



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 5 juli 2016¹

Mål C-321/15

**ArcelorMittal Rodange och Schifflange SA
mot
Storhertigdömet Luxemburg**

(begäran om förhandsavgörande från Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) (Luxemburg))

”Miljö — System för handel med utsläppsrätter för växthusgaser — Direktiv 2003/87/EG — Artiklarna 3 a, 11 och 12 — Upphörande av verksamheten vid en anläggning — Underlåtenhet att uppfylla skyldigheten att informera om ändringar vid en anläggning — Tilldelning av misstag — Avregistrering — Återlämnande av outnyttjade utsläppsrätter — Avsaknad av ersättning — Expropriation”

1. Det system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser som infördes genom direktiv 2003/87/EG² utgör en hörnsten i unionens initiativ för att minska förekomsten av sådana gaser i atmosfären, vilka anses spela en stor roll för den globala uppvärmningen. Genom att ge dessa utsläppsrätter ett ekonomiskt värde och göra dem till omsättningsbara instrument på en verklig marknad, skapas ett incitament för att minska de förorenande utsläppen. För att denna marknad ska vara tillförlitlig och solvent, krävs det en strikt och vederhäftig mekanism för tilldelning och fördelning av utsläppsrätter och det är därför mycket viktigt att unionen och medlemsstaterna agerar på ett samordnat sätt.
2. Utsläppsrätternas rättsliga beskaffenhet har blivit föremål för en omfattande debatt i doktrinen. Eftersom denna beskaffenhet inte definieras i unionsrätten, har vissa medlemsstater valt att utforma utsläppsrätterna som myndighetstillstånd, medan andra har klassificerat dem som egendom som kan bli föremål för äganderätt.
3. Myndigheterna i Luxemburg, vilka av misstag hade tilldelat ett företag vissa utsläppsrätter för en viss period, beslutade att de skulle återlämnas. I den efterföljande nationella tvisten, i vilken talan väcktes av företaget, har frågan väckts huruvida myndigheternas handlande är att betrakta som en expropriation och det därmed kan uppkomma rätt till ersättning.
4. Den hänskjutande domstolen hyser tvivel om huruvida de nationella bestämmelser i vilka det föreskrivs att utsläppsrätterna ska återlämnas, under de omständigheter som föreligger i förevarande mål, är förenliga med direktiv 2003/87. Den undrar dessutom om dessa utsläppsrätter kan anses utgöra ”egendom” och därmed omfattas av det grundlagsstadgade skyddet av äganderätten.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EUT L 275, 2003, s. 32). Det nationella målet handlar om den andra handelsperioden i utsläppshandelssystemet, vilket innebär att den version av direktiv 2003/87 som är tillämplig är den som gällde före ändringen som gjordes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 (EUT L 140, 2009, s. 63).

5. Jag kommer att föreslå en tolkning av systemet för handel med utsläppsrätter som innebär att den nationella lagen i fråga är förenlig med detta system. Jag kommer även att hävda att svaret på frågan huruvida dessa utsläppsrätter är "egendom" eller bara "myndighetstillstånd" inte kan sökas i unionsrätten och att det är tillräckligt att avgöra om tilldelningen av dem och beslutet att de skulle lämnas tillbaka var förenliga med direktiv 2003/87.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

1. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

6. Enligt artikel 17.1 i stadgan har "[v]ar och en ... rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Ingen får berövas sin egendom utom då samhällsnyttan kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen."

2. Direktiv 2003/87

7. I artikel 1 i direktiv 2003/87 föreskrivs följande: "Genom detta direktiv införs ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen ..., vilket syftar till att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser."

8. Artikel 3 innehåller följande definitioner:

"a) *utsläppsrätt*: en rätt att släppa ut ett ton koldioxidekvivalenter under en fastställd period, giltig endast för uppfyllande av de krav som fastställs i detta direktiv och vilken kan överlätas i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv,

...

e) *anläggning*: en fast, teknisk enhet där en eller flera av de verksamheter som anges i bilaga I bedrivs, liksom all annan därmed direkt förknippad verksamhet, som tekniskt sett är knuten till de verksamheter som bedrivs på platsen och som kan påverka utsläpp och föroreningar,

f) *verksamhetsutövare*: varje person som driver eller har ett bestämmande inflytande över en anläggning eller, där detta föreskrivs i nationell lagstiftning, den som har givits rätten att fatta avgörande ekonomiska beslut med avseende på anläggningens tekniska funktionssätt,

..."

9. I artikel 7 föreskrivs att "[v]erksamhetsutövaren skall informera den behöriga myndigheten om alla planerade förändringar av anläggningens art eller funktion, eller om utvidgningar av anläggningen, vilka kan innebära att tillstånden för utsläpp av växthusgaser måste förnyas. När så är lämpligt, skall den behöriga myndigheten förnya tillstånden. Om en ny verksamhetsutövare tar över driften av en anläggning, skall den behöriga myndigheten förnya tillståndet och ange den nya verksamhetsutövarens namn och adress."

10. Artikel 9 har rubriken "Nationell fördelningsplan" och där föreskrivs följande:

"1. Varje medlemsstat skall för var och en av de perioder som avses i artikel 11.1 och 11.2 upprätta en nationell plan över det sammanlagda antal utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela för den perioden och hur den föreslår att fördela dem. Planen skall utgå från objektiva och öppna kriterier, däribland dem som anges i bilaga III, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter. ...

...

3. Inom tre månader efter det att en nationell fördelningsplan anmälts av en medlemsstat i enlighet med punkt 1 får kommissionen avslå planen eller någon del av denna, på grundval av att den är oförenlig med de kriterier som anges i bilaga III eller med artikel 10. Medlemsstaten skall fatta beslut i enlighet med artikel 11.1 eller 11.2 endast om kommissionen godtagit de föreslagna ändringarna. Varje beslut om avslag från kommissionens sida skall åtföljas av en motivering."

11. I artikel 10 föreskrivs att "[f]ör den treårsperiod som börjar den 1 januari 2005 skall medlemsstaterna fördela minst 95 % av utsläppsrätterna gratis. För den femårsperiod som börjar den 1 januari 2008 skall medlemsstaterna fördela minst 90 % av utsläppsrätterna gratis."

12. Artikel 11 i direktiv 2003/87 har följande lydelse:

"...

2. För den femårsperiod som börjar den 1 januari 2008 och för varje påföljande femårsperiod, skall varje medlemsstat besluta om det sammanlagda antal utsläppsrätter som medlemsstaten kommer att fördela för perioden och inleda processen för fördelningen av utsläppsrätterna till verksamhetsutövare för varje anläggning. Detta beslut skall fattas minst tolv månader innan den aktuella perioden börjar och grundas på den medlemsstatens nationella fördelningsplan som utarbetats i enlighet med artikel 9 och i överensstämmelse med artikel 10, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter.

...

4. Den behöriga myndigheten skall senast den 28 februari varje år under den period som avses i punkterna 1 och 2 utfärda ett proportionellt antal av det sammanlagda antalet utsläppsrätter."

13. Artikel 12 har följande lydelse:

"1. Medlemsstaterna skall se till att utsläppsrätter kan överlåtas mellan

- a) personer inom gemenskapen,
- b) personer inom gemenskapen och personer i tredje land, där sådana utsläppsrätter erkänts i enlighet med förfarandet i artikel 25, utan andra begränsningar än de som anges i eller antas i enlighet med detta direktiv.

...

3. Medlemsstaterna skall se till att verksamhetsutövaren för varje anläggning senast den 30 april varje år överlämnar det antal utsläppsrätter som motsvarar de sammanlagda utsläppen från anläggningen under det föregående kalenderåret i överensstämmelse med den kontroll som utförts i enlighet med artikel 15 och att dessa utsläppsrätter därefter annulleras.

..."

14. Artikel 13 har följande lydelse:

”1. Utsläppsrätterna skall vara giltiga under den period som anges i artikel 11.1 eller 11.2 och för vilken de utfärdats.

2. Utsläppsrätter som inte längre är giltiga och som inte överlämnats och annullerats i enlighet med artikel 12.3 skall annulleras av den behöriga myndigheten, fyra månader efter det att den första femårsperiod som avses i artikel 11.2 börjat löpa.

Medlemsstaterna får utfärda utsläppsrätter till personer för den innevarande perioden i syfte att ersätta utsläppsrätter som har innehafts av dessa personer men som annullerats i enlighet med första stycket.

...”

15. Artikel 14 har följande lydelse:

”1. Kommissionen skall ... anta riktlinjer för övervakning och rapportering av utsläpp från de verksamheter som anges i bilaga I av de växthusgaser som anges för dessa verksamheter ...

2. Medlemsstaterna skall se till att utsläppen övervakas i enlighet med riktlinjerna.

3. Medlemsstaterna skall se till att varje verksamhetsutövare vid en anläggning efter slutet av varje kalenderår rapporterar utsläppen från anläggningen under det berörda kalenderåret till den behöriga myndigheten i enlighet med riktlinjerna.”

16. I artikel 15 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att de rapporter som lämnas in av verksamhetsutövarna i enlighet med artikel 14.3 kontrolleras i enlighet med kriterierna i bilaga V och att den behöriga myndigheten underrättas om detta.

Medlemsstaterna skall se till att verksamhetsutövare vars rapport har kontrollerats senast den 31 mars varje år avseende det föregående årets utsläpp och inte befunnits vara tillfredsställande i enlighet med de kriterier som anges i bilaga V, inte kan överlåta fler utsläppsrätter förrän en rapport från den berörda verksamhetsutövaren kontrollerats och befunnits vara tillfredsställande.”

17. Artikel 19 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall sörja för att ett register upprättas och förs i syfte att se till att utfärdande, innehav, överlåtelse och annullering av utsläppsrätter redovisas korrekt. Medlemsstaterna får föra sina register inom ramen för ett gemensamt system tillsammans med en eller flera andra medlemsstater.

2. Alla personer har rätt att inneha utsläppsrätter. Registret skall vara tillgängligt för allmänheten och omfatta separata konton för redovisningen av de utsläppsrätter som innehas av varje person till och från vilken utsläppsrätter utfärdas eller överlåts.

...”

3. Förordning (EG) nr 2216/2004³

18. Artikel 34a har följande lydelse:

”1. En kontoinnehavare, eller en registeradministratör som agerar för kontoinnehavarens räkning, som oavsiktligt eller felaktigt har inlett en transaktion enligt artiklarna 52, 53 eller 58 eller artikel 62.2, får begära att registeradministratören manuellt återkallar transaktionen; detta skall ske genom en skriftlig begäran undertecknad av kontoinnehavarens behöriga ombud som har möjlighet inleda en transaktion och postad inom fem arbetsdagar efter transaktionens slutgiltiga godkännande eller denna förordnings ikraftträdande, beroende på vilket som inträffar sist. Begäran skall innehålla en förklaring att transaktionen inletts felaktigt eller oavsiktligt.

2. Registeradministratören kan underrätta den centrala förvaltaren om begäran och om sin avsikt att göra ett specifikt manuellt ingrepp i sin databas för att återkalla transaktionen, inom 30 kalenderdagar efter sitt beslut om att återkalla transaktionen, men senast 60 kalenderdagar efter transaktionens slutgiltiga godkännande eller denna förordnings ikraftträdande, beroende på vilket som inträffar sist.

...

2a. Om en registeradministratör oavsiktligt eller felaktigt har inlett en fördelning enligt artikel 46 som har lett till att utsläppsrätter har fördelats till en anläggning som inte längre är i drift vid tidpunkten för fördelningstransaktionen, kan den behöriga myndigheten inom de tidsfrister som anges i punkt 2 lämna en begäran till den centrala förvaltaren om att manuellt återkalla transaktionen.

...”

B – Nationell rätt

19. Enligt artikel 16 i Luxemburgs konstitution ”[får] [i]ngen ... berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse, och mot ersättning, under de förutsättningar som anges i lag”.

20. Direktiv 2003/87 har införlivats med luxemburgsk rätt genom den ändrade lagen av den 23 december 2004 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser (nedan kallad 2004 års lag).

21. Artikel 12 i 2004 års lag har följande lydelse:

”...

2. För den femårsperiod som börjar den 1 januari 2008 och för varje påföljande femårsperiod, ska ministeriet besluta om det sammanlagda antal utsläppsrätter som det kommer att fördela för perioden och inleda processen för fördelningen av utsläppsrätterna till verksamhetsutövare för varje anläggning. Ministeriet ska ta detta initiativ minst tolv månader innan den berörda perioden börjar, på grundval av den nationella fördelningsplan som utarbetats med tillämpning av artikel 10.

...

3 — Kommissionens förordning (EG) nr 2216/2004 av den 21 december 2004 om ett standardiserat och skyddat registersystem i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG och Europaparlamentets och rådets beslut nr 280/2004/EG (EUT L 386, 2004, s. 1), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 916/2007 av den 31 juli 2007 (EUT L 200, 2007, s. 5), och enligt kommissionens förordning (EU) nr 920/2010 av den 7 oktober 2010 (EUT L 270, 2011, s. 1).

4. Ministeriet ska senast den 28 februari varje år under den period som avses i punkterna 1 och 2 utfärda en del av det sammanlagda antalet utsläppsrätter.”

22. I artikel 13.6 i 2004 års lag föreskrivs följande: ”Om driften av en anläggning helt eller delvis upphör, ska detta anmälas till ministern. Ministern fattar beslut huruvida oanvända utsläppsrätter helt eller delvis ska återlämnas.”

23. I enlighet med artikel 9 i direktiv 2003/87 utarbetade Luxemburg sin nationella fördelningsplan för perioden 2008–2012 och den godkändes genom två beslut av kommissionen av den 29 november 2006 av och av den 13 juli 2007. I den nationella fördelningsplanen anges att om driften av en anläggning upphör eller avbryts ska den anläggningen inte tilldelas utsläppsrätter för följande år.

II – Faktiska omständigheter

24. Den 2 februari 2008 tilldelade Luxemburgs miljöminister ArcelorMittal Rodange och Schifflange SA (nedan kallat ArcelorMittal) sammanlagt 405 365 andelar⁴ för utsläpp av växthusgaser gratis för dess stålverk i Schifflange, för perioden mellan den 1 januari 2008 och den 31 december 2012.

25. Den 19 oktober 2011 beslutade ArcelorMittals bolagsstämma att avbryta verksamheten vid stålverket. De luxemburgska myndigheterna blev inte informerade om detta beslut.

26. Den 22 februari 2012 fick ArcelorMittal de andelar som bolaget hade tilldelats för år 2012.

27. Den 19 mars 2012 beslutade ArcelorMittals bolagsstämma att förlänga avbrottet i verksamheten vid stålverket på obestämd tid.

28. Den 23 april 2012 vände sig ArcelorMittal till de luxemburgska myndigheterna och begärde att miljökontrollerna skulle avbrytas, med hänvisning till att verksamheten vid stålverket hade avbrutits på obestämd tid.

29. Eftersom det hade gått 61 dagar mellan tidpunkten för denna begäran (23 april 2012) och tidpunkten då de tilldelade andelarna mottogs (22 februari 2012), kunde de nationella myndigheterna inte inge någon begäran om återkallande av dessa andelar till den centrala förvaltaren för transaktionsregistret.⁵

30. Den 21 december 2012 meddelade ministern med ansvar för hållbar utveckling och infrastruktur (nedan kallad ministern) sitt beslut att: a) retroaktivt ändra den nationella fördelningsplanen för åren 2008–2011 och b) kräva att de andelar som tilldelats för år 2012 skulle återlämnas.⁶

31. Genom beslut av den 6 juni 2013 ålade ministern ArcelorMittal att återlämna 80 922 utsläppsrätter för växthusgaser före den 31 juli 2013.

32. ArcelorMittal väckte talan mot detta beslut vid Tribunal Administratif (Förvaltningsdomstolen, Luxemburg).

4 — Uttrycket ”andelar” är det som används av de luxemburgska myndigheterna och domstolarna. Se fotnot 11.

5 — Enligt artikel 34a.2 i förordning nr 2216/2004, som är en bestämmelse som infördes genom förordning nr 916/2007, ska en sådan begäran inges ”senast 60 kalenderdagar efter transaktionens slutgiltiga godkännande”.

6 — Det konto till vilket ArcelorMittal ålades att återlämna andelarna var inte det som föreskrivits för återlämning av andelar för annullering, utan ett annat konto som myndigheterna hade öppnat.

33. Genom beslut av den 17 december 2014 begärde Tribunal Administratif att Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) i Luxemburg skulle meddela ett förhandsavgörande beträffande frågan huruvida artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med konstitutionen, i den del denna bestämmelse tillåter att den behörige ministern kräver helt eller delvis överlämnande, utan ersättning, av utsläppsrätter som tilldelats men som inte utnyttjats.

34. I förfarandet om författningsstridighet har Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) ställt följande tolkningsfråga till domstolen.

III – Tolkningsfrågan

35. Den tolkningsfråga som hänsköts den 29 juni 2015 har följande lydelse:

”Är artikel 13.6 i den ändrade lagen av den 23 december 2004 om ett system för handel med utsläpp av växthusgaser – i den del bestämmelsen tillåter att den behörige ministern beslutar att utsläppsrätter som tilldelats i enlighet med artikel 12.2 och 12.4 i samma lag, men som inte har utnyttjats, helt eller delvis ska överlämnas, utan ersättning – förenlig med Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG, varvid denna fråga även omfattar huruvida det verkligen rör sig om att överlämnande av utfärdade men ej utnyttjade utsläppsrätter, och om svaret är jakande, hur sådana rättigheter ska kvalificeras och huruvida de kan anses utgöra egendom?”

36. Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) anser att för att kunna avgöra huruvida artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med artikel 16 i den luxemburgska konstitutionen, måste det klarläggas hur de utsläppsrätter som tilldelats men ej utnyttjats och det återlämnande som den nationella lagstiftaren har föreskrivit, ska kvalificeras rättsligt. Därigenom kan Cour constitutionnelle avgöra huruvida de i egenskap av egendom blivit föremål för en expropriation i den mening som avses i den artikeln.

37. För att kunna ge ett användbart svar till Tribunal Administratif krävs det enligt Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) att det först fastställs huruvida den lag vars författningsenlighet har ifrågasatts är förenlig med unionsrätten, närmare bestämt med direktiv 2003/87 som införlivats genom ovannämnda lag.

IV – Förfarandet vid domstolen och parternas argument

38. ArcelorMittal, den luxemburgska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden i målet. De har inte yrkat att någon muntlig förhandling ska hållas.

39. ArcelorMittal har gjort gällande att utsläppsrätterna ska betraktas som egendom och inte som myndighetstillstånd. Enligt ArcelorMittal framgår det av direktiv 2003/87 att utsläppsrätterna ska vara instrument som fritt får överlåtas och omsättas och att de dessutom ska vara identifierbara och tillgängliga i ett begränsat antal. Mot bakgrund av detta anser ArcelorMittal att utsläppsrätterna blir innehavarens egendom från och med den tidpunkt då de utfärdas och registreras. Det återlämnande som föreskrivs i artikel 13.6 i 2004 års lag, får enligt ArcelorMittal verkan av en expropriation som strider mot artikel 17 i stadgan. Återlämnandet är även oförenligt med direktiv 2003/87, eftersom: a) det enda återlämnande av utsläppsrätter som är tillåtet enligt direktivet är det som föreskrivs i artikel 12.3 och b) ett ”tvångsåterlämnande” av de utsläppsrätter som inte har utnyttjats innebär att innehavaren inte kan behålla dem som reserv för att handla med dem senare.

40. Enligt den luxemburgska regeringen var det enda skälet till att utsläppsrätterna tilldelades ArcelorMittal för år 2012 att bolaget inte informerade de behöriga myndigheterna i tid om att verksamheten vid stålverket i Schifflange hade avbrutits i slutet av 2011. Även om det skulle medges att direktiv 2003/87 inte gör det möjligt att kräva att redan tilldelade utsläppsrätter ska återlämnas enbart av det skälet att verksamhetsutövaren senare har valt att skära ned på verksamheten, anser den luxemburgska regeringen att de nationella myndigheterna får reagera i en situation där utsläppsrätterna tilldelats felaktigt. Direktiv 2003/87 utgör inte hinder för artikel 13.6 i 2004 års lag, om direktivet tolkas så att det får krävas att utsläppsrätter som tilldelats och registrerats slutgiltigt, ska återlämnas om det innan dessa utsläppsrätter tilldelades för det aktuella året hade beslutats att verksamheten vid en anläggning helt eller delvis skulle upphöra.

41. Den luxemburgska regeringen anser beträffande den andra delen av frågan att utsläppsrätternas rättsliga kvalificering, vid tillämpning av artikel 16 i den luxemburgska konstitutionen, innebär att det är den nationella rätten som ska tolkas och inte unionsrätten, vilket i sin tur medför att EU-domstolen inte är behörig att besvara frågan.

42. Kommissionen anser liksom den luxemburgska regeringen att 2004 års lag är förenlig med direktiv 2003/87. I Luxemburgs nationella fördelningsplan – vilken godkändes av kommissionen – anges att för varje år under perioden 2008-2012, ska tilldelningen av utsläppsrätter ske på villkor att anläggningen är i drift. Det är på denna regel som artikel 13.6 i 2004 års lag bygger och enligt kommissionen är den inte oförenlig med direktiv 2003/87. Att det i artikel 11.4 i direktivet föreskrivs att tilldelningen av utsläppsrätter ska ske senast den 28 februari varje år under den aktuella perioden, beror just på att möjligheten att verksamheten upphör efter tilldelningen ska kunna beaktas. Dessutom är iakttagandet av villkoren för tilldelning av utsläppsrätter enligt kommissionen skälet till att verksamhetsutövaren är skyldig att informera den behöriga myndigheten om förändringar i anläggningens karaktär, drift eller omfattning.

43. Kommissionen har gjort gällande att artikel 12.3 i direktiv 2003/87 inte utgör hinder för att en medlemsstat får kräva att utsläppsrätterna återlämnas, i ett fall som det som avses i artikel 13.6 i 2004 års lag. I den bestämmelsen i direktivet anges visserligen att de utsläppsrätter som ska återlämnas är de som avser kontrollerade utsläpp, men uttrycket "återlämnande" som används i direktivet har inte samma innebörd som i den nationella bestämmelsen. Medan den sistnämnda bestämmelsen syftar på utsläppsrätter som inte har utnyttjats, ska de utsläppsrätter som åsyftas i artikel 12.3 i direktivet återlämnas för att annulleras, vilket innebär att de måste ha utnyttjats.

44. Vad beträffar den andra delen av tolkningsfrågan, instämmer kommissionen med den luxemburgska regeringen: EU-domstolen saknar behörighet att uttala sig om huruvida skyldigheten att återlämna utsläppsrätter är förenlig med artikel 16 i Luxemburgs konstitution. Trots att det återlämnande av utnyttjade utsläppsrätter som erkänns i 2004 års lag enligt kommissionen inte utgör ett fall där unionsrätten ska tillämpas, föreslår den ändå att EU-domstolen ska ta tillfället i akt att klargöra utsläppsrätternas rättsliga beskaffenhet.

V – Bedömning

45. Den frågeställning som Cour constitutionnelle har tagit upp består av två separata frågor som bör besvaras var och en för sig. Den första handlar om huruvida artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med direktiv 2003/87. Den andra, för det fallet att den första delen ska besvaras jakande, handlar om hur utsläppsrätterna ska "kvalificeras".

A – Den första tolkningsfrågan

46. Cour constitutionnelle undrar för det första om artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med direktiv 2003/87, ”närmare bestämt med det system för handel med utsläppsrätter som föreskrivs där”.

47. Den hänskjutande domstolen har inte uttryckligen angett vilka konkreta bestämmelser i direktivet som den undrar om artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med. Eftersom det i denna bestämmelse föreskrivs att ministern får fatta beslut ”huruvida outnyttjade utsläppsrätter helt eller delvis ska återlämnas” om driften av den anläggning för vilka de utfärdats helt eller delvis upphör, bör det emellertid uppfattas så att de bestämmelser i direktiv 2003/87 som frågan rör, främst är de som reglerar systemet för tilldelning, överlåtelse, överlämnande och annullering av utsläppsrätter (artiklarna 9, 11 och 12 i direktivet) och villkoren för deras giltighet (artikel 13 i direktivet).

48. Även om det inte är nödvändigt att granska handeln med utsläppsrätter i sin helhet,⁷ kan det vara på sin plats att kortfattat redogöra för skälen till att detta system skapades och syftena med det. Systemet bygger på en ekonomisk logik som förklarar utsläppsrätternas bytesvärde och som samtidigt ligger till grund för diskussionen om deras rättsliga beskaffenhet.⁸

1. Handeln med utsläppsrätter som marknadsinstrument för att bekämpa luftföroreningar

49. Inom ramen för Kyotoprotokollet⁹ förband sig unionen och medlemsstaterna att minska sina utsläpp av växthusgaser med 8 procent mellan 2008 och 2012, i förhållande till 1990 års nivåer. För detta ändamål antogs i oktober 2003 ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser, vilket utformats som ett *cap-and-trade*-system som innebär att varje medlemsstat får sig tilldelad ett tak (*cap*) för utsläpp av sådana gaser,¹⁰ som den kan fördela mellan de anläggningar som ger upphov till dem. Fördelningen sker genom tilldelning av så kallade ”utsläppsrätter”,¹¹ vilka i artikel 3 a i direktiv 2003/87 definieras som ”en rätt att släppa ut ett ton koldioxidekvivalenter under en fastställd period”.

50. Genom att utsläpp som inte täcks av utsläppsrätter bestraffas¹² och eftersom avsikten är att taket för tillåtna utsläpp successivt ska sänkas,¹³ innebär mekanismen ett incitament för att anläggningarna ska minska sin förorenande verksamhet.

7 — För en översikt rörande detta system, se Pâques, M.: ”La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen* 40 (2), 2004, s. 249–282.

8 — En aktuell redovisning av de olika ståndpunkterna i doktrinen finns i Rotoullié, J.C.: *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, 2015, s. 136–153.

9 — Vilket godkändes genom rådets beslut av den 25 april 2002 om godkännande, på Europeiska gemenskapens vägnar, av Kyotoprotokollet till Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändringar, och gemensamt fullgörande av åtaganden inom ramen för detta (EGT L 130, 2002, s. 1). Om bakgrunden till och förhandlingsprocessen bakom Kyotoprotokollet, och om dess mekanism, se Freestone, D.: ”The International Climate Change Legal and Institutional Framework: An Overview”, i Freestone, D. och Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading*, Oxford University Press, New York, 2009, s. 3–32.

10 — Gaser av det här slaget som nämns i bilaga II till direktiv 2003/87 är koldioxid (CO₂), metan (CH₄), dikväveoxid (N₂O), fluorkolväten (HFC), perfluorkolväten (PFC) och svavelhexafluorid (SF₆). Systemet omfattar utsläpp från kraftverk, från ett brett spektrum av energiintensiva industrisektorer och från kommersiella flygbolag (Europeiska kommissionen: *The EU Emissions Trading System (ETS)*, oktober 2013, på: http://ec.europa.eu/clima/publications/docs/factsheet_ets_en.pdf).

11 — Även om jag inte är helt säker på om det är dess orsak eller verkan, motsvaras mångfalden av olika nationella lösningar när det gäller utsläppsrätternas rättsliga beskaffenhet, av en mångfald av benämningar på dessa i de olika språkversionerna av direktiv 2003/87. I den spanska och den nederländska versionen används uttrycken ”derechos de emisión” respektive ”emissierecht”, medan den italienska och den franska använder ”quota di emissioni” och ”quota”, den engelska uttrycket ”allowance”, den tyska ”Zertifikat” och den portugisiska avslutningsvis ”licença de emissão”.

12 — I artikel 16.3 i direktiv 2003/87 fastställs en avgift för överskridande av utsläpp, vilken ska vara 100 EUR för varje ton koldioxidekvivalenter som släpps ut och som verksamhetsutövaren inte överlämnat utsläppsrätter för.

13 — Från och med 2013 sänks taket för utsläpp från kraftverk och andra anläggningar med 1,74 procent per år (artikel 9 i direktiv 2003/87 i dess ändrade lydelse enligt direktiv 2009/29), vilket innebär att dessa utsläpp år 2020 borde vara 20 procent lägre än 1990. Se beträffande detta den nyligen meddelade domen av den 28 april 2016 i de förenade målen Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311), punkt 81. Inom flygtrafikområdet gäller andra värden.

51. Domstolen har erinrat om att "[ä]ven om ändamålet med systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser är att skydda miljön, genom att minska utsläppen av växthusgaser, minskar inte systemet i sig utsläppen, utan uppmuntrar och främjar sökandet efter den metod som till den lägsta kostnaden kan åstadkomma en given utsläppsminskning".¹⁴ Miljöfördelarna med sådan handel har att göra med "den totala mängd utsläppsrätter som delas ut, som utgör gränsen för alla utsläpp inom systemet".¹⁵

52. Utsläppsrätterna blir färre och färre och de upphör successivt att vara gratis,¹⁶ vilket innebär att det för att få täckning för alla faktiska utsläpp från en anläggning, är nödvändigt att antingen använda sig av egna utsläppsrätter som inte har förbrukats under tidigare år eller förvärva ytterligare utsläppsrätter som erbjuds av andra innehavare. Detta utgör systemets kommersiella (*trade*) dimension, eftersom utsläppsrätterna enligt artikel 3 a i direktiv 2003/87 "kan överlåtas", vilket ger dem ett ekonomiskt värde, eftersom det råder brist på dem.

53. Utsläppsrätternas ekonomiska värde utgör ett viktigt incitament för att minska utsläppen.¹⁷ Dels kan en anläggning som lyckas minska utsläppen sälja sitt överskott av utsläppsrätter, dels kan den som till att börja med föredrog att köpa ytterligare utsläppsrätter för att tillgodose sina behov, i takt med att utsläppsrätterna gradvis blir dyrare så småningom finna det lönsammare¹⁸ att investera i miljöeffektivare teknik eller övergå till att använda energikällor som ger upphov till mindre gasformiga föroreningar.

54. I *Grönbok om handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom Europeiska unionen*,¹⁹ erinrade kommissionen om att även om konceptet med tilldelade utsläppsrätter som kan köpas och säljas inte användes i EU:s miljöpolitik i någon större utsträckning år 2000, var principen om en sådan handel inte helt främmande. Det fanns redan då exempel på mekanismer med rättigheter som i viss utsträckning kunde överlåtas, såsom kvoterna för ämnen som bryter ned ozonskiktet enligt Montrealprotokollet,²⁰ fiskekvoterna inom den gemensamma fiskeripolitiken²¹ och

14 — Dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728), punkt 31.

15 — Se föregående fotnot.

16 — I artikel 10 i direktiv 2003/87 föreskrevs att för den treårsperiod som började den 1 januari 2005 skulle medlemsstaterna fördela minst 95 procent av utsläppsrätterna gratis. Denna andel minskades till 90 procent för perioden 2008–2012. Från och med den period som inleddes 2013, är den viktigaste fördelningmetoden auktionering. En kortfattad redogörelse för de olika faserna i systemet rörande detta finns i den tidigare nämnda publikationen Europeiska kommissionen: *The EU Emissions Trading System (ETS)*, s. 3–4. Det bör under alla förhållanden påpekas att domstolen klargjort att "den åtgärd genom vilken utsläppsrätter fördelas gratis, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 10 i direktiv 2003/87, inte syftar till att medge subventioner till de berörda producenterna, utan till att mildra den ekonomiska inverkan av att Europeiska unionen omedelbart och ensidigt har infört en marknad för utsläppsrätter, genom att undvika att vissa produktionssektorer som omfattas av detta direktiv tappar i konkurrenskraft" (dom av den 17 oktober 2013, Iberdrola m.fl., C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 och C-640/11, EU:C:2013:660, punkt 39). Den omständigheten att konkurrenstrycket inte hade räckt "för att minska övervärlden av utsläppsrätternas värde på elpriserna" ledde till exceptionella vinster för elproducenterna som man ville undanröja. Det föreskrevs därför att utsläppsrätternas värde på elpriserna skulle fördelas genom ett system med fullständig auktionering (dom av den 17 oktober 2013, Iberdrola m.fl., C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 och C-640/11, EU:C:2013:660, punkt 40).

17 — Som domstolen slog fast i domen i målet Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (dom av den 16 december 2008, C-127/07, EU:C:2008:728), punkt 32, är den ekonomiska principen för systemet att se till att minskningen sker till lägsta möjliga kostnad: "Genom att bland annat tillåta försäljning av utsläppsrätter syftar detta system till att vara ett incitament för alla deltagare i detta system att släppa ut mindre växthusgaser än vad de ursprungligen givits rätt till, så att de kan sälja överskottet till någon annan deltagare vars utsläpp överskrider de utsläppsrätter som denne tilldelats". På samma sätt uttalade sig domstolen i sin dom av den 7 april 2016, Holcim (Rumänien)/kommissionen (C-556/14 P, EU:C:2016:207), punkt 65.

18 — Tio år efter det att den trädde i kraft, är det fortfarande omtvistat hur effektiv handeln med utsläppsrätter är. Denna oenighet har förstärkts av utsläppsrätternas låga priser sedan 2008. En sammanfattning av polemiken finns i *Schrödinger's emissions trading system. Europe's carbon-trading system is better than thought, and could be better still*, som finns på <http://www.economist.com/node/21683960>.

19 — KOM(2000) 87 slutlig, punkt 3 *in fine*.

20 — Vars regelverk vid den tiden utgjordes av rådets förordning (EEG) nr 594/91 av den 4 mars 1991 om ämnen som bryter ned ozonskiktet (EGT L 67, 1991, s. 1), ändrad genom rådets förordning (EEG) nr 3592/92 av den 30 december 1992 (EGT L 405, 1992, s. 41), och genom rådets förordning (EG) nr 3093/94 av den 15 december 1994 om ämnen som bryter ned ozonskiktet (EGT L 333, 1994, s. 1).

21 — Det grundläggande bestämmelserna fanns vid den tiden i rådets förordning (EEG) nr 3760/92 av den 20 december 1992 om ett gemenskapssystem för fiske och vattenbruk (EGT L 389, 1992, s. 1).

mjölkkvoterna²² inom den gemensamma jordbrukspolitiken. Användningen av marknadsbaserade miljöpolitiska instrument, som man vid den tiden hade mycket begränsad erfarenhet av,²³ (vilket gjorde att systemet i direktiv 2003/87 till att börja med betraktades som ett riskfyllt experiment) har ökat successivt och efter bara några år har de kommit att bli "flaggskeppet" i unionens klimatpolitik.²⁴

55. I detta sammanhang kan det särskilt noteras hur viktigt förfarandet för tilldelning av utsläppsrätter är. Dessa har kommit att utgöra "valutan" på en marknad av enorma dimensioner. Jag ska strax återkomma till detta förfarande och redogöra för vad som föreskrivs i direktiv 2003/87 om villkoren för fördelning av utsläppsrätter, när det är möjligt att överlåta dem och när det föreligger skyldighet att överlämna dem eller annullera dem.

2. Systemet med utsläppsrätter i direktiv 2003/87

56. Fördelningen av utsläppsrätter ska ske i enlighet med en plan (NFP) som varje medlemsstat ska utarbeta för var och en av de perioder som anges inledningsvis i direktiv 2003/87 (2005–2007 och 2008–2012). I planen ska det sammanlagda antalet utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela för den perioden anges och hur den föreslår att fördela dem.

57. Planen ska utgå från objektiva och öppna kriterier, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter (artikel 9.1). Den ska anmälas till kommissionen och de övriga medlemsstaterna före den berörda periodens början (se föregående hänvisning).²⁵ Inom tre månader efter det att en nationell fördelningsplan anmälts av en medlemsstat får kommissionen avslå planen eller någon del av denna, på grundval av att den är oförenlig med de kriterier som anges i bilaga III till direktivet eller med artikel 10, beträffande den procentuella andel av utsläppsrätterna som ska fördelas gratis. Ett avslag från kommissionens sida ska åtföljas av en motivering (artikel 9.3).

58. Ansökningar om tillstånd för utsläpp ska inges till den behöriga myndighet som medlemsstaten har fastställt och de ska innehålla uppgifter om anläggningen och de verksamheter som bedrivs, varor vars användning sannolikt kommer att ge upphov till utsläpp av växthusgaser, anläggningens utsläppskällor samt planerade åtgärder för att övervaka och rapportera utsläpp (artikel 5 i direktiv 2003/87).

59. Den behöriga myndigheten "skall utfärda tillstånd för utsläpp av växthusgaser från hela eller en del av en anläggning", om den finner att verksamhetsutövaren är i stånd att övervaka och rapportera utsläppen (artikel 6.1 i direktiv 2003/87). Ett sådant tillstånd ska bland annat innehålla "skyldighet att överlämna utsläppsrätter motsvarande de sammanlagda utsläppen från anläggningen under varje kalenderår, efter kontroll i enlighet med artikel 15, inom fyra månader efter det ifrågakvarande kalenderårets slut" (artikel 6.2 e i direktiv 2003/87).

60. Under alla förhållanden ska verksamhetsutövaren informera den behöriga myndigheten om alla förändringar som kan innebära att tillståndet måste förnyas, bland annat om en ny verksamhetsutövare tar över driften (artikel 7 i direktiv 2003/87).

22 — De viktigaste rättsakterna utgjordes vid den tiden av rådets förordning (EEG) nr 856/84 av den 31 mars 1984 om ändring av förordning (EEG) nr 804/68 om den gemensamma organisationen av marknaden för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 90, 1984, s. 10), rådets förordning (EEG) nr 3950/92 av den 28 december 1992 om införande av en tilläggsavgift inom sektorn för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 405, 1992, s. 1) och kommissionens förordning (EEG) nr 536/93 av den 9 mars 1993 om tillämpningsföreskrifter för tilläggsavgiften för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 57, 1993, s. 12).

23 — De inskränkte sig till US Clean Air Act från 1990 och Californian Regional Clean Act Incentives Market från 1994.

24 — Uttrycket är hämtat från Pohlmann, M.: "The European Union Emissions Trading Scheme", i Freestone, D. och Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading*, a.a., s. 339.

25 — Senast den 31 mars 2004 för planer som avser perioden 2005–2007 och minst 18 månader före inledningen av perioden 2008–2012 och följande perioder.

61. Utsläppsrätterna ska vara giltiga under den period för vilken de utfärdats (artikel 13.1 i direktiv 2003/87) och de ska kunna överlätas inom unionen och mellan personer inom unionen och personer i tredje land, där sådana utsläppsrätter erkänts (artikel 12.1 i direktiv 2003/87).

62. Enligt direktiv 2003/87 får utsläppsrätter annulleras: a) när verksamhetsutövaren *återlämnar* det antal utsläppsrätter som motsvarar utsläppen (artikel 12.3 i direktiv 2003/87) och b) när utsläppsrätterna inte längre är giltiga (på grund av att de inte har utnyttjats under den period för vilken de har utfärdats) och inte har överlämnats. I det första fallet sker annulleringen efter det att de har överlämnats. I det andra fallet sker annulleringen fyra månader efter det att perioden 2008–2012 eller följande perioder börjat löpa (artikel 13 i direktiv 2003/87).

63. Det är av största betydelse för den marknad som inrättats genom direktiv 2003/87, att aktörerna på denna marknad känner full tillit till de gällande utsläppsrätterna, såväl i varje medlemsstat som i förhållande till alla de övriga medlemsstaterna i unionen. Enligt artikel 12.2 i direktiv 2003/87 ska medlemsstaterna ”se till att utsläppsrätter som utfärdats av en annan medlemsstats behöriga myndighet erkänns, så att en verksamhetsutövare kan fullgöra sina skyldigheter” när det gäller överlämnande av utsläppsrätter som har utnyttjats.

64. Det är därför som det i artikel 19.1 i direktiv 2003/87 föreskrivs att medlemsstaterna ska ”sörja för att ett register upprättas och förs i syfte att se till att utfärdande, innehav, överlåtelse och annullering av utsläppsrätter *redovisas korrekt*”.²⁶ För samma ändamål föreskrivs det i artikel 20.1 i direktiv 2003/87 att kommissionen ska utse ”en central förvaltare, som skall föra en oberoende transaktionsförteckning, i vilken utfärdande, överlåtelse och annullering av utsläppsrätter redovisas”.²⁷

65. Att unionslagstiftaren har vinnlagt sig om att utsläppsrätternas antal och omständigheterna kring dem ska redovisas *korrekt* beror på att unionen har velat få marknaden att fungera bättre och undvika snedvridning på grund av osäkerhet rörande utsläppsrätternas giltighet, med tanke på deras funktion som enhet för utbyte på denna marknad. Utöver det rent ekonomiska eller affärsmässiga intresset av att upprätthålla utsläppsrätternas tillförlitlighet och solvens, finns dessutom syftet med själva marknaden, det vill säga dess uppgift att fungera som redskap för att bekämpa föroreningar. Att de faktiska utsläppen stämmer överens med de utsläpp som tillåtits genom utsläppsrätterna, utgör av detta skäl en ofrånkomlig prioritering i systemet som helhet.

3. Bestämmelserna i den luxemburgska lagstiftningen och dess förenlighet med direktiv 2003/87

66. Direktiv 2003/87 införlivades med luxemburgsk rätt genom 2004 års lag. Vad som är relevant i förevarande fall är att det i artikel 12.2 föreskrevs att ministern skulle vara behörig att besluta om det sammanlagda antalet utsläppsrätter som skulle fördelas för perioden 2008–2012 och inleda processen för fördelning. Båda åtgärderna skulle vidtas minst tolv månader innan perioden började, på grundval av den nationella fördelningsplanen.²⁸

67. Vad beträffar utfärdandet av utsläppsrätter som skulle hänföras till vart och ett av de år som ingick i femårsperioden, föreskrevs i artikel 12.4 i 2004 års lag – än en gång i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 11.4 i direktiv 2003/87 – att en del av det totala antalet skulle utfärdas senast den 28 februari under det berörda året.

26 — Min kursivering.

27 — Generellt beträffande detta registreringsystem, se Molina Hernández, C.: ”El registro de derechos de emisión de los gases de efecto invernadero de la Unión Europea”, i *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nr 56, 2016, s. 157–197.

28 — 2004 års lag följde därmed artikel 11.2 i direktiv 2003/87.

68. I enlighet med påbudet i direktiv 2003/87 och 2004 års lag, utarbetade Luxemburg inom föreskriven tid sin nationella fördelningsplan för perioden 2008–2012, vilken på föreskrivet vis godkändes av kommissionen. I den nationella fördelningsplanen anges att om driften av en anläggning upphör eller avbryts ska den inte tilldelas utsläppsrätter för det påföljande året.

69. I artikel 13.6 i 2004 års lag föreskrivs att om driften av en anläggning helt eller delvis upphör, ska detta omgående anmälas till ministern. Även detta krav överensstämmer med artikel 7 i direktiv 2004/87, enligt vilken den behöriga myndigheten ska informeras om förändringar, vilka kan innebära att tillstånden för utsläpp av växthusgaser måste förnyas.

70. När det gäller det ovan anförda anser jag att den nationella lagstiftningen noga följer direktiv 2003/87. I synnerhet är föreskriften i den nationella fördelningsplanen att om driften av en anläggning upphör eller avbryts ska den inte tilldelas utsläppsrätter för det följande året, i överensstämmelse med direktivet. Jag anser, i likhet med kommissionen, att medlemsstaterna iakttar direktiv 2003/87 om de som villkor för att en anläggning ska tilldelas utsläppsrätter kräver att den ska vara i drift. Ett sådant villkor får dessutom anses vara underförstått i direktiv 2003/87. Om systemets existensberättigande ligger i säkerställandet av att de godkända utsläppen och de faktiska utsläppen stämmer överens med varandra, ska de godkända utsläppens volym beräknas på grundval av de förväntade faktiska utsläppen och denna uppgift härleds från samtliga anläggningar som förväntas vara i drift under det år för vilka utsläppsrätterna ska tilldelas.

71. Den eventuella oförenlighet mellan den luxemburgska lagstiftningen och direktiv 2003/87 som Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) tar upp, avser den lösning som den nationella lagstiftaren har valt för det fall att det finns utsläppsrätter som inte har utnyttjats efter att det har anmälts att driften av en anläggning helt eller delvis upphör. Det är en sådan situation som abstrakt avses i artikel 13.6 i 2004 års lag och som konkret har gett upphov till det nationella målet.

72. Det handlar således inte om att pröva huruvida den nationella lagstiftarens villkor att en anläggning ska vara i drift för att tilldelas utsläppsrätter är förenligt med direktiv 2003/87. Jag anser som sagt att det är ett villkor som det inte går att invända mot med hänvisning till direktivet, utan att det tvärtom underförstått finns där. Frågan är i stället huruvida en behörig myndighet som har tilldelat utsläppsrätter för en anläggning vars verksamhet senare upphör, får besluta att utsläppsrätterna ska återlämnas eftersom de inte har utnyttjats.

73. Det handlar således inte om en ansökan om utsläppsrätter som har avslagits på grund av att anläggningarna inte är i drift, utan om utsläppsrätter som faktiskt har tilldelats ett stålverk, men som inte borde ha tilldelats eftersom stålverket inte var i drift. Närmare bestämt byggde den otillbörliga tilldelningen på ett fel rörande situationen för det stålverk som ArcelorMittal ägde, vilket är ett fel som kan tillskrivas detta bolag, eftersom det hade underlåtit att informera den behöriga myndigheten om att produktionen hade upphört.

74. För ett fall som det ovan beskrivna, föreskrivs det i artikel 13.6 i 2004 års lag att ”ministern fattar beslut huruvida oanvända utsläppsrätter helt eller delvis ska återlämnas”. Det handlar således bara om att avgöra på vilka villkor ministern får fatta beslut om att dessa utsläppsrätter ska återlämnas och närmare bestämt huruvida det fattade beslutet (ministern valde att begära att ArcelorMittal skulle återlämna de oanvända utsläppsrätterna, eftersom det av tidsmässiga skäl inte var möjligt att försöka få till stånd en annullering av tilldelningen i det register som fördes av systemets centrala förvaltare) var i enlighet med direktiv 2003/87.

75. Jag anser att ministerns beslut, vilket bygger på påbudet i 2004 års lag, inte åsidosätter direktiv 2003/87. Efter det att ArcelorMittal hade avbrutit verksamheten vid stålverket i Schiffange den 19 oktober 2011, var bolaget enligt artikel 7 i direktiv 2003/87 och artikel 13.6 i 2004 års lag, skyldigt att informera den behöriga myndigheten om detta. Om bolaget hade gjort det, skulle det enligt den luxemburgska nationella fördelningsplanen inte ha tilldelats utsläppsrätter (för den anläggningen) för

år 2012. Det tilldelades emellertid utsläppsrätter den 22 februari 2012, eftersom den behöriga myndigheten inte fick kännedom om att verksamheten hade avbrutits förrän den 23 april 2012, då ArcelorMittal begärde att miljökontrollerna skulle avbrytas på grund av att verksamheten vid stålverket låg nere.

76. Om bolaget inom föreskriven tid hade anmält att verksamheten hade avbrutits, skulle den behöriga myndigheten kunnat undvika att av misstag tilldela bolaget utsläppsrätter som var uppenbart otillbörliga. Och om den behöriga myndigheten efter det att den hade begått detta fel inom 60 kalenderdagar hade fått reda på att verksamheten hade avbrutits, hade den kunnat vända sig till den centrala förvaltaren och begära att "transaktionen"²⁹ skulle återkallas, i enlighet med vad som föreskrivs för den här typen av fall i artikel 34a.2a i förordning nr 2216/2004.

77. Jag kan inte se att artikel 13.6 i 2004 års lag skulle vara oförenlig med direktiv 2003/87, om ministern, när denne för sent får reda på att driften vid en anläggning har upphört, begär att den centrala förvaltaren ska återkalla den "transaktion" med stöd av vilken utsläppsrätterna tilldelades. Hur förhåller det sig då om ett sådant återkallande är omöjligt, på grund av att tidsfristerna i registreringsbestämmelserna har löpt ut? Jag anser, även här i likhet med kommissionen, att under sådana förhållanden får ministern kräva att de felaktigt tilldelade utsläppsrätterna ska återlämnas.

78. I direktiv 2003/87 föreskrivs det visserligen bara att de utsläppsrätter som motsvarar de utsläpp som skett ska "överlämnas" (artikel 6.2 e och artikel 12.3 i direktivet). Så som systemet är utformat förefaller det i princip inte förenligt med att det totala antalet utsläppsrätter som har fördelats eller det antal utsläppsrätter som har tilldelats en viss anläggning, ändras i efterhand.³⁰ Den här aktuella situationen handlar emellertid om ett *återlämnande* av en utsläppsrätt som aldrig borde ha tilldelats, eftersom villkoren i den nationella fördelningsplanen inte var uppfyllda inom ramen för direktiv 2003/87. Det handlar således inte om någon justering för att rätta till ett rent räknefel vid bestämningen av antalet utsläppsrätter (det är den typen av fall som kommissionen syftar på i sitt meddelande KOM(2006) 725 slutligt),³¹ utan om att tillämpa reglerna för hur systemet ska fungera, för att undvika en snedvridning av marknaden för utsläppsrätter och indirekt göra det lättare att uppnå syftet med denna marknad som är att skydda miljön.

79. Jag anser således att direktiv 2003/87 inte utgör hinder för 2004 års lag i den del det där föreskrivs att en verksamhetsutövare ska återlämna de utsläppsrätter som tilldelats denne på ett otillbörligt sätt på grund av att verksamhetsutövaren inte har uppfyllt sin skyldighet att informera den behöriga myndigheten om att anläggningen har stängts. Ett beslut om återlämnande är berättigat om det av tidsmässiga skäl inte längre är möjligt att begära att den centrala förvaltaren ska återkalla tilldelningen, efter det att den frist som föreskrivs i bestämmelserna om registrering av transaktioner har löpt ut, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva.

29 — Enligt artikel 2 v i förordningen avses med transaktion "utfärdande, överföring, förvärv, överlämnande, annullering eller ersättning av utsläppsrätter och utfärdande, överföring, förvärv, annullering eller återlösen av utsläppsminskningenheter (ERU), certifierade utsläppsminskningar (CER), tilldelade utsläppsenheter (AAU) och sänkkrediter (RMU) samt överflyttning av utsläppsminskningenheter (ERU), certifierade utsläppsminskningar (CER) och tilldelade utsläppsenheter (AAU)".

30 — I ett meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om bedömning av nationella fördelningsplaner avseende utsläppsrätter för växthusgaser för den andra handelsperioden inom EU:s system för handel med utsläppsrätter (KOM(2006) 725 slutligt), del 2, punkt 2.1, förklaras det att sådana "justeringar skulle strida mot den grundläggande principen för ett handelssystem med tak (cap-and-trade system), såsom det är konstruerat i direktivet", att "det inte finns något administrativt behov av efterhandsjusteringar eller någon annan motivering för dem" och att medlemsstaterna är skyldiga att "använda de tillförlitligaste uppgifter som finns tillgängliga när de beslutar om fördelningen före starten av handelsperioden".

31 — Där anges att ett av de fall då det trots allt är tillåtet att göra en efterhandsjustering är när en anläggning stängs under den aktuella perioden, då "det inte längre finns någon anläggning som skall tilldelas utsläppsrätter" (se föregående fotnot).

B – Den andra tolkningsfrågan

1. Inledande synpunkter om huruvida frågan kan tas upp till sakprövning

80. Den andra frågan från den hänskjutande domstolen handlar om utsläppsrätternas beskaffenhet eller rättsliga kvalificering. Denna fråga är av särskilt intresse för Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen), eftersom möjligheten att beteckna beslutet om återlämnande som en expropriation enligt luxemburgsk rätt, skulle kunna vara beroende av svaret på den.

81. Såväl kommissionen som den luxemburgska regeringen har gjort gällande att denna andra tolkningsfråga inte kan tas upp till sakprövning. Kommissionen anser att skyldigheten att återlämna utsläppsrätterna beror på en regel som Luxemburg har infört inom ramen för sin befogenhet att godkänna sin nationella fördelningsplan och att det inte är en skyldighet som föreskrivs i unionsrätten och därmed inte utgör ett fall där unionsrätten är tillämplig.

82. Luxemburgs regering menar i likhet med kommissionen att frågan inte handlar om att tolka direktiv 2003/87 utan den nationella rätten och att det närmare bestämt rör sig om en fråga om nationell (konstitutionell) rätt som har hänskjutits till Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) och att den domstolen bara kan besvara den inom ramen för sin behörighet. Enligt Luxemburgs regering ska Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) enbart pröva om de luxemburgska lagarna är förenliga med landets författning och den har således ingen möjlighet att pröva huruvida dessa lagar är förenliga med konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna eller med stadgan, vilket det enbart ankommer på de allmänna domstolarna att pröva.

83. Kommissionen anser att även om unionsrätten inte är tillämplig på föremålet för frågan, skulle EU-domstolen kunna klargöra vad som utmärker utsläppsrätterna inom ramen för unionsrätten, ”för att den hänskjutande domstolen ska kunna dra sina egna slutsatser”.³² Den luxemburgska regeringen har däremot bestämt gjort gällande att EU-domstolen inte är behörig att uttala sig om den andra frågan och den har därför inte anfört några argument rörande denna.

84. Den luxemburgska regeringens invändning hänger samman med att EU-domstolen (eventuellt) saknar behörighet, eftersom det inte finns något samband mellan föremålet för frågan och unionsrätten. Den hänger emellertid även, i första hand, samman med att Cour constitutionnelle (eventuellt) saknar behörighet att avgöra tvisten om den faller utanför dess jurisdiktion.

2. Huruvida den hänskjutande domstolen är behörig att ställa frågan

85. Cour constitutionnelles (Författningsdomstolens) behörighet att hänskjuta tolkningsfrågor enligt artikel 267 FEUF bygger på att den otvivelaktigt är att betrakta som en domstol. Mot bakgrund av detta och i motsats till den luxemburgska regeringens ståndpunkt, har Cour constitutionnelle funnit det lämpligt att vända sig till EU-domstolen, eftersom den anser att för att den ska kunna uttala sig om huruvida artikel 13.6 i 2004 års lag är förenlig med artikel 16 i konstitutionen – det vill säga för att kunna pröva en fråga som otvivelaktigt är av konstitutionell karaktär – måste utsläppsrätternas rättsliga beskaffenhet enligt unionsrätten först klargöras.

86. Jag anser att när Cour constitutionnelle gör gällande att den behöver få klarlagt huruvida utsläppsrätterna kan kvalificeras som ”egendom” enligt unionsrätten för att kunna fylla ut innehållet i en nationell bestämmelse (i det här fallet artikel 16 i Luxemburgs konstitution, som används för att bedöma giltigheten av 2004 års lag), kan den – och ska den enligt artikel 267 FEUF – begära ett

32 — Punkt 49 i dess skriftliga yttrande.

förhandsavgörande från EU-domstolen. Huruvida det är nödvändigt att se till andra rättsliga bestämmelser än konstitutionen, är en frågeställning rörande nationell rätt som EU-domstolen inte kan blanda sig i. På EU-domstolen ankommer det endast att avgöra om den hänskjutande domstolen är att betrakta som en domstol och att svara på dess frågor – med utgångspunkt i principen att det ankommer på den nationella domstolen – vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet – att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen.³³

3. Domstolens behörighet

87. Det ovan nämnda räcker emellertid inte för att domstolen ska besvara den fråga som ställs till den. Frågan måste dessutom handla om tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse som är relevant för att avgöra tvisten i det nationella målet.³⁴

88. Den luxemburgska regeringen och kommissionen gör båda bedömningen att så inte är fallet i förevarande mål, men jag delar inte deras bedömning.

89. Som jag nämnt i mitt förslag till svar på den första tolkningsfrågan, leder reglerna om utsläppsrätter i direktiv 2003/87 i ett mål som det förevarande till att de utsläppsrätter som har tilldelats felaktigt ska återlämnas.

90. Det stämmer emellertid att det i unionsrätten inte entydigt anges vilken utsläppsrätternas rättsliga beskaffenhet är och det ankommer enligt subsidiaritetsprincipen på medlemsstaterna att definiera den. Dessa har kommit fram till mycket olika lösningar: från att karaktärisera dem som myndighetstillstånd (tilldelade andelar, licenser, tillstånd, koncessioner), till att beteckna dem som egendom som man kan tillägna sig (med full äganderätt eller genom nyttjanderätt eller andra atypiska sakrätter) eller som rena finansiella instrument, i nästan samtliga fall med åtskilliga förbehåll och med iakttagande av stor försiktighet.³⁵

91. Innan deras rättsliga beskaffenhet slås fast (huruvida de är egendom eller myndighetstillstånd eller finansiella instrument eller dylikt) måste emellertid en fråga klaras ut: huruvida de har skapats med giltig verkan som ”utsläppsrätter” enligt direktiv 2003/87.

92. Oberoende av vilken rättslig beskaffenhet de anses ha i de olika nationella lagstiftningarna, får utsläppsrätterna bara fördelas eller tilldelas i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna. I förevarande fall handlar det problem som aktualiserats vid de nationella domstolarna som nämnts om återlämnandet av utsläppsrätter, vilket krävs då det konstateras att de har tilldelats felaktigt. Eftersom man måste utgå från direktiv 2003/87 för att avgöra huruvida det är lämpligt att kräva ett återlämnande, rör det sig om ett fall där unionsrätten ska tillämpas och som därmed omfattas av EU-domstolens behörighet.

93. Innan det avgörs om utsläppsrätterna är egendom eller myndighetstillstånd i den luxemburgska rättsordningen – vilket det ankommer på den nationella domstolen att avgöra med tillämpning av den nationella lagstiftningen – ska det med andra ord först prövas huruvida själva det föremål som ska ligga till grund för den rättsliga kvalificeringen i förevarande fall har skapats. Denna prövning ska göras mot bakgrund av unionsrätten, så som domstolen tolkar den.

33 — Se beträffande detta bland annat dom av den 26 juni 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.* (C-305/05, EU:C:2007:383), punkt 18.

34 — Till exempel dom av den 21 december 2011, *Cicala* (C-482/10, EU:C:2011:868), punkterna 16–19.

35 — Beträffande detta, se *La régulation des marchés du CO₂*, Rapport de la mission confiée à Michel Prada, 2010, s. 60–61, som finns på <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000201/>

4. Prövning i sak

94. Skapandet av utsläppsrätter – till att börja med – och därefter utformningen av dem som egendom eller myndighetstillstånd – är två processer som är skilda från varandra. De ingår i olika rättsliga sfärer: unionsrätten, i det första fallet, och de nationella rättsordningarna, i det andra.

95. Om utsläppsrätterna i en medlemsstat utformas som egendom som kan innehas (med äganderätt eller närstående rättigheter) av rättighetshavarna, kan ett myndighetsbeslut att frånta dem utsläppsrätterna eventuellt innebära en expropriation, om de berörda domstolarna beslutar om det. Om de i stället betecknas som rena myndighetstillstånd, kräver ett återkallande av dem säkert en annan behandling: återigen den som föreskrivs i den nationella rätten, tolkad av domstolarna i medlemsstaterna.

96. Den tvist som anhängiggjorts vid Cour constitutionnelle rör utsläppsrättens uppkomst, inom ramen för direktiv 2003/87. Den rör således en tidpunkt som föregår den rättsliga kvalificeringen av utsläppsrätterna, efter det att de skapats som sådana. I detta skede kan man ännu inte, i egentlig mening, tala om egendom som kan innehas eller om ett giltigt myndighetstillstånd, vilket innebär att *återlämnandet* av de utsläppsrätter som tilldelats felaktigt varken kan betraktas som en expropriation eller som ett otillåtet undanröjande av ett myndighetsbeslut. Det beror helt enkelt på att en utsläppsrätt inom ramen för unionsrätten – vilket är den rättsordning där svaret avseende detta *återlämnande* ska sökas – inte nödvändigtvis utgör egendom eller ett tillstånd, utan bara är en förutsättning för något som senare kan betecknas som det ena eller det andra (eller något helt annat) i de olika medlemsstaterna.

97. Ett *återlämnande* av en utsläppsrätt som inte har utnyttjats, vilket sker på grund av att utsläppsrätten har tilldelats till följd av ett fel som dess innehavare har gjort sig skyldig till och som inte kan åtgärdas genom ett återkallande i registret (det vill säga ett sådant återlämnande som det nationella målet handlar om), är en konsekvens av direktiv 2003/87. På så sätt säkerställs det att det system för handel med utsläppsrätter som har skapats av unionen som ett centralt instrument för dess miljöskyddspolitik fungerar på rätt sätt. Jag anser således att artikel 17 i stadgan inte är tillämplig på det, eftersom återlämnandet, under dessa förhållanden, inte innebär en expropriation av egendom som redan ingår i innehavarens tillgångar, utan ett återkallande av beslutet att tilldela utsläppsrätter, på grund av att villkoren för denna tilldelning enligt direktiv 2003/87 inte var uppfyllda.

98. Således föreslår jag att den andra tolkningsfrågan ska besvaras så, att de utsläppsrätter som tilldelats i enlighet med direktiv 2003/87, inte kan betecknas som egendom som ingår i innehavarnas tillgångar, med avseende på de garantier som är kopplade till den grundläggande rätten till egendom som erkänns i artikel 17 i stadgan.

VI – Förslag till avgörande

99. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Cour constitutionnelle (Författningsdomstolen) i Luxemburg har ställt enligt följande:

- 1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG, utgör inte hinder för en nationell bestämmelse som den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken det föreligger en skyldighet att återlämna utsläppsrätter som har tilldelats till följd av ett fel, som verksamhetsutövaren har gjort sig skyldig till, när det inte längre är möjligt att begära att den centrala förvaltaren av registret ska återkalla tilldelningen, vilket det ankommer på den nationella domstolen att avgöra.

- 2) Utsläppsrätter som har tilldelats i strid med de villkor som föreskrivs i direktiv 2003/87 kan inte anses utgöra egendom som ingår i innehavarnas tillgångar, med avseende på de garantier som är förknippade med den grundläggande rätten till egendom som erkänns i artikel 17 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.