Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 24 juni 2021 [1]

Mål C-271/20

Aurubis AG
mot
Bundesrepublik Deutschland

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

”Begäran om förhandsavgörande – Miljö – System för handel med utsläppsrätter för växthusgaser – Övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter – Beslut 2011/278/EU – Artikel 3 d – Begreppet ’delanläggning med bränsleriktmärke’ – Flamsmältning – Autotermisk reaktion – Ansökan om tilldelning som inte beviljats vid utgången av en handelsperiod”

I. Inledning

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) rör i huvudsak tolkningen av begreppet ”delanläggning med bränsleriktmärke” i den mening som avses i artikel 3 d i kommissionens beslut 2011/278/EU av den 27 april 2011 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG [av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EUT L 275, 2003, s. 32)]. [2]

2. ”Delanläggning med bränsleriktmärke” är en av de kategorier av industrianläggningar som kan tilldelas gratis utsläppsrätter i den mening som avses i direktiv 2003/87. Det är genom detta direktiv som det har införts ett system för utsläppsrätter för växthusgaser för företag inom Europeiska unionen.

3. Begäran har framställts i ett mål mellan Aurubis AG (nedan kallat Aurubis) och Bundesrepublik Deutschland (Förbundsrepubliken Tyskland), företrädd av Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle (Federala miljöverket, myndigheten för handel med utsläppsrätter i Tyskland) (nedan kallad DEHSt), angående det antal utsläppsrätter som Aurubis gratis tilldelats för sin verksamhet med framställning av primärkoppar.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] EUT L 130, 2011, s. 1.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2003/87

4. Direktiv 2003/87 har ändrats flera gånger, bland annat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 om ändring av direktiv 2003/87/EG i avsikt att förbättra och utvidga gemenskapssystemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser[3] och genom Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/410 av den 14 mars 2018 om ändring av direktiv 2003/87/EG för att främja kostnadseffektiva utsläppsminskningar och koldioxidsnåla investeringar, och beslut (EU) 2015/1814.[4] Med hänsyn till de faktiska omständigheterna i det nationella målet anser jag att det är den version som var tillämplig år 2012 som är relevant för svaret på den första frågan och som därför kommer att användas, om inget annat anges.

5. Artikel 1 i direktiv 2003/87, med rubriken ”Syfte”, har följande lydelse:

”Genom detta direktiv införs ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom [unionen] … vilket syftar till att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser.

…”

6. I artikel 2 i direktiv 2003/87, med rubriken ”Tillämpningsområde”, föreskrivs följande i punkt 1:

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

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

”I detta direktiv avses med

…

b) *utsläpp*: utsläpp i atmosfären av växthusgaser från källor belägna inom en anläggning …

…

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

…

[3] EUT L 140, 2009, s. 63.

[4] EUT L 76, 2018, s. 3.

t) *förbränning*: varje oxidation av bränslen, oavsett hur den värme, el eller mekaniska energi som produceras genom denna process används, och all annan direkt därtill anknuten verksamhet, inbegripet rening av rökgaser,

…”

8. I artikel 10a, som har rubriken ”[Unions]täckande övergångsbestämmelser för gratis tilldelning”, i direktiv 2003/87 föreskrivs följande i punkt 1:

”Senast den 31 december 2010 ska kommissionen anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser för tilldelning av utsläppsrätter enligt punkterna 4, 5, 7 och 12, inklusive eventuella bestämmelser som krävs för en harmoniserad tillämpning av punkt 19.

Dessa åtgärder, som avser att ändra icke väsentliga delar av detta direktiv genom att komplettera det, ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 23.3.

Genom de åtgärder som avses i första stycket ska det i möjligaste mån fastställas [unions]täckande förhandsriktmärken för att garantera att tilldelningen sker på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att beakta de mest effektiva teknikerna, ersättningsmöjligheter, alternativa produktionsprocesser, högeffektiv kraftvärme, effektiv energiåtervinning från rökgaser, användande av biomassa samt avskiljning och lagring av CO_2, om sådana möjligheter finns, och åtgärderna ska inte ge incitament till att öka utsläppen. Gratis tilldelning ska inte förekomma för någon typ av elproduktion, utom i de fall som omfattas av artikel 10c och för el som produceras från rökgaser.

För varje sektor och delsektor ska riktmärket i princip beräknas för produkter snarare än för insatsvaror för att maximera minskningarna av växthusgasutsläppen och energieffektiviseringarna i hela produktionsprocessen i den berörda sektorn eller delsektorn.

…”

2. Beslut 2011/278

9. Skälen 1, 5, 12 och 18 i beslut 2011/278 hade följande lydelse:

”(1) Enligt artikel 10a i direktivet ska kommissionen anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser för tilldelning av utsläppsrätter genom vilka det i möjligaste mån ska fastställas förhandsriktmärken för att garantera att gratistilldelningen av utsläppsrätter sker på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att beakta de mest effektiva teknikerna, ersättningsmöjligheter, alternativa produktionsprocesser, högeffektiv kraftvärmeproduktion, effektiv energiåtervinning från restgaser, användande av biomassa samt avskiljning och lagring av koldioxid, om sådana möjligheter finns, och åtgärderna ska inte ge incitament till att öka utsläppen. Tilldelningarna måste fastställas före handelsperioden så att marknaden ska kunna fungera på rätt sätt.

…

(5) Kommissionen har utgått ifrån att det är möjligt att fastställa ett riktmärke för en produkt i de fall där det, med beaktande av produktionsprocessens komplexitet, finns tillgång till produktdefinitioner och produktklassificeringar med vars hjälp produktionsdata kan verifieras och produktriktmärket kan tillämpas enhetligt i hela unionen när utsläppsrätter tilldelas. Ingen differentiering har gjorts på grundval av geografiska faktorer, teknik, råmaterial eller bränslen, för att inte snedvrida komparativa fördelar i fråga om koldioxideffektivitet i unionens ekonomi och för att öka harmoniseringen av övergångsperiodens gratis tilldelning av utsläppsrätter.

…

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

(18) För att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa en välfungerande koldioxidmarknad bör medlemsstaterna när de fastställer tilldelningen till enskilda anläggningar se till att det inte förekommer dubbla tilldelningar eller dubbelräkning. I det sammanhanget bör medlemsstaterna fästa särskild uppmärksamhet vid fall där en riktmärkt produkt tillverkas vid flera anläggningar, där flera riktmärkta produkter produceras vid samma anläggning eller där intermediära produkter utbyts över anläggningars gränser.”

10. I artikel 2 i detta beslut, med rubriken ”Tillämpningsområde”, föreskrevs följande:

”Detta beslut ska tillämpas på gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt kapitel III (stationära anläggningar) i direktiv 2003/87/EG under handelsperioderna från och med 2013 …”

11. I artikel 3 i beslut 2011/278 angavs följande:

”I detta beslut gäller följande definitioner:

…

b) delanläggning med produktriktmärke: insatsvaror, utgående varor och motsvarande utsläpp relaterade till produktionen av en produkt för vilken riktmärke anges i bilaga I.

c) delanläggning med värmeriktmärke: insatsvaror, utgående varor och motsvarande som inte omfattas av en delanläggning med produktriktmärke, relaterade till produktion eller import från en anläggning eller annan enhet som omfattas av EU-systemet, eller båda, av mätbar värme som

– förbrukas inom anläggningens gränser vid tillverkning av produkter, vid produktion av mekanisk energi som inte används vid elproduktion, vid uppvärmning eller kylning med undantag av förbrukning för elproduktion, eller

– exporteras till en anläggning eller annan enhet som inte omfattas av EU-systemet med undantag av förbrukning för elproduktion.

d) delanläggning med bränsleriktmärke: insatsvaror, utgående varor och motsvarande som inte omfattas av en delanläggning med produktriktmärke relaterade till produktion av icke mätbar värme genom förbränning av bränsle som förbrukas vid tillverkning av produkter, eller vid produktion av mekanisk energi som inte används för elproduktion, uppvärmning eller kylning med undantag av förbrukning vid elproduktion, inbegripet säkerhetsfackling.

e) mätbar värme: ett nettovärmeflöde som transporteras genom identifierbara rör eller kanaler med hjälp av ett värmetransportmedium, såsom ånga, varmluft, vatten, olja, metallsmälta och salter, och för vilket en värmemätare är installerad eller kan installeras.

…

g) icke mätbar värme: all annan värme än mätbar värme.

h) delanläggning med processutsläpp: växthusgasutsläpp förtecknade i bilaga I till direktiv 2003/87/EG andra än koldioxid, som inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmärke som ingår i bilaga I, eller koldioxidutsläpp som inträffar utanför systemgränserna för ett produktriktmärke som ingår i bilaga I, på grund av någon av följande verksamheter samt utsläpp som härrör från förbränning av ofullständigt oxiderat kol producerat som ett resultat av följande verksamheter i syfte att producera mätbar värme, icke mätbar värme eller el, under förutsättning att utsläpp som skulle ha inträffat vid förbränning av en mängd naturgas som motsvarar det tekniskt användbara energiinnehållet i det förbrända ofullständigt oxiderade kolet dras ifrån:

i) Kemisk eller elektrolytisk reduktion av metallföreningar i metallmalmer, koncentrat och sekundärmaterial.

ii) Avskiljning av orenheter från metaller och metallföreningar.

iii) Sönderfall av karbonater, utom sådana som används för rökgastvätt.

iv) Kemiska synteser där det kolhaltiga materialet ingår i reaktionen, i ett primärt syfte som inte är värmegenerering.

v) Användning av kol som innehåller tillsatser eller råmaterial i ett primärt syfte som inte är värmegenerering.

vi) Kemisk eller elektrolytisk reduktion av oxider av halvmetaller eller icke-metaller såsom kiseloxider och fosfater.

…”

12. I artikel 10 i beslut 2011/278, med rubriken ”Tilldelning på anläggningsnivå”, föreskrivs följande i punkt 8:

”Vid fastställande av de preliminära sammanlagda årskvantiteter utsläppsrätter som gratis tilldelas anläggningar ska medlemsstaterna se till att utsläppen inte räknas dubbelt och att tilldelningen inte är negativ. …”

13. Beslut 2011/278 upphävdes med verkan från den 1 januari 2021 genom kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/331 av den 19 december 2018 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG.[5] Enligt artikel 27 i den delegerade förordningen ska detta beslut dock fortsätta att tillämpas på tilldelningar som avser perioden före den 1 januari 2021.

B. Tysk rätt

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz

14. I § 9 i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lagen om handel med utsläppsrätter för växthusgaser) av den 21 juli 2011[6] (nedan kallad TEHG) föreskrivs följande:

”1. Verksamhetsutövare ska tilldelas gratis utsläppsrätter i enlighet med principerna i artikel 10a i … direktiv [2003/87] … i dess vid den relevanta tidpunkten gällande lydelse … och principerna i beslut [2011/278]

…”

15. Del 2 i bilaga 1 till TEHG har rubriken ”Verksamheter”. I punkt 1 anges, bland anläggningar vars utsläpp omfattas av den lagstiftningen, ”förbränningsenheter avsedda att förbränna bränslen i anläggningar med en sammanlagd tillförd effekt på minst 20 MW, såvida de inte omfattas av någon av följande punkter”.

2. Zuteilungsverordnung 2020

16. I § 2 led 27 och 29 i Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020) (förordning om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser under handelsperioden 2013–2020) av den 26 september 2011[7] (nedan kallad ZuV 2020) definieras begreppen ”delanläggning med bränsleriktmärke” och ”delanläggning med processutsläpp” på motsvarande sätt som i artikel 3 d och h i beslut 2011/278.

[5] EUT L 59, 2019, s. 8.

[6] BGBl. 2011 I, s. 1475.

[7] BGBl. 2011 I, s. 1921.

III. Bakgrund

17. Aurubis driver en anläggning i Hamburg (Tyskland) som framställer primärkoppar. Eftersom denna verksamhet faller under den kategori av verksamheter som anges i punkt 6 i bilaga I till direktiv 2003/87, nämligen ”produktion eller bearbetning av icke-järnmetaller … där förbränningsenheter med en sammanlagd tillförd effekt … på mer än 20 MW används” omfattas Aurubis av skyldigheten till utsläppshandel.

18. Anläggningen består av två delanläggningar, dels Rohhüttenwerk Nord, dels Rohhüttenwerk Ost (nedan kallad RWO). Tvisten i det nationella målet rör endast den sistnämnda. Delanläggningen RWO är ett gjuteri där primärkoppar utvinns genom flamsmältning av kopparkoncentrat med hjälp av den så kallade ”Outokumpu”-processen.[8] Enligt Aurubis förbättrades emellertid denna process genom företagets eget forsknings- och utvecklingsarbete, så att flamsmältugnen kunde drivas utan kolbränsle.[9]

19. På ansökan från Aurubis av den 20 januari 2012 tilldelade DEHSt företaget, genom beslut av den 17 februari 2014, 2 596 999 gratis utsläppsrätter för åren 2013–2020.

20. Aurubis begärde omprövning den 14 mars 2014. Genom omprövningsbeslut av den 3 april 2018 upphävde DEHSt tilldelningsbeslutet till viss del, i den utsträckning som tilldelningen översteg 1 784 398 utsläppsrätter. DEHSt motiverade sitt beslut med att kopparkoncentratet inte kunde beaktas inom ramen för en ”delanläggning med bränsleriktmärke”, utan i stället måste vara knutet till en ”delanläggning med processutsläpp”. Efter att ha gjort en förnyad beräkning av rätten till utsläppsrätter återkallade DEHSt 523 027 utsläppsrätter.

21. Aurubis överklagade omprövningsbeslutet till den hänskjutande domstolen den 30 april 2018.

22. Enligt begäran om förhandsavgörande har Aurubis inför den hänskjutande domstolen gjort gällande att det kopparkoncentrat som företaget använder i samband med flamsmältningsprocessen innehåller koppar och järnsulfid (30 procent av vardera koppar, järn och svavel). Koncentratet innehåller även spår av kol och andra metaller. För att erhålla primärkoppar blandas detta koncentrat först med sand och andra ämnen som ibland även innehåller mycket små mängder kol. Den sålunda framställda beredningen placeras i flamsmältugnen med en blandning av luft och syrgas. På grund av den kemiska reaktionen mellan syret och svavlet i kopparkoncentratet stiger temperaturen i ugnen till över 1 200 C, vilket i sin tur leder till att kopparkoncentratet smälter. Även sanden upphettas och råjärnmassan smälter likaså. Inga fossila bränslen används i processen.

23. Enligt begäran om förhandsavgörande erhålls på detta sätt skärsten (som är en blandning av koppar och järnsulfid), järnsilikat (som slagg) och svaveldioxid (SO_2). Därefter förs skärstenen in i en konverter där restelementen av svavel och järn också oxideras genom inblåsning av en blandning av luft och syrgas. I samband med detta genereras även värme. Produkten, som på detta stadium kallas ”kopparblister”, placeras i en anodugn, i vilken återstående svavelrester omvandlas till SO_2 genom förbränning. På detta sätt erhålls slutprodukten, nämligen primärkoppar.

[8] Denna process är uppkallad efter en (numera nedlagd) koppargruva i östra Finland som först utvecklade denna process för svavelhaltig malm i slutet av 1940-talet.

[9] Se punkt 8 i Aurubis skriftliga yttrande.

24. Det framgår således att fossila bränslen inte används i denna process. Till skillnad från andra kopparproducenter som använder kolhaltiga bränslen, såsom tung eldningsolja eller naturgas, skulle den process som Aurubis har utvecklat och använder därför vara en förbättring från klimatskyddssynpunkt. Även om denna process vanligtvis genererar SO_2 – snarare än koldioxid (CO_2) – släpper emellertid ifrågavarande gjuteri ändå ut små mängder CO_2 i atmosfären eftersom kopparkoncentratet innehåller mycket små mängder kol. Kolhalten i de kopparkoncentrat som används är cirka 0,7 viktprocent. RWO släpper således ut 0,026 ton CO_2 per ton kopparkoncentrat, eller i genomsnitt 29 024 ton CO_2 per år.

25. Aurubis har gjort gällande att den gratis tilldelningen av utsläppsrätter borde ha skett med stöd av 2 § led 27 i ZuV 2020 och artikel 3 d i beslut 2011/278, eftersom det svavel som förbränns i flamsmältugnen i detta sammanhang utgör ett ”bränsle”. För att en insatsvara ska kunna klassificeras som bränsle krävs inte att huvudsyftet med användningen av denna insatsvara är att producera värme eller att det är ett standardbränsle såsom kol, olja eller naturgas. I kopparkoncentratet är kopparkomponenten råmaterialet och svavelkomponenten bränslet.

26. Aurubis har vidare anfört att motparten alltid har utgått från ett hierarkiskt förhållande mellan de tre alternativa metoderna. Aurubis anser att eftersom kriterierna för en ”delanläggning med bränsleriktmärke” är uppfyllda bör tilldelning på grundval av processutsläppet vara utesluten. För att kriterierna för en ”delanläggning med processutsläpp” ska vara uppfyllda måste det dessutom finnas ett direkt och omedelbart orsakssamband mellan utsläppet av CO_2 och den process som används. Så är inte fallet med Outokumpu-processen.

27. Av dessa skäl har Aurubis yrkat undanröjande av beslutet av den 3 april 2018 och tilldelning av ytterligare utsläppsrätter för åren 2013–2020.

28. För att det ska föreligga en ”delanläggning med bränsleriktmärke” i den mening som avses i 2 § led 27 i ZuV 2020 och artikel 3 d i beslut 2011/278 är det enligt Förbundsrepubliken Tyskland nödvändigt att huvudsyftet med användningen av det aktuella materialet är värmegenerering. Förbundsrepubliken Tyskland har hävdat att så inte är fallet när det gäller RWO-anläggningen, eftersom kopparkoncentratet är ett råmaterial och huvudsyftet med dess användning är framställning av primärkoppar. Dessutom förbränns inte koncentratet fullständigt genom den berörda processen, i motsats till vad som förutsätts vid beräkningen av bränsleriktmärket. Bränslen, i bränsleriktmärkets mening, kan vidare bytas ut mot andra bränslen, särskilt naturgas.

29. Den hänskjutande domstolen har inledningsvis påpekat att om RWO skulle anses vara en ”delanläggning med bränsleriktmärke”, skulle detta innebära att kopparkoncentratet – eller det element av svavel som ingår däri – klassificerades som ”bränsle”.

30. Den hänskjutande domstolen har påpekat att EU-domstolen i punkt 53 i sin dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518) slog fast att artikel 3 t i direktiv 2003/87 inte begränsar begreppet ”förbränning” till att endast avse de oxidationsreaktioner som själva genererar en växthusgas. Denna tolkning av EU-domstolen är emellertid inte nödvändigtvis avgörande för tolkningen av begreppet ”bränsle” i artikel 3 d i beslut 2011/278.

31. Det är i synnerhet nödvändigt att fastställa huruvida en tilldelning på grundval av bränsleriktmärket förutsätter att det primära syftet med förbränningen är värmegenerering. Vad som är avgörande i förevarande mål är emellertid att kopparkoncentratet tjänar som både

råmaterial och bränsle. Frågan huruvida det använda bränslet måste vara utbytbart för att anses vara ett bränsle i den mening som avses i begreppet bränsleriktmärke i beslut 2011/278 har heller inte reglerats i EU-domstolens praxis.

32. Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att den tredje handelsperioden löper ut den 31 december 2020. Den hänskjutande domstolen har uppgett att utgången av den första och den andra handelsperioden enligt tysk rättspraxis medförde att ansökningar om utsläppsrätter som ännu inte hade betalats ut per den 30 april förföll efter utgången av handelsperioden i avsaknad av uttryckliga övergångsbestämmelser i nationell rätt. Nationell rätt innehåller inte heller några övergångsbestämmelser såvitt avser den tredje handelsperioden. Tyska myndigheter vägrade att anta sådana bestämmelser med motiveringen att reglerna avseende den fjärde handelsperioden (2021–2030) var uttömmande fastställda i unionslagstiftningen och att det skulle vara lagligen möjligt att få ersättning för rättigheter som sträckte sig över flera perioder endast om detta föreskrevs i denna lagstiftning.

33. Enligt den hänskjutande domstolen innehåller ingen av de relevanta unionsrättsakterna någon bestämmelse om ersättning för rättigheter som löper över flera perioder. Dessutom gjordes det inte någon avsättning till någon särskild kvotreserv i förväntan om domstolsavgöranden. Med detta sagt finns det en indikation till förmån för argumentet att övergången från den tredje till den fjärde perioden inte medför att tilldelningsrätter som inte beviljats per den 31 december 2020 förfaller i beslut 2015/1814,[10] i vilket det föreskrivs att vissa utsläppsrätter som inte tilldelats före den 31 december 2020 ska placeras i ”reserven för marknadsstabilitet”.

IV. Tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

34. Mot denna bakgrund har Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin), genom beslut av den 11 juni 2020 som inkom till EU-domstolen den 19 juni 2020, beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Är villkoren i artikel 3 d i [beslut 2011/278] för gratis tilldelning av utsläppsrätter på grundval av en delanläggning med bränsleriktmärke uppfyllda när det i en anläggning för produktion av icke-järnmetaller i enlighet med bilaga I till direktiv 2003/87 används ett svavelhaltigt kopparkoncentrat i en flamsmältugn för att framställa primärkoppar och den icke mätbara värme som krävs för att smälta kopparmalmen i detta koncentrat huvudsakligen alstras genom oxidering av svavlet i detta koncentrat, vilket innebär att kopparkoncentratet används som en källa till både råmaterial och brännbart material för värmegenerering?

2. Om fråga 1 ska besvaras jakande:

   Kan rätten till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden tillgodoses efter utgången av den tredje handelsperioden med utsläppsrätter från den fjärde handelsperioden när rätten till utsläppsrätter fastställs av en domstol först efter utgången av den tredje handelsperioden, eller bortfaller rätten till ännu inte tilldelade utsläppsrätter vid utgången av den tredje handelsperioden?”

35. Skriftliga yttranden har inkommit från Aurubis, Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen. Vidare utvecklade de sin talan muntligen vid förhandlingen den 19 maj 2021.

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

V. Bedömning

A. Den första frågan

36. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, inom ramen för det mål som den har att avgöra, fastställa huruvida framställning av primärkoppar i en flamsmältugn med hjälp av ”Outokumpu”-processen uppfyller kriterierna för en ”delanläggning med bränsleriktmärke”. Den hänskjutande domstolens första fråga avser följaktligen tolkningen av artikel 3 d i beslut 2011/278, i vilken detta begrepp definieras för handelsperioden 2013–2020.

37. Särdragen hos den i det nationella målet omtvistade processen förorsakar tre särskilda svårigheter vid tolkningen av definitionen av ”delanläggning med bränsleriktmärke” i artikel 3 d i beslut 2011/278. För det första är det berörda ämnet både ett råmaterial och ett bränsle. Dessutom är det ett råmaterial med låg koldioxidhalt som är föremål för en autotermisk reaktion. Det finns således inte någon *extern* värmekälla och det sker ingen tillförsel av bränslen med hög koldioxidhalt. För det andra är förbränningen av det använda bränslet endast partiell. För det tredje är värmegenerering inte nödvändigtvis huvudsyftet med användningen av det aktuella materialet.

38. Av de skäl som jag kommer att redogöra för anser jag emellertid inte att dessa särdrag utgör hinder för att villkoren i artikel 3 d i beslut 2011/278 ska anses uppfyllda när det i en anläggning för produktion av icke-järnmetaller används ett svavelhaltigt kopparkoncentrat i en flamsmältugn för att framställa primärkoppar och den icke mätbara värme som krävs för att smälta kopparmalmen i detta koncentrat huvudsakligen alstras genom oxidering av svavlet i samma koncentrat.

39. Denna tolkning grundar sig på de traditionella tolkningsmetoder som EU-domstolen använt i samband med systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser, enligt vilka hänsyn ska tas inte bara till ordalydelsen i artikel 3 d i beslut 2011/278, utan även till den allmänna systematiken i direktiv 2003/87 och i beslut 2011/278 samt till de mål som eftersträvas med dessa rättsakter. [11] Jag ämnar nu överväga dessa metoder i tur och ordning.

1. Bokstavlig och kontextuell tolkning

40. För det första kan det noteras att även om begreppet ”bränsle” inte definieras i beslut 2011/278, definieras dock begreppet ”delanläggning med bränsleriktmärke” i artikel 3 d i beslut 2011/278.

41. Enligt denna bestämmelse föreligger det en ”delanläggning med bränsleriktmärke” när ”insatsvaror, utgående varor och motsvarande som inte omfattas av en delanläggning med produktriktmärke [är] relaterade till produktion av icke mätbar värme genom förbränning av bränsle som förbrukas vid tillverkning av produkter …”.

42. Det följer av denna definition att begreppet ”förbränning” kan vara relevant för att specificera innebörden av begreppet ”bränsle” som används i artikel 3 d i beslut 2011/278. Begreppet ”förbränning” definieras i artikel 3 t i direktiv 2003/87 som ”varje oxidation av bränslen, oavsett

[11] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkterna 34 och 35), och dom av den 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punkterna 49 och 50).

hur den värme … som produceras genom denna process används, och all annan direkt därtill anknuten verksamhet …”. I det mål som avgjordes genom dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), klargjorde EU-domstolen dessutom att artikel 3 t i direktiv 2003/87 inte begränsar begreppet ”förbränning” till att endast avse de oxidationsreaktioner som själva genererar en växthusgas. [12]

43. Såsom generaladvokaten Saugmandsgaard Øe förklarade i sitt förslag till avgörande i det målet framgår det av de relevanta förarbetena att artikel 3 t i direktiv 2003/87 infördes i avsikt att slå fast en bred definition av begreppet ”förbränning” som kunde innefatta all oxidation av bränslen oavsett syfte. [13]

44. I detta sammanhang ska det noteras att de två bestämmelser i det relevanta rättsliga regelverket som hänvisar till begreppet ”bränsle” inte på något sätt begränsar räckvidden av detta begrepp, vare sig när det gäller dess sammansättning eller karaktär, den mängd kol det ska innehålla, det sätt på vilket antändningen ska ske, den procentandel bränsle som ska användas i processen eller syftet med användningen av det material som innehåller bränslet i fråga. Till skillnad från bestämmelserna i artikel 3 h v i beslut 2011/278 – där det uttryckligen hänvisas till användning av kol som innehåller tillsatser eller råmaterial i ett *primärt syfte* som inte är värmegenerering – förefaller artikel 3 d i beslut 2011/278 endast kräva att insatsvaror, utgående varor och motsvarande ska vara *relaterade* till produktion av icke mätbar värme genom förbränning av bränsle som förbrukas vid tillverkning av produkter.

45. De mål som eftersträvas med direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 bekräftar just denna tolkning.

2. Teleologisk tolkning

46. Såsom framgår av EU-domstolens fasta praxis är syftet med direktiv 2003/87 att införa ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser för att minska utsläppen av växthusgaser i atmosfären till en nivå som förhindrar farliga antropogena inverkningar på klimatsystemet och vars slutliga mål är att skydda miljön. [14] Det är likväl tydligt att detta system bygger på en ekonomisk logik, nämligen att vara ett incitament för alla deltagare i detta system att släppa ut en mindre mängd växthusgaser än vad de ursprungligen getts rätt till, så att de kan överlåta överskottet till en annan deltagare vars utsläpp överskrider de utsläppsrätter som denne tilldelats. [15]

47. Med andra ord är systemet för handel med utsläppsrätter för växthusgaser på unionsnivå ett ekonomiskt verktyg för miljöskydd som bygger på principen om att förorenaren betalar. Målet med detta instrument är att föroreningarna ska minska på *global nivå*. Av detta följer alltså att beslut 2011/278 så långt möjligt ska tolkas på ett sätt som belönar, och inte bestraffar, företag som begränsar och minskar utsläppen av växthusgaser.

[12] Punkt 53.

[13] Förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 44).

[14] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 62) och dom av den 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punkt 38).

[15] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 mars 2017, ArcelorMittal Rodange et Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, punkt 22), dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 63), och dom av den 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punkt 39).

48. I detta sammanhang kan den incitamentmekanism som ligger till grund för systemet för handel med utsläppsrätter inte underskattas. En av systemets funktioner är nämligen att uppmuntra investeringar som görs för att minska koldioxidutsläppen på ett kostnadseffektivt sätt och därmed vara en drivkraft för koldioxidsnåla innovationer som bidrar till kampen mot klimatförändringarna. [16] Denna incitamentmekanism har uppenbart varit unionslagstiftarens avsikt, eftersom det i artikel 10a.1 i direktiv 2003/87 preciseras att tilldelningen ska ske ”på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att beakta de mest effektiva teknikerna, ersättningsmöjligheter [och] alternativa produktionsprocesser”. I skäl 1 i beslut 2011/278 uppmärksammas uttryckligen denna aspekt av systemet.

49. Såsom jag emellertid redan har påpekat är det denna ekonomiska logik som ligger till grund för systemet som uppmuntrar en deltagare att släppa ut en mindre mängd växthusgaser än vad den ursprungligen getts rätt till, så att den kan överlåta överskottet till en annan deltagare vars utsläpp överskrider de utsläppsrätter som denne tilldelats. På så sätt kommer den andra deltagaren inte att minska sina utsläpp, men måste betala för dem, och framför allt kommer det övergripande målet att uppnås – eftersom den första deltagaren kommer att ha minskat sina utsläpp – tack vare en investering som kommer att fortsätta att ha positiva effekter på miljön efter det att gratis utsläppsrätter helt har avskaffats. [17] Fram tills dess utgör inte bibehållandet av utsläppsrätterna något slags tillstånd att förorena. [18] Istället utgör möjligheten att erhålla en vinst från försäljningen av sina outnyttjade utsläppsrätter i själva verket en del av det incitamentsystem som skapats genom systemet för handel med utsläppsrätter. [19]

50. Under dessa omständigheter anser jag att de mål som eftersträvas med direktiv 2003/87 och beslut 2011/278 leder till att det inte går att godta en tolkning som innebär att ett koncentrat, såsom det som är omtvistat i det nationella målet, inte omfattas av begreppet ”bränsle” i artikel 3 d i beslut 2011/278 *enbart* på grund av att dess förbränning endast är partiell eller att det primära syftet med dess användning inte är värmegenerering, eftersom det, för det första, är ostridigt att den ifrågavarande processen leder till att det alstras icke mätbar värme genom ett förbränningsfenomen, och denna process, för det andra och viktigaste, är en innovation som säkerställer ett minskat utsläpp av växthusgaser eller, i vart fall, förefaller ha viss potential att minska utsläppen av CO_2. [20]

51. Kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland har invänt mot denna tolkning och gjort gällande att det finns en risk för överlappning och dubbelräkning av utsläppen, trots att en sådan överlappning är förbjuden enligt flera bestämmelser i beslut 2011/278. [21] Vid den muntliga förhandlingen den 19 maj 2021 betonade företrädaren för Förbundsrepubliken Tyskland att det i beslut 2011/278 saknas kriterier som i blandfall möjliggör en distinktion mellan vad som är bränsle, å ena sidan, och vad som utgör råmaterial, å andra sidan.

[16] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punkt 27), och dom av den 21 juni 2018, Polen/parlamentet och rådet (C-5/16, EU:C:2018:483, punkt 61).

[17] Principen att all gratis tilldelning av utsläppsrätter skulle ha avskaffats år 2027 stadfästes i artikel 10a.11 i direktiv 2003/87, i den lydelse som är tillämplig i förevarande mål. Denna princip har emellertid ifrågasatts genom de ändringar som gjordes i artiklarna 10a och 10b i direktiv 2003/87 genom artikel 1.14 k och 1.15 i direktiv 2018/410.

[18] Se, för ett liknande (implicit) resonemang, dom av den 17 oktober 2013, Billerud Karlsborg och Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, punkt 32).

[19] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 april 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, punkt 27).

[20] Enligt min tolkning av den omtvistade processen, såsom den beskrivits av Aurubis och den hänskjutande domstolen i begäran om förhandsavgörande, och således med förbehåll för den sistnämndas kontroll.

[21] Se, i detta avseende, artiklarna 6.2, 7.7 och 8.5 i beslut 2011/278 samt dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, punkterna 69 och 70).

52. Jag för min del delar dock inte dessa farhågor. Jag har nämligen nyligen i mitt förslag till avgörande av den 3 juni 2021 i målet ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457) förklarat varför jag anser att det skulle strida mot systematiken i artikel 10a i direktiv 2003/87 och i beslut 2011/278 att inte tillämpa den hierarki mellan olika riktmärken som uttryckligen beskrivs i skäl 12 i beslut 2011/278. [22]

53. I detta avseende nöjer jag mig därför med att helt enkelt erinra om att EU-domstolen, även om den redan vid flera tillfällen har funnit att definitionerna av delanläggningar med olika riktmärke är ömsesidigt uteslutande, [23] också har slagit fast att det i beslut 2011/278 har tagits fram ”*en hierarki med tre alternativa metoder* … i syfte att maximera minskningen av växthusgasutsläpp och att maximera energibesparingarna för åtminstone delar av de berörda produktionsprocesserna”. [24] Det är således utrett att ”det endast är när det inte har gått att ta fram ett produktriktmärke, trots att det förekommer växthusgaser med rätt till gratis utsläppsrätter, som tilldelningen bör göras på grundval av de tre alternativa metoderna (s.k. fallback), *enligt [d]en hierarki som har tagits fram*”. [25] Själva det faktum att denna hierarki existerar talar mot risken för dubbelräkning.

3. Förslag till avgörande avseende den första frågan

54. På grundval av en bokstavlig, kontextuell och teleologisk tolkning av artikel 3 d i beslut 2011/278, har jag följaktligen kommit till slutsatsen att denna bestämmelse ska tolkas så, att villkoren för gratis tilldelning av utsläppsrätter på grundval av en delanläggning med bränsleriktmärke är uppfyllda när det i en anläggning för produktion av icke-järnmetaller i den mening som avses i bilaga I till direktiv 2003/87 används ett svavelhaltigt kopparkoncentrat i en flamsmältugn för att framställa primärkoppar och den icke mätbara värme som krävs för att smälta kopparmalmen i detta koncentrat huvudsakligen alstras genom oxidering av svavlet i detta koncentrat, vilket innebär att kopparkoncentratet används både som en källa till råmaterial och som brännbart material för värmegenerering.

B. Den andra frågan

55. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida rätten till gratis utsläppsrätter för den tredje handelsperioden, som fastställs av en domstol först efter utgången av denna handelsperiod, kan tillgodoses med gratis utsläppsrätter för den fjärde handelsperioden.

56. Denna fråga är exakt densamma som den femte frågan i målet ExxonMobil (C-126/20).

57. Min bedömning i förslaget till avgörande i det målet ledde till slutsatsen att denna fråga ska besvaras jakande. Eftersom EU-domstolen ännu inte har meddelat sin dom, vidhåller jag vördsamt denna tolkning och tar mig friheten att hänvisa till mitt tidigare förslag till avgörande för ytterligare upplysningar. [26]

[22] Se mitt förslag till avgörande av den 3 juni 2021 i målet ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punkterna 79–87).

[23] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 62), dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 29), dom av den 20 juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, punkt 104), och dom av den 3 december 2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, punkt 68).

[24] Dom av den 8 september 2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, punkt 67). Min kursivering.

[25] Dom av den 18 januari 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, punkt 30). Min kursivering.

[26] Se mitt förslag till avgörande av den 3 juni 2021 i målet ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punkterna 89–98).

VI. Förslag till avgörande

58. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag således att EU-domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Verwaltungsgericht Berlin (Förvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) på följande sätt:

1. Artikel 3 d i kommissionens beslut 2011/278/EU av den 27 april 2011 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i direktiv 2003/87/EG ska tolkas så, att villkoren för gratis tilldelning av utsläppsrätter på grundval av en delanläggning med bränsleriktmärke är uppfyllda när det i en anläggning för produktion av icke-järnmetaller i enlighet med bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG, ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009, används ett svavelhaltigt kopparkoncentrat i en flamsmältugn för att framställa primärkoppar och den icke mätbara värme som krävs för att smälta kopparmalmen i detta koncentrat huvudsakligen alstras genom oxidering av svavlet i detta koncentrat, vilket innebär att kopparkoncentratet används både som en källa till råmaterial och som brännbart material för värmegenerering.

2. Rätt till en ytterligare gratis tilldelning av utsläppsrätter för den tredje handelsperioden kan tillgodoses efter utgången av den tredje handelsperioden med utsläppsrätter från den fjärde handelsperioden när rätten till utsläppsrätter fastställs av en domstol först efter utgången av den tredje handelsperioden. Utsläppsrätter för den tredje handelsperioden förfaller inte vid utgången av den tredje handelsperioden.