Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. HOGAN
fremsat den 24. juni 2021 [1]

Sag C-271/20

Aurubis AG
mod
Forbundsrepublikken Tyskland

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

»Præjudiciel forelæggelse – miljø – ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner – overgangsordning for harmoniseret gratisuddeling af emissionskvoter – afgørelse 2011/278/EU – artikel 3, litra d) – begrebet »brændselsbenchmarket delinstallation« – flammesmeltning – autotermisk reaktion – anmodning om tildeling ikke imødekommet ved udgangen af en handelsperiode«

I. Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) vedrører navnlig fortolkningen af begrebet »brændselsbenchmarket delinstallation« som omhandlet i artikel 3, litra d), i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27. april 2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF [af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF (EUT 2003, L 275, s. 32)] [2].

2. »Brændselsbenchmarket delinstallation« er en af de kategorier af industrianlæg, der kan tildeles gratis emissionskvoter inden for rammerne af direktiv 2003/87. Det er dette direktiv, som fastsætter en ordning for drivhusgasemissioner for virksomheder, der handler inden for Den Europæiske Union.

3. Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en sag mellem Aurubis AG (»Aurubis«) og Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tyskland), repræsenteret ved Umweltbundesamt, Deutsche Emissionshandelsstelle (forbundsmiljøstyrelsen, den tyske emissionshandelsinstans, herefter »DEHSt«), vedrørende den mængde af emissionskvoter, som Aurubis gratis tildeltes for sin primærkobber produktionsvirksomhed.

[1] Originalsprog: engelsk.

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

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2003/87

4. Direktiv 2003/87 er blevet ændret ved flere lejligheder, herunder ved 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 [3] og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/410 af 14. marts 2018 om ændring af direktiv 2003/87/EF for at styrke omkostningseffektive emissionsreduktioner og lavemissionsinvesteringer og afgørelse (EU) 2015/1814 [4]. Henset til omstændighederne i hovedsagen er det den affattelse, der var gældende i 2012, som efter min opfattelse er relevant for besvarelsen af det første spørgsmål, og som derfor vil blive anvendt, medmindre andet er angivet.

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

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

[…]«

6. Artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/87, der har overskriften »Anvendelsesområde«, fastsætter:

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

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

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

b) »emission«: udledning af drivhusgasser i atmosfæren fra kilder i et anlæg […]

[…]

e) »anlæg«: en stationær teknisk enhed, hvor en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter udføres tillige med eventuelle andre direkte tilknyttede aktiviteter, der har en teknisk forbindelse med aktiviteterne på stedet, og som kan have indvirkning på emissioner og forurening

[…]

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

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

t) »forbrænding«: enhver oxidering af brændsel, uanset hvorledes den varme og den elektriske eller mekaniske energi, der produceres ved denne proces, anvendes, og andre hermed direkte forbundne aktiviteter, herunder røggasrensning

[…]«

8. Artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87, der har overskriften »Midlertidige [unions]regler for harmoniseret gratistildeling«, fastsætter:

»Kommissionen vedtager senest den 31. december 2010 fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Fællesskabet med henblik på tildeling af de i stk. 4, 5, 7 og 12 omhandlede kvoter, herunder eventuelle nødvendige bestemmelser om harmoniseret anvendelse af stk. 19.

Disse foranstaltninger, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i dette direktiv ved at supplere det, vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 23, stk. 3.

De foranstaltninger, der er omhandlet i første afsnit, skal så vidt muligt fastlægge ex ante-benchmarks for hele [Unionen] for at sikre, at tildelingen sker på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, substitutter, alternative produktionsprocesser, højeffektiv kraftvarmeproduktion, energieffektiv genvinding af affaldsgasser, anvendelse af biomasse og opsamling og lagring af CO_2, hvor sådanne anlæg forefindes, og må ikke tilskynde til at øge emissionerne. Der tildeles ingen gratiskvoter i forbindelse med nogen form for elproduktion, undtagen i tilfælde, der falder ind under artikel 10c, og til el produceret fra affaldsgasser.

For hver sektor og delsektor beregnes benchmarket i princippet for slutproduktet, frem for inputtet, for at maksimere drivhusgasreduktioner og energibesparelser i hele produktionsprocessen i den pågældende sektor eller delsektor.

[…]«

2. Afgørelse 2011/278

9. Følgende fremgik af 1., 5., 12. og 18. betragtning til afgørelse 2011/278:

»(1) I henhold til direktivets artikel 10a skal de fuldt harmoniserede gennemførelsesforanstaltninger for hele Unionen så vidt muligt fastlægge ex ante-benchmark for at sikre, at gratistildelingen af emissionskvoter sker på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, substitutter, alternative produktionsprocesser, højeffektiv kraftvarmeproduktion, energieffektiv genvinding af spildgasser, anvendelse af biomasse og opsamling og lagring af CO_2, hvor sådanne anlæg findes, og må ikke tilskynde til at øge emissionerne. Tildelinger skal fastlægges forud for handelsperioden, så markedet kan fungere korrekt.

[…]

(5) Kommissionen har ment, at det var muligt at fastlægge et benchmark for et produkt i tilfælde, hvor der – under hensyntagen til produktionsprocessernes kompleksitet – forelå produktdefinitioner og -klassificeringer, som gjorde det muligt at verificere produktionsdata og at anvende produktbenchmarket på en ensartet måde i hele EU i forbindelse med tildelingen af emissionskvoter. Der er ikke foretaget nogen skelnen ud fra geografisk beliggenhed eller anvendte teknologier, råmaterialer eller brændsler, så de komparative fordele i kulstofeffektivitet på tværs af EU's økonomi ikke forvrænges, og for at øge harmoniseringen af den midlertidige gratistildeling af emissionskvoter.

[…]

(12) I tilfælde, hvor det ikke var teknisk muligt at aflede et produktbenchmark, men hvor der optræder drivhusgasser, som berettiger til en gratistildeling af emissionskvoter, bør disse kvoter tildeles på grundlag af generiske fallback-metoder. Der er udviklet et hierarki med tre fallback-metoder for at opnå de størst mulige reduktioner af drivhusgasemissionerne og de størst mulige energibesparelser i det mindste for dele af de pågældende produktionsprocesser. Varmebenchmarket finder anvendelse i forbindelse med varmeforbrugende processer, hvor der anvendes en målelig varmebærer. Brændselsbenchmarket finder anvendelse, hvor der forbruges ikkemålelig varme. Varme- og brændselsbenchmarkværdierne er afledt ud fra principper om gennemskuelighed og enkelhed under anvendelse af referenceeffektiviteten for en række udbredte brændsler, der kan anses for næstbedst for så vidt angår drivhusgaseffektivitet, under hensyntagen til energieffektivitetsteknikker. Hvad procesemissioner angår, bør emissionskvoterne tildeles på grundlag af de historiske emissioner […]

(18) Når de fastlægger tildelingen til de enkelte anlæg, bør medlemsstaterne sikre, at der ikke sker nogen dobbelttælling eller dobbelttildeling med henblik på at undgå konkurrencefordrejning og på at sikre, at kvotemarkedet fungerer korrekt. Medlemsstaterne bør i denne forbindelse være særligt opmærksomme i tilfælde, hvor et benchmarket produkt produceres i mere end ét anlæg, hvor mere end ét benchmarket produkt produceres i samme anlæg, eller hvor mellemprodukter udveksles på tværs af anlægs grænser.«

10. Denne afgørelses artikel 2, der har overskriften »Anvendelsesområde« fastsatte:

»Denne afgørelse finder anvendelse på gratistildelingen af emissionskvoter i medfør af kapitel III (stationære anlæg) i [direktiv 2003/87] i handelsperioderne fra 2013 […]«

11. Artikel 3 i afgørelse 2011/278 bestemte:

»I denne afgørelse forstås ved:

b) »produktbenchmarket delinstallation«: input, output og dertil hørende emissioner i forbindelse med produktionen af et produkt, som der er fastlagt et benchmark for i bilag I

c) »varmebenchmarket delinstallation«: input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af et produktbenchmarket delinstallation, og som vedrører produktion og/eller import fra et anlæg eller anden enhed, der er omfattet af EU-ordningen, af målelig varme,

– som forbruges inden for anlæggets grænser til produktion af produkter, til produktion af anden mekanisk energi end den, der bruges til produktion af elektricitet, til varme eller køling, med undtagelse af forbruget til produktion af elektricitet, eller

– som eksporteres til et anlæg eller en anden enhed, der ikke er omfattet af EU-ordningen, med undtagelse af eksport med henblik på elproduktion

d) »brændselsbenchmarket delinstallation«: input, output og dertil hørende emissioner, som ikke er omfattet af en produktbenchmarket delinstallation, og som vedrører produktionen af ikkemålelig varme fra brændselsforbrænding, der forbruges til produktion af produkter, til produktion af anden mekanisk energi end den, der bruges til produktion af elektricitet, til varme eller køling, med undtagelse af forbruget til produktion af elektricitet, herunder også sikkerhedsafbrænding

e) »målelig varme«: en nettovarmestrøm, der transporteres via identificerbare rørledninger eller kanaler ved hjælp af en varmebærer, f.eks. navnlig damp, varmluft, vand, olie, flydende metaller og salte, og for hvilken der er installeret eller kan installeres en varmeenergimåler

[…]

g) »ikkemålelig varme«: al anden varme end målelig varme

h) »procesemissionsdelinstallation«: emissioner af drivhusgasser opført i bilag I til [direktiv 2003/87] bortset fra carbondioxid, som finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark, eller carbondioxidemissioner, som finder sted uden for systemgrænserne for et i bilag I opført produktbenchmark som følge af enhver af nedenstående aktiviteter, samt emissioner fra forbrænding af ufuldstændigt oxideret kulstof, der produceres som led i de følgende aktiviteter med henblik på produktion af målelig varme, ikkemålelig varme og elektricitet under forudsætning af, at emissioner, som ville være opstået ved forbrænding af en naturgasmængde med samme teknisk brugbare energiindhold som det forbrændte ufuldstændigt oxiderede kulstof, fratrækkes:

i) kemisk eller elektrolytisk reduktion af metalforbindelser i malme, koncentrater og sekundære materialer

ii) fjernelse af urenheder fra metaller og metalforbindelser

iii) nedbrydning af carbonater, undtagen carbonater til røggasrensning

iv) kemiske synteser, hvor det kulstofholdige materiale deltager i reaktionen, men hvor det primære formål ikke er at generere varme

v) brug af kulstofholdige additiver eller råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme

vi) kemisk eller elektrolytisk reduktion af halvmetaloxider som f.eks. siliciumoxider og phosphater

[…]«

12. Artikel 10, stk. 8, i afgørelse 2011/278 med overskriften »Tildeling på anlægsniveau« fastsatte:

»Medlemsstaterne sikrer, at der ikke sker en dobbelttælling af emissioner, når de fastlægger det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter for hvert anlæg, og at tildelingen ikke er negativ […]«

13. Afgørelse 2011/278 blev ophævet med virkning fra den 1. januar 2021 ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/331 af 19. december 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[5]. I henhold til denne delegerede forordnings artikel 27 finder denne afgørelse fortsat anvendelse på tildelinger, der vedrører perioden før den 1. januar 2021.

B. Tysk ret

1. Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz

14. § 9 i Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (lov om handel med kvoter for drivhusgasemission) af 21. juli 2011[6] (herefter »TEHG«) har følgende ordlyd:

»1) Driftsledere modtager en tildeling af gratis kvoter i henhold til principperne i artikel 10a […] i [direktiv 2003/87] i den gældende affattelse og [afgørelse 2011/278].

[…]«

15. Det fremgår af del 2, nr. 1, i bilag 1 til TEHG, der har overskriften »Aktiviteter«, at de anlæg, der udleder emissioner, som er omfattet af dennes lovs anvendelsesområde, omfatter »[f]orbrændingsenheder til forbrænding af brændsel i anlæg med en samlet nominel indfyret termisk effekt på 20 MW i et anlæg eller mere, medmindre det falder ind under et af nedennævnte punkter«.

2. Zuteilungsverordnung 2020

16. I § 2, nr. 27 og 29, i Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020) (bekendtgørelse om tildeling af drivhusgasemissionskvoter i handelsperioden 2013-2020) af 26. september 2011[7] (herefter »ZuV 2020«) defineres begreberne »brændselsbenchmarket delinstallation« og »procesemissionsdelinstallation« med en ordlyd, der svarer til den, som er anvendt i artikel 3, litra d) og h), i afgørelse 2011/278.

5 EUT 2019, L 59, s. 8.

6 BGBl. 2011 I, s. 1475.

7 BGBl. 2011 I, p. 1921.

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

17. Aurubis driver et anlæg i Hamburg (Tyskland), der producerer primærkobber. Da denne aktivitet henhører under de kategorier af aktiviteter, som er anført i punkt 6 i bilag I til direktiv 2003/87, nemlig »[p]roduktion eller forarbejdning af nonferrometaller […], hvor der anvendes fyringsenheder med en samlet nominel indfyret termisk effekt […] på over 20 MW«, er Aurubis omfattet af forpligtelsen til at handle med emissioner.

18. Anlægget består af to delinstallationer, Rohhüttenwerk Nord og Rohhüttenwerk Ost (RWO). Tvisten i hovedsagen vedrører alene sidstnævnte. Delinstallationen RWO er et støberi, som udvinder primærkobber ved at flammesmelte kobberkoncentratet ved hjælp af den såkaldte »Outokumpu«-proces [8]. Ifølge Aurubis blev denne proces imidlertid forbedret gennem selskabets eget forsknings- og udviklingsarbejde, således at flammesmelteovnen kunne drives uden anvendelse af brændsel med kulstof [9].

19. Efter ansøgning af 20. januar 2012 fra sagsøgeren tildelte DEHSt ved afgørelse af 17. februar 2014 sagsøgeren i alt 2 596 999 gratis emissionskvoter for årene 2013-2020.

20. Den 14. marts 2014 gjorde sagsøgeren indsigelse. Ved indsigelsesafgørelse af 3. april 2018 ophævede DEHSt delvist tildelingsafgørelsen for den del af tildelingen, der ligger over 1 784 398 emissionskvoter. Begrundelsen for afgørelsen var, at kobberkoncentratet ikke kan indregnes inden for rammerne af en »brændselsbenchmarket delinstallation«, men skal henregnes en »procesemissionsdelinstallation«. Efter en ny beregning af retten til tildeling tilbagekaldte DEHSt 523 027 kvoter.

21. Den 30. april 2018 anlagde sagsøgeren sag til prøvelse af denne indsigelsesafgørelse ved den forelæggende ret.

22. Ifølge forelæggelsesafgørelsen har Aurubis ved den forelæggende ret gjort gældende, at det kobberkoncentrat, som selskabet anvender til flammesmeltningsprocessen, består af kobber- og jernsulfider (30% kobber, jern og svovl fra hver). Koncentratet indeholder endvidere spor af kulstof og andre metaller. For at udvinde primærkobber blandes dette koncentrat først med sand og andre stoffer, som undertiden også indeholder meget små mængder af kulstof. Det således opnåede præparat placeres i flammesmelteovnen med en blanding af luft og ilt. Som følge af den kemiske reaktion mellem ilt og svovl i kobberkoncentratet overstiger temperaturen i ovnen 1 200 °C, som medfører udvindingen af kobberkoncentratet. Sandet opvarmes endvidere, og de rå jernmasser udvindes ligeledes. Der anvendes intet fossilt brændsel i processen.

23. Ifølge forelæggelsesafgørelsen opnås der således råsten (som er en blanding af kobber- og jernsulfid), jernsilikat (i form af slagge) og svovldioxid (SO_2). Efterfølgende lægges disse råsten i en konverter, hvor de resterende dele af svovl og jern tillige oxideres ved indblæsning af luft og ilt. Der generes også varme i denne forbindelse. Produktet, som på dette stadium kaldes »kobberblister«, placeres i en anodeovn, hvor de resterende svovldele omdannes til SO_2 ved forbrænding. Således udvindes slutproduktet primærkobber.

[8] Denne proces er opkaldt efter en (nu nedlagt) kobbermine i det østlige Finland, hvor denne smelteproces for svovlholdig malm blev udviklet først i slutningen af 1940'erne.

[9] Jf. punkt 8 i Aurubis' skriftlige indlæg.

24. Det fremgår således, at der ikke anvendes fossilt brændsel i denne proces. Til forskel fra andre kobberproducenter, der anvender kulholdige brændstoffer såsom svær brændselsolie eller naturgas, er den proces, som Aurubis har udviklet og anvender derfor en forbedring hvad angår klimabeskyttelse. Selv om denne proces typisk genererer SO_2 – i stedet for kuldioxid (CO_2) – udleder det omhandlede støberi imidlertid ikke desto mindre små mængder CO_2 i atmosfæren på grund af forekomsten af meget små mængder af kul i kobberkoncentratet. Det anvendte kobberkoncentrat havde et kulindhold på ca. 0,7% vægtprocent. RWO udleder derfor 0,026 ton CO_2 pr. ton kobberkoncentrat eller i gennemsnit 29 024 ton CO_2 årligt.

25. Aurubis har gjort gældende, at den gratis tildeling af emissionskvoter burde have været foretaget på grundlag af § 2, nr. 27, i ZuV 2020 og artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, da den svovl, som forbrændes i flammesmelteovnen i denne sammenhæng, udgør et »brændsel«. Klassificeringen af et input som brændsel forudsætter ikke, at hovedformålet med anvendelse af dette input er at producere varme, eller at det er et standardbrændsel som kul, olie eller naturgas. I kobberkoncentratet er kobberkomponenten råmaterialet, og svovlkomponenten er brændslet.

26. Aurubis har endvidere gjort gældende, at sagsøgte altid har støttet sig på et hierarkisk forhold mellem de tre alternative metoder. Da kriteriet for en »brændselsbenchmarket delinstallation« er opfyldt, skal der ifølge Aurubis ses bort fra tildelingen ud fra benchmarket procesemissioner. For at kriteriet for »procesemissionsdelinstallation« er opfyldt, skal der desuden være en direkte og umiddelbar årsagssammenhæng mellem CO_2-udslippet og den anvendte proces. Dette er ikke tilfældet med »Outokumpu«-processen.

27. Aurubis har af disse årsager nedlagt påstand om annullation af afgørelsen af 3. april 2018 og tildelingen af yderligere emissionskvoter for årene 2013-2020.

28. For at der skal foreligge en »brændselsbenchmarket delinstallation« som omhandlet § 2, nr. 27, i ZuV 2020 og artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, er det ifølge Forbundsrepublikken Tyskland nødvendigt, at hovedformålet med anvendelsen af det relevante materiale er varmeproduktion. Forbundsrepublikken Tyskland har hævdet, at dette ikke er tilfældet for så vidt angår RWO-anlægget, da kobberkoncentratet er et råmateriale, og hovedformålet med dets anvendelse er fremstilling af primærkobber. Endvidere forbrændes dette koncentrat ikke fuldt ud i den omhandlede proces i modsætning til, hvad der forudsættes ved beregningen af brændselsbenchmarket. Endvidere er brændsel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i brændselsbenchmarket, brændsel som kan erstattes af andre brændsler, navnlig naturgas.

29. Den forelæggende ret har indledningsvis påpeget, at såfremt det måtte fastslås, at RWO er en »brændselsbenchmarket delinstallation«, ville dette indebære, at kobberkoncentratet – eller den deri indeholdte svovldel – klassificeres som et »brændsel«.

30. Den forelæggende ret har henledt opmærksomheden på, at Domstolen i præmis 53 i dom af 20. juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), fastslog, at artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 ikke begrænser ikke begrebet »forbrænding« til kun at omfatte de oxideringsreaktioner, som selv genererer en drivhusgas. Denne fortolkning af Domstolen er imidlertid ikke nødvendigvis afgørende for fortolkningen af rækkevidden af begrebet »brændsel« i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278.

31. Det er navnlig nødvendigt at afgøre, om en tildeling ud fra brændselsbenchmarket forudsætter, at forbrændingens primære formål er varmeproduktion. Det afgørende i nærværende sag er imidlertid, at det anvendte kobberkoncentrat tjener både som et råmateriale og som brændsel. Spørgsmålet om, hvorvidt forekomsten af et brændsel i den forstand, hvori udtrykket anvendes i brændselsbenchmarket i afgørelse 2011/278, kræver, at det anvendte brændsel kan erstattes, er heller ikke afklaret i Domstolens praksis.

32. Den forelæggende ret har endelig påpeget, at den tredje handelsperiode udløber den 31. december 2020. Den har anført, at ifølge tysk retspraksis medførte afslutningen af den første og den anden handelsperiode, at krav om en kvote, der endnu ikke var betalt den 30. april efter afslutningen af en handelsperiode, var bortfaldet i mangel af udtrykkelige overgangsbestemmelser i national ret. National ret indeholder heller ikke overgangsbestemmelser med hensyn til den tredje handelsperiode. De tyske myndigheder nægtede at vedtage en sådan bestemmelse med den begrundelse, at reglerne vedrørende den fjerde handelsperiode (2021-2030) var udtømmende fastsat i EU-lovgivningen, og at erstatning for rettigheder, som griber ind i flere perioder, kun er lovlig, hvis det er fastsat i denne lovgivning.

33. Ifølge den forelæggende ret indeholder ingen af de relevante EU-retsakter en bestemmelse vedrørende erstatning for rettigheder, der overlapper adskillige perioder. Endvidere blev der ikke fastsat nogen bestemmelser for særlige kvotereserver i forventning om retsafgørelser. Når dette er sagt, findes der en indikation til fordel for argumentet om, at overgangen fra den tredje til den fjerde periode ikke afskaffer de tildelingskrav, som ikke er tildelt den 31. december 2020, i afgørelse 2015/1814[10], som fastsætter, at visse kvoter, som ikke er tildelt før den 31. december 2020, skal placeres i »markedsstabilitetsreserven«.

IV. De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

34. Det er under disse omstændigheder, at Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin) ved afgørelse af 11. juni 2020, indgået til Domstolen den 19. juni 2020, har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse:

»1) Er betingelserne i artikel 3, litra d), i [afgørelse 2011/278] for gratistildeling af emissionskvoter opfyldt på grundlag af en brændselsbenchmarket delinstallation, når der i et anlæg til produktion af nonferrometaller i henhold til bilag I til direktiv 2003/87/EF i en flammesmelteovn til produktion af primærkobber anvendes et svovlholdigt kobberkoncentrat, og den ikkemålelige varme, der er nødvendig til smeltning af kobbermalmen i koncentratet, i det væsentlige genereres ved oxidering af svovlet i koncentratet, idet kobberkoncentratet både anvendes som råstofkilde og som brændbart materiale til varmeproduktionen?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

[10] 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).

Kan en ret til mertildeling af gratis emissionskvoter 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?«

35. Aurubis, Forbundsrepublikken Tyskland og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Herudover fremsatte de mundtlige indlæg i retsmødet den 19. maj 2021.

V. Bedømmelse

A. Det første spørgsmål

36. Den forelæggende ret skal inden for rammerne af den verserende tvist afgøre, om den aktivitet, som består af produktion af primærkobber i en flammesmelteovn ved hjælp af »Outokumpu«-processen, opfylder kriterierne for en »brændselsbenchmarket delinstallation«. Den forelæggende rets første spørgsmål vedrører følgelig fortolkningen af artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, hvori dette begreb defineres for den handelsperiode, som løber fra 2013 til 2020.

37. De specifikke træk ved den i hovedsagen omhandlede proces giver anledning til tre særlige vanskeligheder med fortolkningen af definitionen »brændselsbenchmarket delinstallation« i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278. For det første er det omhandlede stof både et råmateriale og et brændsel. Endvidere er det et råmateriale med lavt kulstofindhold, som er genstand for autotermisk reaktion. Der er derfor ingen eksterne varmekilder og ingen tilførsel af brændsel med højt kulstofindhold. For det andet er forbrændingen af det anvendte brændsel kun delvis. For det tredje er varmeproduktionen ikke nødvendigvis hovedformålet med anvendelsen af det omhandlede materiale.

38. Af de grunde, som jeg vil redegøre for, er det imidlertid ikke min opfattelse, at disse særlige forhold er til hinder for, at kravene i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278 er opfyldt, når et anlæg til produktion af nonferrometaller anvender et kobberkoncentrat, der indeholder svovl, i en flammesmelteovn til produktion af primærkobber, og den ikkemålbare varme, der er nødvendig til smeltning af kobbermalmen i dette koncentrat, i det væsentlige genereres ved oxidering af svovlet i samme koncentrat.

39. Denne fortolkning er støttet på de traditionelle fortolkningsmetoder, som Domstolen har anvendt i forbindelse med ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, dvs. under hensyntagen til ikke alene ordlyden af artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, men også til den almindelige ordning i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278 og de formål, som de forfølger [11]. Jeg vil nu behandle dem særskilt nedenfor.

[11] Jf. i denne retning dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 34 og 35), og af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 49 og 50).

1. Ordlyds- og sammenhængsfortolkning

40. For det første skal det noteres, at selv om begrebet »brændsel« ikke er defineret i afgørelse 2011/278, er begrebet »brændselsbenchmarket delinstallation« imidlertid defineret i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278.

41. Ifølge denne bestemmelse foreligger der en »brændselsbenchmarket delinstallation«, når input, output og dertil hørende emissioner […] ikke er omfattet af en produktbenchmarket delinstallation [og] vedrører produktionen af ikkemålelig varme fra brændselsforbrænding, der forbruges til produktion af produkter […]«.

42. Det følger af denne definition, at begrebet »forbrænding« kan være relevant for at præcisere betydningen af begrebet »brændsel« som anvendes i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278. Imidlertid defineres »forbrænding« i artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 som »enhver oxidering af brændsel, uanset hvorledes den varme […] der produceres ved denne proces, anvendes, og andre hermed direkte forbundne aktiviteter […]«. I den sag, som gav anledning til dom af 20. juni 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), præciserede Domstolen endvidere, at artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 ikke begrænser begrebet »forbrænding« til kun at omfatte oxideringsreaktioner, som selv genererer en drivhusgas [12].

43. Som forklaret af generaladvokat Saugmandsgaard Øe i dennes forslag til afgørelse i denne sag bekræfter de relevante forarbejder, at artikel 3, litra t), i direktiv 2003/87 blev indsat med det formål at fastsætte en bred definition af »forbrænding«, som kunne omfatte enhver oxidering af brændsel, uanset til hvilket formål [13].

44. I denne sammenhæng skal opmærksomheden henledes på, at de to bestemmelser i det relevante retsgrundlag, som henviser til begrebet »brændsel«, ikke på nogen måde begrænser rækkevidden af dette begreb, hvad enten det gælder dets sammensætning eller karakter, den mængde kul, det skal indeholde, måden, hvorpå tændingen skal foregå, procentdelen af brændslet, som skal anvendes i processen eller formålet med anvendelsen af det materiale, som indeholder det omhandlede brændsel. Til forskel fra bestemmelserne i artikel 3, litra h), nr. v), i afgørelse 2011/278 – der udtrykkeligt henviser til brugen af kulstofholdige additiver eller råmaterialer til et primært formål, som ikke er at generere varme – synes artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278 kun at kræve, at input, output og dertil hørende emissioner *vedrører* produktionen af ikkemålelig varme fra brændselsforbrænding, der forbruges til fremstillingen af produkter.

45. De formål, som direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278 forfølger, bekræfter denne særlige fortolkning.

2. Formålsfortolkning

46. Ifølge Domstolens faste praksis har direktiv 2003/87 til formål at indføre en ordning for handel med emissionskvoter, der har til formål at reducere udledning af drivhusgasser i atmosfæren til et niveau, hvor farlig, menneskeskabt indvirkning på klimaet undgås, og hvis

[12] Præmis 53.

[13] Generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, punkt 44).

endelige formål er beskyttelse af miljøet [14]. Det er ikke desto mindre klart, at ordningen hviler på en økonomisk logik, som stimulerer alle deltagere til at udlede en mindre mængde drivhusgasser end de oprindeligt tildelte kvoter med henblik på en afhændelse af overskuddet til en anden deltager, der har produceret en større emissionsmængde end de tildelte kvoter [15].

47. Ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner på EU-plan er med andre ord et økonomisk værktøj til at beskytte miljøet baseret på princippet om, at forureneren betaler. Formålet med dette instrument er, at det *globale foreningsniveau* skal reduceres. Heraf følger derfor, at afgørelse 2011/278 om muligt skal fortolkes på en måde, der belønner – og ikke straffer – virksomheden, som har mindsket og reduceret drivhusgasemissioner.

48. I denne forbindelse kan den incitamentsmekanisme, som systemet for handel med emissionskvoter er baseret på, ikke undervurderes. En af ordningens funktioner er således at sende det nødvendige investeringssignal om at nedbringe CO_2-emissioner på en økonomisk effektiv måde og at fungere som drivkraft for lavemissionsinnovation, der bidrager til bekæmpelse af klimaændringer [16]. Denne incitamentsmekanisme har tydeligvis været EU-lovgivers hensigt, da det i artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87 præciseres, at tildelingen skal ske »på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, substitutter [og] alternative produktionsprocesser«. I den første betragtning til afgørelse 2011/278 henledes opmærksomheden specifikt på dette aspekt af ordningen.

49. Som jeg imidlertid allerede har påpeget, er det den økonomiske logik, som ordningen hviler på, der stimulerer en deltager til at udlede en mindre mængde drivhusgasser end de oprindeligt tildelte kvoter med henblik på en afhændelse af overskuddet til en anden deltager, der har produceret en større emissionsmængde end de tildelte kvoter. På denne måde kommer den anden deltager ikke til at mindske sine emissioner, men skal betale for sine emissioner, og frem for alt opfyldes det overordnede mål – da den første deltager har mindsket sine emissioner – takket være en investering, hvis positive indflydelse på miljøet vil fortsætte efter den fuldstændige afskaffelse af gratistildelingerne [17]. Indtil da udgør bevarelsen af emissionskvoter ikke en form for tilladelse til at forurene [18], men opnåelsen af en fortjeneste fra salget af de ubrugte kvoter er faktisk en del af incitamentssystemet, som er skabt af emissionshandelssystemet [19].

50. Under disse omstændigheder forekommer det mig, at de med direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278 forfulgte formål medfører, at en fortolkning, der indebærer, at et koncentrat som det i hovedsagen omhandlede ikke omfattes af begrebet »brændsel« i artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278, *blot* fordi dets forbrænding kun er delvis, eller at formålet med dets brug ikke primært er at producere varme, skal afvises, når det for det første ikke er omtvistet, at den omhandlede proces medfører produktion af ikkemålelig varme fra et forbrændingsfænomen, og for det andet,

[14] Jf. i denne retning dom af 20.6.2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, præmis 62), og af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 38).

[15] Jf. i denne retning dom af 8.3.2017, ArcelorMittal Rodange og Schifflange (C-321/15, EU:C:2017:179, præmis 22), af 20.6.2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, præmis 63), og af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 39).

[16] Jf. i denne retning dom af 12.4.2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245 præmis 27), og af 21.6.2018, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-5/16, EU:C:2018:483, præmis 61).

[17] Princippet om, at gratis emissionskvoter fuldstændigt skal afskaffes senest i 2027, var fastslået i artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87 i den affattelse, som var gældende i nærværende sag. Imidlertid er der sat spørgsmålstegn ved dette princip med de ændringer, som er foretaget af artikel 10a og 10b i direktiv 2003/87 ved artikel 1, nr. 14), litra k), og artikel 1, nr. 15), i direktiv 2018/410.

[18] Jf. i denne henseende (indirekte) dom af 17.10.2013, Billerud Karlsborg og Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, præmis 32).

[19] Jf. i denne henseende dom af 12.4.2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, præmis 27).

og hvilket er vigtigere, er denne proces en nyskabelse, der sikrer en reduktion af drivhusgasemissioner eller i det mindste synes at rumme potentiale til at reducere CO_2 -emissioner [20].

51. Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland har over for denne fortolkning gjort gældende, at der er risiko for overlapning og dobbelttælling af emissioner, selv om der er forbud mod et sådant overlap i adskillige bestemmelser i afgørelse 2011/278 [21]. I retsmødet den 19. maj 2021 fremhævede Forbundsrepublikken Tysklands repræsentant, at der ikke i afgørelse 2011/278 findes nogen kriterier, som muliggør, at der i »dobbeltsager« sondres mellem det, der på den ene side er brændsel, og det, der på den anden side udgør råmaterialer.

52. Jeg deler imidlertid ikke denne frygt. Jeg forklarede fornylig i mit forslag til afgørelse af 3. juni 2021 i ExxonMobil-sagen (C-126/20, EU:C:2021:457), hvorfor det er min opfattelse, at det ville være i strid med ordningen i medfør af artikel 10a i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278, hvis man ikke anvendte det hierarki mellem forskellige benchmarks, der er beskrevet udtrykkeligt i 12. betragtning til denne afgørelse [22].

53. Jeg vil i denne forbindelse derfor blot erindre om, at selv om Domstolen allerede ved flere lejligheder har fastslået, at definitionerne af de forskellige benchmarket delinstallationer gensidigt udelukker hinanden [23], har den endvidere afgjort, at afgørelse 2011/278 har udviklet »*et hierarki med tre fallback-metoder* for at opnå de størst mulige reduktioner af drivhusgasemissionerne og de størst mulige energibesparelser i det mindste for dele af de pågældende produktionsprocesser« [24]. Det er derfor fastslået, at »det kun [er] i tilfælde, hvor det ikke har været muligt at beregne et produktbenchmark, men hvor der optræder drivhusgasser, som berettiger til en gratistildeling af emissionskvoter, at disse kvoter bør tildeles på grundlag af tre andre *hierakisk fastlagte* såkaldte »fallback-metoder« [25]. Selve eksistensen af dette hierarki taler imod risikoen for dobbelttælling.

3. Konklusionen vedrørende det første spørgsmål

54. På grundlag af en ordlyds-, sammenhængs- og formålsfortolkning af artikel 3, litra d), i afgørelse 2011/278 når jeg derfor frem til den konklusion, at denne bestemmelse skal fortolkes således, at betingelserne for gratistildeling af emissionskvoter på grundlag af en »brændselsbenchmarket delinstallation« er opfyldt, når der i et anlæg til produktion af nonferrometaller i henhold til bilag I til direktiv 2003/87/EF i en flammesmelteovn til produktion af primærkobber anvendes et svovlholdigt kobberkoncentrat, og den ikkemålelige varme, der er nødvendig til smeltning af kobbermalmen i koncentratet, i det væsentlige genereres ved oxidering af svovlet i koncentratet, idet kobberkoncentratet både anvendes som råstofkilde og som brændbart materiale til varmeproduktionen.

[20] Ifølge min opfattelse af den omhandlede proces som forklaret af Aurubis og den forelæggende ret i sin anmodning om præjudiciel afgørelse og således med forbehold for sidstnævntes kontrol.

[21] Jf. i denne henseende artikel 6, stk. 2, artikel 7, stk. 7, og artikel 8, stk. 5, i afgørelse 2011/278 og dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 69 og 70).

[22] Jf. mit forslag til afgørelse af 3.6.2021, ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punkt 79-87).

[23] Jf. i denne henseende dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 62), af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 29), af 20.6.2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, præmis 104), og af 3.12.2020, Ingredion Germany (C-320/19, EU:C:2020:983, præmis 68).

[24] Dom af 8.9.2016, Borealis m.fl. (C-180/15, EU:C:2016:647, præmis 67). Min fremhævelse.

[25] Dom af 18.1.2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, præmis 30). Min fremhævelse.

B. Det andet spørgsmål

55. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en ret til tildeling af gratis kvoter for den tredje handelsperiode, som alene er fastslået retsligt efter udløbet af denne handelsperiode, kan opfyldes med gratis kvoter for den fjerde handelsperiode.

56. Dette spørgsmål er nøjagtigt det samme som det femte spørgsmål i ExxonMobil-sagen (sag C-126/20).

57. I min bedømmelse i det forslag til afgørelse, som er fremsat i denne sag, nåede jeg den konklusion, at dette spørgsmål skal besvares bekræftende. Da Domstolen endnu ikke har truffet afgørelse, fastholder jeg respektfuldt denne fortolkning og tillader mig at henvise til mit tidligere forslag til afgørelse for yderligere oplysninger [26].

VI. Konklusion

58. Jeg foreslår følgelig i lyset af ovennævnte betragtninger, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Verwaltungsgericht Berlin (forvaltningsdomstolen i Berlin, Tyskland) som følger:

»1) Artikel 3, litra d), i Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27. april 2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i direktiv 2003/87/EF skal fortolkes således, at betingelserne for gratistildeling af emissionskvoter på grundlag af en »brændselsbenchmarket delinstallation« er opfyldt, når der i et anlæg til produktion af nonferrometaller i henhold til bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009, i en flammesmelteovn til produktion af primærkobber anvendes et svovlholdigt kobberkoncentrat, og den ikkemålelige varme, der er nødvendig til smeltning af kobbermalmen i koncentratet, i det væsentlige genereres ved oxidering af svovlet i koncentratet, idet kobberkoncentratet både anvendes som råstofkilde og som brændbart materiale til varmeproduktionen.

2) En ret til mertildeling af gratis emissionskvoter for tredje handelsperiode efter udløbet af tredje handelsperiode kan 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. Kvoter for tredje handelsperiode bortfalder ikke med udløbet af tredje handelsperiode.«

[26] Jf. mit forslag til afgørelse af 3.6.2021, ExxonMobil (C-126/20, EU:C:2021:457, punkt 89-98).