Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
föredraget den 18 juni 2020[1]

Mål C-320/19

Ingredion Germany GmbH
mot
Bundesrepublik Deutschland

(begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Berlin (förvaltningsdomstolen i Berlin, Förbundsrepubliken Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Miljö – Direktiv 2003/87/EG – Systemet med handel för utsläppsrätter för växthusgaser – Artikel 3 h – Begreppet ’ny deltagare’ – Artikel 10a – Övergångsordning för harmoniserad tilldelning av gratis utsläppsrätter – Beslut 2011/278/EU – Tilldelning av gratis utsläppsrätter till nya deltagare – Delanläggning med bränsleriktmärke – Artikel 18.1 c och artikel 2 andra stycket – Fastställande av den bränslerelaterade verksamhetsnivån – Relevant faktor för kapacitetsutnyttjande – Begränsning av denna faktor till ett värde av mindre än 100 procent”

I. Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande som inkommit från Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) gäller tolkningen av artikel 3 h och artikel 10a i direktiv 2003/87/EG,[2] i vilket fastställs ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom Europeiska unionen, samt artikel 18.1 c och 18.2 andra stycket i beslut 2011/278/EU,[3] varigenom det föreskrivs övergångsbestämmelser för harmoniserad tilldelning av gratis utsläppsrätter.

2. Denna begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan Ingredion Germany GmbH (nedan kallat ”Ingredion” eller ”sökanden i det nationella målet”) och Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Umweltbundesamt (Federala miljömyndigheten, Tyskland), angående en ansökan om gratis tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser för en anläggning som kan betecknas som ”ny deltagare” i den mening som avses i artikel 3 h i direktiv 2003/87.[4]

1 Originalspråk: franska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 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 (EUT L 140, 2009, s. 63).

3 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)

4 Det ska erinras om att begreppet ”ny deltagare” definieras i artikel 3 h i direktiv 2003/87 enligt vilken det inbegriper en ”anläggning … som har fått tillstånd för växthusgasutsläpp för första gången efter den 30 juni 2011”. Bestämmelserna om ”ny deltagare” finns i kapitel IV i beslut 2011/278.

3. Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang önskat få klarhet i huruvida, vid fastställandet av det preliminära årliga antalet gratis utsläppsrätter för en av de delanläggningar som denna anläggning utgörs av och på vilken ett bränsleriktmärke ska tillämpas, den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, som anges i artikel 18.1 c och 18.2 andra stycket i beslut 2011/278, är begränsad till ett värde av mindre än 100 procent.

4. Prövningen av denna fråga ingår i en lång serie av rättspraxis, avseende systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser och övergångsbestämmelserna för gratis tilldelning av utsläppsrätter,[5] samtidigt som den ger domstolen en möjlighet att för första gången undersöka bestämmelserna om ”ny deltagare”.

5. Efter redogörelsen för min bedömning kommer jag att föreslå att domstolen, inom ramen för dessa bestämmelser, ska slå fast att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, för en sådan delanläggning med bränsleriktmärke som den som i förevarande mål drivs av Ingredion, ska vara begränsad till ett värde av mindre än 100 procent.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2003/87

6. I artikel 3 i direktiv 2003/87, som har rubriken ”Definitioner”, anges följande:

”I detta direktiv avses med

…

h) ny deltagare:

– en anläggning vid vilken en eller flera av de verksamheter som förtecknas i bilaga I bedrivs, som har fått tillstånd för växthusgasutsläpp för första gången efter den 30 juni 2011,

– en anläggning vid vilken det bedrivs en verksamhet som inbegrips i gemenskapssystemet enligt artikel 24.1 eller 24.2 för första gången, eller

– en anläggning vid vilken det bedrivs en eller flera av de verksamheter som anges i bilaga I eller en verksamhet som inbegrips i gemenskapssystemet enligt artikel 24.1 eller 24.2, och som har genomfört en betydande utvidgning efter den 30 juni 2011, med avseende på denna utvidgning,

…”

7. Artikel 10a, med rubriken ”Gemenskapstäckande övergångsbestämmelser för gratis tilldelning”, har följande lydelse:

”1. Senast den 31 december 2010 ska kommissionen anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser …

5 När det gäller utsläppsrätter för växthusgaser, har jag bland annat tidigare haft tillfälle att föredra förslag till avgörande i målen INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896) och ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167).

Genom de åtgärder som avses i första stycket ska det i möjligaste mån fastställas gemenskapstäckande förhandsriktmärken för att garantera att tilldelningen sker på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att beakta de mest effektiva teknikerna, … och åtgärderna ska inte ge incitament till att öka utsläppen.

…

7. Av den mängd utsläppsrätter för hela gemenskapen som under perioden 2013–2020 fastställs i enlighet med artiklarna 9 och 9a ska fem procent avsättas för nya deltagare, vilket är den högsta andel som kan tilldelas nya deltagare i enlighet med de bestämmelser som antagits med tillämpning av punkt 1 i denna artikel …

…

Senast den 31 december 2010 ska kommissionen anta harmoniserade bestämmelser för tillämpningen av definitionen av ny deltagare, särskilt i samband med definitionen av betydande utvidgning.

…”

2. Beslut 2011/278

8. Artikel 17 i beslut 2011/278, med rubriken ”Ansökan om gratis tilldelning” innehåller en punkt 4, som har följande lydelse:

”För de anläggningar som avses i artikel 3 h i direktiv [2003/87], med undantag av anläggningar som har haft en betydande utvidgning efter den 30 juni 2011, ska medlemsstaterna kräva att verksamhetsutövaren fastställer den ursprungliga installerade kapaciteten för varje delanläggning enligt metoden i artikel 7.3 med den kontinuerliga 90-dagarsperioden som grund för fastställandet av datumet för start av normal drift. Medlemsstaterna ska godkänna varje delanläggnings ursprungliga installerade kapacitet före beräkning av tilldelningen för anläggningen.”

9. Artikel 18 i detta beslut, med rubriken ”Verksamhetsnivåer”, har följande lydelse:

”1. För de anläggningar som avses i artikel 3 h i direktiv [2003/87], med undantag av anläggningar som har haft en betydande utvidgning efter den 30 juni 2011, ska medlemsstaterna fastställa verksamhetsnivån för varje anläggning enligt följande:

…

c) Den bränslerelaterade verksamhetsnivån ska vara den ursprungliga installerade kapaciteten för förbrukning av bränslen som används vid produktion av icke mätbar värme som förbrukas vid tillverkning av produkter, vid produktion av mekanisk energi som inte används för elproduktion, vid uppvärmning eller kylning med undantag av förbrukning vid elproduktion, inbegripet säkerhetsfackling, uttryckt i terajoule per år under referensperioden för den berörda anläggningen, multiplicerad med relevant faktor för kapacitetsutnyttjande.

…

2. …

Den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande som avses i 1 b–d ska fastställas av medlemsstaterna på grundval av välgrundad och av oberoende kontrollör verifierad information om anläggningens avsedda normala drift, underhåll, vanliga produktionscykel, energieffektivitetsteknik och typiskt kapacitetsutnyttjande i den berörda sektorn jämfört med sektorspecifik information.

…

3. För anläggningar som har haft en betydande kapacitetsökning efter den 30 juni 2011 ska medlemsstaterna i enlighet med punkt 1 fastställa verksamhetsnivåer endast för den tillagda kapaciteten vid de delanläggningar som berörs av den betydande kapacitetsökningen.

För anläggningar som har haft en betydande kapacitetsminskning efter den 30 juni 2011 ska medlemsstaterna fastställa verksamhetsnivåer endast för den minskade kapaciteten vid de delanläggningar som berörs av den betydande minskningen.”

10. I artikel 19 i samma beslut, som har rubriken ”Tilldelning för nya deltagare”, föreskrivs följande:

”1. För tilldelningen av utsläppsrätter till nya deltagare, med undantag av tilldelningar till de anläggningar som avses i artikel 3 h tredje strecksatsen i direktiv [2003/87], ska medlemsstaterna beräkna det preliminära årsantalet utsläppsrätter som tilldelas gratis från och med start av normal drift vid anläggningen separat för varje delanläggning, enligt följande:

…

c) För varje delanläggning med bränsleriktmärke ska det preliminära årsantalet utsläppsrätter som tilldelas gratis motsvara värdet för bränsleriktmärket enligt bilaga I multiplicerat med den bränslerelaterade verksamhetsnivån.

…

4. Medlemsstaterna ska utan dröjsmål meddela kommissionen den preliminära sammanlagda årskvantiteten utsläppsrätter som tilldelas gratis. Utsläppsrätter från reserven för nya deltagare som inrättats enligt artikel 10a.7 i direktiv [2003/87] ska tilldelas enligt ”först till kvarn”-metoden med hänsyn till tidpunkten för mottagande av detta meddelande.

Kommissionen får avslå den preliminära sammanlagda årskvantiteten utsläppsrätter som tilldelas gratis för den berörda anläggningen. Om kommissionen inte avslår den preliminära sammanlagda årskvantiteten utsläppsrätter som tilldelas gratis, ska den berörda medlemsstaten fastställa den slutliga årskvantiteten utsläppsrätter som tilldelas gratis.”

B. Tysk rätt

11. 9 § punkt 1 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lagen om handel med utsläppsrätter för växthusgaser) av den 21 juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1475) (nedan kallad TEHG), har följande lydelse:

”1) Den som driver en anläggning ska tilldelas gratis utsläppsrätter i enlighet med principerna i artikel 10a … i direktiv [2003/87] … och i beslut [2011/278] …”

12. 2 § Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (förordning om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser under handelsperioden 2013–2020) av den 26 september 2011 (BGB1. 2011 I, s. 1921) (nedan kallad ZuV 2020), med rubriken ”Definitioner” har följande lydelse:

”…

10. Nya anläggningar

Alla nya deltagare enligt artikel 3 h första strecksatsen i direktiv [2003/87],

…”

13. I 16 § ZuV 2020, med rubriken ”Ansökan om gratis tilldelning av utsläppsrätter”, föreskrivs följande:

(1) Ansökningar om gratis tilldelning för nya deltagare ska göras inom ett år räknat från starten av anläggningens normala drift och, vid betydande kapacitetsökningar, inom ett år från det att den ändrade driften inleddes.

…

(4) Genom undantag från 4 § ska den ursprungliga installerade kapaciteten för nya anläggningar motsvara genomsnittet av de två högsta månatliga produktionsvolymerna för varje tilldelningsdel inom den löpande 90-dagarsperioden, på grundval av vilken den normala driften ska inledas, räknat på ett kalenderår.

…”

14. I 17 § ZuV 2020, med rubriken ”De nya deltagarnas verksamhetsnivå”, föreskrivs följande:

”(1) För tilldelningsdelar i nya anläggningar som ska fastställas enligt 3 § ska de verksamhetsnivåer som är relevanta för tilldelningen av rättigheter fastställas på följande sätt:

…

3. den bränslerelaterade verksamhetsnivån för en tilldelningsdel med bränsleutsläppsvärde motsvarar den ursprungliga installerade kapaciteten för den relevanta tilldelningsdelen multiplicerad med den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande.

…

(2) Den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande som avses i stycke 1 punkterna 2–4 ska fastställas på grundval av de uppgifter som sökanden lämnar om

1. den faktiska driften av tilldelningsdelen fram till inlämnandet av ansökan och den planerade driften av anläggningen eller tilldelningsdelen, dess planerade underhållsperioder och produktionscykler.

2. användningen av energi- och växthusgaseffektiv teknik som kan påverka anläggningens relevanta faktorer för kapacitetsutnyttjande.

3. det typiska kapacitetsutnyttjandet inom de berörda sektorerna.

…”[6]

15. I artikel 18 i denna ZuV 2020, med rubriken ”Tilldelning för nya deltagare”, föreskrivs följande:

(1) Vid tilldelningen av rättigheter för nya anläggningar ska den behöriga myndigheten räkna det provisoriska årliga antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis när driften av anläggningen inleds för de återstående åren av handelsperioden 2013–2020, och separat för varje tilldelningsdel, på följande sätt:

…

3. för varje tilldelningsdel med bränsleutsläppsvärde ska det preliminära årliga antalet rättigheter som tilldelas gratis motsvara produkten från utsläppsvärdet och de bränslerelaterade verksamhetsnivåerna.

…”

III. Målet vid den nationella domstolen, begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

16. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Ingredion, driver i Hamburg (Tyskland) en anläggning för framställning av stärkelseprodukter.[7] Denna anläggning omfattar en delanläggning för luftvärme och en ånggenerator för att generera värme till stärkelseproduktionen.

17. Den 8 augusti 2014 lämnade Ingredion in en ansökan till Emissionshandelsstelle (den tyska myndigheten för handel med utsläppsrätter) (nedan kallad DEHSt) om tilldelning av gratis utsläppsrätter för dessa båda delanläggningar. Ingredion grundade sin ansökan, för en av dessa delanläggningar, på ett värmeriktmärke och, för den andra, på ett bränsleriktmärke.[8]

18. DEHSt utgick, för att fastställa det preliminära antal utsläppsrätter som delanläggningen kunde tilldelas gratis med bränsleriktmärke, först från att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande uppgick till 109 procent. Enligt de uppgifter som Ingredion lämnat, var den faktiska användningen av de uppgifter som Ingredion lämnat om denna delanläggnings kapacitet, under perioden mellan den dag då den normala driften inleddes, den 15 augusti 2013, och dagen då ansökan om tilldelning lämnades in, den 20 juni 2014, högre än 100 procent av dess ursprungligen installerade kapacitet.[9]

6 Det kan konstateras att i beslut 2011/278 har begreppet ”delanläggning” använts och inte ”tilldelningsdel”. Vidare är det begreppet ”bränsleriktmärke” och inte ”utsläppsgränsvärde för bränsle” som har använts i detta beslut. Jag kommer i detta förslag till avgörande endast att hänföra till de begrepp som förekommer i nämnda beslut, i den mån tolkningen av dem även gäller för dem som har använts i ZuV 2020.

7 Stärkelseprodukter omfattar alla livsmedelsprodukter från jordbruket som innehåller stärkelse.

8 Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet (C-572/16, EU:C:2017:896, punkt 58 och fotnot 35), ”rör det sig [vid dessa riktmärken] om en viss mängd [utsläpp] som kommissionen anser vara nödvändig för produktionen av en viss mängd av produkten” (se generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målen Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2015:754, punkt 40). För att beräkna det preliminära antalet utsläppsrätter per år som tilldelas gratis ska medlemsstaterna i enlighet med artikel 6 i beslut 2011/278 göra åtskillnad mellan delanläggningarna beroende på verksamhet för att fastställa huruvida ett produktriktmärke, värmeriktmärke eller bränsleriktmärke eller en särskild faktor för delanläggningar med processutsläpp ska tillämpas (se dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 61, och dom av den 18 januari 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 28). Domstolen har i detta hänseende tidigare slagit fast att definitionerna i artikel 3 i beslut 2011/278 av delanläggningar med produktriktmärke, med värmeriktmärke, med bränsleriktmärke och med processutsläpp är ömsesidigt uteslutande (se ovannämnda dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl., C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 62).

9 När det gäller den ursprungliga installerade kapaciteten, ska det erinras om att det i artikel 17.4 i beslut 2011/278 i huvudsak föreskrivs att för de anläggningar som avses i artikel 3 h i direktiv 2003/87, det vill säga de nya deltagarna, med undantag av anläggningar som har haft en betydande utvidgning efter den 30 juni 2011, ska den ursprungliga installerade kapaciteten fastställas utifrån ”den kontinuerliga 90-dagarsperioden som grund för fastställandet av datumet för start av normal drift” (se även punkt 8 i detta förslag till avgörande).

19. Därefter ansåg DEHSt att eftersom kommissionen, i sitt beslut av den 24 mars 2015,[10] hade avslagit en faktor för kapacitetsutnyttjande på 100 procent eller mer för tre tyska anläggningar, skulle nu en relevant faktor för kapacitetsutnyttjande på 99,9 procent och inte på 109 procent tillämpas. På denna grund fastställde kommissionen, genom beslut av den 1 september 2015, det antal utsläppsrätter som Ingredion skulle tilldelas gratis för tilldelningsperioden 2013–2020.

20. Sökanden i det nationella målet ingav ett klagomål mot detta beslut. Detta klagomål avslogs genom beslut av den 7 juli 2017, vilket delgavs sökanden den 10 juli 2017. DEHSt motiverade detta avslag med hänvisning till kommissionens beslut av den 24 mars 2015 och vägledningsdokument som denna institution offentliggjort.[11]

21. I överklagande som ingavs till Verwaltungsgericht Berlin (förvaltningsdomstolen i Berlin) den 9 augusti 2017 vidhöll sökanden i det nationella målet sin begäran.

22. DEHSt återkallade, genom beslut av den 28 januari 2019, sitt beslut av den 1 september 2015 då ansökan om tilldelning innehöll ett räknefel beträffande delanläggningen med bränsleriktmärke. Den 20 januari 2019 ändrade Ingredion, till följd av detta räknefel, sitt överklagande till Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin).

23. Den hänskjutande domstolen har angett att utgången av det aktuella målet är beroende av svaret på frågan huruvida, enligt artikel 18.2 andra stycket i beslut 2011/278, den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande får uppgå till ett värde som överskrider eller motsvarar 100 procent, för delanläggningar med bränsleriktmärke vilka, liksom Ingredions delanläggning, tillhör systemet för ”nya deltagare”.

24. Den hänskjutande domstolen har särskilt påpekat att lydelsen i denna bestämmelse inte anger någon eventuell begränsning av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till mindre än 100 procent. Den har konstaterat att, under omständigheterna i det mål som den har att avgöra, följer det av lämnade och oberoende kontrollerade uppgifter att det är fråga om en tillämpning av en högre faktor, vilken inte bara avser den normala driften av Ingredions delanläggning, utan även den faktiska driften av den fram till dess att ansökan lämnades in. Den hänskjutande domstolen har tillagt att, till skillnad från befintliga anläggningar,[12] kommer referensperioden för nya deltagare, i enlighet med artikel 17.4 i beslut 2011/278, att motsvara den kontinuerliga 90-dagarsperioden från datumet för start av normal drift, och inte en fyra-årsperiod.[13]

10 Beslut C (2015) 1733 final, av den 24 mars 2015, om preliminär total mängd utsläppsrätter, ur reserven för nya deltagare, som gratis ska tilldelas de tyska anläggningarna med registreringsnummer DE000000000001744, DE000000000201341 och DE000000000203762.

11 Dessa dokument, med titlarna ” Guidance Document no 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)” [vägledningsdokument nr 2 om den harmoniserade metoden för gratis tilldelning inom Europeiska unionen efter 2012 (vägledning för tilldelningsmetoder)] och ”Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications” [Vanliga frågor om ansökningar från nya deltagater och stängningar], finns tillgängliga på kommissionens webbplats på följande adress: https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1

12 Enligt artikel 3 a i beslut 2011/278 ska med ”befintliga anläggningar” avses ”en anläggning… som i) erhållit tillstånd för utsläpp av växthusgaser före den 30 juni 2011, eller ii) de facto är i drift, har erhållit alla relevanta miljötillstånd … i tillämpliga fall, före den 30 juni 2011, och före den detta datum uppfyller alla andra kriterier enligt den berörda medlemsstatens nationella rättsordning …”

13 I artikel 9.1 i beslut 2011/278 föreskrivs följande: ”För befintliga anläggningar ska medlemsstaterna fastställa historiska verksamhetsnivåer för varje anläggning för referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008 eller, om dessa är högre, för referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010 …”.

25. Den hänskjutande domstolen har emellertid även påpekat att en jämförelse mellan de nya deltagare som har delanläggningar med produktriktmärke visar att den faktor för kapacitetsutnyttjande som är relevant för dessa, enligt artikel 18.1 a i detta beslut, inte i något fall är högre än 100 procent.[14] Vidare frångår gratistilldelningen enligt artikel 10a i direktiv 2003/87 tillfälligt den princip om auktionering av utsläppsrätter[15] som föreskrivs i detta direktiv, vilket talar för en restriktiv tolkning av de relevanta bestämmelserna.

26. Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 18.1 c och 18.2 andra stycket i [beslut 2011/278], jämförd med artiklarna 3 h och 10a i direktiv [2003/87], tolkas så, att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande för bränslerelaterade verksamheter för nya deltagare är begränsad till ett värde av mindre än 100 procent?”

27. Ingredion, Förbundsrepubliken Tyskland och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen.

28. Ingredion, Förbundsrepubliken Tyskland, den tyska regeringen och kommissionen var representerade vid förhandlingen den 12 mars 2020.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkningar

29. I denna begäran om förhandsavgörande har domstolen i huvudsak ombetts att fastställa huruvida, inom ramen för systemet för tilldelning av gratis utsläppsrätter till ”nya deltagare”, den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, när det gäller en delanläggning med bränsleriktmärke, kan vara 100 procent eller högre. I förekommande fall skulle denna faktor, när den faktiska användningen av denna delanläggnings kapacitet överstiger den ursprungligen installerade kapaciteten, tillåta beviljandet av ett större antal gratis utsläppsrätter.

30. Det ska erinras om att denna faktor, när den multipliceras med den ursprungligen installerade kapaciteten i en delanläggning med bränsleriktmärke gör det möjligt att beräkna den bränslerelaterade verksamhetsnivån. Enligt artikel 19.1 c i beslut 2011/278 ska det preliminära årsantalet utsläppsrätter som tilldelas gratis därefter fastställas genom att denna verksamhetsnivå multipliceras med värdet för motsvarande riktmärke.

31. Det kan konstateras att även om den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, i enlighet med artikel 18.2 andra stycket i beslut 2011/278, ”ska fastställas av medlemsstaterna på grundval av välgrundad och av oberoende kontrollör verifierad information … jämfört med sektorspecifik information”, föreskrivs det däremot inte i denna bestämmelse någon uttrycklig begränsning av denna faktors värde.

32. Parterna konstaterade även detta i deras skriftliga yttranden och vid förhandlingen vid domstolen. De gjorde i huvudsak gällande tre olika synsätt, vilka kan sammanfattas enligt följande.

14 Standardfaktorerna för kapacitetsutnyttjande ska fastställas i enlighet med bilagan till kommissionens beslut 2013/447/EU av den 5 september 2013, om standardfaktorn för kapacitetsutnyttjande enligt artikel 18.2 i beslut 2011/278/EU (EUT L 240, 2013, s. 23).

15 I artikel 10.1 i direktiv 2003/87, med rubriken ”Auktionering av utsläppsrätter”, föreskrivs bland annat att medlemsstaterna, för de verksamheter som avses i bilaga I till detta direktiv utom luftfartsverksamhet, från 2013 ska auktionera ut ”alla utsläppsrätter som inte tilldelas gratis i enlighet med artiklarna 10a och 10c”.

33. För det första ansåg Ingredion att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande kan anpassas till ett värde över 100 procent när, under en period som överstiger 90 dagar från början av den normala driften av anläggningen, det faktiska utnyttjandet av kapaciteten av dess delanläggning med bränsleriktmärke överstiger den ursprungliga installerade kapaciteten. [16]

34. För det andra anser Förbundsrepubliken Tyskland och den tyska regeringen i huvudsak att frågan om huruvida denna faktor är begränsad till ett värde av mindre än 100 procent eller inte i huvudsak beror på det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna, enligt artikel 18.2 andra stycket i beslut 2011/278, har för att fastställa denna faktor. [17]

35. För det tredje har kommissionen gjort gällande att enligt artiklarna 3 i) och 20 i detta beslut får endast betydande kapacitetsökningar, det vill säga kapacitetsökningar på minst 10 procent jämfört med den ursprungliga installerade kapaciteten, leda till en ändring av antalet gratis utsläppsrätter som tilldelas en ny deltagare. Det skulle strida mot systematiken i och syftena med detta beslut om den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande kunde användas för att beakta utvidgningar vilka, som i Ingredions fall, inte överstiger 10 procent och som således inte omfattas av den mekanism som föreskrivs i dessa bestämmelser. Vidare skulle värdet för de delanläggningar med produktriktmärke som omfattas av det system som är tillämpligt på ”nya deltagare” alltid vara mindre än 100 procent. Mot bakgrund av principen om likabehandling av de ”nya deltagarna”, skulle samma sak gälla beträffande den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, för delanläggningarna med bränsleriktmärke.

36. Det ska inledningsvis påpekas att de farhågor som Ingredion har uttryckt i huvudsak förefaller gälla längden, som enligt detta bolag är för kort, på den referensperiod som används för att beräkna den ursprungliga installerade kapaciteten. Det ska erinras om att denna period, enligt artikel 17.4 i beslut 2011/278, motsvarar 90 dagar från början av den normala driften av anläggningen. [18]

37. När det gäller fastställandet av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, tillåter den tyska rätten att den faktiska driften av anläggningen fram till ingivandet av ansökan om tilldelning beaktas. [19] Ingredion anser, i huvudsak, att värdet av denna faktor således ska återspegla det faktiska utnyttjandet av delanläggningen, såsom den ser ut vid utgången av denna period (i Ingredions fall, mellan den 15 augusti 2013 och den 20 juni 2014), i förekommande fall med ett värde på mer än 100 procent, när detta utnyttjande överskrider den ursprungliga installerade kapaciteten.

16 Ingredion angav vid förhandlingen vid domstolen att dess ståndpunkt inte var att den maximala kapaciteten för en delanläggning skulle utgöra riktmärke, utan att den relevanta kapacitet faktorn skulle återspegla det faktiska utnyttjandet av denna delanläggning.

17 För fullständighetens skull ska det tilläggas att Förbundsrepubliken Tyskland, i sitt skriftliga yttrande, har gjort gällande att såväl Ingredions som kommissionens ståndpunkt var förenliga med direktiv 2003/87 och beslut 2011/278. Den har emellertid understrukit att medlemsstaterna hade rätt att grunda sina ståndpunkter på slutliga beslut från kommissionen, avseende preliminär tilldelning av gratis utsläppsrätter till andra anläggningar inom dess territorium och att DEHSt, mot bakgrund av kommissionens beslut C (2015) 1733 final av den 24 mars 2015, kunde vägra att tillämpa en relevant faktor för kapacitetsutnyttjande på mer än 100 procent.

18 Det ska påpekas att Förbundsrepubliken Tyskland, i sitt skriftliga yttrande, även har understrukit att ”huvudargumentet mot en … begränsning av relevant faktor för kapacitetsutnyttjande är att den ursprungliga installerade kapaciteten, som fastställs enligt artikel 17.4 i beslut 2011/278, inte alltid är representativ för anläggningens kapacitet, på grund av den korta perioden på 90 dagar”.

19 I 17 § punkt (2)1 ZuV 2020 föreskrivs att den relevanta kapacitetsutnyttjande faktorn för delanläggningar som är belägna inom Tysklands territorium ska fastställas på grundval av uppgifter om bland annat den faktiska driften av delanläggningen *fram till inlämnandet av ansökan om tilldelning*, och den planerade driften av anläggningen eller delanläggningen, dess planerade underhållsperioder och produktionscykler. Förbundsrepubliken Tyskland underströk vid förhandlingen vid domstolen att eftersom ansökningarna om tilldelning av gratis utsläppsrätter ofta först lämnades in av nya deltagare efter ett år av utnyttjande av delanläggningen, var det enligt ZuV 2020 möjligt att utnyttja den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande för att korrigera eventuella felaktigheter i de uppgifter som inhämtats under referensperioden, med stöd av andra uppgifter som sträcker sig fram till dagen då ansökan gavs in. Kommissionen har emellertid angett att dess kompletterande uppgifter inte var oumbärliga för gratis tilldelning av utsläppsrätter till nya deltagare, varför de inte ska beaktas av de nationella myndigheterna i alla medlemsstater.

38. Jag kommer nedan att redogöra för varför jag, till skillnad från Ingredion, anser att begränsningen av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till ett värde av mindre än 100 procent är nödvändig mot bakgrund av, för det första, lydelsen och sammanhanget i artikel 18.2 första stycket i beslut 2011/278, som rör den standardfaktor för kapacitetsutnyttjande som är tillämplig på delanläggningar med produktriktmärke (Avsnitt B), för det andra, den allmänna systematiken i detta beslut (Avsnitt C) och, för det tredje, det övergripande syftet med systemet för preliminär tilldelning av gratis utsläppsrätter (Avsnitt D).

39. I andra hand kommer jag, för att bemöta Förbundsrepubliken Tyskland och den tyska regeringens argument, att framföra några anmärkningar avseende det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna åtnjuter enligt artikel 18.2 andra stycket i detta beslut (Avsnitt E).

B. Tolkning mot bakgrund av lydelsen och sammanhanget i artikel 18.2 första stycket i beslut 2011/278

40. Det kan konstateras att enligt artikel 18.1 a och artikel 18.2 första stycket i beslut 2011/278 skiljer den beräkningsformel som är tillämplig för att fastställa verksamhetsnivån för delanläggningarna med produktriktmärke från den som är tillämplig på delanläggningar med värmeriktmärke, bränsleriktmärke eller en särskild faktor för delanläggningar med processutsläpp.[20] När det gäller delanläggningar med produktriktmärke är den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande nämligen inte relevant och det är standarfaktorn för kapacitetsutnyttjande, vars värde fastställs exakt av kommissionen, som ska tillämpas.[21]

41. Det ska i detta hänseende påpekas, liksom den hänskjutande domstolen för övrigt har gjort, att enligt beslut 2013/447, i vilket denna faktor fastställdes för åren 2013–2020, är värdena, för vart och ett av de möjliga fallen, lägre än 1 (och således lägre än 100 procent).[22]

42. Det ska erkännas att jag har svårt att föreställa mig att den faktor som används för att fastställa den verksamhetsnivå som är tillämplig på nya deltagare och, på sikt, det antal preliminära utsläppsrätter som de ska tilldelas, när det gäller delanläggningar med bränsleriktmärke, kan vara högre än ett värde på 100 procent, medan en sådan möjlighet är utesluten för delanläggningar med produktriktmärke.

43. Jag anser för det första att principen om likabehandling av nya deltagare, som i huvudsak anges i skäl 36 i beslut 2011/278,[23] kräver – i likhet med vad Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat – att de begränsningar som gäller för värdet på den faktor som används för att fastställa verksamhetsnivå ska vara desamma för alla ”nya deltagare”.

44. Det framgår för det andra i detta hänseende av en jämförelse mellan definitionerna i artikel 3 b–d och h i beslut 2011/278 att den beräkningsmetod som anges i artikel 18.2 första stycket i detta beslut, för anläggningar med produktriktmärke, ska anses vara den mest exakta. Som kommissionen har angett används den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande endast när det inte har varit möjligt att beräkna ett produktriktmärke.[24]

20 Jag hänvisar beträffande dessa olika riktmärkens relevans och samverkan till fotnot 8 i detta förslag till avgörande.

21 Det ska vidare erinras om att standardfaktorn för kapacitetsutnyttjande, som är tillämplig på delanläggningar med produktriktmärke, enligt artikel 18.2 första stycket i beslut 2011/278, motsvarar ”den åttionde percentilen av de genomsnittliga årliga faktorerna för kapacitetsutnyttjande för alla anläggningar som tillverkar den berörda produkten”.

22 Närmare bestämt ligger dessa värden mellan 0,731 och 0,964.

23 I skäl 36 i beslut 2011/278 anges nämligen att ”[m]ed tanke på det begränsade antalet utsläppsrätter i reserven för nya deltagare bör man, om ett betydande antal av dessa utsläppsrätter tilldelas nya deltagare, bedöma huruvida ett *rättvist* tillträde till de återstående utsläppsrätterna i denna reserv garanteras”(min kursivering).

24 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punkt 68). Den tolkning som kommissionen har gjort bekräftas enligt min mening även av skäl 4 i beslut 2011/278, av vilket framgår att ”[k]ommissionen … *i möjligaste mån* [har] tagit fram riktmärken … för produkter” (min kursivering).

45. Denna tolkning bekräftas av hierarkin mellan de olika riktmärken som kan tillämpas på en viss delanläggning, vilken uttryckligen är möjlig enligt skäl 12 i beslut 2011/278. I detta skäl föreskrivs att de metoder för tilldelning av gratis utsläppsrätter som är tillämpliga på delanläggningarna med värmeriktmärke eller bränsleriktmärke eller processutsläpp utgör ”tre alternativa metoder” för de fall då det inte har varit möjligt att beräkna ett produktriktmärke.

46. Således anser jag att om standardfaktorn för kapacitetsutnyttjande, enligt beslut 2013/447, är lägre än 1 (eller 100 procent), ska detta även vara fallet när det gäller den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, för delanläggningarna med bränsleriktmärke. Denna begränsning är enligt min mening nödvändig dels för att respektera hierarkin mellan dessa riktmärken, dels för att garantera en likabehandling av alla nya deltagare. [25]

C. Tolkning mot bakgrund av den allmänna systematiken i beslut 2011/278

47. Begränsningen av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till ett värde av mindre än 100 procent är enligt min uppfattning vidare nödvändig mot bakgrund av den allmänna systematiken i beslut 2011/278 och de olika beräkningsmetoder som föreskrivs i detta beslut, beträffande preliminär tilldelning av gratis utsläppsrätter, för ”befintliga installationer” [26] och ”anläggningar som har haft en betydande kapacitetsökning”. [27]

1. Bestämmelser tillämpliga på ”befintliga anläggningar”

48. Beträffande ”befintliga anläggningar”, ska det påpekas att dessa är föremål för andra bestämmelser än dem som är tillämpliga på ”nya deltagare”. I de fall då ett bränsleriktmärke ska tillämpas på dem ska det preliminära årsantalet utsläppsrätter som tilldelas gratis för ett givet år, liksom framgår av artikel 10.2 b ii i beslut 2011/278, motsvara värdet av bränsleriktmärket multiplicerat med den relevanta bränslerelaterade historiska verksamhetsnivån för förbrukat bränsle. Denna verksamhetsnivå motsvarar i huvudsak medianen för årlig historisk förbrukning av bränslen som används vid vissa produktioner, [28] under en referensperiod från den 1 januari 2005 till den 31 december 2008 eller från den 1 januari 2009 till den 31 december 2010. [29]

49. Det ska påpekas att denna referensperiod (på två till fyra år) är mycket längre än den på 90 dagar, som fastställs i detta beslut, i syfte att fastställa de nya deltagarnas ursprungliga installerade kapacitet. Vidare görs beräkningen av de befintliga installationernas verksamhet, vilket kommissionen med fog har påpekat, utan någon faktor som är jämförbar med dem som tillämpas på nya deltagare.

25 Jag anser, i synnerhet eftersom standardfaktorn för kapacitetsutnyttjande, i enlighet med beslut 2013/447, inte i något fall når ett värde på 1, att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande även ska hållas strikt under ett värde av 100 procent.

26 Beträffande definitionen av begreppet ”befintliga anläggningar”, se fotnot 12 i detta förslag till avgörande.

27 När det gäller anläggningar som har haft en betydande kapacitetsökning, ska det preciseras att dessa omfattas av definitionen av ”ny deltagare” i artikel 3.1 h i direktiv 2003/87. ”[N]y deltagare” definieras nämligen inte bara som ”en anläggning … som har fått tillstånd för växthusgasutsläpp för första gången efter den 30 juni 2011” (vilket för övrigt är fallet med Igredions i det nationella målet) utan även ”en anläggning … som har genomfört en betydande utvidgning efter den 30 juni 2011, med avseende på denna utvidgning”.

28 De olika relevanta produktionerna finns uppräknade i artikel 9.4 i beslut 2011/278.

29 Som jag redan har angett i fotnot 9 i detta förslag till avgörande definieras denna period (på två till fyra år) i artikel 9.1 i beslut 2011/278.

50. Man kan i detta sammanhang fråga sig vilken roll den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande ska ha, när det gäller delanläggningar med bränsleriktmärke som omfattas av bestämmelserna för ”nya deltagare”. Har den, som Ingredion har gjort gällande, till syfte att kompensera den relativt kortare referensperiod som används vid beräkningen av dessa delanläggningars ursprungliga installerade kapacitet? [30]

51. Min uppfattning är att den frågan ska ges ett nekande svar.

52. Visserligen medför den varierande varaktigheten av de referensperioder som beaktas för befintliga anläggningar och nya deltagare en större sannolikhet för de sistnämnda än för befintliga installationer att dessa delanläggningars ursprungliga installerade kapacitet inte är representativ för den effektiva användningen av deras kapacitet. Enligt det synsätt som Ingredion förespråkar, skulle denna risk delvis kunna kompenseras av ett beaktande, i skedet för fastställandet av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, av uppgifter från en längre period, som sträcker sig till dagen då ansökan om tilldelning lämnades in, vilka i förekommande fall skulle göra det möjligt att öka delanläggningarnas verksamhetsnivå och, följaktligen, antalet gratis tilldelade utsläppsrätter.

53. Jag anser emellertid att de uppgifter som inhämtats avseende nya deltagare, även om de, i värdet av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, återspeglar den faktiska användningen av varje delanläggning mellan slutet av referensperioden på 90 dagar och inlämnandet av ansökan om tilldelning av utsläppsrätter, skulle de uppgifter som inhämtats beträffande de nya deltagarna inte kunna sträcka sig till en period som är likvärdig med den som avser de befintliga installationernas historiska uppgifter. [31] Eftersom det i artikel 3 h i direktiv 2003/87 föreskrivs att begreppet ”ny deltagare” bland annat avser en anläggning vid vilken det bedrivs en eller flera av de verksamheter som anges i bilaga I och som har fått tillstånd för växthusgasutsläpp för första gången *efter den 30 juni 2011*, är det nämligen helt enkelt omöjligt att på dessa tillämpa en lika lång referensperiod som på befintliga installationer.

54. Vidare lämnar i synnerhet artikel 17.4 i beslut 2011/278, i vilken föreskrivs en kort referensperiod på 90 dagar, inget utrymme för ambivalens. Kommissionen har preciserat att den, vid tidpunkten för antagandet av detta beslut, var medveten om att den normala driften av de nyligen startade anläggningarna eller delanläggningarna ännu inte skulle ha uppnåtts vid det datum då denna period började. Kommissionen har med fog tillagt att möjligheten att det faktiska utnyttjandet av kapaciteten överstiger den ursprungliga installerade kapaciteten för att fastställa antalet preliminärt tilldelade gratis utsläppsrätter till ”nya deltagare”, ”medvetet godtogs” [32] vid antagandet av beslut 2011/278, eftersom det i detta, i dess artikel 3 n, föreskrevs att denna referensperiod började löpa vid den tidpunkt då anläggningen nådde en drift på 40 procent av den kapacitet för vilken den var konstruerad.

30 Det ska i detta hänseende påpekas att enligt artikel 17 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), ska tilldelningen av gratis utsläppsrätter till ”nya deltagare” för perioden mellan 2021 och 2030 (det vill säga för den fjärde handelsperioden) göras på grundval av den historiska verksamhetsnivån, vilken utvärderas under det första kalenderåret för verksamheten efter starten av normal drift. Således är, för tilldelningar från och med år 2021, den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande och referensperioden på 90 dagar inte längre tillämpliga.

31 Det ska erinras om att medlemsstaterna, enligt artikel 7.1 i beslut 2011/278, för varje befintlig anläggning är i drift, ”för alla år i perioden 1 januari 2005–31 december 2008 eller i tillämpliga fall 1 januari 2009–31 december 2010, från verksamhetsutövaren [ska] samla in all relevant information och relevanta data … för de år som anläggningen har varit i drift”.

32 Det ska påpekas att kommissionen, genom att anta beslut 2011/278, agerade enligt sina genomförandebefogenheter, i enlighet med artikel 10a i direktiv 2003/87. Det ska i detta hänseende erinras om att Europaparlamentet och rådet, enligt artikel 291.3 FEUF, när kommissionen antar genomförandeakter, genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet, i förväg ska fastställa allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter. Vidare får Europaparlamentet invända mot sådana rättsakter och kommissionen har då en skyldighet att beakta denna ståndpunkt, även om den inte har någon skyldighet att godta den.

55. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag, liksom Förbundsrepubliken Tyskland, att en ökning av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till ett värde som överstiger eller motsvarar 100 procent, i fall då det faktiska utnyttjandet av kapaciteten i en sådan delanläggning som den som Ingredion driver skulle nå upp till eller överskrida den ursprungliga installerade kapaciteten, skulle strida mot lagstiftarens medvetna val att begränsa referensperioden, vilken används för att fastställa denna ursprungliga installerade kapacitet, till 90 dagar från början av den normala driften av anläggningen. En sådan ökning skulle, i slutändan, strida mot lydelsen i artikel 17.4 i detta beslut, jämfört med dess artikel 3 n, eftersom den skulle leda till samma resultat som en ökning av nämnda kapacitet.

56. Det ska tilläggas att det, liksom Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen har gjort gällande, under alla omständigheter förefaller finnas sakliga skäl för varje skillnad i behandling mellan befintliga installationer och nya deltagare,[33] eftersom det preliminära årliga antalet tilldelade utsläppsrätter inte följer av mottagarens *reella utsläpp*, utan av *teoretiska ”riktmärken”* som kommissionen, i enlighet med artikel 10a.2 i direktiv 2003/87, beräknar med utgångspunkt i genomsnittsprestandan för de 10 procent som utgör de mest effektiva anläggningarna.

57. Oavsett vilket system en delanläggning omfattas av (det vill säga systemet för befintliga installationer eller systemet för nya deltagare), är det preliminära antalet gratis utsläppsrätter således beroende av dessa teoretiska riktmärken, vilka är desamma för befintliga installationer som för nya deltagare. De skillnader som är knutna till andra faktorer som ingår i denna beräkning härrör från avsaknaden av tillförlitliga och hållbara historiska uppgifter för anläggningar som nyligen tagits i drift och behovet av att därmed grunda sig på en uppskattning av deras verksamhetsnivå för att fastställa det preliminära antalet utsläppsrätter som de kan åtnjuta gratis.

58. Det ska vidare i detta hänseende understrykas att artiklarna 20 och 21 i beslut 2011/278 redan föreskriver samma beräkningsformel för befintliga anläggningar och för anläggningar som tagits i drift efter den 30 juni 2011,[34] under förutsättning att en betydande förändring av deras kapacitet har skett, det vill säga att de har genomgått ”en betydande kapacitetsökning eller en betydande kapacitetsminskning”.[35]

59. Även om det finns en större risk, som lagstiftaren har accepterat, att verksamhetsnivån inte är representativ för det faktiska kapacitetsutnyttjandet för nya deltagare än för befintliga anläggningar, får varje avvikelse på mer än 10 procent, slutligen, beaktas, bland annat genom artikel 20 i beslut 2011/278.[36] För detta fall har lagstiftaren vidare angett en period på sex månader och inte endast 90 dagar, för att fastställa den tillagda kapaciteten.[37]

33 Det ska i detta hänseende erinras om att enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se, bland annat, dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl., C-127/07, EU:C:2008:728, punkt 23).

34 I punkt 1 i artiklarna 20 och 21 i beslut 2011/278 föreskrivs i huvudsak att om en anläggning har haft en betydande kapacitetsökning efter den 30 juni 2011 ska medlemsstaterna, på begäran från verksamhetsutövaren, fastställa antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis, för att ta hänsyn till en ökning eller minskning. Det är i detta fall den metod som föreskrivs i artikel 19 i detta beslut, det vill säga beräkningsmetoden för nya deltagare, som ska tillämpas.

35 Denna definition av begreppet ”betydande kapacitetsändring” framgår av artikel 3 k i beslut 2011/278.

36 Den mekanism som föreskrivs i artikel 20 i beslut 2011/278 gör det visserligen inte möjligt att i efterhand korrigera det preliminära antalet utsläppsrätter som gratis tilldelats en delanläggning, på grundval av den första ansökan som getts in. Således är det riktigt att när det gäller nya deltagare kan en eventuell underskattning av den relevanta kapaciteten, vid den första tilldelningen, inte kompenseras senare. Kommissionen preciserade emellertid vid förhandlingen att de nya deltagarna kunde omfattas av denna artikel 20 från och med året efter denna tilldelning, under förutsättning att det skett en betydande utvidgning av deras kapacitet.

37 Se artikel 3.1 i beslut 2011/278. Det ska påpekas att Ingredion, under omständigheterna i det nationella målet, har grundat sig på det faktiska utnyttjandet av sin delanläggning för perioden från den 15 augusti 2013 till den 20 juni 2014, det vill säga en period på mer än 10 månader. Ingredion har vidare gjort gällande att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, för det fall en delanläggning har ett utnyttjande som ökats med 9 procent i förhållande till dess ursprungliga installerade kapacitet, skulle kunna anpassas utifrån uppgifterna avseende en betydligt längre period (på minst fyra månader) än den som är tillämplig vid en betydande kapacitetsökning (det vill säga vid en ökning på mer än 10 procent).

60. Följaktligen anser jag att det inte av en jämförande undersökning av de system som är tillämpliga på befintliga anläggningar och på nya deltagare kan följa att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, när det faktiska utnyttjandet av kapaciteten i en delanläggning med bränsleriktmärke når eller överstiger dess ursprungliga installerade kapacitet, ska vara likvärdig med eller högre än 100 procent. Tvärtom visar lagstiftarens uttryckliga vilja att begränsa referensperioden, för nya deltagare, till 90 dagar från början av den normala driften av anläggningen, enligt min uppfattning och som jag har angett i punkt 55 ovan, att den främjar en begränsning av denna faktor till nämnda procentandel.

2. System tillämpligt på ”anläggningar som har haft en betydande kapacitetsökning”

61. Jag anser vidare att det skulle strida mot den mekanism som föreskrivs i artikel 20 i beslut 2011/278 om den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, när det gäller delanläggningar med riktmärke som omfattas av det system som är tillämpligt på ”nya deltagare” skulle kunna uppnå eller överstiga ett värde på 100 procent, när kapacitetsökningen förblir lägre än det tröskelvärde på 10 procent som fastställs i denna bestämmelse.

62. Det ska i detta hänseende erinras om att enligt artikel 20 i beslut 2011/278 är antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis för att beakta en anläggnings betydande kapacitetsökning, vilket Förbundsrepubliken Tyskland har understrukit, beroende av de båda villkor som föreskrivs i artikel 3 i) i detta beslut.

63. Således krävs det att det genomförs en eller flera identifierbara fysiska ändringar relaterade till delanläggningens tekniska konfiguration och drift som inte är ren ersättning av en befintlig produktionslinje. Vidare ska delanläggningen kunna ha en drift som är minst 10 procent högre än den ursprungligen installerade kapaciteten eller ha en betydligt högre verksamhetsnivå som leder till en ytterligare tilldelning av mer än 50 000 utsläppsrätter per år.

64. Dessutom anges i artikel 20.2 i beslut 2011/278 att ”[m]edlemsstaterna ska kräva att verksamhetsutövaren tillsammans med ansökan lämnar in bevis för att kriterierna för en betydande kapacitetsökning är uppfyllda”.

65. Under dessa omständigheter anser jag att om den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, liksom Ingredion har gjort gällande, kunde uppgå till ett värde på över 100 procent för att, liksom beträffande dess delanläggning, återspegla ett faktiskt utnyttjande med en ökning på 9 procent jämfört med den ursprungliga installerade kapaciteten,[38] skulle en sådan möjlighet strida mot lagstiftarens uttryckliga vilja att endast tillåta en korrigering av antalet utsläppsrätter att tilldela för det fall ökningen är betydande, det vill säga minst 10 procent i förhållande till den ursprungliga installerande kapaciteten.

66. Denna avsikt hos lagstiftaren anges enligt min uppfattning tydligt i skäl 35 i beslut 2011/278, i vilket föreskrivs att ”[i]nvesteringar i betydande kapacitetsökningar som ger nya deltagare tillträde till reserven … bör vara entydiga och ha en viss omfattning för att undvika att reserven av utsläppsrätter för nya deltagare töms för tidigt, för att undvika snedvridning av konkurrensen och otillbörliga administrativa bördor samt för att ge lika behandling av anläggningar i alla medlemsstater”.[39]

38 Enligt Ingredion ska den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, i så fall, därmed fastställas till ett värde på 109 procent.

39 Det ska i detta hänseende erinras om att enligt artikel 19.4 i beslut 2011/278 ska utsläppsrätter från reserven för nya deltagare tilldelas enligt ”först till kvarn”-metoden.

67. Det ska tilläggas att kommissionen, vid förhandlingen vid domstolen, bekräftade att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande inte skulle användas till att beakta eventuella ökningar av anläggningens kapacitet, då dessa redan omfattades av den specifika mekanism och de begränsningar som föreskrivs i artikel 20 i detta beslut.

68. Mot bakgrund av ovannämnda omständigheter ansluter jag mig till denna ståndpunkt.

3. Slutsats i denna del

69. Jag anser, mot bakgrund av övervägandena ovan avseende de system som är tillämpliga på ”befintliga anläggningar” och ”anläggningar som har haft en betydande kapacitetsökning”, att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, i enlighet med den allmänna systematiken i beslut 2011/278, är begränsad till ett värde av mindre än 100 procent. [40]

70. Jag kommer att i följande avsnitt analysera varför målen med systemet för tillfällig gratis tilldelning av utsläppsrätter, som föreskrivs i detta beslut och direktiv 2003/87, även förefaller främja begränsningen av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till ett värde av mindre än 100 procent.

D. Tolkning mot bakgrund av det övergripande syftet och målen med systemet för preliminär tilldelning av gratis utsläppsrätter

71. Det ska erinras om att enligt domstolens fasta praxis ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i. [41]

72. När det gäller det övergripande syftet och målen med det system för gratis tilldelning av utsläppsrätter som införts genom artikel 10a i direktiv 2003/87 och genom beslut 2011/278, vill jag påpeka att detta system utgör ett undantag från den princip om auktionering av utsläppsrätter som lagstiftaren har ansett vara ”det system som är enklast och som i allmänhet anses vara mest ekonomiskt effektivt”, [42] med hänsyn till målet ”att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser”, som anges i artikel 1 i direktiv 2003/87. [43]

73. I detta sammanhang ska mängden utsläppsrätter som tilldelas gratis, i enlighet med artikel 10a.11 i detta direktiv, minska med samma antal utsläppsrätter successivt under perioden från år 2013 till år 2020, med målsättningen att 2027 ha avskaffat all gratis tilldelning. [44] Gratis tilldelning av utsläppsrätter, i syfte att främja en minskning av utsläppen av växthusgaser, är således successivt avsedd att enbart grunda sig på principen om auktionering av utsläppsrätter.

40 Se, för ett liknande resonemang, dokumenten med rubrikerna ”Guidance Document no 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies) (vägledningsdokument nr 2 om den harmoniserade metoden för gratis tilldelning inom Europeiska unionen efter 2012 (vägledning för tilldelningsmetoder), s. 32) och ”Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications” (vanliga frågor om ansökningar avseende nya deltagare och stängningar, s. 8), som den hänskjutande domstolen har åberopat, i vilka det anges att inget värde för den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande som överstiger eller motsvarar 100 procent ska godtas. Det ska i detta hänseende erinras om att dessa handlingar visserligen inte är juridiskt bindande, men innehåller ytterligare upplysningar som bidrar till att klargöra systematiken i direktiv 2003/87 och i beslut 2011/278 (se, bland annat, dom av den 18 januari 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 41 och där angiven rättspraxis, och dom av den 14 maj 2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, punkt 49).

41 Se dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 71 och där angiven rättspraxis).

42 Se skäl 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 om ändring av direktiv [2003/87] i avsikt att förbättra och utvidga gemenskapssystemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser. Jag hänvisar även till mitt förslag till avgörande i målet ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 69).

43 Se dom av den 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punkt 18), och dom av den 17 maj 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, punkt 41).

44 Se dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

74. I syfte att uppnå detta mål, understryks i skäl 36 i beslut 2011/278 det begränsade antal utsläppsrätter som är tillgängliga i reserven för nya deltagare.[45] Vidare föreskrivs i artikel 10a.7 första stycket, andra meningen, i direktiv 2003/87 att de utsläppsrätter i denna gemenskapsreserv som inte tilldelas nya deltagare ska auktioneras ut av medlemsstaterna.

75. Kommissionen har i detta hänseende även preciserat att anledningen till att den, vid antagandet av beslut 2011/278, inte hade valt att kompensera den ökade användningen av en delanläggnings kapacitet i förhållande till dess ursprungliga installerade kapacitet genom att anpassa värdet av den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande till ett värde över 100 procent, var just för att, i en sådan situation, uppmana till användningen av effektiva tekniker för att minska utsläppen av växthusgaser eller, i förekommande fall, förvärva ett motsvarande antal utsläppsrätter, i enlighet med systemet för handel.

76. Mot denna bakgrund råder det, enligt min uppfattning, inga tvivel om att det övergripande syftet och målen med systemet för gratis tilldelning av utsläppsrätter, liksom de indikationer som ges i artikel 18.2 första stycket och den allmänna systematiken i beslut 2011/278, kräver att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande ska vara strikt begränsad till ett värde av mindre än 100 procent.[46]

E. I andra hand, medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

77. Av ovan angivna skäl anser jag att frågan huruvida den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, för delanläggningar med bränsleriktmärke som omfattas av det system som är tillämpligt på ”nya deltagare”, är begränsad till ett värde under 100 procent ska avgöras genom en kontextuell och teleologisk tolkning, grundad på den allmänna systematiken i beslut 2011/278 samt det övergripande syftet och målen med systemet för gratis preliminär tilldelning av utsläppsrätter. Denna fråga omfattas således inte, som Förbundsrepubliken Tyskland och den tyska regeringen har gjort gällande, av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förfogar över enligt artikel 18.2 andra stycket i beslut 2011/278.

78. Det ska i detta hänseende, för fullständighetens skull, erinras om att lagstiftaren, beträffande gratis tilldelning av utsläppsrätter, i artikel 10a.1 i direktiv 2003/87 har insisterat på behovet av en fullständig harmonisering, och föreskrivit att ”kommissionen [ska] anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser för tilldelning av utsläppsrätter”.

79. Som jag tidigare har angett i mitt förslag till avgörande i målet INEOS Köln,[47] var det på den grundvalen som kommissionen antog beslut 2011/278 och det råder enligt min mening knappast någon tvekan om att det genom detta beslut, jämfört med artikel 10a i direktiv 2003/87 genomförts en uttömmande harmonisering av de materiella aspekterna av åtgärden för gratis tilldelning av utsläppsrätter.[48]

80. Det föreskrivs i synnerhet, i artikel 19.4 andra stycket i detta beslut, att kommissionen får avslå den preliminära sammanlagda årskvantiteten utsläppsrätter som tilldelas gratis för en ny deltagare.

45 Det ska i detta hänseende påpekas att enligt artikel 10a.7 första stycket, första meningen, i direktiv 2003/87, ska av den mängd utsläppsrätter för hela gemenskapen som under perioden 2013–2020 fastställs endast 5 procent avsättas för nya deltagare, vilket är den högsta andel som kan tilldelas nya deltagare.

46 Det ska i detta hänseende erinras om att jag, i mitt förslag till avgörande ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 69), angav att varje restriktion för tilldelning av gratis utsläppsrätter bidrar till det successiva förverkligandet av det system med fullständig auktionering av utsläppsrätter som lagstiftaren har eftersträvat.

47 Förslag till avgörande INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896, punkt 70).

48 Se dom av den 22 juni 2016, DK Recycling und Roheisen/kommissionen (C-540/14 P, EU:C:2016:469, punkterna 52–55).

81. Även om domstolen skulle besluta sig för att, i likhet med Förbundsrepubliken Tyskland och den tyska regeringen och i motsats till det synsätt som jag förespråkar, anse att det, inom de gränser som föreskrivs i artikel 18.2 andra stycket i nämnda beslut, står medlemsstaterna fritt att fastställa den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande, till ett värde på över 100 procent, kan medlemsstaterna således inte enligt min uppfattning klandras för att ansluta sig till kommissionens ståndpunkt, inbegripet när den följer av tillämpningen av samma beslut i samband med specifika anläggningar (såsom är fallet under omständigheterna i det nationella målet),[49] under förutsättning att de kan förutsäga att denna ståndpunkt även kommer att gälla avseende andra anläggningar.

V. Förslag till avgörande

82. Mot bakgrund av ovannämnda överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som hänskjutits av Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) på följande sätt:

Artikel 18.1 c och artikel 18.2 andra stycket i kommissionens beslut 2011/278 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, jämförd med artiklarna 3 h och 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87 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, i ändrad lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009, ska tolkas så att den relevanta faktorn för kapacitetsutnyttjande för bränslerelaterade verksamheter för nya deltagare är begränsad till ett värde av mindre än 100 procent.

49 Som jag har angett i punkt 19 i detta förslag till avgörande, har DEHSt under omständigheterna i det nationella målet beslutat att grunda sig på en relevant faktor för kapacitetsutnyttjande på 99,9 procent, eftersom kommissionen, i sitt beslut av den 24 mars 2015, hade avslagit ett relevant kapacitetsutnyttjande på 100 procent eller mer för tre andra tyska anläggningar.