



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. HOGAN

fremsat den 3. juni 2021¹

Sag C-126/20

**ExxonMobil Production Deutschland GmbH
mod**

**Forbundsrepublikken Tyskland, repræsenteret ved Umweltbundesamt
(forbundsmiljøstyrelsen)**

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

»Præjudiciel forelæggelse – ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner – midlertidig foranstaltning med henblik på harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter – Kommissionens afgørelse 2011/278/EU – artikel 3, litra h) – delinstallation med procesemissioner – svovludvinding – »Claus-processen« – udledning af CO₂, der er indeholdt i naturgas – rækkevidde af begrebet »delinstallation med procesemissioner« – brug af kulstofholdigt råmateriale – hierarkiet mellem de forskellige kategorier af tildelingselementer – anmodning om tildeling ikke imødekommet ved afslutningen af en handelsperiode – skift til næste handelsperiode«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) vedrører navnlig rækkevidden af begrebet »procesemissionsdelinstallation« som beskrevet i artikel 3, litra h), nr. v), i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU². Det er en af de kategorier, hvorunder et anlæg kan opnå gratistildeling af emissionskvoter i medfør af direktiv 2003/87/EF³, der fastlægger en ordning for handel med virksomheders kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet.

2. Selv om problemstillingen ganske vist er overordentlig teknisk – navnlig spørgsmålet om, hvorvidt den naturlige udledning af kuldioxid (CO₂) under den industrielle proces, der er kendt som »Claus-processen«, berettiger til gratistildeling af emissionskvoter – er den tillige af væsentlig økonomisk betydning. Det afspejles i, at kravet, der er gjort gældende af ExxonMobil

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Kommissionens afgørelse af 27.4.2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT 2011, L 130, s. 1).

³ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF 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 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet (EUT 2009, L 140, s. 63).

Production Deutschland GmbH (herefter »ExxonMobil«), beløber sig til ca. 3,5 mio. certifikater med en markedsværdi på ca. 78,5 mio. EUR for perioden fra 2013 til 2019⁴. Før undersøgelsen af de faktiske omstændigheder og de retlige problemstillinger, der opstår, er der dog først behov for at anføre de relevante bestemmelser.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2003/87

3. Anvendelsesområdet for direktiv 2003/87 defineres i artikel 2, stk. 1, der foreskriver:

»Dette direktiv finder anvendelse på emissioner fra de i bilag I opførte aktiviteter og de drivhusgasser, der er anført i bilag II.«

4. Direktivets artikel 3 indeholder følgende relevante definitioner:

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

[...]

e) »anlæg«: en stationær teknisk enhed, hvor en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter udføres tillige med eventuelle andre direkte tilknyttede aktiviteter, der har en teknisk forbindelse med aktiviteterne på stedet, og som kan have indvirkning på emissioner og forurening.

5. Kapitel III i direktiv 2003/87 indeholder regler vedrørende stationære anlæg. I kapitlets artikel 10 fastlægges princippet, hvorefter medlemsstaterne fra 2013 og fremefter auktioner alle kvoter, som ikke tildeles gratis i overensstemmelse med dette direktivs artikel 10a og 10c.

6. Artikel 10a har overskriften »Midlertidige fællesskabsregler for harmoniseret gratistildeling«. Bestemmelsens stk. 1, første afsnit, foreskriver, at Kommissionen vedtager fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Fællesskabet med henblik på gratistildeling.

7. Mens artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87 foreskriver, at den mængde gratiskvoter, der tildeles, mindskes hvert år med henblik på at bringe den ned på nul i 2027, fastlægger bestemmelsens stk. 12, at sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for carbon leakage ikke skal være omfattet af denne formindskelse.

8. Artikel 10a, stk. 13-18, i direktiv 2003/87 fastsætter regler for vurderingen af, hvilke sektorer og delsektorer der anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage.

9. Under overskriften »Overdragelse, returnering og annullering af kvoter« fastsætter artikel 12, stk. 3, i direktiv 2003/87, at

⁴ – Tallene er anført af Umweltbundesamt (forbundsmiljøstyrelsen, Tyskland) i retsmødet.

»medlemsstaterne [sørger] for, at driftslederen for hvert anlæg senest den 30. april hvert år returnerer et antal kvoter, [...] der svarer til de samlede emissioner fra det pågældende anlæg i det foregående kalenderår [...] og at nævnte kvoter derefter annulleres«.

10. Artikel 13, der vedrører kvoternes gyldighed, bestemmer:

»1. Kvoter, som udstedes fra den 1. januar 2013, gælder for emissioner i en periode på otte år, som begynder den 1. januar 2013.

2. Fire måneder efter begyndelsen af hver af de i stk. 1 omhandlede perioder, annullerer den kompetente myndighed kvoter, som ikke længere er gyldige, og som ikke er returneret og annulleret i overensstemmelse med artikel 12.

[...]«

11. Ordlyden af artikel 13 blev ændret i direktiv 2018/410⁵. Bestemmelsen er nu affattet således:

»Kvoter, som udstedes fra den 1. januar 2013 og fremefter, gælder på ubestemt tid. Kvoter udstedt fra den 1. januar 2021 og fremefter skal indeholde en angivelse, der viser, i hvilken tiårsperiode fra den 1. januar 2021 de blev udstedt, og være gyldige for emissioner fra det første år af denne periode og fremefter.«

2. Afgørelse 2011/278

12. I 12. betragtning til afgørelse 2011/278 anføres følgende:

»I tilfælde, hvor det ikke var teknisk muligt at aflede et produktbenchmark, men hvor der optræder drivhusgasser, som berettiger til en gratistildeling af emissionskvoter, bør disse kvoter tildeles på grundlag af generiske fallback-metoder. Der er udviklet et hierarki med tre fallback-metoder for at opnå de størst mulige reduktioner af drivhusgasemissionerne og de størst mulige energibesparelser i det mindste for dele af de pågældende produktionsprocesser. Varmebenchmarket finder anvendelse i forbindelse med varmemeforbrugende processer, hvor der anvendes en målelig varmemæler. Brændselsbenchmarket finder anvendelse, hvor der forbruges ikkemålelig varme. Varme- og brændselsbenchmarkværdierne er afledt ud fra principper om gennemsækelighed og enkelhed under anvendelse af referenceeffektiviteten for en række udbredte brændsler, der kan anses for næstbedst for så vidt angår drivhusgaseffektivitet, under hensyntagen til energieffektivitetsteknikker. Hvad procesemissioner angår, bør emissionskvoterne tildeles på grundlag af de historiske emissioner. [...]«

13. I artikel 3, litra h), nr. iv) og v), i afgørelse 2011/278 defineres procesemissionsdelinstallationer på følgende måde:

»h) »procesemissionsdelinstallation«: emissioner af drivhusgasser opført i bilag I til [direktiv 2003/87] bortset fra carbondioxid, som finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark, eller carbondioxidemissioner, som finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark som følge af enhver af nedenstående aktiviteter, samt emissioner fra forbrænding af ufuldstændigt oxideret kulstof,

⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 14.3.2018 om ændring af direktiv 2003/87/EF for at styrke omkostningseffektive emissionsreduktioner og lavemissionsinvesteringer og afgørelse (EU) 2015/1814 (EUT 2018, L 76, s. 3).

der produceres som led i de følgende aktiviteter med henblik på produktion af målelig varme, ikkemålelig varme og elektricitet under forudsætning af, at emissioner, som ville være opstået ved forbrænding af en naturgasmængde med samme teknisk brugbare energiindhold som det forbrændte ufuldstændigt oxiderede kulstof, fratrækkes:

[...]

- iv) kemiske synteser, hvor det kulstofholdige materiale deltager i reaktionen, men hvor det primære formål ikke er at generere varme
- v) brug af kulstofholdige additiver eller råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme

[...]«

14. Artikel 6 i afgørelse 2011/278 beskriver delinstallationssystemet. De dele, der er relevante i denne sammenhæng, foreskriver:

»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.

Delinstallationer skal i videst muligt omfang svare til fysiske dele af anlægget.

For varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer skal medlemsstaterne [...] klart fastlægge, hvorvidt de relevante processer vedrører eller ikke vedrører en sektor eller delsektor, der anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage, jf. afgørelse 2010/2/EU.

[...]

2. Summen af input, output og emissioner for hver delinstallation må ikke overstige input, output og samlede emissioner for anlægget som helhed.«

15. Artikel 7, stk. 7, og artikel 8, stk. 5, i afgørelse 2011/278 foreskriver, at medlemsstaterne påser, at der ikke er nogen overlapning mellem delinstallationer, og at der ikke sker dobbelttælling.

3. Forordning nr. 601/2012

16. Som foreskrevet i artikel 14, stk. 1, i direktiv 2003/87 er sådanne regler fastsat ved Kommissionens forordning (EU) nr. 601/2012 af 21. juni 2012 om overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF⁶.

17. Artikel 3 i forordning nr. 601/2012 indeholder visse definitioner, der mangler i enten direktiv 2003/87 eller afgørelse 2011/278, som f.eks.:

»30) »procesemissioner«: drivhusgasemissioner ud over forbrændingsemissioner, som forekommer på grund af tilsigtede eller utilsigtede reaktioner mellem stoffer eller omdannelsen af disse, herunder kemisk og elektrolytisk reduktion af malme, termisk nedbrydning af stoffer samt dannelse af stoffer til brug som produkt eller råmateriale

[...]

40) »indeholdt CO₂«: CO₂, som er en del af et brændsel

[...]«

18. Artikel 2 i forordning nr. 601/2012 bestemmer:

»Denne forordning gælder for overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner, som er specificeret i forhold til de aktiviteter, der er anført i bilag I til direktiv [2003/87]«.

19. Artikel 48 i forordning nr. 601/2012, der vedrører indeholdt CO₂, foreskriver følgende:

»1. 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.

[...]

Udledes eller overføres indeholdt CO₂ imidlertid fra anlægget til enheder, der ikke er omfattet af det omtalte direktiv, tælles det som emission fra anlægget, hvor det oprindeligt stammer fra.

[...]«

⁶ – EUT 2012, L 181, s. 30.

4. Afgørelse 2015/1814

20. Der blev oprettet en markedsstabilitetsreserve ved afgørelse 2015/1814⁷ med henblik på at håndtere strukturelle ubalancer mellem udbud og efterspørgsel. Artikel 1, stk. 2, 3 og 5, i afgørelse 2015/1814 fastsætter, hvilke kvoter der skal overføres til markedsreserven. Bestemmelsen foreskriver:

»2. Mængden på 900 mio. kvoter, der trækkes fra auktionsmængderne i perioden 2014-2016 som fastsat i forordning (EU) nr. 176/2014 i medfør af artikel 10, stk. 4, i [direktiv 2003/87], må ikke lægges til de mængder, der skal auktioneres i 2019 og 2020, men skal i stedet overføres til reserven.

3. Kvoter, der ikke er tildelt anlæg i henhold til [bestemmelsen, der regulerer reserven til nytillkomne,] og kvoter, der ikke er tildelt anlæg som følge af anvendelsen af [bestemmelser vedrørende indstilling af drift,] overføres til reserven i 2020. [...]

[...]

5. Hvert år skal en mængde kvoter svarende til 12% af den samlede mængde kvoter i omsætning [...] fratrækkes de kvotemængder, som medlemsstaterne skal auktionere i henhold til artikel 10, stk. 2, i [direktiv 2003/87,] og overføres til reserven i løbet af en periode på 12 måneder, der begynder den 1. september det pågældende år, medmindre den mængde kvoter, der skal overføres til reserven, ville være mindre end 100 mio. [...]«

B. Tysk ret

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)

21. Ordlyden af § 7, stk. 2, i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lov om handel med kvoter for drivhusgasemissioner, herefter »TEHG«)⁸ i den version, der var gældende i 2011, svarede til ordlyden af artikel 13 i direktiv 2003/87⁹.

22. TEHG's § 9, stk. 1, bestemmer:

»1) Driftsledere modtager en tildeling af gratis kvoter i henhold til principperne i artikel 10a [...] i [direktiv 2003/87] og i afgørelse [2011/278] [...]«

23. Det fremgår af del 2, nr. 1, i bilag I 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)] i et anlæg [...]«.

⁷ – Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse (EU) 2015/1814 af 6.10.2015 om oprettelse og anvendelse af en markedsstabilitetsreserve i forbindelse med Unionens ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner og om ændring af direktiv 2003/87/EF (EUT 2015, L 264, s. 1).

⁸ – Gesetz über den Handel mit Berechtigung zur Emission af 21.7.2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475).

⁹ – Den forelæggende ret har ikke henvist til § 7, stk. 2, i TEHG. Bestemmelsen blev dog nævnt i ExxonMobils skriftlige indlæg som grundlag for Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Tyskland) afgørelse i dennes dom af 26.4.2018 (DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0). Bestemmelsens ordlyd blev ændret ved § 1 i Gesetz zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Europäischen Emissionshandels af 18.1.2019 (BGBl. I, s. 37) med ikrafttræden den 25.1.2019.

C. Zuteilungsverordnung 2020

24. § 2, nr. 29, litra b), ee), i Zuteilungsverordnung über Treibhausgas-Emissionsberechtigungen 2020¹⁰ (bekendtgørelse om tildeling af drivhusgasemissionskvoter i perioden 2013-2020, herefter »ZuV 2020«) indeholder en definition af en procesemissionsdelinstallation, der svarer til den, der er indeholdt i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278.

25. § 3 i ZuV 2020, der har overskriften »Fastsættelse af tildelingselementer«, foreskriver i stk. 1:

»I ansøgningen om gratistildeling af emissionskvoter for et anlæg skal samtlige input, output og dertil hørende emissioner, der er relevante for tildelingen, angives under følgende tildelingselementer for den relevante referenceperiode [...]

1. et eller flere tildelingselementer med en produktemissionsværdi, der er i overensstemmelse med [et produktildelingselement]
2. et tildelingselement med en varmeemissionsværdi [...], for så vidt som den ikke omfatter tildelingselementer i henhold til nr. 1
3. et tildelingselement med brændselsemissionsværdi [...], for så vidt som den ikke omfatter tildelingselementer i henhold til nr. 1 og 2, og
4. et tildelingselement med procesemissioner i overensstemmelse med § 2, nr. 29, for så vidt som den ikke omfatter tildelingselementer i henhold til nr. 1-3.«

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

26. ExxonMobil driver i Großenkneten (Tyskland) et naturgasbehandlingsanlæg, hvor der udvindes svovl (herefter »anlægget«). Da denne aktivitet involverer forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW, er anlægget omfattet af TEHG¹¹, der gennemfører direktiv 2003/87¹² i national ret.

27. Anlægget består primært af et svovludvindingsanlæg (bestående af Claus-anlæg, dampoverheder, dampkedelanlæg og gasmotoranlæg), naturgasafsvovlings- (naturgasrense-) og naturgastørringsanlæg, røggasrenseanlæg samt nødfakkelanlæg. Claus-anlæggene er hovedkilderne til CO₂-emissioner.

28. Anlægget anvendes til behandling af naturgas, som udvindes fra naturlige forekomster, der består af en høj koncentration af svovlbrinte (H₂S) og af vanddamp (H₂O), methan (CH₄) og CO₂. På grund af den høje koncentration af den indeholdte svovlbrinte betegnes det også som »sur gas«. CO₂'en er, som de øvrige komponenter, naturligt indeholdt i rågassen i undergrunden. Mængden af denne varierer afhængigt af borestedet og forekomsten, men findes ifølge ExxonMobil¹³ i alle

¹⁰ – Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 vom 26. September 2011 (BGBl. I, s. 1921).

¹¹ – § 2 i TEHG, sammenholdt med del 2 i bilag I hertil.

¹² – Den relevante bestemmelse i direktivet er artikel 2, stk. 1, sammenholdt med bilag I.

¹³ – Det er ikke anfægtet af nogen af de øvrige parter.

europæiske naturgasforekomster. Med henblik på at opnå den kvalitet, der kræves af netværksoperatøren, skal CO₂'en og andre naturligt forekommende elementer delvist fjernes fra naturgassen inden leveringen til distributionsnetværket.

29. Inden jeg fortsætter, er der dog først behov for kort at beskrive Claus-processen, der er hovedproblemstillingen i den foreliggende sag. Det er en flertrins gasafsvovlingsproces, der er opkaldt efter dens tyske opfinder og har været standard i industrien lige siden udstedelsen i 1883 af et britisk patent i den sammenhæng. Gennem anvendelsen af denne kemiske proces udvindes svovl af den gasformige hydrogensulfid, der findes i rå naturgas. Det er dog afgørende, at CO₂ udskilles som et naturligt biprodukt ved den kemiske proces, selv om den ikke indgår i den række af kemiske reaktioner, der fører til produktion af svovl.

30. På naturgasbearbejdningsanlægget i Großenkneten renses den sure gas gennem kemisk absorbering ved hjælp af et opløsningsmiddel (en sulfinolproces). Opløsningsmidlet regenereres, og den frigivne H₂S omdannes til rent flydende svovl i Claus-anlæg. Den CO₂, der er indeholdt i den sure gas, udskilles fra denne og ledes herefter ud i atmosfæren via en skorsten. CO₂'en indgår ikke i den kemiske reaktion under Claus-processen, der fører til udvinding af ren svovl¹⁴. Varmen, der opstår ved processen under det termiske trin, afledes i spildvarmekedlen og udnyttes i anlægget.

31. ExxonMobil ansøgte om gratistildeling af emissionskvoter for anlægget. Ansøgningen var baseret på en række indplaceringer under de forskellige benchmarks. Ved afgørelse af 17. februar 2014 tildelte Deutsche Emissionshandelsstelle (den tyske emissionshandelsinstans, herefter »DEHSt«) ExxonMobil i alt 4 216 048 gratis emissionskvoter for handelsperioden fra 2013 til 2020. Tildelingen skete til dels på grundlag af anvendelsen af varmeemissionsværdien¹⁵ og til dels ud fra brændselsemissionsværdien, mens risikoen for carbon leakage blev inddraget i vurderingen. DEHSt afslog dog at tildele ExxonMobil de gratis emissionskvoter, som sidstnævnte havde ansøgt om for procesemissioner. Afslaget blev begrundet i, at CO₂-emissionerne ikke fandt sted som følge af Claus-processen, men allerede var indeholdt i råmaterialet til processen. Det er dette konkrete afslag, der har givet anledning til den foreliggende sag.

32. De indsigelser, som ExxonMobil havde indgivet i forbindelse med afgørelsen, blev afvist ved DEHSt's indsigelsesafgørelse af 7. oktober 2019¹⁶. I indsigelsesafgørelsen gentog DEHSt, at der ikke kan ske tildeling ud fra en procesbenchmark i henhold til § 2, nr. 29, litra b), ee), i ZuV 2020, fordi CO₂'en alene er en ledsagegas, der blev udledt som et tilfældigt biprodukt i processen uden at være en del af den kemiske reaktion under selve Claus-processen. Det fulgte heraf, at den CO₂, der via en skorsten udledes til atmosfæren ved afslutningen af Claus-processen, ikke berettiger til en gratistildeling af emissionscertifikater.

33. ExxonMobil har indledt et søgsmål, der blev iværksat den 8. november 2019 ved Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, herefter »den forelæggende ret«).

¹⁴ – Selv om ExxonMobil har fremhævet i sit svarskrift, at den opfylder en væsentlig operationel opgave under Claus-processen i sin egenskab af ikke-brandbar gas med en temperaturregulerende funktion i forbindelse med den teknisk nødvendige kontrol af driftstemperaturen. Umweltbundesamt (forbundsmiljøstyrelsen) har dog gjort indsigelse herimod.

¹⁵ – For anvendelse af den varme, der afledes i spildvarmekedlen og udnyttes i anlægget.

¹⁶ – Det lange tidsrum, der er forløbet mellem ExxonMobils indsigelse, der blev indgivet den 12.3.2014, og DEHSt's afslag, beror på en udsættelse af sagen, indtil Domstolen afsagde dom ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518; herefter »sag C-682/17«), der blev afsagt den 20.6.2019. Den sag vedrørte en anden form for naturgasbearbejdningsanlæg med anvendelse af Claus-processen, der også blev drevet af ExxonMobil.

34. Sagsøgerne i den foreliggende sag er de samme som i sag C-682/17. Det omtvistede anlæg i den foreliggende sag er dog ikke en elektricitetsgenerator som omhandlet i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87¹⁷. Ifølge den forelæggende ret genererer ExxonMobil heller ikke elektricitet i anlægget i Großenkneten ved hjælp af en højeffektiv kraftvarmeproduktion, hvorfor ExxonMobil ikke principielt ville være udelukket fra en gratisdeling af emissionscertifikater (artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87). Da det ikke var tilfældet for det omtvistede anlæg i sag C-682/17, havde Domstolen – allerede af den grund – fastslået, at ExxonMobil ikke var berettiget til gratistildeling af kvoter for anlægget. Der var som følge af disse vurderinger ikke behov for at besvare følgende spørgsmål. Det tredje spørgsmål med underspørgsmålene a) og b) og det fjerde spørgsmål i sag C-682/17 er nu blevet forelagt igen af den forelæggende ret i det første til det fjerde spørgsmål i den foreliggende sag.

35. I lyset af ovenstående overvejelser har den forelæggende ret besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) 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?
- 2) 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 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?
- 3) »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 første og 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?
- 5) Såfremt første til fjerde spørgsmål besvares bekræftende:

¹⁷ – Ifølge den forelæggende ret begyndte ExxonMobil først at generere elektrisk energi til salg til tredjeparter i sommeren 2014, hvilket var efter DEHSt's afgørelse.

Kan en ret til mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode efter udløbet af tredje handelsperiode opfyldes med en ret til tildeling for fjerde handelsperiode, hvis eksistensen af en sådan ret til tildeling først fastslås retsligt efter udløbet af tredje handelsperiode, eller bortfalder en ret til tildeling, som endnu ikke er opfyldt, med udløbet af tredje handelsperiode?»

36. ExxonMobil og Umweltbundesamt (forbundsmiljøstyrelsen, Tyskland)¹⁸ har – som svar på skriftlige spørgsmål fra retten – i lighed med den tyske regering¹⁹ og Kommissionen indgivet skriftlige indlæg til Domstolen og var repræsenteret i retsmødet, der blev afholdt den 24. februar 2021.

IV. Bedømmelse

37. Med det første til det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, hvorvidt udledningen i atmosfæren af den CO₂, der er indeholdt i råmaterialet, som anvendes til fremstilling af et produkt, og som finder sted uden for systemgrænserne for et produktbenchmark, kan anses for en »procesemissionsdelinstallation« som angivet i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, når den relevante CO₂ ikke udgør en del af den kemiske reaktion, hvorved produktet fremstilles. Da de tre spørgsmål vedrører forskellige forhold vedrørende ordlyden af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, er det formålstjenligt at behandle dem samlet.

A. Indledende bemærkninger: anvendelse af emissionshandelsordningen ved kvotetildeling under svovludvindingsprocessen

38. Disse spørgsmål forudsætter dog, at udledninger af den CO₂, som er indeholdt i naturgassen, faktisk er omfattet af ordningen for handel med emissionskvoter. Ved første øjekast kan det synes overraskende, at spørgsmålet overhovedet skal vurderes, da Domstolen allerede i sin afgørelse i sag C-682/17, der også vedrørte en installation til udførelse af Claus-processen, konstaterede, »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«²⁰.

39. Til trods for denne dom har både den tyske regering og Kommissionen anført, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner alene finder anvendelse for de drivhusgasemissioner, der fremkommer ved forbrænding – hvilket ikke er tilfældet her – og ikke for emissionerne, der stammer fra den CO₂, der er indeholdt i naturgassen, og som udledes som et naturligt biprodukt ved afslutningen af svovludvindingsprocessen uden selv at være en del af forbrændingsprocessen. De har begge gjort gældende, at de to aktiviteter skal behandles hver for sig²¹.

¹⁸ – Forbundsrepublikken Tyskland er part i sagen ved den forelæggende ret, fordi den afgørelse, der anfægtes, er truffet af DEHSt, der hører under Umweltbundesamt. Umweltbundesamt repræsenterer Forbundsrepublikken Tyskland i sidstnævntes egenskab af part i hovedsagen. Umweltbundesamt er det centrale miljøagentur i Forbundsrepublikken Tyskland.

¹⁹ – I sin egenskab af medlemsstat og repræsenteret ved Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (forbundsministeriet for økonomiske anliggender og energi).

²⁰ – Præmis 58.

²¹ – Det er dog noget overraskende, at de, selv om de har påberåbt sig Domstolens dom i sag C-682/17, ikke synes at inddrage den under sagen.

40. I lyset af det ovenstående ønsker jeg at gennemgå Domstolens ræsonnement i sag C-682/17 uden nødvendigvis at drøfte de samme argumenter igen. Det synes passende, da parterne synes at være enige om, at anlæggene i de to sager er sammenlignelige.

41. I sag C-682/17 vurderede Domstolen betingelserne i artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87. Det er denne bestemmelse, der definerer direktivets anvendelsesområde og dermed tillige anvendelsesområdet for ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner. Direktivet finder i medfør af bestemmelsen anvendelse på emissioner fra de drivhusgasser, der er anført i bilag II – CO₂ er en af de oplistede emissioner – hvis disse emissioner stammer »fra de i bilag I opførte aktiviteter«. En af disse aktiviteter er »forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW [...]«²².

42. Domstolen konstaterede herefter i dommens præmis 47-53, at det ikke ud fra ordlyden af artikel 2, stk. 1, og artikel 3, litra b), i direktiv 2003/87 – sidstnævnte definerer »emissioner« – kræves, at den drivhusgas, der udledes, *selv produceres under de i bilag I opførte aktiviteter*. Domstolen fandt støtte for denne opfattelse i artikel 48, stk. 1, i forordning nr. 601/2012, der vedrører overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af direktiv 2003/87. Bestemmelsen foreskriver, at indeholdt CO₂, som defineret i forordningens artikel 3, nr. 40), når den er indeholdt i naturgassen, skal medregnes i det pågældende brændsels emissionsfaktor. Domstolen inddrog tillige det formål, der forfølges med direktiv 2003/87, som består i at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde²³.

43. Følgen af det ræsonnement er, at driftsledere af anlæg, som det i sagen omhandlede, hvor Claus-processen anvendes, skal returnere et antal emissionskvoter, der i henhold til artikel 12, stk. 3, i direktiv 2003/87 *skal svare til de samlede emissioner fra det pågældende anlæg*. Begrebet »anlæg« defineres i artikel 3, litra e), i direktiv 2003/87 som en »stationær teknisk enhed, hvor en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter udføres tillige med eventuelle andre direkte tilknyttede aktiviteter, der har en teknisk forbindelse med aktiviteterne på stedet, og som kan have indvirkning på emissioner og forurening«. Denne definition giver mulighed for at inkludere en separat enhed, hvis de aktiviteter, der udføres ved denne, er direkte tilknyttet og har en teknisk forbindelse med det relevante anlæg²⁴. På den anden side omfatter ordlyden ikke det argument, der er fremført af den tyske regering og Kommissionen, hvorefter en aktivitet, der ikke er oplistet i bilag I, i et anlæg, der udfører flere aktiviteter – såsom i den foreliggende sag forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW, der er oplistet i bilag I samt svovludvinding, der ikke er oplistet i bilag I – ikke er en del af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner²⁵.

44. I Trinseo Deutschland-sagen²⁶, hvor sagsøgerens anlæg ikke selv udledte nogen af de emissioner, der er oplistet i bilag II til direktiv 2003/87, selv om anlæggets aktivitet var oplistet i bilag I til direktivet – hvorved den på visse måder udgør modsætningen til den foreliggende sag – havde Kommissionen anført, at »indirekte emissioner« fra produktion af varme skulle inddrages ved vurderingen af anvendelsen af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, og argumenterede således for en fortolkning, hvorefter emissioner skulle vurderes uafhængigt af

²² – Undtagelserne for anlæg til forbrænding af farligt affald eller kommunalt affald er ikke relevante her.

²³ – Ibidem, præmis 54 og 56.

²⁴ – Jf. dom af 9.6.2016, Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (C-158/15, EU:C:2016:422, præmis 29).

²⁵ – Se anden vurdering i denne sammenhæng i generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 74).

²⁶ – Dom af 28.2.2018 (C-577/16, EU:C:2018:127).

anlægget. Domstolen lagde dog vægt på ordlyden af artikel 3, litra b), i direktiv 2003/87, der knytter emissionerne til anlægget. Efter min opfattelse er der ingen grund til at afvige fra denne klare ordlyd.

45. Selv om artikel 6 i afgørelse 2011/278 inddeler installationer i delinstallationer, er det udelukkende en analytisk øvelse med henblik på at anvende benchmarks. Det fremgår klart af bestemmelsen, at det udelukkende sker af hensyn til formålene med afgørelse 2011/278. Formuleringen af bestemmelsen, hvor det angives, at *anlæg* skal inddeles i *delinstallationer*, viser også klart, at opdelingen ikke på nogen måder har indvirkning på begrebet »anlæg« som defineret i artikel 3, litra e), i direktiv 2003/87.

46. I lyset af disse betragtninger er det min opfattelse i overensstemmelse med Domstolens vurdering i sag C-682/17, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner ikke alene finder anvendelse på de CO₂-emissioner, der opstår under forbrændingsprocessen, men at den også finder anvendelse på de emissioner, der opstår under svovludvindingsprocessen, der finder sted i samme anlæg.

47. Skønt Kommissionen har anført, at det ville være i strid med EU-lovgivers beslutning om alene at lade aktiviteter indgå i ordningen, der har et særligt potentiale for omkostningseffektiv reduktion af drivhusemissioner, hvis man i ordningen inkluderede aktiviteter, der ikke er inkluderet i bilag I²⁷, har Domstolen allerede påpeget i sag C-682/17, 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 afsvovling 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«²⁸.

B. Det første til det tredje spørgsmål: Udgør den CO₂, som udledes til atmosfæren i forbindelse med behandling af sur gas i Claus-processen, »procesemissioner« i medfør af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278?

48. Mens den tyske regering ved forbundsministeriet for økonomiske anliggender og energi og Kommissionen er uenige med Umweltbundesamt om, hvorvidt den CO₂, der udledes til atmosfæren i forbindelse med svovludvindingsprocessen, er omfattet af ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, er de tre parter enige om, at der ikke bør ske gratistildeling af disse kvoter for de pågældende emissioner. Det bør dog bemærkes, at den tyske regerings og Kommissionens argumenter, hvorefter disse emissioner ikke kan anses for procesemissioner omfattet af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, er fremsat på det grundlag, at ExxonMobil, ifølge den tyske regering og Kommissionen, ikke er forpligtet til at returnere nogen kvoter for så vidt angår disse emissioner.

²⁷ – Kommissionen har i sit indlæg påberåbt sig Domstolens dom af 17.5.2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 42). I den dom forudsætter Domstolen blot »et særligt potentiale til at reducere drivhusgasudledninger«, ikke et *særligt potentiale* for en omkostningseffektiv reduktion af drivhusgasemissioner.

²⁸ – Præmis 57. Jf. tillige generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (C-158/15, EU:C:2016:139, punkt 39), hvori generaladvokaten påpegede, »at markedsmekanismen også lægger op til, at der eventuelt helt må afstås fra visse aktiviteter, hvis de på grund af omkostningerne til uundgåelige emissioner ikke længere er konkurrencedygtige«, hvilket er et *rèsonnement*, der kan finde anvendelse i den foreliggende sag, hvis det naturlige indhold af CO₂ er særligt højt.

49. Den forelæggende rets tre første spørgsmål vedrører forskellige elementer i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, der definerer en »procesemissionsdelinstallation«²⁹. Følgende elementer er en forudsætning for bestemmelsens anvendelse: Der skal foreligge i) CO₂-emissioner, som ii) finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark og tillige iii) som et resultat af »brug af kulstofholdige [...] råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme«. Parterne er enige om, at de første to betingelser er opfyldt. Udledningen af (indeholdt) CO₂ finder sted som et naturligt biprodukt ved afslutningen af svovludvindingsprocessen, som er en proces uden et productbenchmark³⁰. Parterne er således uenige om den tredje betingelse.

50. Den forelæggende ret ser nærmere på tre aspekter af det tredje kriterium: For det første, hvorvidt udledning af indeholdt CO₂ kan anses for at være »et resultat« af en yderligere proces, og, for det andet, hvorvidt sådan indeholdt CO₂ kan anses for at blive »brugt« i en proces, hvis den ikke deltager i den kemiske reaktion. Et tredje spørgsmål, der drøftes, er, hvorvidt der er tale om »kulstofholdigt råmateriale«. Fortalere for et benægtende svar på det tredje spørgsmål synes at lægge vægt på, at det råmateriale, der »bruges« i processen, ikke er sur gas, men snarere hydrogensulfidet, der ikke indeholder CO₂. Der er dog enighed om, at det primære formål med svovludvindingsprocessen ikke er at generere varme.

51. Ifølge Domstolens faste praksis skal der ved fortolkning af en EU-retlig forskrift ud over ordlyden af den relevante bestemmelse – hvor det skal bemærkes, at »en bestemmelses ordlyd efter de traditionelle fortolkningsprincipper altid er udgangspunktet og samtidig grænsen for enhver fortolkning«³¹ – tillige tages hensyn til bestemmelsens sammenhæng og de formål, der forfølges med de regler, bestemmelsen er en del af³².

1. Ordlydsfortolkning

52. Der skal tages udgangspunkt i ordlyden af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278: CO₂-emissioner skal være et resultat af brug af kulstofholdige additiver eller råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme. Da *udledning af kuldioxid* skal være et resultat af processen snarere end en produktion af *kuldioxid*, falder det efter min opfattelse afgjort inden for bestemmelsens ordlyd, hvis indeholdt CO₂ udledes ved afslutningen af den såkaldte Claus-proces, selv den ikke direkte anvendes som en del af en kemisk reaktion under denne proces³³. Det er langt vanskeligere at besvare spørgsmålet om, hvorvidt disse CO₂-emissioner kan anses for at være resultatet af *brug af kulstofholdige additiver eller råmaterialer*.

53. Jeg nærer fortsat ikke megen tvivl med hensyn til begrebet »råmateriale«. Ifølge *Cambridge Dictionary*³⁴ er »råmateriale« »ethvert materiale, såsom olie, bomuld eller sukker i deres naturlige tilstand, før materialet er blevet forarbejdet til brug«. Det er selvfølgelig korrekt, at det i Claus-processen udelukkende er hydrogensulfidet, der faktisk forarbejdes, mens CO₂ indeholdt i den sure gas alene passerer anlægget under Claus-processen uden at indgå i processen. Hvis man alene ser på ordets betydning, er begrebet »råmateriale« dog efter min opfattelse ikke begrænset til dele af et materiale, der aktivt forarbejdes. Det er muligvis korrekt, som anført af

²⁹ – På den anden side defineres selve begrebet »procesemission« ikke i afgørelse 2011/278. Det vender jeg tilbage til senere.

³⁰ – De CO₂-emissioner, der stammer fra forbrændingen, er omfattet af tildelinger under varmebenchmarket i henhold til artikel 3, litra c), i afgørelse 2011/278.

³¹ – Jf. i denne retning generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99, punkt 37).

³² – Jf. i denne retning f.eks. dom C-628/17, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis.

³³ – Jf. tillige dom af 28.2.2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 45-48).

³⁴ – Tilgængeligt online.

Umweltbundesamt, at CO₂'en, hvis den blev udskilt fra den sure gas, inden sidstnævnte blev behandlet i Claus-processen, ikke ville være et råmateriale, da den ikke behandles yderligere, hvilket resten af gassen gør³⁵. Hvis dette indledende skridt ikke finder sted, medfører det ikke, at et materiale med CO₂-indhold, som indføres i et bearbejdningsanlæg, ikke er et råmateriale, alene af den grund, at det udelukkende er en del af dette, der bearbejdes.

54. Spørgsmålet vedrørende kausalitet, dvs. hvorvidt CO₂-emissioner kan antages at være resultatet af *brugen* af dette råmateriale, er derimod mindre klart. Her fører ordlydsfortolkningen snarere til det resultat, at de ikke er omfattet af ordlyden af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278. Hvis vi igen konsulterer *Cambridge Dictionary*³⁶, er den definition deri, der kommer tættest på en beskrivelse af ordet i den foreliggende sag, »den handling at bruge noget, eller en periode, hvor noget bliver brugt«, hvor verbet at »bruge« har betydningen »at anvende noget som et værktøj, dygtighed eller bygning til et bestemt formål«³⁷. Denne anvendelse til et bestemt formål antyder efter min opfattelse, at man foretager sig noget med den del af råmaterialet – nemlig kulstofindholdet – som der direkte henvises til.

55. Parterne er enige om, at CO₂'en ikke indgår i den kemiske reaktion under Claus-processen. ExxonMobil har dog anført, at selskabet anvender den indeholdte CO₂ til et vist formål. Ifølge ExxonMobil spiller CO₂'en en rolle under Claus-processen i sin egenskab af ikke-brandbar gas med en temperaturregulerende funktion i forbindelse med den teknisk nødvendige kontrol af forbrændingstemperaturen under Claus-processen ved svovlproduktion. Det har Umweltbundesamt tilsyneladende ikke anfægtet. Det blev dog påpeget af Umweltbundesamts repræsentant i det mundtlige retsmøde, at det ikke udgør en nødvendig rolle, da der er andre metoder, hvormed man kan opnå det samme resultat³⁸. Det leder herefter til endnu et spørgsmål om, hvorvidt det er tilstrækkeligt at anvende CO₂'en i en vis udstrækning for at anse processen for en procesemissionsdelinstallation, eller om anvendelsen skal være nødvendig for processen³⁹.

56. Det blev også gjort gældende, at det forhold, at artikel 3, litra h), nr. iv), i afgørelse 2011/278 direkte henviser til »kemiske synteser, hvor det kulstofholdige materiale deltager i reaktionen«, mens afgørelsens artikel 3, litra h), nr. v), ikke gør, medfører, at en sådan deltagelse i den kemiske reaktion ikke kan udgøre en betingelse i henhold til sidstnævnte bestemmelse.

57. Jeg dvæler lige ved dette forhold, og selv om jeg, for så vidt angår det afgørende ord »brug«, som er indeholdt i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, er af den opfattelse, at ordlyden leder hen mod en fortolkning, hvorefter CO₂'en skal have en aktiv og nødvendig rolle i processen, kan der være behov for – i overensstemmelse med fast retspraksis – at tage hensyn til den almindelige opbygning af direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278 samt til de med disse forfulgte formål som bidrag til fortolkningsprocessen⁴⁰.

³⁵ – Det ville ikke forhindre Claus-processen i at finde sted, da CO₂'en ikke har nogen funktion i denne (hvilket drøftes yderligere nedenfor).

³⁶ – Tilgået online.

³⁷ – Andre sprogversioner af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, som f.eks. den hollandske, den franske, den tyske, den italienske, den portugisiske, den svenske og den spanske version, fører ikke til en anden vurdering.

³⁸ – Repræsentanten for Umweltbundesamt understregede, at CO₂'en kunne udskilles, inden gassen blev bearbejdet i Claus-processen, uden at det ville have indflydelse på resultatet, og at der ville være behov for at tilpasse udstyret til Claus-processen til det konkrete CO₂-indhold i den anvendte naturgas. ExxonMobil har ikke anfægtet denne betragtning. Det tilkommer i sidste ende den forelæggende ret at afgøre, hvorvidt CO₂'en har en afgørende rolle under processen.

³⁹ – Det påhviler den nationale ret at afgøre spørgsmålet om, hvorvidt det er nødvendigt.

⁴⁰ – Dom af 3.12.2020, *Ingredion Germany* (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

2. Sammenhængs- og formålsfortolkning

58. Ifølge Domstolens faste praksis er hensigten med direktiv 2003/87 og dermed tillige afgørelse 2011/278, der implementerer direktivet, at indføre en ordning for handel med drivhusgasemissionskvoter, der har til formål at reducere udledning af disse emissioner i atmosfæren til et niveau, hvor farlig, menneskeskabt indvirkning på klimaet undgås, og hvis endelige formål er beskyttelse af miljøet⁴¹. Den økonomiske logik, som ordningen hviler på, er, at den stimulerer alle deltagere til at udlede en mindre mængde drivhusgasser end de oprindeligt tildelte kvoter med henblik på en afhændelse af overskuddet til andre deltagere⁴². Med henblik på at opnå det mål fastsætter artikel 10a i direktiv 2003/87 for så vidt angår anlæg, der henhører under visse aktivitetssektorer, 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 2027⁴³.

59. Reglerne for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87, som afgørelse 2011/278 fastsætter forskrifterne for, har dermed en usædvanlig (og tillige midlertidig) karakter. Samtidig definerer artikel 3, litra c), d) og h), i afgørelse 2011/278⁴⁴ de såkaldte »fallback-benchmarks«, der alene finder anvendelse, hvis »dertil hørende emissioner [...] ikke er omfattet af [en] produktbenchmark delinstallation«⁴⁵/»finder sted uden for systemgrænserne for et produktbenchmark«⁴⁶. Domstolen fastslog allerede i INEOS-dommen, at det fulgte heraf, at artikel 3, litra h), nr. iv), i afgørelse 2011/278 ikke kan fortolkes bredt⁴⁷. Det samme må gælde for alle de aktiviteter, der er opført i artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/[278].

60. Som følge heraf kan jeg ikke tilslutte mig den opfattelse, at det forhold, at artikel 3, litra h), nr. iv), i afgørelse 2011/278 direkte henviser til kemiske synteser, hvor det kulstofholdige materiale deltager i reaktionen, mens det ikke er tilfældet i afgørelsens artikel 3, litra h), nr. v), medfører, at ordet »brug«, der er indeholdt i den sidstnævnte bestemmelse skal undergives en så bred fortolkning, at det ikke længere er omfattet af ordet »brug« alene med den hensigt at adskille det fra de sager, der er omfattet af den første bestemmelse. Begrebet »brug« er faktisk bredere, og det kan omfatte en »brug«, der ikke består i en kemisk reaktion. Begrebet »brug« antyder dog, at det kulstof, der indeholder råmateriale, skal være nødvendigt for det primære formål, der forfølges (hvilket ikke er at generere varme)⁴⁸.

⁴¹ – Jf. bl.a. dom af 8.3.2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, præmis 24), af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 22), af 28.2.2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 39), og sag C-682/17, præmis 62.

⁴² – Jf. bl.a. dom af 8.3.2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, præmis 22), af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 22), af 28.2.2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, præmis 40), og sag C-682/17, præmis 63.

⁴³ – Dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis). Dette mål er efterfølgende blevet udskudt til 2030 for sektorer, som anses for at være udsat for en lille eller ingen risiko for kulstoflækage, bortset fra fjernvarme (selv om det skal revurderes), og opgivet for så vidt angår sektorer og delsektorer, som anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage, jf. andet afsnit i tiende betragtning til direktiv 2018/410. Artikel 10a, stk. 11, blev i overensstemmelse hermed fjernet fra direktiv 2003/87 gennem artikel 1, stk. 14, litra k), i direktiv 2018/410. Det ændrer dog ikke formålene med direktivet, som det forelå inden ændringen. Selv efter den periode må reglerne vedrørende gratistildeling af kvoter anses for at være særegne. I henhold til femte betragtning til direktiv 2018/410 vil »gratistildeling ikke [...] udløbe, og [...] de eksisterende foranstaltninger bibeholdes efter 2020 for at forebygge risikoen for kulstoflækage som følge af klimapolitikken, så længe der ikke iværksættes tilsvarende indsatser i andre større økonomier«.

⁴⁴ – Jeg behandler senere spørgsmålet om, hvorvidt der tillige er en (faldende) rækkefølge mellem disse tre »fallback-benchmarks«, når jeg behandler det fjerde spørgsmål.

⁴⁵ – Jf. artikel 3, litra c) og d), i afgørelse 2011/278.

⁴⁶ – Jf. artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/278.

⁴⁷ – Dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 36). Der henviste Domstolen endog til procesemissioner som »den sidste mulighed benævnt »fallback-metoden««.

⁴⁸ – I den foreliggende sag synes ingen af parterne at have gjort indsigelse mod, at formålet med svovludvindingsprocessen ikke er at generere varme.

61. Denne mere restriktive fortolkning finder måske støtte i definitionen af »procesemissioner«, der er indeholdt i artikel 3, nr. 30), i forordning nr. 601/2012. I henhold til definitionen er »»procesemissioner« [...] drivhusgasemissioner ud over forbrændingsemissioner, som forekommer på grund af tilsigtede eller utilsigtede reaktioner mellem stoffer eller omdannelsen af disse [...]«. Den i den sure gas indeholdte CO₂ forekommer dog tydeligvis ikke på grund af tilsigtede eller utilsigtede reaktioner mellem stoffer eller omdannelsen af disse.

62. Forordning nr. 601/2012 vedrører overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner. Artikel 14 i direktiv 2003/87 foreskrev Kommissionens vedtagelse af regler med det formål. Forordning nr. 601/2012 vedrører, endside definerer, derfor ikke de sager, hvori der skal ske gratistildeling af emissionskvoter. Af samme grund medfører det forhold, at artikel 48 i forordning nr. 601/2012 indeholder en bestemmelse, der foreskriver, hvilket anlæg indeholdt CO₂ skal medregnes i med henblik på overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner, ikke nogen egentlig angivelse af, hvorvidt der kan ske gratistildeling af procesemissionscertifikater for sådanne iboende emissioner.

63. Som generaladvokat Saugmandsgaard Øe allerede har fastslået i sit forslag til afgørelse i sagen ExxonMobil Production Deutschland, er der kun 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 produktbenchmarks, der er fastsat i bilag I til denne afgørelse⁴⁹.

64. Jeg mener heller ikke, at man kan tillægge det den store betydning, at artikel 48, stk. 1, i forordning nr. 601/2012 indeholder en bestemmelse, der foreskriver, at »indeholdt CO₂, som overføres til et anlæg, inklusive CO₂ indeholdt i naturgas [...] medregnes i det pågældende brændsels emissionsfaktor«. Hvis man anser naturgassen for et brændsel⁵⁰, hvilket Domstolen synes at gøre i dom i sag C-682/17⁵¹, indeholder artikel 48, stk. 1, i forordning nr. 601/2012 stadig alene en regel, der vedrører overvågningsmetoden. Bestemmelsen indeholder ikke nogen egentlig angivelse af, om der kan ske gratistildeling af procesemissionscertifikater for sådanne iboende emissioner.

65. Der er ikke enighed mellem parterne for så vidt angår formålet med artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278 og procesemissionsdelinstallationer generelt. Mens ExxonMobil er af den opfattelse, at erkendelsen af risikoen for carbon leakage i svovludvindingsindustrien må medføre en gratistildeling af certifikater med emissionskvoter for indeholdt CO₂. Som en konsekvens af denne »nødvendige følge« må artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278 efter ExxonMobils opfattelse være anvendelig, da de øvrige muligheder tydeligvis ikke finder anvendelse. Umweltbundesamt har på den anden side gjort gældende, at procesemissionsdelinstallationer alene kan konstateres i forbindelse med emissioner, der opstår i tilknytning til en af de aktivitetskategorier, der er oplistet i bilag I til direktiv 2003/87. Da det i den foreliggende sag udelukkende er forbrændingen af brændsel, der tilhører denne kategori, medfører det, at alene de emissioner, der hidrører derfra, kan indgå i relation til gratistildelingen i tilfælde som det nærværende, hvor der ikke foreligger et produktmissionsbenchmark. Det medfører, at formålet med artikel 3, litra h), alene er gratistildeling af emissionskvoter, hvis CO₂-emissionerne stammer fra (endnu) en aktivitet oplistet i bilag I til direktiv 2003/87 – der ikke udgør forbrænding af brændsel – uden et produktbenchmark.

⁴⁹ – Fodnote 42.

⁵⁰ – Artikel 3, nr. 40), i forordning nr. 601/2012 definerer »indeholdt CO₂« som CO₂, som er en del af et brændsel.

⁵¹ – Præmis 54.

a) Betydningen af en »betydelig risiko for carbon leakage« i emissionshandelssystemet

66. Som anført i 24. betragtning til direktiv 2009/29 beskriver *carbon leakage* en situation, hvor »andre industrilande og andre store drivhusgasemittenter ikke deltager i [en ambitiøs international klimaaf tale] [...] [der] kunne føre til større drivhusgasemissioner i tredjelande, hvor der ikke er tilsvarende begrænsninger for drivhusgasemissioner [...]». Det kan underminere integriteten af og fordelene ved Fællesskabets miljøforanstaltninger⁵². Direktiv 2003/87 foreskriver konkrete foranstaltninger med henblik på at forhindre dette i at ske. For det første foretages i henhold til direktivets artikel 10a, stk. 12, en årlig gratistildeling – som skal tildeles i henhold til direktivets artikel 10a, stk. 1 – på 100% af mængden for tredje handelsperiode⁵³. Det står i modsætning til anlæg i sektorer og delsektorer, som ikke er udsat for en betydelig risiko for carbon leakage, hvor den første tildeling i 2013 begrænses til 80% af den tildelte mængde i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87. I disse sektorer mindskes mængden af gratiskvoter hvert år i lige dele, indtil der opnås en gratistildeling på 30% i 2020 i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87⁵⁴.

67. I direktivets artikel 10a, stk. 6, bestemmes tillige, at »[m]edlemsstaterne endvidere [kan] vedtage økonomiske foranstaltninger til fordel for sektorer eller delsektorer, for hvilke det konstateres, at de er udsat for en betydelig risiko for carbon leakage som følge af omkostninger i forbindelse med drivhusgasemissioner, der overvælttes i elpriserne, for at kompensere for sådanne omkostninger, og hvor sådanne økonomiske foranstaltninger er i overensstemmelse med gældende statsstøttere gler eller de statsstøttere gler, der skal vedtages på dette område«.

68. Det fremgår klart heraf, som generaladvokat Wahl allerede har påpeget i sit forslag til afgørelse i sagen ArcelorMittal Atlantique et Lorraine, »at direktivet ikke bestemmer, at sektorer, der anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage under alle omstændigheder, skulle modtage gratis emissionskvoter svarende til samtlige drivhusgasemissioner, som de udleder«⁵⁵. For så vidt angår gratistildeling af emissionscertifikater er det derimod en obligatorisk betingelse, at mængden af gratis emissionskvoter fordeles i overensstemmelse med de regler, der er vedtaget i medfør af artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87. De fastsætter den første tildeling af kvoter. Først derefter kan artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87 finde anvendelse, så den samlede mængde kvoter ikke mindskes. Intet i disse bestemmelser understøtter, at man tager hensyn til »en betydelig risiko for carbon leakage« ved afgørelsen af, *hvorvidt* der kan ske gratistildeling af emissionscertifikater⁵⁶.

69. Alt dette medfører, at det ville være i strid med både ordlyden og ordningen i medfør af direktiv 2003/87 at foretage en bred fortolkning af den betingelse om kausalitet, der er indeholdt i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, alene af den grund, at den omtvistede proces anses for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage.

⁵² – Betingelserne for at anse en sektor eller delsektor for at være udsat for en betydelig risiko for carbon leakage er fastsat i artikel 10a, stk. 14-17, i direktiv 2003/87. Listen over sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for carbon leakage, jf. artikel 10a, stk. 13, i direktiv 2003/87, er indeholdt i Kommissionens afgørelse af 24.12.2009 (2010/2/EU), hvor der i henhold til Europa-Kommissionens og Rådets direktiv 2003/87/EF er fastsat en liste over sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for carbon leakage (EUT 2010, L 1, s. 10). »Indvinding af råolie og naturgas« er oplyst i bilagets punkt 1.4.

⁵³ – Jf. i denne retning dom C-682/17, præmis 94, men se tillige fodnote 44 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁴ – Jf. i denne retning dom af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl. (C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 47).

⁵⁵ – C-80/16, EU:C:2017:192, punkt 47.

⁵⁶ – Jf. tillige analogt dom af 26.10.2016, Yara Suomi m.fl. (C-506/14, EU:C:2016:799, præmis 54), hvor ansøgerne anfægtede anvendelsen af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, der kan anvendes med henblik på at begrænse den maksimale årlige kvotemængde i medfør af artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 til foreløbige tildelinger af kvotemængder uden at sondre mellem anlæg i sektorer med en betydelig risiko for carbon leakage og anlæg i sektorerne uden en sådan risiko.

b) *Formålet med »procesemissionsdelinstallationen«*

70. ExxonMobil har anført, at det mål, der forfølges af EU-lovgiver i relation til procesemissionsdelinstallationer i henhold til artikel 3, litra h), i afgørelse 2011/278, er at skabe en delinstallation for processer, der medfører uundgåelige CO₂-emissioner, men for hvilke der ikke er fastsat et produktbenchmark. Det kan dog ikke klart udledes af afgørelse 2011/278. 12. betragtning til afgørelse 2011/278 anfører alene, at »[i] tilfælde, hvor det ikke var teknisk muligt at aflede et produktbenchmark, *men hvor der optræder drivhusgasser, som berettiger til en gratistildeling af emissionskvoter*, bør disse kvoter tildeles på grundlag af generiske fallback-metoder [...]. Hvad procesemissioner angår, bør emissionskvoterne tildeles på grundlag af de historiske emissioner«⁵⁷.

71. Artikel 10a, stk. 1, fjerde afsnit, i direktiv 2003/87 foreskriver, at »[f]or hver sektor og delsektor beregnes benchmarket i princippet for slutproduktet, frem for inputtet, for at maksimere drivhusgasreduktioner og energibesparelser *i hele produktionsprocessen* i den pågældende sektor eller delsektor«⁵⁸. Det medfører, at procesemissioner typisk vil indgå i et produktbenchmark. Det har dog ikke altid været muligt at udvikle et produktbenchmark. Det skyldes bl.a., at mange anlæg alene indgår i emissionshandelssystemet, fordi de driver enheder til forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW. Denne brede definition omfatter anlæg i en række sektorer, der ellers ikke er en del af emissionshandelssystemet. Som det fremgår af den af Kommissionen foranledigede undersøgelse »Methodology for the free allocation of emissionskvoter in the EU ETS post 2012«, er anlæg, der enten har en samlet nominel indfyret termisk effekt på mere end 20 MW, eller som modtager varme fra anlæg med en anden ejer, ikke omfattede. Det forhold, at en væsentlig del af de produktionsanlæg, der blev anvendt til produktionen, ikke var omfattet af emissionshandelssystemet vanskeliggjorde fastsættelsen af et produktbenchmark⁵⁹. Det var under disse omstændigheder og med henblik på sådanne typer af sager, at man udviklede de såkaldte fallback-metoder.

72. Alt dette medfører, at der ikke er nogen direkte sammenhæng mellem det forhold, at emissioner ikke kan undgås og fallback-metoderne. Artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, der alene (med visse undtagelser) direkte udelukker elektricitetsgeneratorer fra gratistildeling af kvoter, understøtter heller ikke en sådan bred tilgang. Man kunne uden problemer have fastsat, at »grandfathering«-metoden skulle finde anvendelse på alle emissioner, der er omfattet af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner med undtagelse af de emissioner, der er dækket af et procesbenchmark, et varmebenchmark eller et brændselsbenchmark. I stedet valgte man en særlig definition for procesemissionsdelinstallationer. Som repræsentanten for Umweltbundesamt tillige har præciseret i retsmødet, medfører eksistensen af et produktbenchmark ikke, at alle emissioner, der er uundgåelige biprodukter af kemiske processer, nødvendigvis er omfattet af det produktbenchmark⁶⁰.

⁵⁷ – Min fremhævelse.

⁵⁸ – Min fremhævelse.

⁵⁹ – Ecofys, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Öko-Institut, november 2009 (en undersøgelse foranlediget af Europa-Kommissionen), s. ii og 25.

⁶⁰ – Som repræsentanten har påpeget, findes der et særligt produktbenchmark i medfør af bilag II til afgørelse 2011/278 for »svovludvinding« i raffinaderier. Produktbenchmarket for raffineringssektoren baseres sædvanligvis på en metode med et »CO₂-vægtet ton«, der heller ikke tager hensyn til den indeholdte CO₂. For den tilgang, jf. 24. betragtning til afgørelse 2011/278.

73. Det fremstår derfor således, at direktiv 2003/87 ikke har til formål at sikre gratistildeling af emissionscertifikater for enhver emission, der er et uundgåeligt biprodukt af anvendelsen af en industriel, kemisk proces som Claus-processen⁶¹.

74. I lyset af ovenstående formålsanalyse finder jeg grundlag for at konkludere, at den CO₂, som udledes til atmosfæren i forbindelse med behandling af naturgas (i form af sur gas) i Claus-processen ved udskillelse af indholdet af CO₂ i naturgassen, ikke finder sted »som et resultat« af den proces, der henvises til i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, da den sure gas, der er et kulstofholdigt råmateriale, ikke »bruges« som omhandlet i bestemmelsen, selv om selve teksten ud fra dens konkrete ordlyd ganske vist er uklar.

C. Det fjerde spørgsmål: Er der et hierarki mellem de forskellige fallback-benchmarks?

75. Den forelæggende ret ønsker med sit fjerde spørgsmål en afklaring af, hvilket benchmark der skal anvendes, hvis et anlæg både opfylder kriterierne for at udgøre en delinstallation med varebenchmark og kriterierne for at udgøre en delinstallation med procesemissioner.

76. Først skal det bemærkes, at det som led i det samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 267 TEUF, tilkommer Domstolen at give den nationale ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. Ud fra dette synspunkt påhviler det Domstolen i givet fald at omformulere de spørgsmål, som den forelægges⁶².

77. Den forelæggende ret har påpeget, at det med forbehold for besvarelsen af det første til det tredje spørgsmål forekommer muligt i den foreliggende sag, at de emissioner, der finder sted som følge af den såkaldte Claus-proces, både kan opfylde definitionen af varmebenchmarket og definitionen af procesemissionerne. Det er min opfattelse, at det vil være hensigtsmæssigt, hvis man i alle svar forholder sig til spørgsmålet om, hvilket benchmark der finder anvendelse, hvis emissioner (hvilket jeg ikke antager) faktisk kunne opfylde kriterierne for både en delinstallation med varmebenchmarket og en procesemissionsdelinstallation⁶³. Det medfører det mere vidtrækkende spørgsmål om, hvorvidt der eksisterer et hierarki mellem de forskellige fallback-benchmarks, hvis et anlæg opfylder kriterierne for flere af dem.

78. Den forelæggende ret har da også anført, at dens fjerde spørgsmål alene vil opstå, hvis det første til det tredje spørgsmål besvares bekræftende. Da det er min vurdering, at spørgsmålene bør besvares benægtende – hvorved ExxonMobils anlæg ikke kan opnå gratistildeling af kvoter med procesemissionsbenchmarket – er et svar på det fjerde spørgsmål ikke absolut nødvendigt. Jeg vil alligevel besvare spørgsmålet for det tilfælde, at Domstolen træffer en anden afgørelse vedrørende de første tre spørgsmål.

79. For så vidt angår dette spørgsmål afviger den tyske implementeringslovgivning, der er indeholdt i § 3, stk. 1, i ZuV 2020, til en vis grad fra ordlyden af artikel 6 i afgørelse 2011/278. Den tidligere bestemmelse fastlægger udtrykkeligt et hierarki for de pågældende benchmarks. Ansøgere til emissionskvoter tildeler input, output og dertil hørende emissioner til én af

⁶¹ – Som jeg allerede har tilkendegivet, er det dog allerede tvivlsomt, hvorvidt emissionerne i den foreliggende sag skal anses for at være uundgåelige. Jf. punkt 47 i det foreliggende forslag til afgørelse.

⁶² – Dom af 7.11.2019, K.H.K. (Sikring af bankindeståender) (C-555/18, EU:C:2019:937, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

⁶³ – Dermed udelades spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt, da Domstolen allerede har fastslået i sin dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 62-69), at de gensidigt udelukker hinanden.

delinstallationerne. Det følger af bestemmelsen, at input, output og dertil hørende emissioner alene kan tildeles en varmebenchmark delinstallation, hvis sådanne input, output og dertil hørende emissioner ikke allerede er omfattet af en produktbenchmark delinstallation. En tildeling af input, output og dertil hørende emissioner til en brændselsbenchmark delinstallation kan udelukkende finde sted, hvis de ikke allerede er omfattet af en produkt- eller varmebenchmark delinstallation. Endelig kan input, output og dertil hørende emissioner udelukkende tildeles en procesemissionsdelinstallation, hvis de ikke er omfattet af nogen af de andre benchmark sub-installationer⁶⁴.

80. Afgørelse 2011/278 er lidt mindre klar med hensyn til det gensidige forhold mellem fallback-benchmarks, selv om definitionerne af henholdsvis varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer i artikel 3, litra c), d) og h), foreskriver, at de alene finder anvendelse på de input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af en produktbenchmark delinstallation. Hvis man ser nærmere på betingelserne for en varmebenchmark delinstallation og en brændselsbenchmark delinstallation vedrører førstnævnte dog »input, output og dertil hørende emissioner, [...] som vedrører produktion og/eller import fra et anlæg eller anden enhed, der er omfattet af EU-ordningen, af *målelig varme*«⁶⁵ med visse øvrige tilknyttede betingelser. Brændselsbenchmarkede delinstallationer angår på den anden side input, output og dertil hørende emissioner, som vedrører produktionen af ikkemålelig varme under visse yderligere betingelser.

81. Det blev også fastslået i dommen i sagen Borealis m.fl., hvor Domstolen konstaterede, at definitionerne af de forskellige benchmark delinstallationer gensidigt udelukker hinanden⁶⁶. For så vidt angår procesemissionsdelinstallationer fandt Domstolen det begrundet i, at »det alene [er] visse særlige typer emissioner, som er nævnt i artikel 3, litra h), nr. i)-vi)[, i afgørelse 2011/278], som er omfattet af denne kvalifikation«⁶⁷. Domstolen vurderede tillige med henvisning til ordlyden af 12. betragtning til afgørelsen, at der i tilfælde, hvor det ikke var teknisk muligt at aflede et produktbenchmark, men hvor der alligevel optræder drivhusgasser, som berettiger til en gratistildeling af emissionskvoter, er udviklet et hierarki med tre fallback-metoder⁶⁸.

82. Det følger således heraf, at det spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, faktisk allerede er blevet besvaret af Domstolen i dommen i sagen Borealis m.fl.⁶⁹.

83. ExxonMobils argumenter, hvorefter der ikke eksisterer et hierarki mellem fallback-metoderne, eller subsidiært, at procesemissionsdelinstallationer har forrang, fordi de udgør den specielle metode, er, sagt med al respekt, ikke overbevisende. Det anfører jeg af følgende grunde.

84. ExxonMobil har gjort gældende, at varmebenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer kan optræde sammen. Ifølge ExxonMobil fremgår det tydeligt af den måde, hvorpå det varmerelaterede årlige historiske aktivitetsniveau bestemmes i medfør af

⁶⁴ – Den samme tilgang anvendes nu i artikel 10, stk. 2, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/331 af 19.12.2018 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT 2019, L 59, s. 8).

⁶⁵ – Min fremhævelse.

⁶⁶ – Dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 62-65), af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 29), og af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 68).

⁶⁷ – Dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 66).

⁶⁸ – Ibidem, i præmis 67.

⁶⁹ – Dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647).

artikel 9, stk. 3, i afgørelse 2011/278. Tildelingen af emissionskvoter for en varmebenchmark delinstallation afhænger af de emissioner, der er resultatet af produktionen af målelig varme. Emissionerne udledes af den varme, der er produceret, udtrykt i terajoule pr. år. En procesemissionsdelinstallation er, i det mindste i medfør af artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278, derimod karakteriseret af, at emissionerne stammer fra en proces, »hvor det primære formål ikke er at producere varme«. Dermed er det årlige historiske aktivitetsniveau i henhold til artikel 9, stk. 5, i afgørelse 2011/278 den emissionsmængde vægtet i ton, der modsvarer CO₂-ækvivalenten. Disse anbringender angår spørgsmålet om, hvorvidt en varmebenchmark delinstallation og en procesemissionsdelinstallation kan være til stede i samme anlæg, men i forbindelse med forskellige emissioner.

85. Selv om det er korrekt, at to (eller flere) delinstallationer, der vedrører forskellige aktiviteter kan være samtidigt til stede i et anlæg, kan de samme input, output og emissioner⁷⁰ ikke være omfattet af flere delinstallationer, da der ellers kunne opstå risiko for den overlapning og dobbelttælling, der er forbud imod i medfør af artikel 6, stk. 2, i afgørelse 2011/278⁷¹. Hvis man antog, at kriterier for forskellige delinstallationer kunne opfyldes gennem samme input, output og emissioner, er det princip, der ligger bag afgørelse 2011/278, følgende: Som anført i den af Europa-Kommissionen foranledigede undersøgelse »Methodology for the free allocation of emissionskvoter in the EU ETS post 2012« er der tre faktorer, der har indflydelse på de faktiske CO₂-emissioner. Det er valget af brændselssammensætning, varmeproduktionens effektivitet og effektiviteten af det endelige varmeanvendelsesformål. Produktbenchmarks tager højde for samtlige disse tre faktorer.

86. Alt dette er i overensstemmelse med første betragtning til afgørelse 2011/278, der anfører, at ex ante-benchmarks så vidt muligt skal fastlægges med henblik på at sikre, at gratistildelingen af emissionskvoter sker på en måde, der skaber incitament til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker. Metoderne til varmeproduktionsbenchmark, der anvendes i varmebenchmarkede delinstallationer, og til brændselssammensætningsbenchmarking for brændselsbenchmarkede delinstallationer anvender kun to faktorer ud af de tre, mens den såkaldte »grandfathering«-metode (der alene inddrager historiske data, og som anvendes i forbindelse med procesemissioner) ikke anvender nogen af disse⁷². Det er begrundelsen for hierarkiet mellem de forskellige fallback-benchmarks. Benchmarkingmetoder, der skaber incitament til reduktion af emissioner har forrang for procesemissionsdelinstallationen, der slet ikke medfører sådanne incitament.

87. Det ville derfor være i strid med ordningen i medfør af artikel 10a i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278, hvis man ikke anvendte det hierarki mellem forskellige benchmarks, der beskrives i 12. betragtning til denne afgørelse.

88. I lyset af disse overvejelser er det min opfattelse, at gratistildeling af emissionskvoter skal foretages med udgangspunkt i varmebenchmarket i tilfælde, hvor emissioner, der er omfattet af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, både opfylder kriterierne for at

⁷⁰ – Jeg anvender den ordlyd, der nu er anvendt i artikel 10 i delegeret forordning 2019/331, der er klarere, da den ikke alene henviser til emissioner, men snarere til »et anlægs input, output og emissioner«, der fordeles på en eller flere delinstallationer. Det er en mere hensigtsmæssig reference til de forskellige delinstallationer.

⁷¹ – Medlemsstaterne er i henhold til artikel 7, stk. 7, og artikel 8, stk. 5, i afgørelse 2011/278 forpligtede til at påse dette. Jf. tillige dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 69).

⁷² – Ecofys, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Öko-Institut, »Methodology for the free allocation of emission allowances in the EU ETS post 2012: Report on the project approach and general issues«, november 2009 (en undersøgelse foranlediget af Europa-Kommissionen), s. 38 og 39.

udgøre en delinstallation med varmebenchmark og kriterierne for at udgøre en delinstallation med procesemissioner. Det skyldes ganske enkelt, at tildelinger med en varmebenchmark delinstallation har forrang for tildelinger for en procesemissionsdelinstallation.

D. Det femte spørgsmål: Kan en ret til gratistildeling af emissionskvoter for tredje handelsperiode opfyldes efter udløbet af denne handelsperiode?

89. Med sit femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret en afklaring af, hvorvidt en ret til gratis kvoter for tredje handelsperiode, der først fastslås retsligt efter udløbet af denne handelsperiode, kan opfyldes med gratis kvoter for fjerde handelsperiode⁷³. Det skal igen bemærkes, at den forelæggende ret alene stiller dette spørgsmål, hvis det første til det fjerde spørgsmål besvares bekræftende. Som følge af mine svar på disse spørgsmål opstår den situation ikke. Jeg mener alligevel, at spørgsmålet bør besvares for det tilfælde, at Domstolen træffer en anden afgørelse.

90. Den forelæggende rets tvivl i forbindelse med dette spørgsmål beror navnlig på retspraksis fra Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Tyskland). Forbundsdomstolen havde truffet afgørelse om, at (udestående) krav om yderligere tildelinger for anden handelsperiode (2008 til 2012) var bortfaldet senest den 30. april 2013 (midnat)⁷⁴.

91. Det skal dog bemærkes, at retsstillingen ved afslutningen af anden handelsperiode var ganske anderledes end den, der forelå ved afslutningen af tredje handelsperiode. Kvoter, der var udstedt i én handelsperiode var i henhold til artikel 13, stk. 1, i direktiv 2003/87 alene gyldige i den pågældende handelsperiode, men denne ordlyd blev ændret ved direktiv 2018/410. Det fremgår nu af første punktum i artikel 13 i direktiv 2003/87, at »[k]voter, som udstedes fra den 1. januar 2013 og fremefter, gælder på ubestemt tid. [...]«⁷⁵. Det er muligt som følge af den generelle videreførelse af regler mellem den tredje og fjerde handelsperiode. Spørgsmålet er i det væsentlige, hvorvidt og i så fald på hvilken måde en potentiel ret til gratistildeling af emissionskvoter kan imødekommes, når problemstillingen ikke konkret er reguleret.

92. Den forelæggende ret har konkret forespurgt, hvorvidt en ret til mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode under sådanne omstændigheder kan opfyldes med en ret til tildeling for fjerde handelsperiode. I henhold til artikel 13, andet punktum, i direktiv

⁷³ – ExxonMobil har oplyst Domstolen om, at selskabet havde ansøgt den forelæggende ret om foreløbige forholdsregler den 16.7.2020. ExxonMobil anmodede retten om at fastslå, at DEHSt er forpligtet til at sikre tildeling senest den 31.12.2020 af et antal, der svarer til antallet af de ansøgte emissionscertifikater i den sag, der ligger til grund for den foreliggende præjudicielle forelæggelse, til ExxonMobils driftslederbeholdningskonto, med henblik på at sikre dets tildelte kvoter. Som følge heraf, men forud for den forelæggende rets afgørelse i sagen, havde DEHSt anmodet Kommissionen om overførsel af det antal emissionscertifikater til enten Forbundsrepublikken Tysklands nationale kvotekonto eller til ExxonMobils driftslederbeholdningskonto. Kommissionen afviste anmodningen ved skrivelse adresseret til DEHSt den 8.12.2020. Den forelæggende ret pålagde ved kendelse af 15.12.2020 som en foreløbig forholdsregel (VG 10 L 216/2020) DEHSt at sikre, at ExxonMobil, hvis kvotecertifikaterne for handelsperioderne fra 2013 til 2020 skulle bortfalde, ville opnå en behandling hos DEHSt, som om det ikke var sket. Denne kendelse blev ophævet af Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (appeldomstol i forvaltningsretlige sager i Berlin-Brandenburg, Tyskland) den 23.12.2020, og ExxonMobils anmodning blev endeligt afslået (ECLI:DE:OVGBEBB:2020:0323.OVG11S12.20.00). En anmodning om tilkendelse af foreløbige retsmidler til Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol, Tyskland) førte ikke til det ønskede resultat (ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20201229.1bvq016120). Samtidig havde ExxonMobil den 17.12.2020 indledt en retssag til prøvelse af lovligheden af Kommissionens afgørelse af 8.12.2020, der var adresseret til DEHSt i henhold til artikel 263 TEUF. ExxonMobil fremsatte tillige en anmodning om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 279 TEUF. Anmodningen blev afslået ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 31.12.2020, ExxonMobil Production Deutschland mod Kommissionen (T-731/20 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:654), bl.a. som følge af, at det blev anset for usandsynligt, at en udestående ret til gratistildeling af emissionscertifikater ville bortfalde ved afslutningen af tredje handelsperiode (i præmis 17).

⁷⁴ – Dom ved Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) af 26.4.2018 (ECLI:DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0).

⁷⁵ – I henhold til artikel 27 i delegeret forordning 2019/331 finder afgørelse 2011/278 fortsat anvendelse efter ophævelsen af afgørelsen på tildelinger, der vedrører perioden før den 1.1.2021.

2003/87 (som ændret ved direktiv 2018/410) skal kvoter, der udstedes fra 2021, alene være gyldige fra begyndelsen af den tiårige periode, hvori de blev udstedt. En klager, der har opnået ret til gratistildeling af kvoter, kan derfor ikke opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 3, i direktiv 2003/87 med kvoter for fjerde handelsperiode. Med henblik på at sikre et nyttigt svar til den forelæggende ret kan dennes spørgsmål med fordel omformuleres. Spørgsmålet, der skal besvares, skal dermed ikke begrænses til problemstillingen om, hvorvidt en sådan ret kan opfyldes gennem kvoter for fjerde handelsperiode.

93. Spørgsmålet om, hvorvidt en potentiel ret til gratistildeling af emissionskvoter for tredje handelsperiode kan opfyldes, har to aspekter. For det første er der det processuelle grundlag for en sådan ændring af tildelingen og for det andet spørgsmålet om disse kvoters »oprindelse«. Med hensyn til den første af disse problemstillinger udgør, som både den tyske regering repræsenteret ved forbundsministeriet for økonomiske anliggender og energi og Kommissionen har anført, enhver tilpasning en ændring af den nationale tildelingstabel i medfør af artikel 52 i forordning nr. 389/2013⁷⁶, der i henhold til artikel 88 i delegeret forordning 2019/1122⁷⁷ dog fortsat anvendes indtil den 1. januar 2026 for alle de operationer, der er nødvendige i forbindelse med handelsperioden fra 2013 til 2020. Hvis en ret træffer afgørelse om, at en driftsleder har ret til en yderligere gratistildeling af emissionskvoter, underretter den pågældende medlemsstat Kommissionen i overensstemmelse hermed [artikel 52, stk. 2, litra d), i forordning nr. 389/2013], og Kommissionen giver den centrale administrator anvisning om at indføre den relevante ændring i den nationale tildelingstabel, der er registreret i EU-transaktionsjournalen⁷⁸. Den centrale administrator sikrer herefter, at EU-registret overfører de relevante kvoter fra EU-tildelingskontoen i overensstemmelse med den ændrede nationale tildelingstabel til driftslederbeholdningskontoen i henhold til artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 389/2013.

94. For så vidt angår det andet aspekt, dvs. tildelingernes oprindelse, kan der, da hverken direktiv 2003/87, afgørelse 2011/278 eller delegeret forordning 2019/331 forholder sig særligt til en ændring af gratiskvoter, som følge af en retslig afgørelse, og da artikel 24, stk. 2, i afgørelse 2011/278 ikke henviser til en forøgelse af kvoter som konsekvens af en retslig afgørelse, ske analog anvendelse af sidstnævnte artikel i sådanne sager. Forskellen mellem en sag, hvor en sådan afgørelse træffes retsligt forud for afslutningen på handelsperioden, og en situation, hvor afgørelsen træffes efterfølgende, er, at de pågældende tildelinger ikke længere kan trækkes fra antallet af tildelinger, så den relevante medlemsstat kan foretage auktion for kvoterne i den pågældende periode.

95. Selv om det ikke er formålet med markedsstabilitetsreserven at sikre certifikater for krav, der ikke er indfriet ved udløbet af den tredje markedsføringsperiode, men snarere at håndtere strukturelle ubalancer mellem udbud og efterspørgsel i ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner⁷⁹, er kvoter fra denne kilde velegnede til det første formål. Det skyldes strukturen af og formålet med markedsstabilitetsreserven.

⁷⁶ – Kommissionens forordning (EU) nr. 389/2013 af 2.5.2013 om oprettelse af et EU-register i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF og Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 280/2004/EF og nr. 406/2009/EF, og om ophævelse af Kommissionens forordning (EU) nr. 920/2010 og nr. 1193/2011 (EUT 2013, L 122, s. 1).

⁷⁷ – Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/1122 af 12.3.2019 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF for så vidt angår driften af EU-registret (EUT 2019, L 177, s. 3).

⁷⁸ – Kommissionen verificerer i overensstemmelse med artikel 52, stk. 2, nr. 2), i forordning nr. 389/2013, hvorvidt den pågældende ændring er i overensstemmelse først og fremmest med direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278, og afviser ændringerne, hvis det ikke er tilfældet.

⁷⁹ – Jf. i denne retning fjerde betragtning til afgørelse 2015/1814.

96. I henhold til artikel 1, stk. 2, 3 og 5, i afgørelse 2015/1814 består markedsstabilitetsreserven af: i) 900 mio. kvoter, der skulle auktioneres i 2019 og 2020 i henhold til tredje kolonne i bilag IV til forordning nr. 176/2014⁸⁰, ii) kvoter, der ikke er tildelt nyttilkomne i henhold til artikel 10a, stk. 7, i direktiv 2003/87, og kvoter fra anlæg, der (delvist eller fuldstændigt) har indstillet deres aktiviteter, eller som væsentligt har reduceret deres kapacitet (artikel 10a, stk. 19 og 20, i direktiv 2003/87), og iii) en mængde kvoter svarende til 12% af den samlede mængde kvoter i omsætning pr. år⁸¹, hvis den mængde kvoter overstiger 100 mio.

97. Disse tildelingsregler er udelukkende en metode, hvorved man kan borttage et overskud af kvoter fra markedet og genindføre en del heraf eller samtlige kvoter på markedet, hvis mængden af kvoter i omsætning når under en tærskelværdi på 400 mio. kvoter i omsætning. Kvoter, der skulle have været tildelt en driftsleder for et anlæg, hvis direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278 var blevet anvendt korrekt, udgør ikke et sådant overskud og kan derfor fradrages markedsstabilitetsreserven uden at påvirke det samlede antal tildelinger. Markedsstabilitetsreservens formål kompromitteres heller ikke ved, at der fradrages en begrænset mængde kvoter fra markedsstabilitetsreserven, hvorefter de føjes til den mængde, der er i omsætning. Da kvoterne for tredje markedsføringsperiode, der dermed kan tildeles, har vedvarende gyldighed i medfør af første punktum i artikel 13 i direktiv 2003/87⁸², kan de anvendes af modtageren enten for tredje handelsperiode eller for handelsperioder, der følger efter tredje handelsperiode.

98. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen træffer afgørelse om, at en ret til mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode kan opfyldes efter udløbet af tredje handelsperiode med kvoter for tredje handelsperiode, hvis eksistensen af en sådan ret til tildeling først fastslås retsligt efter udløbet af tredje handelsperiode. Kvoter for tredje handelsperiode bortfalder ikke med udløbet af tredje handelsperiode.

V. Forslag til afgørelse

99. I lyset af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»1) 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, men ikke selv udnyttes under den kemiske afsvovlingsreaktion, finder ikke sted som følge af den proces, der henvises til i artikel 3, litra h), nr. v), 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 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF, da den sure gas, der er et kulstofholdigt råmateriale, ikke »bruges« som omhandlet i den relevante bestemmelse.

⁸⁰ – Kommissionens forordning (EU) nr. 176/2014 af 25.2.2014 om ændring af forordning (EU) nr. 1031/2010 for så vidt angår fastsættelse af den mængde kvoter for drivhusgasemissioner, der skal auktioneres i 2013 til 2020 (EUT 2014, L 56, s. 11). Som en kortsigtet foranstaltning mod overskuddet af kvoter på markedet blev de oprindeligt »udskudt« gennem en reduktion af mængden i 2014 til 2016 med henblik på tildeling ved auktion i 2019 og 2020.

⁸¹ – I henhold til artikel 1, stk. 4, i afgørelse 2015/1814 udgør det den akkumulerede mængde kvoter, der er udstedt i perioden siden den 1.1.2008, og tilladelser til at anvende internationale kreditter, der er udnyttet af anlæg henhørende under EU ETS, for så vidt angår emissioner frem til den 31.12. det pågældende år, minus den akkumulerede mængde verificerede emissioner i ton fra anlæg henhørende under EU ETS mellem den 1.1.2008 og den 31.12. det pågældende år, eventuelle kvoter annulleret og mængden af kvoter i reserven.

⁸² – Som ændret ved direktiv 2018/410.

- 2) Gratistildelingen af emissionskvoter skal foretages med udgangspunkt i varmebenchmarket i tilfælde, hvor emissioner, der er omfattet af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, både opfylder kriterierne for at udgøre en delinstallation med varmebenchmark og kriterierne for at udgøre en delinstallation med procesemissioner. Det skyldes, at tildelingen med en varmebenchmark delinstallation har forrang for tildelingen for en procesemissionsdelinstallation.
- 3) En ret til mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode efter udløbet af tredje handelsperiode kan opfyldes med en ret til tildeling for tredje handelsperiode, hvis eksistensen af en sådan ret til tildeling først fastslås retsligt efter udløbet af tredje handelsperiode. Kvoter for tredje handelsperiode bortfalder ikke med udløbet af tredje handelsperiode.«