. 4 og 8⁶⁶.

99. Henset til de svar, som jeg foreslår at give på det første og det andet spørgsmål, er det ikke fornødent at besvare det tredje og det fjerde spørgsmål, som den forelæggende ret kun har stillet i tilfælde af, at Domstolens besvarelse af det første og det andet spørgsmål måtte indebære, at der kan tildeles gratiskvoter til anlægget for den varme, som det har produceret.

E. Om begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af den dom, der skal afsiges

100. I det tilfælde, at Domstolen måtte give den besvarelse af det andet spørgsmål, som jeg har argumenteret for, ønsker ExxonMobil, at Domstolen skal begrænse de tidsmæssige virkninger af den dom, der skal afsiges.

101. Det fremgår af fast retspraksis, at en begrænsning af de tidsmæssige virkninger af en dom, hvori Domstolen har anlagt en præjudiciel fortolkning af en EU-retlig bestemmelse, udgør en ekstraordinær foranstaltning, der forudsætter, at to hovedbetingelser skal være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser⁶⁷. Domstolen har kun truffet en sådan bestemmelse »under ganske bestemte omstændigheder, hvor der ellers var risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der var stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsforordninger, som blev anset for at være lovligt i kraft, og fordi det fremgik, at borgerne og de nationale myndigheder var blevet tilskyndet til at følge en adfærd, som ikke var i overensstemmelse med [EU-retten], på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende [de EU-retlige bestemmelser] rækkevidde, en usikkerhed, som de øvrige medlemsstater eller Kommissionen eventuelt selv havde bidraget til med den af dem fulgte adfærd«⁶⁸.

102. I det foreliggende tilfælde har ExxonMobil ikke fremlagt noget konkret bevis, der kan godtgøre, at disse kriterier er opfyldt.

103. Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt der består en risiko for alvorlige økonomiske følger, har ExxonMobil begrænset sig til at gøre gældende, at de tyske myndigheder siden 2013 har tildelt gratiskvoter til en lang række anlæg, der producerer elektricitet, for den varmeproduktion, der fremstilles i disse anlæg. ExxonMobil har ikke givet præciserende oplysninger om disse anlæg og de skadelige virkninger, som disse anlæg ville blive udsat for, såfremt den ovenfor foreslåede fortolkning af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 måtte blive valgt.

64 – Jf. i denne retning dom 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).

65 – Jf. i denne retning dom af 24.6.1993, Dr Tretter (C-90/92, EU:C:1993:264, præmis 11), af 26.2.2002, Kommissionen mod Boehringer (C-32/00 P, EU:C:2002:119, præmis 53), og af 19.7.2012, Pie Optiek (C-376/11, EU:C:2012:502, præmis 34).

66 – Med forbehold af artikel 10c i direktiv 2003/87 (jf. fodnote 57 i dette forslag til afgørelse).

67 – Jf. bl.a. dom af 19.10.2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

68 – Jf. bl.a. dom af 20.9.2001, Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458, præmis 53), og af 19.10.2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

104. For det andet synes denne fortolkning efter min opfattelse på tilstrækkelig klar vis at følge af ordlyden af denne bestemmelse og artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278, sammenholdt med den nævnte bestemmelse. ExxonMobil har i øvrigt udelukkende påberåbt sig en af de tyske myndigheder anlagt divergerende fortolkning uden at anføre, hvorledes den adfærd, som Kommissionen eller andre medlemsstater har udvist, har bidraget til at tilføre rækkevidden af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 en objektiv og betydelig usikkerhed. Under disse omstændigheder foreligger der ikke en sådan form for usikkerhed, der kan tilskynde til at følge en adfærd, som ikke er i overensstemmelse med EU-retten.

105. Jeg foreslår derfor, at anmodningen om at begrænse de tidsmæssige virkninger af den dom, der skal afsiges, ikke tages til følge.

V. Forslag til afgørelse

106. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det første og det andet præjudicielle spørgsmål, som Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) har forelagt, som følger:

- »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, i hvilket der samtidig udøves en aktivitet i form af »forbrænding af brændsel med en nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 [megawatt (MW)]« som omhandlet i nr. 6 i bilag I til direktiv 2003/87 og en aktivitet i form af fremstilling af et produkt, der ikke er omfattet af de andre aktiviteter, der er nævnt i dette bilag, udgør en »elektricitetsgenerator«, når dette anlæg den 1. januar 2005 eller senere har produceret elektricitet hovedsageligt med henblik på at sikre dette anlægs egen forsyning og delvist med henblik på at afgive denne elektricitet til det offentlige elnet mod vederlag.
- 2) Artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87 og 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, der kvalificeres som »elektricitetsgenerator« som omhandlet i dette direktivs artikel 3, litra u), kun kan modtage gratistildeling af drivhusgasemissionskvoter for den varme, som produceres i dette anlæg, i de tilfælde, der er nævnt i dette direktivs artikel 10a, stk. 4 og 8, med forbehold for anvendelsen af samme direktivs artikel 10c.«