



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN

föredraget den 3 juni 2021¹

Mål C-126/20

**ExxonMobil Production Deutschland GmbH
mot**

Bundesrepublik Deutschland genom Umweltbundesamt (Federala miljömyndigheten

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – System för handel med utsläppsrätter för växthusgaser – Övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter – Beslut 2011/278/EU – Artikel 3 h – Delanläggning med processutsläpp – Svavelåtervinning – ’Claus-processen’ – Utsläpp av koldioxid som finns i naturgas – Omfattningen av begreppet ’delanläggning med processutsläpp’ – Användning av kolhaltigt råmaterial – Hierarki mellan olika kategorier av delanläggningar – Begäran om tilldelning har inte beviljats vid utgången av en handelsperiod – Övergång till nästa handelsperiod”

I. Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) rör i huvudsak omfattningen av begreppet ”delanläggning med processutsläpp” i enlighet med artikel 3 h v i kommissionens beslut 2011/278/EU.² Detta är en av de kategorier för vilken en anläggning kan tilldelas gratis utsläppsrätter vid tillämpning av direktiv 2003/87/EG,³ som inför ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser för företag som verkar inom Europeiska unionen.

2. Medan denna fråga förvisso är i hög grad teknisk, närmare bestämt huruvida utsläpp av koldioxid (CO₂) som naturligt frigörs under en industriell process som kallas Claus-processen ska beviljas utsläppsrätter gratis, är den ändå av avsevärd ekonomisk betydelse. Detta framgår av förhållandet att ExxonMobil Production Deutschland GmbHs (nedan kallad ExxonMobil)

¹ Originalspråk: engelska.

² Kommissionens beslut av den 27 april 2011 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG (EUT L 130, 2011, s. 1).

³ 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) i ändrad lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 om ändring av direktiv 2003/87/EG i avsikt att förbättra och utvidga gemenskapssystemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser (EUT L 140, 2009, s. 63).

yrkande uppgår till omkring 3,5 miljoner certifikat med ett marknadsvärde av omkring 78,5 miljoner euro för perioden 2013–2019.⁴ Före behandlingen av de faktiska och rättsliga frågorna i målet är det dock nödvändigt att först ange de relevanta rättsliga bestämmelserna.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2003/87

3. Direktiv 2003/87/EG anger dess tillämpningsområde i artikel 2.1 som har följande lydelse:

”Detta direktiv skall tillämpas på utsläpp från de verksamheter som anges i bilaga I och för de växthusgaser som anges i bilaga II.”

4. Relevanta definitioner anges i dess artikel 3:

”b) *utsläpp*: utsläpp i atmosfären av växthusgaser från källor belägna inom en anläggning ...,

...

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,”

5. Kapitel III i direktiv 2003/87 innehåller regler för stationära anläggningar. Artikel 10 däri anger principen att från och med 2013 ska medlemsstaterna auktionera ut alla utsläppsrätter som inte tilldelas gratis i enlighet med artiklarna 10a och 10c.

6. Artikel 10a har rubriken ”Gemenskapstäckande övergångsbestämmelser för gratis tilldelning”. I första stycket i dess första punkt föreskrivs att kommissionen ska anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser för tilldelning av utsläppsrätter.

7. Medan artikel 10a.11 i direktiv 2003/87 föreskriver att gratis tilldelning av utsläppsrätter ska minska varje år med målsättningen att 2027 ha avskaffat all gratis tilldelning anger punkt 12 i denna bestämmelse att sektorer eller delsektorer där det föreligger betydande risk för koldioxidläckage inte ska vara föremål för sådan minskning.

8. Artikel 10a.13–10a.18 i direktiv 2003/87 innehåller regler för hur det avgörs vilka sektorer eller delsektorer som ska anses löpa avsevärd risk för koldioxidläckage.

9. Artikel 12 i direktiv 2003/87 med rubriken ”Överlåtelse, överlämnande och annullering av utsläppsrätter” föreskriver i dess punkt 3 följande:

”Medlemsstaterna ska se till att verksamhetsutövaren för varje anläggning senast den 30 april varje år överlämnar det antal utsläppsrätter, ... som motsvarar de sammanlagda utsläppen från

⁴ Siffror som lämnades av Umweltbundesamt (Federala miljömyndigheten) under förhandlingen.

anläggningen under det föregående kalenderåret, ... och att dessa utsläppsrätter därefter annulleras.”

10. Artikel 13, som behandlar utsläppsrätternas giltighet, föreskriver följande:

”1. Utsläppsrätter som utfärdats från och med den 1 januari 2013 och framåt ska vara giltiga för utsläpp under perioder av åtta år med start den 1 januari 2013.

2. Utsläppsrätter som inte längre är giltiga och som inte överlämnats och annullerats i enlighet med artikel 12 ska annulleras av den behöriga myndigheten, fyra månader efter det att varje period som avses i punkt 1 börjat löpa.

...”

11. Ordalydelsen i artikel 13 har ersatts genom direktiv 2018/410.⁵ Den föreskriver nu följande:

”Utsläppsrätter som utfärdas från och med den 1 januari 2013 ska vara giltiga för obestämd tid. Utsläppsrätter som utfärdas från och med den 1 januari 2021 ska innehålla uppgifter som visar under vilken tioårsperiod från och med den 1 januari 2021 de utfärdades och vara giltiga för utsläpp från och med den berörda periodens första år.”

2. Beslut 2011/278

12. Skäl 12 i beslut 2011/278 anger följande:

”När det inte har gått att ta fram ett produktriktmarke trots att det förekommer växthusgaser med rätt till gratis utsläppsrätter, bör tilldelningen göras på grundval av allmänna alternativa metoder (s.k. fallback). Det finns en hierarki med tre alternativa metoder som har tagits fram i syfte att maximera minskningarna av växthusgasutsläpp och att maximera energibesparingarna för åtminstone delar av de berörda produktionsprocesserna. Riktmärket för värme kan tillämpas på värmeförbrukningsprocesser där en mätbar värmebärare används. I fall där icke mätbar värme förbrukas kan man använda bränsleriktmärket. Riktmärkesvärdena för värme och bränsle har härletts enligt principerna om transparens och enkelhet, med tillämpning av en referenseffektivitet hos ett allmänt tillgängligt bränsle som kan anses vara näst bäst när det gäller växthusgaseffektivitet när energieffektiva tekniker används. ...”

13. Artikel 3 h iv och v i beslut 2011/278 definierar delanläggning med processutsläpp på följande sätt:

”h) delanläggning med processutsläpp:| växthusgasutsläpp förtecknade i bilaga I till direktiv 2003/87/EG andra än koldioxid, som inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmarke som ingår i bilaga I, eller koldioxidutsläpp som inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmarke som ingår i bilaga I, på grund av någon av följande verksamheter samt utsläpp som härrör från förbränning av ofullständigt oxiderat kol producerat som ett resultat av följande verksamheter i syfte att producera mätbar värme,

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/410 av den 14 mars 2018 om ändring av direktiv 2003/87/EG för att främja kostnadseffektiva utsläppsminskningar och koldioxidsnåla investeringar, och beslut (EU) 2015/1814 (EUT L 76, 2018, s. 3).

icke mätbar värme eller el, under förutsättning att utsläpp som skulle ha inträffat vid förbränning av en mängd naturgas som motsvarar det tekniskt användbara energiinnehållet i det förbrända ofullständigt oxiderade kolet dras ifrån:

...

- iv) Kemiska synteser där det kolhaltiga materialet ingår i reaktionen, i ett primärt syfte som inte är värmegenerering.
- v) Användning av kol som innehåller tillsatser eller råmaterial i ett primärt syfte som inte är värmegenerering.

...”

14. Artikel 6 i beslut 2011/278 beskriver systemet med delanläggningar. De delar som är relevanta i förevarande sammanhang föreskriver följande:

”1. Vid tillämpning av detta beslut ska medlemsstaterna vid behov dela upp varje anläggning som har rätt till gratis utsläppsrätter enligt artikel 10a i [direktiv 2003/87] i en eller flera av följande delanläggningar:

- a) Delanläggning med produktriktmarke.
- b) Delanläggning med värmeriktmarke.
- c) Delanläggning med bränsleriktmarke.
- d) Delanläggning med processutsläpp.

Delanläggningarna ska i den mån det är möjligt motsvara fysiska delar av anläggningen.

För delanläggningar med värmeriktmarke, bränsleriktmarke och processutsläpp ska medlemsstaterna ... tydligt identifiera huruvida den relevanta processen tjänar en sektor eller delsektor som bedöms löpa en betydande risk för koldioxidläckage enligt beslut 2010/2/EU.

...

2. Summan av insatsvaror, utgående varor och utsläpp från var och en av delanläggningarna ska inte överskrida anläggningens totala utsläpp.”

15. Artiklarna 7.7 och 8.5 i beslut 2011/278 föreskriver att medlemsstaterna ska se till att det inte förekommer överlappningar mellan delanläggningar eller dubbelräkning.

3. Förordning nr 601/2012

16. Som förutsatts i artikel 14.1 i direktiv 2003/87 innehåller kommissionens förordning (EU) nr 601/2012 av den 21 juni 2012 om övervakning och rapportering av växthusgasutsläpp i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG⁶ sådana regler.

⁶ EUT L 181, 2012, s. 30.

17. Artikel 3 i förordning nr 601/2012 innehåller vissa definitioner som inte finns i direktiv 2003/87 eller beslut 2011/278 såsom exempelvis:

”30. ’processutsläpp’: andra växthusgasutsläpp än förbränningsutsläpp, som inträffar på grund av avsiktliga och oavsiktliga reaktioner mellan ämnen eller omvandling av ämnen, inbegripet kemisk eller elektrolytisk reduktion av metallmalmer, termisk nedbrytning av ämnen och bildning av ämnen som används som produkter eller insatsvaror.

...

40. ’ingående koldioxid’: koldioxid som finns i ett bränsle.

...”

18. Artikel 2 i förordning nr 601/2012 föreskriver följande:

”Denna förordning ska tillämpas på övervakning och rapportering av växthusgasutsläpp angivna i förhållande till de verksamheter som förtecknas i bilaga I till direktiv 2003/87/EG.”

19. Artikel 48 i förordning nr 601/2012, som behandlar ingående koldioxid, föreskriver följande:

”1. Ingående koldioxid som överförs till en anläggning, även sådan koldioxid som ingår i naturgas eller avfallsgas, såsom masugnsgas eller koksugnsgas, ska inbegripas i emissionsfaktorn för det bränslet.

...

Om ingående koldioxid släpps ut eller överförs från anläggningen till enheter som inte omfattas av direktiv 2003/87/EG ska det betraktas som utsläpp från anläggningen där det har sitt ursprung.

...”

4. *Beslut 2015/1814*

20. En reserv för marknadsstabilitet upprättades genom beslut 2015/1814⁷ för att rätta till strukturell obalans mellan tillgång och efterfrågan. Artikel 1.2, 1.3 och 1.5 i beslut 2015/1814 avgör vilka utsläppsrätter som ska placeras i denna reserv. Den föreskriver följande:

”2. De 900 miljoner utsläppsrätter som räknas av från auktionsvolymerna under perioden 2014–2016, såsom fastställs i förordning (EU) nr 176/2014 enligt artikel 10.4 i direktiv 2003/87/EG, ska inte läggas till de volymer som ska auktioneras ut 2019 och 2020, utan ska i stället placeras i reserven.

3. De utsläppsrätter som inte tilldelats anläggningarna enligt [en artikel rörande reserver för nya deltagare i systemet] och utsläppsrätter som inte tilldelats anläggningar på grund av tillämpningen av [artiklar som rör verksamhetens upphörande] ska placeras i reserven 2020. ...

⁷ Europaparlamentets och rådets beslut (EU) 2015/1814 av den 6 oktober 2015 om upprättande och användning av en reserv för marknadsstabilitet för unionens utsläppshandelssystem och om ändring av direktiv 2003/87/EG (EUT L 264, 2015, s. 1).

...

5. Varje år ska ett antal utsläppsrätter motsvarande 12 % av det totala antalet utsläppsrätter i omlopp, ..., räknas av från de auktionsvolymerna som ska auktioneras ut av medlemsstaterna enligt artikel 10.2 i [direktiv 2003/87] och placeras i reserven under en period på 12 månader med start den 1 september det året, såvida inte det antal utsläppsrätter som ska placeras i reserven skulle vara lägre än 100 miljoner. ...”

B. Tysk rätt

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)

21. Ordalydelsen i § 7.2 i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lagen om handel med utsläppsrätter för växthusgaser-TEHG)⁸ i den lydelse som var gällande 2011 motsvarade lydelsen i artikel 13 i direktiv 2003/87.⁹

22. § 9 punkt 1 TEHG föreskriver följande:

”1. Verksamhetsutövare tilldelas gratis utsläppsrätter i enlighet med principerna i artikel 10a i ... direktiv [2003/87] ... och principerna i beslut [2011/278] ...”

23. Del 2 i bilaga 1 till TEHG med rubriken ”Verksamheter” anger, i dess punkt 1, bland anläggningar vars utsläpp omfattas av den lagstiftningen, ”förbränningsenheter avsedda att förbränna bränslen i anläggningar med en sammanlagd tillförd effekt på minst 20 [megawatts (MW)] ...”.

C. Zuteilungsverordnung 2020

24. 2 § led 29 b ee i Zuteilungsverordnung über Treibhausgas-Emissionsberechtigungen 2020¹⁰ (Förordning om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser under handelsperioden 2013 till 2020, nedan kallad ZuV 2020) innehåller en definition av delanläggning med processutsläpp som motsvarar ordalydelsen i artikel 3 h v i beslut 2011/278.

⁸ Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen av den 21 juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475).

⁹ § 7 punkt 2 TEHG har inte nämnts av den hänskjutande domstolen. Den nämndes i ExxonMobils skriftliga yttranden dock av den anledningen att den låg till grund för domen från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen) av den 26 april 2018 (DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0). Ordalydelsen i denna bestämmelse ändrades genom artikel 1 i Gesetz zur Anpassung der Rechtsgrundlagen für die Fortentwicklung des Europäischen Emissionshandels av 18 januari 2019 (BGBl. I S.37) med verkan från 25 januari 2019.

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

25. 3 § ZuV 2020 med rubriken ”Utformning av tilldelningskriterier” föreskriver i dess första stycke följande:

”I ansökan om gratis tilldelning av utsläppsrätter för en anläggning ska alla insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp som är relevanta för tilldelningen fördelas på följande tilldelningskriterier under den referensperiod som bestämts ...:

1. ett eller flera tilldelningskriterier med produktutsläppsvärde i enlighet med [ett produkttilldelningskriterium],
2. ett tilldelningskriterium med ett värmeutsläppsvärde ... i den omfattning som det inte innefattar tilldelningskriterier enligt punkt 1,
3. ett tilldelningskriterium med bränsleutsläppsvärde ..., i den omfattning som det inte innefattar tilldelningskriterier enligt punkt 1 och 2, och
4. ett tilldelningskriterium med processutsläpp enligt § 2 led 29, i den omfattning som det inte innefattar tilldelningskriterier enligt punkterna 1–3.”

III. Tvisten i det nationella målet, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

26. ExxonMobil driver en anläggning för behandling av naturgas för utvinning av svavel i Großenkneten (Tyskland) (nedan kallad anläggningen). Då denna verksamhet inbegriper förbränning av bränslen med en sammanlagd tillförd effekt på minst 20 MW omfattas anläggningen av tillämpningsområdet för TEHG,¹¹ som införlivar direktiv 2003/87¹² med nationell rätt.

27. Anläggningen består i synnerhet av en svavelåtervinningsanordning (som omfattar Claus-processutrustning, en ångöverhettare, en ångpanna, och en gasmotoranordning), anordning för avsvavling (rening) och avvattning av naturgas, utrustning för rening av rökgas och nödfacklingsutrustning. Claus-anordningarna är den huvudsakliga källan till utsläppen av koldioxid.

28. Anläggningen behandlar naturgas som erhållits från naturliga källor som innehåller en hög koncentration av svavelväte (H_2S) och vattenånga (H_2O), metan (CH_4) och CO_2 . På grund av den höga halten av H_2S i naturgas kallas denna också ”surgas”. Koldioxid i likhet med andra komponenter förekommer naturligt i den rågas som finns i jorden. Dess mängd kan variera beroende på borrhålet och fyndigheten men finns enligt ExxonMobil¹³ i alla europeiska naturgasfyndigheter. För att gasen ska motsvara den kvalitet som föreskrivs av gasnätoperatören måste koldioxid och andra naturliga komponenter delvis avlägsnas från naturgasen innan den släpps ut i överföringsnätet.

29. Innan jag fortsätter är det nödvändigt att kort beskriva Claus-processen som utgör kärnan i detta förfarande. Denna är en avsvavlingsprocess avseende gas som sker i många steg som är uppkallad efter dess tyska uppfinnare och den har varit standard i industrin alltsedan det brittiska patentet beviljades för detta ändamål 1883. Som ett resultat av tillämpningen av denna

¹¹ 2 § i förening med bilaga 1 del 2 TEHG.

¹² Den relevanta bestämmelsen i detta direktiv är artikel 2.1 jämförd med bilaga I.

¹³ Detta bestreds inte av någon av parterna.

kemiska process utvinns svavel ur svavelväte i gasform som finns i rå naturgas. Det väsentliga är emellertid att koldioxid frigörs som en naturlig biprodukt i den kemiska processen utan att den själv tar del i raden av kemiska reaktioner som själva framställer svavlet.

30. I anläggningen för behandling av naturgas i Großenkneten renas sur gas genom kemisk absorption med ett lösningsmedel (sulfinol process). Lösningsmedlet återskapas och frigjord H_2S omvandlas till rent flytande svavel i Claus-anläggningen. Koldioxid som avlägsnats ur den sura gasen och som ingår i denna gas släpps sedan ut i atmosfären genom en skorsten. Koldioxiden deltar inte i den kemiska reaktionen i Claus-processen som leder till utvinning av elementärt svavel.¹⁴ Den värme som alstras i det termiska ledet fångas upp i en spillvärmepanna och används i anläggningen.

31. ExxonMobil begärde gratis utsläppsrätter avseende anläggningen. Denna begäran grundades på olika fördelningar av de olika riktmärkena. Genom sitt beslut av den 17 februari 2014 tilldelade Deutsche Emissionshandelsstelle (Tyska myndigheten för handel med utsläppsrätter) (nedan kallad DEHSt) ExxonMobil gratis 4 216 048 utsläppsrätter för handelsperioden som löpte från 2013 till 2020. Denna tilldelning grundades delvis på en tillämpning med ledning av värmeriktmärket¹⁵ och delvis med tillämpning av bränsleriktmärket med beaktande av risken för koldioxidläckage. DEHSt avböjde emellertid att tilldela ExxonMobil gratis utsläppsrätter som det hade begärt med avseende på processutsläpp. DEHSt motiverade denna vägran på den grunden att koldioxidutsläppen inte härrörde från Claus-processen men att koldioxiden snarare redan fanns i det råmaterial som användes i processen. Det är just denna vägran som föranlett förevarande förfarande.

32. De invändningar som ExxonMobil anfört mot detta beslut underkändes i DEHSt:s beslut av den 7 oktober 2019.¹⁶ I detta beslut upprepade DEHSt att en tilldelning med tillämpning av processriktmärket enligt det andra alternativet i 2 § led 29 b ee ZuV 2020 inte kunde beviljas då koldioxiden endast är en associerad gas som frigjorts som en vidhängande biprodukt i processen utan att själv delta i den kemiska reaktionen i Claus-processen. Därav följde att koldioxiden som släpps ut genom en skorsten i atmosfären vid slutet av Claus- processen inte medförde rätt till en tilldelning av gratis utsläppscertifikat.

33. ExxonMobil vidhåller sin inställning och har väckt talan den 8 november 2019 vid Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin) (nedan kallad den hänskjutande domstolen).

34. Sökandena i mål C-682/17 och i förevarande mål är identiska. Anläggningen i fråga i förevarande mål är emellertid inte en elproducent i den mening som avses i artikel 3 u i direktiv 2003/87.¹⁷ Enligt den hänskjutande domstolen är dessutom den elektricitet som alstras av ExxonMobil i dess Großenkneten-anläggning alstrad genom högeffektiv kraftvärme och skulle därför inte generellt vara undantagen från gratis tilldelning av utsläppscertifikat (artikel 10a.4 i

¹⁴ Fastän ExxonMobil i sitt svar har framhållit att den fullgör en viktig verksam uppgift i Claus-processen som en icke-brännbar gas med en temperaturreglerande funktion för den tekniskt nödvändiga kontrollen av arbetstemperaturen. Detta bestreds emellertid av Umweltbundesamt (Federala miljömyndigheten, Tyskland).

¹⁵ För användningen av värme som fångas upp i spillvärmepannan som används i anläggningen.

¹⁶ Den tid som förflutit mellan ExxonMobils invändning som getts in den 12 mars 2014 och DEHSt:s underkännande därav beror på att målet vilandeförklarats i avvaktan på domstolens dom i målet ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518) som meddelades den 20 juni 2019. Målet rörde en annan anläggning för behandling av naturgas som använde Claus-processen som också drevs av ExxonMobil.

¹⁷ Enligt den hänskjutande domstolen började ExxonMobil producera elektrisk energi för försäljning till tredje parter sommaren 2014 vilket var efter det att DEHSt hade meddelat sitt beslut.

direktiv 2003/87). Då detta inte var fallet beträffande anläggningen som var i fråga i mål C-682/17, beslutade domstolen – redan på den grunden – att ExxonMobil inte hade rätt till gratis tilldelning av utsläppsrätter för den anläggningen. Dessa fastställda omständigheter medförde att svar på följande frågor blev överflödiga. Frågorna 3 med delfrågorna a och b och fråga 4 i mål C-682/17, har nu åter ställts av den hänskjutande domstolen i frågorna 1–4 i förevarande mål.

35. Mot bakgrund av ovanstående överväganden har den hänskjutande domstolen beslutat att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

- ”1. Är de utsläpp av koldioxid i atmosfären som sker i samband med bearbetning av naturgas (i form av sur gas) genom den så kallade Claus-processen, där koldioxid som naturligt ingår i naturgasen avskiljs från gasblandningen, att anse som utsläpp vilka i den mening som avses i artikel 3 h första meningen i [beslut 2011/278] härrör från det förfarande som avses i artikel 3 h punkt v?
2. Kan koldioxidutsläpp i den mening som avses i artikel 3 h första meningen i [beslut 2011/278] ’härröra’ från ett förfarande, i vilket koldioxid som förekommer naturligt i naturresursen släpps ut i atmosfären, utan att någon ytterligare koldioxid uppstår genom förfarandet? Eller är det en tvingande förutsättning enligt denna bestämmelse att den koldioxid som släpps ut i atmosfären måste ha uppstått först som ett resultat av förfarandet?
3. Föreligger det ’användning’ av råmaterial som innehåller kol i den mening som avses i artikel 3 h v i [beslut 2011/278], när naturgas i sitt ursprungstillstånd används för svavelproduktion i Claus-processen och i naturgasen naturligt förekommande koldioxid därvid släpps ut i atmosfären utan att ha medverkat i den kemiska reaktion som äger rum under förfarandet? Eller innebär begreppet ’användning’ att det är en tvingande förutsättning att kolet måste ha medverkat i den kemiska reaktionen eller till och med ha varit nödvändigt för reaktionen?
4. För det fall att frågorna 1–3 besvaras jakande:

Enligt vilket riktmärke ska tilldelningen av gratis utsläppsrätter ske när en utsläppshandelspliktig anläggning uppfyller både de materiella rekvisiten för att utgöra en delanläggning med värmeriktmärke och de materiella rekvisiten för att utgöra en delanläggning med processutsläpp? Har rätten att tilldelas utsläppsrätter på grundval av värmeriktmärket företräde framför rätten att tilldelas utsläppsrätter på grundval av processutsläpp, eller har rätten att tilldelas utsläppsrätter på grundval av processutsläpp företräde, i kraft av att denna grundval är mer specifik, framför rätten att tilldelas utsläppsrätter på grundval av värmeriktmärket och på grundval av bränsleriktmärket?
5. För det fall att frågorna 1–4 besvaras jakande:

Kan rätt till ytterligare gratis utsläppsrätter för den tredje handelsperioden efter utgången av den tredje handelsperioden ges genom den fjärde handelsperioden, om en sådan rätt till gratis tilldelning av utsläppsrätter fastställs rättsligt först efter utgången av den tredje handelsperioden, eller bortfaller rätten till ännu inte tilldelade utsläppsrätter vid utgången av den tredje handelsperioden?”

36. ExxonMobil, Umweltbundesamt (Federala miljömyndigheten, Tyskland)¹⁸ – som svar på domstolens frågor – den tyska regeringen¹⁹ och kommissionen har gett in skriftliga yttranden till domstolen och var närvarande vid förhandlingen den 24 februari 2021.

IV. Bedömning

37. Genom sina frågor 1–3 vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida utsläpp av koldioxid i atmosfären som ingår i det råmaterial som används för tillverkning av en produkt och som inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmarke kan anses som en ”delanläggning med processutsläpp” enligt artikel 3 h v i beslut 2011/278 när koldioxiden i fråga inte utgör en del av den kemiska reaktion varigenom denna produkt tillverkas. Då samtliga tre frågor är inriktade på olika aspekter av ordalydelsen i artikel 3 h v i beslut 2011/278 är det lämpligt att behandla dem tillsammans.

A. Inledande synpunkter: tillämpning av systemet för handel med utsläppsrätter på svavelåtervinningsprocessen

38. Dessa frågor förutsätter emellertid att utsläpp av koldioxid som ingår i naturgasen faktiskt omfattas av systemet för handel med utsläppsrätter. Vid första påseende förefaller det vara förvånande att alls behandla denna fråga då domstolen redan har förklarat i sin dom i målet C-682/17, som också rörde en Claus-processanläggning, ”att en sådan anläggning som den som är aktuell i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2003/87 och därmed av det system för handel med utsläppsrätter som har inrättats genom det direktivet, utan att det har betydelse huruvida den koldioxid som blir resultatet av verksamheten vid anläggningen förekommer naturligt i det råmaterial som den bearbetar”.²⁰

39. Trots denna dom har den tyska regeringen och kommissionen gjort gällande att systemet för handel med utsläppsrätter endast är tillämpligt på utsläpp av växthusgaser som orsakats genom förbränning, som inte är i fråga här, och inte på dem som följer av koldioxid som ingår i naturgasen och som släpps ut som en naturlig biprodukt i slutet av svavelåtervinningsprocessen utan att själv ha varit delaktig i förbränningsprocessen. De har gjort gällande att dessa två skeenden ska behandlas separat.²¹

40. Mot bakgrund härav vill jag återgå till domstolens resonemang i målet C-682/17 utan att nödvändigtvis ta upp samma argument en gång till. Detta förefaller vara lämpligt då parterna tycks vara överens om att anläggningarna i de två målen är jämförbara.

41. I målet C-682/17 behandlade domstolen villkoren i artikel 2.1 i direktiv 2003/87. Det är denna bestämmelse som anger tillämpningsområdet för detta direktiv och således i förlängningen tillämpligheten av systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser. Direktivet är tillämpligt enligt denna bestämmelse på utsläpp av växthusgaser som anges i bilaga II till detta

¹⁸ Förbundsrepubliken Tyskland är part i målet vid den hänskjutande domstolen då det beslut som är föremål för tvist har fattats av DEHSt som hör till Federala miljömyndigheten. Federala miljömyndigheten företräder Förbundsrepubliken Tyskland i dess roll som part i det nationella målet. Den är den centrala miljömyndigheten i Förbundsrepubliken Tyskland.

¹⁹ I egenskap av medlemsstat och företrädare av Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Förbundsministeriet för ekonomi och energi).

²⁰ Punkt 58.

²¹ Det är inte desto mindre något förvånande att även om de hävdar detta, behandlar inte deras argument domstolens dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518).

direktiv. Koldioxid är ett av de angivna utsläppen, om dessa utsläpp är ”från de verksamheter som anges i bilaga I”. En av dessa verksamheter är ”[f]örbränningsanläggningar med en tillförd effekt på mer än 20 MW ...”.²²

42. Domstolen fann sedan i punkterna 47–53 i denna dom att ordalydelsen i artikel 2.1 och artikel 3 b i direktiv 2003/87, den senare definierar termen ”utsläpp”, *inte krävde att den växthusgas som släppts ut också har genererats i samband med de verksamheter som anges i bilaga I*. Domstolen fann att stöd för denna uppfattning förelåg i artikel 48.1 i förordning nr 601/2012 om övervakning och rapportering av utsläpp enligt direktiv 2003/87. Den föreskriver att koldioxid som ingår i naturgas enligt definitionen i artikel 3.40 i denna förordning ska inbegripas i emissionsfaktorn för det bränslet. Domstolen grundade sig också på syftet med direktiv 2003/87, det vill säga att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser.²³

43. Slutsatsen av detta resonemang är att verksamhetsutövare vid Claus-processanläggningar av förevarande slag överlämnar det antal utsläppsrätter som enligt artikel 12.3 i direktiv 2003/87 *ska motsvara de sammanlagda utsläppen från denna anläggning*. Termen ”anläggning” definieras i artikel 3 e i direktiv 2003/87 som ”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.” Denna definition möjliggör att en separat enhet inkluderas om verksamheten som bedrivs där är förknippad med och tekniskt sett är knuten till den berörda anläggningen.²⁴ Å andra sidan, som påståtts av den tyska regeringen och av kommissionen, om en anläggning bedriver flera verksamheter som i förevarande mål, omfattande förbränning av bränslen med en tillförd effekt på mer än 20 MW som anges i bilaga I samt återvinning av svavel som inte anges i bilaga I, omfattas inte den verksamhet som inte anges i bilaga I av systemet för handel med utsläppsrätter²⁵ enligt denna ordalydelse.

44. I målet *Trinseo Deutschland*,²⁶ ett mål i vilket sökandens anläggning inte själv gav upphov till utsläpp som anges i bilaga II till direktiv 2003/87 fastän dess verksamhet angavs i bilaga I till detta direktiv, och således på visst sätt utgör den omvända situationen i förhållande till förevarande mål, hade kommissionen gjort gällande att ”indirekta utsläpp” från produktion av värme skulle beaktas vid tillämpningen av systemet för handel med utsläppsrätter och hävdade således en tolkning av utsläpp som var skild från anläggningen. Domstolen höll sig ändå till ordalydelsen i artikel 3 b i direktiv 2003/87 som knyter utsläppen till anläggningen. För min del ser jag ingen anledning att avvika från denna tydliga ordalydelse.

45. I den omfattning som artikel 6 i beslut 2011/278 delar in anläggningar i delanläggningar är detta endast en analytisk övning för tillämpningen av riktmärken. Bestämmelsen anger tydligt att detta endast görs för tillämpningen av beslut 2011/278. Bestämmelsens formulering, som anger att *anläggningar* ska delas in i *delanläggningar*, tydliggör också att den inte på något sätt påverkar begreppet ”anläggning” som definieras i artikel 3 e i direktiv 2003/87.

²² Undantagen för anläggningar för hantering av farligt avfall och kommunalt avfall är inte i fråga här.

²³ Ibidem, punkterna 54 och 56.

²⁴ Se dom av den 9 juni 2016, *Elektricitets Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ* (C-158/15, EU:C:2016:422, punkt 29).

²⁵ Av annan uppfattning i detta avseende, se förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet *ExxonMobil Production Deutschland* (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 74).

²⁶ Dom av den 28 februari 2018 (C 577/16, EU:C:2018:127).

46. Mot bakgrund av dessa överväganden är det min uppfattning att i linje med domstolens bedömning i mål C-682/17 är systemet för handel med utsläppsrätter inte endast tillämpligt på utsläpp av koldioxid som följer av förbränningsprocessen utan också på utsläpp från svavelåtervinningsprocessen som äger rum i samma anläggning.

47. Sätillvida som kommissionen har hävdade att det skulle strida mot unionslagstiftarens inställning, att endast verksamheter omfattas av systemet som har en särskild potential att kostnadseffektivt minska utsläpp av växthusgaser,²⁷ om verksamheter som inte anges i bilaga I tillåts ingå i systemet, har domstolen redan framhållit i mål C-682/17 att "även om koldioxid ingår i sammansättningen av den sura gasen kan en förbränning av bränslen som utförs i en anläggning, såsom den aktuella anläggningen, som syftar till avsvavling av naturgas och svavelåtervinning i enlighet med Claus-processen, minska koldioxid-utsläppen, eftersom koldioxidhalten i den sura gasen kan variera beroende på vilken gasfyndighet den kommer från. I motsats till vad ExxonMobil gjort gällande är det irrelevant i detta avseende att denna nivå inte systematiskt kan förutses."²⁸

B. Frågorna 1–3: Räknas koldioxid som släpps ut i atmosfären efter behandlingen av sur gas i Claus-processen som "processutsläpp" vid tillämpningen av artikel 3 h v i beslut 2011/278?

48. Medan den tyska regeringen företrädd av Förbundsministeriet för ekonomi och energi och kommissionen inte är överens med Federala miljömyndigheten beträffande huruvida koldioxid som släpps ut i atmosfären som en del av svavelåtervinningsprocessen omfattas av systemet för handel med utsläppsrätter är dessa tre parter överens om att inga gratis utsläppsrätter ska tilldelas för dessa utsläpp. Det bör dock erinras om att den tyska regeringens och kommissionens argument att dessa utsläpp inte kan betraktas som processutsläpp som omfattas av artikel 3 h v i beslut 2011/278 framförs mot bakgrund av att enligt deras påståenden är inte ExxonMobil skyldig att överlämna några utsläppsrätter avseende dessa utsläpp.

49. De tre första frågorna från den hänskjutande domstolen avser emellertid olika moment i artikel 3 h v i beslut 2011/278 som definierar en "delanläggning med processutsläpp".²⁹ För att denna bestämmelse ska vara tillämplig ska följande beståndsdelar föreligga: Det ska föreligga i) koldioxidutsläpp som ii) inträffar utanför systemgränserna för ett produktiktmärke som anges i bilaga I och slutligen iii) som ett resultat av "användning av kol som innehåller ... råmaterial i ett primärt syfte som inte är värmegenerering". Parterna är överens om att de två första kraven är uppfyllda. Utsläpp av (ingående) koloxid sker som en naturlig biprodukt i slutet av svavelåtervinningsprocessen, som är en process för vilken det inte finns något produktiktmärke.³⁰ Det föreligger således oenighet beträffande det tredje kravet.

50. Den hänskjutande domstolen tar upp tre aspekter av det tredje kriteriet: för det första huruvida utsläppet av ingående koldioxid kan anses vara "ett resultat" av någon process och för det andra huruvida sådan ingående koldioxid kan anses "användas" i en process om den inte

²⁷ Kommissionen åberopar i sin argumentation domstolens dom av den 17 maj 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, punkt 42). I den domen kräver emellertid domstolen endast "viss potential att minska utsläppen av växthusgaser", inte *särskild potential* för en kostnadseffektiv minskning av växthusgaser.

²⁸ Punkt 57. Se också förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Elektriciteits Produktiemaatschappij Zuid-Nederland EPZ (C-158/15, EU:C:2016:139, punkt 39) som framhöll att "marknadsmekanismen också innebär att det under vissa omständigheter är motiverat att helt avstå från vissa verksamheter, om kostnaderna för oundvikliga utsläpp gör att dessa verksamheter inte längre är konkurrenskraftiga", en logik som kan tillämpas på vissa fyndigheter i förevarande mål, om det naturliga innehållet av koldioxid är särskilt högt.

²⁹ Å andra sidan definierar inte beslut 2011/278 "processutsläpp" som sådant. Jag återkommer till detta senare.

³⁰ Koldioxidutsläppen som är ett resultat av förbränningen erhåller tilldelning enligt värmeriktmärket enligt artikel 3 c i beslut 2011/278.

deltar i den kemiska reaktionen. En tredje fråga som diskuteras är huruvida det är fråga om "kol som innehåller råmaterial". De som föreslår ett nekande svar på denna tredje fråga förefaller mena att det råmaterial som "används" i processen inte är den sura gasen utan svavelväte som inte innehåller någon koldioxid. Enighet föreligger dock om att det primära syftet med svavelåtervinningsprocessen inte är värmegenerering.

51. Enligt domstolens fasta praxis kräver tolkningen av en bestämmelse i unionsrätten att utöver ordalydelsen i bestämmelsen i fråga, som "enligt gängse tolkningsprinciper alltid är utgångspunkten och ... samtidigt [sätter] gränser för varje tolkning,"³¹ ska hänsyn också tas till sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i.³²

1. Tolkning efter ordalydelsen

52. Med utgångspunkt i ordalydelsen i artikeln 3 h v i beslut 2011/278: Koldioxidutsläppen ska vara resultatet av användning av kol som innehåller tillsatser eller råmaterial i ett primärt syfte som inte är värmegenerering. Mot bakgrund av att *koldioxidutsläpp* ska vara resultatet av processen snarare än produktion av *koldioxid* förefaller det mig ligga väl inom ordalydelsen i denna bestämmelse om ingående koldioxid släpps ut i slutet av en process såsom Claus-processen även om den inte faktiskt används som del av en kemisk reaktion under genomförandet av denna process.³³ En avsevärt svårare fråga är huruvida dessa koldioxidutsläpp kan sägas vara resultatet av *användningen av kol som innehåller tillsatser eller råmaterial*.

53. Jag har återigen föga tvivel avseende termen "råmaterial". Enligt Cambridge-dictionary³⁴ är "råmaterial" "varje material såsom olja, bomull eller socker i dess naturliga tillstånd innan det har behandlats för användning". Det är naturligtvis riktigt att endast svavelväte faktiskt behandlas i Claus-processen medan koldioxiden som finns i den sura gasen endast passerar genom Clausprocessanläggningen utan att delta i processen. Vid betraktande av ordets rena betydelse förefaller dock inte termen "råmaterial" vara begränsat till delar av ett material som aktivt behandlas. Det kan vara rätt som Federala miljömyndigheten påstod att om koldioxiden skildes från den sura gasen innan den behandlas i Clausanläggningen skulle koldioxiden inte vara ett råmaterial då den inte behandlas vidare medan återstoden av gasen skulle vara det.³⁵ Om emellertid detta tidigare steg inte äger rum betyder inte det att ett material med ett innehåll av koldioxid som förs in i en anläggning för behandling inte är ett råmaterial endast på grund av att bara en del av den behandlas.

54. Frågan rörande orsakssambandet, det vill säga huruvida det kan anses att koldioxidutsläppen är resultatet av *användningen* av detta råmaterial är emellertid mindre klar. Här indikerar snarare tolkning efter ordalydelsen att detta inte omfattas av ordalydelsen i artikel 3 h v i beslut 2011/278. Vid förnyad konsultation av Cambridge-dictionary³⁶ är den definition som återfinns där som närmast beskriver den användning av ordet i förevarande mål den "handling som innebär att använda något eller en tid när något används" där verbet "använda" betyder "att handha något

³¹ Se för ett liknande resonemang förslag till avgörande av generaladvokaten Trstenjak i målet Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99, punkt 37).

³² Se för ett liknande resonemang, till exempel, dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 71 och där angiven rättspraxis).

³³ Se också dom av den 28 februari 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, punkterna 45–48).

³⁴ Konsulterat online.

³⁵ Detta skulle inte hindra Claus-processen från att äga rum då koldioxiden inte har någon funktion i den (vilket diskuteras vidare nedan).

³⁶ Konsulterat online.

såsom ett verktyg, förmåga eller byggnad för ett visst ändamål”.³⁷ Detta handhavande för ett visst ändamål betyder enligt min uppfattning att något görs med detta råmaterial, nämligen med innehållet av kol som det särskilt hänvisas till.

55. Parterna är överens om att koldioxiden inte deltar i den kemiska reaktionen i Claus-processen. ExxonMobil har emellertid gjort gällande att det ändå i någon mån använder den ingående koldioxiden. Enligt ExxonMobil har koldioxiden en förfarandemässig betydelse i Claus-processen som en icke-brännbar gas med en temperaturreglerande funktion för den tekniskt nödvändiga kontrollen av förbränningstemperaturen i Claus-processen för tillverkning av svavel. Detta förefaller inte bestridas av Federala miljömyndigheten. Som dess företrädare emellertid framhöll vid förhandlingen är detta inte nödvändigt då det finns andra sätt att nå samma resultat.³⁸ Detta föranleder i sin tur den ytterligare frågan huruvida det är tillräckligt att i någon mån använda koldioxiden för att processen ska utgöra en delanläggning med processutsläpp eller huruvida dess användning ska vara nödvändig för processen.³⁹

56. Det gjordes också gällande att då artikel 3 h iv i beslut 2011/278 specifikt hänvisar till ”kemiska synteser där det kolhaltiga materialet ingår i reaktionen” men artikel 3 h v i detta beslut inte gör det kan sådant deltagande i en kemisk reaktion inte vara ett krav enligt den sistnämnda bestämmelsen.

57. Fastän jag anser att såvitt gäller det kritiska ordet ”användning” som det framträder i artikel 3 h v i beslut 2011/278 tyder formuleringen på en tolkning enligt vilken koldioxiden ska spela en aktiv och nödvändig roll i processen kan det vara lämpligt att göra ett uppehåll och att enligt fast rättspraxis beakta den generella systematiken i direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 och de syften som de eftersträvar som ett hjälpmedel för utförande av tolkningen.⁴⁰

2. Systematisk och teleologisk tolkning

58. Enligt domstolens fasta praxis syftar direktiv 2003/87, och därmed även beslut 2011/278 som genomför direktivet, till att inrätta ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser vilket syftar till att minska utsläppen av växthusgaser i atmosfären till en nivå som förhindrar farliga antropogena inverkingar på klimatsystemet och det slutliga målet är att skydda miljön.⁴¹ Den ekonomiska logik som ligger till grund för systemet är att vara ett incitament för alla deltagare i detta system att släppa ut mindre växthusgaser än vad de ursprungligen getts rätt till, så att de kan överlåta överskottet till en annan deltagare.⁴² För att nå detta mål föreskrivs i artikel 10a i direktiv 2003/87, med avseende på anläggningar inom vissa verksamhetsområden, gratis

³⁷ Andra språkversioner av artikel 3 h v i beslut 2011/278 såsom de nederländska, franska, tyska, italienska, portugisiska, svenska och spanska versionerna leder inte till annan bedömning.

³⁸ Företrädaren för Federala miljömyndigheten påpekade att koldioxiden kunde avskiljas innan gasen behandlas i Claus-processen utan att detta har någon inverkan på resultatet och att utrustningen för Claus-processen måste anpassas till det specifika innehållet av koldioxid i den naturgas som används. Detta har inte bestritts av ExxonMobil. I sista hand åligger det den hänskjutande domstolen att undersöka om koldioxid spelar en nödvändig roll i processen.

³⁹ Frågan huruvida den är nödvändig är en uppgift för den nationella domstolen att avgöra.

⁴⁰ Dom av den 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

⁴¹ Se, bland andra, dom av den 8 mars 2017, ArcelorMittal Rodange och Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, punkt 24), dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 22), dom av den 28 februari 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, punkt 39) och dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 62).

⁴² Se, bland andra, dom av den 8 mars 2017, ArcelorMittal Rodange och Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, punkt 22), dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 22), dom av den 28 februari 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, punkt 40) och dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 63).

tilldelning av utsläppsrätter, varvid antalet utsläppsrätter i enlighet med punkt 11 i samma bestämmelse minskar gradvis under tidsperioden 2013–2020, med målsättningen att år 2027 ha avskaffat all gratis tilldelning.⁴³

59. Detta betyder att reglerna om harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i direktiv 2003/87 för vilka beslut 2011/278 bestämmer reglerna är undantag (och tillfälliga) till sin karaktär. Dessutom definierar artikel 3 c, d och h i beslut 2011/278⁴⁴ de så kallade ”alternativa riktmärkena” som endast kommer i fråga om ”motsvarande [utsläpp] som inte omfattas av en delanläggning med produktriktmarke”⁴⁵ ”inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmarke”.⁴⁶ Domstolen förklarade redan i sin dom i målet INEOS att följden var att artikel 3 h iv i beslut 2011/278 inte kan ges en extensiv tolkning.⁴⁷ Detsamma måste gälla alla verksamheter som anges i artikel 3 h i beslut 2011/278.

60. Följden härav är att jag inte håller med om att förhållandet att artikel 3 h iv i beslut 2011/278 specifikt anger deltagande av kolhaltigt material i kemiska synteser men artikel 3 h v i detta beslut inte gör det betyder att ordet ”användning” i den sistnämnda bestämmelsen ska ges en tolkning som är så vid att den inte längre omfattas av ordet ”användning” endast för att skilja den från de fall som omfattas av den förra bestämmelsen. Termen ”användning” är faktiskt vidare och kan omfatta en ”användning” som inte består i en kemisk reaktion. Termen ”användning” innebär emellertid att det kolhaltiga råmaterialet måste vara nödvändigt för det primära syfte som eftersträvas (som inte är generering av värme).⁴⁸

61. En sådan mer restriktiv tolkning kan bekräftas av definitionen av ”processutsläpp” i artikel 3.30 i förordning nr 601/2012. Denna definition anger följande: ”processutsläpp’: andra växthusgasutsläpp än förbränningsutsläpp, som inträffar på grund av avsiktliga och oavsiktliga reaktioner mellan ämnen eller omvandling av ämnen ...”. Den koldioxid som finns i den sura gasen är klart inte resultatet av en avsiktlig eller oavsiktlig reaktion mellan ämnen eller deras omvandling.

62. Förordning nr 601/2012 behandlar övervakning och rapportering av växthusgasutsläpp. Artikel 14 i direktiv 2003/87 föreskrev att kommissionen skulle anta en förordning för detta syfte. Förordning nr 601/2012 behandlar därför inte och definierar alls inte de fall i vilka utsläppsrätter tilldelas gratis. Av just detta skäl innebär förhållandet, att artikel 48 i förordning nr 601/2012 innehåller en bestämmelse som anger till vilken anläggning ingående koldioxid ska fördelas i syfte att övervaka och rapportera utsläpp av växthusgaser, inte någon verklig indikation på huruvida tilldelning av processutsläppsrätter kan erhållas gratis för sådana ingående utsläpp.

⁴³ Dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 25 och där angiven rättspraxis). Detta mål har sedan skjutits upp till 2030 beträffande sektorer som anses ha låg eller ingen risk för koldioxidläckage, med undantag av fjärrvärme (fastän föremål för omprövning) och avskaffat med avseende på sektorer och delsektorer som anses ha väsentlig risk för koldioxidläckage, se skäl 10 andra stycket i direktiv 2018/410. Artikel 10a.11 upphävdes följaktligen i direktiv 2003/87 genom artikel 1.14 k i direktiv 2018/410. Detta ändrar emellertid inte målen för direktivet som det hade före denna ändring. Även efter denna period ska reglerna om gratis tilldelning av utsläppsrätter anses vara undantagsfall. I skäl 5 i direktiv 2018/410 anges att ”gratis tilldelning inte kommer att löpa ut och att befintliga åtgärder kommer att fortsätta efter 2020 för att förebygga risken för koldioxidläckage till följd av klimatpolitiken, [bara] så länge inga jämförbara ansträngningar genomförs i andra större ekonomier”.

⁴⁴ Jag kommer att behandla frågan huruvida det också finns en (stigande) rangordning mellan dessa ”alternativa riktmärken” i samband med fråga 4.

⁴⁵ Se artikel 3 c och 3 d i beslut 2011/278.

⁴⁶ Se artikel 3 h i beslut 2011/278.

⁴⁷ Dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 36). Där hänvisade domstolen också till processutsläpp som en ”sista utväg (s.k. fallback)”.

⁴⁸ I förevarande mål förefaller ingen av parterna bestrida att syftet med svavelåtervinningsprocessen inte är generering av värme.

63. Som generaladvokaten Saugmandsgaard Øe redan har påpekat i sitt förslag till avgörande i målet ExxonMobil Production Deutschland överlappar begreppen "processutsläpp" i artikel 3.30 i förordning nr 601/2012 och begreppet "delanläggning med processutsläpp" i artikel 3 h i beslut 2011/278 endast delvis varandra då "processutsläpp" till stor del omfattas av produktriktmärkena i bilaga I till det beslutet.⁴⁹

64. Jag är också tveksam till att läsa in något i förhållandet att artikel 48.1 i förordning nr 601/2012 innehåller en bestämmelse som föreskriver att "[i]ngående koldioxid som överförs till en anläggning, även sådan koldioxid som ingår i naturgas ... ska inbegripas i emissionsfaktorn för det bränslet." Om man anser att naturgas är ett bränsle,⁵⁰ vilket domstolen tycks förutsätta i sin dom i målet C-682/17⁵¹ innehåller artikel 48.1 i förordning nr 601/2012 ändå endast en bestämmelse som behandlar metoden för övervakning. Den ger inte någon egentlig anvisning om huruvida tilldelning av processutsläppsrätter kan tillhandahållas gratis för sådana ingående utsläpp.

65. Beträffande ändamålet för artikel 3 h v i beslut 2011/278 och delanläggning med processutsläpp i allmänhet har parterna olika uppfattningar. Medan ExxonMobil har uppfattningen att då risken för koldioxidläckage för svavelåtervinningsindustrin erkänns måste det följaktligen finnas gratis tilldelning av utsläppsrätter för utsläpp av ingående koldioxid. Mot bakgrund av detta "nödvändiga resultat" måste enligt ExxonMobils uppfattning artikel 3 h v i beslut 2011/278 vara tillämplig då det är klart att ingen av de andra möjligheterna föreligger. Den federala miljömyndigheten å andra sidan har hävdats att delanläggningar med processutsläpp endast kan godtas som härrör från en av de kategorier som anges i bilaga I till direktiv 2003/87. Då endast i förevarande mål förbränning av bränslen ingår i den kategorin blir följden att endast utsläpp som härrör därifrån kan beaktas såvitt gäller gratis utsläppsrätter om det inte finns något produktriktmärke för utsläpp som i förevarande mål. Detta skulle betyda att syftet med artikel 3 h v är begränsat till gratis tilldelning av utsläppsrätter, om utsläpp av koldioxid är resultatet av (ytterligare) verksamhet som anges i bilaga I till direktiv 2003/87, som är en annan än förbränning av bränslen, för vilken det inte finns något produktriktmärke.

a) Betydelsen av "betydande risk för koldioxidläckage" i systemet för handel med utsläppsrätter

66. Som anges i skäl 24 i direktiv 2009/29 beskriver *koldioxidläckage* en situation i vilken "andra industriländer och andra stora producenter av växthusgaser inte deltar i [ett ambitiöst internationellt avtal om klimatförändringar] ... [vilket] kan ... leda till en ökning av växthusgasutsläppen i de tredjeländer där industrin inte skulle omfattas av jämförbara koldioxidbegränsningar ... Detta skulle kunna undergräva gemenskapsinsatserna ur miljö- och nyttohänseende."⁵² För att förhindra att detta inträffar innehåller direktiv 2003/87 specifika bestämmelser. För det första kommer enligt artikel 10a.12 däri årliga gratis utsläppsrätter, som ska tilldelas enligt artikel 10a.1 i detta direktiv, att hållas på nivån 100 procent för den tredje handelsperioden.⁵³ Detta skiljer sig från anläggningar inom sektorer och delsektorer som inte är utsatta för en betydande risk för koldioxidläckage där den inledande tilldelningen 2013 ska

⁴⁹ Fotnot 42.

⁵⁰ Artikel 3.40 i förordning nr 601/2012 definierar "ingående koldioxid" som koldioxid som finns i ett bränsle.

⁵¹ Punkt 54).

⁵² Villkoren för att en sektor eller delsektor ska anses vara utsatt för en avsevärd risk för koldioxidläckage anges i artikel 10a.14–17 i direktiv 2003/87. Förteckningen över sektorer eller delsektorer som anses löpa avsevärd risk för koldioxidläckage enligt artikel 10a.13 i direktiv 2003/87 finns i kommissionens beslut 2010/2/EU av den 24 december 2009 om fastställande, enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av en förteckning över sektorer och delsektorer som anses löpa avsevärd risk för koldioxidläckage (EUT L 1, 2010, s. 10). "Utvinning av råpetroleum och naturgas" anges i punkt 1.4 i bilagan.

⁵³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 94), men även fotnot 44 i detta förslag till avgörande.

begränsas till 80 procent av den mängd som tilldelats enligt artikel 10a.11 i direktiv 2003/87. Inom dessa sektorer kommer mängden gratis utsläppsrätter att minska varje år med lika mängder vilket leder till 30 procent gratis tilldelningar 2020 enligt artikel 10a.11 i direktiv 2003/87.⁵⁴

67. Direktivet föreskriver vidare i dess artikel 10a.6 att "[m]edlemsstaterna får även införa ekonomiska åtgärder till förmån för sektorer eller delsektorer som konstaterats löpa avsevärd risk för koldioxidläckage till följd av att kostnaderna för växthusgasutsläppen förs vidare till elpriset, i syfte att kompensera dem för dessa kostnader, om dessa ekonomiska åtgärder överensstämmer med gällande och kommande bestämmelser för statligt stöd på området."

68. Av detta framgår som generaladvokaten Wahl redan har påpekat i målet ArcelorMittal Atlantique et Lorraine "att det i direktivet inte anges att de sektorer som anses löpa betydande risk för koldioxidläckage under alla omständigheter ska få gratis utsläppsrätter som motsvarar alla de växthusgaser som de släpper ut".⁵⁵ Med avseende på tilldelning av gratis utsläppscertifikat är det snarare ett tvingande krav att antalet gratis utsläppsrätter tilldelas i enlighet med de regler som antagits enligt artikel 10a.1 i direktiv 2003/87. Dessa avgör det preliminära antalet utsläppsrätter. Först då kan artikel 10a.12 i direktiv 2003/87 tillämpas genom att inte minska antalet utsläppsrätter som beräknats. Inget i dessa bestämmelser föreskriver att hänsyn ska tas till "den avsevärda risken för koldioxidläckage" när det är fråga om att avgöra *huruvida* utsläppscertifikat ska tilldelas gratis.⁵⁶

69. Det följer av allt detta att det skulle strida mot ordalydelsen samt systematiken i direktiv 2003/87 att ge en vid tolkning av kravet på orsakssamband som anges i artikel 3 h v i beslut 2011/278 endast på grund av att processen i fråga är utsatt för en avsevärd risk för koldioxidläckage.

b) Syftet med "delanläggningen med processutsläpp"

70. ExxonMobil har gjort gällande att det mål som unionslagstiftaren eftersträvar med delanläggningar med processutsläpp enligt artikel 3 h i beslut 2011/278 är att skapa en delanläggning för processer från vilka oundvikligt utsläpp av koldioxid är en följd men för vilket inget produktriktmarke är fastställt. Denna slutsats kan emellertid inte klart dras från beslut 2011/278. Skäl 12 i beslut 2011/278 anger endast att "[n]är det inte har gått att ta fram ett produktriktmarke *trots att det förekommer växthusgaser med rätt till gratis utsläppsrätter*, bör tilldelningen göras på grundval av allmänna alternativa metoder (s.k. fallback). ... För processutsläpp ska utsläppsrätterna tilldelas på grundval av historiska utsläpp."⁵⁷

71. Artikel 10a.1 fjärde stycket i direktiv 2003/87 föreskriver att "[f]ör varje sektor och delsektor ska riktmarktet i princip beräknas för produkter snarare än för insatsvaror för att maximera minskningarna av växthusgasutsläppen och energieffektiviseringarna *i hela produktionsprocessen* i den berörda sektorn eller delsektorn."⁵⁸ Detta betyder att processutsläpp i allmänhet kommer att omfattas av ett produktriktmarke. Det var emellertid inte alltid möjligt att utveckla ett

⁵⁴ Se för ett liknande resonemang dom av den 26 oktober 2016, Yara Suomi m.fl. (C-506/14, EU:C:2016:799, punkt 47).

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

⁵⁶ Se också analogt dom av den 26 oktober 2016, Yara Suomi m.fl. (C-506/14, EU:C:2016:799, punkt 54) i vilken sökandena angrep tillämpningen av den enhetliga, sektorsövergripande korrigeringsfaktorn som kan tillämpas för att begränsa det högsta årliga antalet utsläppsrätter enligt artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 för alla preliminära utsläppsrätter utan att undanta anläggningar inom sektorer eller delsektorer som löper avsevärd risk för koldioxidläckage.

⁵⁷ Emphasis added.

⁵⁸ Emphasis added.

produktriktmarke. Ett av skälen utgörs av det förhållandet att många anläggningar ingår i systemet för utsläppshandel endast på grund av att de driver enheter för förbränning av bränslen i anläggningar med en sammanlagd tillförd effekt på minst 20 MW. Denna breda definition omfattar anläggningar inom en mängd sektorer som annars inte ingår i systemet för handel med utsläppsrätter. Som förklaras i den undersökning som beställts av Europeiska kommissionen "Methodology for the free allocation of emission allowances in the EU ETS post 2012" omfattas inte anläggningar som antingen har en sammanlagd tillförd effekt på mindre än 20 MW eller som tar emot värme från anläggningar med annan ägare. Det förhållandet att en väsentlig del av produktionsmedlen avseende produkten inte omfattades av systemet för handel med utsläppsrätter gjorde fastställandet av ett produktriktmarke svårt.⁵⁹ Under dessa omständigheter utvecklades vad som kan betecknas som de alternativa metoderna med dessa typer av fall i åtanke.

72. Allt detta betyder att det inte finns någon omedelbar koppling mellan det faktum att utsläpp inte kan undvikas och de alternativa metoderna. Artikel 10a.3 i direktiv 2003/87 som specifikt endast undantar elproducenter från tilldelning av gratis utsläppsrätter (med några undantag) stöder inte en sådan vid tolkning heller. Det skulle ha varit lätt att föreskriva att den historiska metoden skulle tillämpas på alla utsläpp som omfattades av systemet för handel med utsläppsrätter med undantag av dem som omfattades av ett processriktmarke, ett värmeriktmarke eller ett bränsleriktmarke. I stället valdes en specifik definition för delanläggningar med processutsläpp. Som företrädaren för Federala miljömyndigheten påpekade vid förhandlingen, även om det finns ett produktriktmarke, omfattas dessutom inte alla utsläpp som är oundvikliga biprodukter i kemiska processer nödvändigtvis av detta produktriktmarke.⁶⁰

73. Det förefaller därför som att direktiv 2003/87 inte har som syfte att föreskriva gratis tilldelning av utsläppscertifikat med avseende på varje utsläpp som är en oundviklig biprodukt vid användningen av en industriell kemisk process såsom Claus-processen.⁶¹

74. Mot bakgrund av den föregående teleologiska bedömningen kommer jag till slutsatsen att den koldioxid som släpps ut i atmosfären som del av behandlingen av naturgas (i form av sur gas) i "Claus-processen" genom att koldioxid som ingår i naturgas separeras från gasblandningen, inte inträffar "som ett resultat" av den process som anges i artikel 3 h v i beslut 2011/278 då den sura gasen, som är ett kolhaltigt råmaterial, inte "används" i den mening som avses i den bestämmelsen, även om denna text betraktad endast utifrån dess bokstavliga innehåll själv förvisso är oklar.

C. Fråga 4: Finns det en hierarki mellan de olika alternativa riktmärkena?

75. Genom sin fjärde fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilket riktmärke som ska tillämpas om en anläggning uppfyller kriterierna för en delanläggning med värmeriktmarke och även dem som gäller för en delanläggning med processutsläpp.

⁵⁹ Ecofys, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Öko-Institut, November 2009 (en undersökning som beställts av Europeiska kommissionen), s. ii och 25.

⁶⁰ Som framhålls av denna företrädare finns riktmärke för specifika produkter enligt bilaga II till beslut 2011/278 för "svavelåtervinning" i raffinaderier. Produktriktmärken inom raffinaderisektorn grundas i allmänhet på "CO₂ weighted tonne"-metoden som inte beaktar ingående koldioxid heller. Med avseende på denna metod, se skäl 24 i beslut 2011/278.

⁶¹ Fastän som jag påpekat är det till att börja med tveksamt huruvida utsläppen i förevarande mål ska anses vara oundvikliga. Se punkt 47 i detta förslag till avgörande.

76. Som en inledande punkt ska det erinras om att det enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits till den.⁶²

77. Den hänskjutande domstolen påpekar att beroende på svaret som ges på frågorna 1–3 förefaller det vara möjligt i detta mål att utsläpp från Claus-processen kan motsvara definitionen av både delanläggning med värmeriktmärke och delanläggning med processutsläpp. Jag föreslår därför att det skulle vara passande om svaret skulle avse frågan om vilket riktmärke som ska tillämpas om utsläppen faktiskt skulle uppfylla kriterierna för en delanläggning med värmeriktmärke och även kriterierna för en delanläggning med processutsläpp (i strid med min uppfattning).⁶³ Detta innefattar den större frågan huruvida det föreligger en hierarki mellan olika alternativa riktmärken om en anläggning uppfyller kriterierna för fler än ett av dem.

78. Den hänskjutande domstolen föreslår för övrigt att dess fjärde fråga endast uppkommer för det fall frågorna 1–3 besvaras jakande. Då jag föreslår att ge ett nekande svar på dessa frågor, vilket betyder att ExxonMobils anläggning inte är berättigad till gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt riktmärket för processutsläpp, krävs strängt taget inte något svar på den fjärde frågan. Jag kommer ändå behandla den för det fall domstolen besvarar de första tre frågorna på annat sätt.

79. Med avseende på denna fråga skiljer sig den tyska genomförande lagstiftningen i 3 § 1 ZuV 2020 något från ordalydelsen i artikel 6 i beslut 2011/278. Den förstnämnda bestämmelsen inför klart en hierarki mellan riktmärkena. De som ansöker om tilldelning av utsläppsrätter ska fördela alla insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp på endast en av delanläggningarna. Bestämmelsen föreskriver att insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp kan endast fördelas på en delanläggning med värmeriktmärke i den mån som dessa insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp inte redan omfattas av en delanläggning med produktriktmärke. En fördelning av insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp på en delanläggning med bränsleriktmärke kan endast ske om de inte redan omfattas av en delanläggning med produkt- eller värmeriktmärke. Slutligen kan insatsvaror, utgående varor och relaterade utsläpp endast fördelas på en delanläggning med processutsläpp om de inte omfattas av något av de övriga delanläggningarnas riktmärken.⁶⁴

80. Beslut 2011/278 är något mindre klart när det gäller det ömsesidiga förhållandet mellan de alternativa riktmärkena, fastän definitionerna av värme- och bränsledelanläggningar och delanläggningar med processutsläpp i artikel 3 c, d respektive h föreskriver att de endast avser insatsvaror, utgående varor och motsvarande som inte omfattas av en delanläggning med produktriktmärke. När man emellertid ytterligare betraktar villkoren för delanläggningen med värmeriktmärke och delanläggningen med bränsleriktmärke avser de förstnämnda ”insatsvaror, utgående varor och motsvarande ... relaterade till produktion eller import från en anläggning eller annan enhet som omfattas av EU-systemet, eller båda, av *mätbar värme*”⁶⁵ med ytterligare

⁶² Dom av den 7 november 2019, K.H.K. (Kvarstad på bankmedel) (C-555/18, EU:C:2019:937, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

⁶³ Detta förbigår frågan huruvida detta är möjligt då domstolen redan har i sin dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, punkterna 62–69) avgjort att de är ömsesidigt uteslutande.

⁶⁴ Samma ståndpunkt intas nu i artikel 10.2 i kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/331 av den 19 december 2018 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG (EUT L 59, 2019, s.8).

⁶⁵ Emphasis added.

några villkor i samband därmed. Delanläggningar med bränsleriktmärke, å andra sidan, avser insatsvaror, utgående varor och motsvarande utsläpp relaterade till produktion av icke mätbar värme enligt vissa ytterligare villkor.

81. Detta har också domstolen funnit i sin dom i målet *Borealis m.fl.* där den förklarade att definitionerna av delanläggningar med olika riktmärken är ömsesidigt uteslutande.⁶⁶ Vad gäller kvalificeringen som delanläggning med processutsläpp ansåg den att detta följde av att det "är ... endast vissa specifika typer av utsläpp enligt artikel 3 h och i–vi i [beslut 2011/278] som omfattas av denna kvalificering".⁶⁷ Domstolen fann vidare med åberopande av skäl 12 i detta beslut att när det inte har gått att ta fram ett produktriktmärke trots att det förekommer växthusgaser med rätt till gratis utsläppsrätter hade en hierarki med tre alternativa metoder tagits fram.⁶⁸

82. Det följer härav att den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen faktiskt redan har besvarats av EU-domstolen i målet *Borealis m.fl.*⁶⁹

83. ExxonMobils argument att det inte finns någon hierarki mellan de alternativa möjligheterna eller i andra hand att delanläggningar med processutsläpp skulle ges företräde då de är det mer specifika valet, är inte, med respekt sagt, övertygande. Jag säger detta av följande två skäl.

84. ExxonMobil har hävdat att delanläggningar med värmeriktmärke och delanläggningar med processutsläpp kan sammanträffa. Enligt ExxonMobil framgår detta av det sätt på vilket den värmerelaterade årliga verksamhetsnivån bestäms enligt artikel 9.3 i beslut 2011/278. Tilldelningen av utsläppsrätter för en delanläggning med värmeriktmärke beror på utsläpp som är resultatet av produktionen av mätbar värme. Dessa utsläpp beräknas från den värme som har producerats som uttrycks i terajoule per år. En delanläggning med processutsläpp å andra sidan, åtminstone enligt artikel 3 h v i beslut 2011/278 kännetecknas av att utsläppen är ett resultat av en process "i ett primärt syfte som inte är värmegenerering". Den årliga historiska verksamhetsnivån enligt artikel 9.5 i beslut 2011/278 är därför utsläppsmängden uttryckt som antalet ton koldioxidequivaler. Dessa argument avser frågan huruvida en delanläggning med värmeriktmärke och en delanläggning med processutsläpp kan förekomma i samma anläggning men med avseende på olika utsläpp.

85. Medan det är riktigt att två (eller fler) delanläggningar som avser olika verksamheter kan råka sammanfalla i en anläggning kan inte samma insatsvaror, utgående varor och utsläpp⁷⁰ omfattas av flera delanläggningar då annars det är risk för överlappningar och dubbelräkning som är förbjuden enligt artikel 6.2 i beslut 2011/278.⁷¹ Om man skulle anta att kriterier för olika delanläggningar kan uppfyllas av samma insatsvaror, utgående varor och utsläpp är tanken bakom beslut 2011/278 följande: Som förklaras i den undersökning som beställts av Europeiska kommissionen "Methodology for the free allocation of emission allowances in the EU ETS post

⁶⁶ Dom av den 8 september 2016, *Borealis m.fl.* (C-180/15, EU:C:2016:647, punkterna 62–65), dom av den 18 januari 2018, *INEOS* (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 29) och dom av den 3 december 2020, *Ingredion Germany* (C-320/19, EU:C:2020:983, punkt 68).

⁶⁷ Dom av den 8 september 2016, *Borealis m.fl.* (C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 66).

⁶⁸ *Ibidem*, i punkt 67.

⁶⁹ Dom av den 8 september 2016, *Borealis m.fl.* (C-180/15, EU:C:2016:647).

⁷⁰ Jag använder den ordalydelse som nu används i artikel 10 i delegerade förordning 2019/331 som är tydligare i det att den inte endast hänvisar till utsläpp utan snarare till "anläggningens insatsvaror, utgående varor och utsläpp" som fördelas på en eller flera delanläggningar. Detta är en mycket mer adekvat hänvisning till de olika delanläggningarna.

⁷¹ Medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa detta enligt artiklarna 7.7 och 8.5 i beslut 2011/278. Se vidare dom av den 8 september 2016, *Borealis m.fl.* (C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 69).

2012” påverkar tre faktorer specifika koldioxidutsläpp. Dessa är valet av bränslesammansättning, värmeproduktionens effektivitet och effektiviteten vid slutanvändningen av värme. Produktriktmarken beaktar samtliga dessa tre faktorer.

86. Allt detta är i linje med skäl 1 i beslut 2011/278 som anger att det i möjligaste mån ska fastställas förhandsriktmarken för att garantera att gratistilldelningen av utsläppsrätter sker på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik. Metoderna för riktmarkning av värmeproduktion för delanläggningar med värmeriktmarke, riktmarkning av bränslesammansättning för delanläggningar med bränsleriktmarke och den s k historiska metoden (som endast beaktar historiska data och som används för processutsläpp) använder var och en dessa faktorer utom en medan den historiska metoden inte tar någon av dem i beaktande.⁷² Detta är grundtanken för hierarkin mellan de olika alternativa riktmarkerna. Riktmarkningsmetoder som ger incitament till minskning av utsläpp har företräde framför delanläggningar med processutsläpp där sådana incitament inte ges.

87. Det skulle därför strida mot systematiken i artikel 10a i direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 att inte tillämpa hierarkin mellan de olika riktmarkerna som beskrivs i skäl 12 i detta beslut.

88. Mot bakgrund av dessa överväganden intar jag standpunkten att tilldelning av gratis utsläppsrätter ska genomföras på grundval av värmeriktmarket om utsläppen som ingår i systemet för handel med utsläppsrätter skulle uppfylla både de villkor som anges för en delanläggning med ett värmeriktmarke och de villkor som anges för en delanläggning med processutsläpp. Detta beror helt enkelt på att tilldelning enligt en delanläggning med värmeriktmarke har företräde framför tilldelning enligt en delanläggning med processutsläpp.

D. Fråga 5: Kan rätt till gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden tillgodoses efter utgången av denna handelsperiod?

89. Genom sin femte fråga vill den hänskjutande domstolen veta huruvida rätt till gratis utsläppsrätter för den tredje handelsperioden som fastställs av en domstol först efter utgången av denna handelsperiod kan tillgodoses med gratis utsläppsrätter för den fjärde handelsperioden.⁷³

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 undersökning som beställts av Europeiska kommissionen), s. 38 och 39.

⁷³ ExxonMobil har meddelat domstolen att det hade ansökt om interimistiska åtgärder genom en ansökan till den hänskjutande domstolen den 16 juli 2020. Det begärde en förklaring av den domstolen som förpliktade DEHSt att se till att ett antal motsvarande det antal utsläppscertifikat som begärts tilldelade i det mål som ligger till grund för förevarande begäran om förhandsavgörande, förs in i ExxonMobils verksamhetsutövardepåkonto senast den 31 december 2020 för att säkra dess rätt till tilldelning. Som ett svar på detta men före den hänskjutande domstolens avgörande i saken hade DEHSt ansökt hos kommissionen om överföring av detta antal utsläppscertifikat antingen till Förbundsrepubliken Tysklands nationella depåkonto eller till ExxonMobils verksamhetsutövardepåkonto. Denna ansökan avslogs av kommissionen genom en skrivelse som riktats till DEHSt den 8 december 2020. Den hänskjutande domstolen meddelade ett beslut om interimistiska åtgärder den 15 december 2020 (VG 10 L 216/2020) varigenom den ålade DEHSt att säkerställa att om utsläppscertifikaten för handelsperioden 2013–2020 skulle löpa ut, ska den behandla ExxonMobil som om detta inte hade inträffat. Detta beslut upphävdes av Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (Högre förvaltningsdomstol, Berlin-Brandenburg, Tyskland) den 23 december 2020 och ExxonMobils ansökan avslogs till slut (ECLI:DE:OVGBEBB:2020:0323.OVG11S12.20.00). En ansökan till Bundesverfassungsgericht (Federala författningsdomstolen, Tyskland) om interimistiska åtgärder ledde inte till framgång (ECLI:DE:BVerfG:2020:qk20201229.1bvq016120). Samtidigt hade ExxonMobil den 17 december 2020 inlett ett förfarande om lagenligheten av kommissionens beslut av den 8 december 2020 som var riktat till DEHSt enligt artikel 263 FEUF. Det ansökte vidare om interimistiska åtgärder enligt artikel 279 FEUF. Denna talan avslogs genom beslut av ordföranden vid tribunalen av den 31 december 2020, ExxonMobil Production Deutschland/kommissionen (T-731/20 R, ej publicerat, EU:T:2020:654), bland annat då det ansågs att det var osannolikt att icke tillgodosedda rättigheter till gratis utsläppscertifikat skulle löpa ut vid utgången av den tredje handelsperioden (i punkt 17).

Återigen har denna fråga ställts av den hänskjutande domstolen endast för det fall frågorna 1–4 besvaras jakande. Mot bakgrund av mina svar på dessa frågor uppkommer inte detta fall. Jag avser ändå behandla denna fråga för den händelse domstolen skulle göra en annan bedömning.

90. Den hänskjutande domstolens tvivel med avseende på denna fråga är i huvudsak beroende på praxis från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen, Tyskland). Denna domstol har beslutat att (öppna) anspråk på ytterligare tilldelning för den andra handelsperioden (2008 till 2012) hade löpt ut senast den 30 april 2013 (midnatt).⁷⁴

91. Det bör emellertid konstateras att den rättsliga situationen vid slutet av den andra handelsperioden var helt olik den som förelåg vid slutet av den tredje handelsperioden. Medan enligt artikel 13.1 i direktiv utsläppsrätter som utfärdats under en handelsperiod endast var giltiga för utsläpp under denna handelsperiod ändrades denna bestämmelse genom direktiv 2018/410. Den första meningen i artikel 13 i direktiv 2003/87 har nu följande lydelse: ”Utsläppsrätter som utfärdas från och med den 1 januari 2013 ska vara giltiga för obestämd tid”⁷⁵ Detta är möjligt på grund av den generella kontinuiteten i bestämmelserna mellan den tredje och fjärde handelsperioden. Frågan är i huvudsak huruvida och om så är fallet på vilket sätt en möjlig rätt till gratis tilldelning av utsläppsrätter kan tillgodoses i avsaknad av en specifik bestämmelse som behandlar denna fråga.

92. Den hänskjutande domstolen har specifikt frågat huruvida rätten till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden kan tillgodoses med utsläppsrätter för den fjärde handelsperioden i ett sådant fall. Enligt artikel 13 andra meningen i direktiv 2003/87 (i lydelse enligt direktiv 2018/410) ska utsläppsrätter som utfärdas från och med den 1 januari 2021 vara giltiga endast från och med början av den tioårsperiod under vilken de utfärdades. En kändelse som har tillerkänts rätt till tilldelning av gratis utsläppsrätter skulle därför inte kunna fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 12.3 i direktiv 2003/87 med utsläppsrätter för den fjärde handelsperioden. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar kan dess fråga därför lämpligen omformuleras. Den fråga som ska besvaras ska således inte begränsas till huruvida sådan rätt kan tillgodoses med utsläppsrätter för den fjärde handelsperioden.

93. Det finns två aspekter på frågan hur en eventuell rätt till gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden kan tillgodoses. För det första är det den processuella grunden för en sådan ändring i tilldelningen och för det andra är det frågan om ”ursprunget” till dessa utsläppsrätter. Med avseende på den första av dessa frågor har den tyska regeringen, företrädd av Förbundsministeriet för ekonomi och energi, samt kommissionen framhållit att varje justering utgör en ändring i den nationella fördelningstabellen som föreskrivs i artikel 52 i förordning nr 389/2013⁷⁶ som enligt artikel 88 i delegerade förordningen 2019/1122⁷⁷ ska fortsätta att gälla till och med den 1 januari 2026 för alla åtgärder som krävs i förhållande till handelsperioden 2013–2020. Om en domare bedömer att en verksamhetsutövare är berättigad till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter ska den berörda medlemsstaten underrätta kommissionen därom (artikel 52.2 d i förordning nr 389/2013) och kommissionen ska ålägga den centrala

⁷⁴ Dom från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen) av den 26 april 2018 (ECLI:DE:BVerwG:2018:260418U7C20.16.0).

⁷⁵ Enligt artikel 27 i delegerad förordning 2019/331 ska beslut 2011/278 fortsätta att tillämpas på tilldelningar som avser perioden före den 1 januari 2021 efter upphävandet av detta beslut.

⁷⁶ Kommissionens förordning (EU) nr 389/2013 av den 2 maj 2013 om upprättande av ett unionsregister i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG och Europaparlamentets och rådets beslut nr 280/2004/EG och nr 406/2009/EG samt om upphävande av kommissionens förordningar (EU) nr 920/2010 och (EU) nr 1193/2011 (EUT L 122, 2013, s. 1).

⁷⁷ Kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1122 av den 12 mars 2019 om komplettering av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG vad gäller unionsregistrets funktion (EUT L 177, 2019, s. 3).

förvaltaren att göra motsvarande ändringar av den nationella fördelningstabellen i EU:s transaktionsförteckning.⁷⁸ Den centrala förvaltaren ska då se till att unionsregistret överför respektive utsläppsrätter från EU:s konto för tilldelning av utsläppsrätter i enlighet med den justerade nationella fördelningstabellen till verksamhetsutövardepåkontot enligt artikel 53.2 i förordning nr 389/2013.

94. Beträffande den andra aspekten, det vill säga ursprunget till dessa tilldelade utsläppsrätter, medan varken direktiv 2003/87 eller beslut 2011/278 eller förordning 2019/331 specifikt behandlar justering av gratis utsläppsrätter på grund av ett domstolsavgörande och fastän artikel 24.2 i beslut 2011/278 inte hänvisar till en ökning av utsläppsrätter till följd av ett domstolsavgörande, kan den tillämpas på sådana fall analogt. Skillnaden mellan fallet att ett sådant beslut fattas av en domstol före utgången av handelsperioden och fallet när det fattas därefter är att respektive utsläppsrätter inte längre kan dras av från det antal utsläppsrätter som ska auktioneras ut av respektive medlemsstat under denna period.

95. Medan syftet med reserven för marknadsstabilitet inte är att erbjuda certifikat för anspråk som inte har fullgjorts vid slutet av den tredje handelsperioden utan snarare för att rätta till strukturell obalans mellan tillgång och efterfrågan i systemet för utsläppshandel⁷⁹ är utsläppsrätter från denna källa lämpade för detta förstnämnda syfte. Skälet härtill är strukturen för och syftet med reserven för marknadsstabilitet.

96. Enligt artikel 1.2, 1.3 och 1.5 i beslut 2015/1814 utgörs reserven för marknadsstabilitet av: i) 900 millioner utsläppsrätter som var avsedda att auktioneras ut under åren 2019–2020 enligt den tredje kolumnen i bilaga IV i förordning 176/2014,⁸⁰ ii) utsläppsrätter som inte tilldelats till nya deltagare enligt artikel 10a.7 i direktiv 2003/87 och till anläggningar som har (delvis eller helt) upphört med sin verksamhet eller har betydligt minskat sin kapacitet (artikel 10a.19 och 10a.20 i direktiv 2003/87) och iii) ett antal utsläppsrätter motsvarande 12 procent av det totala antalet utsläppsrätter i omlopp per år⁸¹ om detta antal överstiger 100 millioner.

97. Dessa tilldelningsregler är endast ett sätt att ta ett överskott av utsläppsrätter från marknaden och att återföra delar av dem eller alla till marknaden om antalet utsläppsrätter i omlopp understiger en tröskel om 400 millioner utsläppsrätter i omlopp. Utsläppsrätter som skulle ha tilldelats till en verksamhetsutövare för en anläggning om direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 hade tillämpats på riktigt sätt utgör inte sådant överskott och kan därför tas från reserven för marknadsstabilitet utan att påverka det totala antalet tilldelningar. Inte heller äventyras syftet med reserven för marknadsstabilitet genom ett begränsat antal räknas av från reserven för marknadsstabilitet och läggs till det antal som är i omlopp. Då utsläppsrätterna för den tredje

⁷⁸ Kommissionen kontrollerar enligt artikel 52.2 andra stycket i förordning nr 389/2013 huruvida en sådan ändring är förenlig med direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 och den avslår ändringarna om detta inte är fallet.

⁷⁹ Se, för ett liknande resonemang, skäl 4 i beslut 2015/1814.

⁸⁰ Kommissionens förordning (EU) nr 176/2014 av den 25 februari 2014 om ändring av förordning (EU) nr 1031/2010 särskilt i syfte att fastställa vilka volymer utsläppsrätter för växthusgaser som ska auktioneras ut 2013–2020 (EUT L 56, 2014, s. 11). Som en åtgärd på kort sikt mot överskottet på utsläppsrätter på marknaden hade de ursprungligen ”senarelagts” genom att minska volymerna 2014–2016 med avsikten att auktionera ut dem 2019–2020.

⁸¹ Enligt artikel 1.4 i beslut 2015/1814 är detta det kumulativa antalet utsläppsrätter som utfärdats under perioden sedan den 1 januari 2008 samt rättigheter att utnyttja internationella reduktionsenheter som tillämpats av anläggningar som omfattas av EU:s utsläppshandelssystem för utsläpp till och med den 31 december det året, minus det kumulativa antal ton kontrollerade utsläpp från anläggningar som omfattas av EU:s utsläppshandelssystem mellan den 1 januari 2008 och den 31 december samma år, utsläppsrätter som annullerats och antalet utsläppsrätter i reserven.

marknadsperioden som således kan delas ut, löper på obestämd tid enligt artikel 13 första meningen i direktiv 2003/87⁸² kan de användas av mottagaren antingen för den tredje handelsperioden eller under handelsperioder efter den tredje handelsperioden.

98. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag slutsatsen att rätt till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden kan tillgodoses efter utgången av den tredje handelsperioden med utsläppsrätter från den tredje handelsperioden när rätten till utsläppsrätter fastställs av en domstol först efter utgången av den tredje handelsperioden. Utsläppsrätter för den tredje handelsperioden upphör inte vid utgången av den tredje handelsperioden.

V. Förslag till avgörande

99. Mot bakgrund av föregående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) för förhandsavgörande på följande sätt:

1. Den koldioxid som släpps ut i atmosfären som del av behandlingen av naturgas (i form av sur gas) i "Claus-processen" genom att koldioxid som ingår i naturgas skiljs från gasblandningen men som inte själv används under den kemiska avsvavlingsreaktionen, inträffar inte som ett resultat av den process som anges i artikel 3 h v i kommissionens beslut av den 27 april 2011 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG då den sura gasen, som är ett kolhaltigt råmaterial, inte "används" i den mening som avses i denna bestämmelse.
2. Tilldelningen av gratis utsläppsrätter ska genomföras på grundval av värmeriktmärket om utsläppen som omfattas av systemet för handel med utsläppsrätter uppfyller både villkoren för ett värmeriktmärke och villkoren för en delanläggning med processutsläpp. Detta beror på att tilldelning enligt en delanläggning med värmeriktmärke har företräde framför tilldelning enligt en delanläggning med processutsläpp.
3. Rätt till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden kan tillgodoses efter utgången av den tredje handelsperioden med utsläppsrätter från den tredje handelsperioden när rätten till utsläppsrätter fastställs av en domstol först efter utgången av den tredje handelsperioden. Utsläppsrätter för den tredje handelsperioden upphör inte vid utgången av den tredje handelsperioden.

⁸² I ändrad lydelse enligt direktiv 2018/410.