Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. HOGAN
fremsat den 23. september 2021 [1]

Sag C-165/20

ET, som kurator for Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (AB KG)
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 – direktiv 2008/101/EF – inddragelse af luftfartsaktiviteter – tildeling af gratis luftfartskvoter for handelsperioden 2013-2020 til luftfartøjsoperatører – ophør af luftfartsaktiviteter i 2017 på grund af luftfartøjsoperatørens konkurs – inddragelse of emissionskvoter for årene 2018-2020 – retssikkerhedsprincippet – forordning (EU) nr. 389/2013 – artikel 10, stk. 5, artikel 29, artikel 55, stk. 1, litra a), og artikel 55, stk. 3, samt artikel 56 – gyldighed – anmodning om tildeling ikke imødekommet ved udgangen af en handelsperiode – skift til næste handelsperiode«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse fra Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) af 30. marts 2020, der blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 16. april 2020, udspringer af en sag mellem ET (som kurator for Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG (AB KG) (herefter »Air Berlin«)) og Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tyskland (herefter »sagsøgte«) (som er repræsenteret af Deutsche Emissionshandelsstelle im Umweltbundesamt (den tyske emissionshandelsinstans hos Forbundsmiljøstyrelsen) (herefter »emissionshandelsinstansen«)). De præjudicielle spørgsmål vedrører i det væsentlige, hvordan kvoter for drivhusgasemissioner, der tidligere er tildelt en luftfartøjsoperatør, behandles i forbindelse med konkursbehandling af operatøren, efter at denne har indstillet driften.

2. Sagen vedrører bl.a. emissionshandelsinstansens afgørelse af 28. februar 2018 om inddragelse af en del af gratistildelingen af de kvoter for drivhusgasemissioner, som tidligere var udstedt til den erhvervsmæssige luftfartoperatør Air Berlin. Kvoterne vedrørte emissionshandelsperioden 2013-2020. Begrundelsen for inddragelsen, der specifikt vedrørte årene 2018-2020, var, at Air Berlin i oktober 2017 indstillede sin luftfartsaktivitet på grund af konkurs.

[1] – Originalsprog: engelsk.

3. Domstolen anmodes således om at fortolke visse bestemmelser 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[2] som bl.a. ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/101/EF af 19. november 2008 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på inddragelse af luftfartsaktiviteter i ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i Fællesskabet[3] og Kommissionens forordning (EU) nr. 389/2013 af 2. maj 2013 om oprettelse af et EU-register i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF og Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 280/2004/EF og nr. 406/2009/EF, og om ophævelse af Kommissionens forordning (EU) nr. 920/2010 og nr. 1193/2011[4].

4. Den præjudicielle forelæggelse rejser derfor et bredere spørgsmål, som vedrører, i hvor stort omfang gratis tildelte kvoter kan anses for at være en form for immaterielle aktiver, der kan handles med uafhængigt af de aktuelle forhold hos den luftfartøjsoperatør, der oprindeligt fik tildelt kvoterne.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2003/87

5. Følgende fremgår af femte og syvende betragtning til direktiv 2003/87:

»(5) [Unionen] og [dens] medlemsstater har vedtaget, at de vil opfylde deres forpligtelser til at reducere antropogene drivhusgasemissioner i henhold til Kyotoprotokollen i fællesskab, i overensstemmelse med beslutning 2002/358/EF. Direktivet skal bidrage til at opfylde Fællesskabets og dets medlemsstaters forpligtelser mere effektivt gennem et effektivt europæisk marked med kvoter for drivhusgasemissioner og med den mindst mulige negative indvirkning på den økonomiske udvikling og beskæftigelsessituationen.

[…]

(7) Det er nødvendigt at fastsætte [EU]-bestemmelser om medlemsstaternes tildeling af kvoter for at bidrage til at bevare det indre markeds integritet og undgå konkurrencefordrejninger.

[…]«

[2] – EUT 2003, L 275, s. 32. Direktiv 2003/87 er senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/410 af 14.3.2018 om ændring af direktiv 2003/87/EF for at styrke omkostningseffektive emissionsreduktioner og lavemissionsinvesteringer og afgørelse (EU) 2015/1814 (EUT 2018, L 76, s. 3). For så vidt angår gyldigheden af direktiv 2008/101, jf. dom af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864).

[3] – EUT 2009, L 8, s. 3.

[4] – EUT 2013, L 122, s. 1.

6. Følgende fremgår af 20. betragtning til direktiv 2008/101 om ændring af direktiv 2003/87, som vedrører luftfartsaktiviteter:

»For at undgå konkurrenceforvridninger bør der opstilles en harmoniseret tildelingsmetode til fastsættelse af den samlede mængde kvoter, der skal udstedes, og til fordeling af kvoter til luftfartøjsoperatørerne. En vis andel af kvotemængden vil blive tildelt ved auktion i overensstemmelse med nærmere regler, der vil blive opstillet af Kommissionen. En særlig reserve af kvoter bør sættes til side for at sikre nye luftfartøjsoperatører adgang til markedet og for at bistå luftfartøjsoperatører, som stærkt øger det antal tonkilometer, som de tilbagelægger. *Luftfartøjsoperatører, der indstiller driften, bør fortsat få udstedt kvoter indtil udløbet af den periode, for hvilken der allerede er tildelt gratis kvoter*.«

7. Jeg vil standse op her for at understrege, at sidste punktum i 20. betragtning – som jeg har taget mig den frihed at fremhæve – til en vis grad er omtvistet i den foreliggende sag, idet Kommissionen har anført, at sætningen ved en fejl blev medtaget og bevaret i direktiv 2003/87. Jeg vil naturligvis vende tilbage hertil senere i mit forslag til afgørelse, men for nuværende kan det være hensigtsmæssigt at fortsætte gennemgangen af de relevante retskilder.

8. Artikel 1 i direktiv 2003/87, der har overskriften »Formål«, bestemmer:

»Ved dette direktiv fastlægges en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i [Den Europæiske Union] […] med henblik på at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde.«

9. Direktivets artikel 2, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

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

[…]«

10. Direktivets artikel 3, der har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »emission«: udledning af drivhusgasser i atmosfæren fra kilder i et anlæg eller udledning fra et luftfartøj, der udfører en af de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter, af de for denne aktivitet anførte gasser

[…]

o) »luftfartøjsoperatør«: en person, der driver et luftfartøj på det tidspunkt, hvor det udfører en af de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter, eller ejeren af luftfartøjet, hvis førstnævnte person er ukendt eller ikke er identificeret af ejeren

[…]«

11. Artikel 3a blev indsat i et kapitel med overskriften »Luftfart« i ovennævnte direktiv ved direktiv 2008/101. Artikel 3a, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

»Bestemmelserne i dette kapitel finder anvendelse på tildeling og udstedelse af kvoter for de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter.«

12. Artikel 3c, der har overskriften »Samlet mængde kvoter til luftfart«, bestemmer:

»1. For perioden fra den 1. januar 2012 til den 31. december 2012 svarer den samlede mængde kvoter, der skal tildeles luftfartøjsoperatørerne, til 97% af de historiske luftfartsemissioner.

2. For den i artikel 13 nævnte periode, der begynder den 1. januar 2013, og, såfremt der ikke foretages nogen ændringer som følge af den i artikel 30, stk. 4, omhandlede revision, for hver efterfølgende periode svarer den samlede mængde kvoter, der skal tildeles luftfartøjsoperatørerne, til 95% af de historiske luftfartsemissioner ganget med antallet af år i perioden.

[…]

3a. Tildeling af kvoter til luftfartsaktiviteter til og fra flyvepladser beliggende i lande uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (»EØS«) efter den 31. december 2023 er omfattet af den revision, der er omhandlet i artikel 28b.

[…]«

13. Artikel 3d i direktiv 2003/87, der har overskriften »Metode til tildeling af kvoter til luftfart ved auktion«, har følgende ordlyd:

»1. I den i artikel 3c, stk. 1, nævnte periode bortauktioneres 15% af kvoterne.

2. Fra den 1. januar 2013 bortauktioneres 15% af kvoterne. Kommissionen foretager en undersøgelse af luftfartssektorens muligheder for at overvælte CO_2-omkostningerne på sine kunder for så vidt angår EU ETS og til den globale markedsbaserede foranstaltning, som udarbejdes af Organisationen for International Civil Luftfart (»ICAO«). Undersøgelsen skal vurdere luftfartssektorens muligheder for at overvælte omkostningerne ved de påkrævede emissionsenheder sammenlignet med industrien og med energisektoren med henblik på at fremsætte forslag om at øge auktionsprocentsatsen i medfør af den revision, der er omhandlet i artikel 28b, stk. 2, under hensyntagen til analysen af de overvæltede omkostninger og eventuel tilpasning til andre sektorer og de forskellige transportformers konkurrenceevne.

3. Kommissionen tillægges beføjelser til at vedtage delegerede retsakter i overensstemmelse med artikel 23 for at supplere dette direktiv, hvad angår de nærmere bestemmelser om medlemsstaternes bortauktionering af kvoter til luftfarten efter nærværende artikels stk. 1 og 2 eller efter artikel 3f, stk. 8. Antallet af kvoter, der i hver periode skal bortauktioneres af hver enkelt medlemsstat, skal stå i rimeligt forhold til medlemsstatens andel af de samlede tilskrevne luftfartsemissioner for alle medlemsstaterne for referenceåret, som rapporteret i medfør af artikel 14, stk. 3, og som verificeret i medfør af artikel 15. For den periode, der er nævnt i artikel 3c, stk. 1, er referenceåret 2010, og for hver efterfølgende periode, der er nævnt i artikel 3c, er referenceåret det kalenderår, der udløber 24 måneder inden begyndelsen af den

periode, auktionen vedrører. De delegerede retsakter skal sikre, at de principper, der er fastlagt i artikel 10, stk. 4, første afsnit, overholdes.

[…]«

14. Artikel 3e i direktiv 2003/87, der har overskriften »Tildeling og udstedelse af kvoter til luftfartøjsoperatører«, har følgende ordlyd:

»1. For hver af de i artikel 3c nævnte perioder kan hver luftfartøjsoperatør ansøge om en tildeling af kvoter, der skal tildeles gratis. Ansøgning kan indgives ved at forelægge den kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat verificerede tonkilometerdata for de luftfartsaktiviteter, der er opført i bilag I og udført af den pågældende luftfartøjsoperatør for overvågningsåret. I denne artikel er overvågningsåret det kalenderår, der udløber 24 måneder inden begyndelsen af den periode, ansøgningen vedrører, jf. bilag IV og V, eller, i relation til den periode, der er nævnt i artikel 3c, stk. 1, 2010. En ansøgning skal indgives senest 21 måneder inden begyndelsen af den periode, den vedrører, eller, i relation til den periode, der er nævnt i artikel 3c, stk. 1, senest den 31. marts 2011.

2. Senest 18 måneder inden begyndelsen af den periode, ansøgningen vedrører, eller, i relation til den periode, der er nævnt i artikel 3c, stk. 1, senest den 30. juni 2011, forelægger medlemsstaterne Kommissionen de ansøgninger, de har modtaget i medfør af stk. 1.

3. Senest 15 måneder inden begyndelsen af hver periode som nævnt i artikel 3c, stk. 2, eller, i relation til den periode, der er nævnt i artikel 3c, stk. 1, senest den 30. september 2011, udfører Kommissionen beregninger og vedtager en beslutning om:

a) den samlede mængde kvoter, der skal tildeles for den pågældende periode efter artikel 3c

b) det antal kvoter, der skal bortauktioneres i den pågældende periode efter artikel 3d

c) det antal kvoter i den særlige reserve for luftfartøjsoperatører i den pågældende periode efter artikel 3f, stk. 1

d) det antal kvoter, der skal tildeles gratis i den pågældende periode, ved at trække antallet af kvoter som omhandlet i litra b) og c) fra det samlede antal kvoter, som der træffes beslutning om efter litra a), og

e) den benchmarking, der skal anvendes til at tildele kvoter gratis til luftfartøjsoperatører, hvis ansøgninger er forelagt Kommissionen i overensstemmelse med stk. 2.

Den benchmarking, der er nævnt i litra e), udtrykt som kvoter pr. tonkilometer, beregnes ved at dividere antallet af kvoter som nævnt i litra d) med summen af tonkilometerdata som anført i de ansøgninger, der er forelagt Kommissionen i overensstemmelse med stk. 2.

4. Inden tre måneder efter den dato, hvor Kommissionen vedtager en beslutning i medfør af stk. 3, beregner og offentliggør hver administrerende medlemsstat:

a) den samlede tildeling af kvoter for perioden til hver luftfartøjsoperatør, hvis ansøgning er forelagt Kommissionen i overensstemmelse med stk. 2, beregnet ved at gange de i ansøgningen anførte tonkilometerdata med den benchmarking, der er omhandlet i stk. 3, litra e), og

b) den tildeling af kvoter til hver luftfartøjsoperatør for hvert år, som beregnes ved at dividere luftfartøjsoperatørens samlede tildeling af kvoter for perioden som beregnet i medfør af litra a) med antallet af år i den periode, hvori luftfartøjsoperatøren udfører en af de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter.

5. Senest den 28. februar 2012 og senest den 28. februar i hvert efterfølgende år udsteder den kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat til hver luftfartøjsoperatør det antal kvoter, der er tildelt den pågældende luftfartøjsoperatør for det pågældende år i henhold til denne artikel eller artikel 3f.«

15. Artikel 3f i direktiv 2003/87, der har overskriften »Særlig reserve for visse luftfartøjsoperatører«, bestemmer:

»1. I hver af de i artikel 3c, stk. 2, nævnte perioder sættes 3% af den samlede mængde kvoter, der skal tildeles, til side i en særlig reserve for luftfartøjsoperatører:

a) der påbegynder en luftfartsaktivitet henhørende under bilag I efter det overvågningsår, for hvilket der blev indgivet tonkilometerdata, jf. artikel 3e, stk. 1, for en periode som omhandlet i artikel 3c, stk. 2, eller

b) hvis tonkilometerdata i gennemsnit stiger med mere end 18% om året mellem det overvågningsår, for hvilket der blev indgivet tonkilometerdata, jf. artikel 3e, stk. 1, for en periode som omhandlet i artikel 3c, stk. 2, og det andet kalenderår i denne periode

og hvis aktivitet i henhold til litra a) eller supplerende aktivitet i henhold til litra b) ikke helt eller delvis er en fortsættelse af en luftfartsaktivitet, som tidligere blev udført af en anden luftfartøjsoperatør.

2. En luftfartøjsoperatør, der er omfattet af stk. 1, kan ansøge om gratis tildeling af kvoter fra den særlige reserve ved at indgive en ansøgning til den kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat. En ansøgning skal indgives senest den 30. juni i det tredje år af den i artikel 3c, stk. 2, omhandlede periode, som den vedrører.

En luftfartøjsoperatørs kvotetildeling i henhold til stk. 1, litra b), må ikke overstige 1 000 000 kvoter.

[…]

8. Eventuelle ikke-tildelte kvoter i den særlige reserve bortauktioneres af medlemsstaterne.

[…]«

16. Artikel 10a, stk. 19, i direktiv 2003/87 bestemmer:

»Der tildeles ingen gratiskvoter til anlæg, der har indstillet driften, medmindre driftslederen over for den kompetente myndighed godtgør, at dette anlæg vil genoptage produktionen inden for en nærmere angivet rimelig frist. Anlæg, hvis drivhusgasemissionstilladelse er udløbet eller er blevet inddraget, og anlæg, for hvilke drift eller genoptagelse af drift er teknisk umulig, anses for at have indstillet driften.«

17. Artikel 12 i direktiv 2003/87, der har overskriften »Overdragelse, returnering og annullering af kvoter«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne sørger for, at kvoter kan overdrages mellem

a) personer i Unionen

b) personer i Unionen og personer i tredjelande, hvor sådanne kvoter er anerkendt efter proceduren i artikel 25, uden andre restriktioner end dem, der er fastsat i eller vedtaget i henhold til dette direktiv.

[…]

2a. De administrerende medlemsstater sørger for, at hver luftfartøjsoperatør senest den 30. april hvert år returnerer et antal kvoter svarende til de samlede emissioner i det foregående kalenderår fra luftfartsaktiviteter i bilag I, for hvilke den er luftfartøjsoperatør, som verificeret efter artikel 15. Medlemsstaterne sørger for, at kvoter, der returneres i overensstemmelse med dette stykke, derefter annulleres.

[…]«

18. Artikel 13 i direktiv 2003/87, der har overskriften »Kvoternes gyldighed«, bestemmer:

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

19. Direktivets artikel 19, der har overskriften »Registre«, bestemmer:

»1. Kvoter udstedt fra den 1. januar 2012 og fremefter registreres i Unionens register med henblik på gennemførelse af processer vedrørende ajourføring af konti, som er åbnet i medlemsstaten, og tildeling, returnering og annullering af kvoter i henhold til Kommissionens retsakter, jf. stk. 3.

[…]

3. Kommissionen tillægges beføjelser til at vedtage delegerede retsakter i overensstemmelse med artikel 23 for at supplere dette direktiv ved at fastlægge alle nødvendige krav med hensyn til EU-registret for den handelsperiode, der starter den 1. januar 2013, og de efterfølgende perioder i form af standardiserede elektroniske databaser, der indeholder fælles data til sporing af udstedelse, besiddelse, overdragelse og annullering af kvoter, alt efter hvad der er relevant, og for

at sikre offentlig adgang og fortrolighed, alt efter hvad der er relevant. Disse delegerede retsakter skal ligeledes indeholde bestemmelser til at gennemføre regler om gensidig anerkendelse af kvoter i aftaler om sammenkobling af emissionshandelssystemer.

4. De i stk. 3 nævnte retsakter skal omfatte passende foranstaltninger, så unionsregistret kan foretage transaktioner og andre operationer som led i gennemførelsen af de i artikel 25, stk. 1b, omhandlede systemer. Disse retsakter omfatter også procedurerne for forvaltning af ændringer og hændelser i Unionens topdomæneadministrator for så vidt angår de spørgsmål, der er omhandlet i denne artikels stk. 1. De omfatter passende foranstaltninger, så unionsregistret kan sikre, at initiativer fra medlemsstaterne vedrørende effektivitetsforbedring, forvaltning af administrative omkostninger og kvalitetskontrolforanstaltninger er mulige.«

20. Artikel 20 i direktiv 2003/87, der har overskriften »Central administrator«, bestemmer:

»1. Kommissionen udpeger en central administrator, der skal føre en uafhængig transaktionsjournal til bogføring af udstedelse, overdragelse og annullering af kvoter.

2. Gennem den uafhængige transaktionsjournal fører den centrale administrator automatiseret kontrol med hver transaktion i registrene til sikring af, at der ikke forekommer uregelmæssigheder i forbindelse med udstedelse, overdragelse og annullering af kvoter.

[…]«

21. Direktivets artikel 28a, der har overskriften »Undtagelser, der finder anvendelse forud for gennemførelsen af ICAO's globale markedsbaserede foranstaltning«, bestemmer:

»1. Uanset artikel 12, stk. 2a, artikel 14, stk. 3, og artikel 16 betragter medlemsstaterne kravene i disse bestemmelser for opfyldte, og medlemsstaterne pålægger ikke luftfartsoperatørerne sanktioner for så vidt angår:

a) alle emissioner fra flyvninger til eller fra flyvepladser i lande uden for EØS i hvert kalenderår fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2023, dog med forbehold af den i artikel 28b omhandlede revision

b) alle emissioner fra flyvninger mellem en flyveplads i en region i den yderste periferi i den i artikel 349 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde anvendte betydning og en flyveplads i en anden region i EØS i hvert kalenderår fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2023, dog med forbehold af den i artikel 28b omhandlede revision.

[…]

2. Uanset artikel 3e og 3f får luftfartøjsoperatører, der er omfattet af undtagelserne i nærværende artikels stk. 1, litra a) og b), hvert år udstedt et antal gratis kvoter, der reduceres i forhold til den reduktion af returneringsforpligtelsen, der er fastsat i disse litraer.

Uanset artikel 3f, stk. 8, annulleres kvoter, der ikke er tildelt fra den særlige reserve.

Fra den 1. januar 2021 er antallet af kvoter, der tildeles luftfartøjsoperatører, omfattet af den lineære faktor i artikel 9, dog med forbehold af den i artikel 28b omhandlede revision.

For så vidt angår aktiviteter i perioden fra den 1. januar 2017 til den 31. december 2023 offentliggør medlemsstaterne inden den 1. september 2018 det antal luftfartskvoter, der er tildelt hver luftfartøjsoperatør.

3. Uanset artikel 3d bortauktionerer medlemsstaterne et vist antal luftfartskvoter, som er reduceret i forhold til reduktionen i det samlede antal udstedte luftfartskvoter.

4. Uanset artikel 3d, stk. 3, reduceres det antal kvoter, der skal bortauktioneres af hver medlemsstat i perioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2023, så det svarer til medlemsstatens andel af de tilskrevne luftfartsemissioner fra flyvninger, som ikke er omfattet af undtagelserne fastsat i nærværende artikels stk. 1, litra a) og b).

[…]«

22. Artikel 28b, der har overskriften »Kommissionens rapportering og revision vedrørende gennemførelsen af ICAO's globale markedsbaserede foranstaltning«, bestemmer:

»[…]

2. Inden for 12 måneder efter ICAO's vedtagelse af de relevante instrumenter, og inden den globale markedsbaserede foranstaltning tages i anvendelse, forelægger Kommissionen Europa-Parlamentet og Rådet en rapport, hvori den overvejer, hvordan disse instrumenter kan gennemføres i EU-retten ved en revision af dette direktiv. […]

[…]«

23. Bilag I til direktiv 2003/87, der har overskriften »Kategorier af aktiviteter omhandlet i direktivet«, bestemmer i forhold til kategorien »Luftfart«:

»[…]

Denne aktivitet omfatter ikke:

[…]

j) flyvninger, som, hvis det ikke var for dette punkt, ville falde ind under denne aktivitet, og som foretages af en erhvervsmæssig lufttransportoperatør, der enten:

   – i tre på hinanden følgende perioder på fire måneder foretager under 243 flyvninger pr. periode, eller

   – foretager flyvninger med samlede årlige emissioner på under 10 000 tons.«

2. Forordning nr. 389/2013

24. Artikel 6 i forordning nr. 389/2013, der har overskriften »EUTL'en«, bestemmer:

»1. I henhold til artikel 20 i direktiv 2003/87/EF oprettes en EU-transaktionsjournal (EUTL) i form af en standardiseret elektronisk database for transaktioner inden for denne forordnings anvendelsesområde. EUTL'en tjener ligeledes til at registrere alle oplysninger om beholdninger

og overførsler af Kyoto-enheder, der stilles til rådighed i henhold til artikel 6, stk. 2, i beslutning nr. 280/2004/EF.

2. Den centrale administrator fører og vedligeholder EUTL'en efter bestemmelserne i denne forordning.

[…]«

25. Forordningens artikel 9, der har overskriften »Konti«, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne og den centrale administrator sikrer, at hvert KP-register og EU-registret indeholder konti som anført i bilag I.

[…]«

26. Forordningens artikel 10, der har overskriften »Kontostatus«, bestemmer:

»1. En konto kan have følgende status: åben, spærret, udelukket eller lukket.

[…]

3. Der må ikke igangsættes processer fra lukkede konti. En lukket konto må ikke oprettes på ny og må ikke erhverve enheder.

[…]

5. Efter at den kompetente myndighed har underrettet om, at en luftfartøjsoperatørs flyvninger ikke længere er omfattet af EU-ordningen i henhold til bilag I til direktiv 2003/87/EF i et givet år, sætter den nationale administrator den hertil svarende luftfartøjsoperatørbeholdningskonto til udelukket status efter at have givet den pågældende luftfartøjsoperatør en forhåndsmeddelelse herom, og indtil den kompetente myndighed underretter om, at en luftfartøjsoperatørs flyvninger igen er omfattet af ordningen.

6. Der må ikke igangsættes processer fra udelukkede konti bortset fra de processer, der er angivet i artikel 25 og 68, og de processer, der er angivet i artikel 35 og 67 svarende til den periode, hvor kontoens status ikke var sat til udelukket.

27. Artikel 29 i forordning nr. 389/2013, der har overskriften »Lukning af luftfartøjsoperatørers konti«, bestemmer:

»Luftfartøjsoperatørbeholdningskonti lukkes kun af den nationale administrator, hvis den kompetente myndighed har givet anvisning herom, fordi den gennem underretning fra kontohaveren eller gennem anden dokumentation har fået kendskab til, at luftfartøjsoperatøren har fusioneret med en anden luftfartøjsoperatør, eller at luftfartøjsoperatøren har indstillet alle sine aktiviteter omfattet af bilag I til direktiv 2003/87/EF.«

28. Forordningens artikel 32, der har overskriften »Overskud af kvoter på konti, der lukkes«, bestemmer:

»1. Er der overskud af kvoter eller Kyoto-enheder på en konto, som administratoren skal lukke, jf. artikel 27, 28 og 29, anmoder administratoren kontohaveren om at anvise en anden konto, som de pågældende kvoter eller Kyoto-enheder overføres til. Besvarer kontohaveren ikke administratorens anmodning inden 40 hverdage, kan administratoren overføre kvoterne eller Kyoto-enhederne til sin nationale konto.

[…]«

29. Forordningens artikel 40, der har overskriften »Kvoters art og transaktioners endegyldighed«, bestemmer:

»1. Kvoter eller Kyoto-enheder er et instrument i papirløs form, som er ombytteligt og kan handles på markedet.

2. Det, at kvoter og Kyoto-enheder er i papirløs form, indebærer, at registreringen i EU-registret er et umiddelbart og tilstrækkeligt bevis for retten til en kvote eller Kyoto-enhed og til ethvert andet element, som falder ind under denne forordning, eller som ifølge denne forordning skal registreres i EU-registret.

[…]

4. En opkøber og indehaver af en kvote eller Kyoto-enhed, der handler i god tro, erhverver retten til en kvote eller Kyoto-enhed uden eventuelle mangler, der måtte være i overdragerens ret.«

30. Forordningens artikel 41, der har overskriften »Udstedelse af kvoter«, bestemmer:

»1. Den centrale administrator kan oprette en EU-totalmængdekonto, en EU-totalmængdekonto (luftfart), en EU-auktionskonto og/eller en EU-auktionskonto (luftfart), en EU-kreditombytningskonto og en EU-kreditkonto (international), alt efter hvad der er relevant, og opretter, udsteder eller annullerer konti og kvoter i overensstemmelse med EU-retten, herunder i henhold til artikel 3e, stk. 3, samt artikel 9, 9a, 10a, stk. 8, og artikel 11a i direktiv 2003/87/EF, artikel 10, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1031/2010 [(EUT 2010, L 302, s. 1)], eller artikel 41, stk. 1, i forordning (EU) nr. 920/2010 [EUT 2010, L 270, s. 1)].

[…]«

31. Artikel 46 i forordning nr. 389/2013, der har overskriften »Overførsel af luftfartskvoter til gratistildeling«, bestemmer:

»1. Den centrale administrator overfører rettidigt en mængde luftfartskvoter fra EU-totalmængdekontoen (luftfart) til EU-tildelingskontoen (luftfart) svarende til det antal luftfartskvoter, der tildeles gratis som fastlagt i Kommissionens afgørelse vedtaget på grundlag af artikel 3e, stk. 3, i direktiv 2003/87/EF.

2. Hvis antallet af luftfartskvoter, som skal tildeles gratis, øges ved en afgørelse i medfør af artikel 3e, stk. 3, i direktiv 2003/87/EF, overfører den centrale administrator yderligere

luftfartskvoter fra EU-totalmængdekontoen (luftfart) til EU-tildelingskontoen (luftfart) i en mængde svarende til stigningen i antallet af luftfartskvoter, som skal tildeles gratis.

3. Hvis antallet af luftfartskvoter, som skal tildeles gratis, reduceres ved en afgørelse i medfør af artikel 3e, stk. 3, i direktiv 2003/87/EF, sletter den centrale administrator luftfartskvoter fra EU-tildelingskontoen (luftfart) i en mængde svarende til reduktionen i antallet af luftfartskvoter, som skal tildeles gratis.«

32. Forordningens artikel 50, der har overskriften »Sletning af luftfartskvoter«, bestemmer:

»Den centrale administrator sikrer, at alle kvoter, der er tilbage på EU-tildelingskontoen (luftfart) ved udgangen af hver handelsperiode, overføres til EU-kvotesletningskontoen.«

33. Forordningens artikel 54, der har overskriften »Indførelse af nationale tildelingstabeller for luftfart i EUTL'en«, bestemmer:

»1. Hver medlemsstat underretter Kommissionen om sin nationale tildelingstabel for luftfart for perioden 2013-2020 senest den 30. september 2012. Medlemsstaterne sikrer, at nationale tildelingstabeller for luftfart omfatter de oplysninger, der er anført i bilag XI.

2. Kommissionen giver den centrale administrator anvisning om at indføre den nationale tildelingstabel for luftfart i EUTL'en, hvis Kommissionen mener, at den nationale tildelingstabel for luftfart stemmer overens med direktiv 2003/87/EF, navnlig med de tildelinger, som medlemsstaterne har beregnet og offentliggjort i henhold til artikel 3e, stk. 4, i samme direktiv. I modsat fald afviser Kommissionen den nationale tildelingstabel for luftfart inden for en rimelig periode og underretter straks den pågældende medlemsstat med angivelse af årsager og de kriterier, der skal opfyldes, for at en efterfølgende underretning kan accepteres. Medlemsstaten sender en revideret national tildelingstabel for luftfart til Kommissionen inden for 3 måneder.«

34. Forordningens artikel 55, der har overskriften »Ændringer i de nationale tildelingstabeller for luftfart«, bestemmer:

»1. Den nationale administrator foretager ændringer i den nationale tildelingstabel for luftfart i EUTL'en, hvis:

a) en luftfartøjsoperatør er ophørt med alle aktiviteter, der er omfattet af bilag I til direktiv 2003/87/EF

[…]

2. En medlemsstat underretter Kommissionen om ændringer af sin nationale tildelingstabel for luftfart vedrørende:

a) tildelinger fra den særlige reserve i henhold til artikel 3f i direktiv 2003/87/EF

b) tilpasninger efter vedtagelsen af foranstaltninger i henhold til artikel 25a i direktiv 2003/87/EF

c) andre ændringer, der ikke er omhandlet i stk. 1.

3. Kommissionen giver den centrale administrator anvisning om at foretage tilsvarende ændringer i den nationale tildelingstabel for luftfart i EUTL'en, hvis Kommissionen mener, at ændringen til den nationale tildelingstabel for luftfart stemmer overens med direktiv 2003/87/EF, navnlig med de tildelinger, som er beregnet og offentliggjort i medfør af artikel 3f, stk. 7, i samme direktiv, hvad angår tildelinger fra den særlige reserve. I modsat fald afviser Kommissionen ændringerne inden for en rimelig periode og underretter straks medlemsstaten med angivelse af årsager og de kriterier, der skal opfyldes, for at en efterfølgende underretning kan accepteres.

[…]«

35. Artikel 56 i forordning nr. 389/2013, der har overskriften »Gratistildeling af luftfartskvoter«, bestemmer:

»1. Den nationale administrator anfører for hver luftfartøjsoperatør og for hvert år, om luftfartøjsoperatøren bør modtage en tildeling for det pågældende år i den nationale tildelingstabel for luftfart.

2. Fra den 1. februar 2013 sikrer den centrale administrator, at EU-registret automatisk overfører luftfartskvoter fra EU-tildelingskontoen (luftfart) til den relevante åbne eller spærrede luftfartøjsoperatørbeholdningskonto i overensstemmelse med den relevante tildelingstabel under iagttagelse af fremgangsmåderne for automatisk overførsel, der er angivet i dataudvekslingsspecifikationerne og de tekniske specifikationer, jf. artikel 105.

3. Hvis en udelukket luftfartøjsoperatørbeholdningskonto ikke modtager kvoter i henhold til stk. 2, overføres de pågældende kvoter ikke til kontoen, selv om den efterfølgende får status af åben.«

B. Tysk lovgivning

1. Lov om handel med kvoter for drivhusgasemissioner (TEHG)

36. Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (lov om handel med kvoter for drivhusgasemissioner) af 21. juli 2011 (BGBI. 2011 I, s. 1475) (herefter »TEHG«), § 2, der har overskriften »Anvendelsesområde«[5], er affattet således:

»[…]

Stk. 6. I forbindelse med luftfartsaktivitet finder loven anvendelse på alle emissioner fra luftfartøjer som følge af brændstofforbrug. Et luftfartøjs brændstofforbrug omfatter også hjælpemotorers brændstofforbrug. Loven finder kun anvendelse på luftfartsaktivitet udført:

1. af luftfartøjsoperatører med tysk driftstilladelse […] eller

2. af luftfartøjsoperatører, der har fået tildelt Tyskland som deres administrerende medlemsstat […], og som ikke har en gyldig driftstilladelse udstedt af en anden stat, der er part i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

[5] – Versionen fra den 13.7.2017.

[…]«

37. TEHG's § 9, der har overskriften »Tildeling af gratis emissionskvoter til operatører af anlæg«, bestemmer:

»[…]

Stk. 6. Tildelingsafgørelsen tilbagekaldes, hvis den som følge af en EU-retsakt skal ændres med tilbagevirkende kraft. Verwaltungsverfahrensgesetz (lov om almindelig forvaltningsproces) (herefter »VwVfG«), §§ 48 og 49, forbliver uændret.«

38. § 11, der har overskriften »Normal tildeling af gratis kvoter til luftfartøjsoperatører«[6], bestemmer:

»Stk. 1. Luftfartøjsoperatøren tildeles for en handelsperiode et antal gratis flykvoter svarende til transportpræstationen i basisåret udtrykt i tonkilometer samt benchmarkingen, der er beregnet efter artikel 3e, stk. 3, første punktum, litra e), og artikel 3e, stk. 3, andet punktum, i direktiv 2003/87.

Stk. 2. Referenceåret for transportpræstationen er det kalenderår, der sluttede 24 måneder inden begyndelsen af den periode, som tildelingen vedrører. For handelsperioden 2012 og handelsperioden 2013-2020 er basisåret 2010.

Stk. 3. For at få tildelt kvoter for en handelsperiode skal luftfartøjsoperatøren indsende en ansøgning til den kompetente myndighed senest 21 måneder før begyndelsen af den pågældende periode. Efter udløbet af denne periode mister luftfartøjsoperatøren retten til gratis luftfartskvoter. Første og andet punktum finder hverken anvendelse på handelsperioden 2012 eller på handelsperioden 2013-2020.

Stk. 4. Luftfartøjsoperatøren skal i sin ansøgning anføre den opnåede transportpræstation i referenceåret som følge af sine luftfartsaktiviteter. Disse fastlægges i henhold til kravene i Kommissionens forordning [(EU) nr. 601/2012 af 21. juni 2012 om overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT 2012, L 181, s. 30)]. Hvis luftfartøjsoperatøren har fremlagt en rapport over afstand og nyttelast i henhold til artikel 5, stk. 1, første punktum, i Datenerhebungsverordnung fra 2020 [(bekendtgørelse af 2020 om indsamling af oplysninger)], anses denne rapport for at være en ansøgning om tildeling af kvoter for handelsperioden 2012 og handelsperioden 2013-2020, medmindre luftfartøjsoperatøren gør indsigelse senest en måned efter ikrafttrædelsen af denne lov. Hvis der gøres indsigelse, er luftfartøjsoperatøren ikke berettiget til at ansøge om gratistildeling i henhold til stk. 1. Oplysningerne om transportpræstationen skal være blevet verificeret af et kontrolorgan i henhold til artikel 21. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse, når en erklæring om afstand og nyttelast allerede er blevet kontrolleret i henhold til artikel 11 i bekendtgørelse af 2020 om indsamling af oplysninger.

Stk. 5. Den kompetente myndighed skal indsende ansøgningen til [Kommissionen] senest 18 måneder før handelsperiodens begyndelse. Den kompetente myndighed skal kontrollere de af sagsøgeren fremlagte oplysninger om transportpræstationen og kun sende de oplysninger til [Kommissionen], der er tilstrækkeligt pålidelige på det tidspunkt, hvor den fastsatte frist for

6 – Versionen fra den 15.7.2013.

fremsendelse af ansøgningen udløber. Når den kompetente myndighed anmoder om yderligere oplysninger eller supplerende dokumenter for at kunne vurdere ansøgningen og de deri indeholdte oplysninger, skal luftfartøjsoperatøren på anmodning fra den kompetente myndighed fremlægge disse oplysninger inden den af myndigheden fastsat frist.

Stk. 6. Den kompetente myndighed skal senest tre måneder efter [Kommissionens] offentliggørelse af benchmarkingen i medfør af artikel 3e, stk. 3, i direktiv 2003/87 tildele kvoterne gratis. Den kompetente myndighed skal offentliggøre en liste med navne på luftfartøjsoperatører og antallet af tildelte kvoter i Bundesanzeiger (den tyske statstidende).«

39. TEHG's § 11, der har overskriften »Tildeling af gratis kvoter til luftfartøjsoperatører«[7], bestemmer:

»Stk. 1. Luftfartøjsoperatører, der har fået tildelt gratis emissionskvoter for handelsperioden 2013-2020 i medfør af §§ 11 eller 12 i den version, der var gældende frem til 24. januar 2019, beholder de tildelte kvoter for årene 2021-2023 i henhold til artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87, der ikke overstiger antallet af tildelte kvoter for 2020. Den lineære faktor for reduktion, der er fastsat i artikel 9 i direktiv 2003/87, finder anvendelse på tildelinger fra 2021 og fremefter.

[…]

Stk. 6. Tildelingsafgørelsen tilbagekaldes, hvis den ændres efterfølgende på grund af en EU-retsakt, bl.a. efter revision i medfør af artikel 28b i direktiv 2003/87, eller hvis en luftfartøjsoperatør indstiller sin luftfartsaktivitet. [VwVfG], §§ 48 og 49, forbliver uændret.«

40. TEHG's § 30, der har overskriften »Håndhævelse af returneringsforpligtelsen«, bestemmer:

»[…]

Stk. 3. Operatøren er fortsat forpligtet til at returnere manglende kvoter senest den 31. januar i det efterfølgende år. Hvis størrelsen af emissionerne er anslået i henhold til stk. 2, skal kvoterne returneres i overensstemmelse med dette skøn. Hvis operatøren ikke returnerer de manglende kvoter senest den 31. januar i det efterfølgende år, finder de kvoter, som operatøren har ret til, anvendelse på den forpligtelse, der påhviler operatøren i henhold til første punktum.«

2. Lov om almindelig forvaltningsproces (VwVfG)

41. VwVfG's § 48, der har overskriften »Tilbagekaldelse af ulovlig forvaltningsakt«, bestemmer:

»Stk. 1. Selv efter udløbet af klagefristen kan en ulovlig forvaltningsakt tilbagekaldes helt eller delvist med enten tilbagevirkende kraft eller fremtidig virkning. En forvaltningsakt, som medfører, at der opstår en rettighed eller en fordel, der kan få betydning i forbindelse med en retssag, eller som bekræfter eksistensen af en sådan rettighed eller fordel (begunstigende forvaltningsakt), kan kun tilbagekaldes med forbehold for begrænsningerne i stk. 2-4.

Stk. 2. En ulovlig forvaltningsakt, der fastsætter en engangsbetaling eller en løbende betaling eller en delbar væsentlig fordel, eller som er en forudsætning herfor, kan ikke tilbagekaldes, såfremt modtageren påberåber sig at have handlet i tillid til, at forvaltningsakten blev opretholdt, og

[7] – Versionen fra § 1, nr. 11, i lov af 18.1.2019, med ikrafttræden den 25.1.2019.

operatørens tillid hertil bør beskyttes frem for almenhedens interesse i en tilbagekaldelse. Tillid til forvaltningsakter er normalt en beskyttelsesværdig interesse, når modtageren har anvendt bidragene eller har truffet økonomiske dispositioner, som den pågældende ikke længere kan annullere eller kun kan annullere ved at acceptere at blive stillet i en ugunstig situation, som det ikke med rimelighed kan forlanges af den pågældende at acceptere. En modtager kan ikke påberåbe sig at have handlet i tillid til en forvaltningsakt, hvis:

1. den pågældende fik udstedt forvaltningsakten under falsk foregivende eller ved trusler eller bestikkelse

2. den pågældende fik udstedt forvaltningsakten ved at fremsætte oplysninger, der i det væsentlige var urigtige eller ufuldstændige, eller

3. den pågældende var klar over, at forvaltningsakten var ulovlig, eller havde på grund af grov uagtsomhed undladt at gøre sig bekendt hermed.

I de i nr. 3 omhandlede tilfælde tilbagekaldes forvaltningsakten normalt med tilbagevirkende kraft.

Stk. 3. Ved tilbagekaldelse af en ulovlig forvaltningsakt, som ikke er omfattet af stk. 2, skal myndigheden efter ansøgning afhjælpe den ugunstige situation, som den berørte part bliver stillet i ved at have handlet i tillid til, at retsakten var i kraft, i det omfang operatørens tillid hertil frem for hensynet til almenhedens interesse fortjener beskyttelse. Stk. 2, tredje punktum, finder anvendelse. Der skal dog kompenseres for de økonomiske ulemper i et omfang, det ikke stiller den pågældende bedre end med de rettigheder, vedkommende ville have haft, hvis forvaltningsakten var bibeholdt. Størrelsen af kompensationen for de økonomiske ulemper fastsættes af myndigheden. Krav skal fremsættes inden et år regnet fra det tidspunkt, hvor myndigheden har underrettet den pågældende om tilbagekaldelsen af retsakten.

Stk. 4. Hvis myndigheden får kendskab til forhold, der berettiger tilbagekaldelse af en ulovlig forvaltningsakt, kan tilbagekaldelse kun ske inden for et år fra det tidspunkt, hvor myndigheden fik kendskab til disse forhold. Dette gælder ikke for stk. 2, tredje punktum, nr. 1.

Stk. 5. Når forvaltningsakten er endelig, træffes afgørelse om tilbagekaldelse af den kompetente myndighed i henhold til stk. 3. Dette gælder også, når den forvaltningsakt, der skal tilbagekaldes, er udstedt af en anden myndighed.«

42. VwVfG's § 49, der har overskriften »Tilbagekaldelse af forvaltningsakt«, bestemmer:

Stk. 1. En lovlig og ikke-begunstigende forvaltningsakt kan, selv når den er blevet endelig, tilbagekaldes helt eller delvist i forhold til den fremtidige virkning, medmindre der vil skulle udstedes en forvaltningsakt med et tilsvarende indhold, eller det af andre årsager ikke er tilladt at tilbagekalde forvaltningsakten.

Stk. 2. En lovlig og begunstigende forvaltningsakt kan, selv når den er blevet endelig, kun tilbagekaldes helt eller delvist i forhold til den fremtidige virkning, når:

1. tilbagekaldelse er tilladt ved lov eller der i selve forvaltningsakten er taget forbehold for tilbagekaldelse

2. forvaltningsakten er kombineret med en forpligtelse, som modtageren ikke har overholdt fuldt ud eller inden for den fastsatte frist

3. myndigheden som følge af en efterfølgende ændring af omstændighederne ville have ret til ikke at udstede en forvaltningsakt, og såfremt det ville være i strid med almenhedens interesse at tilbagekalde forvaltningsakten

4. myndigheden som følge af en ændring af en lovbestemmelse ville have ret til ikke at udstede forvaltningsakter, når modtageren ikke har gjort brug af fordelen eller ikke har modtaget fordele som følge af forvaltningsakten, og såfremt det ville være i strid med almenhedens interesse at tilbagekalde forvaltningsakten, eller

5. [den tilbagekaldes] for at forebygge eller afværge alvorlig skade på fælles goder. § 48, stk. 4, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. En lovlig forvaltningsakt, der fastsætter en engangsbetaling eller en løbende betaling eller en delbar materiel fordel med et bestemt formål, eller som er en forudsætning herfor, kan selv efter det tidspunkt, hvor den er blevet endelig, tilbagekaldes helt eller delvist og med tilbagevirkende kraft,

1. hvis den ikke er bragt i anvendelse eller ikke er bragt i anvendelse uden ugrundet ophold eller til det formål, der er anført i forvaltningsakten, efter der er foretaget betaling, eller

2. hvis der var en forpligtelse forbundet med forvaltningsakten, som støttemodtageren enten har undladt at opfylde eller ikke har opfyldt inden den fastsatte frist. § 48, stk. 4, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 4. Den tilbagekaldte forvaltningsakt bliver ugyldig, når tilbagekaldelsen træder i kraft, medmindre myndigheden fastsætter en anden dato.

Stk. 5. Når forvaltningsakten er endelig, træffes afgørelser om tilbagekaldelse af den kompetente myndighed i henhold til stk. 3. Dette gælder også, når den forvaltningsakt, der skal tilbagekaldes, er udstedt af en anden myndighed.

Stk. 6. Ved tilbagekaldelse af en fordelagtig forvaltningsakt i de i stk. 2, nr. 3-5, omhandlede tilfælde skal myndigheden efter ansøgning yde kompensation for den ugunstige situation, som den berørte part bliver stillet i ved at have handlet i tillid til, at retsakten fortsat var i kraft, i det omfang vedkommende har en beskyttelsesværdig interesse. § 48, stk. 3, tredje til femte punktum, finder tilsvarende anvendelse. Tvister om erstatning afgøres ved de almindelige domstole.«

III. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

43. Indtil anden halvdel af 2017 drev Air Berlin erhvervsmæssig luftfart og var underlagt emissionshandelspligten (herefter »EU ETS-forpligtelserne«). Ved afgørelse af 12. december 2011 tildelte emissionshandelsinstansen Air Berlin i alt 28 759 739 luftfartskvoter for tildelingsperioden 2012 og 2013-2020. For perioden 2013-2020 blev der udstedt 3 174 922 luftfartskvoter pr. år. Emissionshandelsinstansen tilbagekaldte ved afgørelse af 15. januar 2015 delvist den tidligere tildelingsafgørelse af 12. december 2011 og fastsatte en tildeling på i alt 18 779 668 luftfartskvoter. Tilbagekaldelsen skete på grundlag af det moratorium, som blev indført ved for-

ordning (EU) nr. 421/2014[8], som suspenderede inddragelsen af de deri nævnte internationale flyvninger under emissionshandelspligten i perioden 2013-2016. Denne tilbagekaldelsesafgørelse blev betegnet som endelig.

44. Den 15. august 2017 indgav Air Berlin konkursbegæring. Den kompetente konkursret traf bestemmelse om foreløbig bevarelse af rådighed over aktiverne fra Air Berlin. Den 28. oktober 2017 indstillede Air Berlin officielt luftfartsdriften. Ved afgørelse fra insolvensretten af 1. november 2017 blev hovedinsolvensbehandlingen indledt. Den 16. januar 2018 blev ET (»sagsøgeren«) udpeget som kurator.

45. Den 28. februar 2018 traf emissionshandelsinstansen en afgørelse i forhold til sagsøgeren i dennes egenskab af kurator; afgørelsen bestod af seks punkter i alt. Under punkt 1 tilbagekaldte emissionshandelsinstansen på grund af ulovlighed delvist afgørelsen af 12. december 2011 som ændret ved afgørelsen om delvis tilbagekaldelse af 14. januar 2015, og fastsatte en ny tildeling for perioden 2013-2020 således, at der blev tildelt 12 159 960 kvoter. Under punkt 2 tilbagekaldte emissionshandelsinstansen delvist tildelingen for perioden 2013-2020, nemlig for så vidt som denne efter fradrag af de luftfartskvoter, der var tildelt for perioden 2012, oversteg 7 599 975 kvoter. Emissionshandelsinstansen anførte, at den ændrede tildeling for 2013-2017 allerede var blevet udstedt fuldt ud, og gav udtryk for, at der ikke ville blive udstedt nogen tildeling for 2018-2020. Emissionshandelsinstansen traf bestemmelse om ud fra et forsigtighedsprincip (punkt 3) straks at gennemføre en delvis inddragelse på grund af den ulovlighed, der er nævnt i punkt 1 og 2. Desuden blev status på kontoen i EU-registret med øjeblikkelig virkning ændret til »udelukket« (punkt 4 og 5), og der blev taget forbehold for tilbagekaldelse af inddragelsen og for annullering af kontoens status som »udelukket« (punkt 6).

46. Emissionshandelsinstansen anførte, at den under punkt 1 omhandlede tilbagekaldelse af 28. februar 2018 var baseret på Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/2392 af 13. december 2017 om ændring af direktiv 2003/87/EF for at videreføre de nuværende begrænsninger af anvendelsesområdet for luftfartsaktiviteter og forberede gennemførelsen af en global markedsbaseret foranstaltning fra 2021[9] og dermed videreførte undtagelsen af visse internationale flyvninger fra EU ETS-forpligtelserne i perioden 2017-2020[10]. Den under punkt 2 nævnte tilbagekaldelse opstod, fordi Air Berlin ifølge egne oplysninger indstillede luftfartsdriften den 28. oktober 2017 efter indledning af konkursbehandlingen[11].

47. Sagsøgeren påklagede afgørelsen af 28. februar 2018, men emissionshandelsinstansen afviste klagen ved afgørelse af 19. juni 2018. Emissionshandelsinstansen var af den opfattelse, at sagsøgeren ikke kunne påberåbe sig princippet om berettiget forventning, eftersom der i henhold til artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 389/2013 ikke længere kunne udstedes luftfartskvoter, når den pågældende luftfartøjsoperatør ikke længere udførte flyvninger, der var underlagt EU ETS-forpligtelserne. Emissionshandelsinstansen var desuden af den opfattelse, at der ikke skulle tages hensyn til 20. betragtning, fjerde punktum, til direktiv 2008/101, eftersom betragtningens indhold ikke afspejles i EU-lovgivningens materielle bestemmelser og ikke er blevet gennemført af EU-lovgiver.

[8] – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 16.4.2014 om ændring af direktiv 2003/87 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet med henblik på i 2020 at gennemføre en international aftale om anvendelse af en global markedsbaseret foranstaltning i forbindelse med emissioner fra international luftfart (EUT 2014, L 129, s. 1).

[9] – EUT 2017, L 350, s. 7.

[10] – Retsgrundlaget for tilbagekaldelsen var VwVfG's § 48, stk. 2, første punktum, samt forordning 2017/2392 og artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87.

[11] – Ifølge anmodningen om præjudiciel afgørelse blev der kun foretaget 23 flyvninger i november 2017, og Air Berlins driftstilladelse i EU udløb den 1.2.2018. Retsgrundlaget for tilbagekaldelsen var VwVfG's § 48, stk. 2, sammenholdt med visse bestemmelser i TEHG.

48. Sagsøgeren ansøgte den 23. juli 2018 om retshjælp for at kunne appellere dele af emissionshandelsinstansens afgørelse. Ved kendelse af 16. december 2019 bevilgede Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Berlin-Brandenburg, Tyskland) sagsøgeren retshjælp til sagen i første instans. I denne kendelse fastslog den pågældende nationale domstol, at der hverken i henhold til formålet med eller ordningen i direktiv 2008/101 er tale om, at tilbagekaldelsen af tildelingsafgørelsen kan begrundes i ophøret af luftfartsaktivitet. Et sådant resultat, som heller ikke forekommer overbevisende for den nationale domstol, understøttes hovedsageligt af, at det ikke er muligt at tildele luftfartskvoter til nytilkomne på markedet i medfør af artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, hvis den nye eller øgede luftfartsaktivitet helt eller delvist er en fortsættelse af en luftfartsaktivitet, der tidligere blev udført af en anden luftfartøjsoperatør. Den meget begrænsede mulighed for at tildele kvoter fra reserven til nye luftfartøjsoperatører ville medføre en væsentlig reduktion af det samlede antal luftfartskvoter, der var til rådighed, hvis man samtidig skulle inddrage kvoter ved ophør af luftfartsaktiviteter.

49. Den forelæggende ret er således i tvivl om, hvorvidt dette er foreneligt med EU-lovgivers hensigt, eftersom det oprindeligt var hensigten at tildele 100% af de historiske emissioner i luftfartssektoren, og at denne mængde i sidste ende blev reduceret til henholdsvis 97% og 95% (artikel 3c, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/87). Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Berlin-Brandenburg) har tilføjet, at EU-lovgiver, som allerede i artikel 10a, stk. 19 og 20, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet[12] havde vedtaget konkrete regler om tildeling af kvoter til faste anlæg ved ophør eller væsentlig nedgang i en virksomheds aktiviteter, ændrede reglen i artikel 10a, stk. 20, da direktiv 2003/87 blev ændret af direktiv 2018/410, uden at benytte lejligheden til at lovgive om processen ved delvist eller fuldstændigt ophør af en luftfartøjsoperatørs virksomhed.

50. Ved afgørelse af 26. april 2019 fastslog emissionshandelsinstansen over for sagsøgeren, at sagsøgeren pr. 30. april 2018 havde returneret i alt 795 754 færre kvoter end det antal, sagsøgeren var indehaver af, og derfor skulle betale et beløb på 82 806 161 EUR og 24 cent. Emissionshandelsinstansen har endnu ikke afgjort klagen over denne afgørelse.

51. Sagsøgeren har i sin klage af 2. januar 2020 til den forelæggende ret gjort gældende, at der ikke er hjemmel til den delvise inddragelse af kvoter i punkt 2 i emissionshandelsinstansens afgørelse af 28. februar 2018. Inddragelsen kunne ikke støttes på VwVfG's §§ 48 og 49 (tilbagekaldelse af en ulovlig eller lovlig forvaltningsakt), eftersom hverken TEHG's § 11 eller de øvrige bestemmelser i TEHG indeholdt en bestemmelse om tilbagekaldelse af en allerede truffet afgørelse om tildeling af kvoter til en luftfartøjsoperatør. En tilbagekaldelse af tilladelsen ville også være i modstrid med EU-lovgivers hensigt, eftersom det utvetydigt fremgår af 20. betragtning til direktiv 2008/101, at retten til at få tildelt kvoter fortsat gælder. Dette er også rimeligt, fordi den samlede mængde tildelte emissionskvoter forbliver uændret.

52. Air Berlin havde under alle omstændigheder en berettiget forventning om tildelingsafgørelsens fortsatte bestående, og selskabet havde allerede i foråret/sommeren 2017 solgt de fleste af de luftfartskvoter, der var udstedt til selskabet i 2017. Salget skete med en forventning

[12] – EUT 2009, L 140, s. 63.

om og i tillid til, at de emissionskvoter, der skulle tildeles i de følgende år i emissionshandelsperioden, faktisk også ville blive udstedt. På det tidspunkt, hvor de i 2017 udstedte luftfartskvoter blev solgt, kunne konkursen endnu ikke forudses.

53. Efter hvad sagsøgeren indtil videre ved, fik Air Berlin derfor den 11. august 2017 afslag på finansiering. Dette afslag på en yderligere kreditfacilitet var uventet og førte til Air Berlins betalingsstandsning. Selv hvis konkursen allerede havde kunnet forudses på salgstidspunktet, havde Air Berlin en berettiget forventning.

54. Samtlige fly i Air Berlins flåde var lejet hos forskellige leasinggivere. Inden for rammerne af den midlertidige konkursbehandling og også efter indledning af konkursbehandlingen er de »slots«, der er tildelt Air Berlin, blevet solgt til andre luftfartsselskaber i forbindelse med salg af andre aktiver. Sagsøgeren var ikke klar over, om disse virksomheder hver især faktisk benyttede de slots, de overtog, på samme måde som Air Berlin havde gjort, eller om de drev andre flyruter. De solgte slots var til kort- og mellemdistanceflyvninger.

55. Ifølge sagsøgeren har spørgsmålet om fortsættelse af en luftfartsaktivitet som omhandlet i artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, ingen betydning for, om tildelingen af kvoter til luftfartsoperatører fortsat består. I øvrigt er det endnu ikke afgjort i retspraksis, hvornår det må lægges til grund, at der foreligger en »fortsættelse« i henhold til ovennævnte forskrift.

56. Sagsøgeren er desuden af den opfattelse, at betingelserne for at anvende VwVfG's § 49, stk. 2, nr. 3, ikke er opfyldt. Det er heller ikke forståeligt, hvorfor offentlighedens interesse i EU ETS bringes i fare, hvis tildelingsafgørelsen ikke annulleres, og hvorfor Air Berlin skulle opnå en uberettiget favorisering til skade for andre markedsaktører. Der var ikke nogen risiko for konkurrenceforvridning, eftersom Air Berlin ikke længere konkurrerer.

57. Sagsøgte har gjort gældende, at VwVfG's §§ 48 og 49 udgør et tilstrækkeligt retsgrundlag for at tilbagekalde tildelingen for perioden 2018-2020. Tildelingen skete oprindeligt for perioden 2013-2020 på grundlag af en antagelse om, at Air Berlin ville udføre luftfartsaktivitet underlagt EU ETS-forpligtelserne indtil 2020. Efter at have indstillet driften endeligt var Air Berlin ikke længere underlagt EU ETS-forpligtelserne, og selskabet henhørte dermed heller ikke mere under anvendelsesområdet for TEHG. Med udløbet af driftstilladelsen bortfaldt Air Berlins egenskab af luftfartøjsoperatør. I henhold til TEHG er tildelingskravet knyttet til en forudsætning om, at der også består en EU ETS-forpligtelse. EU-retten er ikke til hinder herfor. Ved dom af 28. februar 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127), fastslog Domstolen udtrykkeligt, at et anlæg kun henhører under ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, såfremt det genererer direkte CO_2-udledninger. Ifølge den nævnte dom kan der kun tildeles gratis kvoter til anlæg, hvis aktiviteter i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87 henhører under EU ETS. Disse konstateringer gælder tilsvarende for luftfartsaktiviteter.

58. Det er derfor bestemt i artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 389/2013, at beholdningskontoen for en luftfartøjsoperatør, som ikke længere gennemfører flyvninger omfattet af EU ETS, sættes til statussen »udelukket«. I henhold til artikel 10, stk. 6, i forordning nr. 389/2013 må der ikke igangsættes processer fra en udelukket konto, medmindre det er for den periode, hvor kontoens status ikke var sat til »udelukket«. I henhold til artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 389/2013 anfører den nationale administrator for hver luftfartøjsoperatør og for hvert år, om

luftfartøjsoperatøren bør modtage en tildeling for det pågældende år i den nationale tildelingstabel for luftfart. At disse bestemmelser blev indført i forordning nr. 389/2013, viser, at det helt sikkert var lovligt at tilbagekalde af tildelingsafgørelserne.

59. 20. betragtning til direktiv 2008/101 er i modstrid med EU ETS. Denne betragtning blev affattet inden vedtagelsen af forordning nr. 389/2013, der klart går i en anden retning, og er ikke gentaget i forordning nr. 421/2014 og forordning 2017/2392, der ændrede direktiv 2003/87 i forhold til luftfart.

60. Sagsøgeren kan heller ikke påberåbe sig, at denne havde berettigede forventninger. Hverken tildelingsreglerne eller sagsøgtes adfærd gav anledning til en sådan antagelse. Tilbagekaldelsen var også i almenhedens interesse. Princippet bag emissionshandelsretten ville blive omgået, hvis kvoterne kom på markedet. Det ville fordreje markedsprisen.

61. Ifølge sagsøgte ville en opretholdelse af tildelingen ved indstilling af luftfartsaktiviteterne være i modstrid med forbuddet mod statsstøtte i henhold til artikel 107 TEUF, princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence i henhold til artikel 119, stk. 1, TEUF, ejendomsretten i henhold til artikel 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og ligestillingsprincippet i chartrets artikel 20.

62. På baggrund af ovenstående betragtninger har Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal direktiv [2003/87] og direktiv [2008/101], henset til 20. betragtning til direktiv [2008/101], fortolkes således, at de er til hinder for at tilbagekalde en gratistildeling af luftfartskvoter til en luftfartøjsoperatør for 2018, 2019 og 2020, når tildelingen er sket for 2013-2020, og luftfartøjsoperatøren har indstillet sine luftfartsaktiviteter i 2017 på grund af konkurs?

Skal artikel 3f, stk. 1, i direktiv [2003/87] fortolkes således, at tilbagekaldelsen af tildelingsafgørelsen efter indstilling af luftfartsaktiviteterne på grund af konkurs afhænger af, om luftfartsaktiviteterne fortsættes af andre luftfartøjsoperatører? Skal artikel 3f, stk. 1, i direktiv [2003/87] fortolkes således, at der er tale om en fortsættelse af luftfartsaktiviteterne, når der (for så vidt angår det konkursramte luftfartsselskabs forretning med korte og mellemlange ruter) delvis er foretaget salg af landingsrettigheder i såkaldte koordinerede lufthavne (»slots«) til tre andre lufttransportoperatører?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

Er bestemmelserne i artikel 10, stk. 5, artikel 29, artikel 55, stk. 1, litra a), og [artikel 55,] stk. 3, samt artikel 56 i forordning nr. 389/2013 forenelige med direktiv [2003/87] og direktiv [2008/101] og gyldige, for så vidt som de er til hinder for at udstede gratis luftfartskvoter, der er blevet tildelt, men endnu ikke udstedt, såfremt luftfartsoperatøren indstiller luftfartsaktiviteterne på grund af konkurs?

3) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende:

Skal direktiv [2003/87] og [2008/101] fortolkes således, at det i henhold til EU-retten er bydende nødvendigt at annullere afgørelsen om gratistildeling af luftfartskvoter?

4) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, og såfremt det tredje spørgsmål besvares benægtende:

   Skal artikel 3c, stk. 3a, artikel 28a, stk. 1 og 2, samt artikel 28b, stk. 2, i direktiv [2003/87], som ændret ved direktiv (EU) 2018/410, fortolkes således, at den tredje handelsperiode ikke udløber ved udgangen af 2020, men derimod først i 2023?

5) Såfremt det fjerde spørgsmål besvares benægtende:

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

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

63. Sagsøgeren, sagsøgte, den tyske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

64. Der er sendt en række spørgsmål til skriftlig besvarelse samt en række spørgsmål til mundtlig besvarelse under retsmødet til såvel parterne som de berørte, der er nævnt i artikel 23 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol. Sagsøgeren, den sagsøgte, den tyske regering og Kommissionen har indgivet besvarelser på de skriftlige spørgsmål. De afgav også mundtlige indlæg til Domstolen i retsmødet den 10. juni 2021.

V. Bedømmelse

A. Første spørgsmål

1. Første led

65. Med første spørgsmåls første led ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2003/87 (med senere ændringer) er til hinder for at tilbagekalde [13] en gratistildeling af luftfartskvoter til en luftfartøjsoperatør for 2018, 2019 og 2020, når tildelingen er sket for 2013-2020, og luftfartøjsoperatøren indstillede sine luftfartsaktiviteter i 2017 på grund af konkurs. I den forbindelse er den forelæggende ret især i tvivl om, hvilken betydning der skal tillægges 20. betragtning, fjerde punktum, til direktiv 2008/101, der bl.a. bestemmer, at »luftfartøjsoperatører, der indstiller driften, […] fortsat [bør] få udstedt kvoter indtil udløbet af den periode, for hvilken der allerede er tildelt gratis kvoter«.

[13] – Udtrykket »tilbagekaldelse« [o.a. på tysk (processproget) »rücknahme«; på engelsk (generaladvokatens sprog) »withdrawal«] ser ud til at stamme fra den tyske lov (jf. TEHG, § 9, stk. 6). Jf. også VwVfG, §§ 48 og 49. Udtrykket optræder ikke i direktiv 2003/87 i forbindelse med luftfart.

a) Indledende betragtninger

66. De nævnte kvoter i første spørgsmål vedrører den handelsperiode, der begyndte den 1. januar 2013 og udløb den 31. december 2020. Eftersom luftfartsaktivitet ved direktiv 2008/101 blev indarbejdet i direktiv 2003/87, er luftfartøjsoperatører i princippet underlagt EU ETS og skal i medfør af artikel 12, stk. 2a, i direktiv 2003/87 hvert år returnere et antal kvoter svarende til deres samlede emissioner i det foregående kalenderår fra de luftfartsaktiviteter, der er opført i bilag I til direktivet [14].

67. I overensstemmelse med proceduren i artikel 3e i direktiv 2003/87, der vedrører både tildeling og udstedelse af kvoter til luftfartøjsoperatører, kunne luftfartøjsoperatører ansøge [15] om tildeling af kvoter, der skulle tildeles gratis, bl.a. for handelsperioden, der begyndte den 1. januar 2013 [16]. I medfør af artikel 3e, stk. 4, litra a), i direktiv 2003/87 beregnes *den samlede tildeling* af gratiskvoter for bl.a. perioden 2013-2020 af den ansvarlige medlemsstat for hver luftfartøjsoperatør i henhold til den deri fastsatte metode [17].

68. Desuden fastsættes den *årlige tildeling* af kvoter til hver luftfartøjsoperatør i henhold til artikel 3e, stk. 4, litra b), i det pågældende direktiv af den administrerende medlemsstat ved at dividere luftfartøjsoperatørens samlede tildeling for bl.a. 2013-2020 med »antallet af år i den periode, hvori luftfartøjsoperatøren *udfører en af de* i bilag I *nævnte luftfartsaktiviteter*« [18].

69. Det fremgår tydeligt af artikel 3e, stk. 4, i direktiv 2003/87, at den samlede tildeling og den årlige tildeling af kvoter til hver luftfartøjsoperatør fastsættes ved begyndelsen af hver handelsperiode, dvs. senest tre måneder efter den dato, hvor Kommissionen vedtager en beslutning i henhold til direktivets artikel 3e, stk. 3, der bl.a. fastlægger den samlede mængde kvoter, der skal tildeles i handelsperioden.

70. Artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87 bestemmer derimod, at kvoter *tildelt* i henhold til direktivets artikel 3e samt i henhold til artikel 3f, der indfører en særlig reserve for visse luftfartøjsoperatører, *udstedes* hvert år den 28. februar.

[14] – Manglende returnering medfører sanktioner i henhold til artikel 16 i direktiv 2003/87.

[15] – Til den kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat, som er den medlemsstat, der er ansvarlig for at administrere EU ETS i forhold til luftfartøjsoperatører i henhold til artikel 18a i direktiv 2003/87.

[16] – I henhold til artikel 3c, stk. 2, i direktiv 2003/87 var der et loft for eller en begrænsning i antallet af luftfartskvoter pr. år for perioden fra den 1.1.2013 på 95% af de historiske luftfartsemissioner. I henhold til artikel 3, litra s), i direktiv 2003/87 er »historiske luftfartsemissioner« »den gennemsnitlige middelværdi af de årlige emissioner i kalenderårene 2004, 2005 og 2006 fra luftfartøjer, der udfører en af de i bilag I nævnte luftfartsaktiviteter«. Luftfartøjsoperatører kunne i medfør af artikel 3e, stk. 1, i direktiv 2003/87 anmode den kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat om at få tildelt gratis kvoter, som derefter i henhold til direktivets artikel 3e, stk. 2, blev forelagt Kommissionen, der foretog en beregning for at fastsætte en benchmarking i henhold til artikel 3e, stk. 3, litra e), i direktivets artikel 3, der skulle anvendes til at tildele kvoter gratis til dem, der havde ansøgt herom. I henhold til artikel 3e, stk. 3, litra a), i direktiv 2003/87 var Kommissionen forpligtet til 15 måneder i forvejen at beregne og vedtage en beslutning om det samlede antal kvoter, der skulle tildeles for perioden 2013-2020.

[17] – Ved bl.a. at anvende den af Kommissionen fastsatte benchmarking.

[18] – Min fremhævelse.

71. Direktiv 2003/87 regulerer ikke specifikt den måde, hvorpå tildelingen af gratis kvoter skal behandles, når den luftfartøjsoperatør, som har fået dem tildelt, indstiller sin virksomhed. Dette står i stærk modsætning til artikel 10a, stk. 19, i direktiv 2003/87, der blev indsat ved direktiv 2009/29[19]. Heri bestemmes i forhold til faste anlæg, at »[d]er tildeles ingen gratiskvoter til anlæg, der har indstillet driften«[20].

b) Argumenter

72. Sagsøgeren er af den opfattelse, at denne forskel i tilgang er en konsekvens af et bevidst valg fra EU-lovgivers side, således som det fremgår af 20. betragtning, fjerde punktum, til direktiv 2008/101. Ifølge sagsøgeren fremgår det tydeligt af den lovgivningsprocedure, der førte til, at luftfartssektoren blev inkluderet i direktiv 2003/87, at der blev truffet et principielt valg om, at nytilkomne på markedet skal erhverve de nødvendige emissionskvoter mod betaling enten på en auktion eller på markedet, og ved indstilling af virksomhed vil allerede tildelte kvoter forblive i kraft indtil udgangen af handelsperioden. Inddragelse af kvoter ville i modsat fald medføre en kunstig reduktion af den samlede kvotemængde og dermed forrykke den af lovgiver tilstræbte balance mellem klimabeskyttelse og økonomiske overvejelser som beskrevet i femte betragtning til direktiv 2003/87. Artikel 3c, stk. 2, i direktiv 2003/87 bestemmer således i det væsentlige, at den samlede mængde kvoter, der skal tildeles for handelsperioden, der begynder 1. januar 2013, er 95% af de historiske luftfartsemissioner[21]. Ifølge sagsøgeren betyder et ophør af luftfartsaktiviteter ikke nødvendigvis, at de tilsvarende trafikmængder forsvinder fra markedet. Andre operatører kan stadig øge deres markedsandel, og på mange af de ruter, der tidligere blev drevet af den operatør, der nu har indstillet driften, vil det fremover være andre operatører, der flyver.

73. Sagsøgeren er af den opfattelse, at eftersom det ikke er muligt at ansøge om tildeling af gratis kvoter fra den særlige reserve efter udløbet af den periode, der er nævnt i artikel 3f, stk. 2, i direktiv 2003/87, dvs. efter den 30. juni 2015, skal operatører skaffe kvoter på markedet. Konsekvensen heraf er, at en operatør, der har indstillet sin luftfartsaktivitet, bevarer de tildelte kvoter. Sagsøgeren er også af den opfattelse, at opretholdelsen af kvoter ikke afhænger af, om en anden operatør fortsætter sin luftfartsaktivitet som omhandlet i artikel 3f, stk. 1, litra b), i direktiv 2003/87, eftersom spørgsmålet om »opretholdelse« af luftfartsaktiviteten kun har relevans ved udelukkelse fra den særlige reserve, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Ifølge sagsøgeren regulerer artikel 3f, stk. 1, litra b), i direktiv 2003/87 ikke, hvad der sker med kvoter ved ophør af virksomhed, men det antages, at luftfartøjsoperatører, der indstiller deres virksomhed, generelt opretholder deres kvoter. Desuden skelnes der i 20. betragtning ikke mellem, om virksomheden overtages af et andet selskab eller ej.

74. Den tyske regering er derimod af den opfattelse, at hverken direktiv 2003/87 eller direktiv 2008/101 udelukker inddragelse af luftfartskvoter, hvis en luftfartøjsoperatør går konkurs. Regeringen påberåber sig i den forbindelse bl.a. artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87 kombineret med bilag I til direktivet samt artikel 3, litra o), og artikel 3, litra f), i direktivet. Den tyske regering er af den opfattelse, at sagsøgerens salg af de pågældende kvoter ville gavne Air Berlins kreditorer og ikke understøtte formålet med direktiv 2003/87, der er at beskytte miljøet. Sagsøgeren har navnlig

[19] – Det bemærkes, at dette skete efter inkorporeringen af luftfart i direktiv 2003/87.

[20] – Jf. også artikel 26 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).

[21] – Denne procentsats kan revurderes i forbindelse med den generelle revision af direktiv 2003/87. Jf. artikel 3c, stk. 3, og artikel 30, stk. 4, i direktiv 2003/87.

anført, at Air Berlin havde ca. 30% af det samlede antal kvoter, som emissionshandelsinstansen havde udstedt i 2017. Hvis disse kvoter skulle udstedes for perioden 2018-2020, ville det fordoble antallet af bortauktionerede kvoter, der i henhold til artikel 3d, stk. 2, i direktiv 2003/87 udgør 15% af luftfartskvoterne.

75. Den tyske regering er af den opfattelse, at medlemsstaterne i mangel af en bestemmelse svarende til artikel 10a, stk. 19, i direktiv 2003/87 for faste anlæg til luftfart i medfør af princippet om processuel frihed kan fastsætte regler om tilbagekaldelse af kvoter, hvis en luftfartøjsoperatør indstiller sin virksomhed. Denne regering påberåber sig, at bestemmelserne i forordning nr. 389/2013, især artikel 10, stk. 3, 5 og 6, artikel 29, artikel 55, stk. 1, litra a), og artikel 56, stk. 2 og 3, bekræfter, at retten til at få tildelt kvoter og retten til at tilgå kvoter på en konto bortfalder ved ophør af luftfartsaktivitet.

76. Kommissionen er af den opfattelse, at det i mangel af EU-regler på området ifølge fast retspraksis tilkommer hver enkelt medlemsstat i overensstemmelse med princippet om processuel frihed i sin interne retsorden at fastsætte de krav, der finder anvendelse, om end disse krav ikke må være mindre gunstige end de krav, der gælder for tilsvarende situationer i medlemsstaten (ækvivalensprincippet), og at kravene ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der opnås i medfør af Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)[22]. Kommissionen har anført, at der ville opstå en skævvridning af systemet for handel med kvoter, hvis de omhandlede gratis tildelte kvoter ikke tilbagekaldes. Air Berlins situation er den samme som for mere end 40 andre luftfartøjsoperatører, der har indstillet deres virksomhed siden 2013. Da det ikke er muligt at inddrage kvoter, ville disse selskaber have fået tildelt ca. 28 mio. gratis kvoter frem til udgangen af 2023, selv om de har indstillet deres flyvninger. Kombinationen af gratis kvoter og auktioner ville desuden medføre en samlet stigning på ca. 33 mio. kvoter, dvs. en mængde svarende til Bulgariens eller Norges årlige emissioner omfattet af EU ETS (for alle sektorer) eller 40% af alle luftfartsemissioner i 2019. Den samlede værdi af disse kvoter overstiger 700 000 000 EUR. Tildelingen af en så stor mængde gratiskvoter uden tilsvarende forpligtelse for modtagerne til at returnere kvoterne ville have en negativ indvirkning på markedet for handel med kvoter og i vid udstrækning underminere EU ETS.

c) Analyse

77. I modsætning til Kommissionens anbringender samt i mindre grad til den tyske regerings anbringender er det efter min opfattelse ikke udelukkende en afgørelse, der træffes af den enkelte medlemsstat ud fra dennes processuelle frihed og dermed i medfør af medlemsstatens kompetence, om luftfartskvoter, der tidligere er tildelt gratis til en luftfartsoperatør, skal inddrages som følge af konkurs, når området ikke udtrykkeligt er reguleret i EU-retten på en måde, der svarer til bestemmelsen i artikel 10a, stk. 19, i direktiv 2003/87. Som jeg vil påvise, udelukker mange af bestemmelserne i direktiv 2003/87, at der tildeles gratiskvoter til en luftfartøjsoperatør, som har indstillet sin luftfartsvirksomhed.

78. Eftersom de pågældende kvoter er tildelt gratis i henhold til en EU-retlig ordning og ikke er afledt af en luftfartsoperatørs aktiver eller erhvervsmæssige aktivitet (i dette tilfælde Air Berlins), får luftfartsoperatører ikke ejendomsrettigheder over kvoterne, som skal sikres gennem Unionens retsorden i henhold til bl.a. chartrets artikel 17[23]. Ordningen for handel med emissioner er blot en mekanisme, der er oprettet for at skabe et incitament til en bestemt økonomisk adfærd (nemlig

[22] – Dom af 22.2.2018, INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2018:100, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

[23] – Jf. analogt dom af 24.3.1994, Bostock (C-2/92, EU:C:1994:116, præmis 19).

reduktion af drivhusgasser). Selv om kvoterne kunne handles og blev handlet[24], var dette tilladt i forbindelse med selskaber, der på anden vis udførte økonomisk aktivitet (såsom luftfart), der uundgåeligt ville bidrage til miljøforurening. Tanken var aldrig, at disse kvoter i sig selv skulle kunne omsættes til penge uafhængigt af denne økonomiske aktivitet, eller at de skulle anses for at svare til en slags semivaluta, der så kunne behandles som et omsætningsaktiv i forbindelse med en konkurs.

79. Hvis en luftfartsoperatør fortsat overholder betingelserne for at få tildelt og udstedt gratiskvoter, ville det ikke desto mindre være i strid med retssikkerhedsprincippet, hvorefter det i særdeleshed kræves, at retsregler med bebyrdende retsvirkninger for borgerne skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig for borgerne[25], og at der gælder lighed for loven som fastsat i chartrets artikel 20[26], hvis disse luftfartskvoter ikke blev udstedt i henhold til artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87.

80. Alt dette indebærer, at der er en tendens til, at der med sådanne handelsordninger udvikles en særlig form for aktiver, uanset om der er tale om en tidligere generation af mælkekvoter eller en ordning for handel med emissioner som i nærværende sag. Selv om disse aktiver har en vis økonomisk værdi – når alt kommer til alt, er det muligt at handle med dem – adskiller de sig fra almindelige omsættelige aktiver, der udgør grundlaget for den traditionelle forståelse af ejendomsrettigheder som anerkendt i chartret, den europæiske menneskerettighedskonvention og medlemsstaternes forfatninger, idet de uløseligt er forbundet med selve den økonomiske aktivitet og med de retsregler, der regulerer deres tildeling, udstedelse og varighed. Parter, der påberåber sig, at der er sket en overtrædelse af deres juridiske rettigheder i forhold til aktiver under handelsordningen, skal derfor generelt støtte sig på princippet om berettiget forventning og ikke ejendomsrettigheder som sådan.

81. Det er tilfældet her, idet sagsøgeren også har påberåbt sig princippet om berettiget forventning. Selv om der i et vist omfang er en sammenkobling mellem retssikkerhedsprincippet og princippet om berettiget forventning, er sidstnævnte princip efter min opfattelse bl.a. baseret på visse forsikringer. Således anførte Domstolen f.eks. i dom af 5. marts 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 97), at retten til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning forudsætter, at præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, der hidrører fra en pålidelig kilde med den nødvendige bemyndigelse, er fremsat af Unionens kompetente myndigheder over for den pågældende. Denne ret tilkommer nemlig enhver retsundergiven i forbindelse med berettigede forventninger, som en institution, et organ, et kontor eller et agentur under Unionen ved at afgive præcise løfter har givet anledning til. Sådanne løfter skal, uanset under hvilken form de er afgivet, være præcise, ubetingede og samstemmende[27]. Eftersom det ikke fremgår af i Domstolens sagsakter, at Air Berlin har modtaget sådanne forsikringer fra bl.a. en EU-institution og slet ikke fra emissionshandelsinstansen, forekommer dette princip ikke at være relevant i den foreliggende sag.

[24] – Jf. f.eks. artikel 40 i forordning nr. 389/2013.

[25] – Dom af 7.6.2005, VEMW m.fl. (C-17/03, EU:C:2005:362, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 3.12.2019, Den Tjekkiske Republik mod Parlamentet og Rådet (C-482/17, EU:C:2019:1035, præmis 148).

[26] – Lighed for loven er et almindeligt princip i EU-retten, der kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan differentiering er objektivt begrundet. Jf. dom af 17.10.2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, præmis 76).

[27] – Jf. også dom af 3.12.2019, Den Tjekkiske Republik mod Parlamentet og Rådet (C-482/17, EU:C:2019:1035, præmis 153).

82. Der er nu nødvendigt se på de relevante lovbestemmelser for at vurdere, om der er forenelighed [28]. Som jeg allerede har givet udtryk for, har sagsøgeren i sit indlæg i vidt omfang påberåbt sig 20. betragtning, fjerde punktum, til direktiv 2008/101. Denne sætning anfører udtrykkeligt, at luftfartøjsoperatører, der indstiller driften og går konkurs, ikke desto mindre har ret til fortsat at »få udstedt kvoter indtil udløbet af den periode, for hvilken der allerede er tildelt gratis kvoter«.

83. Selv om denne sætning i 20. betragtning er formuleret klart og utvetydigt, findes der dog ingen materiel bestemmelse i direktiv 2003/87 og slet ikke i direktiv 2008/101, der svarer til eller på nogen måde udtrykker det samme. Hvordan er denne tilstand opstået?

84. I et svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen har Kommissionen bekræftet, at ordlyden i 20. betragtning, fjerde punktum, til direktiv 2008/101 ved en fejl blev bevaret i den endelige lovtekst. Under retsmødet den 10. juni 2021 gik Kommissionens repræsentant endda så vidt som til at sige, at det var pinligt for Kommissionen, at der havde sneget sig en sådan fejl ind i lovforslaget, og at retsakten var blevet vedtaget, uden at det var blevet opdaget.

85. Kommissionen fastholdt, at denne fejl skyldtes, at der var fremlagt flere muligheder under lovgivningsarbejdet forud for vedtagelsen af direktiv 2008/101. Ifølge Kommissionens forslag kunne nytilkomne købe kvoter, hvilket gik hånd i hånd med muligheden for, at operatører, der forlod markedet, kunne bevare deres kvoter i handelsperioden for at sikre, at der var et tilstrækkeligt antal kvoter til rådighed. Ifølge Kommissionen ville det ikke have noget formål efter ophør af virksomhed at opretholde de kvoter, der var tildelt gratis, eftersom det i sidste ende blev besluttet at oprette en særlig reserve i henhold til artikel 3f i direktiv 2003/87 for nytilkomne.

86. Selv om indholdet af en betragtning til et direktiv har en vigtig funktion som et fortolkningsbidrag og kan bruges til at give oplysning om hensigten med retsakten [29], fremgår det af fast retspraksis, at betragtningerne til en EU-retsakt, som f.eks. et direktiv, ikke *i sig selv* er retligt bindende. Sådanne betragtninger kan ikke påberåbes til støtte for at fravige bestemmelserne i det pågældende direktiv eller for at fortolke dem i åbenbar strid med bestemmelsens ordlyd (contra legem) [30]. Eftersom en betragtning ikke har nogen retlig værdi i sig selv, kan den ikke *uafhængigt* påberåbes som grundlag for juridiske rettigheder eller forpligtelser i mangel af tilsvarende eller understøttende bestemmelser i selve direktivet [31].

87. Det ville reelt indebære en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, der er et væsentligt element i en retsstat, at nå frem til den modsatte konklusion. EU-lovgiver forventes at udtrykke sin hensigt gennem de materielle bestemmelser i en retsakt som f.eks. et direktiv, hvor betragtningerne til direktivet indeholder en sekundær vejledning til fortolkningen af bestemmelserne. Selv om der i disse materielle bestemmelser ikke findes noget om et bestemt

[28] – Jf. punkt 79 i dette forslag til afgørelse. Det følger af fast retspraksis, at det for at foretage en korrekt fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse kræves, at der ikke blot tages hensyn til bestemmelsens ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af. Lovgivningsprocessen i forbindelse med tilblivelsen af en EU-retlig bestemmelse kan undertiden også give relevante bidrag til fortolkningen af bestemmelsen. Dom af 25.6.2020, A m.fl. (Vindmøller i Aalter og Nevele) (C-24/19, EU:C:2020:503, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

[29] – Dom af 19.12.2019, Puppinck m.fl. mod Kommissionen (C-418/18 P, EU:C:2019:1113, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

[30] – Dom af 19.6.2014, Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:2013, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

[31] – I den forbindelse er det også min opfattelse, at en part ikke kan påberåbe sig lovgivningsprocessen i forbindelse med tilblivelsen af en EU-retsakt som f.eks. et direktiv for derved at kunne fortolke retsakten på en måde, der er i strid med dens ordlyd (contra legem), og slet ikke på en måde, der er i strid med det pågældende direktivs udtrykkelige formål, såfremt det ikke udtrykkeligt er indeholdt i selve direktivet.

forhold, kan eksistensen af en betragtning (uanset om den er blevet indsat ved en fejl eller ej), hvori noget andet beskrives, ikke med føje påberåbes med det formål at anfægte eller udbygge de nævnte lovbestemmelser.

88. Under alle omstændigheder er flere af bestemmelserne i direktiv 2003/87 i henhold til direktivets artikel 3e, stk. 5, klart i modstrid med *udstedelsen* af luftfartskvoter til en tidligere luftfartøjsoperatør som Air Berlin, der ikke længere udfører luftfartsaktivitet i henhold til direktivets artikel 3e, stk. 4, litra b).

89. For det første finder artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87 anvendelse på emissioner fra de aktiviteter, der er opført i bilag I til direktivet. Luftfart er en af de aktiviteter, der er opført i bilag I. Den forelæggende ret har anført, at Air Berlin officielt indstillede driften den 28. oktober 2017 [32]. Det er således tydeligt, at Air Berlin ikke længere udførte luftfartsaktivitet i den relevante periode fra 2018 til 2020. Heraf følger, at selskabet i henhold til artikel 3a i direktiv 2003/87 ikke var omfattet af direktivets kapitel II (»Luftfart«) og bestemmelserne i direktivet om tildeling og endnu vigtigere om kvoter i forhold til luftfartsaktivitet for denne periode. Dette bekræftes af de undtagelser fra luftfartsaktivitet, der er nævnt i bilag I, litra j), til direktiv 2003/87, hvori det er fastsat, at direktivets kapitel II ikke finder anvendelse på luftfartøjsoperatører, der i tre på hinanden følgende perioder på fire måneder foretager under 243 flyvninger pr. periode eller foretager flyvninger med samlede årlige emissioner på under 10 000 tons.

90. For det andet ophørte Air Berlin (der indstillede sin virksomhed den 28.10.2017) i henhold til artikel 3, litra o), i direktiv 2003/87 på dette tidspunkt med at være en »luftfartøjsoperatør«, »der driver et luftfartøj på det tidspunkt, hvor det udfører en af de i bilag I [til direktivet] nævnte luftfartsaktiviteter«.

91. For det tredje er jeg af den opfattelse, at artikel 3e, stk. 4 og 5, i direktiv 2003/87 er yderst vigtig i den konkrete sammenhæng. Som tidligere nævnt er det i artikel 3e, stk. 4, litra a), i direktiv 2003/87 fastsat, hvordan den samlede tildeling af kvoter til luftfartøjsoperatører for perioden 2013-2020 skal beregnes, og i artikel 3e, stk. 4, litra b), er det fastsat, hvordan den årlige tildeling af gratiskvoter til luftfartøjsoperatører beregnes. Sidstnævnte bestemmelse tager udgangspunkt i, at en luftfartøjsoperatør *udfører* luftfartsaktivitet i et givet år. Desuden er det i artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87 fastsat, at den »kompetente myndighed i den administrerende medlemsstat [senest den 28. februar] *til hver luftfartøjsoperatør [udsteder]* det antal kvoter, der er tildelt den pågældende luftfartøjsoperatør for det pågældende år« [33] i henhold til artikel 3e eller artikel 3f i direktivet.

92. Det er efter min opfattelse tydeligt ud fra ordlyden af artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87, sammenholdt med især direktivets artikel 3e, stk. 4, litra b), at hvis det var et krav, at emissionshandelsinstansen den 28. februar skulle *udstede* de kvoter til luftfartøjsoperatører, som de var blevet tildelt for det pågældende år i henhold til artikel 3e og artikel 3f i direktiv 2003/87, kunne emissionshandelsinstansen ikke udstede kvoter til en tidligere luftfartøjsoperatør som Air Berlin, der havde indstillet sine virksomhed og således ikke længere udførte luftfartsvirksomhed, i dette tilfælde for årene 2018-2020.

[32] – Det bemærkes, at selv om Air Berlin indstillede sin virksomhed den 28.10.2017, forekommer tvisten i hovedsagen – med forbehold for den forelæggende rets prøvelse – kun at vedrøre perioden 2018-2020.

[33] – Min fremhævelse.

93. Eftersom Air Berlin ikke var luftfartøjsoperatør og ikke udførte luftfartsaktivitet i perioden 2018-2020, var selskabet for det fjerde ikke underlagt EU-ETS-forpligtelsen i henhold til artikel 12, stk. 2a, i direktiv 2003/87 i den pågældende periode og burde derfor ikke have retten til at få tildelt gratiskvoter for denne periode. Det bemærkes analogt i den forbindelse, at luftfartøjsoperatører i henhold til artikel 28a, stk. 1, litra a), i direktiv 2003/87 [34] ikke er underlagt EU ETS-forpligtelser i forhold til emissioner fra flyvninger til eller fra flyvepladser i lande uden for EØS. Det er bl.a. fastsat i artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87, der er en fravigelse fra direktivets artikel 3e og artikel 3f, at luftfartsoperatører, der er omfattet af undtagelserne i artikel 28a, stk. 1, litra a), i direktivet, *hvert år får udstedt et antal gratis kvoter, der reduceres i forhold til den reduktion af returneringsforpligtelsen*, der er fastsat i artikel 3e og artikel 3f i direktivet [35].

94. Jeg er derfor af den opfattelse, at den *årlige udstedelse* af gratiskvoter for luftfartøjer den 28. februar i henhold til artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87 i sagens natur er uløseligt sammenkoblet med, at luftfartøjsoperatører fortsat udfører luftfartsaktivitet, og at de aktuelt er underlagt EU ETS-forpligtelser. Selv om EU-lovgiver desværre ikke har indføjet en specifik bestemmelse for luftfarten svarende til bestemmelsen i artikel 10a, stk. 19, i direktiv 2003/87 i forhold til faste anlæg, havde emissionshandelsinstansen alligevel ikke ret til at udstede sådanne kvoter til Air Berlin for perioden 2018-2020, eftersom Air Berlin ikke længere var en luftfartøjsoperatør, ikke udførte luftfartsaktivitet og ikke var omfattet af EU ETS-forpligtelserne for den omhandlede periode. Henset til den klare og præcise ordlyd af bl.a. artikel 2, stk. 1, artikel 3a, artikel 3, litra o), artikel 3e, stk. 1, artikel 3e, stk. 5, artikel 12, stk. 2a, og artikel 28a, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/87 og bilag I til samme direktiv, som sikrer, at anvendelsen af bestemmelserne er forudsigelige, kan sagsøgeren i den forbindelse ikke påberåbe sig retssikkerhedsprincippet til støtte for kravet om *udstedelse* af de omhandlede kvoter.

95. Denne fortolkning understøttes også af formålene med direktiv 2003/87 samt af direktivets generelle opbygning. Det ville efter min opfattelse være i strid med »effet utile« af direktiv 2003/87, der tilstræber at skabe balance mellem miljøbeskyttelsen og det økonomiske udkomme, hvis emissionshandelsinstansen tildelte gratis luftfartskvoter til sagsøgeren (kurator i boet efter Air Berlin) for perioden 2018-2020, efter at den tidligere luftfartøjsoperatør havde indstillet sin virksomhed og ikke længere var omfattet af EU ETS-forpligtelserne [36]. I en sådan situation er der

[34] – I den i medfør af forordning 2017/2392 ændrede version.

[35] – En lignende undtagelse blev første gang indført i direktiv 2003/87 ved forordning nr. 421/2014. Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at de kvoter, som Air Berlin fik tildelt gratis, efterfølgende ved afgørelse af 15.1.2015 blev inddraget af emissionshandelsinstansen efter vedtagelsen af forordning nr. 421/2014. Inddragelsesafgørelsen er endelig. Jf. s. 4 i anmodningen om præjudiciel afgørelse. Den pågældende delvise inddragelse og emissionshandelsinstansens afgørelse af 15.1.2015 blev også nævnt i punkt 1 i emissionshandelsinstansens afgørelse af 28.2.2018.

[36] – Direktiv 2003/87 har til formål at indføre en ordning for handel med emissionskvoter med henblik på at reducere udledningen af drivhusgasser i atmosfæren til et niveau, hvor farlig, menneskeskabt indvirkning på klimaet undgås, og hvis endelige formål er beskyttelse af miljøet. Denne ordning hviler på en økonomisk logik, som stimulerer alle deltagere til at udlede en mindre mængde drivhusgasser end de oprindeligt tildelte kvoter med henblik på at afhænde overskuddet til en anden deltager, der har produceret en større emissionsmængde end de tildelte kvoter. Dom af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 38 og 39 og den deri nævnte retspraksis). I dom af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, præmis 138), fandt Domstolen, at bestemmelserne i direktiv 2008/101 har til formål at udvide den ved direktiv 2003/87 indførte ordning om handel med emissionskvoter til også at finde anvendelse på luftfartsoperatører. Bestemmelserne forfølger derved navnlig formålet om bedre miljøbeskyttelse.

ikke længere nogen begrundelse for at tildele og udstede gratiskvoter til Air Berlin i henhold til EU ETS [37], og disse ville kun give anledning til en ekstra fortjeneste hos sagsøgeren til skade for EU ETS [38].

96. Derfor og som svar på den forelæggende rets tredje spørgsmål kan der ikke tildeles gratiskvoter i henhold til artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87, når en luftfartøjsoperatør har indstillet sin virksomhed [39]. Det ville underminere de harmoniserede EU-regler om tildeling og udstedelse af gratiskvoter, der er et væsentligt element af direktiv 2003/87, hvis man nåede frem til en anden konklusion [40].

97. Sagsøgeren har tillagt det betydelig vægt, at en inddragelse af kvoterne ville underminere formålene med direktiv 2003/87 og forrykke den tilstræbte balance mellem en reduktion af emissionerne på den ene side og den økonomiske udvikling og beskæftigelse på den anden side [41]. Sagsøgeren har i denne forbindelse bemærket, at tærsklen eller loftet på 95% af de historiske emissioner, der er fastsat i artikel 3c, stk. 2, i direktiv 2003/87 for handelsperioden 2013-2020, er en konsekvens af et politisk kompromis opnået som følge af en kompleks balancegang, hvor de økonomiske konsekvenser af en reduktion af antallet af kvoter også har spillet ind. Kommissionen har derimod anført, at den manglende tilbagekaldelse af de gratis tildelte kvoter vil skævvride EU ETS.

98. Det er min opfattelse, at selv om der i artikel 3c, stk. 2, i direktiv 2003/87 er fastsat et loft for eller en begrænsning af antallet af kvoter, som luftfartsoperatører kan tildeles, er procentsatsen ikke mejslet i sten, da den i henhold til artikel 3c, stk. 2, første punktum, i direktiv 2003/87 kan revurderes i forbindelse med en generel revision af direktiv 2003/87 [42]. Det antal gratiskvoter, der skal udstedes i henhold til artikel 3e og artikel 3f i direktiv 2003/87 – og i sidste ende indirekte loftet på 95%, der følger af artikel 3c, stk. 2, i det pågældende direktiv – blev i øvrigt reduceret ved forordning nr. 421/2014 og forordning 2017/2392 med henblik på at tilpasse EU ETS i forhold til luftfarten ved at begrænse dets anvendelsesområde for at opnå en fremtidig international aftale om kontrol med drivhusgasemissioner fra luftfarten [43]. Jeg er derfor af den

[37] – Det er anført i 14. betragtning til direktiv 2008/101, at »[f]ormålet med ændringerne til direktiv 2003/87/EF ved nærværende direktiv er at mindske klimapåvirkningerne fra luftfarten ved at inddrage emissionerne fra luftfarten i fællesskabsordningen«.

[38] – Domstolen anførte i dom af 28.7.2016, Vattenfall Europe Generation (C-457/15, EU:C:2016:613, præmis 27), at den generelle opbygning af direktiv 2003/87 hviler på en nøjagtig bogføring af udlevering, besiddelse, overdragelse og annullering af drivhusgasemissionskvoter. Når en luftfartøjsoperatør indstiller sine virksomhed og ikke længere er omfattet af EU ETS-forpligtelserne, ophører hele rationalet for at tildele operatøren gratis kvoter. Tildelingen af gratis kvoter i sådanne tilfælde ville efter min opfattelse ikke alene underminere specifikke bestemmelser i direktiv 2003/87, men også den generelle opbygning af direktivet.

[39] – Eftersom der ikke er tvivl om, at Air Berlin indstillede sin luftfartsaktivitet på grund af selskabets konkurs og således ikke genoptog aktiviteten i perioden 2018-2020, kan emissionshandelsinstansen af hensyn til retssikkerheden og for at sikre en effektiv gennemførelse af direktiv 2003/87 i sin nationale retssystem tilbagekalde eller ændre den *oprindelige tildelingsafgørelse* for denne periode. En sådan tilbagekaldelse eller ændring er således tilladt, men ikke obligatorisk i henhold til EU-retten, medmindre det er nødvendigt af hensyn til retssikkerheden og effektiv gennemførelse af direktiv 2003/87 i national ret. Den ufravigelige del er, at der *ikke kan udstedes tildelte gratis kvoter til Air Berlin* for perioden 2018-2020.

[40] – Jf. analogt dom af 22.6.2016, DK Recycling und Roheisen mod Kommissionen (C-540/14 P, EU:C:2016:469, præmis 51-54).

[41] – Jf. femte betragtning til direktiv 2003/87.

[42] – Jeg bemærker indledningsvis, at sagsøgerens påstand om, at der er sket en forrykkelse af balancen mellem reduktionen af emissioner og økonomisk udvikling og beskæftigelse som følge af inddragelsen af kvoter, blot er et postulat. Der er ingen beviser i sagen, end ikke uunderbyggede oplysninger, om en sådan forrykkelse.

[43] – Jf. også artikel 3c, stk. 3, i direktiv 2003/87, der bestemmer, at Kommissionen skal revidere den samlede mængde kvoter, som luftfartøjsoperatørerne tildeles i henhold til artikel 30, stk. 4.

opfattelse, at en eventuel påstået trussel mod den balance, der tilstræbes med direktiv 2003/87, som følge af for mange eller for få gratiskvoter [44] kan og endog bør vurderes og i sidste ende løses alene af EU-lovgiver.

99. Jeg foreslår derfor, at første del af det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 2, stk. 1, artikel 3a, artikel 3, litra o), artikel 3e, stk. 1, artikel 3e, stk. 5, artikel 12, stk. 2a, og artikel 28a, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/87 samt bilag I til samme direktiv udelukker, at der en gang årligt tildeles gratiskvoter til luftfartøjsoperatør, som har indstillet deres luftfartsvirksomhed.

2. Andet led

100. Med andet led af første spørgsmål ønsker den forelæggende ret klarlagt, hvorvidt tilbagekaldelse af en tildelingsafgørelse, når en luftfartøjsoperatør har indstillet sin luftfartsaktivitet på grund af konkurs, afhænger af, om andre luftfartøjsoperatører fortsætter luftfartsaktiviteterne. Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige også oplyst, om luftfartsaktiviteterne ville fortsætte i henhold til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, hvis Air Berlin solgte nogle af sine slots til andre luftfartøjsoperatører, i dette tilfælde Deutsche Lufthansa, easyJet og Thomas Cook.

101. Det er fastsat i artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, at der skal oprettes en særlig reserve, hvorfra kvoter skal tildeles gratis i forhold til ny eller supplerende luftfartsaktivitet, såfremt den pågældende aktivitet ikke helt eller delvist er en fortsættelse af en anden luftfartøjsoperatørs aktivitet. Selv om begrebet »fortsættelse« ikke er defineret i direktiv 2003/87, er det min opfattelse, at formålet med denne bestemmelse er at sikre, at yderligere eller supplerende kvoter ikke tildeles gratis i forhold til grundlæggende samme luftfartsaktivitet [45].

102. Den særlige reserve, der er oprettet i henhold til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, omfatter en fast procentdel på 3% af den samlede mængde kvoter, der skal tildeles [46]. I henhold til artikel 3f, stk. 8, i direktiv 2003/87 bortauktioneres eventuelle ikke-tildelte kvoter i den særlige reserve af medlemsstaterne. I henhold til artikel 3d, stk. 2, i direktiv 2003/87 bortauktioneres 15% af kvoterne [47]. Det betyder således, at 82% af luftfartskvoterne tildeles og udstedes gratis i henhold til artikel 3e i direktiv 2003/87 [48].

103. Efter min opfattelse er der ingen direkte kobling mellem de kvoter, der tildeles gratis i henhold til den særlige reserve oprettet i medfør til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, og de kvoter, der tildeles og udstedes i henhold til samme direktivs artikel 3e. Jeg er derfor af den opfattelse, at tilbagekaldelse af en tildelingsafgørelse, når en luftfartøjsoperatør har indstillet sin luftfartsaktivitet på grund af konkurs, ikke afhænger af, om andre luftfartøjsoperatører fortsætter deres luftfartsaktiviteter i henhold til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87.

[44] – På baggrund af min besvarelse af femte spørgsmål fremgår det desuden – med forbehold for den forelæggende rets prøvelse – at der reelt ikke er mangel på kvoter.

[45] – Kommissionen har anført, at »en luftfartøjsoperatørs aktivitet eller supplerende aktivitet betragtes som en fortsættelse af en luftfartsaktivitet, der tidligere blev udført af en anden luftfartøjsoperatør, når denne anden luftfartøjsoperatør bevarer retten til at få tildelt gratis kvoter til de samme luftfartsaktiviteter (flyvning på samme ruter som de gratis kvoter oprindeligt var tildelt til i henhold til artikel 3e). I disse tilfælde er tildelingskriteriet [i henhold til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87] ikke opfyldt«. Hyppigt stillede spørgsmål om gratis kvoter fra den særlige reserve (artikel 3f i ETS-direktivet) af 19.3.2015 (tilgængelig på https://ec.europa.eu/clima/sites/default/files/transport/aviation/docs/faq_special_reserve_en.pdf).

[46] – Reduceret i henhold til artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87.

[47] – Reduceret i henhold til artikel 28a, stk. 3, i direktiv 2003/87. Reduktionen er foretaget forholdsmæssigt i forhold til reduktionen i antallet af udstedte kvoter.

[48] – Reduceret i henhold til artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87.

104. Under alle omstændigheder var der ikke tale om en »fortsættelse« af luftfartsaktiviteter i henhold til artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87, da Air Berlin solgte (nogle af) sine slots til andre luftfartøjsoperatører, i dette tilfælde Deutsche Lufthansa, easyJet og Thomas Cook, efter at Air Berlin havde indstillet sin virksomhed i oktober 2017. Artikel 3f, stk. 1, i direktiv 2003/87 er tidsmæssigt ikke relevant i forbindelse med den foreliggende sag, der helt specifikt vedrører perioden 2018-2020. Ansøgninger om tildeling af gratiskvoter fra den særlige reserve for handelsperioden 2013-2020 i henhold til artikel 3f i direktiv 2003/87 skulle være indgivet senest 30. juni 2015 [49], hvilket datomæssigt ligger lang tid før Air Berlins konkurs og ophør af virksomhed.

105. Selv om det ser ud til, at slots [50], der tidligere har tilhørt Air Berlin [51], blev solgt til Deutsche Lufthansa, easyJet og Thomas Cook i forbindelse med et salg af aktiver, fremgår det på ingen måde tydeligt af Domstolens sagsakter, at emissionshandelsinstansen faktisk har til hensigt at tildele eller udstede gratiskvoter, der tidligere har været tildelt Air Berlin for perioden 2018-2020, til de andre luftfartsoperatører, selv om den er af den opfattelse, at en sådan overførsel under visse omstændigheder kan finde sted i henhold til national lovgivning [52]. Det ser reelt ud til, at sagsøgeren kraftigt har modsat sig en sådan eventuel overførsel til Deutsche Lufthansa, easyJet og Thomas Cook [53].

106. På baggrund af de særlige omstændigheder i den foreliggende sag er spørgsmålet, om Deutsche Lufthansa, easyJet og Thomas Cook har ret til kvoter for årene 2018-2020 efter købet af Air Berlins slots, efter min opfattelse et spørgsmål, der falder uden over rammerne af den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.

B. Andet spørgsmål

107. Hvis første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret med sit andet spørgsmål oplyst, om bestemmelserne i artikel 10, stk. 5, artikel 29, artikel 55, stk. 1, litra a), til artikel 55, stk. 3), og artikel 56 i forordning nr. 389/2013 er gyldige.

108. På baggrund af mit forslag til besvarelse af første spørgsmål er det min opfattelse, at det ikke er nødvendigt at besvare andet spørgsmål. Under alle omstændigheder er det min opfattelse, at de pågældende bestemmelser i forordning nr. 389/2013 ikke er i modstrid med min holdning til første spørgsmål.

109. I henhold til artikel 19, stk. 1, i direktiv 2003/87 registreres kvoter udstedt fra den 1. januar 2012 og fremefter i Unionens register. Som det bl.a. fremgår af artikel 1 i forordning nr. 389/2013, vedtog Kommissionen forordningen for at fastlægge generelle bestemmelser for og krav til drift og vedligeholdelse af EU-registret for kvoter for handelsperioden, der begynder den 1. januar 2013. Kommissionen var i den sammenhæng forpligtet til at overholde de retlige

[49] – Jf. artikel 3f, stk. 2, i direktiv 2003/87.

[50] – Jf. definitionen i artikel 2, litra a), i Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18.1.1993 om fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavne (EFT 1993, L 14, s. 1) (som ændret).

[51] – Det ser ud til, at Air Berlin – med forbehold for den forelæggende rets prøvelse – ikke er blevet solgt som igangværende virksomhed, men at selskabet i stedet er ved at blive afviklet og aktiverne solgt.

[52] – Ifølge den tyske regering kan dette spørgsmål afgøres efter national lovgivning, såfremt forholdet ikke er reguleret i direktiv 2003/87. Den tyske regering har i sit svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen givet udtryk for, at retten til at få tildelt kvoter for perioden 2018-2020 kunne overføres i henhold til national selskabs- og aftalelovgivning, hvis en eller flere andre operatører fortsætter Air Berlins virksomhed, der var omfattet af EU ETS. Jeg bemærker, at det på ingen måde fremgår tydeligt af Domstolens sagsakter, i hvor stort omfang de pågældende tre luftfartøjsoperatører har fortsat Air Berlins tidligere virksomhed. Ethvert forsøg på at behandle dette spørgsmål ville derfor være baseret på ren spekulation.

[53] – Jeg er også usikker på, om der overhovedet verserer en sag om en sådan overførsel ved den forelæggende ret.

rammer, der således var fastlagt ved direktiv 2003/87, herunder især direktivets anvendelsesområde og grænserne for de beføjelser, Kommissionen var tillagt [54]. Heraf følger desuden, at bestemmelserne i forordning nr. 389/2013 nødvendigvis må fortolkes i lyset af de krav, der er fastsat i direktiv 2003/87 [55].

110. Artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 389/2013 bestemmer, at når den kompetente myndighed har underrettet om, at en luftfartøjsoperatørs flyvninger ikke længere er omfattet af EU ETS i henhold til bilag I til direktiv 2003/87 i et givet år, sætter den nationale administrator den hertil svarende luftfartøjsoperatørbeholdningskonto til *udelukket status* efter at have givet operatøren en forhåndsmeddelelse herom og opretholder denne status, indtil den kompetente myndighed underretter om, at en luftfartøjsoperatørs flyvninger igen er omfattet af EU ETS [56]. Det forekommer, at et sådant søgsmål i princippet er en midlertidig foranstaltning.

111. Derimod fastsætter artikel 29 i forordning nr. 389/2013, at luftfartøjsoperatørbeholdningskonti *kun lukkes* af den nationale administrator, hvis den kompetente myndighed har givet anvisning herom, fordi den har fået kendskab til, at luftfartøjsoperatøren har indstillet alle sine aktiviteter omfattet af bilag I til direktiv 2003/87 [57]. Der må ikke igangsættes processer fra lukkede konti, og en lukket konto må ikke genåbnes og kan ikke erhverve enheder [58].

112. Eftersom Air Berlin med sikkerhed har indstillet sin virksomhed på grund af konkurs og ikke længere er underlagt EU ETS-forpligtelser, kan selskabets beholdningskonto i princippet lukkes [59]. Desuden kan der i henhold til artikel 56, stk. 2, i forordning nr. 389/2013 ikke overføres kvoter til en lukket konto.

[54] – Jf. artikel 19, stk. 3, i direktiv 2003/87, som tillægger Kommissionen beføjelser til at vedtage delegerede retsakter for at supplere dette direktiv i relation til EU-registret for handelsperioden, der begynder den 1.1.2013, samt efterfølgende perioder. Jf. også artikel 23 i direktiv 2003/87, der fastsætter den procedure, der gælder for Kommissionens beføjelse til at vedtage delegerede retsakter. I præmis 47 i sin dom af 22.6.2016, DK Recycling und Roheisen mod Kommissionen (C-540/14 P, EU:C:2016:469), anførte Domstolen, at gennemførelsesforanstaltninger, der er vedtaget af Kommissionen, hverken kan ændre væsentlige bestemmelser i den grundlæggende retsforskrift eller supplere denne med nye væsentlige bestemmelser.

[55] – Jf. analogt dom af 17.5.2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 26.9.2014, Romonta mod Kommissionen (T-614/13, EU:T:2014:835, præmis 97 og 98).

[56] – Med forbehold for visse undtagelser må der ikke igangsættes processer fra udelukkede konti. Jf. artikel 10, stk. 6, i forordning nr. 389/2013. Det er desuden tydeligt ud fra artikel 56, stk. 2 og 3, i forordning nr. 389/2013, at EU-registret ikke må overføre luftfartskvoter til en udelukket luftfartøjsoperatørbeholdningskonto.

[57] – Eller har fusioneret med en anden luftfartøjsoperatør. I henhold til artikel 55, stk. 1, litra a), i forordning nr. 389/2013 er den nationale administrator forpligtet til at foretage ændringer i den nationale tildelingstabel for luftfart i EUTL'en oprettet i henhold til artikel 20 i direktiv 2003/87 til registrering af udstedelse, overdragelse og annullering af kvoter, hvis en luftfartøjsoperatør har indstillet alle sine aktiviteter omfattet af bilag I til direktiv 2003/87.

[58] – Jf. artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 389/2013. I henhold til artikel 32, stk. 1, i forordning nr. 389/2013 kan kontohaveren, hvis der er overskud af kvoter på en konto, som er ved at blive lukket, anvise en anden konto, som de pågældende kvoter overføres til. Eftersom det ifølge Kommissionen er umuligt at genåbne en lukket konto, ville det være ekspropriation at lukke en konto, hvor der er overskud af kvoter. Indehaveren af en luftfartøjsoperatørkonto, der er ved at blive lukket på grund af vedvarende fravær af luftfartsaktivitet underlagt EU ETS, kan overføre overskydende kvoter til en anden konto eller efter eget valg afhænde kvoterne ved f.eks. at sælge dem på markedet. Forordning nr. 389/2013 indeholder ingen begrænsning i, hvor mange konti eller kontoindehavere kvoterne kan overdrages til, så længe kontiene er registreret i EU-registret. Når en luftfartøjsoperatør, der har indstillet sine virksomhed, har kvoter på sin konto, er kontoen ifølge Kommissionen ikke lukket, men »udelukket« i henhold til artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 389/2013.

[59] – Forudsat at der ikke er overskud af kvoter på selskabets konto.

113. At status på Air Berlins konto var »udelukket« [60] og ikke »lukket«, er efter min opfattelse ikke relevant i forbindelse med den foreliggende sag, eftersom det fremgår af punkt 6 i emissionshandelsinstansens afgørelse af 28. februar 2018, at sagen er under behandling, og at der under alle omstændigheder er klaget over afgørelsen ved de nationale domstole. Det afgørende er, at der ikke kan overføres tildelte luftfartskvoter til en udelukket eller en lukket konto [61].

114. Selv om status på en luftfartøjsoperatørs konto eller konti i henhold til forordning nr. 389/2013 har stor betydning for den enkelte kontos indhold, når transaktionerne i henhold til EU ETS skal bogføres korrekt, er denne status i sidste ende ikke afgørende for, om den pågældende operatør har ret til at få tildelt eller udstedt gratiskvoter i henhold til bl.a. artikel 3e, stk. 4 og 5, i direktiv 2003/87.

C. Tredje spørgsmål

115. På baggrund af min besvarelse af første spørgsmål er det min opfattelse, at direktiv 2003/87 og 2008/101 skal fortolkes således, at Air Berlin ikke hvert år kan tildeles gratiskvoter i henhold til artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87, efter at selskabet har indstillet sin luftfartsaktivitet. Eftersom der desuden ikke er tvivl om, at Air Berlin havde indstillet sin luftfartsaktivitet i perioden 2018-2020, er det tilstrækkeligt til det aktuelle formål at nævne, at emissionshandelsinstansen kan tilbagekalde eller ændre den oprindelige tildelingsafgørelse for denne periode for at tillægge bestemmelserne i direktiv 2003/87 og især artikel 3e, stk. 5, fuld virkning efter national ret.

D. Fjerde spørgsmål

116. Den forelæggende ret har anført, at dens fjerde spørgsmål har til formål at afklare, hvornår tredje handelsperiode udløber for luftfartøjsoperatører. Spørgsmålet er med andre ord, om denne periode burde udløbe den 31. december 2020 eller i stedet den 31. december 2023. I den forbindelse henvises der i spørgsmålet specifikt til artikel 3c, stk. 3a, artikel 28a, stk. 1 og 2, og artikel 28b, stk. 2, i direktiv 2004/87.

117. Det fremgår af selve spørgsmålet, at den forelæggende ret kun ønsker spørgsmålet besvaret, hvis det første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, og det tredje præjudicielle spørgsmål besvares benægtende. På baggrund af min besvarelse af første og tredje præjudicielle spørgsmål er det min opfattelse, at det ikke er nødvendigt at besvare fjerde spørgsmål. Eftersom Air Berlin indstillede sine virksomhed i 2017, er det irrelevant i forbindelse med den foreliggende sag, om tredje handelsperiode udløber den 31. december 2020, eller om den i stedet strækker sig til den 31. december 2023. Efter min opfattelse kan der fra 2018 og fremefter ikke tildeles gratiskvoter til Air Berlin i henhold til artikel 3e, stk. 5, i direktiv 2003/87 [62].

[60] – Jf. artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 389/2013.

[61] – Jf. i denne retning artikel 56 i forordning nr. 389/2013. Jf. også forordningens artikel 10, stk. 3.

[62] – Den tyske regering har i sit svar på et skriftligt spørgsmål fra Domstolen anført, at Air Berlin ikke var nævnt i den offentliggørelse, der er henvist til i artikel 28a, stk. 2, i direktiv 2003/87. Sagsøgeren har givet et lignende svar, men har kun kendskab til forholdene i Air Berlin i 2018. Under alle omstændigheder er sagsøgeren, den tyske regering og Kommissionen af den opfattelse, at en sådan offentliggørelse ikke i sig selv kan afgøre, om en luftfartøjsoperatør er berettiget til kvoter. Jeg kan kun tilslutte mig dette.

118. Selv om direktiv 2003/87 ikke indeholder en bestemmelse, der *udtrykkeligt* nævner, at handelsperioden, der begynder den 1. januar 2013, udløber den 31. december 2020 [63], er det ikke desto mindre min opfattelse, at det følger af artikel 13 i direktiv 2003/87, som findes i direktivets kapitel IV og derfor finder anvendelse på såvel luftfartsanlæg som stationære anlæg, at en ny 10-årig handelsperiode begynder den 1. januar 2021 år med forskellige regler for den tidsmæssige gyldighed af kvoter udstedt henholdsvis i perioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2020 og i perioden fra den 1. januar 2021 til den 31. december 2030 [64].

119. Der er dog en række bestemmelser i direktiv 2003/87, der henviser til den 1. januar 2023 i forhold til kvoter for luftfartsaktivitet. Efter min opfattelse medfører disse bestemmelser hverken en forlængelse af handelsperioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2020 og til den 31. december 2023 eller længere. De ændrer således ikke betingelserne i artikel 13 i direktiv 2003/87.

120. I den forbindelse begrænser artikel 3c, stk. 3a, i direktiv 2003/87 sig til at fastsætte, at visse tildelinger efter den 31. december 2023 bliver omfattet af den revision, der er nævnt i direktivets artikel 28b. Desuden afspejler artikel 28a, stk. 1, 2 og 4, i direktiv 2003/87 en indskrænkning af anvendelsesområdet for direktiv 2003/87 og EU ETS-forpligtelserne i forhold til luftfart indtil 2023 – kombineret med en tilsvarende reduktion af antallet af gratiskvoter og kvoter, der skal bortauktioneres – for at tage højde for den internationale udvikling på området [65]. Selv om disse bestemmelser medfører et vist sammenfald i samme tildelingsperiode, der løber fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2023, ændrer bestemmelserne dog ikke betingelserne i det pågældende direktivs artikel 13, eller at en ny 10-årig handelsperiode begynder den 1. januar 2021.

E. Femte spørgsmål

121. Med femte præjudicielle spørgsmål, der bl.a. kun er relevant, hvis første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, og tredje præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret klarlagt, om retten til mertildeling af gratis emissionskvoter til luftfartøjsoperatører for tredje handelsperiode (fra den 1.1.2013 til den 31.12.2020) efter udløbet af tredje handelsperiode opfyldes med en ret til tildeling for fjerde handelsperiode, hvis eksistensen af en sådan ret til tildeling først fastslås retsligt efter udløbet af tredje handelsperiode, eller om retten til tildeling, som endnu ikke er opfyldt, bortfalder med udløbet af tredje handelsperiode.

122. På baggrund af min besvarelse af første og tredje præjudicielle spørgsmål er det strengt taget ikke nødvendigt at besvare femte præjudicielle spørgsmål. Jeg foreslår dog at give en kort besvarelse af femte præjudicielle spørgsmål for fuldstændighedens skyld.

63 – Jf. dog artikel 33, stk. 2, i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/1122 af 12.3.2019 om supplerende regler til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF for så vidt angår driften af EU-registret (EUT 2019, L 177, s. 3), der specifikt omhandler den handelsperiode, der begynder den 1.1.2021.

64 – I henhold til artikel 9 og artikel 28a, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 2003/87 er antallet af kvoter, der tildeles luftfartøjsoperatører, efter den 1.1.2021 omfattet af den lineære faktor på 2,2%, dog med forbehold af den i artikel 28b omhandlede revision.

65 – Artikel 3c, stk. 3a, artikel 28a, stk. 1, 2 og 4, og artikel 28b i direktiv 2003/87 blev indsat i direktiv 2003/87 ved forordning 2017/2392. Som det fremgår af ottende betragtning til denne forordning, var årsagen til indførelsen af disse bestemmelser som følger: »[M]ed henblik på at skabe momentum i ICAO og lette operationaliseringen af ICAO-ordningen, bør den nuværende undtagelse fra EU ETS-forpligtelserne for flyvninger til og fra tredjelande forlænges indtil den 31.12.2023, med forbehold af revision, for at give mulighed for at samle de nødvendige erfaringer med gennemførelsen af ICAO-ordningen. Som følge af forlængelsen af undtagelsen bør den mængde kvoter, der skal bortauktioneres og udstedes gratis, herunder fra den særlige reserve, fortsat være proportional med reduktionen af returneringsforpligtelsen. Fra den 1.1.2021 og fremefter bør det antal kvoter, der tildeles luftfartøjsoperatører, hvert år reduceres i overensstemmelse med den lineære reduktionsfaktor, der finder anvendelse på alle andre sektorer i EU ETS, med forbehold af revision, med henblik på gennemførelsen af ICAO-ordningen.«

123. Den forelæggende ret har anført, at en udestående ret til kvoter den 30. april i året efter handelsperiodens udløb ifølge retspraksis ved de tyske domstole ikke kunne opfyldes ved udløbet af første og anden handelsperiode, og denne ret bortfaldt, eftersom der i national lovgivning ikke fandtes en udtrykkelig overgangsordning. Der er i national lovgivning heller ikke fastsat nogen overgangsordning for tredje handelsperiode for en ubenyttet ret til kvoter, der behandles i en verserende sag ved domstolene. Denne mangel på en national overgangsordning er begrundet i den omstændighed, at reglerne for gratistildeling af kvoter i handelsperioden fra den 1. januar 2021 til den 31. december 2030 er endeligt fastsat i Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/331 [66], og at det kun er tilladt at fordele retten til kvoter på tværs af perioder, hvis dette er fastsat i Kommissionens delegerede forordning 2019/331 for fjerde handelsperiode [67].

124. Artikel 13, første punktum, i direktiv 2003/87, som ændret ved direktiv 2018/410, bestemmer, at »[k]voter, som udstedes fra den 1. januar 2013 og fremefter, gælder på ubestemt tid«. Den forelæggende ret ønsker specifikt oplyst, om retten til en mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode i et sådant tilfælde kan opfyldes med kvoter for fjerde handelsperiode. Ifølge artikel 13, andet punktum, i direktiv 2003/87 (som ændret ved direktiv 2018/410) er kvoter udstedt fra og med 2021 først gyldige fra begyndelsen af den 10-årige periode, hvor de er udstedt (dvs. fra den 1.1.2021). En ansøger, som har fået tildelt retten til gratiskvoter, vil derfor ikke kunne opfylde sine forpligtelser i henhold til artikel 12, stk. 2a, i direktiv 2003/87 med kvoter for fjerde handelsperiode.

125. For at give den forelæggende ret en brugbar besvarelse kunne det stillede spørgsmål således med fordel omformuleres. Spørgsmålet til besvarelse bør derfor ikke begrænses til, om en sådan ret kan opfyldes med kvoter for fjerde handelsperiode. Den forelæggende ret ønsker grundlæggende oplyst, om og i givet fald på hvilken måde en eventuel ret til tildeling af gratis emissionskvoter kan opfyldes efter udløbet af tredje handelsperiode i mangel af en specifik bestemmelse, der behandler dette spørgsmål.

126. Som det tydeligt fremgår af min besvarelse af det fjerde præjudicielle spørgsmål, udløb tredje handelsperiode den 31. december 2020. Perioden for tildeling af gratiskvoter for handelsperioden fra den 1. januar 2013 til den 31. december 2020 løber dog indtil den 31. december 2023. Der er således ikke et ukompliceret sammenfald af de to omhandlede perioder. I den forbindelse forekommer det mig, at spørgsmålet kun er relevant for perioden efter den 31. december 2023.

127. Eftersom artikel 13 i direktiv 2003/87 fastsætter, at kvoter, som udstedes for handelsperioden, gælder på ubestemt tid, er det min opfattelse, at når en luftfartøjsoperatør har ret til en sådan udstedelse, vil denne ret fortsat eksistere og kan ikke bortfalde, selv om en ny handelsperiode er begyndt, og retten måske ikke kan opfyldes på grundlag af de kvoter, der er udstedt for denne periode. Der er dog reelle praktiske problemstillinger i forhold til, hvordan rettigheder, der fortsat eksisterer under tredje handelsperiode, faktisk kan opfyldes.

[66] – Kommissionens delegerede forordning 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).

[67] – Den forelæggende ret har i medfør af syvende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse (EU) 2015/1814 af 6.10.2015 om oprettelse og anvendelse af en markedsstabilitetsreserve i forbindelse med Unionens ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner og om ændring af direktiv 2003/87/EF (EUT 2015, L 264, s. 1) anført, at kvoter, der ikke er tildelt anlæg i henhold til artikel 10a, stk. 7, i direktiv 2003/87, og kvoter, som ikke er tildelt anlæg som følge af anvendelsen af artikel 10a, stk. 19 og 20, i nævnte direktiv (»ikke-tildelte kvoter«), bør placeres i reserven i 2020. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at denne syvende betragtning understøtter synspunktet om, at overgangen fra tredje til fjerde handelsperiode ikke medfører et bortfald af retten til supplerende kvoter, som ikke er opfyldt inden dette tidspunkt. Der findes dog ingen udtrykkelig bestemmelse om, hvad der skal ske med retten til supplerende kvoter, der ikke er blevet opfyldt ved udgangen af tredje handelsperiode.

128. Der er to aspekter af spørgsmålet om, hvordan en eventuel ret til tildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode kan være opfyldt. Der er for det første det processuelle grundlag for en sådan ændring af tildelingen og for det andet spørgsmålet om disse kvoters »oprindelse«.

129. Angående den første af disse problemstillinger udgør enhver tilpasning en ændring af den nationale tildelingstabel, der er fastsat i artikel 54 i forordning nr. 389/2013 [68], som i henhold til artikel 88 i den delegerede forordning 2019/1122 fortsat finder anvendelse indtil den 1. januar 2026 på alle operationer, der er nødvendige i forbindelse med handelsperioden mellem 2013 og 2020. Hvis en domstol finder, at en operatør har ret til en mertildeling af gratis emissionskvoter, underretter den pågældende medlemsstat Kommissionen herom [artikel 55, stk. 2, litra c), i forordning nr. 389/2013], og Kommissionen giver den centrale administrator anvisning om at foretage de tilsvarende ændringer i den nationale tildelingstabel i EUTL. Den centrale administrator sikrer derefter, at EU-registret overfører de respektive kvoter fra EU-tildelingskontoen (luftfart) i henhold til den tilpassede nationale tildelingstabel til luftfartøjsoperatørbeholdningskontoen i henhold til artikel 56, stk. 2, i forordning nr. 389/2013.

130. Hvad angår det andet aspekt, nemlig oprindelsen af disse kvoter, forklarede den tyske regering i retsmødet den 10. juni 2021, at tilbagekaldelse af en afgørelse om tildeling af luftfartskvoter i tilfælde af luftfartøjsoperatørers konkurs ikke ville underminere EU ETS i forhold til luftfart, da den på ingen måde ville påvirke hverken antallet af tilgængelige kvoter eller deres pris. Dette skyldes, at »almindelige kvoter« [69] kan returneres af luftfartøjsoperatører. Den tyske regering har i denne forbindelse forklaret, at 30% af de kvoter, der blev returneret af luftfartøjsoperatører for perioden 2013-2019, var »almindelige kvoter«. Antallet af luftfartskvoter svarer i øvrigt til kun 2% af de almindelige kvoter, og de overskydende kvoter slettes løbende under den markedsstabilitetsreserve, der er nævnt i afgørelse 2015/1814.

131. I lyset af, at det tilsyneladende er muligt at ombytte kvoter udstedt til luftfartøjsoperatører og operatører af faste anlæg – med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse – er det min opfattelse, at retten til at få tildelt gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode kan opfyldes med kvoter fra markedsstabilitetsreserven. I den forbindelse er det min opfattelse, at punkt 94-97 i mit forslag til afgørelse i ExxonMobil Production Deutschland (C-126/20, EU:C:2021:457) bør finde analog anvendelse på luftfartssektoren.

132. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at den forelæggende rets femte spørgsmål besvares med, at det konkluderes, at retten til mertildeling af gratis emissionskvoter til luftfartøjsoperatører for tredje handelsperiode kan opfyldes efter udløbet af tredje handelsperiode med kvoter for tredje handelsperiode, hvis eksistensen af en sådan ret til tildeling først fastslås retsligt efter udløbet af tredje handelsperiode. Kvoterne for tredje handelsperiode udløber ikke ved udløbet af tredje handelsperiode.

[68] – Jf. også artikel 55 i forordning nr. 389/2013.

[69] – Dette forekommer at henvise til alle kvoter, der er tildelt og udstedt på et andet grundlag end artikel 3c, stk. 2, i direktiv 2003/87, såsom kvoter, der er tildelt og udstedt til stationære anlæg i henhold til kapitel III i direktiv 2003/87. Jf. artikel 3, stk. 7 og 8, i forordning nr. 389/2013.

VI. Forslag til afgørelse

133. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 2, stk. 1, artikel 3a, artikel 3, litra o), artikel 3e, stk. 1 og 5, artikel 12, stk. 2a, og artikel 28a, stk. 1 og 2, i samt bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF om et system for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF udelukker, at der årligt udstedes allerede tildelte gratiskvoter til en luftfartøjsoperatør, der har indstillet sin luftfartsvirksomhed.«