Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 18. juni 2020[1]

Sag C-320/19

Ingredion Germany GmbH
mod
Forbundsrepublikken Tyskland

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

»Præjudiciel forelæggelse – miljø – direktiv 2003/87/EF – ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner – artikel 3, litra h) – begrebet »nytilkommen« – artikel 10a – overgangsordning for gratistildeling af emissionskvoter – afgørelse 2011/278/EU – gratistildeling af emissionskvoter til nytilkomne – brændselsbenchmarket delinstallation – artikel 18, stk. 1, litra c), og artikel 18, stk. 2, andet afsnit – fastlæggelse af det brændselsrelaterede aktivitetsniveau – den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor – begrænsning af denne faktor til en værdi på under 100%«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der er indgivet til Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland), vedrører fortolkningen af artikel 3, litra h), og artikel 10a i direktiv 2003/87/EF[2], der indfører en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Den Europæiske Union, samt artikel 18, stk. 1, litra c), og artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278/EU[3], der fastsætter midlertidige regler for harmoniseret gratistildeling af kvoter.

2. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Ingredion Germany GmbH (herefter »Ingredion« eller »sagsøgeren i hovedsagen«) og Forbundsrepublikken Tyskland, repræsenteret ved Umweltbundesamt (forbundsmiljøstyrelsen, Tyskland), vedrørende en ansøgning om gratistildeling af emissionskvoter til et anlæg, der skal kvalificeres som »nytilkommen« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87[4].

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.10.2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF (EUT 2003, L 275, s. 32), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23.4.2009 (EUT 2009, L 140, s. 63) (herefter »direktiv 2003/87«).

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

4 – Jeg erindrer om, at begrebet »nytilkommen« i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87 er defineret således, at det bl.a. omfatter »et anlæg, […] som har fået en drivhusgasemissionstilladelse for første gang efter den 30. juni 2011«. Kapitel IV i afgørelse 2011/278 indeholder bestemmelser om »nytilkomne«.

3. I denne sammenhæng ønsker den forelæggende ret oplyst, om den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, litra c), og artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278, med henblik på at fastlægge det foreløbige årlige antal gratiskvoter til en af de delinstallationer, der indgår i dette anlæg, og i hvilken forbindelse der skal anvendes et brændselsbenchmark, er begrænset til en værdi på under 100%.

4. Undersøgelsen af dette spørgsmål ligger i forlængelse af en omfattende retspraksis, der vedrører ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner og de midlertidige regler for gratistildeling af kvoter [5], og giver Domstolen lejlighed til for første gang at tage stilling til den ordning, der gælder for »nytilkomne«.

5. På grundlag af min analyse vil jeg foreslå Domstolen at fastslå, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor for en brændselsbenchmarket delinstallation som den, der under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder drives af Ingredion, inden for rammerne af denne ordning skal begrænses til en værdi på under 100%.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2003/87

6. Artikel 3 i direktiv 2003/87 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

h) »nytilkommen«:

– et anlæg, der udfører en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter, og som har fået en drivhusgasemissionstilladelse for første gang efter den 30. juni 2011

– et anlæg, der udfører en aktivitet, der for første gang er medtaget i fællesskabsordningen i henhold til artikel 24, stk. 1 eller 2, eller

– et anlæg, der udfører en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter eller en aktivitet, der er medtaget i fællesskabsordningen i henhold til artikel 24, stk. 1 eller 2, og som er udvidet væsentligt efter den 30. juni 2011, for så vidt angår denne udvidelse

[…]«

7. Dette direktivs artikel 10a, der har overskriften »Midlertidige fællesskabsregler for harmoniseret gratistildeling«, bestemmer:

»1. Kommissionen vedtager senest den 31. december 2010 fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Fællesskabet […]

5 – Hvad angår området for drivhusgasemissionskvoter har jeg bl.a. allerede haft lejlighed til at fremsætte mine forslag til afgørelse INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896) og ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167).

[…]

De foranstaltninger, der er omhandlet i første afsnit, skal så vidt muligt fastlægge ex ante-benchmarks for hele Fællesskabet for at sikre, at tildelingen sker på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, […] og må ikke tilskynde til at øge emissionerne.

[…]

7. Fem procent af den samlede mængde fællesskabskvoter, der er fastlagt i overensstemmelse med artikel 9 og 9a i perioden fra 2013 til 2020, sættes til side til nytilkomne som det maksimum, der kan tildeles nytilkomne, jf. de regler, der vedtages i henhold til stk. 1. […]

[…]

Kommissionen vedtager senest den 31. december 2010 harmoniserede regler for anvendelsen af definitionen af »nytilkommen«, navnlig i forbindelse med definitionen af »væsentlige udvidelser«.

[…]«

2. Afgørelse 2011/278

8. Artikel 17 i afgørelse 2011/278 med overskriften »Anmodning om gratistildeling« indeholder et stk. 4, der har følgende ordlyd:

»For anlæg omhandlet i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87[…], undtagen anlæg, som har foretaget en væsentlig udvidelse efter den 30. juni 2011, pålægger medlemsstaterne driftslederen at fastlægge den indledende installerede kapacitet for hver delinstallation i henhold til metoden i artikel 7, stk. 3, hvorved den fortløbende 90-dages periode anvendes som referencegrundlaget for fastlæggelsen af starten af normal drift. Medlemsstaterne skal godkende denne indledende installerede kapacitet for hver delinstallation, før de foretager beregningen af tildelingen til anlægget.«

9. Denne afgørelses artikel 18, der har overskriften »Aktivitetsniveauer«, bestemmer:

»1. For anlæg omhandlet i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87[…], undtagen anlæg, som har foretaget en væsentlig udvidelse efter den 30. juni 2011, fastlægger medlemsstaterne aktivitetsniveauerne for hvert anlæg således:

[…]

c) det brændselsrelaterede aktivitetsniveau er den indledende installerede kapacitet for [den pågældende installation for] forbrug af brændsler anvendt til produktion af ikkemålelig varme, som forbruges til produktion af produkter, til produktion af anden mekanisk energi end den, der bruges til produktion af elektricitet, til varme eller køling, med undtagelse af forbruget til produktion af elektricitet, herunder også sikkerhedsafbrænding, ganget med den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor

[…]

2. […]

Den i stk. 1, litra b)-d), omhandlede relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor fastlægges af medlemsstaterne på grundlag af behørigt dokumenterede og uafhængigt verificerede oplysninger om anlæggets tilsigtede normale drift, vedligeholdelse, normale produktionscyklus, energieffektivitetsteknikker og den typiske kapacitetsudnyttelsesfaktor i den pågældende sektor sammenlignet med sektorspecifikke oplysninger.

[…]

3. For anlæg, der har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse efter den 30. juni 2011, fastlægger medlemsstaterne i overensstemmelse med stk. 1 kun aktivitetsniveauerne for kapacitetsforøgelsen for de delinstallationer, som berøres af den væsentlige kapacitetsudvidelse.

For anlæg, der har foretaget en væsentlig kapacitetsindskrænkning efter den 30. juni 2011, fastlægger medlemsstaterne i overensstemmelse med stk. 1 kun aktivitetsniveauerne for kapacitetsreduktionen for de delinstallationer, som berøres af den væsentlige kapacitetsudvidelse.«

10. Den nævnte afgørelses artikel 19, der har overskriften »Tildeling til nytilkomne«, bestemmer:

»1. I forbindelse med tildeling af emissionskvoter til nytilkomne, med undtagelse af tildelinger til anlæg omhandlet i artikel 3, litra h), tredje led, i direktiv 2003/87[…], beregner medlemsstaterne det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter fra anlæggets start af normal drift for hver enkelt delinstallation som følger:

[…]

c) for hver brændselsbenchmarket delinstallation skal det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter svare til værdien af det i bilag I anførte brændselsbenchmark ganget med det brændselsrelaterede aktivitetsniveau

[…]

4. Medlemsstaterne underretter straks Kommissionen om det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter. Emissionskvoter fra reserven til nytilkomne, der er oprettet i henhold til artikel 10a, stk. 7, i direktiv 2003/87[…], tildeles efter »først-til-mølle«-princippet for så vidt angår modtagelsen af denne underretning.

Kommissionen kan afvise det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter for det pågældende anlæg. Hvis Kommissionen ikke afviser det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter, fastlægger den berørte medlemsstat derefter det endelige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter.«

B. Tysk ret

11. § 9, stk. 1, i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lov om handel med kvoter for drivhusgasemissioner) af 21. juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475) er affattet som følger:

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

12. § 2 i Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (bekendtgørelse om tildeling af kvoter for drivhusgasemissioner i handelsperioden 2013-2020) af 26. september 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1921, herefter »ZuV 2020«), der har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

»[…]

10. Nye anlæg:

alle nytilkomne i henhold til artikel 3, litra h), første led, i direktiv [2003/87]

[…]«

13. § 16 i ZuV 2020, der har overskriften »Ansøgning om gratistildeling af emissionskvoter«, har følgende ordlyd:

»(1) Nytilkomne skal inden et år efter starten af normal drift af anlægget indgive ansøgning om gratistildeling og ved væsentlige kapacitetsudvidelser inden et år efter starten af den ændrede drift.

[…]

(4) Den indledende installerede kapacitet for nye anlæg svarer for hvert tildelingselement under fravigelse af § 4 til gennemsnittet af de to højeste månedsproduktionsvolumener inden for den fortløbende 90-dages periode, på grundlag af hvilken starten af den normale drift er fastlagt, ekstrapoleret til et kalenderår.

[…]«

14. § 17 i ZuV 2020 med overskriften »Nytilkomnes aktivitetsniveauer« bestemmer:

»(1) For de under § 3 henhørende tildelingselementer i nye anlæg fastlægges de aktivitetsniveauer, der er relevante for tildeling af kvoter, således:

[…]

3. Det brændselsrelaterede aktivitetsniveau for et tildelingselement med brændselsemissionsværdi svarer til den indledende installerede kapacitet i det pågældende tildelingselement multipliceret med den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor.

[…]

(2) Den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor i henhold til stk. 1, nr. 2-4, fastlægges på grundlag af ansøgerens oplysninger om:

1. tildelingselementets faktiske drift indtil indgivelsen af ansøgningen, og anlæggets eller tildelingselementets planlagte drift, de planlagte vedligeholdelsesperioder og produktionscyklusser for disse

2. anvendelsen af energi- og drivhusgaseffektive teknikker, der kan påvirke den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor for anlægget

3. den typiske kapacitetsudnyttelse inden for de pågældende sektorer.

[…]« [6].

15. § 18 i samme ZuV 2020, der har overskriften »Tildeling til nytilkomne«, har følgende ordlyd:

»(1) Med henblik på tildeling af kvoter til nye anlæg udregner den kompetente myndighed det foreløbige årlige antal kvoter, der skal tildeles gratis ved starten af anlæggets normale drift for de tilbageværende år i handelsperioden 2013-2020, således, separat for hvert tildelingselement:

[…]

3. For hvert tildelingselement med brændselsemissionsværdi svarer det foreløbige årlige antal kvoter, der skal tildeles gratis, til produktet af brændselsemissionsværdien og det brændselsrelaterede aktivitetsniveau.

[…]«

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

16. Sagsøgeren i hovedsagen, Ingredion, driver et anlæg til fremstilling af stivelsesprodukter i Hamburg (Tyskland) [7]. Dette anlæg omfatter delinstallationer i form af et luftvarmesystem og en dampgenerator, der anvender damp og naturgas til at frembringe varme med henblik på fremstilling af stivelse.

17. Den 8. august 2014 ansøgte Ingredion Deutsche Emissionshandelsstelle (den tyske myndighed for handel med emissionskvoter, herefter »DEHSt«) om en gratistildeling af emissionskvoter for disse to delinstallationer. Ingredion henviste til støtte for ansøgningen vedrørende den ene af de nævnte delinstallationer til et varmebenchmark og vedrørende den anden delinstallation til et brændselsbenchmark [8].

18. DEHSt tog med henblik på at fastlægge det foreløbige antal emissionskvoter, der skulle tildeles gratis til den brændselsbenchmarkede delinstallation, i første omgang hensyn til en relevant kapacitetsudnyttelsesfaktor på 109%. Det fremgik nemlig af de af Ingredion fremlagte oplysninger, at den reelle kapacitetsudnyttelse for denne delinstallation i den periode, der var forløbet mellem det tidspunkt, hvor anlægget havde påbegyndt sin normale drift, den 15. august 2013, og tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om tildeling, den 20. juni 2014, lå på over 100% af den indledede installerede kapacitet [9].

6 – Jeg vil nævne, at udtrykket »delinstallation« og ikke »tildelingselement« anvendes i afgørelse 2011/278. I denne afgørelse anvendes ligeledes udtrykket »brændselsbenchmark« og ikke »brændselsemissionsværdi«. I det følgende vil jeg udelukkende henvise til de udtryk, der anvendes i den nævnte afgørelse, idet fortolkningen heraf også gælder for de udtryk, der anvendes i ZuV 2020.

7 – Stivelsesprodukter omfatter alle de landbrugsprodukter, der indeholder stivelse.

8 – Som jeg i det væsentlige anførte i mit forslag til afgørelse INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896, punkt 58 og fodnote 35), består »[d]isse benchmark af en bestemt mængde […] emissioner, som Kommissionen anser for at være nødvendig for at fremstille en bestemt mængde af det pågældende produkt« (jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 - C-393/14, EU:C:2015:754, punkt 40). Ved beregningen af det foreløbige årlige antal af kvoter, der skal tildeles gratis, skal medlemsstaterne i henhold til artikel 6 i afgørelse 2011/278 sondre mellem delinstallationerne afhængigt af deres virksomhed med henblik på at afgøre, om der skal anvendes et »produktbenchmark«, et »varmebenchmark«, et »brændselsbenchmark« eller en særlig faktor for »procesemissionsdelinstallationer« (jf. dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 61, og af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 28). Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at definitionerne i artikel 3 i afgørelse 2011/278 af produktbenchmarkede delinstallationer, varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer gensidigt udelukker hinanden (jf. dom af 8.9.2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 62).

9 – Hvad angår den indledende installerede kapacitet erindrer jeg om, at det af artikel 17, stk. 4, i afgørelse 2011/278 i det væsentlige fremgår, at for anlæg omhandlet i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87, dvs. nytilkomne, undtagen anlæg, som har foretaget en væsentlig udvidelse efter den 30. juni 2011, fastlægges den indledende installerede kapacitet for hver delinstallation ved at anvende »den fortløbende 90-dages periode […] som referencegrundlaget for fastlæggelsen af starten af normal drift« (jf. ligeledes punkt 8 i dette forslag til afgørelse).

19. DEHSt var endvidere af den opfattelse, at eftersom Kommissionen i sin afgørelse af 24. marts 2015[10] havde afvist en kapacitetsudnyttelsesfaktor på eller over 100% for tre andre tyske anlæg, skulle der herefter tages udgangspunkt i en kapacitetsudnyttelsesfaktor på 99,9% og ikke på 109%. På dette grundlag fastlagde DEHSt ved afgørelse af 1. september 2015 antallet af emissionskvoter, der skulle tildeles gratis til Ingredion, for tildelingsperioden 2013-2020.

20. Sagsøgeren i hovedsagen påklagede denne afgørelse. Denne klage blev afslået ved afgørelse af 7. juli 2017, som blev meddelt den 10. juli 2017. Ud over Kommissionens afgørelse af 24. marts 2015 henviste DEHSt som begrundelse for dette afslag til vejledninger, som Kommissionen har offentliggjort[11].

21. Sagsøgeren i hovedsagen anlagde den 9. august 2017 sag ved Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) og fastholdt sit krav.

22. Ved afgørelse af 28. januar 2019 tilbagekaldte DEHSt afgørelsen af 1. september 2015, for så vidt som ansøgningen om tildeling indeholdt en regnefejl vedrørende den brændselsbenchmarkede delinstallation. Ingredion tilpassede den 20. januar 2019 som følge af denne regnefejl sin stævning.

23. Den forelæggende ret har anført, at afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den, afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor i henhold til artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278 kan have en værdi på eller over 100% for de brændselsbenchmarkede delinstallationer, der er omfattet af ordningen for »nytilkomne«, således som det er tilfældet for Ingredions delinstallation.

24. Denne ret har navnlig anført, at det af denne bestemmelses ordlyd ikke fremgår, at der gælder en eventuel begrænsning af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på under 100%. Den forelæggende ret har konstateret, at muligheden for at anvende en højere faktor under omstændighederne i den sag, der er indbragt for den, kan udledes af velunderbyggede og uafhængigt kontrollerede oplysninger, der ikke blot vedrører den planlagte normale drift af Ingredions delinstallation, men også den faktiske drift af denne delinstallation indtil indgivelsen af ansøgningen. Den forelæggende ret har tilføjet, at referenceperioden for nytilkomne i modsætning til de etablerede anlæg[12] i henhold til artikel 17, stk. 4, i afgørelse 2011/278 udgør 90 dage efter starten af den normale drift og ikke en periode på fire år[13].

10 – Afgørelse C(2015) 1733 final af 24.3.2015 om det foreløbige samlede antal emissionskvoter fra reserven for nytilkomne, der tildeles gratis til de tyske registrerede anlæg DE000000000001744, DE000000000201341 og DE000000000203762.

11 – Disse dokumenter, der har overskriften »Guidance Document nº 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)« (Vejledende dokument nr. 2 om den harmoniserede metode for gratistildeling af kvoter i EU's kvotehandelssystem efter 2012 (Vejledning om tildelingsmetoder)) og »Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications« (Ofte stillede spørgsmål (FAQ) om ansøgninger ang. nytilkomne og indstilling af drift (NE&C-ansøgninger) (tilgængelige på Kommissionens websted på følgende adresse https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1).

12 – Det fremgår af artikel 3, litra a), i afgørelse 2011/278, at der ved »etableret anlæg« forstås »et anlæg, […] i) som har fået en drivhusgasemissionstilladelse inden den 30. juni 2011, eller ii) som er i drift, og som inden den 30. juni 2011 har fået alle relevante miljøtilladelser, […] hvis det er relevant, og som senest den 30. juni 2011 opfyldte alle andre kriterier i den berørte medlemsstats nationale retsregler […]«.

13 – Det fremgår af artikel 9, stk. 1, i afgørelse 2011/278, at »[f]or etablerede anlæg fastlægger medlemsstaterne […] de historiske aktivitetsniveauer for hvert anlæg for basisperioden fra den 1. januar 2005 til den 31. december 2008 eller for basisperioden fra den 1 januar 2009 til den 31. december 2010, hvis aktivitetsniveauerne for sidstnævnte periode er højere«.

25. Den nævnte ret har imidlertid endvidere anført, at en sammenligning med de nytilkomne, der driver produktbenchmarkede delinstallationer, viser, at den standardkapacitetsudnyttelsesfaktor, der i henhold til denne afgørelses artikel 18, stk. 1, litra a), gælder for disse delinstallationer, i intet tilfælde når en værdi på 100% [14]. Ved gratistildeling af kvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87 fraviges det i dette direktiv fastsatte princip om auktionering af kvoter [15] i øvrigt midlertidigt, hvilket taler for at anlægge en restriktiv fortolkning af de relevante bestemmelser.

26. På denne baggrund har Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 18, stk. 1, litra c), [og artikel 18,] stk. 2, andet afsnit, i Kommissionens afgørelse 2011/278[…], sammenholdt med artikel 3[, litra] h, artikel 10a i direktiv 2003/87[…], fortolkes således, at den kapacitetsudnyttelsesfaktor, der gælder for det brænds[els]relaterede aktivitets[niveau], for nytilkomne er begrænset til en værdi på under 100%?«

27. Ingredion, Forbundsrepublikken Tyskland og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

28. Ingredion, Forbundsrepublikken Tyskland, den tyske regering og Kommissionen deltog i retsmødet, der blev afholdt den 12. marts 2020.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

29. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse anmodes Domstolen om at fastslå, om den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor for en brændselsbenchmarket delinstallation inden for rammerne af ordningen for gratistildeling af emissionskvoter til »nytilkomne« kan have en værdi på eller over 100%. Denne faktor gør det i givet fald muligt, såfremt den faktiske anvendelse af denne delinstallations kapacitet overstiger den indledende installerede kapacitet, at opnå et større antal gratiskvoter.

30. Jeg erindrer om, at det ved at multiplicere den nævnte faktor med den indledende installerede kapacitet for en brændselsbenchmarket delinstallation er muligt at beregne det brændselsrelaterede aktivitetsniveau. I henhold til artikel 19, stk. 1, litra c), i afgørelse 2011/278 fastlægges det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter derefter ved at multiplicere dette aktivitetsniveau med den tilsvarende benchmarkværdi.

31. Jeg konstaterer i denne forbindelse, at selv om den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor i henhold til artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278 »fastlægges af medlemsstaterne på grundlag af behørigt dokumenterede og uafhængigt verificerede oplysninger […] sammenlignet med sektorspecifikke oplysninger«, foreskriver denne bestemmelse til gengæld ikke nogen udtrykkelig begrænsning af værdien af denne faktor.

32. Parterne har endvidere i deres skriftlige indlæg og i retsmødet for Domstolen redegjort for denne konstatering. De har i det væsentlige fremført tre forskellige opfattelser, som kan sammenfattes som følger.

14 – Værdierne for standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren er fastsat i henhold til bilaget til Kommissionens afgørelse 2013/447/EU af 5.9.2013 om standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren i henhold til artikel 18, stk. 2, i afgørelse 2011/278/EU (EUT 2013, L 240, s. 23).

15 – Det fremgår bl.a. af artikel 10, stk. 1, i direktiv 2003/87, der har overskriften »Auktionering af kvoter«, at medlemsstaterne med hensyn til de aktiviteter, der er omhandlet i bilag I til dette direktiv, dog med undtagelse af luftfartsaktiviteter, fra 2013 skal auktionere »alle kvoter, som ikke tildeles gratis i overensstemmelse med artikel 10a og 10c«.

33. For det første er Ingredion af den opfattelse, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor kan justeres til en værdi på over 100%, når den faktiske udnyttelse af kapaciteten i selskabets brændselsbenchmarkede delinstallation i en periode, der har en længere varighed end 90 dage fra starten af anlæggets normale drift, overstiger denne delinstallations indledende installerede kapacitet [16].

34. For det andet har Forbundsrepublikken Tyskland og den tyske regering i det væsentlige anført, at spørgsmålet om, hvorvidt denne faktor er begrænset eller ikke er begrænset til en værdi på under 100%, grundlæggende afhænger af den skønsbeføjelse, som medlemsstaterne i henhold til artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278 har med henblik på at fastlægge den nævnte faktor [17].

35. For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at det i henhold til denne afgørelses artikel 3, litra i), og artikel 20 kun er væsentlige udvidelser af kapaciteten, dvs. udvidelser på mindst 10% i forhold til den indledende installerede kapacitet, der vil kunne give anledning til en ændring af det antal gratiskvoter, der foreløbigt er blevet tildelt en nytilkommen. Det forhold, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor ville kunne anvendes med henblik på at tage hensyn til udvidelser, der som i Ingredions tilfælde ikke overstiger denne tærskel på 10% og derfor ikke er omfattet af den mekanisme, der er fastsat i disse bestemmelser, ville være i strid med den nævnte afgørelses opbygning og formål. For de produktbenchmarkede delinstallationer, der er omfattet af den ordning, der finder anvendelse på »nytilkomne«, er værdien af standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren desuden altid lavere end 100%. Henset til princippet om ligebehandling af de »nytilkomne« bør det samme gælde for den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der finder anvendelse på brændselsbenchmarkede delinstallationer.

36. Jeg vil indledningsvis henvise til, at de betænkeligheder, som Ingredion har givet udtryk for, efter min opfattelse i det væsentlige synes at udspringe af den omstændighed, at den referenceperiode, der blev anvendt til at beregne den indledende installerede kapacitet, efter Ingredions opfattelse var alt for kort. Jeg erindrer om, at denne periode i henhold til artikel 17, stk. 4, i afgørelse 2011/278, svarer til den 90-dages periode, der forløber efter starten af den normale drift af anlægget [18].

37. Hvad angår fastlæggelsen af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor er det ifølge tysk ret muligt at tage hensyn til den faktiske udnyttelse af anlægget indtil indgivelsen af ansøgningen om tildeling [19]. Ingredion er i det væsentlige af den opfattelse, at værdien af denne faktor derfor skal afspejle den faktiske udnyttelse af delinstallationens kapacitet, således som den kan opgøres ved udløbet af denne periode (som i Ingredions tilfælde løb mellem den 15.8.2013 og den 20.6.2014), i givet fald ved at anvende en værdi på over 100%, når denne udnyttelse overstiger den indledende installerede kapacitet.

16 – Ingredion præciserede i retsmødet for Domstolen, at selskabets opfattelse ikke var, at en delinstallations maksimale kapacitet skulle anvendes som referencegrundlag, men at den relevante kapacitetsfaktor skulle afspejle den faktiske udnyttelse af kapaciteten i denne delinstallation.

17 – For fuldstændighedens skyld skal det tilføjes, at Forbundsrepublikken Tyskland i sit skriftlige indlæg har gjort gældende, at såvel Ingredions som Kommissionens opfattelse er forenelige med direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278. Forbundsrepublikken Tyskland har imidlertid fremhævet, at medlemsstaterne har ret til at støtte sig på Kommissionens endelige afgørelser om foreløbig tildeling af gratiskvoter til andre anlæg på deres område, og at DEHSt, henset til Kommissionens afgørelse C(2015) 1733 final af 24.3.2015, kunne afvise at anvende en relevant kapacitetsudnyttelsesfaktor, der havde en værdi på eller over 100%.

18 – Det skal præciseres, at Forbundsrepublikken Tyskland i sit skriftlige indlæg endvidere har anført, at »hovedargumentet mod en begrænsning af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor er, at den indledende installerede kapacitet, der var fastsat i henhold til artikel 17, stk. 4, i afgørelse 2011/278, på grund af den korte periode på 90 dage ikke altid var repræsentativ for anlæggets kapacitet«.

19 – Det fremgår af artikel 17, stk. 2, nr. 1), i ZuV 2020, at den relevante kapacitetsfaktor for de delinstallationer, der er beliggende på tysk område, fastlægges på grundlag af oplysninger om bl.a. delinstallationens faktiske drift *indtil indgivelsen af ansøgningen om tildeling*, og anlæggets eller delinstallationens planlagte drift, de planlagte vedligeholdelsesperioder og produktionscyklusser for disse. Forbundsrepublikken Tyskland anførte i retsmødet for Domstolen, at eftersom ansøgninger om tildeling af gratiskvoter ofte først indgives af nytilkomne, efter at delinstallationen har været i drift i et år, var det i henhold til ZuV 2020 muligt at anvende den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor med henblik på at berigtige eventuelle unøjagtigheder i de data, der blev indsamlet i løbet af referenceperioden, ved at støtte sig på andre data, der vedrørte perioden helt frem til indgivelsen af ansøgningen om tildeling. Kommissionen anførte imidlertid, at disse supplerende data ikke var nødvendige for at foretage gratistildeling af kvoter til nytilkomne, og at de nationale myndigheder i alle medlemsstaterne således ikke havde pligt til at tage hensyn hertil.

38. Jeg vil i de følgende afsnit redegøre for grundene til, at jeg i modsætning til Ingredion er af den opfattelse, at det er nødvendigt at begrænse kapacitetsudnyttelsesfaktoren til en værdi på under 100%, når der henses til, for det første, ordlyden af artikel 18, stk. 2, første afsnit, i afgørelse 2011/278, der vedrører den relevante standardkapacitetsfaktor for produktbenchmarkede delinstallationer (afsnit B), for det andet, den generelle opbygning af denne afgørelse (afsnit C), og, for det tredje, det overordnede formål og målene med ordningen for foreløbig tildeling af gratiskvoter (afsnit D).

39. Jeg vil subsidiært fremsætte nogle bemærkninger om den skønsbeføjelse, som medlemsstaterne har i medfør af den nævnte afgørelses artikel 18, stk. 2, andet afsnit, med henblik på at besvare Forbundsrepublikken Tysklands og den tyske regerings argumenter (afsnit E).

B. Fortolkning ud fra ordlyden af artikel 18, stk. 2, første afsnit, i afgørelse 2011/278 og den sammenhæng, hvori den bestemmelse indgår

40. Jeg konstaterer, at det af artikel 18, stk. 1, litra a), og artikel 18, stk. 2, første afsnit, i afgørelse 2011/278 fremgår, at den beregningsformel, der finder anvendelse med henblik på at fastlægge aktivitetsniveauet for produktbenchmarkede delinstallationer, adskiller sig fra den formel, der finder anvendelse på varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer og procesemissionsdelinstallationer[20]. Den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor finder nemlig ikke anvendelse, når der er tale om produktbenchmarkede delinstallationer, og det er derfor nødvendigt at anvende standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren, hvis værdi fastlægges af Kommissionen ud fra en konkret og præcis vurdering[21].

41. Jeg vil i denne henseende nævne, således som den forelæggende ret i øvrigt har anført, at det af afgørelse 2013/447, hvori denne faktor er fastsat for årene 2013-2020, fremgår, at værdierne for hvert enkelt af de nævnte tilfælde er lavere end 1 (og således under 100%)[22].

42. Jeg må indrømme, at jeg har vanskeligt ved at tilslutte mig, at den faktor, der anvendes til at fastlægge det aktivitetsniveau, der finder anvendelse på nytilkomne, og i sidste ende det antal af foreløbige kvoter, der skal tildeles til disse nytilkomne for brændselsbenchmarkede delinstallationer, skulle kunne have en værdi på over 100%, når en sådan mulighed er udelukket for produktbenchmarkede delinstallationer.

43. Dels er jeg af den opfattelse, at princippet om ligebehandling af nytilkomne, der i det væsentlige fremgår af 36. betragtning til afgørelse 2011/278[23], således som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, kræver, at de grænser, der er fastsat for værdien af den faktor, der anvendes til at fastlægge aktivitetsniveauet, er de samme for alle »nytilkomne«.

20 – Hvad angår relevansen af og forholdet mellem disse forskellige benchmark henvises til fodnote 8 i dette forslag til afgørelse.

21 – Jeg vil desuden nævne, at det af artikel 18, stk. 2, første afsnit, i afgørelse 2011/278 fremgår, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der finder anvendelse på produktbenchmarkede delinstallationer, svarer til »80-percentilen af gennemsnittet af de årlige kapacitetsudnyttelsesfaktorer for alle anlæg, som producerer det pågældende produkt«.

22 – Disse værdier ligger nærmere bestemt mellem 0,731 og 0,964.

23 – Jeg vil præcisere, at 36. betragtning til afgørelse 2011/278 lyder således: »På baggrund af det begrænsede antal kvoter i reserven til nytilkomne er det – når en væsentlig del af kvoterne er udstedt til nytilkomne – hensigtsmæssigt at vurdere, om der er sikkerhed for en *retfærdig og lige adgang* til de resterende kvoter i reserven« (min fremhævelse).

44. Dels fremgår det af en samlet læsning af definitionerne i artikel 3, litra b)-d) og h), i afgørelse 2011/278, at den beregningsmetode, der er defineret i denne afgørelses artikel 18, stk. 2, første afsnit, for produktbenchmarkede anlæg, skal anses for at være den mest præcise. Som Kommissionen har forklaret, anvendes den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor kun, når det ikke har været muligt at beregne et produktbenchmark [24].

45. Denne fortolkning bekræftes af det hierarki mellem de forskellige benchmarks, der kan finde anvendelse på en given delinstallation, hvilket udtrykkeligt fremgår af 12. betragtning til afgørelse 2011/278. Det anføres i denne betragtning, at de metoder for tildeling af gratiskvoter, der finder anvendelse på varmebenchmarkede delinstallationer, brændselsbenchmarkede delinstallationer eller procesemissionsdelinstallationer, udgør »tre fallback-metoder« i de situationer, hvor det ikke har været muligt at beregne et produktbenchmark.

46. Såfremt standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren i henhold til afgørelse 2013/447 er lavere end 1 (eller 100%), bør dette efter min opfattelse således også være tilfældet for så vidt angår den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der finder anvendelse på brændselsbenchmarkede delinstallationer. Denne begrænsning er efter min opfattelse nødvendig for at sikre ligebehandling af alle nytilkomne og for at overholde hierarkiet mellem disse benchmarks [25].

C. Fortolkning ud fra den generelle opbygning af afgørelse 2011/278

47. Når der henses til den generelle opbygning af afgørelse 2011/278 og de forskellige beregningsmetoder, der er fastsat i denne afgørelse, inden for området for foreløbig tildeling af gratiskvoter til »etablerede anlæg« [26] og til »anlæg, som har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse« [27], forekommer det mig i øvrigt nødvendigt at begrænse den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på under 100%.

1. Om den ordning, der finder anvendelse på »etablerede anlæg«

48. Hvad angår de »etablerede anlæg« vil jeg nævne, at disse er omfattet af en anden ordning end den, der finder anvendelse på »nytilkomne«. I de tilfælde, hvor der skal anvendes et brændselsbenchmark på disse anlæg, svarer det foreløbige årlige antal gratiskvoter, således som det fremgår af artikel 10, stk. 2, litra b), nr. ii), i afgørelse 2011/278, til værdien af brændselsbenchmarket ganget med det brændselsrelaterede historiske aktivitetsniveau for det forbrugte brændsel. Dette aktivitetsniveau svarer i det væsentlige til medianen af det årlige historiske forbrug af brændsel, der er anvendt til et vist antal produktioner [28], i en referenceperiode fra den 1. januar 2005 til den 31. december 2008 eller fra den 1. januar 2009 til den 31. december 2010 [29].

24 – Jf. i denne retning dom af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 68). Den fortolkning, som Kommissionen har anlagt, bekræftes efter min opfattelse desuden af fjerde betragtning til afgørelse 2011/278, hvoraf fremgår, at »*[i] det omfang, det var muligt*, har Kommissionen udviklet benchmark for produkter« (min fremhævelse).

25 – Navnlig eftersom standardkapacitetsudnyttelsesfaktoren i overensstemmelse med afgørelse 2013/447 ikke i noget tilfælde kan have en værdi på 1, skal den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor efter min opfattelse også strengt holdes på en værdi under 100%.

26 – Hvad angår definitionen af begrebet »etableret anlæg«, jf. fodnote 12 i dette forslag til afgørelse.

27 – Hvad angår de anlæg, der har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse, præciserer jeg, at disse anlæg er omfattet af definitionen af »nytilkommen« i artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87. Ved »nytilkommen« forstås nemlig ikke blot »et anlæg, […] som har fået en drivhusgasemissionstilladelse for første gang efter den 30. juni 2011« (som det i øvrigt er tilfældet for Ingredions delinstallation, der er genstand for hovedsagen), men også »et anlæg, […] som er udvidet væsentligt efter den 30. juni 2011, for så vidt angår denne udvidelse«.

28 – De forskellige relevante produktioner er opregnet i artikel 9, stk. 4, i afgørelse 2011/278.

29 – Som jeg allerede har anført i fodnote 9 i dette forslag til afgørelse, er denne periode (på 2-4 år) defineret i artikel 9, stk. 1, i afgørelse 2011/278.

49. Jeg vil nævne, at denne referenceperiode (på 2-4 år) er meget længere end den periode på 90 dage, der er fastsat i denne afgørelse, med henblik på at fastlægge den indledende installerede kapacitet for nytilkomne. Som Kommissionen med føje har anført, foretages beregningen af de etablerede anlægs aktivitetsniveau endvidere, uden at der anvendes en faktor, der svarer til den, som finder anvendelse på nytilkomne.

50. I denne forbindelse kan det spørges, hvilken betydning den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor har for de brændselsbenchmarkede delinstallationer, der er omfattet af ordningen for »nytilkomne«. Har denne faktor, således som Ingredion har hævdet, til formål at kompensere for den forholdsvis kortere varighed af den referenceperiode, der er anvendt til at beregne disse delinstallationers indledende installerede kapacitet? [30].

51. Dette spørgsmål skal efter min opfattelse besvares benægtende.

52. Det er ganske vist korrekt, at den forskellige varighed af de referenceperioder, der tages i betragtning i forhold til de etablerede anlæg og de nytilkomne, gør det langt mere sandsynligt, at den indledende installerede kapacitet i de nytilkomnes delinstallationer ikke er repræsentativ for den faktiske udnyttelse af disse delinstallationers kapacitet, end det er tilfældet for de etablerede anlæg. Denne risiko kan ifølge den tilgang, som Ingredion har argumenteret for, delvist afhjælpes ved, at der på tidspunktet for fastlæggelsen af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor tages hensyn til data, der vedrører en længere periode, som løber indtil tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om tildeling, idet disse data i givet fald vil gøre det muligt at forhøje delinstallationernes aktivitetsniveau og dermed antallet af gratistildelte kvoter.

53. Selv hvis den faktiske udnyttelse af hver enkelt delinstallation, der er foretaget mellem udløbet af referenceperioden på 90 dage og indgivelsen af ansøgningen om tildeling af kvoter, afspejles i værdien af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, kan de data, der er indsamlet vedrørende de nytilkomne, efter min opfattelse imidlertid ikke omfatte en periode, der svarer til den periode, som omfatter de historiske data [31] for de etablerede anlæg. Eftersom artikel 3, litra h), i direktiv 2003/87 foreskriver, at begrebet »nytilkommen« bl.a. omfatter samtlige de anlæg, der har fået en drivhusgasemissionstilladelse for første gang *efter den 30. juni 2011*, er det på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om tildeling nemlig ganske enkelt ikke muligt på dem at anvende en referenceperiode, der er lige så lang som for de etablerede anlæg.

54. Artikel 17, stk. 4, i afgørelse 2011/278, der fastsætter den korte referenceperiode på 90 dage, giver i øvrigt og navnlig ikke mulighed for tvivl. Kommissionen har præciseret, at den på tidspunktet for vedtagelsen af denne afgørelse var vidende om, at den planlagte normale drift af de anlæg eller delinstallationer, der senest var taget i drift, endnu ikke ville være nået på det tidspunkt, hvor denne periode ville begynde. Kommissionen har med føje tilføjet, at muligheden for, at den faktisk udnyttelse af anlæggets eller delinstallationens kapacitet kunne overstige den indledende installerede kapacitet, der

30 – Jeg vil i denne forbindelse nævne, at tildelingen af gratiskvoter til »nytilkomne« for perioden 2021-2030 (dvs. den fjerde handelsperiode) i henhold til artikel 17 i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/331 af 19.12.2018 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT 2019, L 59, s. 8) foretages på grundlag af det historiske aktivitetsniveau, som beregnes for det første kalenderår efter start af normal drift. Den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor og referenceperioden på 90 dage er for så vidt angår tildelinger fra og med 2021 således ikke længere relevante.

31 – Jeg erindrer om, at det af artikel 7, stk. 1, i afgørelse 2011/278 fremgår, at medlemsstaterne for hvert etableret anlæg »for alle årene i perioden 1. januar 2005 til 31. december 2008 eller i givet fald 1. januar 2009 til 31. december 2010, hvor anlægget har været i drift, [indsamler] alle relevante oplysninger og data […]«.

blev anvendt til at fastlægge det foreløbige antal gratiskvoter, der skulle tildeles til »nytilkomne«, »bevidst« var blevet »accepteret«[32] i forbindelse med vedtagelsen af afgørelse 2011/278, idet det af denne afgørelses artikel 3, litra n), fremgik, at denne referenceperiode begyndte at løbe fra det tidspunkt, hvor anlægget ville nå 40% af den kapacitet, som det var beregnet til.

55. Henset til disse forhold er jeg i lighed med Forbundsrepublikken Tyskland af den opfattelse, at en forhøjelse af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på eller over 100% i de tilfælde, hvor den faktiske udnyttelse af kapaciteten i en delinstallation som den, der drives af Ingredion, når eller overstiger delinstallations indledende installerede kapacitet, er i strid med det bevidste valg, som lovgiver har truffet om at begrænse den referenceperiode, der anvendes til at fastlægge denne indledende installerede kapacitet, til de 90 dage, der forløber efter starten af den normale drift af delinstallationen. En sådan forhøjelse er endelig i strid med ordlyden af denne afgørelses artikel 17, stk. 4, sammenholdt med dens artikel 3, litra n), idet den vil føre til samme resultat som en forøgelse af den nævnte kapacitet.

56. Jeg vil tilføje, således som Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen har anført, at enhver form for forskellig behandling af de etablerede anlæg og de nytilkomne under alle omstændigheder forekommer mig objektivt begrundet[33], idet det foreløbige årlige antal gratistildelte emissionskvoter ikke afhænger af modtagerens *faktiske emissioner*, men af *teoretiske »benchmarks«*, som Kommissionen beregner på grundlag af emissionerne fra de 10% mest effektive anlæg i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 2, i direktiv 2003/87.

57. Uanset hvilken ordning en delinstallation er omfattet af (dvs. den ordning, der finder anvendelse på etablerede anlæg, eller den ordning, der finder anvendelse på nytilkomne), afhænger det foreløbige antal gratiskvoter således af disse teoretiske benchmarks, som er de samme for de etablerede anlæg som for de nytilkomne. De forskelle, der er forbundet med de øvrige elementer, der indgår i denne beregning, skyldes, at der ikke foreligger pålidelige og varige historiske data for de anlæg, der senest er taget i drift, og at det derfor er nødvendigt at basere sig på et skøn over disse anlægs aktivitetsniveau med henblik på at fastlægge det foreløbige antal kvoter, som de skal modtage gratis.

58. Jeg vil i denne forbindelse også fremhæve, at artikel 20 og 21 i afgørelse 2011/278 allerede foreskriver, at den samme beregningsformel skal anvendes på de etablerede anlæg og på de anlæg, der er taget i drift efter den 30. juni 2011[34], for så vidt som der er foretaget en væsentlig ændring af disse sidstnævnte anlægs kapacitet, dvs. at de har været genstand for »enten en væsentlig kapacitetsudvidelse eller en væsentlig kapacitetsindskrænkning«[35].

32 – Jeg præciserer, at Kommissionen med vedtagelsen af afgørelse 2011/278 handlede under udøvelse af sine gennemførelsesbeføjelser i overensstemmelse med artikel 10a i direktiv 2003/87. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at det af artikel 291, stk. 3, TEUF fremgår, at når Kommissionen vedtager gennemførelsesretsakter, skal Parlamentet og Rådet på forhånd fastsætte generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser. Parlamentet kan desuden modsætte sig sådanne retsakter, og Kommissionen er i så fald forpligtet til at tage hensyn til dette standpunkt, selv om den ikke er forpligtet til at acceptere det.

33 – Jeg erindrer i denne forbindelse om, at det af fast retspraksis fremgår, at det generelle ligebehandlingsprincip kræver, at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet (jf. bl.a. dom af 16.12.2008, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 23).

34 – Artikel 20, stk. 1, og artikel 21, stk. 1, i afgørelse 2011/278 bestemmer i det væsentlige, at hvis et anlæg har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse eller -indskrænkning efter den 30.6.2011, fastlægger medlemsstaterne på driftslederens anmodning det antal gratis emissionskvoter, der skal tildeles for så vidt angår den pågældende udvidelse eller indskrænkning. I dette tilfælde er det den metode, der er defineret i denne afgørelses artikel 19, dvs. den beregningsmetode, der er fastsat for nytilkomne, der finder anvendelse.

35 – Denne definition af begrebet »væsentlig kapacitetsændring« fremgår af artikel 3, litra k), i afgørelse 2011/278.

59. Selv om der foreligger en større risiko, som lovgiver har valgt at løbe, for, at aktivitetsniveauet ikke er repræsentativt for den faktiske kapacitetsudnyttelse i de nytilkomnes anlæg, end det er tilfældet for de etablerede anlæg, er det ved at anvende artikel 20 i afgørelse 2011/278 således i sidste ende muligt at tage hensyn til enhver forskel på mere end 10% [36]. Lovgiver har i denne situation i øvrigt udtrykkeligt valgt en periode på seks måneder og ikke kun 90 dage til at fastlægge kapacitetsforøgelsen [37].

60. Jeg er derfor af den opfattelse, at det af en sammenlignende undersøgelse af de ordninger, der finder anvendelse på etablerede anlæg og på nytilkomne, ikke kan udledes, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, når den faktiske udnyttelse af en brændselsbenchmarket delinstallations kapacitet når op på eller overstiger den indledende installerede kapacitet for denne delinstallation, skal have en værdi på eller over 100%. Lovgivers udtrykkelige ønske om at begrænse referenceperioden for nytilkomne til 90 dage efter starten af den normale drift af anlægget taler efter min opfattelse, og således som jeg har anført i punkt 55 i dette forslag til afgørelse, tværtimod for at begrænse værdien af denne faktor til et niveau, der ligger under denne procentsats.

2. Om den ordning, der finder anvendelse på »anlæg, som har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse«

61. Jeg er desuden af den opfattelse, at det ville være i strid med den mekanisme, der er fastsat i artikel 20 i afgørelse 2011/278, hvis den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor for så vidt angår de brændselsbenchmarkede delinstallationer, der er omfattet af den ordning, som finder anvendelse på »nytilkomne«, kunne nå op på eller overstige en værdi på 100%, når kapacitetsudvidelsen fortsat ligger under den i denne bestemmelse fastsatte tærskel på 10%.

62. Jeg vil i denne forbindelse nævne, at det af ordlyden af artikel 20 i afgørelse 2011/278 fremgår, at det antal gratis emissionskvoter, der skal tildeles for at tage hensyn til den væsentlige kapacitetsudvidelse af et anlæg, afhænger af de to betingelser, der er fastsat i artikel 3, litra i), i denne afgørelse, således som Forbundsrepublikken Tyskland har anført.

63. For det første skal der foretages en eller flere identificerbare fysiske ændringer, der vedrører den tekniske opsætning og udnyttelse af delinstallationen, og som går ud over blot at udskifte en eksisterende produktionslinje. For det andet skal delinstallationen kunne drives med en kapacitet, der er mindst 10% større end den indledende installerede kapacitet, som delinstallationen havde før ændringen, eller have et langt højere aktivitetsniveau, der medfører en yderligere tildeling af emissionskvoter på mere end 50 000 kvoter pr. år.

64. Det fremgår endvidere af artikel 20, stk. 2, i afgørelse 2011/278, at »[m]edlemsstaterne pålægger driftslederen sammen med anmodningen at forelægge dokumentation for, at kriterierne for en væsentlig kapacitetsudvidelse er opfyldt«.

36 – Den mekanisme, der er fastsat i artikel 20 i afgørelse 2011/278, gør det ganske vist ikke muligt efterfølgende at ændre det foreløbige antal gratistildelte kvoter til en delinstallation på grundlag af den første ansøgning, der blev indgivet. Det er derfor korrekt, at det for så vidt angår nytilkomne ikke efterfølgende er muligt at kompensere for den undervurdering af kapaciteten, der eventuelt er sket i forbindelse med den første tildeling. Kommissionen præciserede imidlertid i retsmødet, at nytilkomne kan være omfattet af denne artikel 20 fra året efter denne første tildeling, såfremt de har foretaget en væsentlig udvidelse af deres kapacitet.

37 – Jf. artikel 3, litra l), i afgørelse 2011/278. Jeg vil nævne, at Ingredion under omstændighederne i hovedsagen har baseret sig på den faktiske udnyttelse af selskabets delinstallation i perioden fra den 15.8.2013 til den 20.6.2014, dvs. en periode på mere end ti måneder. Sagsøgeren har således hævdet, at det i en situation, hvor udnyttelsen af en delinstallation er blevet forøget med 9% i forhold til denne installations indledende installerede kapacitet efter udløbet af referenceperioden på 90 dage og før det tidspunkt, hvor sagsøgeren indgav sin ansøgning, er muligt at tilpasse den relevante kapacitetsfaktor på grundlag af data, der vedrører en periode, som er væsentligt længere (og på mindst fire måneder) end den periode, der finder anvendelse, når der er tale om en væsentlig kapacitetsudvidelse (dvs. i tilfælde af en udvidelse på mere end 10%).

65. Jeg er under disse omstændigheder af den opfattelse, at hvis den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, således som Ingredion har hævdet, kunne nå op på en værdi på over 100% for at afspejle, at den faktiske udnyttelse er blevet forøget med 9% i forhold til den indledende installerede kapacitet, således som det er tilfældet for Ingredions delinstallation [38], ville en sådan mulighed være i strid med lovgivers udtrykkelige ønske om kun at tillade en tilpasning af antallet af tildelte kvoter i de tilfælde, hvor der er foretaget en væsentlig udvidelse, dvs. på mindst 10% i forhold til den indledende installerede kapacitet.

66. Denne hensigt hos lovgiver synes efter min opfattelse klart at komme til udtryk i 35. betragtning til afgørelse 2011/278, hvoraf fremgår, at »[i]nvesteringer i væsentlige kapacitetsudvidelser, som giver adgang til […] reserve[n] til nytilkomne, […] bør være overbevisende og af en vis størrelse, så reserven af emissionskvoter til nytilkomne ikke opbruges for hurtigt, så konkurrencefordrejninger og unødige administrative byrder undgås, og så anlæg behandles ens fra den ene medlemsstat til den anden« [39].

67. Jeg tilføjer, at Kommissionen i retsmødet for Domstolen bekræftede, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor ikke skulle tjene til at tage hensyn til eventuelle udvidelser af anlæggets kapacitet, idet disse allerede var omfattet af den særlige ordning og de grænser, der er fastsat i artikel 20 i afgørelse 2011/278.

68. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger tilslutter jeg mig denne opfattelse.

3. Foreløbig konklusion

69. Jeg er med hensyn til de ordninger, som finder anvendelse på »etablerede anlæg« og »anlæg, som har foretaget en væsentlig kapacitetsudvidelse«, af den opfattelse, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor i overensstemmelse med den generelle opbygning af afgørelse 2011/278 skal begrænses til en værdi på under 100% [40].

70. I det følgende afsnit vil jeg undersøge, hvorfor formålene med den ordning for foreløbig gratistildeling af emissionskvoter, der er fastsat i afgørelse 2011/278 og i direktiv 2003/87, efter min opfattelse endvidere synes at tale for at begrænse den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på under 100%.

D. Fortolkning ud fra det overordnede formål og målene med ordningen for foreløbig tildeling af gratiskvoter

71. Jeg erindrer om, at der efter Domstolens faste praksis ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til ordlyden, men også til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af [41].

38 – Ingredion har anført, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor i dette tilfælde skal fastsættes til en værdi på 109%.

39 – Jeg vil i denne forbindelse nævne, at det af artikel 19, stk. 4, i afgørelse 2011/278 fremgår, at emissionskvoter fra reserven til nytilkomne tildeles efter »først-til-mølle«-princippet.

40 – Jf. i samme retning »Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)« (Vejledende dokument nr. 2 om den harmoniserede metode for gratistildeling af kvoter i EU's kvotehandelssystem efter 2012 (Vejledning om tildelingsmetoder), s. 3[1]) og »Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications« (Ofte stillede spørgsmål (FAQ) om ansøgninger ang. nytilkomne og indstilling af drift (NE&C-ansøgninger, s. [7]), som den forelæggende ret har henvist til, og hvoraf fremgår, at der ikke accepteres værdier for den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der er lig med eller højere end 100%. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at selv om disse dokumenter ikke er juridisk bindende, udgør de imidlertid supplerende indicier til afklaring af den almindelige opbygning af direktiv 2003/87 og af afgørelse 2011/278 (jf. bl.a. dom af 18.1.2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis, og af 14.5.2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, præmis 49).

41 – Jf. dom af 20.6.2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

72. Hvad angår det overordnede formål og målene med den ordning for gratistildeling af emissionskvoter, der er indført ved artikel 10a i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278, vil jeg nævne, at denne ordning fraviger princippet om auktionering af kvoter, som efter lovgivers opfattelse »er den enkleste ordning og generelt anses for at være den økonomisk mest effektive«[42], når der henses til det mål om at fremme »reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde«, der er nævnt i artikel 1 i direktiv 2003/87[43].

73. Det antal emissionskvoter, der skal tildeles gratis, reduceres i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 11, i dette direktiv i denne sammenhæng gradvist i løbet af perioden fra 2013 til 2020 med henblik på at bringe disse gratiskvoter ned på nul i 2027[44]. Gratistildelingen af emissionskvoter med henblik på at opnå en reduktion af drivhusgasemissionerne skal således gradvist bringes til at hvile alene på et auktionsprincip.

74. Med henblik på gennemførelsen af dette mål er der i 36. betragtning til afgørelse 2011/278 henvist til det begrænsede antal kvoter i reserven til nytilkomne[45]. Det fremgår i øvrigt af artikel 10a, stk. 7, første afsnit, andet punktum, i direktiv 2003/87, at emissionskvoter, der er forbeholdt nytilkomne, og som ikke tildeles, auktioneres af medlemsstaterne.

75. Kommissionen har i denne forbindelse desuden præciseret, at selv om den med vedtagelsen af afgørelse 2011/278 ikke valgte at kompensere for den forøgede udnyttelse af en delinstallations kapacitet i forhold til dens indledende installerede kapacitet ved at tilpasse værdien af den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på over 100%, var det netop med henblik på i en sådan situation at skabe incitament til at anvende energieffektive teknikker eller i givet fald til at erhverve det tilsvarende antal emissionskvoter i overensstemmelse med handelsordningen.

76. Henset til disse betragtninger kan der efter min opfattelse næppe herske tvivl om, at det overordnede formål og målene med ordningen for gratistildeling af emissionskvoter, således som det også fremgår af de betragtninger, der kan udledes af artikel 18, stk. 2, første afsnit, og den generelle opbygning af afgørelse 2011/278, kræver, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor er strengt begrænset til en værdi på under 100%[46].

E. Subsidiært om medlemsstaternes skønsbeføjelse

77. Jeg er af de grunde, som jeg tidligere har redegjort for, af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor for de brændselsbenchmarkede delinstallationer, der er omfattet af den ordning, som finder anvendelse på »nytilkomne«, er begrænset til en værdi på under 100%, skal besvares ved at anlægge en fortolkning ud fra sammenhængen og en formålsbestemt fortolkning, der tager udgangspunkt i den generelle opbygning af afgørelse 2011/278 og det overordnede formål og målene med ordningen for foreløbig tildeling af gratiskvoter. Dette spørgsmål er således ikke, således som Forbundsrepublikken Tyskland og den tyske regering har hævdet, omfattet af den skønsbeføjelse, som medlemsstaterne har i henhold til artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i afgørelse 2011/278.

42 – Jf. 15. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23.4.2009 om ændring af direktiv [2003/87] med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet. Jeg henviser ligeledes til mit forslag til afgørelse ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 69).

43 – Jf. dom af 12.4.2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, præmis 18), og af 17.5.2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 41).

44 – Jf. dom af 20.6.2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

45 – Jeg vil i denne forbindelse nævne, at det af artikel 10a, stk. 7, første afsnit, første punktum, i direktiv 2003/87 fremgår, at kun fem procent af den samlede mængde kvoter, der er tildeles i perioden fra 2013 til 2020, sættes til side til nytilkomne, og at der er tale om et maksimum.

46 – Jeg vil i denne forbindelse nævne, at jeg i mit forslag til afgørelse ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 69) anførte, at enhver begrænsning af tildelingen af gratiskvoter bidrager til den gradvise gennemførelse af den ordning for fuld auktionering af kvoter, som lovgiver har ønsket.

78. Jeg vil i denne henseende for fuldstændighedens skyld nævne, at lovgiver for så vidt angår gratistildeling af emissionskvoter i artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87 har insisteret på vigtigheden af en fuldstændig harmonisering ved at fastsætte, at »Kommissionen vedtager fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Fællesskabet med henblik på tildeling af […] kvoter«.

79. Som jeg tidligere har anført i mit forslag til afgørelse i INEOS Köln-sagen [47], er det på dette grundlag, at Kommissionen vedtog afgørelse 2011/278, og der kan efter min opfattelse ikke herske tvivl om, at denne afgørelse, sammenholdt med artikel 10a, i direktiv 2003/87, indebærer en udtømmende harmonisering af de materielle aspekter ved gratistildelingen af kvoter [48].

80. Det fremgår nærmere bestemt af denne afgørelses artikel 19, stk. 4, andet afsnit, at Kommissionen kan afvise det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter til en nytilkommen.

81. Det er derfor min opfattelse, at selv hvis Domstolen i lighed med Forbundsrepublikken Tyskland og den tyske regering og i modsætning til den tilgang, som jeg har argumenteret for, måtte være af den opfattelse, at medlemsstaterne inden for de grænser, der er opstillet i den nævnte afgørelses artikel 18, stk. 2, andet afsnit, fortsat frit kan fastlægge den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor til en værdi på over 100%, kan de ikke foreholdes, at de har lagt Kommissionens opfattelse til grund, heller ikke, når denne er et resultat af, at den samme afgørelse er blevet anvendt på konkrete anlæg (som det er tilfældet for de hovedsagen omhandlede omstændigheder [49]), for så vidt som de kan have en forventning om, at denne opfattelse også gælder for andre anlæg.

V. Forslag til afgørelse

82. På baggrund af samtlige de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg at besvare det af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 18, stk. 1, litra c), og artikel 18, stk. 2, andet afsnit, i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27. april 2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF, sammenholdt med artikel 3, litra h), og artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009, skal fortolkes således, at den relevante kapacitetsudnyttelsesfaktor, der gælder for det brændselsrelaterede aktivitetsniveau, for nytilkomne er begrænset til en værdi på under 100%.«

47 – Forslag til afgørelse INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896, punkt 70).

48 – Jf. dom af 22.6.2016, DK Recycling und Roheisen mod Kommissionen (C-540/14 P, EU:C:2016:469, præmis 52-55).

49 – Som jeg har anført i punkt 19 i dette forslag til afgørelse, besluttede DEHSt under omstændighederne i hovedsagen at anvende en relevant kapacitetsudnyttelsesfaktor på 99,9%, idet Kommissionen i sin afgørelse af 24.3.2015 havde afvist en relevant kapacitetsudnyttelsesfaktor på eller over 100% i forhold til tre andre tyske anlæg.