Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. Kokott
fremsat den 12. november 2015[1]

Forenede sager C-191/14 og C-192/14

Borealis Polyolefine GmbH og OMV Refining & Marketing GmbH
mod
Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Østrig))
sag C-295/14
DOW Benelux BV m.fl.
mod
Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (Nederlandene))
og
forenede sager C-389/14, C-391/14 – C-393/14
Esso Italiana Srl m.fl.
mod
Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto,
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare,
Ministero dell'Economia e delle Finanze og
Presidenza del Consiglio dei Ministri

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italien))

»Miljøret — ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner — kvotetildelingsmetode — tildeling af gratiskvoter — ensartet tværsektoriel korrektionsfaktor — beregning — affaldsgasser — kraftvarmeproduktion — nytilkomne aktiviteter fra 2008 og 2013 — begrundelse — komitologi — ejendom — umiddelbart berørt — begrænsning af virkningerne af en annullation«

Indhold

I – Indledning 3

II – Retsforskrifter 4

A – Direktiv 2003/87 4

1 — Originalsprog: tysk.

B – Afgørelse 2011/278 6

C – Afgørelse 2013/448 7

III – De nationale retssager og anmodningerne om præjudiciel afgørelse 8

A – Spørgsmålene i sagerne C-191/14 og C-192/14 (Borealis Polyolefine) 9

B – Spørgsmålene i sag C-295/14 (DOW Benelux) 9

C – Spørgsmålene i sagerne C-389/14, C-391/14, C-392/14 og C-393/14 (Esso Italiana) 11

D – Retsforhandlingerne for Domstolen 11

IV – Retlig vurdering 11

A – Korrektionsfaktorens retlige kvalificering 11

1. Medlemsstaternes beregning af industrianlæggenes anerkendte behov 12

2. Det af Kommissionen beregnede industriloft 13

a) Artikel 10a, stk. 5, litra a), i direktiv 2003/87 13

b) Artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87 14

3. Den fastsatte korrektionsfaktor 14

4. Formålene med direktiv 2003/87 med hensyn til korrektionsfaktoren 15

B – Hensyntagen til elproduktion fra affaldsgasser og industriel udnyttelse af varme fra højeffektive kraftvarmeanlæg 16

1. Elproduktion fra affaldsgasser 16

2. Kraftvarmeanlæg 18

C – Data anvendt i forbindelse med industriloftet vedrørende sektorer, som først blev inddraget i 2008 og 2013 19

1. Gennemførelsesbestemmelserne 19

2. Dataenes kvalitet 20

a) Udvidelsen fra 2013 20

i) Manglende hensyntagen til nye aktiviteter i visse medlemsstaters data 20

ii) Hensyntagen til nye aktiviteter i andre medlemsstaters data 21

b) Udvidelsen fra 2008 22

D – Begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse 23

1. Den krævede begrundelse for fastsættelsen af korrektionsfaktoren i afgørelse 2013/448 23

2. De data, Kommissionen anvendte 24

3. GD for Klimas skriftlige redegørelse 26

4. Behovet for en tilbageregning 27

5. Konklusion vedrørende begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse 27

E – Den grundlæggende ejendomsret (det sjette spørgsmål i Borealis Polyolefine-sagen og det andet spørgsmål i Esso Italiana-sagen) 27

F – Proceduren i forbindelse med vedtagelsen af afgørelse 2013/448 28

G – Muligheden for at anlægge direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser 31

H – Virkningerne af, at afgørelse 2013/448 er retsstridig 33

V – Forslag til afgørelse 35

I – **Indledning**

1. Ifølge den ordning for handel med emissionsrettigheder, der blev indført ved direktiv 2003/87 [2], har mange industrianlæg stadig mulighed for at opnå midlertidige rettigheder til emission af drivhusgasser i form af kvoter. Direktivet indeholder imidlertid komplicerede bestemmelser, hvorefter mængden af gratistildelte kvoter begrænses med en korrektionsfaktor under fuld hensyntagen til de historiske emissioner og anlæggenes anerkendte behov.

2. Jeg vil i dette forslag til afgørelse behandle en række anmodninger om præjudiciel afgørelse, som hidrører fra Østrig, Nederlandene og Italien, og som vedrører fastsættelsen af denne korrektionsfaktor. Anmodningerne er fremsat i forbindelse med sager anlagt af virksomheder til prøvelse af visse aspekter af beregningen af denne korrektionsfaktor med henblik på at opnå en større mængde gratis emissionsrettigheder. Herudover er Domstolen med det samme formål blevet forelagt en række andre anmodninger om præjudiciel afgørelse fra Italien, Finland, Sverige, Spanien og Tyskland, hvor de forelagte spørgsmål er meget lignende [3].

3. Det centrale spørgsmål i disse sager er, om Kommissionen ved beregning af korrektionsfaktoren har taget tilstrækkeligt hensyn til visse aktiviteter. Det drejer sig om udnyttelse af såkaldte affaldsgasser som brændsel, udnyttelse af varme fra kraftvarmeproduktion og industrielle aktiviteter, der først blev omfattet af ordningen i direktiv 2003/87 i 2008 eller 2013. De pågældende virksomheder kræver desuden vidtrækkende adgang til alle de data, Kommissionen har anvendt i forbindelse med beregningen, således at de kan kontrollere, om der findes andre grunde til at anfægte denne beregning.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13.10.2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF (EUT L 275, s. 32), som ændret ved traktaten om Kroatiens tiltrædelse (EUT 2012, L 112, s. 21).

3 — Sagerne C-502/14 (Buzzi Unicem SpA m.fl., EUT 2015, C 26, s. 13), C-506/14 (Yara Suomi Oy m.fl., EUT 2015, C 34, s. 9), C-180/15 (Borealis AB m.fl. mod Naturvårdsverket, EUT 2015, C 205, s. 21), C-369/15 – C-373/15 (Siderúrgica Sevillana m.fl., EUT 2015, C 311, s. 35) og C-456/15 (BASF), C-457/15 (Vattenfall Europe), C-460/15 (Schaefer Kalk) og C-461/15 (EON Kraftwerke).

4. Det skal desuden afgøres, om Kommissionen med rette undlod at anvende en bestemt »komitologiprocedure«, om virksomhedernes grundlæggende ejendomsret blev krænket, om virksomhederne burde have anlagt direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser i stedet for nationale søgsmål, og hvilke retsvirkninger det vil få, hvis deres indsigelser tages helt eller delvis til følge.

II – **Retsforskrifter**

A – *Direktiv 2003/87*

5. Sagerne vedrører afgørelser, som Kommissionen har vedtaget på grundlag af direktiv 2003/87 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet. De fleste af de bestemmelser, der er relevante i de foreliggende sager, blev indsat i ovennævnte direktiv ved ændringsdirektiv 2009/29[4].

6. Følgende definitioner i artikel 3 i direktiv 2003/87 er af særlig interesse:

»I dette direktiv forstås ved:

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

[…]

u) »elektricitetsgenerator«: et anlæg, som den 1. januar 2005 eller derefter har produceret el med henblik på salg til tredjeparter, og hvor der ikke udføres andre af de i bilag I opførte aktiviteter end forbrænding af brændstof.«

7. Artikel 9 i direktiv 2003/87 omhandler mængden af emissionsrettigheder, der er til rådighed, og den årlige reduktion:

»Den samlede kvotemængde i Fællesskabet, som udstedes hvert år begyndende i 2013, mindskes lineært fra midtpunktet af perioden fra 2008 til 2012. Mængden nedsættes med en lineær faktor på 1,74% i forhold til den gennemsnitlige samlede årlige mængde kvoter, som medlemsstaterne udsteder i henhold til Kommissionens beslutninger om deres nationale tildelingsplaner for perioden fra 2008 til 2012. Den samlede kvotemængde i Fællesskabet vil kun blive forhøjet som følge af Kroatiens tiltrædelse med den mængde kvoter, som Kroatien auktionerer i henhold til artikel 10, stk. 1.

Kommissionen offentliggør senest den 30. juni 2010 den absolutte kvotemængde i Fællesskabet for 2013, som baseres på den samlede mængde kvoter, som medlemsstaterne har udstedt eller vil udstede i henhold til Kommissionens beslutninger om deres nationale tildelingsplaner for perioden fra 2008 til 2012.

[…]«

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23.4.2009 (EUT L 140, s. 63).

8. Det bestemmes i direktivets artikel 9a, stk. 2, hvordan emissioner fra anlæg, der først omfattes af ordningen fra 2013, skal indberettes med henblik på tildeling af emissionsrettigheder:

»For anlæg, der udfører aktiviteter opført i bilag I, som først omfattes af fællesskabsordningen fra 2013, sikrer medlemsstaterne, at sådanne anlægs driftsledere forelægger den relevante kompetente myndighed behørigt dokumenterede og uafhængigt verificerede emissionsdata, således at der kan tages hensyn til dem i forbindelse med tilpasningen af den samlede mængde kvoter i Fællesskabet, der skal udstedes.

Sådanne emissionsdata skal forelægges den relevante kompetente myndighed senest den 30. april 2010 i overensstemmelse med de bestemmelser, der er vedtaget i henhold til artikel 14, stk. 1.

Hvis de forelagte data er behørigt dokumenteret, underretter den kompetente myndighed Kommissionen herom inden den 30. juni 2010, hvorefter der foretages en tilpasning af den kvotemængde, der skal udstedes, justeret med den i artikel 9 omhandlede lineære faktor. For anlæg, der udleder andre drivhusgasser end CO_2, kan den kompetente myndighed indberette en lavere mængde emissioner alt efter disse anlægs emissionsreduktionspotentiale.«

9. Artikel 10a, stk. 1 og 2, i direktiv 2003/87 omhandler fastsættelse af »benchmark« for de forskellige aktiviteter:

»1. 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-benchmark for hele Fællesskabet for at sikre, at tildelingen sker på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved at inddrage de mest effektive teknikker, 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.

[…]

2. Ved fastlæggelsen af principperne for etablering af ex ante-benchmark i de enkelte sektorer eller delsektorer skal udgangspunktet være den gennemsnitlige præstation for de 10% mest effektive anlæg i en sektor eller delsektor i Fællesskabet i 2007-2008. […]«

10. Det fremgår bl.a. af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, at der ikke tildeles gratiskvoter i forbindelse med elproduktion:

»Med forbehold af stk. 4 og 8 og uanset artikel 10c foretages der ingen gratistildeling til elektricitetsgeneratorer, CO_2-opsamlingsanlæg, rørledninger til transport af CO_2 eller CO_2 -lagringssteder.«

11. Artikel 10a, stk. 4, i direktiv 2003/87 indeholder imidlertid særlige bestemmelser om kraftvarmeproduktion:

»Der tildeles gratiskvoter til fjernvarme og til højeffektiv kraftvarmeproduktion […] til dækning af økonomisk berettiget efterspørgsel for så vidt angår produktion af varme eller køling. Hvert år efter 2013 justeres den samlede tildeling til sådanne anlæg vedrørende varmeproduktion med den lineære faktor, der er omhandlet i artikel 9.«

12. Artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 vedrører fastsættelse af en korrektionsfaktor for tildeling af kvoter:

»Den maksimale årlige kvotemængde, der ligger til grund for beregningen af tildelinger til anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3, og som ikke er nytilkomne, må ikke overstige summen af:

a) Fællesskabets samlede årlige mængde opgjort i henhold til artikel 9, ganget med andelen af emissioner fra anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3, i de samlede gennemsnitlige verificerede emissioner i perioden 2005-2007 fra anlæg, der er omfattet af fællesskabsordningen i perioden fra 2008 til 2012, og

b) de samlede gennemsnitlige årlige verificerede emissioner fra anlæg i perioden 2005-2007, der først omfattes af fællesskabsordningen i 2013 eller senere, og som ikke er omfattet af stk. 3, justeret med den i artikel 9 omhandlede lineære faktor.

Der anvendes en ensartet, tværsektoriel korrektionsfaktor, hvor det er nødvendigt.«

B – *Afgørelse 2011/278*

13. Artikel 10 i afgørelse 2011/278[5] omhandler tildeling af gratiskvoter. Ifølge stk. 2 beregner medlemsstaterne først, hvor mange kvoter de enkelte industrianlæg skal tildeles, på grundlag af de historiske emissioner og de produktbenchmark, som Kommissionen allerede har fastsat. Resultaterne meddeles Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 2, litra e).

14. Kommissionen benytter i henhold til artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278 de oplysninger, den har fået af medlemsstaterne, til at beregne den korrektionsfaktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87:

»Efter modtagelse af den i stk. 1 omhandlede liste vurderer Kommissionen hvert anlægs optagelse på listen og de tilknyttede foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter.

Efter alle medlemsstaters anmeldelse af det foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter for perioden 2013 til 2020 fastlægger Kommissionen den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87/EF. Den fastlægges ved at sammenligne summen af de foreløbige samlede årlige antal gratistildelte emissionskvoter til anlæg, som ikke er elektricitetsgeneratorer, for hvert år i perioden 2013 til 2020, uden at anvende de i bilag VI anførte faktorer, med den årlige mængde kvoter, der beregnes i overensstemmelse med artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87/EF for anlæg, som ikke er elektricitetsgeneratorer eller nytilkomne, under hensyntagen til den relevante andel af den samlede årlige kvotemængde for EU som helhed, der fastlægges i henhold til direktivets artikel 9, og den relevante mængde emissioner, som først omfattes af [EU's emissionshandelsordning] fra 2013 og fremefter.«

5 — Kommissionens afgørelse 2011/278/EU af 27.4.2011 om fastlæggelse af midlertidige EU-regler for harmoniseret gratistildeling af emissionskvoter i henhold til artikel 10a i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT L 130, s. 31).

15. Hvis man ganger det foreløbigt beregnede antal gratistildelte emissionskvoter for hvert industrianlæg med korrektionsfaktoren, får man ifølge artikel 10, stk. 9, i afgørelse 2011/278 det endelige samlede årlige antal kvoter.

16. 21. betragtning til afgørelse 2011/278 har særlig interesse for spørgsmålet om hensyntagen til kraftvarmeproduktion i forbindelse med benchmark:

»Hvis der udveksles målelig varme mellem to eller flere anlæg, bør gratistildelingen af emissionskvoter baseres på et anlægs varmeforbrug og tage højde for risikoen for carbon leakage. Emissionskvoterne bør således tildeles varmeforbrugeren for at sikre, at mængden af gratistildelte emissionskvoter er uafhængig af varmeforsyningsstrukturen.«

17. 32. betragtning til afgørelse 2011/278 belyser spørgsmålet om hensyntagen til spildgasser ved fastlæggelsen af produktbenchmark:

»Det er også hensigtsmæssigt, at produktbenchmarkene tager hensyn til energieffektiv genvinding af spildgasser og emissioner i forbindelse med brugen af dem. Med dette mål for øje er der ved fastlæggelsen af benchmarkværdier for produkter, hvis fremstilling genererer spildgasser, i vidt omfang taget hensyn til kulstofindholdet i disse spildgasser. Hvis spildgasser eksporteres fra produktionsprocessen ud over systemgrænserne for det relevante produktbenchmark og forbrændes med henblik på varmeproduktion uden for systemgrænserne af en benchmarket proces, jf. definitionen i bilag I, bør der tages hensyn til de dertil knyttede emissioner ved at tildele yderligere emissionskvoter på grundlag af varme- eller brændselsbenchmarket. I lyset af princippet om, at der ikke bør tildeles gratis emissionskvoter til nogen form for elproduktion for at undgå unødvendig konkurrencefordrejning på markederne for elektricitet, der leveres til industrianlæg, og under hensyntagen til den indeholdte kulstofpris i elektricitet, er det hensigtsmæssigt, at der – hvor spildgasser eksporteres fra produktionsprocessen ud over systemgrænserne for det relevante produktbenchmark og afbrændes for at producere elektricitet – ikke tildeles yderligere kvoter ud over kvoterne for den del af spildgassens kulstofindhold, som der er taget højde for i det relevante produktbenchmark.«

C – *Afgørelse 2013/448*

18. Artikel 4 i afgørelse 2013/448[6] vedrører korrektionsfaktoren for årene 2013 til 2020:

»Den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87/EF og fastsat i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278/EU, er anført i bilag II til denne afgørelse.«

19. Ifølge bilag II til afgørelse 2013/448 svarede korrektionsfaktoren for 2013 til 94,272151%. I årene herefter nedsættes denne andel, så den udgør 82,438204% i 2020.

20. Kommissionen forklarer i 25. betragtning, hvordan den nåede frem til disse tal:

»Den grænse, der er fastsat ved artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87/EF, er 809 315 756 kvoter i 2013. For at beregne denne grænse indsamlede Kommissionen først oplysninger fra medlemsstaterne og EØS-EFTA-landene om, hvorvidt deres anlæg kunne betragtes som et elproducerende anlæg eller andet anlæg omfattet af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87/EF. Kommissionen bestemte herefter den brøkdel af emissionerne for perioden 2005-2007, der hidrørte fra anlæg, som ikke var omfattet af den nævnte bestemmelse, men som var omfattet af EU's emissionshandelssystem i perioden 2008-2012.

6 — Kommissionens afgørelse 2013/448/EU af 5.9.2013 om nationale gennemførelsesforanstaltninger vedrørende foreløbig gratistildeling af drivhusgasemissionskvoter i overensstemmelse med artikel 11, stk. 3, i direktiv 2003/87/EF (EUT L 240, s. 27).

Kommissionen anvendte den brøkdel af 34,78289436% på det antal, der var bestemt på grundlag af artikel 9 i direktiv 2003/87/EF (1 976 784 044 kvoter). Til resultatet af denne beregning lagde Kommissionen 121 733 050 kvoter på grundlag af de gennemsnitlige årlige verificerede emissioner i perioden 2005-2007 fra relevante anlæg, idet der blev taget hensyn til EU's emissionshandelssystems reviderede anvendelsesområde fra 2013. Hertil anvendte Kommissionen oplysninger fremsendt af medlemsstaterne og EØS-EFTA-landene til tilpasningen af loftet. I tilfælde, hvor de årlige verificerede emissioner for perioden 2005-2007 ikke var tilgængelige, ekstrapolerede Kommissionen, i det omfang det var muligt, de relevante emissionstal fra senere års verificerede emissioner ved at anvende faktoren på 1,74% i modsat retning. Kommissionen hørte medlemsstaternes myndigheder og modtog deres bekræftelse af, at oplysninger og data kunne anvendes til dette formål. Den grænse, der er fastsat ved artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87/EF, sammenlignet med summen af de foreløbige årlige gratistildelte kvoter uden anvendelse af de faktorer, der er nævnt i bilag VI til afgørelse 2011/278/EU, giver den årlige tværsektorielle korrektionsfaktor i bilag II til denne afgørelse.«

III – **De nationale retssager og anmodningerne om præjudiciel afgørelse**

21. Østrig, Nederlandene og Italien beregnede i 2012 (midlertidigt) de gratis kvoter for emission af drivhusgasser, som de i hovedsagerne omhandlede virksomheder skulle tildeles, og underrettede Kommissionen herom.

22. Den 5. september 2013 vedtog Kommissionen afgørelse 2013/448, hvori den fastsatte den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor.

23. På grundlag af denne korrektionsfaktor tildelte de tre nævnte medlemsstater de sagsøgende virksomheder et mindre antal emissionskvoter, end der foreløbigt var beregnet.

24. De virksomheder, der er parter i hovedsagerne, har klaget over den endelige tildeling, hvilket har resulteret i de foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse.

A – *Spørgsmålene i sagerne C-191/14 (Borealis Polyolefine) og C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (forvaltningsdomstolen i delstaten Niederösterreich) (Østrig) har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, i det omfang den fra beregningsgrundlaget i henhold til artikel 10a, stk. 5, litra a) og b), udelukker emissioner i forbindelse med affaldsgasser, der produceres af anlæg, som henhører under bilag I til direktiv 2003/87, eller med varme, der udnyttes af anlæg, som henhører under bilag I til direktiv 2003/87 og stammer fra kraftvarmeanlæg, som kan opnå en gratistildeling i henhold til artikel 10a, stk. 1 og […]4, i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278?

2) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod artikel 3e og 3u i direktiv 2003/87 i sig selv, og/eller sammenholdt med artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, i det omfang den bestemmer, at CO_2-emissioner i forbindelse med affaldsgasser – som produceres af anlæg, der henhører under bilag I til direktiv 2003/87 – eller med varme, der udnyttes i anlæg, som henhører under bilag I til direktiv 2003/87 og er erhvervet af kraftvarmeanlæg, er emissioner fra »elektricitetsgeneratorer«?

3) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod formålene med direktiv 2003/87, i det omfang den skaber en asymmetri, idet emissioner i forbindelse med afbrænding af affaldsgasser og med varme, som er produceret ved kraftvarmeproduktion, er udelukket fra beregningsgrundlaget i artikel 10a, stk. 5, litra a) og b), mens der i henhold til artikel 10a, stk. 1 og […] 4, i direktiv 2003/87 og i henhold til afgørelse 2011/278 tilkommer dem en gratistildeling?

4) Er afgørelse 2011/278 ugyldig, og strider den mod artikel 290 TEUF og artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, i det omfang dens artikel 15, stk. 3, ændrer artikel 10a, stk. 5, litra a) og b), i direktiv 2003/87 således, at den erstatter henvisningen til »anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3« med en henvisning til »anlæg, som ikke er elektricitetsgeneratorer«?

5) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod artikel 23, stk. 3, i direktiv 2003/87, i det omfang denne afgørelse ikke blev truffet på grundlag af forskriftsproceduren med kontrol, som er fastsat i artikel 5a i Rådets afgørelse 1999/468 og artikel 12 i forordning nr. 182/2011?

6) Skal artikel 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder forstås således, at den udelukker tilbageholdelse af gratistildelinger baseret på en uretmæssig beregning af en tværsektoriel korrektionsfaktor?

7) Skal artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 i sig selv, og/eller sammenholdt med artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278, forstås således, at den udelukker anvendelsen af en national lovbestemmelse, som fastsætter anvendelsen af en uretmæssigt beregnet ensartet tværsektoriel korrektionsfaktor, således som den er fastlagt i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II til denne, på gratistildelinger i en medlemsstat?

8) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, i det omfang den kun omfatter emissioner fra anlæg, der indgik i fællesskabsordningen fra 2008, således at den udelukker de emissioner, der er forbundet med aktiviteter, som indgik i fællesskabsordningen fra 2008 (i det ændrede bilag I til direktiv 2003/87), hvis disse aktiviteter fandt sted i anlæg, som allerede indgik i fællesskabsordningen før 2008?

9) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, og strider den mod artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, i det omfang den kun omfatter emissioner fra anlæg, der indgik i fællesskabsordningen fra 2013, således at den udelukker de emissioner, der er forbundet med aktiviteter, som indgik i fællesskabsordningen fra 2013 (i det ændrede bilag I til direktiv 2003/87), hvis disse aktiviteter fandt sted i anlæg, som allerede indgik i fællesskabsordningen før 2013?«

B – *Spørgsmålene i sag C-295/14 (DOW Benelux)*

26. Det nederlandske Raad van State (statsråd) har stillet følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 263, stk. 4, TEUF fortolkes således, at driftsledere af anlæg, som fra 2013 var omfattet af bestemmelserne om handel med emissioner i direktiv 2003/87, bortset fra driftsledere af anlæg som omhandlet i direktivets artikel 10a, stk. 3, og nytilkomne erhvervsdrivende, utvivlsomt kunne have anlagt sag ved Retten med påstand om annullation af afgørelse 2013/448, for så vidt den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved?

2) Er afgørelse 2013/448, for så vidt den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved, ugyldig derved, at afgørelsen ikke blev truffet i henhold til den i artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87/EF omhandlede forskriftsprocedure med kontrol?

3) Er artikel 15 i afgørelse 2011/278 i strid med artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, fordi førstnævnte artikel er til hinder for, at der ved fastsættelsen af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor tages hensyn til emissioner fra elektricitetsgeneratorer? I bekræftende fald, hvilke følger har denne modstrid for afgørelse 2013/448?

4) Er afgørelse 2013/448, for så vidt den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved, ugyldig derved, at afgørelsen også støttes på data, der er meddelt til gennemførelse af artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87, uden at de i dette stykke omhandlede bestemmelser var vedtaget i henhold til artikel 14, stk. 1?

5) Er afgørelse 2013/448, for så vidt den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved, i strid med særligt artikel 296 TEUF eller med artikel 41 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder derved, at mængden af emissioner og emissionskvoter, der var bestemmende for fastsættelsen af korrektionsfaktoren, kun delvist er anført i afgørelsen?

6) Er afgørelse 2013/448 for så vidt den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved, i strid med særligt artikel 296 TEUF eller med artikel 41 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder derved, at denne korrektionsfaktor blev fastsat på grundlag af oplysninger, som driftslederne af de af emissionshandelen berørte anlæg, ikke kunne erhverve kendskab til?«

C – *Spørgsmålene i sagerne C-389/14, C-391/14 – C-393/14 (Esso Italiana)*

27. Endelig har den italienske Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er afgørelse 2013/448 ugyldig, fordi der ved beregningen af de gratistildelte kvoter ikke er blevet taget hensyn til andelen af emissioner med forbindelse til forbrænding af affaldsgasser – eller gasser fra stålproduktionsprocesser – eller emissioner med forbindelse til varme produceret ved kraftvarmeproduktion, hvilket udgør en tilsidesættelse af artikel 290 TEUF og artikel 10a, stk. 1, 4 og 5, i direktiv 2003/87 og dermed en overskridelse af begrænsningerne i bemyndigelsen i henhold til direktivet, hvilket således er i strid med formålene med direktivet (fremme anvendelsen af mere energieffektive teknologier og bidrage til den økonomiske udvikling og beskæftigelsessituationen)?

2) Er afgørelse 2013/448 ugyldig i lyset af artikel 6 TEU, idet den er i strid med artikel 1 i tillægsprotokollen til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK) samt konventionens artikel 17, fordi den uretmæssigt har medført en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af de sagsøgende selskabers berettigede forventning om at opretholde godet bestående i den kvotemængde, som foreløbigt blev tildelt dem, og hvortil de havde ret på grundlag af direktivets bestemmelser, og således bevirket en berøvelse af det nævnte godes økonomiske nytteværdi?

3) Er afgørelse 2013/448 ugyldig for så vidt angår den del, der fastlægger den tværsektorielle korrektionsfaktor, henset til, at afgørelsen er i strid med artikel 296, stk. 2, TEUF og artikel 41 i Nicechartret, fordi den mangler en passende begrundelse?

4) Er afgørelse 2013/448 ugyldig for så vidt angår den del, der fastlægger den tværsektorielle korrektionsfaktor, henset til, dels at afgørelsen er i strid med artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 og det i artikel 5, stk. 4, TEU fastlagte proportionalitetsprincip, dels at afgørelsen er behæftet med oplysningsmangler og et urigtigt skøn, fordi der ved beregningen af den maksimale gratistildelte kvotemængde (oplysning, der er relevant med henblik på fastlæggelsen af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor) ikke er blevet taget hensyn til konsekvenserne af de fortolkningsmæssige ændringer vedrørende begrebet »forbrændingsanlæg«, der er indtrådt mellem den første (2005-2007) og den anden fase (2008-2012) for gennemførelse af direktiv 2003/87?

5) Er afgørelse 2013/448 ugyldig for så vidt angår den del, der fastlægger den tværsektorielle korrektionsfaktor, idet den udgør en tilsidesættelse af artikel 10a, stk. 5, og artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87 samt er behæftet med oplysningsmangler og et urigtigt skøn henset til, at

beregningen af den maksimale gratistildelte kvotemængde (oplysning, der er relevant med henblik på fastlæggelsen af den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor) er blevet gennemført på grundlag af data fra medlemsstaterne, der indbyrdes ikke er overensstemmende, fordi de er baseret på afvigende fortolkninger af artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87?

6) Er afgørelse 2013/448 afslutningsvis ugyldig for så vidt angår den del, der fastlægger den tværsektorielle korrektionsfaktor, idet den udgør en tilsidesættelse af reglerne om den i artikel 10a, stk. 1, og artikel 23, stk. 3, i direktiv 2003/87 omhandlede procedure?«

D – *Retsforhandlingerne for Domstolen*

28. Som parter i hovedsagen har Borealis m.fl. afgivet skriftlige indlæg i de østrigske hovedsager Borealis Polyolefine m.fl., og det samme har DOW Benelux, Esso Nederland m.fl., Akzo Nobel Chemicals m.fl. og Yara Sluiskil m.fl. i den nederlandske hovedsag og Esso Italiana, Eni og Linde Gas Italia i de italienske hovedsager. Der er desuden afgivet skriftlige indlæg af Tyskland, Nederlandene, Spanien (kun i de italienske hovedsager) og Kommissionen.

29. Domstolen har ganske vist forenet henholdsvis de to østrigske og de fire italienske anmodninger om præjudiciel afgørelse, men i øvrigt ikke forenet de foreliggende sager formelt endnu. Domstolen afholdt imidlertid et fælles retsmøde den 3. september 2015. De ovenfor nævnte parter (med undtagelse af Linde) såvel som parterne i de italienske hovedsager Luchini m.fl. og Buzzi Unicem deltog i dette retsmøde.

30. Jeg vil behandle alle de foreliggende sager i det samme forslag til afgørelse og finder det hensigtsmæssigt, at Domstolen følger dette eksempel og forener dem med henblik på dommen.

IV – **Retlig vurdering**

31. Formålet med de spørgsmål, der er forelagt i forbindelse med de præjudicielle anmodninger, er at rejse tvivl om den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 (herefter »korrektionsfaktoren«), og som Kommissionen fastsatte i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil.

32. For at kunne forstå disse spørgsmål skal det først forklares, hvordan denne korrektionsfaktor beregnes, og hvilken betydning den har for ordningen i direktiv 2003/87 (jf. afsnit A). Dernæst vil jeg gennemgå de spørgsmål, der vedrører den utilstrækkelige hensyntagen til visse emissionskilder (jf. afsnit B og C), begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse (jf. afsnit D), den grundlæggende ejendomsret (jf. afsnit E) og den procedure, der blev anvendt i forbindelse med afgørelsen (jf. afsnit F). Af hensyn til sammenhængen i fremstillingen af de meget komplekse retlige omstændigheder vil jeg herefter forklare, at de i hovedsagerne omhandlede virksomheder ikke behøvede at rejse indsigelse som led i et direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser (jf. afsnit G), og hvilke konsekvenser resultatet af vurderingen af afgørelsen bør have (jf. afsnit H).

A – *Korrektionsfaktorens retlige kvalificering*

33. Ifølge artikel 1 i direktiv 2003/87 fastlægges der en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner med henblik på at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde.

34. De anlæg, der er omfattet af ordningen, skal erhverve emissionsrettigheder i form af kvoter for at kunne udlede drivhusgasser. I praksis er der næsten udelukkende tale om emission af CO_2. Det fremgår af artikel 9 og 9a i direktiv 2003/87, at den samlede mængde kvoter, der er til rådighed, er begrænset og nedsættes med 1,75% hvert år fra og med 2010. Nedsættelsen skal ifølge 13. betragtning til direktiv 2009/29 medvirke til at reducere de klimaskadelige emissioner med 20% frem til 2020 set i forhold til 1990.

35. Siden 2013 har det kun været en del af disse kvoter, der tildeles gratis. Den øvrige del tildeles ved auktion. Der sondres mellem elektricitetsgeneratorer, som med få undtagelser *ikke* giver adgang til gratiskvoter[7], og industrianlæg, som enten tildeles alle[8] nødvendige kvoter eller i hvert fald en del af dem[9] gratis.

36. De foreliggende spørgsmål vedrører umiddelbart kun situationen for industrianlæg, som giver ret til tildeling af gratiskvoter, og ikke situationen for elektricitetsgeneratorer. Den omtvistede korrektionsfaktor medfører således en reduktion af de emissionskvoter, som industrianlæg tildeles gratis.

37. Korrektionsfaktoren fastlægges, ved at medlemsstaterne og Kommissionen hver især beregner, hvor mange kvoter der samlet set tilfalder alle eksisterende industrianlæg. Medlemsstaterne og Kommissionen benytter sig af forskellige beregningsmetoder. Den laveste af de to værdier afgør, hvor mange kvoter der i sidste instans tildeles gratis.

38. Hvis medlemsstaternes værdi havde været lavest, ville der ikke have været behov for nogen korrektion. Medlemsstaterne kunne i så fald have foretaget gratistildelingen på grundlag af deres udgangsværdi.

39. Det viste sig imidlertid, at Kommissionens værdi var lavest. Det resulterede i den situation, der er nævnt i artikel 10a, stk. 5, andet afsnit, og det blev derfor nødvendigt at anvende en ensartet tværsektoriel korrektionsfaktor. Denne faktor lå i det første år på ca. 94,3%, og i perioden frem til 2020 falder den til ca. 80,4%. Det er således kun denne andel af medlemsstaternes foreløbigt beregnede antal gratistildelte kvoter, der i sidste ende vil blive tildelt.

1. Medlemsstaternes beregning af industrianlæggenes anerkendte behov

40. Medlemsstaterne fastsætter den værdi, der er nævnt i artikel 10a, stk. 5, in initio, i direktiv 2003/87, dvs. den mængde kvoter, der ligger til grund for beregningen af de (fremtidige) årlige gratistildelinger til industrianlæg. Denne mængde beregnes reelt fra grunden, dvs. på basis af de enkelte anlægs historiske aktivitet og de »benchmark«, som Kommissionen har fastlagt for den pågældende aktivitet i afgørelse 2011/278. Disse benchmark består af en bestemt mængde CO_2 -emissioner, som Kommissionen anser for at være nødvendig for at fremstille en bestemt mængde af det pågældende produkt. Jeg vil i det følgende betegne denne værdi som det *anerkendte behov*.

41. I henhold til artikel 10a, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2003/87 skal udgangspunktet for benchmarkene være den gennemsnitlige præstation for de 10% mest effektive anlæg i den enkelte sektor eller delsektor i EU. Ifølge artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, skal disse benchmark desuden sikre, at tildelingen sker på en måde, der skaber incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og

7 — Artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, andet punktum, stk. 3 og stk. 7, tredje afsnit, i direktiv 2003/87.

8 — Der er ifølge artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87 tale om anlæg i sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for »*carbon leakage*«.

9 — I henhold til artikel 10a, stk. 11, i direktiv 2003/87 tildeles de i første omgang 80% af de nødvendige kvoter vederlagsfrit. Frem til 2020 mindskes denne andel lineært til 30%, hvorefter den bringes ned på 0% i 2027.

anvendelse af energieffektive teknikker ved bl.a. at inddrage højeffektiv kraftvarmeproduktion og energieffektiv genvinding af affaldsgasser, og de må ikke tilskynde til at øge emissionerne. Kommissionen skal have denne målsætning for øje, når den fastlægger benchmarkene for de forskellige aktiviteter.

42. De benchmark for industrianlæg, der fastlægges af Kommissionen, indbefatter bl.a. emissioner fra udnyttelse af affaldsgasser, der genereres i forbindelse med visse produktionsprocesser, som brændsel (jf. afsnit B, nr. 1), og de tager højde for industriel udnyttelse af varme fra kraftvarmeanlæg (jf. afsnit B, nr. 2). De anvendes desuden for alle industrianlæg, der på nuværende tidspunkt indgår i ordningen i direktiv 2003/87, dvs. også for anlæg, der først blev omfattet i 2008 [jf. afsnit C, nr. 2, litra b)] eller 2013 [jf. afsnit C, nr. 2, litra a)].

43. Medlemsstaterne fastlægger det anerkendte behov for alle industrianlæg på deres område ved hjælp af disse benchmark, idet de ifølge artikel 10 i afgørelse 2011/278 ganger benchmarkene for hver enkelt aktivitet med det historiske aktivitetsniveau for den pågældende delinstallation. De fremlægger disse data for Kommissionen senest den 30. september 2011 i henhold til artikel 11, stk. 1, i direktiv 2003/87. Kommissionen lægger de fremlagte tal sammen for at beregne det samlede anerkendte behov for alle industrianlæg inden for EU.

2. Det af Kommissionen beregnede industriloft

44. Kommissionen beregner den anden værdi, det såkaldte industriloft, på en mere overordnet måde, eftersom den fastsætter den andel af den samlede mængde tilgængelige emissionskvoter, som industrianlæggene alt i alt kan tilkomme, på grundlag af historiske emissionsdata. Dette industriloft består af to delmængder, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, litra a) og b), i direktiv 2003/87.

a) Artikel 10a, stk. 5, litra a), i direktiv 2003/87

45. Den første delmængde, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, litra a), i direktiv 2003/87, er den gennemsnitlige samlede årlige kvotemængde opgjort i henhold til artikel 9, stk. 1, som blev tildelt for den anden tildelingsperiode fra 2008 til 2012, altså det historiske behov hos alle anlæg, der indgik i direktivets ordning i denne periode. Denne samlede mængde omfatter begge kategorier, dvs. både elektricitetsgeneratorer og industrianlæg.

46. Mængden af disse kvoter blev fastlagt af de pågældende medlemsstater. Det fremgik ikke af den dagældende affattelse af direktiv 2003/87, at de skulle anvende en specifik metode i denne forbindelse [10].

47. Den gennemsnitlige mængde for perioden fra 2008 til 2012, der fastsættes på grundlag af disse nationale tildelinger for hele EU, nedsættes fra midtpunktet af denne periode, dvs. fra 2010, hvert år [11] med en lineær faktor på 1,74% for så vidt angår beregningen af den samlede årlige mængde, der skal gælde fremover.

48. Ifølge artikel 10a, stk. 5, litra a), i direktiv 2003/87 kan der imidlertid kun tages hensyn til andelen af emissioner fra anlæg, der ikke er omfattet af artikel 10a, stk. 3, ved beregningen af industriloftet. I praksis blev de kvoter, der blev tildelt elektricitetsgeneratorer indtil 2012, derfor ikke taget i betragtning. Kommissionen beregner denne andel ud fra den mængde kvoter, der i gennemsnit blev tildelt industrianlæggene i perioden 2005-2007.

10 — Dom Kommissionen mod Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, præmis 52).

11 — Jf. præciseringen i 13. betragtning til Kommissionens afgørelse 2010/384/EU af 9.7.2010 om den samlede EU-kvotemængde, der skal udstedes i henhold til EU's emissionshandelsordning for 2013 (EUT L 175, s. 36).

49. Industriloftet indbefatter således ikke kvoter, som tidligere blev tildelt elektricitetsgeneratorer for emissioner, der opstod ved udnyttelse af affaldsgasser som brændsel (jf. afsnit B, nr. 1) eller ved industriel produktion af varme i kraftvarmeanlæg (jf. afsnit B, nr. 2). Henvisningen til industriens andel i perioden 2005-2007 er desuden til hinder for, at der tages hensyn til industrianlæg, som først blev omfattet af direktiv 2003/87 i 2008 [jf. afsnit C, nr. 2, litra b)]. Det drejer sig om visse forbrændingsanlæg og anlæg på EØS-staternes område. Der blev imidlertid taget hensyn til alle disse emissioner i forbindelse med industribenchmarkene.

b) Artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87

50. Den anden delmængde, der er omhandlet i artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87, omfatter anlæg, som først indgik i direktivets ordning i 2013 eller senere. Fra 2013 omfatter ordningen således også emissioner fra fremstilling af aluminium og emissioner fra visse dele af den kemiske industri.

51. Det sker på grundlag af de samlede gennemsnitlige årlige verificerede emissioner fra disse anlæg i perioden 2005-2007. Denne værdi nedsættes også med den nævnte lineære faktor på 1,74% pr. år, og elektricitetsgeneratorer tages ikke i betragtning.

52. Problemet er i denne forbindelse, at der ikke blev anvendt ensartede emissionsdata for alle medlemsstater. I nogle medlemsstater blev der kun anvendt emissionsdata for anlæg, der samlet set først blev tilknyttet ordningen i 2013. I andre medlemsstater blev der imidlertid også anvendt emissionsdata vedrørende nye aktiviteter inden for ordningen, som iværksættes på anlæg, der allerede er tilknyttet ordningen på grund af andre aktiviteter [jf. afsnit C, nr. 2, litra a)].

3. Den fastsatte korrektionsfaktor

53. Man skulle umiddelbart tro, at det anerkendte behov, som medlemsstaterne beregner, vil være mindre end de historiske tildelinger til samtlige anlæg, herunder de mindst effektive, som danner grundlag for Kommissionens værdi, eftersom dette behov fokuserer på de mest effektive anlæg [12]. Ved sammenligningen af de to værdier vil det således kun være den lineære årlige nedsættelse af industriloftet med 1,74%, der manifesterer sig. Det bør ikke være nødvendigt at anvende en korrektionsfaktor, før nedsættelserne har udlignet det »forspring«, der skyldes fokuseringen på de mest effektive anlæg.

54. Resultatet af sammenligningen af medlemsstaternes værdi med Kommissionens værdi giver faktisk indtryk af, at det anerkendte behov, der ligger til grund for afgørelse 2013/448, har et *større* omfang end de historiske tildelinger. Korrektionsfaktoren har således lige fra begyndelsen haft en større virkning end den lineære nedsættelse, idet korrektionsfaktoren på 94,272151% i startåret 2013 reducerer gratistildelingen med 5,727849%. Den lineære nedsættelse, der fandt sted indtil dette tidspunkt, dvs. fra 2011 til 2013, udgør kun 5,22%. Virkningen vil dog blive noget mindre med tiden. I slutåret 2020 udgør korrektionsfaktoren 82,438204%, hvilket resulterer i en nedsættelse på 17,561796%. Det er kun en anelse mere end den kumulerede lineære nedsættelse på 17,4%, der finder sted i løbet af de samme ti år.

12 — Esso Nederland m.fl. har gjort gældende, at dette også var Kommissionens antagelse i 2010, men ikke i det foreliggende tilfælde.

55. De i hovedsagerne omhandlende virksomheder anser derfor korrektionen for at være for høj. Efter deres opfattelse skyldes denne virkning, at der med urette blev taget hensyn til visse aktiviteter i forbindelse med det anerkendte behov [13], men ikke ved industriloftets fastlæggelse [14]. De ønsker desuden adgang til de data, der er nødvendige for at kunne foretage en nærmere kontrol af korrektionsfaktorens beregning (jf. afsnit D).

4. Formålene med direktiv 2003/87 med hensyn til korrektionsfaktoren

56. Det må erkendes, at en »asymmetrisk« [15] hensyntagen til visse aktiviteter står i modsætning til et af formålene med korrektionsfaktoren. Disse formål var ganske vist ikke udtrykkeligt fastsat, men det fremgår af den lovgivningsmæssige sammenhæng, at korrektionsfaktoren har et dobbelt mål.

57. Det første formål med korrektionsfaktoren er at bringe den lineære reduktionsfaktor på 1,74% i anvendelse. Denne målsætning berøres ikke af den påtalte asymmetri. Det ville dog også have været muligt at anvende reduktionsfaktoren uden at skulle foretage en kompliceret sammenligning af det anerkendte behov med industriloftet.

58. Korrektionsfaktorens andet formål er endnu vigtigere: Den skal sikre, at de benchmarkbaserede gratistildelinger ikke ændrer den balance, som den tidligere tildelingsordning har etableret mellem industrielle aktiviteter og elproduktion, til fordel for industrien.

59. Denne balance er vigtig. Hvis de industrielle aktiviteter lægger beslag på en større andel af den samlede mængde kvoter, der er til rådighed, vil det nemlig indskrænke mængden af kvoter, der vil kunne auktioneres. Når denne mængde ikke er tilstrækkelig til at dække det behov, som auktionerne skal imødekomme, kan det resultere i uforholdsmæssige prisstigninger. Det vil især være til skade for elindustrien og forbrugerne. Det vil dog også gå ud over visse industrisektorer, som er nødt til at købe en del af de kvoter, de har behov for.

60. Denne historiske balance forrykkes imidlertid, hvis en ny beregningsmetode medfører, at aktiviteter, der tidligere blev henregnet til elproduktion eller slet ikke blev taget i betragtning, nu henføres til industrien.

61. Som Linde har anført, står et sådant asymmetrisk korrektionsbehov desuden i modsætning til formålet med direktiv 2003/87, der bl.a. er at undgå »carbon leakage«, dvs. at aktiviteter, der fører til udledning af drivhusgasser, flyttes til tredjelande. En sådan udflytning vil ikke bare være økonomisk ufordelagtig, men også undergrave det overordnede mål om at reducere de globale drivhusgasemissioner.

62. For at undgå *carbon leakage* bestemmes det derfor i artikel 10a, stk. 12, i direktiv 2003/87, at anlæg i sektorer eller delsektorer med en betydelig risiko for carbon leakage tildeles gratiskvoter på 100% af det anerkendte behov, der er fastlagt på grundlag af benchmarkene. Hvis korrektionsfaktoren er for høj, kan det imidlertid medføre, at de i sidste instans modtager mindre end 100% af de nødvendige kvoter, og at ordningen i direktiv 2003/87 derfor tilskynder til, at disse aktiviteter flyttes.

13 — Jf. punkt 42 ovenfor.

14 — Jf. punkt 49 og 52 ovenfor.

15 — Europa-Kommissionens Generaldirektorat for Klima, »Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020« af 22.10.2013, jf. s. 4 i bilag 1 til Borealis Polyolefines skriftlige indlæg af 12.8.2015. (Dokumentet er ligeledes tilgængeligt på Kommissionens websted: http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/cross_sectoral_correction_factor_en.pdf).

63. Den asymmetriske hensyntagen til udnyttelse af affaldsgasser tilgodeser imidlertid også det overordnede mål med direktiv 2003/87, som er at reducere klimaskadelige emissioner. Den heraf følgende reduktion af mængden af gratistildelte kvoter øger incitamentet til at begrænse udledningen af CO_2. Det bidrager til at bevare og beskytte miljøet, bekæmpe klimaforandringer og sikre et højt beskyttelsesniveau som krævet i artikel 191 TEUF.

64. Jeg vil på denne baggrund foretage en nærmere undersøgelse af de fire områder, hvor de sagsøgende virksomheder mener, at der forekommer sådanne forskydninger. Det drejer sig om hensyntagen til affaldsgasser og kraftvarmeanlæg (jf. afsnit B) og hensyntagen til aktiviteter og anlæg, der først blev omfattet af ordningen i direktiv 2003/87 i 2013 og 2008 (jf. afsnit C).

B – *Hensyntagen til elproduktion fra affaldsgasser og industriel udnyttelse af varme fra højeffektive kraftvarmeanlæg*

65. Det første til fjerde spørgsmål i Borealis Polyolefine-sagen, det tredje spørgsmål i DOW Benelux-sagen og det første spørgsmål i Esso Italiana-sagen vedrører hensyntagen til elproduktion fra affaldsgasser (jf. nr. 1) og industriel udnyttelse af varme fra højeffektive kraftvarmeanlæg (jf. nr. 2) ved korrektionsfaktorens beregning. Disse to aktiviteter henregnes i dag til industrien, men blev tidligere anset for at indgå i elproduktionen.

1. Elproduktion fra affaldsgasser

66. Affaldsgasser opstår i forbindelse med visse industrielle produktionsprocesser, såsom produktion af koks og stål, og kan benyttes som brændsel, bl.a. til elproduktion. I forhold til bæredygtig ressourceforvaltning er dette mere hensigtsmæssigt end at udlede disse gasser eller afbrænde dem til ingen nytte.

67. Det er formentlig årsagen til, at de incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker, der er nævnt i artikel 10a, stk. 1, tredje afsnit, første punktum, i direktiv 2003/87, også omfatter fremme af udnyttelsen af affaldsgasser. Og det er sikkert også årsagen til, at el produceret fra affaldsgasser ifølge denne bestemmelses andet punktum ikke henregnes til den elproduktion, der udelukkes fra tildeling af gratiskvoter.

68. Som Kommission har forklaret, tog den ved fastlæggelsen af produktbenchmarkene derfor højde for, at man i visse brancher forbrænder affaldsgasser for at producere el. Det resulterede bl.a. i højere produktbenchmark for koks, flydende råjern og sintret malm og dermed til et større anerkendt behov i disse sektorer.

69. Kommissionen har erkendt, at det kun var en del af de tilsvarende emissioner, der blev medregnet i industriloftet, nemlig emissioner fra affaldsgasser, der blev forbrændt i industrianlæg. De affaldsgasser, der blev forbrændt i en elektricitetsgenerator som omhandlet i artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, blev ikke taget i betragtning i forbindelse med fastlæggelsen af industriloftet. Det resulterer i et lavere loft, men til gengæld øges korrektionsfaktoren tilsvarende, idet der tages hensyn til affaldsgasser i forbindelse med benchmarkene.

70. Det skal derfor undersøges, om denne asymmetriske hensyntagen til udnyttelse af affaldsgasser er forenelig med direktiv 2003/87.

71. Det må i denne forbindelse fastslås, at den manglende symmetri følger af ordlyden af artikel 10a, stk. 1, 3 og 5, i direktiv 2003/87. Ifølge stk. 3 og 5 skal der ikke tages hensyn til elektricitetsgeneratorer og dermed til elproduktion fra affaldsgasser ved beregningen af industriloftet. Det fremgår til gengæld af stk. 1, tredje afsnit, at Kommissionen skal tage hensyn til elproduktion fra affaldsgasser ved fastlæggelsen af de benchmark, der ligger til grund for industrianlæggenes anerkendte behov.

72. De i hovedsagerne omhandlede virksomheders argument om, at henvisningen i artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 til »anlæg, der ikke er omfattet af stk. 3«, ikke skal forstås således, at der ikke tages hensyn til emissioner fra elektricitetsgeneratorer, kan derimod ikke tiltrædes. Efter deres opfattelse henvises der til anlæg, hvortil der kan tildeles gratiskvoter, hvilket der imidlertid ikke er belæg for i teksten.

73. I modsætning til, hvad Buzzi Unicem har anført, er det navnlig ingen betingelse for anvendelsen af artikel 10a, stk. 3, i direktiv 2003/87, at der ikke foretages gratistildeling til elproduktion. Udelukkelsen af gratistildeling er snarere en retsvirkning af denne bestemmelse, som tillader undtagelser fra de øvrige bestemmelser.

74. Det må som tidligere nævnt [16] erkendes, at denne asymmetri i realiteten ikke tilgodeser korrektionsfaktorens formål om at sikre den historiske balance mellem industrianlæg og elproduktion. Den øger desuden incitamenterne til at flytte emissionstunge aktiviteter. På den anden side tilgodeser den imidlertid miljømålene i direktiv 2003/87.

75. I betragtning af de modstridende formål og de systematiske overvejelser ville det være ønskeligt, at lovgiver gav klart udtryk for sine hensigter. Det skete f.eks. i en anden bestemmelse i direktiv 2003/87, nemlig artikel 9, stk. 1, tredje punktum, der blev indsat i direktivet i forbindelse med Kroatiens tiltrædelse. Ifølge denne bestemmelse vil den samlede kvotemængde i Unionen kun blive forhøjet som følge af Kroatiens tiltrædelse med den mængde kvoter, som Kroatien auktionerer i henhold til artikel 10, stk. 1. Da der ikke tages hensyn til de gratiskvoter, som Kroatien tildeles, kan det ikke undgås, at der bliver færre kvoter til rådighed i EU som helhed, og at der opstår et korrektionsbehov som omhandlet i artikel 10a, stk. 5.

76. Så klare bestemmelser findes der imidlertid ikke for affaldsgasser, og de er heller ikke beskrevet i betragtningerne eller i forarbejderne. Det ser tværtimod ud til, at lovgiver slet ikke var opmærksom på problemet ved udformningen af ændringsdirektiv 2009/29. Henvisningen til affaldsgasser blev således indsat i teksten ret sent i forløbet – i forbindelse med trepartsforhandlingerne under førstebehandlingen forud for vedtagelsen af direktiv 2009/29. Affaldsgasser nævnes første gang i et ændringsforslag fra Parlamentet [17], som i løbet af få uger blev indarbejdet i den tværinstitutionelle kompromistekst, der blev vedtaget som direktiv 2009/29 [18]. En række parlamentsmedlemmer var utilfredse med den forhastede vedtagelse af direktivet [19].

77. Lovgiver har i øvrigt heller ikke præciseret, at der i alle tilfælde bør lægges vægt på at sikre den rette balance mellem industrianlæg og elektricitetsgeneratorer og på aflastning af industrianlæg.

78. De modstridende formål, der forekommer ved asymmetrisk hensyntagen til elproduktion fra affaldsgasser, berettiger derfor ikke, at direktiv 2003/87 ud over sin ordlyd fortolkes således, at denne asymmetri undgås.

16 — Jf. punkt 56 ff. ovenfor.

17 — 48. ændringsforslag (Rådets dokument 14764/08 af 24.10.2008, s. 80).

18 — Vedtaget af Parlamentet den 17.12.2008 (jf. Rådets dokument 17146/08 af 14.1.2010) og godkendt af Rådet den 4.4.2009.

19 — Rådets dokument 17146/08 af 14.1.2010, s. 5.

79. Det er heller ikke nødvendigt at tage stilling til, om Kommissionen alligevel havde beføjelse til at fjerne asymmetrien i forbindelse med hensyntagen til affaldsgasser ved hjælp af gennemførelsesretsakter. I artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87 bemyndiges Kommissionen til at vedtage gennemførelsesforanstaltninger i henhold til artikel 10a, stk. 5, med det formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i direktivet ved at supplere det. Henset til de modstridende formål var den imidlertid ikke forpligtet til at udnytte denne beføjelse til at fjerne asymmetrien.

80. Det må som følge heraf fastslås, at gennemgangen af spørgsmålene om elproduktion fra affaldsgasser intet har frembragt, der kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i afgørelse 2013/448.

2. Kraftvarmeanlæg

81. Kraftvarmeproduktion gør det muligt at udnytte brændstoffers energi mere effektivt. Hvis man kun udnytter den producerede kraft, f.eks. til elproduktion, går den opståede varme til spilde. I kraftvarmeanlæg indvindes den opståede varme, hvorefter den kan anvendes til andre aktiviteter. Denne varme udnyttes i et vist omfang også til afkøling.

82. Spørgsmålene om hensyntagen til kraftvarmeanlæg vedrører kun de kraftvarmeanlæg, der henhører under definitionen af en elektricitetsgenerator i artikel 3, litra u), i direktiv 2003/87. Elektricitetsgeneratorer er anlæg, som producerer el med henblik på salg til tredjeparter, og hvor der ikke udføres andre af de i bilag I opførte aktiviteter end forbrænding af brændstof.

83. Parterne var under den skriftlige forhandling uenige om, hvordan der tages hensyn til disse elproducerende kraftvarmeanlæg ved beregningen af korrektionsfaktoren, men efter forespørgsel under retsmødet nåede de til enighed herom.

84. Den situation, hvor et elproducerende kraftvarmeanlæg leverer varme eller køling til industrikunder, er særlig interessant. Som det bl.a. fremgår af 21. betragtning til afgørelse 2011/278, tages der hensyn til denne situation i benchmarket vedrørende den industrielle forbruger. Det anerkendte behov forhøjes således, men de tilsvarende emissioner medregnes ikke i industriloftet, fordi de genereres af kraftvarmeanlæg, dvs. elektricitetsgeneratorer. Den industrielt udnyttede varme fra kraftvarmeanlæg forhøjer derfor korrektionsfaktoren og medfører øget asymmetri.

85. Der kan i det væsentlige anstilles de samme betragtninger for kraftvarmeanlæg som for elproduktion fra affaldsgasser.

86. Denne asymmetri følger af artikel 10a, stk. 1, 3 og 5, i direktiv 2003/87. På den ene side tages der ikke hensyn til elektricitetsgeneratorer, herunder elproducerende kraftvarmeanlæg, ved fastlæggelsen af industriloftet i henhold til stk. 3 og 5. På den anden side fremgår det af stk. 1, tredje afsnit, første punktum, at benchmarkene skal skabe incitamenter til reduktion af drivhusgasemissioner og anvendelse af energieffektive teknikker ved bl.a. at inddrage højeffektiv kraftvarmeproduktion.

87. Kommissionen har i afgørelse 2011/278 bestemt, at varmeforbruget skal integreres i industrielle produktbenchmark, hvilket tilgodeser dette formål og forenkler den praktiske håndtering af industriens varmeudnyttelse i forbindelse med gratistildeling. Forenklingen opnås ved at anlæg, der selv producerer varme, og anlæg, der modtager varme fra kraftvarmeanlæg, behandles ens. Når der tildeles kvoter til disse anlæg, skal det derfor ikke undersøges individuelt, hvor meget varme der leveres fra hvilke kilder. Den stimulerende effekt skyldes, at industrianlæg opsparer kvoter, som de kan sælge videre, når de modtager varme fra kraftvarmeanlæg.

88. Artikel 10a, stk. 4, første punktum, i direktiv 2003/87 synes umiddelbart at afvige herfra. Ifølge denne bestemmelse tildeles der kvoter til højeffektiv kraftvarmeproduktion til dækning af økonomisk berettiget efterspørgsel for så vidt angår *produktion* af varme eller køling. Muligheden for at foretage en sådan direkte tildeling udelukker imidlertid ikke, at der tages hensyn til kraftvarmeanlæg i forbindelse med benchmarkene, men giver navnlig adgang til at tildele kraftvarmeanlæg kvoter til produktion af varme eller køling, som leveres til kunder, der ikke er tilknyttet ordningen i direktivet. Det drejer sig f.eks. om private husstande.

89. Fastlæggelsen af benchmarkene vedrørende industriel udnyttelse af varme fra kraftvarmeanlæg sker derfor inden for rammerne af de gennemførelsesbeføjelser, som Kommissionen tillægges i artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87.

90. I øvrigt er situationen den samme som for hensyntagen til affaldsgasser. Til trods for modstridende formål og manglende præcision fra lovgivers side er det ikke nødvendigt at fortolke direktiv 2003/87 således, at der ikke forekommer asymmetri, og Kommissionen var heller ikke forpligtet til at fjerne denne asymmetri ved udøvelsen af sine gennemførelsesbeføjelser.

91. Gennemgangen af spørgsmålene om hensyntagen til kraftvarmeproduktion har som følge heraf heller intet frembragt, der kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i afgørelse 2013/448.

C – Data anvendt i forbindelse med industriloftet vedrørende sektorer, som først blev inddraget i 2008 og 2013

92. Alle tre retter har rejst tvivl om de data, der blev anvendt i forbindelse med industriloftet, og som vedrørte sektorer, der først blev inddraget i 2013. Raad van State ønsker med sit fjerde spørgsmål oplyst, om de gennemførelsesbestemmelser, der var nødvendige for at tilvejebringe dataene, allerede forelå (jf. nr. 1), hvorimod de to andre retters spørgsmål vedrører kvaliteten og omfanget af de fremlagte og anvendte data [jf. nr. 2, litra a)]. Disse to retter er også i tvivl om, hvorvidt der blev taget passende hensyn til anlæg og aktiviteter, der først blev inddraget i 2008 [jf. nr. 2, litra b)].

1. Gennemførelsesbestemmelserne

93. Raad van State ønsker med sit fjerde spørgsmål oplyst, om korrektionsfaktoren blev fastsat forkert, fordi den bl.a. blev støttet på oplysninger, der var meddelt til gennemførelse af artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87, uden at de deri nævnte bestemmelser var vedtaget i henhold til artikel 14, stk. 1.

94. Det fremgår først ved en nærmere betragtning, hvilken forbindelse der er mellem artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87 og den omtvistede korrektionsfaktor. Det præciseres således heri, hvordan de samlede gennemsnitlige årlige verificerede emissioner i perioden 2005-2007, som ifølge artikel 10a, stk. 5, litra b), henregnes til industriloftet, og som hidrører fra anlæg, der først omfattes af EU-ordningen fra 2013 og ikke er elektricitetsgeneratorer, skal indberettes.

95. For disse anlæg skal driftslederne ifølge artikel 9a, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2003/87 forelægge de kompetente myndigheder behørigt dokumenterede og uafhængigt verificerede emissionsdata, således at der kan tages hensyn til dem i forbindelse med tilpasningen af industriloftet.

96. Det fremgår i denne forbindelse af artikel 9a, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2003/87, at disse data skal forelægges i overensstemmelse med de bestemmelser, der er vedtaget i henhold til artikel 14, stk. 1.

97. Raad van State går ud fra, at der med disse bestemmelser menes forordning (EU) nr. 601/2012 [20], der imidlertid ikke var blevet vedtaget på det tidspunkt, hvor disse oplysninger blev forelagt for Kommissionen. Det fremgår således af artikel 9a, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2003/87, at dataene skulle forelægges senest den 30. april 2010.

98. I 2010 kunne dataene imidlertid, som Tyskland med rette har anført, fremlægges på grundlag af ensartede bestemmelser, der var fastsat i beslutning 2007/589 [21]. Disse bestemmelser fandtes i den affattelse af artikel 14, stk. 1, i direktiv 2003/87, der var gældende forud for ændringsdirektiv 2009/29.

99. Det må også antages, at artikel 9a, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2003/87 vedrører bestemmelserne i beslutning 2007/589. Dataene skulle således forelægges på et tidspunkt, hvor de nye gennemførelsesbestemmelser i forordning nr. 601/2012 endnu ikke skulle være vedtaget. I den nye affattelse af artikel 14, stk. 1, i direktiv 2003/87 var der således fastsat en frist, som udløb den 31. december 2011.

100. Der er i øvrigt intet i de relevante bestemmelser, som tyder på, at de data, der var nødvendige for at fastsætte korrektionsfaktoren, skulle fastlægges og fremlægges på ny på grundlag af forordning nr. 601/2012.

101. Raad van States spørgsmål har som følge heraf intet frembragt, der kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil.

2. Dataenes kvalitet

102. Den italienske og østrigske anmodning om præjudiciel afgørelse rejser i denne sammenhæng også tvivl om kvaliteten og omfanget af de data, som medlemsstaterne har fremlagt. Disse spørgsmål vedrører den omstændighed, at ordningen i direktiv 2003/87 såvel i den første fase (2005 til 2007) og den anden fase (2008 til 2012) [jf. litra b)] som i den tredje fase (2013 til 2020) [jf. litra a)] blev yderligere udvidet.

a) Udvidelsen fra 2013

i) Manglende hensyntagen til nye aktiviteter i visse medlemsstaters data

103. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich antager i sit niende spørgsmål, at der ved fastlæggelsen af industriloftet ikke blev taget tilstrækkeligt hensyn til emissionsdata vedrørende anlæg, som forud for 2013 kun *til dels* var omfattet af ordningen i direktiv 2003/87, dvs. kun i det omfang de allerede indgik i ordningen.

104. Denne antagelse ligger også til grund for det femte spørgsmål fra Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, som tilsyneladende vedrører medlemsstaternes afvigende fortolkninger af artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87. Afvigelserne vedrører netop spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne kun skal fremlægge data om anlæg, der først blev omfattet af ordningen i 2013, eller om de også skal fremlægge data om nye aktiviteter inden for ordningen, som iværksættes på anlæg, der allerede var tilknyttet ordningen på grund af andre aktiviteter.

20 — Kommissionens forordning (EU) nr. 601/2012 af 21.6.2012 om overvågning og rapportering af drivhusgasemissioner i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT L 181, s. 30).

21 — Kommissionens beslutning af 18.7.2007 om retningslinjer for overvågning og rapportering af drivhusgasudledninger i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF (EUT L 229, s. 1).

105. Svaret på dette spørgsmål fremgår klart af artikel 10a, stk. 5, litra b), og artikel 9a, stk. 2, tredje afsnit, første punktum, i direktiv 2003/87, eftersom emissioner fra nytilkomne *aktiviteter* på anlæg, der allerede er omfattet af ordningen, ikke er nævnt. Der tales i de to bestemmelser kun om verificerede emissioner fra *anlæg*, der først omfattes af EU-ordningen fra 2013.

106. Hvis der ikke tages hensyn til emissioner fra aktiviteter, som først blev omfattet af ordningen i 2013, og som iværksættes på anlæg, der allerede var omfattet, ved fastlæggelsen af industriloftet, kan det dog ikke undgås, at der opstår et større korrektionsbehov. Disse aktiviteter medregnes nemlig alligevel i det anerkendte behov.

107. Som det også gælder for hensyntagen til elproduktion fra affaldsgasser [22] og til varme fra kraftvarmeanlæg [23], resulterer de relevante bestemmelsers ordlyd i asymmetrisk hensyntagen til emissioner. Der er også her tale om modstridende formål og manglende præcision fra lovgivers side.

108. Artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87 kan heller ikke i dette tilfælde fortolkes anderledes, og Kommissionen var ikke forpligtet til at rette op på den manglende symmetri i gennemførelsesbestemmelserne.

109. Det må som følge heraf fastslås, at gennemgangen af spørgsmålene om anlæg og aktiviteter, der først blev omfattet af ordningen i direktiv 2003/87 i 2013, ikke har vist, at den *manglende* hensyntagen i forbindelse med industriloftets fastlæggelse til nye aktiviteter på allerede omfattede anlæg i visse medlemsstaters data rejser tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil.

ii) Hensyntagen til nye aktiviteter i andre medlemsstaters data

110. Denne gennemgang har vist, at den omstændighed, at der ved industriloftets fastlæggelse tages hensyn til nye aktiviteter på allerede omfattede anlæg i *andre* medlemsstaters data, rent faktisk kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil. Ifølge artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87 skal der således kun tages hensyn til nye anlæg.

111. I modsætning til det af Tyskland anførte kan der heller ikke foretages noget skøn ved fortolkningen af artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87. Det ville gøre det muligt for nogle medlemsstater kun at tage hensyn til nye anlæg inden for ordningen, hvorimod andre medlemsstater også tog hensyn til nye aktiviteter på allerede omfattede anlæg. Medlemsstaternes organer kan ganske vist udøve et skøn ved vurderingen af de data, der fremsendes af driftslederne, men de har ingen som helst hjemmel til at tage hensyn til nye aktiviteter på allerede omfattede anlæg.

112. Kommissionen – og Tyskland – har med rette anført, at det ifølge direktiv 2003/87 ikke er tilladt at ændre i de oplysninger, medlemsstaterne har fremsendt. Det betyder dog ikke, at korrektionsfaktoren kan fastsættes på grundlag af data, som ikke må tages i betragtning ifølge de gældende bestemmelser. Kommissionen skal tværtimod kontrollere datakvaliteten og i givet fald sørge for, at medlemsstaterne hurtigst muligt foretager de nødvendige justeringer. Det er den forpligtet til i henhold til artikel 17, stk. 1, TEU, hvorefter den skal føre tilsyn med EU-rettens gennemførelse.

22 — Jf. punkt 71 ff. ovenfor.

23 — Jf. punkt 86 ff. ovenfor.

113. Der bestemmes heller ikke andet i dommen i sagen Kommissionen mod Estland. Denne dom vedrørte således den tidligere gældende affattelse af direktiv 2003/87, som gav medlemsstaterne en meget større skønsfrihed end de regler, der gælder i dag. I dette tilfælde udelukkede Domstolen i øvrigt ikke, at der kunne foretages en legalitetskontrol [24].

114. Selv om korrektionsfaktoren skal fastsættes på et bestemt tidspunkt, ændrer det intet herved. Hvis det ikke er muligt at afgøre, hvilke data der skal anvendes, inden dette tidspunkt, skal Kommissionen om nødvendigt fastsætte en midlertidig korrektionsfaktor, der senere vil kunne tilpasses.

115. Det må derfor fastholdes, at artikel 10a, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/87 kun tillader, at der tages hensyn til emissioner fra anlæg, som først blev omfattet af direktivets ordning i 2013, og ikke, at der tages hensyn til nye aktiviteter inden for ordningen, som iværksattes på allerede omfattede anlæg.

116. Det er i løbet af den foreliggende procedure blevet oplyst, at lande som Frankrig, Belgien, Tyskland, Italien og Spanien også har fremlagt emissionsdata om nye aktiviteter inden for ordningen, som iværksættes på anlæg, der allerede er tilknyttet ordningen på grund af andre aktiviteter. Disse data indgik i Kommissionens beregning af industriloftet.

117. Kommission fastlagde derfor et for *højt* industriloft, idet den ved beregningen af dette loft tog hensyn til emissioner fra aktiviteter, som først blev omfattet af ordningen i 2013, på allerede omfattede anlæg. Korrektionsfaktoren blev i denne henseende fastsat forkert, og artikel 4 i afgørelse 2013/448 samt bilag II hertil er derfor ugyldige.

118. Det skal i øvrigt påpeges, at dette ikke kun gælder for fastsættelse af korrektionsfaktoren, men også for fastlæggelsen af den samlede mængde kvoter, der er til rådighed, i henhold til artikel 9a, stk. 2. Den manglende symmetri vil i dette tilfælde ikke kun resultere i, at der tildeles færre gratiskvoter, men at der bliver færre kvoter til rådighed og dermed, at de klimaskadelige emissioner reduceres. Det tilgodeser endda de overordnede miljømål i direktiv 2003/87 og artikel 191 TEUF *endnu mere* end begrænsningen af gratistildelingen. De forelagte spørgsmål vedrører imidlertid ikke den samlede mængde, der er til rådighed, og Domstolen behøver derfor ikke at tage stilling hertil.

b) Udvidelsen fra 2008

119. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio ønsker med sit fjerde spørgsmål oplyst, om industriloftet er beregnet forkert, fordi der ikke blev taget hensyn til den udvidelse af ordningen, der fandt sted mellem den første fase (2005 til 2007) og den anden fase (2008 til 2012) af gennemførelsen af direktiv 2003/87, i forbindelse med industriloftets fastlæggelse. Det indbefatter den påståede fejl, som Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ønsker belyst med sit ottende spørgsmål. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich antager, at der ikke blev taget tilstrækkeligt hensyn til emissionsdata vedrørende anlæg, som forud for 2008 kun *til dels* var omfattet af ordningen i direktiv 2003/87, dvs. kun i det omfang de allerede indgik i ordningen.

120. Ændringerne i den anden tildelingsperiode var baseret på Kommissionens præciseringer af begrebet forbrændingsanlæg, som betød, at nogle medlemsstater blev nødt til at medregne flere anlæg [25]. Desuden kom Norge, Island og Liechtenstein også med i ordningen.

24 — Dom Kommissionen mod Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, præmis 54).

25 — Kommissionens meddelelse af 22.12.2005, »Yderligere retningslinjer vedrørende tildelingsplaner for handelsperioden 2008-2012 under EU-emissionshandelsordningen«, KOM(2005) 703 endelig, punkt 36 og bilag 8.

121. Kommission har fastlagt industriloftet på grundlag af data om historiske emissioner fra EU's emissionsregister [26]. Dette register indeholder imidlertid ingen emissionsdata vedrørende anlæg, der først blev tilknyttet ordningen i den anden tildelingsperiode.

122. Som Kommissionen med rette har anført, stemmer dette overens med artikel 10a, stk. 5, litra a), i direktiv 2003/87. Ifølge denne bestemmelse må der kun tages hensyn til gennemsnitlige verificerede emissioner i perioden 2005-2007 ved beregningen af industriloftet. Aktiviteter, der allerede blev inddraget i 2008, er ikke omfattet af regler svarende til de i artikel 9a, stk. 2, indeholdte, som forpligter medlemsstaterne til også at forelægge verificerede emissionsdata for disse aktiviteter. De emissioner, der først blev inddraget i 2008, var således ikke verificeret og kunne derfor ikke tages i betragtning.

123. De relevante bestemmelsers ordlyd resulterer derfor også i asymmetrisk hensyntagen til emissioner i denne forbindelse. Der gælder de samme betragtninger som for de tidligere undersøgte asymmetrier.

124. Gennemgangen af disse spørgsmål har som følge heraf heller intet frembragt, der kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i afgørelse 2013/448.

D – *Begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse*

125. Raad van State (det femte og sjette spørgsmål) og Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (det tredje spørgsmål) har over for Domstolen også sået tvivl om begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse.

126. Disse spørgsmål vedrører den omstændighed, at begrundelsen for afgørelse 2013/448 og i særdeleshed 25. betragtning hertil ikke indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige for at forstå, hvordan korrektionsfaktoren blev beregnet. Der er nærmere bestemt tale om, at visse tal kun følger indirekte af oplysningerne i begrundelsen (jf. nr. 4), og at en skriftlig redegørelse, som GD for Klima efterfølgende fremlagde, ganske vist indeholder vigtige supplerende oplysninger, men for det første ikke indgår i begrundelsen (jf. nr. 3) og for det andet stadig udelader mange nødvendige oplysninger (jf. nr. 2). For at kunne besvare disse spørgsmål vil jeg først præcisere, hvilke krav der stilles til begrundelsen (jf. nr. 1).

1. Den krævede begrundelse for fastsættelsen af korrektionsfaktoren i afgørelse 2013/448

127. Den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296, stk. 2, TEUF, skal som bekendt tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret [27].

128. Domstolen har nærmere forklaret, at begrundelsen af *individuelle beslutninger* har til formål, ud over at gøre det muligt at udøve en retslig kontrol, at give den berørte part oplysninger, der er tilstrækkelige til at afgøre, om beslutningen muligvis er behæftet med en sådan mangel, at dens gyldighed kan anfægtes [28].

26 — GD for Klimas dokument (nævnt i fodnote 15, s. 2).

27 — Jf. bl.a. domme Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, præmis 63), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 58) og Banco Privado Português og Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, præmis 44).

28 — Domme SISMA mod Kommissionen (32/86, EU:C:1987:187, præmis 8), Corus UK mod Kommissionen (C-199/99 P, EU:C:2003:531, præmis 145), Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 115) og Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 93).

129. Når der er tale om *almengyldige retsakter*, behøver begrundelsen derimod kun at angive de samlede omstændigheder, som har ført til, at retsakten er blevet udstedt, og de generelle formål, som den skal opfylde. Det formål, der forfølges med den pågældende retsakt, skal blot i det væsentlige fremgå af denne retsakt [29]. Hvis det er tilfældet, vil det være overflødigt at kræve en særlig begrundelse for de enkelte afgørelser af teknisk art, som institutionen har truffet [30].

130. Der er ingen tvivl om, at den omtvistede fastsættelse af korrektionsfaktoren ikke udgør en individuel beslutning, men en almengyldig retsakt og samtidig en afgørelse af teknisk art truffet af Kommissionen. Man skulle derfor tro, at begrundelseskravene var begrænsede.

131. Det er imidlertid ikke tilfældet.

132. De begrænsede begrundelseskrav for almengyldige retsakter beror på det lovgivningsmæssige skøn, der ofte ligger til grund for dem. Dette skøn kan kun underkastes en snæver retslig prøvelse, og det er derfor tilstrækkeligt, at begrundelsen indeholder de oplysninger, der er nødvendige for en sådan snæver prøvelse.

133. Kommissionen udøvede imidlertid ikke beføjelser, som lå uden for rammerne af dette skøn, ved fastsættelsen af korrektionsfaktoren i afgørelse 2013/448. Beregningsmetoden og de anvendte data er beskrevet i direktiv 2003/87 og afgørelse 2011/278. Den retslige kontrol skal derfor i det væsentlige afklare, om denne metode blev anvendt korrekt, og om de rigtige data blev anvendt. Begrundelsen skal som følge heraf indeholde de oplysninger, der er nødvendige for at kunne foretage denne kontrol.

2. De data, Kommissionen anvendte

134. Dette besvarer allerede en vigtig del af Raad van States sjette spørgsmål, nemlig om begrundelsen skal indeholde *alle* de data, der er nødvendige for at foretage en nærmere prøvelse af korrektionsfaktorens beregning.

135. Begrundelsen for afgørelse 2013/448 skal faktisk fokusere på disse data, da Domstolen ellers ikke kan kontrollere, om Kommissionen anvendte de rigtige data ved korrektionsfaktorens beregning og anvendte beregningsmetoden korrekt. De berørte parter har følgelig brug for disse data for at kunne tage passende retsmidler i brug ved Unionens retsinstanser eller de nationale retter.

136. Det er åbenbart, at den begrundelse for korrektionsfaktorens fastsættelse, der gives i 25. betragtning til afgørelse 2013/448, ikke opfylder disse krav, eftersom den ikke indeholder alle de data, som Kommissionen anvendte ved korrektionsfaktorens beregning. Raad van State har i denne forbindelse peget på tre faktorer:

137. *For det første* er det nødvendigt at vide, hvilke anlæg Kommissionen betragter som elektricitetsgeneratorer, for at kunne kontrollere, hvilken andel af emissionerne i perioden fra 2005 til 2007 der stammede fra anlæg, som ikke var elektricitetsgeneratorer.

138. *For det andet* skal man have indsigt i de oplysninger, som medlemsstaterne har indgivet til Kommissionen i henhold til artikel 9a, stk. 2, i direktiv 2003/87, for at kunne gennemskue, hvordan den samlede mængde af emissioner fra anlæg, der først fra 2013 omfattes af reglerne om handel med emissioner, blev beregnet.

29 — Domme AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 59) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, præmis 29).

30 — Domme Eridania zuccherifici nazionali m.fl. (250/84, EU:C:1986:22, præmis 38), Italien mod Rådet og Kommissionen (C-100/99, EU:C:2001:383, præmis 64), British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 166), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 62), Alliance for Natural Health m.fl. (C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 134), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, præmis 59) og Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 60).

139. Og *for det tredje* kan man kun kontrollere den ukorrigerede tildeling, hvis man har indsigt i de lister med de foreløbige årlige mængder af gratistildelte emissionskvoter, som medlemsstaterne har indgivet.

140. Efter min opfattelse er det dog ikke nødvendigt at angive alle disse data i retsaktens begrundelse, der i så fald ville blive meget omfattende. Domstolen har således bemærket, at kravene til en retsakts begrundelse må afpasses efter de faktiske muligheder og de tekniske eller tidsmæssige betingelser, hvorunder retsakten bliver til [31]. Det ville derfor have været tilstrækkeligt at gøre det muligt at få kendskab til de nødvendige rådata og at indsætte den relevante henvisning i begrundelsen.

141. Det skete imidlertid ikke, og Kommissionen efterkom heller ikke de fremsatte begæringer om dataindsigt. Den fjernede derved grundlaget for en omfattende retsbeskyttelse i forbindelse med korrektionsfaktorens beregning.

142. Kommissionen og Tyskland har imidlertid gjort gældende, at disse data indeholdt forretningshemmeligheder.

143. Det må erkendes, at beskyttelsen af fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder skal udformes på en måde, der bringer beskyttelsen i overensstemmelse med kravene til en effektiv retsbeskyttelse og sagens parters ret til forsvar [32].

144. Det indebærer normalt, at kontrolinstansen, som regel en domstol, skal råde over samtlige oplysninger, der er nødvendige for, at den kan træffe afgørelse med fuldt kendskab til sagen, herunder også fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder. Det skal imidlertid være muligt at holde disse oplysninger skjult for en part, hvis modparten overbeviser kontrolinstansen om, at der foreligger en tungtvejende interesse i, at de behandles fortroligt [33].

145. I det foreliggende tilfælde er det dog tvivlsomt, om der foreligger en tungtvejende interesse i, at alle de nødvendige data behandles fortroligt. Artikel 17 i direktiv 2003/87 bestemmer således, at beslutninger vedrørende tildelingen af kvoter og rapporter om emissioner i henhold til tilladelsen til drivhusgasemissioner, som er i den kompetente myndigheds besiddelse, gøres tilgængelige for offentligheden i overensstemmelse med miljøoplysningsdirektivet [34]. Det samme fremgår af artikel 15a i direktiv 2003/87.

146. Som det fremgår i artikel 15a, stk. 2, i direktiv 2003/87, er dette ikke til hinder for beskyttelsen af de forretningshemmeligheder, der måtte forekomme, men der stilles høje krav til begrundelsen for sådanne hemmeligheder, da tavshedspligten ikke kan fortolkes så vidt, at begrundelseskravet som følge heraf i strid med retten til at blive hørt bliver uden indhold [35].

147. Det er vigtigt at påpege, at anmodninger om oplysninger om emissioner til miljøet ifølge miljøoplysningsdirektivets artikel 4, stk. 2, fjerde punktum, og Århusforordningens artikel 6, stk. 1, første punktum [36] ikke må afslås med henvisning til forretnings- eller fabrikshemmeligheder.

31 — Dom Delacre m.fl. mod Kommissionen (C-350/88, EU:C:1990:71, præmis 16).

32 — Domme Mobistar (C-438/04, EU:C:2006:463, præmis 40) og Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 52).

33 — Dom Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 53 og 54) og vedrørende sikkerhedsrelaterede oplysninger dom Kommissionen m.fl. mod Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P og C-595/10 P, EU:C:2013:518, præmis 117-129).

34 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/4/EF af 28.1.2003 om offentlig adgang til miljøoplysninger og om ophævelse af Rådets direktiv 90/313/EØF (EUT L 41, s. 26).

35 — Dom Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen (296/82 og 318/82, EU:C:1985:113, præmis 27).

36 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1367/2006 af 6.9.2006 om anvendelse af Århus-konventionens bestemmelser om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet på Fællesskabets institutioner og organer (EUT L 264, s. 13).

148. I modsætning til det af Kommissionen anførte ændrer Ville de Lyon-dommen intet ved dette. Denne dom vedrørte også adgangen til visse oplysninger om anvendelsen af direktiv 2003/87, men disse oplysninger var underlagt en særlig ordning, som i modsætning til miljøoplysningsdirektivet ikke tillod denne adgang [37]. De oplysninger, der er tale om i det foreliggende tilfælde, synes imidlertid ikke at være omfattet af en særlig ordning, som er til hinder for, at miljøoplysningsdirektivets og Århusforordningens vurdering overføres på begrundelsespligten.

149. Det er nærliggende at tro, at mange eller alle de relevante oplysninger vedrører emissioner til miljøet. Det må derfor undersøges nøje, hvilke af de anvendte data der ikke vedrører emissioner til miljøet og samtidig skal behandles fortrolig, fordi der er tale om forretningshemmeligheder. Herudover skal Kommissionen i samme forbindelse undersøge, om interessen i at beskytte oplysninger, der tidligere blev betragtet som forretningshemmeligheder, med tiden er forsvundet [38]. Alle andre data, der er nødvendige for at efterprøve korrektionsfaktorens fastlæggelse, skal stilles til rådighed for offentligheden og dermed også for de berørte virksomheder.

150. I den foreliggende sag er det ikke muligt at træffe endelig afgørelse om, hvilke data i forbindelse med korrektionsfaktorens beregning der af tungtvejende grunde skal behandles fortroligt. Under retsmødet præciserede Tyskland således, at dataene vedrørende anlæggenes samlede årlige emissioner var offentlige, hvorimod dataene vedrørende anlægsdele blev betragtet som forretningshemmeligheder, fordi de gjorde det muligt at drage konklusioner om produktionen. De foreliggende sager vedrører ikke spørgsmålet om, hvorvidt de sidstnævnte data er nødvendige, og om de i givet fald rent faktisk skal behandles fortroligt.

151. Det står derfor fast, at fastsættelsen af korrektionsfaktoren i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil ikke er tilstrækkeligt begrundet og dermed er ugyldig. Det påhviler Kommissionen at vedtage en ny afgørelse, der er tilstrækkeligt begrundet, og i denne sammenhæng at undersøge, i hvilket omfang det er berettiget at behandle de tilgrundliggende data fortroligt. Eventuelle overensstemmelser må afgøres ved en ny retssag.

3. GD for Klimas skriftlige redegørelse

152. Det må i øvrigt fastslås, at GD for Klimas skriftlige redegørelse af 22. oktober 2013 [39], der er nævnt i det femte spørgsmål fra Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, uanset indholdet ikke kan afhjælpe den foreliggende begrundelsesmangel.

153. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio antager således med rette, at begrundelsen for en EU-retsakt skal findes i selve retsakten og vedtages af retsaktens ophavsmand selv [40].

154. Begrundelsespligtens omfang kan begrænses, hvis de pågældende har kendskab til de relevante oplysninger [41]. Dette kendskab kan kun medføre en begrænset begrundelsespligt, hvis de pågældende var bekendt med disse oplysninger på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev vedtaget. Det omhandlede dokument er imidlertid dateret den 22. oktober 2013, hvorimod afgørelse 2013/448 allerede blev vedtaget den 5. september 2013 og offentliggjort to dage senere.

37 — Dom Ville de Lyon (C-524/09, EU:C:2010:822, præmis 40).

38 — Jf. artikel 4, stk. 7, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43) og dom Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen (C-362/08 P, EU:C:2010:40, præmis 56 og 57).

39 — Nævnt i fodnote 15.

40 — Domme Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-378/00, EU:C:2003:42, præmis 66) og Etimine (C-15/10, EU:C:2011:504, præmis 113).

41 — Jf. f.eks. dom Krupp Stahl mod Kommissionen (275/80 og 24/81, EU:C:1981:247, præmis 13).

155. Senere oplysninger kan kun supplere en begrundelse, der allerede er tilstrækkelig, og ikke udbedre en begrundelsesmangel. Hertil kommer, at disse oplysninger i det foreliggende tilfælde ikke blev offentliggjort af Kommissionen, som havde vedtaget afgørelse 2013/448, men af en af dens tjenestegrene. Når Kommissionen slet ikke har henvist til dette dokument under den foreliggende procedure og i mellemtiden også har taget afstand fra det hvad angår hensyntagen til kraftvarmeanlæg, viser det, at dette dokument ikke har samme kvalitet som en retsakts begrundelse.

4. Behovet for en tilbageregning

156. Raad van State har endelig spurgt, om det er foreneligt med begrundelsespligten, at mængden af emissioner og emissionskvoter, der var bestemmende for fastsættelsen af korrektionsfaktorens, kun delvist er anført i afgørelsen. Dette spørgsmål beror på, at man kun kan fastlægge visse tilgrundliggende værdier ved at benytte beregningsreglerne til at regne tilbage med grundlag i de anførte tal.

157. Det kan imidlertid ikke anses for en begrundelsesmangel, eftersom begrundelsespligtens omfang skal vurderes i forhold til den sammenhæng, hvori retsakten indgår, og alle de retsregler, der gælder på det pågældende område [42]. Begrundelsespligten er opfyldt, hvis der i denne sammenhæng og med rimelighed kan tilvejebringes yderligere pålidelige oplysninger ud fra oplysningerne i en begrundelse. Som jeg tidligere har nævnt, er det imidlertid ikke muligt at fremlægge alle de nødvendige data.

5. Konklusion vedrørende begrundelsen for korrektionsfaktorens fastsættelse

158. Korrektionsfaktorens fastsættelse i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil er ikke tilstrækkeligt begrundet og dermed ugyldig.

E – *Den grundlæggende ejendomsret (det sjette spørgsmål i Borealis Polyolefine-sagen og det andet spørgsmål i Esso Italiana-sagen)*

159. Både den østrigske og den italienske anmodning om præjudiciel afgørelse rejser spørgsmålet om, hvorvidt det er foreneligt med den grundlæggende ejendomsret at nedsætte det foreløbigt beregnede antal gratistildelte emissionskvoter ved hjælp af korrektionsfaktoren.

160. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio har i denne forbindelse henvist til artikel 1, stk. 1, i den første tillægsprotokol til EMRK og EMRK's artikel 17, der forbyder misbrug af menneskerettigheder og frihedsrettigheder. Da EMRK imidlertid ikke er direkte bindende for Unionen [43], må der tages udgangspunkt i de tilsvarende bestemmelser i chartret om grundlæggende rettigheder, dvs. artikel 17 og 54, og på de tilsvarende generelle principper i EU-retten.

161. Jeg har vanskeligt ved at se, at der skulle foreligge et misbrug af grundlæggende rettigheder i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i chartrets artikel 54.

42 — Jf. bl.a. domme Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, præmis 62) og Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 70).

43 — Domme Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, præmis 60) og Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 44) samt udtalelse 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 179).

162. Jeg vil derfor nøjes med at se på ejendomsretten, der beskyttes ved chartrets artikel 17, og på den hertil svarende almindelige retsgrundsætning. Den beskyttelse, der gives i artikel 17, vedrører ikke blotte handelsinteresser eller handelsudsigter, hvis uvished er en del af det væsentlige i enhver økonomisk aktivitet, men rettigheder, der har en formueværdi, som i henhold til retsordenen medfører en erhvervet retsstilling, der gør det muligt for indehaveren selvstændigt at udøve disse rettigheder til sin fordel [44].

163. Dette gælder ikke for den foreløbige beregning af gratistildelingen i henhold til artikel 10 i afgørelse 2011/278. Denne beregning kunne ikke medføre en velerhvervet retsstilling, eftersom det fremgår af artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87, at der kan foretages en nedsættelse.

164. Dette berøres ikke af Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazios henvisninger til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, hvorefter bestemmelserne om beskyttelse af ejendom i artikel 1, stk. 1, i den første tillægsprotokol til EMRK også kan skabe berettigede forventninger om erhvervelse af et gode [45]. Det fremgår ganske vist af chartrets artikel 52, stk. 3, at bestemmelserne om ejendomsretten i artikel 17 har samme betydning og omfang som i EMRK som fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol [46], men der kan ikke foreligge nogen berettiget forventning, når der er fastsat en korrektionsfaktor med henblik på at nedsætte den foreløbige beregning [47].

165. Korrektionsfaktoren krænker som følge heraf ikke den grundlæggende ejendomsret.

F – *Proceduren i forbindelse med vedtagelsen af afgørelse 2013/448*

166. Med det femte præjudicielle spørgsmål i Borealis Polyolefine-sagen, det andet præjudicielle spørgsmål i DOW Benelux-sagen og det sjette præjudicielle spørgsmål i Esso Italiana-sagen ønsker de forelæggende retter i det væsentlige oplyst, om fastsættelsen af korrektionsfaktoren er ugyldig, da Kommissionen ikke vedtog afgørelse 2013/448 på grundlag af den forskriftsprocedure med kontrol, som er fastsat i artikel 5a i afgørelse 1999/468.

167. Disse spørgsmål stilles på baggrund af, at Kommissionen ganske vist bemyndiges til at vedtage gennemførelsesforanstaltninger i artikel 10a, stk. 1, i direktiv 2003/87, men at den skal gøre det efter forskriftsproceduren med kontrol. Formålet med denne procedure at overvåge, hvordan Kommissionen udøver sine beføjelser af lovgivningslignende karakter. Denne procedure varetages af et udvalg for forskriftsproceduren, som består af repræsentanter fra medlemsstaterne, og Parlamentet og Rådet har mulighed for at gribe ind efterfølgende.

168. Kommissionen vedtog afgørelse 2011/278 i henhold til denne procedure. Denne afgørelses artikel 15, stk. 3, indeholder nærmere bestemmelser om korrektionsfaktorens beregning baseret på artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87. Den kvantitative fastsættelse af korrektionsfaktoren skete derimod ved artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil *uden* anvendelse af en særlig procedure.

44 — Dom Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 34).

45 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 28.9.2004, sag 44912/98, Kopecký mod Slovakiet, *Report of Judgments and Decisions* 2004-IX, § 35, og af 25.6.2013, sag 49570/11, Gáll mod Ungarn, §§ 33 og 34.

46 — Jf. i denne retning domme Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve (C-562/13, EU:C:2014:2453, præmis 47) og Minister for Justice and Equality (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, præmis 56 og 57).

47 — Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 6.10.2005, sag 11810/03, Maurice mod Frankrig, *Report of Judgments and Decisions* 2005-IX, §§ 65 og 66).

169. Det direkte retsgrundlag for artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil er artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278, hvorefter Kommissionen fastlægger korrektionsfaktoren. Artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278 angives ikke udtrykkeligt som retsgrundlag i præamblen til afgørelse 2013/448, men er udtrykkeligt nævnt som retsgrundlag i denne afgørelses artikel 4 [48].

170. Der er imidlertid ikke fastsat særlige procedureregler for korrektionsfaktorens fastsættelse i artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278. Kommission var derfor i princippet bemyndiget til blot at vedtage artikel 4 i afgørelse 2013/448.

171. Flere af parterne har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen ved artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278 uretmæssigt bemyndigede sig selv til at fastsætte korrektionsfaktoren eller i hvert fald tilsidesatte forskriftsproceduren med kontrol.

172. Det skal indledningsvis undersøges, om Kommissionen ved artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278 med rette kunne give sig selv et retsgrundlag for vedtagelsen af artikel 4 i afgørelse 2013/448.

173. Ifølge artikel 10a, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2003/87 vedtager Kommissionen gennemførelsesforanstaltninger med henblik på tildeling af gratiskvoter. Afgørelse 2011/278 er en sådan gennemførelsesforanstaltning. Da den i artikel 15, stk. 3, omhandlede bemyndigelse til at fastsætte korrektionsfaktoren også har til formål at sikre gennemførelsen, må fastsættelsen af et sådant retsgrundlag principielt betragtes som en passende genstand for sådanne gennemførelsesforanstaltninger.

174. Gennemførelsesforanstaltninger underlægges visse materielle begrænsninger i artikel 290 TEUF og 291 TEUF.

175. Ifølge artikel 290, stk. 1, TEUF kan Kommissionen i en lovgivningsmæssig retsakt få delegeret beføjelse til at vedtage almengyldige ikke-lovgivningsmæssige retsakter, der udbygger eller ændrer visse ikke-væsentlige bestemmelser i den lovgivningsmæssige retsakt. Der er tale om delegeret lovgivning.

176. Når ensartede betingelser for gennemførelse af Unionens juridisk bindende retsakter er nødvendige, tildeler disse retsakter ifølge artikel 291, stk. 2, TEUF Kommissionen (eller i specifikke tilfælde Rådet) gennemførelsesbeføjelser.

177. Det er vanskeligt at henføre afgørelse 2013/448 til en af disse to kategorier, da Kommissionen hverken betegner den som en delegeret retsakt eller som en gennemførelsesforanstaltning, selv om der kræves en sådan betegnelse i henhold til artikel 290, stk. 3, og artikel 291, stk. 4, TEUF. Jeg mener dog ikke, at denne rettergangsfejl i det foreliggende tilfælde er tilstrækkelig tungtvejende til, at afgørelsen bør ophæves, eftersom det fremgår tilstrækkelig klart af den sammenhæng, hvori den indgår, og af dens indhold, at der er tale om en gennemførelsesforanstaltning [49].

178. Den omstændighed, at afgørelse 2013/448 er baseret på afgørelse 2011/278, taler også for, at Kommissionen havde til hensigt at vedtage en gennemførelsesforanstaltning. Ifølge artikel 290, stk. 1, TEUF kan en delegeret retsakt således kun baseres på en lovgivningsmæssig retsakt. Lovgivningsmæssige retsakter er ifølge artikel 289 TEUF retsakter, der vedtages af Parlamentet og Rådet på grundlag af traktaterne, men ikke retsakter, der vedtages af Kommissionen. Det er dog muligt at tildele gennemførelsesbeføjelser ved almindelige »bindende retsakter«, herunder retsakter som afgørelse 2011/278, der vedtages af Kommissionen, jf. artikel 291, stk. 2, TEUF.

48 — Kravet om, at retsgrundlaget skal angives i begrundelsen, er således også opfyldt, jf. domme Kommissionen mod Rådet (45/86, EU:C:1987:163, præmis 9) og Kommissionen mod Rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, præmis 56).

49 — Jf. analogt – med hensyn til Domstolens praksis vedrørende angivelse af retsgrundlaget som led i begrundelsespligten – domme Kommissionen mod Rådet (45/86, EU:C:1987:163, præmis 9) og Kommissionen mod Rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, præmis 56).

179. Indholdet af artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil bekræfter, at der er tale om en gennemførelsesforanstaltning.

180. Den pågældende institution skal ved udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der er omhandlet i artikel 291 TEUF, præcisere basisretsaktens indhold for at sikre, at den gennemføres under ensartede betingelser i alle medlemsstaterne [50]. En sådan *præcisering* ligger inden for det tilladelige, hvis bestemmelserne i gennemførelsesretsakten dels overholder de væsentlige generelle mål, der forfølges med basisretsakten, dels er nødvendige eller egnede til gennemførelse af denne [51]. Det er imidlertid ikke muligt at foretage ændringer i eller komme med tilføjelser til basisretsakten – end ikke de ikke-væsentlige elementer heri [52]. Dette kan Kommissionen kun bemyndiges til i medfør af artikel 290 TEUF.

181. Vedtagelsen af artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil, hvori korrektionsfaktoren blev fastsat, medførte ingen ændring af afgørelse 2011/278 eller direktiv 2003/87. Der skete intet med disse retsakters ordlyd, og deres normative indhold forblev uændret [53]. Der er heller ikke tale om en tilføjelse. Kommissionen indførte således ikke korrektionsfaktoren ved afgørelse 2013/448. Korrektionsfaktoren blev allerede fastsat i direktiv 2003/87 og nærmere fastlagt i afgørelse 2011/278.

182. Den kvantitative fastsættelse af korrektionsfaktoren er snarere et resultat af anvendelsen af de beregningsregler, der allerede er fastsat herfor, og gennemfører dermed artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 og artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278. Da det i denne sammenhæng også er ubestridt, at der er behov for ensartede regler inden for EU, må vedtagelsen af artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil anses for en gennemførelsesforanstaltning, der er omfattet af artikel 291, stk. 2, TEUF.

183. Med hensyn til Kommissionens gennemførelsesforanstaltninger bestemmer artikel 291, stk. 3, TEUF, at Parlamentet og Rådet på forhånd fastsætter generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser.

184. Disse generelle regler og principper er indeholdt i forordning (EU) nr. 182/2011 [54]. Denne forordning indeholder ingen ufravigelige procedurekrav. Det fremgår således af artikel 1, at disse regler og principper (kun) finder anvendelse, når det i en retligt bindende EU-retsakt fastsættes, at de gennemførelsesretsakter, der vedtages af Kommissionen, skal kontrolleres af medlemsstaterne.

185. Kommissionen havde derfor ret til at bemyndige sig selv til at fastsætte korrektionsfaktoren i artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278 uden at træffe bestemmelse om en yderligere kontrolprocedure.

186. Da korrektionsfaktorens fastsættelse i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil er en gennemførelsesforanstaltning som omhandlet i artikel 291 TEUF, kan indvendingen om tilsidesættelse af forskriftsproceduren med kontrol også uden videre forkastes.

187. Ifølge artikel 10a, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2003/87 skal denne procedure således kun anvendes i forbindelse med foranstaltninger, der har til formål at ændre visse ikke-væsentlige bestemmelser i direktivet ved at supplere det. Det er der imidlertid ikke tale om, hvilket fremgår af det ovenfor anførte.

50 — Jf. domme Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, præmis 39), Parlamentet mod Kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, præmis 43) og Kommission mod Parlamentet og Rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, præmis 30).

51 — Jf. dom Parlamentet mod Kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, præmis 46).

52 — Jf. domme Parlamentet mod Kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, præmis 45) og Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, præmis 31).

53 — Jf. også dom Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, præmis 44).

54 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 16.2.2011 om de generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser (EUT L 55, s. 13).

188. Gennemgangen af de præjudicielle spørgsmål om manglende anvendelse af forskriftsproceduren med kontrol har som følge heraf intet frembragt, der kan rejse tvivl om, hvorvidt korrektionsfaktoren blev fastsat korrekt i artikel 4 i afgørelse 2013/448 og i bilag II hertil.

G – *Muligheden for at anlægge direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser*

189. Raad van State ønsker med sit første spørgsmål oplyst, om driftsledere af eksisterende industrianlæg, som fra 2013 var omfattet af bestemmelserne om handel med emissioner i direktiv 2003/87, utvivlsomt kunne have anlagt sag ved Retten i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF med påstand om annullation af korrektionsfaktoren i afgørelse 2013/448.

190. Dette spørgsmål vedrører den faste retspraksis, hvorefter anerkendelsen af en parts ret til at påberåbe sig en EU-retsakts ugyldighed ved en national ret forudsætter, at denne part ikke var berettiget til at anlægge et direkte søgsmål ved Unionens retsinstanser i medfør af artikel 263 TEUF med henblik på prøvelse af denne retsakt [55]. Hvis man anerkendte, at en retsundergiven, som uden tvivl har haft kompetence i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF til at anlægge et annullationssøgsmål med henblik på prøvelse af en EU-retsakt, kunne anfægte gyldigheden af den samme retsakt for en national ret efter udløbet af søgsmålsfristen i henhold til artikel 263, stk. 6, TEUF, ville det være ensbetydende med at anerkende en mulighed for den pågældende for at omgå afgørelsens endelige karakter i forhold til den pågældende selv efter udløbet af søgsmålsfristen [56].

191. Det ville derfor rejse tvivl om betydningen af de ovenfor behandlede spørgsmål om gyldigheden af den korrektionsfaktor, der blev fastsat i afgørelse 2013/448, hvis de i hovedsagerne omhandlede virksomheder kunne have anlagt søgsmål ved Unionens retsinstanser, og der ikke havde hersket tvivl om denne søgsmålsret. Jeg vil imidlertid påvise, at dette ikke er tilfældet.

192. I henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF kan enhver fysisk eller juridisk person indbringe klage med henblik på prøvelse af retsakter, der er rettet til vedkommende (første led), eller som berører denne umiddelbart og individuelt (andet led), samt af regelfastsættende retsakter, der berører vedkommende umiddelbart, og som ikke omfatter gennemførelsesforanstaltninger (tredje led).

193. Det må fastslås, at de i hovedsagerne omhandlede virksomheder ikke har søgsmålsret i medfør af artikel 263, stk. 4, første eller tredje led, TEUF. Som det fremgår af artikel 5 i afgørelse 2013/448, er denne afgørelse ikke rettet til dem, men til medlemsstaterne. Den korrektionsfaktor, der fastsættes i artikel 4, kræver desuden, at medlemsstaterne vedtager gennemførelsesforanstaltninger for at tilpasse den midlertidigt beregnede mængde af gratistildelte kvoter.

194. De sagsøgende virksomheder kan derfor kun være berettiget til at anlægge sag ved Unionens retsinstanser til prøvelse af afgørelse 2013/448 i medfør af artikel 263, stk. 4, andet led, TEUF. Det forudsætter, at afgørelsen berører dem umiddelbart og individuelt.

195. Andre personer end en beslutnings adressat kan kun gøre gældende, at de berøres individuelt, hvis beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten [57].

55 — Domme TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, præmis 23), Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 41) og Banco Privado Português og Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, præmis 28).

56 — Domme TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, præmis 18 og 24), Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 41) og Banco Privado Português og Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, præmis 28).

57 — Domme Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, Rec. s. 238), Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, præmis 26), Stichting Woonpunt m.fl. mod Kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, præmis 57) og T & L Sugars og Sidul Açúcares mod Kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, præmis 63).

196. Korrektionsfaktoren berører potentielt enhver, da den også finder anvendelse på nye anlæg inden for emissionshandelsordningen. Den omstændighed, at en bestemmelse på grund af sin art og rækkevidde har generel karakter, for så vidt som den finder anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende, udelukker dog ikke i sig selv, at den også kan berøre nogle af dem individuelt [58].

197. I det foreliggende tilfælde findes der en afgrænset kreds af berørte, som består af allerede eksisterende industrianlæg. For disse anlæg blev der foretaget en foreløbig beregning af, hvor mange emissionskvoter de skulle tildeles gratis, og denne foreløbige mængde nedsættes ved anvendelse af korrektionsfaktoren. Ifølge artikel 4 i direktiv 2003/87 skal alle anlæg, der er omfattet af handelsordningen, desuden være i besiddelse af en tilladelse til udledning af drivhusgasser.

198. Retspraksis vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt medlemmerne af en sådan afgrænset kreds er individuelt berørt, er imidlertid ikke særlig klar.

199. Domstolen har på den ene side afgjort, at når en beslutning berører en gruppe personer, som var identificeret eller kunne identificeres på tidspunktet for vedtagelsen af retsakten og på grundlag af kriterier, som er specifikke for medlemmerne af denne gruppe, kan disse antages at være individuelt berørt af denne retsakt, da de indgår i en sluttet gruppe af erhvervsdrivende [59]. Dette kan bl.a. være tilfældet, når beslutningen ændrer vedkommendes rettigheder, der er erhvervet *før dens vedtagelse* [60].

200. I modsætning til, hvad Nederlandene har anført, erhvervede indehaverne af de berørte anlæg imidlertid ikke emissionsrettigheder, før afgørelsen om korrektionsfaktoren blev truffet, da den foregående beregning af kvoter i henhold til artikel 10, stk. 2, og artikel 15, stk. 2, litra e), i afgørelse 2011/278 var af midlertidig karakter [61]. Som Kommissionen med rette har påpeget, er det nødvendigt at fastsætte korrektionsfaktoren, før virksomhedernes rettigheder kan fastlægges. Den foreliggende situation adskiller sig således fra Codorniu-dommen, som vedrørte en ordning, der krænkede eksisterende varemærkerettigheder [62], eller Infront-dommen, som drejede sig om eksisterende tv-rettigheder til sportsbegivenheder [63].

201. Jeg vil derfor rette blikket mod den modsatte retspraksis. Domstolen har heri fastslået, at den omstændighed, at det er muligt med større eller mindre nøjagtighed at fastlægge antallet eller endog identiteten af de retssubjekter, som en foranstaltning finder anvendelse på, imidlertid ikke indebærer, at de pågældende retssubjekter må anses for individuelt berørt af foranstaltningen, når det kan fastslås, at denne retsvirkning som grundlag har objektive retlige eller faktiske kriterier, som er opstillet i den pågældende retsakt [64]. Retten har fortolket dette således, at et tilhørsforhold til en begrænset kreds ikke kan identificere den pågældende person, når denne kreds følger af selve karakteren af den ordning, der er fastsat ved den anfægtede lovgivning [65].

58 — Dom Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, præmis 29).

59 — Dom Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, præmis 30).

60 — Dom Stichting Woonpunt m.fl. mod Kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, præmis 59).

61 — Jf. punkt 163 ovenfor.

62 — Dom Codorniu mod Rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, præmis 21 og 22).

63 — Dom Kommissionen mod Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, præmis 73-77).

64 — Domme Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, præmis 31), Stichting Woonpunt m.fl. mod Kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, præmis 58) og T & L Sugars og Sidul Açúcares mod Kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, præmis 64).

65 — Rettens dom T & L Sugars og Sidul Açúcares mod Kommissionen (T-279/11, EU:T:2013:299, præmis 84).

202. Domstolen har for nylig afvist, at de pågældende var individuelt berørt, i et tilfælde, der minder meget om det foreliggende. Sagen vedrørte fastsættelsen af en tildelingskoefficient, der fandt anvendelse på ansøgninger vedrørende sukkermarkedet, som var blevet indgivet i en bestemt periode. Der var derfor tale om et bestemt antal ansøgere [66], men koefficienten blev kun beregnet på grundlag af den disponible mængde og den ansøgte mængde, uden at der blev taget hensyn til indholdet i de individuelle ansøgninger eller ansøgernes konkrete situation [67].

203. Sådan forholder det sig også i det foreliggende tilfælde: Korrektionsfaktoren beregnes ved hjælp af medlemsstaternes oplysninger om industrianlæggenes anerkendte behov og baseres på benchmarkene og industriloftet, uden at der tages hensyn til de enkelte anlægs situation. Ifølge Domstolens praksis må det derfor afvises, at de pågældende er individuelt berørt, selv om der er tale om en afgrænset kreds af erhvervsdrivende. Virksomhederne havde derfor ikke søgsmålsret.

204. Uanset om Domstolen deler denne opfattelse, må det heraf konkluderes, at det i hvert fald ikke var klart, at der forelå en eventuel ret til at anlægge søgsmål ved Unionens retsinstanser. Dette udgjorde således ingen hindring for spørgsmålene om korrektionsfaktorens gyldighed.

205. Det første spørgsmål i DOW Benelux-sagen skal som følge heraf besvares med, at det ikke fremgår klart af artikel 263, stk. 4, TEUF, at driftsledere af anlæg, som fra 2013 var omfattet af bestemmelserne om handel med emissioner i direktiv 2003/87, bortset fra driftsledere af anlæg som omhandlet i direktivets artikel 10a, stk. 3, og nytilkomne erhvervsdrivende, kunne have anlagt sag ved Retten med påstand om annullation af afgørelse 2013/448, for så vidt som korrektionsfaktoren blev fastsat herved.

H – *Virkningerne af, at afgørelse 2013/448 er retsstridig*

206. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ønsker med sit syvende spørgsmål oplyst, om det ikke er muligt at anvende korrektionsfaktoren, hvis det fastslås, at den er ugyldig. Det skal altså afgøres, om anlæggene modtager det foreløbigt beregnede antal gratistildelte kvoter ubeskåret, hvis Domstolen ophæver korrektionsfaktoren.

207. Da jeg ovenfor har fastslået, at artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil er ugyldige, bør der tages stilling til dette spørgsmål. En dom, hvori Domstolen fastslår, at visse regler er ugyldige, har i lighed med en annullationsdom tilbagevirkende kraft [68]. En afgørelse om ugyldighed udgør endvidere en tilstrækkelig grund for enhver national ret til ligeledes at anse den pågældende retsakt for ugyldig med hensyn til de foranstaltninger, som den skal træffe [69].

208. Det kunne derfor tænkes, at korrektionsfaktorens ophævelse ville udløse en endelig ubeskåret tildeling, som svarede til den foreløbige beregning. Det ville betyde, at anlæg i perioden fra 2013 til 2015 skulle tildeles mellem 6 og 10% flere gratiskvoter pr. år. Det kan ikke udelukkes, at denne yderligere tildeling i hvert fald for den tid, der er gået, ville kræve en tilsvarende forøgelse af den samlede mængde kvoter, eftersom de kvoter, der ikke tildeles gratis, allerede er blevet auktioneret. I årene herefter ville der kræves en endnu større mængde af yderligere gratiskvoter, men disse ville kunne hentes fra den mængde kvoter, der skulle auktioneres.

66 — Jf. for klarhedens skyld Rettens dom T & L Sugars og Sidul Açúcares mod Kommissionen (T-279/11, EU:T:2013:299, præmis 81).

67 — Dom T & L Sugars og Sidul Açúcares mod Kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, præmis 65 og 66).

68 — Domme Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, præmis 17) og Centre d'exportation du livre français (C-199/06, EU:C:2008:79, præmis 61 og 63).

69 — Dom International Chemical Corporation (66/80, EU:C:1981:102, præmis 13) og kendelse Fratelli Martini og Cargill (C-421/06, EU:C:2007:662, præmis 54).

209. Det ville være åbenbart urimeligt at foretage sådanne yderligere gratistildelinger. Ifølge den foreslåede besvarelse af de præjudicielle spørgsmål var antallet af gratistildelte kvoter således ikke for lavt, men for højt [70].

210. Tyskland har i øvrigt over for denne fortolkning af virkningerne af korrektionsfaktorens ugyldighed gjort gældende, at det er nødvendigt at fastsætte korrektionsfaktoren, for at der kan ske en endelig tildeling. Hvis korrektionsfaktoren ophæves, vil det rejse tvivl om retsgrundlaget for de endelige tildelinger, der allerede har fundet sted, og være til hinder for, at der foretages endelige tildelinger fremover. Det kan få alvorlige følger for ordningens funktion.

211. I virkeligheden er virkningen af en manglende korrektionsfaktor imidlertid ikke afgørende. Når Domstolen inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF konstaterer, at en retsakt, der er vedtaget af en EU-myndighed, er ugyldig, påhviler det nemlig de kompetente EU-institutioner at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at afhjælpe den konstaterede ulovlighed. Den i artikel 266 TEUF fastsatte forpligtelse, der gælder i tilfælde af en dom om annullation, anvendes analogt i lignende tilfælde [71].

212. Korrektionsfaktorens ophævelse vil derfor kun være af forbigående karakter. Kommissionen vil straks skulle fastsætte en ny korrektionsfaktor baseret på afgørelsen af de foreliggende præjudicielle sager.

213. Af hensyn til retssikkerheden bør Domstolen derfor – som Kommissionen subsidiært har anført – samtidig med, at den ophæver korrektionsfaktoren, fastsætte en overgangsordning, som kan gælde, indtil Kommissionen vedtager en ny afgørelse. Når tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn begrunder det, har Domstolen således i medfør af artikel 264, stk. 2, TEUF, der finder analog anvendelse i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse i medfør af artikel 267 TEUF vedrørende gyldigheden af retsakter fra EU-institutionerne, beføjelse til i hver enkelt konkret sag at afgøre, hvilke af den berørte retsakts virkninger der skal betragtes som bestående [72].

214. Den hidtidige korrektionsfaktors virkninger bør derfor som minimum opretholdes, indtil der er fastsat en ny korrektionsfaktor.

215. Herudover bør Domstolen i vid udstrækning også udelukke, at den nye korrektionsfaktor medfører ændringer af tildelinger, der allerede har fundet sted eller finder sted forud for den nye korrektionsfaktors fastsættelse.

216. Dommens virkninger kan således begrænses, hvis der ellers er risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der er stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsforskrifter, som blev anset for at være lovligt i kraft, og fordi det fremgår, at borgerne og de nationale myndigheder er blevet forledt til at følge en adfærd, som ikke er i overensstemmelse med EU-retlige forskrifter, på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende EU-bestemmelsernes rækkevidde, en usikkerhed, som de øvrige medlemsstater eller Kommissionen eventuelt selv har bidraget til med den af dem fulgte adfærd [73].

70 — Jf. punkt 110 ff. ovenfor.

71 — Domme FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen (C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 123) og Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, præmis 124).

72 — Domme Parlamentet mod Rådet (C-22/96, EU:C:1998:258, præmis 42) og Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, præmis 121).

73 — Domme Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, præmis 69) og Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, præmis 42).

217. Disse betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Hvis kvoterne *nedsættes* med tilbagevirkende kraft, vil det således tilsidesætte den berettigede forventning, som mange driftsledere har om, at de endelige tildelinger ligger fast. I den tid, der går, fra Domstolen afsiger dommen, til der fastsættes en ny korrektionsfaktor, vil de også blive udsat for en uforskyldt omkostningsrisiko, hvis de fremtidige gratiskvoter tildeles med forbehold af nedsættelser.

218. Hvis Domstolen begrænser den korrekt beregnede korrektionsfaktors tidsmæssige anvendelse på denne måde, bør Kommissionen imidlertid fastsætte denne korrektionsfaktor så hurtigt som muligt. Domstolen bør derfor fastsætte en frist herfor. En frist på et år vil efter min opfattelse være passende.

V – **Forslag til afgørelse**

219. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Sagerne C-191/14 og C-192/14, C-295/14 samt C-389/14, C-391/14 – C-393/14 forenes med henblik på dommen.

2) Det fremgår ikke klart af artikel 263, stk. 4, TEUF, at driftsledere af anlæg, som fra 2013 var omfattet af bestemmelserne i direktiv 2003/87/EF, bortset fra driftsledere af anlæg som omhandlet i direktivets artikel 10a, stk. 3, og nytilkomne erhvervsdrivende, kunne have anlagt sag ved Den Europæiske Unions Ret med påstand om annullation af afgørelse 2013/448/EU, for så vidt som den ensartede tværsektorielle korrektionsfaktor blev fastsat herved.

3) Artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil annulleres.

4) Virkningerne af artikel 4 i afgørelse 2013/448 og bilag II hertil opretholdes, indtil Kommissionen inden for en passende frist, der ikke må overstige et år, har vedtaget en ny afgørelse i medfør af artikel 10a, stk. 5, i direktiv 2003/87 og artikel 15, stk. 3, i afgørelse 2011/278/EU. Den nye afgørelse finder ikke anvendelse på kvoter, der er tildelt forud for dens vedtagelse.«