Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 12 november 2015 [1]

**Förenade målen C-191/14 och C-192/14**

**Borealis Polyolefine GmbH och OMV Refining & Marketing GmbH**
**mot**
**Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft**
(begäran om förhandsavgörande från Landesverwaltungsgericht Niederösterreich)
**Mål C-295/14**
**DOW Benelux BV m.fl.**
**mot**
**Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu**
(begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Nederländerna))
**och**
**De förenade målen C-389/14 och C-391/14– C-393/14**
**Esso Italiana Srl m.fl.**
**mot**
**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,**
**Presidenza del Consiglio dei Ministri**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio)

"Miljörätt — System för handel med utsläppsrätter för växthusgaser — Metod för tilldelning av utsläppsrätter — Gratis tilldelning av utsläppsrätter — Enhetlig, sektorsövergripande korrigeringsfaktor — Beräkning — Restgaser — Kraftvärme — Verksamheter som inkluderas i systemet från och med 2008 och 2013 — Motivering — Kommittéförfarande — Egendom — Villkoret personligen berörd — Begränsning av verkningarna av ett upphävande"

Innehållsförteckning

I – Inledning ..... 3

II – Tillämpliga bestämmelser ..... 4

A – Direktiv 2003/87 ..... 4

1 — Originalspråk: tyska.

B – Beslut 2011/278 ..... 6

C – Beslut 2013/448 ..... 7

III – Nationella förfaranden och begäran om förhandsavgörande ..... 8

A – Tolkningsfrågorna i målen C-191/14 och C-192/14 (Borealis Polyolefine) ..... 9

B – Tolkningsfrågorna i mål C-295/14 (DOW Benelux) ..... 9

C – Tolkningsfrågorna i målen C-389/14, C-391/14, C-392/14 och C-393/14 (Esso Italiana) ..... 11

D – Förfarandet vid domstolen ..... 11

IV – Rättslig bedömning ..... 11

A – Den rättsliga kvalificeringen av korrigeringsfaktorn ..... 12

1. Det erkända behovet hos industrianläggningar som fastställts av medlemsstaterna ..... 12

2. Det av kommissionen fastställda utsläppstaket för industrin ..... 13

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

b) Artikel 10a.5 led b i direktiv 2003/87 ..... 14

3. Den fastställda korrigeringsfaktorn ..... 14

4. Målen med direktiv 2003/87 med avseende på korrigeringsfaktorn ..... 15

B – Beaktandet av elproduktion från rökgaser och industriellt användande av värme ur högeffektiva kraftvärmeverk ..... 16

1. Elproduktion från rökgaser ..... 16

2. Värmeverk ..... 18

C – Data som använts för utsläppstaket för industrin avseende de sektorer som endast deltar från och med 2008 eller från och med 2013 ..... 19

1. Genomförandebestämmelserna ..... 19

2. Uppgifternas kvalitet ..... 20

a) Utvidgningen från år 2013 ..... 21

i) Den omständigheten att ny verksamhet inte har beaktats i de uppgifter som lämnats av vissa medlemsstater ..... 21

ii) Beaktandet av ny verksamhet i uppgifter som inlämnats av andra medlemsstater . 21

b) Utvidgningen från och med år 2008 ..... 23

D – Motiveringen avseende korrigeringsfaktorn ..... 23

1. Den nödvändiga motiveringen avseende den korrigeringsfaktor som fastställs i beslut 2013/448 ..... 24

2. De uppgifter som använts av kommissionen ..... 24

3. Det förklarande dokumentet från generaldirektoratet klimatpolitik ..... 27

4. Behovet av en retrospektiv beräkning ..... 27

5. Slutsats vad gäller motiveringen avseende korrigeringsfaktorn ..... 28

E – Den grundläggande rätten till skydd för egendom (sjätte frågan i målet Borealis Polyolefine och andra frågan i målet Esso Italiana) ..... 28

F – Förfarandet för antagande av beslut 2013/448 ..... 29

G – Möjligheten att direkt väcka talan vid unionsdomstolarna ..... 31

H – Konsekvenserna av att beslut 2013/448 är rättsstridigt ..... 33

V – Förslag till avgörande ..... 35

## I – Inledning

1. I systemet för handel med utsläppsrätter enligt direktiv 2003/87 [2] föreskrivs fortfarande att flera industrianläggningar under en övergångsperiod ska tilldelas gratis utsläppsrätter för växthusgaser, så kallade utsläppsrätter. Direktivet innehåller emellertid ett komplicerat regelverk enligt vilket antalet utsläppsrätter som tilldelas gratis på grundval av historiska utsläpp och det erkända behovet hos anläggningar begränsas genom en korrigeringsfaktor.

2. I förevarande förslag till avgörande kommer jag att pröva flera fall av begäran om förhandsavgörande som framställts av nationella domstolar i Österrike, Nederländerna och Italien avseende fastställandet av denna korrigeringsfaktor. De mål som ligger till grund för respektive begäran om förhandsavgörande har sitt ursprung i talan som har väckts av företag som har ifrågasatt vissa aspekter av beräkningen av denna korrigeringsfaktor för att erhålla en större mängd utsläppsrätter gratis. I detta syfte har utöver ovannämnda mål vid domstolen dessutom de nationella domstolarna i Italien, Finland, Sverige, Spanien och Tyskland framställt begäran om förhandsavgörande där till övervägande del liknande frågor har väckts. [3]

3. Den centrala frågan i ovannämnda mål är om kommissionen på ett korrekt sätt beaktat vissa verksamheter vid beräkningen av korrigeringsfaktorn. Härvid rör det sig framför allt om användningen av så kallade rökgaser som bränsle, användningen av värme från kraftvärme och om industriell verksamhet som endast omfattas av systemet i direktiv 2003/87 från och med 2008 eller 2013. Dessutom kräver dessa företag en omfattande tillgång till samtliga uppgifter som kommissionen använt vid beräkningen för att kunna kontrollera om det finns ytterligare skäl att ifrågasätta beräkningen.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EGT L 275, s. 32), i dess lydelse enligt fördraget om Kroatiens anslutning (EUT L 112, 2012, s. 21).

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

4. Det ska därutöver klargöras om kommissionen med rätta har underlåtit att tillämpa ett visst så kallat kommittéförfarande, om företagens grundläggande rätt till skydd för deras egendom har åsidosatts, om företagen i stället för att väcka talan vid de nationella domstolarna borde ha väckt talan direkt vid unionsdomstolarna, och vilka rättsliga följder det får om talan helt eller delvis vinner bifall såvitt avser deras invändningar.

## II – **Tillämpliga bestämmelser**

### A – *Direktiv 2003/87*

5. Målen avser beslut som kommissionen fattat på grundval av direktiv 2003/87 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen. De bestämmelser som är relevanta i förevarande mål infördes till övervägande del i det förstnämnda direktivet genom ändringsdirektivet 2009/29.[4]

6. Bland de definitioner som anges i artikel 3 i direktiv 2003/89 ska de två följande framhållas som har följande lydelse:

”I detta direktiv avses med

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

…

u) *elproducent*: en anläggning som den 1 januari 2005 eller senare har producerat el för försäljning till tredje part och i vilken ingen verksamhet som anges i bilaga I bedrivs utom förbränning av bränsle.”

7. I artikel 9 i direktiv 2003/87 regleras kvantiteten tillgängliga utsläppsrätter och den årliga minskningen av dessa enligt följande:

”Den sammanlagda kvantitet utsläppsrätter för gemenskapen som utfärdas varje år med början 2013, ska minska linjärt med början i mitten av perioden 2008–2012. Kvantiteten ska minska med en linjär faktor på 1,74 % jämfört med den genomsnittliga totala årliga kvantitet utsläppsrätter som utfärdas av medlemsstaterna i enlighet med kommissionens beslut om de nationella tilldelningsplanerna för perioden 2008–2012. Den sammanlagda kvantiteten utsläppsrätter för gemenskapen kommer till följd av Kroatiens anslutning endast att ökas med den kvantitet utsläppsrätter som Kroatien ska auktionera ut i enlighet med artikel 10.1.

Senast den 30 juni 2010 ska kommissionen offentliggöra den absoluta sammanlagda kvantiteten utsläppsrätter för 2013 för hela gemenskapen, baserad på den totala kvantitet utsläppsrätter som har utfärdats eller ska utfärdas av medlemsstaterna i enlighet med kommissionens beslut om de nationella tilldelningsplanerna för perioden 2008–2012.

… ”

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 (EUT L 140, s. 63).

8. I artikel 9a.2 i direktivet regleras hur utsläppen från en anläggning som från och med 2013 inkluderas i systemet ska fastställas vid tilldelningen av utsläppsrätter. I denna bestämmelse föreskrivs följande:

”När det gäller anläggningar som bedriver någon av verksamheterna i bilaga I och som inkluderas i gemenskapssystemet från och med 2013 ska medlemsstaterna se till att anläggningarnas verksamhetsutövare lämnar in vederbörligen styrkta och av tredje part verifierade utsläppsdata till den berörda behöriga myndigheten så att dessa kan beaktas med avseende på justeringen av den kvantitet utsläppsrätter som ska utfärdas i gemenskapen.

Alla sådana data ska senast den 30 april 2010 lämnas in till den berörda behöriga myndigheten i enlighet med bestämmelser som antagits enligt artikel 14.1.

Om inlämnade data är vederbörligen styrkta ska den behöriga myndigheten meddela kommissionen detta senast den 30 juni 2010, och den kvantitet utsläppsrätter som ska utfärdas, justerad med den linjära faktor som avses i artikel 9, ska justeras i enlighet med detta. För anläggningar som släpper ut andra växthusgaser än $CO_2$ får den behöriga myndigheten ange en lägre utsläppskvantitet beroende på potentialen att minska utsläppen från dessa anläggningar.”

9. Artikel 10a.1 och 10a.2 i direktiv 2003/87 avser fastställandet av så kallade riktmärken för olika verksamheter; i dessa bestämmelser anges följande:

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

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

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

…

2. Vid fastställandet av principerna för hur förhandsriktmärkena ska sättas i enskilda sektorer eller delsektorer ska utgångspunkten vara genomsnittsprestandan för de 10 % som utgör de mest effektiva anläggningarna i en sektor eller en delsektor i gemenskapen under åren 2007–2008. … ”

10. Enligt artikel 10.a.3 i direktiv 2003/87 ska fri tilldelning av utsläppsrätter framfört allt inte ges för elproduktion. I denna bestämmelse föreskrivs följande:

”Om inte annat följer av punkterna 4 och 8, och trots vad som sägs i artikel 10c, ska ingen fri tilldelning ges till elproducenter, avskiljningsanläggningar, transportledningar eller till lagringsplatser för koldioxid.”

11. Artikel 10a.4 i direktiv 2003/87 innehåller emellertid regler som särskilt rör kraftvärme där följande föreskrivs:

”Gratis tilldelning ska ges för fjärrvärme och högeffektiv kraftvärme …, förutsatt att det finns en ekonomiskt motiverad efterfrågan, med avseende på produktionen av värme eller kyla. Varje år efter 2013 ska den totala tilldelningen av utsläppsrätter för värmeproduktion till sådana anläggningar justeras enligt den linjära faktor som avses i artikel 9.”

12. Artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 avser fastställandet av en korrigeringsfaktor för fördelning av utsläppsrätter. Denna bestämmelse har följande lydelse:

”Det högsta årliga antalet utsläppsrätter som ligger till grund för beräkningen av tilldelningen till anläggningar som inte omfattas av punkt 3 och som inte är nya deltagare får inte överstiga summan av

a) den årliga totala kvantiteten i hela gemenskapen, enligt artikel 9, multiplicerad med andelen utsläpp från anläggningar som inte omfattas av punkt 3 av de totala genomsnittliga verifierade utsläppen under perioden 2005–2007 från anläggningar som omfattas av gemenskapssystemet under perioden 2008–2012, och

b) genomsnittet av de sammanlagda årliga verifierade utsläppen under perioden 2005–2007 från anläggningar som endast deltagit i gemenskapssystemet från och med 2013 och som inte omfattas av punkt 3, justerat enligt den linjära faktor som avses i artikel 9.

Vid behov ska en enhetlig, sektorsövergripande korrigeringsfaktor tillämpas.”

B – *Beslut 2011/278*

13. Artikel 10 i beslut 2011/278[5] avser gratis tilldelning av utsläppsrätter. Enligt punkt 2 ska medlemsstaterna på grundval av de historiska utsläppen och de produktriktmärken som kommissionen tidigare fastställt inledningsvis preliminärt fastställa antalet utsläppsrätter som ska tilldelas enskilda industrianläggningar. Resultaten ska meddelas kommissionen enligt artikel 15.2 e.

14. Enligt artikel 15.3 i beslut 2011/278 ska kommissionen utifrån den information som medlemsstaterna lämnat in beräkna korrigeringsfaktorn enligt artikel 10a.5 i direktiv 2003/87. I förstnämnda bestämmelse föreskrivs följande:

”Kommissionen ska vid mottagandet av den förteckning som avses i punkt 1 bedöma varje anläggnings införande i förteckningen och de relaterade preliminära sammanlagda årskvantiteterna utsläppsrätter som tilldelas gratis.

När alla medlemsstater har anmält sina preliminära sammanlagda årskvantiteter utsläppsrätter som tilldelas gratis under perioden 2013–2020 ska kommissionen fastställa den enhetliga sektorsövergripande faktor som avses i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG. Faktorn ska fastställas genom att man jämför summan av de preliminära sammanlagda årskvantiteterna utsläppsrätter som tilldelas gratis för anläggningar som inte genererar el varje år under perioden 2013–2020, utan att tillämpa de faktorer som avses i bilaga VI, med de årskvantiteter utsläppsrätter som beräknas enligt artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG för anläggningar som inte är elproducenter eller nya deltagare, med beaktande av den relevanta andelen av den årliga sammanlagda kvantiteten i unionen såsom den bestäms enligt artikel 9 i det direktivet, och de relevanta utsläppskvantiteter som inte införs i EU:s utsläppshandel förrän från och med 2013.”

5 — Kommissionens beslut 2011/278/EU av den 27 april 2011 om fastställande av unionstäckande övergångsbestämmelser för harmoniserad gratis tilldelning av utsläppsrätter enligt artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG (EUT L 130, s. 1).

15. Om det preliminärt fastställda antalet utsläppsrätter som ska tilldelas enskilda industrianläggningar gratis multipliceras med korrigeringsfaktorn erhålls enligt artikel 10.9 i beslut 2011/278 den slutliga sammanlagda årskvantiteten.

16. Vid beaktandet av kraftvärmeproduktionen i riktmärkena är skäl 21 i beslut 2011/278 av särskilt intresse. Detta skäl har följande ordalydelse:

”I fall där mätbar värme utbyts mellan två eller flera anläggningar bör tilldelningen av gratis utsläppsrätter baseras på anläggningens värmeförbrukning med beaktande av risken för koldioxidläckage. För att säkerställa att det antal utsläppsrätter som tilldelas gratis är oberoende av värmeförsörjningsstrukturen bör därför utsläppsrätterna tilldelas värmeförbrukaren.”

17. Med avseende på beaktandet av restgaser vid fastställandet av produktriktmärket anges följande i skäl 32 i beslut 2011/278:

”Det är också lämpligt att produktriktmärket beaktar effektiv energiåtervinning ur restgaser och utsläpp relaterade till användningen av dem. Därför har man när man fastställt riktmärkesvärden för produkter vars produktion genererar restgaser i omfattande utsträckning beaktat koldioxidinnehållet i dessa. I fall där restgaser exporteras från produktionsprocessen utanför det relevanta produktriktmärkets systemgränser och förbränns för produktion av värme utanför systemgränserna enligt definitionen i bilaga I, bör de relaterade utsläppen beaktas genom att man tilldelar extra utsläppsrätter på grundval av värme- eller bränsleriktmärket. Mot bakgrund av den allmänna principen att inga utsläppsrätter bör tilldelas gratis för elproduktion, för att undvika otillbörlig snedvridning av konkurrensen på marknaderna för el som levereras till industrianläggningar och med beaktande av det inneboende koldioxidpriset i el, är det lämpligt att, i fall där restgaser exporteras från produktionsprocessen utanför systemgränserna och förbränns för produktion av el, inte tilldela några extra utsläppsrätter utöver den andel för kolinnehållet i restgasen som ingår i beräkningen av det relevanta produktriktmärket.”

### C – *Beslut 2013/448*

18. Artikel 4 i beslut 2013/448 [6] avser korrigeringsfaktorn för åren 2013–2020. I denna bestämmelse anges följande:

”Den enhetliga sektorsövergripande faktor som avses i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG och som fastställts i enlighet med artikel 15.3 i beslut 2011/278/EU återfinns i bilaga II till detta beslut.”

19. Enligt bilaga II till beslut 2013/448 uppgick korrigeringsfaktorn för år 2013 till 94,272151 procent. För de följande åren kommer kvoten att minskas till 82,438204 procent för år 2020.

20. I skäl 25 har kommissionen redogjort för hur den kom fram till dessa siffror. Följande har anförts:

”Det högsta årliga antalet utsläppsrätter som fastställs i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG är 809 315 756 utsläppsrätter för 2013. För att fastställa detta högsta årliga antal utsläppsrätter samlade kommissionen först in uppgifter från medlemsstaterna och EES-/Eftaländerna om huruvida anläggningar betraktas som elproducenter eller andra anläggningar som omfattas av artikel 10a.3 i direktiv 2003/87/EG. Sedan beräknade kommissionen den andel av utsläppen under perioden 2005–2007 som kommer från anläggningar som inte omfattas av denna bestämmelse, men ingick i EU:s system för handel med utsläppsrätter under perioden 2008–2012. Kommissionen tillämpade därefter denna andel av 34,78289436 % på den mängd som beräknas på grundval av artikel 9 i

6 — Kommissionens beslut 2013/448/EU av den 5 september 2013 om nationella genomförandeåtgärder för övergångsutdelningen av gratis utsläppsrätter för växthusgaser i enlighet med artikel 11.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87 (EUT L 240, s. 27).

direktiv 2003/87/EG (1 976 784 044 utsläppsrätter). Till resultatet av denna beräkning lade kommissionen sedan till 121 733 050 utsläppsrätter, utgående från de genomsnittliga årliga verifierade utsläppen under perioden 2005–2007 från berörda anläggningar, med beaktande av den reviderade omfattningen av EU:s system för utsläppshandel från och med 2013. I detta sammanhang utnyttjade kommissionen uppgifter som medlemsstaterna och EES-/Eftaländerna lämnat för justering av den sammanlagda mängden utsläppsrätter. Där inga uppgifter om årliga verifierade utsläpp fanns tillgängliga för perioden 2005–2007 extrapolerade kommissionen i möjligaste mån de relevanta utsläppssiffrorna från verifierade utsläpp under senare år genom att tillämpa faktorn 1,74 % i motsatt riktning. Kommissionen konsulterade medlemsstaternas myndigheter för att få bekräftelse för information och data som används i det här sammanhanget. Det högsta årliga antalet utsläppsrätter som fastställs i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG jämfört med summan av den preliminära årliga mängden gratis tilldelade utsläppsrätter utan tillämpning av de faktorer som anges i bilaga VI till beslut 2011/278/EU ger den årliga sektorsövergripande korrigeringsfaktor som anges i bilaga II till detta beslut.”

## III – **Nationella förfaranden och begäran om förhandsavgörande**

21. Österrike, Nederländerna och Italien fastställde år 2012 (provisorsikt) de utsläppsrätter för växthusgaser som ska tilldelas de klagande företagen i de nationella målen gratis och underrätade kommissionen därom.

22. Den 5 september 2013 fattade kommissionen beslut 2013/448 där den fastställde den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn.

23. På grundval av denna korrigeringsfaktor tilldelade de tre ovannämnda medlemsstaterna de klagande företagen ett mindre antal utsläppsrätter än vad som fastställts provisoriskt.

24. De företag som är parter i målen vid de nationella domstolarna väckte talan mot detta beslut som ledde fram till förevarande begäran om förhandsavgörande.

### A – *Tolkningsfrågorna i målen C-191/14 (Borealis Polyolefine) och C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (regional förvaltningsdomstol i Niederösterreich) har hänskjutit följande frågor för förhandsavgörande till domstolen:

”1) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG i den mån kommissionen inte i beräkningsunderlaget enligt artikel 10a.5 andra strecksatsen led a och b har tagit med utsläpp relaterade till rökgaser från anläggningar som omfattas av bilaga I till direktiv 2003/87 och värme som används i anläggningar som omfattas av bilaga I till direktiv 2003/87 och som härrör från kraftvärmeanläggningar, för vilka gratis tilldelning ges enligt artikel 10a.1 och 10a.4 i direktiv 2003/87 och beslut 2011/278?

2) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot artikel 3e och 3u i direktiv 2003/87, i sig och/eller i förening med artikel 10a.5 i direktiv 2003/87, i den mån det föreskriver att koldioxidutsläpp relaterade till rökgaser – vilka kommer från anläggningar som omfattas av bilaga I till direktiv 2003/87/EG – och värme som används i anläggningar som omfattas av bilaga I till direktiv 2003/87 och som härrör från kraftvärmeanläggningar utgör utsläpp från ’elproducenter’?

3) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot målen med direktiv 2003/87, i den mån det ger upphov till en assymmetri på så sätt att utsläpp relaterade till förbränning av rökgaser och värme som produceras genom kraftvärme inte tas med i beräkningsunderlagt enligt artikel 10a.5 andra strecksatsen led a och b i direktiv 2003/87, fastän de ska ges gratis tilldelning enligt artikel 10a.1 och 10a.4 i direktiv 2003/87 och beslut 2011/278?

4) Är beslut 2011/278 ogiltigt och strider det mot artikel 290 FEUF och artikel 10a.5 i direktiv 2003/87, i den mån dess artikel 15.3 ändrar artikel 10a.5 andra strecksatsen led a och b i direktiv 2003/87 på ett sådant sätt att angivelsen ’anläggningar som inte omfattas av punkt 3’ ersätts med ’anläggningar som inte genererar el’?

5) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot artikel 23.3 i direktiv 2003/87, i den mån beslutet inte antagits enligt det föreskrivande förfarandet med kontroll, vilket föreskrivs i artikel 5a i rådets beslut 1999/468 och artikel 12 i förordning nr 182/2011?

6) Ska artikel 17 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tolkas så, att det inte är möjligt att hålla inne gratis tilldelningar på grund av rättsstridig beräkning av en sektorsövergripande korrigeringsfaktor?

7) Ska artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG, i sig och/eller i förening med artikel 15.3 i beslut 2011/278/EU, tolkas så, att det inte är möjligt att tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken den på ett rättsstridigt sätt beräknade enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn i artikel 4 i beslut 2013/448 och dess bilaga II ska tillämpas på gratis tilldelningar i en medlemsstat?

8) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot artikel 10a.5 i direktiv 2003/87, i den mån det endast innefattar utsläpp från anläggningar som ingick i gemenskapssystemet från och med år 2008, vilket innebär att beslutet inte innefattar utsläpp relaterade till verksamhet som ingår i gemenskapssystemet sedan år 2008 (i den ändrade versionen av bilaga I till direktiv 2003/87) när denna verksamhet har bedrivits i anläggningar som redan ingick i gemenskapssystemet före år 2008?

9) Är beslut 2013/448 ogiltigt och strider det mot artikel 10a.5 i direktiv 2003/87, i den mån det endast innefattar utsläpp från anläggningar som ingick i gemenskapssystemet från och med år 2013, vilket innebär att beslutet inte innefattar utsläpp relaterade till verksamhet som ingår i gemenskapssystemet sedan år 2013 (i den ändrade versionen av bilaga I till direktiv 2003/87/EG) när denna verksamhet har bedrivits i anläggningar som redan ingick i gemenskapssystemet före år 2013?”

B – *Tolkningsfrågorna i mål C-295/14 (DOW Benelux)*

26. De frågor som ställts av Raad van State (högsta förvaltningsdomstolen) (Nederländerna) har följande lydelse:

”1) Ska artikel 263 fjärde stycket FEUF tolkas så, att verksamhetsutövare vid anläggningar som från och med 2013 omfattades av reglerna om handel med utsläppsrätter i direktiv 2003/87, med undantag av verksamhetsutövare vid sådana anläggningar som avses i artikel 10a.3 i direktivet och nya deltagare, vid tribunalen otvivelaktigt hade kunnat yrka på ogiltigförklaring av beslut 2013/448, i den del som avser den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn?

2) Är beslut 2013/448/EU ogiltigt, i den del som avser den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn, eftersom beslutet inte har fattats i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 10a.1 i direktiv 2003/87?

3) Strider artikel 15 i beslut 2011/278 mot artikel 10a.5 i direktiv 2003/87/EG, eftersom den förstnämnda artikeln hindrar att utsläpp från elproducenter inbegrips vid fastställandet av den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn? Om så är fallet, vad får detta för betydelse för beslut 2013/448?

4) Är beslut 2013/448 ogiltigt, i den del som avser den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn, eftersom beslutet även bygger på utsläppsdata som lämnats in för att genomföra artikel 9a.2 i direktiv 2003/87 utan att de, i enlighet med artikel 14.1 antagna, bestämmelser som avses i artikel 9a.2 hade fastställts?

5) Strider beslut 2013/448, i den del som avser den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn, mot framför allt artikel 296 FEUF eller artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, eftersom de utsläppskvantiteter och utsläppsrätter som ligger till grund för beräkningen av korrigeringsfaktorn endast till viss del anges i beslutet?

6) Strider beslut 2013/448, i den del som avser den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn, mot framför allt artikel 296 FEUF eller artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, eftersom korrigeringsfaktorn har fastställts utifrån data som verksamhetsutövarna vid de anläggningar som omfattas av handeln med utsläppsrätter inte har kunnat ta del av?”

C – *Tolkningsfrågorna i målen C-389/14 och C-391/14–C-393/14 (Esso Italiana)*

27. Slutligen har den italienska Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regional förvaltningsdomstol i Lazio) hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är beslut 2013/448 ogiltigt på grund av att den procentandel av utsläppen som hänger samman med förbränning av rökgaser – eller processgaser från stålindustrin – eller de utsläpp som hänger samman med den värme som produceras genom kraftvärme, inte beaktades i beslutet vid beräkningen av de utsläppsrätter som ska tilldelas gratis, vilket innebär att artikel 290 FEUF och artikel 10a.1, 10a.4 och 10a.5 i direktiv 2003/87 har åsidosatts, att gränserna för den delegering som skett genom direktivet har överskridits och att beslutet står i strid med direktivets mål (främjande av mer energieffektiv teknik och tryggande av behoven av ekonomisk utveckling och sysselsättning)?

2) Är beslut 2013/448 ogiltigt mot bakgrund av artikel 6 FEU, på grund av att det strider mot artikel 1 i tilläggsprotokollet till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och artikel 17 i nämnda konvention, genom att otillbörligen ha åsidosatt klagandebolagens berättigade förväntningar på att få behålla den egendom som består av det antal utsläppsrätter som preliminärt tilldelats och som dessa bolag är berättigade till på grundval av direktivets bestämmelser, vilket har medfört att de berövats den ekonomiska nytta som är förenad med denna egendom?

3) Är beslut 2013/448 ogiltigt i den del där den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn fastställs, med hänsyn till att beslutet strider mot artikel 296 andra stycket FEUF och artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, på grund av att beslutet saknar lämplig motivering?

4) Är beslut 2013/448 ogiltigt i den del där den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn fastställs, med hänsyn till att beslutet strider mot artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 och mot proportionalitetsprincipen i artikel 5.4 FEU, och att det dessutom gjordes en bristfällig utredning och en oriktig bedömning i beslutet, med beaktande av att det vid beräkningen av det högsta antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis (en uppgift som är relevant vid fastställandet av den

enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn) inte togs någon hänsyn till följderna av de ändringar i tolkningen av begreppet förbränningsanläggning som har skett mellan den första (2005–2007) och den andra fasen (2008–2012) av genomförandet av direktiv 2003/87?

5) Är beslut 2013/448 ogiltigt i den del där den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn fastställs, på grund av att artiklarna 10a.5 och 9a.2 i direktiv 2003/87 har åsidosatts och på grund av att det gjordes en bristfällig utredning och en oriktig bedömning, med beaktande av att beräkningen av det högsta antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis (en uppgift som är relevant vid fastställandet av den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktorn) gjordes på grundval av data som lämnats av medlemsstaterna och som sinsemellan är motstridiga på grund av att de grundar sig på olika tolkningar av artikel 9a.2 i direktiv 2003/87?

6) Är slutligen beslut 2013/448 ogiltigt i den del där den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn fastställs, på grund av att förfaranderegelerna i artiklarna 10a.1 och 23.3 i direktiv 2003/87 har åsidosatts?”

## D – *Förfarandet vid domstolen*

28. Synpunkter har lämnats skriftligen av Borealis m.fl. i det österrikiska förfarandet, DOW Benelux, Esso Nederland m.fl., Akzo Nobel Chemicals m.fl. och Yara Sluiskil m.fl. i det nederländska förfarandet och Esso Italiana, Eni och Linde Gas Italia i de italienska förfarandena, vilka är parter i de nationella målen. Dessutom har Tyskland, Nederländerna, Spanien (enbart i det italienska förfarandet) och kommissionen inkommit med skriftliga yttranden.

29. Domstolen har visserligen förenat de båda österrikiska och de fyra italienska begäran om förhandsavgörande, men har för övrigt hittills inte förenat förevarande mål formellt. Den 3 september 2015 höll den emellertid en gemensam muntlig förhandling. I den muntliga förhandlingen deltog, med undantag för Linde, alla ovannämnda parter samt parterna i det italienska målet Luchini m.fl. och Buzzi Unicem.

30. Samtliga mål kommer att prövas i ett enda förslag till avgörande och jag anser att det är lämpligt att domstolen följer detta exempel och förenar målen med avseende på domen.

## IV – **Rättslig bedömning**

31. Genom de frågor som ställts i ovannämnda begäran om förhandsavgörande har den enhetliga sektorsövergripande korrigeringsfaktor som föreskrivs i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 (nedan kallad korrigeringsfaktor) som kommissionen har fastställt i artikel 4 och bilaga II till beslut 2013/448 ifrågasätts.

32. För att förstå dessa frågor är det inledningsvis nödvändigt att redogöra för beräkningen av korrigeringsfaktorn och dess betydelse i det system som skapats genom direktiv 2003/87 (se i detta avseende nedan punkt A). Sedan kommer jag att pröva de frågor som avser den omständigheten att vissa utsläppskällor inte har beaktats i tillräcklig mån (se i detta avseende punkterna B och C), därefter motiveringen avseende fastställandet av korrigeringsfaktorn (se i detta avseende nedan punkt D), vidare den grundläggande rätten till skydd för egendom (se i detta avseende nedan punkt E) och det förfarandet som tillämpats vid beslutet (se i detta avseende nedan punkt F). För att ge en sammanhängande redogörelse av detta mycket komplexa område i rättsligt hänseende kommer jag först att i anslutningen härtill visa att de klagande företagen i de nationella målen inte var tvungna att framställa sina invändningar direkt vid unionsdomstolarna (se i detta avseende nedan punkt G) och beskriva de följder som resultatet av prövningen av beslutet får (se i detta avseende nedan punkt H).

A – *Den rättsliga kvalificeringen av korrigeringsfaktorn*

33. Genom artikel 1 i direktiv 2003/87 införs ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser, vilket syftar till att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av dessa gaser.

34. Anläggningar som omfattas av systemet måste förvärva så kallade utsläppsrätter för utsläpp av växthusgaser. Detta avser praktiskt taget nästan undantagslöst koldioxidutsläpp. Enligt artiklarna 9 och 9a i direktiv 2003/87 är det sammanlagda antalet tillgängliga utsläppsrätter begränsat och minskas från och med år 2010 med 1,74 procent per år. Enligt skäl 13 i direktiv 2009/29 bidrar denna minskning till att fram till år 2020 minska klimatskadliga utsläpp med 20 procent i förhållande till år 1990.

35. Sedan år 2013 tilldelas dessa utsläppsrätter enbart delvis gratis och auktioneras för övrigt ut. En åtskillnad görs mellan elproducenter som med vissa undantag *inte* tilldelas *några* gratis utsläppsrätter [7] och industrianläggningar som antingen tilldelas alla [8] utsläppsrätter som krävs eller i vart fall en del [9] därav gratis.

36. De aktuella frågorna avser direkt enbart situationen för industrianläggningar som kan tilldelas utsläppsrätter gratis, men inte elproducenter. Den omtvistade korrigeringsfaktorn leder nämligen till en minskning av de utsläppsrätter som tilldelats industrianläggningar gratis.

37. Korrigeringsfaktorn fastställs genom att dels medlemsstaterna, dels kommissionen fastställer antalet utsläppsrätter som sammanlagt tillfaller samtliga befintliga industrianläggningar. Härvid använder de båda aktörerna olika beräkningsmetoder. Den lägre av de båda siffrorna är avgörande för mängden utsläppsrätter som slutligen kommer att fördelas gratis.

38. Om den siffra som medlemsstaternas fastställt hade varit lägre så hade en korrigering inte varit nödvändig. Medlemsstaterna hade kunnat genomföra gratisfördelningen på grundval av deras utgångsvärde.

39. I själva verket var emellertid den siffra som kommissionen fastställde lägre. Av det skälet uppkom den situation som avses i artikel 10a.5 andra stycket i direktiv 2003/87. Det blev nödvändigt att tillämpa en enhetlig, sektorsövergripande korrigeringsfaktor. Denna uppgick under det första året till ca 94,3 procent och kommer till år 2020 att ha minskat till ca 80,4 procent. Detta innebär att av det antal utsläppsrätter som ska tilldelas gratis och som preliminärt fastställts av medlemsstaterna, kan slutligen enbart denna kvot tilldelas.

1. Det erkända behovet hos industrianläggningar som fastställts av medlemsstaterna

40. Medlemsstaterna ska fastställa det värde som anges i början av artikel 10a.5 i direktiv 2003/87, antalet utsläppsrätter som ligger till grund för beräkningen av (framtida) årliga gratisfördelningar till industrianläggningar. Detta antal beräknas på sätt och viss från grunden, det vill säga på grundval av den historiska verksamheten för varje enskild anläggning och så kallade riktmärken som kommissionen har fastställt i beslut 2011/278 för varje verksamhet. Vid dessa riktmärken rör det sig om en viss mängd koldioxidutsläpp som kommissionen anser vara nödvändig för produktionen av en viss mängd av produkten. Jag kommer i det följande att beteckna detta värde som det *erkända behovet*.

7 — Artikel 10a.1 tredje stycket andra meningen, 10a.3 och 10a.7 tredje stycket i direktiv 2003/87.

8 — Enligt artikel 10a.12 i direktiv 2003/87 rör det sig om anläggningar i sektorer eller delsektorer som är utsatta för stora risker för koldioxidläckage, så kallat carbon leakage.

9 — Enligt artikel 10a.11 i direktiv 2003/87 erhåller de först 80 procent av de utsläppsrätter som behövs gratis. Fram till år 2020 kommer detta antal att minska linjärt till 30 procent, fram till år 2027 till 0 procent.

41. Enligt artikel 10a.2 första stycket i direktiv 2003/87 ska utgångspunkten för riktmärkena vara genomsnittsprestandan för de 10 procent som utgör de mest effektiva anläggningarna i en sektor eller en delsektor i unionen. Dessutom ska dessa riktmärken enligt artikel 10a.1 tredje stycket garantera att tilldelningen sker på ett sätt som ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att bland annat beakta högeffektiv kraftvärme, effektiv energiåtervinning från rökgaser, och åtgärderna ska inte ge incitament till att öka utsläppen. Det ankommer på kommissionen att förverkliga dessa mål när de fastställer riktmärken för olika verksamheter.

42. De riktmärken som fastställts av kommissionen för industrianläggningar omfattar framför allt utsläpp som är relaterade till användningen av rökgaser som bränsle som genereras vid vissa produktionsprocesser (se i detta avseende nedan punkt B, nr 1), och vid deras fastställande beaktas det industriella användandet av värme från värmeverk (se i detta avseende nedan punkt B, nr 2). För övrigt används de på alla industrianläggningar som för närvarande omfattas av systemet i direktiv 2003/87, det vill säga även på anläggningar som endast ingår från och med 2008 (se i detta avseende nedan punkt C, nr 2b), eller 2013 (se i detta avseende nedan punkt C, nr 2a).

43. Medlemsstaterna ska fastställa det erkända behovet för alla industrianläggningar inom sina territorier som följer av användandet av dessa riktmärken genom att enligt artikel 10 i beslut 2011/278 multiplicera riktmärkena för respektive verksamhet med den historiska verksamhetsnivån för berörda delanläggningar. Enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87 ska dessa data lämnas in till kommissionen senast den 30 september 2011. Kommissionen ska räkna samman de siffror som lämnats in till den och på så sätt fastställa det totala erkända behovet för alla industrianläggningar i unionen.

2. Det av kommissionen fastställda utsläppstaket för industrin

44. Kommissionen ska fastställa det andra värdet, det så kallade utsläppstaket för industrin, på sätt och vis ur ett fågelperspektiv, genom att på grundval av historiska utsläppsdata fastställa andelen av det sammanlagda antalet tillgängliga utsläppsrätter som totalt tillkommer industrianläggningar. Detta utsläppstak för industrin består av två delkvantiteter som regleras i artikel 10a.5 a och b i direktiv 2003/87.

a) Artikel 10a.5 a i direktiv 2003/87

45. Enligt artikel 10a.5 a i direktiv 2003/87 är utgångspunkten för den första delkvantiteten den genomsnittliga årliga totala kvantiteten utsläppsrätter enligt artikel 9.1 som tilldelades för den andra fördelningsperioden 2008-2012, det vill säga det historiska behovet för alla anläggningar som under denna period omfattades av systemet i direktivet. Den sammanlagda kvantiteten omfattar båda grupperna, elproducenter och industrianläggningar.

46. Kvantiteten utsläppsrätter fastställdes av respektive medlemsstat. För detta ändamål föreskrevs inte någon specifik metod för medlemsstaterna i direktiv 2003/87, i dess då gällande lydelse.[10]

47. Den genomsnittliga kvantiteten för åren 2008–2012 som fastställdes på grundval av de nationella tilldelningarna för hela unionen ska vid beräkningen av den totala årliga kvantitet som ska gälla framöver från och med mitten av denna period, det vill säga år 2010, minskas[11] årligen med en linjär faktor på 1,74 procent.

10 — Dom kommissionen/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punkt 52).

11 — För klargörande, se skäl 13 i kommissionen beslut 2010/384/EU av den 9 juli 2010 om kvantiteten utsläppsrätter för 2013 för hela gemenskapen som ska utfärdas inom EU:s system för handel med utsläppsrätter (EUT L 175, s. 36).

48. Vid fastställandet av utsläppstaket för industrier kan enligt artikel 10a.5 led a i direktiv 2003/87 emellertid enbart den andelen anläggningar som inte omfattas av artikel 10a tredje stycket beaktas. I praktiken beaktas således inte de utsläppsrätter som tilldelats elproducenter fram till år 2012. Kommissionen ska fastställa denna andel på grundval av den mängd utsläppsrätter som tilldelades industrianläggningar i genomsnitt under åren 2005–2007.

49. Av det skälet omfattas inte utsläppsrätter som tidigare tilldelats elproducenter för utsläpp som uppkom vid användandet av rökgaser som bränsle (se i detta avseende nedan punkt B nr 1) eller vid framställning av värme som tillverkas industriellt i värmeverk (se i detta avseende nedan punkt B, nr 2) av utsläppstaket för industrier. Därutöver innebär hänvisningen till andelen av industrin under perioden 2005–2007 att industrianläggningar som endast omfattas av direktiv 2003/87 från och med 2008 inte kan beaktas (se i detta avseende nedan punkt C, nr 2 b). Detta avser vissa förbränningsanläggningar och anläggningar som är belägna inom EES-staterna. Samtliga utsläpp beaktas emellertid vid fastställandet av industririktmärkena.

b) Artikel 10a.5 led b i direktiv 2003/87

50. Den andra delkvantiteten omfattar enligt artikel 10a.5 led b i direktiv 2003/87 anläggningar som endast ingår i direktivets system från och med 2013. Från och med 2013 inbegrips dessutom utsläpp som härrör från framställning av aluminium och från vissa sektorer inom kemibranschen i systemet.

51. Detta sker på grundval av de totala genomsnittliga årliga verifierade utsläppen under perioden 2005–2007 från dessa anläggningar. Även detta värde minskas med ovannämnda linjära faktor på 1,74 procent per år och elproducenter beaktas inte.

52. Såtillvida uppkommer problemet att samma utsläppsdata inte använts för samtliga medlemsstater. För vissa medlemsstater har enbart utsläppsdata från anläggningar använts som endast deltar i systemet från och med 2013. Däremot har för andra medlemsstater även utsläppsdata för verksamhet som nyligen inkluderats i systemet som genomförs i anläggningar som redan tidigare deltog i systemet på grund av annan verksamhet (se i detta avseende nedan punkt C, nr 2a) använts.

3. Den fastställda korrigeringsfaktorn

53. Vid första anblicken kan man förvänta sig att ett erkänt behov som avser de mest effektiva anläggningarna och som fastställs av medlemsstaterna är lägre än den historiska fördelningen till alla anläggningar inklusive de mindre effektiva som ligger till grund för det värde som kommissionen fastställt.[12] Vid en jämförelse av de båda värdena torde följaktligen enbart den årliga linjära minskningen av utsläppstaket för industrier med 1,74 procent märkas. En korrigeringsfaktor krävs således först efter det att det ”försprång” som beaktandet av de mest effektiva anläggningarna innebär reduceras till följd av minskningarna.

54. Resultatet av jämförelsen mellan det värde som fastställts av medlemsstaterna och det som fastställts av kommissionen ger emellertid intrycket att det erkända behov som ligger till grund för beslut 2013/448 är *mer* omfattande än den historiska fördelningen. Korrigeringsfaktorn har nämligen redan från början en större inverkan än den linjära minskningen. Korrigeringsfaktorn på 94,272151 procent under det första året, 2013, medför en minskning av gratistilldelningen med 5,727849 procent. Den linjära minskning som skett fram till denna tidpunkt för åren 2011–2013

12 — Tvärtemot vad kommissionen hävdat i förevarande mål motsvarande detta år 2010 enligt Esso Nederland m.fl. även kommissionens slutsats.

uppgår emellertid enbart till 5,22 procent. Med tiden minskar denna effekt emellertid något. Det sista året, år 2020, uppgår korrigeringsfaktorn till 82,438204 procent. Detta medför en minskning med 17,561796 procent. Denna minskning är något högre än den sammanlagda linjära minskningen på 17,4 procent för de tio åren.

55. De klagande företagen i de nationella målen anser därför att korrigeringen är för stor. De anser att detta framför allt beror på att vissa verksamhetsområden felaktigt visserligen har beaktats inom ramen för det erkända behovet, [13] men inte vid fastställandet av utsläppstaket för industrin. [14] De har dessutom begärt att få tillgång till de uppgifter som krävs för att kunna göra en ingående kontroll av beräkningen av korrigeringsfaktorn (se i detta avseende nedan punkt D).

## 4. Målen med direktiv 2003/87 med avseende på korrigeringsfaktorn

56. Det ska i detta avseende medges att det står i strid med de mål som eftersträvas med korrigeringsfaktorn att beakta vissa verksamhetsområden ”asymmetriskt”. [15] Dessa mål har visserligen inte fastställts uttryckligen men korrigeringsfaktorn tjänar ett dubbelt syfte enligt det sammanhang i vilket den ingår.

57. För det första föranleder den en tillämpning av den linjära minskningsfaktorn på 1,74 procent. Detta syfte påverkas inte av den ifrågasatta asymmetrin. Minskningsfaktorn hade emellertid även kunnat tillämpas utan en komplicerad jämförelse mellan det erkända behovet och utsläppstaket för industrin.

58. Av större betydelse är därför den andra funktionen med korrigeringsfaktorn. Denna består i att säkerställa att den gratistilldelning som sker på grundval av riktmärken inte medför att den jämvikt som föreligger enligt det tidigare systemet för fördelning mellan industriell verksamhet och elproduktion rubbas till förmån för industrin.

59. Denna jämvikt är viktig. Om andelen industriella verksamheter skulle öka i förhållande till den sammanlagda kvantiteten tillgängliga utsläppsrätter skulle nämligen antalet utsläppsrätter som kan auktioneras ut samtidigt minska. Om den kvantiteten inte räcker för att tillgodose hela det behov som ska tillgodoses genom auktioneringen kan oproportionerliga prisökningar befaras. Dessa skulle framför allt ha en negativ inverkan för elindustrin och konsumenter av el. Därutöver skulle emellertid även vissa industrisektorer som måste köpa en del av de nödvändiga utsläppsrätterna påverkas.

60. Avvikelser från den historiska jämvikten uppkommer emellertid när verksamheter som tidigare hänfördes till elproduktion eller över huvud taget inte beaktades i dagens läge hänförs till industrin på grund av en ny beräkningsmetod.

61. Såsom Linde har gjort gällande står ett sådant asymmetriskt behov av korrigering därutöver i motsättning till syftet med direktiv 2003/87: att förhindra ”carbon leakage”. Härmed avses förflyttning av verksamhet som ger upphov till utsläpp av växthusgaser till tredjeländer. En utflyttning av sådan verksamhet skulle inte enbart vara ofördelaktig ur ekonomisk-politisk synvinkel utan skulle även undergräva det övergripande målet att minska växthusgasutsläpp i hela världen.

13 — Se ovan punkt 42.

14 — Se ovan punkterna 49 och 52.

15 — Europeiska kommissionens generaldirektorat för klimatpolitik ”Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020” av den 22 oktober 2013, bilaga 1, s. 4, i Borealis Polyolefines inlaga, som sedan den 12 augusti 2015 även finns tillgänglig på kommissionens webbplats: http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/cross_sectoral_correction_factor_en.pdf.

62. För att förhindra carbon leakage tilldelas anläggningar i sektorer och delsektorer som är förenade med betydande risker för koldioxidläckage enligt artikel 10a.12 i direktiv 2003/87 därför gratis utsläppsrätter som uppgår till 100 procent av deras erkända behov som fastställts utifrån riktmärkena. En korrigeringsfaktor som är för hög kan emellertid leda till att de slutligen erhåller mindre än 100 procent av de nödvändiga utsläppsrätterna och att systemet i direktiv 2003/87 således ger incitament att förflytta dessa verksamheter.

63. Det är emellertid förenligt med det övergripande målet med direktiv 2003/87 att minska de klimatskadliga utsläppen att beakta användningen av rökgaser asymmetriskt. Eftersom antalet utsläppsrätter som tilldelas gratis därmed minskar ges ytterligare incitament att begränsa koldioxidutsläpp. Detta bidrar således till att bevara och skydda miljön, att bekämpa klimatförändringen och till att uppnå en hög skyddsnivå, såsom krävs enligt artikel 191 FEUF.

64. Mot denna bakgrund ska de fyra områden med avseende på vilka de klagande företagen har gjort gällande sådana avvikelser undersökas närmare. Det rör sig om iakttagandet av rökgaser och värmeverk (se i detta avseende nedan punkt B) och iakttagandet verksamhet och anläggningar som endast omfattas av systemet i direktiv 2003/87 från och med 2013 eller 2008 (se i detta avseende nedan punkt C).

B – *Beaktandet av elproduktion från rökgaser och industriellt användande av värme ur högeffektiva kraftvärmeverk*

65. Frågorna 1–4 i målet Borealis Polyolefine, fråga 3 i målet Dow Benelux och fråga 1 i målet Esso Italiana avser beaktandet av elproduktion från rökgaser (se i detta avseende nedan punkt 1) och industriellt användande av värme från högeffektiva kraftvärmeverk (värmeverk, se i detta avseende nedan punkt 2) vid fastställandet av korrigeringsfaktorn. De båda verksamheterna hänförs i dag till industrin, trots att de tidigare beaktades vid elproduktion.

1. Elproduktion från rökgaser

66. Rökgaser uppkommer vid vissa industriella produktionsprocesser, till exempel vid produktion av koks och stål och kan användas som bränsle, framför allt för elproduktion. Detta är mer ändamålsenligt för att uppnå en hållbar förvaltning av resurser än att leda bort dessa gaser eller bränna upp dem utan att använda dem.

67. Denna användning är förmodligen anledningen till att främjande av användning av rökgaser enligt artikel 10a.1 tredje stycket första meningen i direktiv 2003/87 är ett incitament för att minska växthusgasutsläpp och tillämpa energieffektiv teknik. Detta torde även vara skälet till att det i den andra meningen i denna bestämmelse föreskrivs ett undantag för el som produceras av rökgaser från att utesluta elproduktion från gratis tilldelning av utsläppsrätter.

68. Såsom kommissionen har anfört ska vid fastställandet av produktriktmärken därför den omständigheten beaktas att rökgaser i vissa branscher förbränns för produktion av el. Detta har framför allt lett till en ökning av produktriktmärket för koks, smält råjärn och sintrad malm, det vill säga en ökning av det erkända behovet inom dessa sektorer.

69. Kommissionen har anfört att motsvarande utsläpp enbart delvis har beaktats vid fastställandet av utsläppstaket för industrin, nämligen enbart då rökgaser har förbränts i industrianläggningar. När rökgaser däremot har förbränts av en elproducent i den mening som avses i artikel 10.3 i direktiv 2003/87 har de inte beaktats vid fastställandet av utsläppstaket för industrin. Eftersom detta leder till ett i motsvarande grad lägre utsläppstak, ökar korrigeringsfaktorn i samma grad när rökgaser beaktas vid fastställandet av produktriktmärkena.

70. Det ska därför prövas huruvida det är förenligt med direktiv 2003/87 att beakta användningen av rökgaser asymmetriskt.

71. Det kan konstateras att denna asymmetri återfinns i ordalydelsen i artikel 10a.1, 10a.3 och 10a.5 i direktiv 2003/87. Enligt punkterna 3 och 5 ska inte elproducenter, det vill säga inte heller elproduktion från rökgaser, beaktas vid fastställandet av utsläppstaket för industrin. Däremot framgår av punkt 1 tredje stycket att kommissionen ska beakta elproduktion från rökgaser när den fastställer riktmärken, varav det erkända behovet hos industrianläggningar följer.

72. De klagande företagen i de nationella målen kan däremot inte heller med framgång hävda att hänvisningen i artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 till ”anläggningar som inte omfattas av punkt 3” inte ska tolkas så att utsläpp från elproducenter inte ska beaktas. De anser visserligen att därmed avses anläggningar som kan tilldelas utsläppsrätter gratis, men det saknas stöd i texten för denna uppfattning.

73. I motsats till vad Buzzi Unicem har påstått saknas framför allt krav på att ingen fri tilldelning av utsläppsrätter ges för elproduktion för att artikel 10a.3 i direktiv 2003/87 ska kunna tillämpas. Uteslutandet från gratis tilldelning är snarare den rättsliga följden av denna bestämmelse från vilken undantag medges enligt andra bestämmelser.

74. Såsom anförts ovan [16] överensstämmer denna asymmetri visserligen inte riktigt med det syfte som eftersträvas med korrigeringsfaktorn, nämligen att säkerställa den historiska jämvikten mellan industrianläggningar och elproduktion. Dessutom ger den även incitament att förflytta verksamheter som orsakar utsläpp. Samtidigt är den emellertid förenlig med miljömålen i direktiv 2003/87.

75. I denna situation som karaktäriseras av skilda målsättningar och systematiska överväganden kan man hoppas på att lagstiftaren tillkännager sina avsikter uttryckligen. Detta är till exempel fallet vad gäller en annan bestämmelse i direktiv 2003/87, nämligen artikel 9.1 tredje meningen som infördes i direktivet med anledning av Kroatiens anslutning. Enligt denna bestämmelse ökar kvantiteten utsläppsrätter för hela unionen med anledning av Kroatiens anslutning enbart med den kvantitet utsläppsrätter som Kroatien måste auktionera ut enligt artikel 10.1. Eftersom de utsläppsrätter som tilldelats gratis av Kroatien således inte beaktas leder detta med nödvändighet till en minskning av de utsläppsrätter som är tillgängliga i hela unionen och till ett behov av korrigering i den mening som avses i artikel 10a.5.

76. För rökgaser finns däremot varken någon motsvarande klar regel eller någon hänvisning i skälen eller i förarbetena. Däremot finns uppgifter som tyder på att lagstiftaren helt enkelt underlåtit att beakta denna fråga vid tidpunkten för upprättandet av ändringsdirektiv 2009/29. Rökgaser upptogs nämligen i texten först i ett relativ sent skede inom ramen för det trepartsmöte som hölls inför antagandet av direktiv 2009/29 vid första läsningen. Rökgaser nämns för första gången i ett ändringsförslag från parlamentet [17] vilket inom några få veckor utmynnade i en kompromiss mellan institutionerna om antagandet av direktiv 2009/29. [18] Olika parlamentsledamöter beklagade sig härvid över att direktivet hade antagits med så stor brådska. [19]

77. Lagstiftaren har inte heller uttryckligen angett att det alltid är önskvärt att säkerställa den ursprungliga jämvikten mellan industrianläggningar och elproducenter och minskad belastning för industrianläggningar.

16 — Se ovan punkt 56 och följande punkter.

17 — Ändringsförslag 48 (rådets handling 14764/08 av den 24 oktober 2008, s. 80).

18 — Direktivet antogs av parlamentet den 17 december 2008 (se rådets handling 17146/08 av den 14 januari 2010) och bekräftades av rådet den 4 april 2009.

19 — Rådets handling 17146/08 av den 14 januari 2010, s. 5.

78. Av det skälet motiverar inte de målkonflikter som uppkommer i samband med att elproduktion från rökgaser beaktas asymmetriskt att direktiv 2003/87 tolkas utöver sin ordalydelse på så sätt att en asymmetrisk behandling förhindras.

79. Det saknas anledning att pröva frågan huruvida kommissionen trots detta har befogenhet att undanröja asymmetrin vid beaktandet av rökgaser i samband med genomförandet av lagstiftningen. Enligt artikel 10a. 1 i direktiv 2003/87 får kommissionen vad gäller artikel 10a.5 visserligen inte anta genomförandeåtgärder som avser att ändra icke-väsentliga delar i detta direktiv genom att komplettera det. Den var vad gäller de motstridiga målsättningarna i vart fall inte skyldig att använda sig av denna behörighet för att undanröja asymmetrin.

80. Jag anser följaktligen att det vid prövningen av frågorna om elproduktion från rökgaser inte har framkommit någon omständighet som kan påverka lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställts genom beslut 2013/448.

2. Värmeverk

81. Kraftvärme möjliggör en mer fullständig användning av energi från bränsle. Om enbart den kraft som produceras utnyttjas, till exempel för elproduktion, så går den värme som uppkommer förlorad utan att användas. I värmeverk uppfångas därför den värme som uppkommer och används för annan verksamhet. Värmen används delvis även för att producera kyla.

82. Frågorna om huruvida värmeverk ska beaktas avser enbart de värmeverk som motsvarar definitionen av en elproducent i artikel 3 u i direktiv 2003/87. Enligt denna definition är en elproducent en anläggning som producerar el för försäljning till tredje part och i vilken ingen verksamhet som anges i bilaga I bedrivs utom ”förbränning av bränsle”.

83. Parterna som i det skriftliga förfarandet ännu inte var eniga om hur dessa värmeverk som producerade el skulle beaktas vid fastställandet av korrigeringsfaktorn uppnådde på förfrågan vid den muntliga förhandlingen enighet i denna fråga.

84. Av intresse är här det fall där ett värmeverk som producerar el överför värme eller kyla till industrier. Såsom framför allt framgår av skäl 21 i beslut 2011/278 beaktas detta vid fastställandet av riktmärkena för industriella tillverkare. Dess erkända behov ökar således, men motsvarande utsläpp beaktas inte vid fastställandet av utsläppstaket för industrin, eftersom de beaktas vid värmeverken, det vill säga elproducenterna. Av det skälet ökar den värme som används av värmeverk vid industriell verksamhet korrigeringsfaktorn och leder till en ytterligare asymmetri.

85. I detta avseende kan huvudsakligen samma bedömning göras som vid elproduktion från rökgaser.

86. Denna asymmetri återfinns i artikel 10a.1, 10a.3 och 10a.5 i direktiv 2003/87. För det första beaktas inte elproducenter, det vill säga inte heller värmeverk som producerar el, vid fastställandet av utsläppstaket för industrin enligt punkterna 3 och 5. För det andra föreskrivs i punkt 1 tredje stycket första meningen att riktmärkena ger incitament till minskade växthusgasutsläpp och energieffektiv teknik genom att beakta bland annat högeffektiv kraftvärme.

87. Det är förenligt med detta syfte att beakta värmeförbrukningen vid fastställandet av de industriella produktriktmärken som föreskrivs av kommissionen i beslut 2011/278 och härigenom underlättas den praktiska hanteringen av värmeanvändning i industrin inom ramen för gratis tilldelning. Att hanteringen blir lättare beror på att anläggningar som själva producerar värme och anläggningar som

köper värme från värmeverk behandlas på samma sätt. För tilldelningen av utsläppsrätter till dessa anläggningar är det således inte nödvändigt att i det enskilda fallet pröva vilken kvantitet värme som inköpts från vilka källor. Den främjande effekten uppkommer, eftersom industrianläggningar sparar utsläppsrätter som de kan sälja när de köper värme från värmeverk.

88. Vid första anblicken verkar det som om en skillnad ligger i artikel 10a.4 första meningen i direktiv 2003/87. Enligt denna bestämmelse ska gratis tilldelning ges för högeffektiv kraftvärme, förutsatt att det finns en ekonomiskt motiverad efterfrågan, med avseende på *produktionen* av värme eller kyla. Den omständigheten att en sådan direkt tilldelning kan ske innebär emellertid inte att den inte kan beaktas vid fastställandet av riktmärken, utan innebär framför allt att värmeverk kan tilldelas utsläppsrätter för produktion av värme eller kyla som de inte levererar till kunder som omfattas av systemet i direktivet. Hit hör bland annat hushåll.

89. Av det skälet omfattas fastställande av riktmärken med avseende på industriellt utnyttjande av värme av värmeverk av kommissionens genomförandebefogenheter enligt artikel 10a.1 i direktiv 2003/87.

90. För övrigt gäller detsamma som vid beaktandet av rökgaser. Det finns visserligen målkonflikter och det saknas klara uttalanden från lagstiftarens sida. Detta innebär emellertid inte att direktiv 2003/87 ska tolkas på så sätt att asymmetrin ska uteslutas och kommissionen var inte heller skyldig att undanröja denna vid utövandet av sina genomförandebefogenheter.

91. Det har vid prövningen av frågorna om hur värmeverk ska beaktas följaktligen inte framkommit någon omständighet som kan påverka lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställts genom beslut 2013/448.

### C – *Data som använts för utsläppstaket för industrin avseende de sektorer som endast deltar från och med 2008 eller från och med 2013*

92. Alla tre domstolar har uttryckt tvivel vad gäller de data som använts för utsläppstaket för industrin avseende de sektorer som inbegrips först sedan år 2013. Raad van State har emellertid ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida de genomförandebestämmelser som krävs för att tillhandahålla uppgifterna redan hade antagits (se i detta avseende nedan punkt 1), medan de frågor som ställts av de två övriga domstolarna avser kvaliteten och omfattningen av de data som lämnats och använts (se i detta avseende punkt 2 a). De båda domstolarna har även ifrågasatt huruvida de anläggningar och verksamhet som först ingick sedan år 2008 har beaktats på ett adekvat sätt (se i detta avseende nedan punkt 2 b).

#### 1. Genomförandebestämmelserna

93. Raad van State har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida det var rättstridigt att fastställa korrigeringsfaktorn av det skälet att den bland annat grundar sig på data som lämnats för att genomföra artikel 9a.2 i direktiv 2003/87, utan att de där nämnda bestämmelserna som antagits enligt artikel 14.1 hade fastställts.

94. Först vid en närmare analys framgår sambandet mellan artikel 9a.2 i direktiv 2003/87 och den omtvistade korrigeringsfaktorn. I denna anges nämligen hur genomsnittet av de sammanlagda årliga verifierade utsläppen under perioden 2005–2007, som enligt artikel 10a.5 b ska läggas till utsläppstaket för industrin, ska fastställas för anläggningar som endast deltagit i systemet från och med 2013 och som inte är elproducenter.

95. För dessa anläggningar ska verksamhetsutövaren enligt artikel 9a.2 första stycket i direktiv 2003/87 lämna vederbörligen styrkta och av tredje part verifierade utsläppsdata till de behöriga myndigheterna så att dessa kan beaktas vid justeringen av utsläppstaket för industrin.

96. I artikel 9a.2 andra stycket i direktiv 2003/87 föreskrivs att alla sådana data ska lämnas in i enlighet med bestämmelser som antagits enligt artikel 14.1.

97. Raad van State har utgått från att det vid dessa bestämmelser rör sig om förordning (EU) nr 601/2012 [20] som emellertid ännu inte hade antagits vid den tidpunkten då dessa uppgifter lämnades till kommissionen. Alla sådana data ska nämligen enligt artikel 9a.2 andra stycket i direktiv 2003/87 lämnas in senast den 30 april 2010.

98. Tyskland har helt riktigt gjort gällande att sådana data trots detta kunde inlämnas år 2010 på grundval av enhetliga bestämmelser som hade fastställts i beslut 2007/589. [21] Dessa fastställdes i den lydelse av artikel 14.1 i direktiv 2003/87 som föregick ändringsdirektiv 2009/29.

99. Det ska även utgås från att artikel 9a.2 andra stycket i direktiv 2003/87 hänför sig till bestämmelserna i beslut 2007/589. Enligt förstnämnda bestämmelse skulle data nämligen inlämnas vid en tidpunkt då det inte var nödvändigt att de nya genomförandebestämmelserna i förordning nr 601/2012 hade antagits. I artikel 14.1 i direktiv 2003/87 i dess nya lydelse fastställdes nämligen fristen i detta avseende till den 31 december 2011.

100. Det finns för övrigt inget i de tillämpliga bestämmelserna som tyder på att de data som krävs för att fastställa korrigeringsfaktorn på nytt måste fastställas och inlämnas på grundval av förordning nr 601/2012.

101. Vid prövningen av Raad van States fråga har det följaktligen inte framkommit någon omständighet som påverkar lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställts i artikel 4 och bilaga II till beslut 2013/448.

2. Uppgifternas kvalitet

102. I respektive begäran om förhandsavgörande som framställts av de nationella domstolarna i Italien och Österrike har i detta sammanhang även kvaliteteten och omfattningen av de data som medlemsstaterna inlämnat ifrågasatts. Dessa frågor har uppkommit till följd av att systemet i direktiv 2003/87 har utvidgats ytterligare, såväl mellan den första (2005–2007) som den andra fasen (2008–2012) (se i detta avseende nedan punkt b) som under den tredje fasen (2013–2020) (se i detta avseende punkt a).

20 — Kommissionens förordning (EU) nr 601/2012 av den 21 juni 2012 om övervakning och rapportering av växthusgasutsläpp i enlighet med direktiv 2003/87/EG (EUT L 181, s. 30).

21 — Kommissionens beslut 2007/589 av den 18 juli 2007 om riktlinjer för övervakning och rapportering av utsläpp av växthusgaser i enlighet med direktiv 2003/87/EG (EGT L 229, s. 1).

a) Utvidgningen från år 2013

i) Den omständigheten att ny verksamhet inte har beaktats i de uppgifter som lämnats av vissa medlemsstater

103. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich har i sin nionde fråga utgått från att utsläppsdata från anläggningar som före år 2013 enbart *delvis* omfattades av systemet i direktiv 2003/87 beaktades ofullständigt vid fastställandet av utsläppstaket för industrin, nämligen enbart i den utsträckning i vilken de redan tidigare omfattades av systemet.

104. Detta antagande ligger även till grund för den femte frågan som ställts av Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio som prima facie avser medlemsstaternas olika tolkningar av artikel 9a.2 i direktiv 2003/87. Dessa skillnader rör nämligen frågan huruvida medlemsstaterna enbart ska lämna in data om anläggningar som omfattas av systemet först sedan år 2013 eller även data om verksamhet som nyligen kommit att omfattas av systemet i anläggningar som på grund av annan verksamhet redan ingick i systemet.

105. Artiklarna 10a.5 b och 9a.2 tredje stycket första meningen i direktiv 2003/87 ger ett tydligt svar på dessa frågor, eftersom utsläpp från *verksamhet*, som nyligen kommit att omfattas av systemet, i anläggningar som redan deltog i systemet, inte nämns i dessa bestämmelser. I de båda bestämmelserna anges enbart verifierade utsläpp från sådana *anläggningar* som endast omfattas av systemet från och med 2013.

106. Emellertid, om utsläpp från verksamhet som omfattas av systemet från och med 2013 och som bedrivs i anläggningar som redan har inkluderats i systemet inte beaktas vid fastställandet av utsläppstaket för industrin leder detta med nödvändighet till ett större korrigeringsbehov. Dessa verksamheter räknas nämligen trots detta in i det erkända behovet.

107. På liknande sätt som vid beaktandet av elproduktion från rökgaser [22] och värme från värmeverk [23] leder ordalydelsen i den tillämpliga bestämmelsen följaktligen till att utsläpp beaktas asymmetriskt. Även här föreligger ovannämnda målkonflikter och lagstiftaren har inte heller yttrat sig klart i denna fråga.

108. Även artikel 10a.5 b i direktiv 2003/87 ska således tolkas på samma sätt i förevarande fall, och kommissionen var inte skyldig att åtgärda asymmetrin i genomförandebestämmelserna.

109. Det ska således konstateras att det vid prövningen av frågorna avseende de anläggningar och den verksamhet som endast omfattas av systemet i direktiv 2003/87 från och med 2013 inte framgår att den omständigheten att ny verksamhet i anläggningar som redan omfattades av systemet *inte* beaktats i de uppgifter som vissa medlemsstater lämnat vid fastställandet av utsläppstaket för industrin påverkar lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställdes genom artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448.

ii) Beaktandet av ny verksamhet i uppgifter som inlämnats av andra medlemsstater

110. Av prövningen framgår emellertid att den omständigheten att ny verksamhet som bedrivs i anläggningar som redan omfattas av systemet beaktats i de data som inlämnats av *andra* medlemsstater vid fastställandet av utsläppstaket för industrin faktiskt påverkar lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställdes genom artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448. I artikel 10a.5 b i direktiv 2003/87 föreskrivs nämligen enbart att nya anläggningar ska beaktas.

22 — Se ovan punkt 71 och följande punkter.

23 — Se ovan punkt 86 och följande punkter.

111. Tvärtemot vad Tyskland har hävdat finns det inte heller något handlingsutrymme vid tolkningen av artikel 10a.5 b i direktiv 2003/87 som medger vissa medlemsstater att enbart beakta anläggningar som nyligen kommit att omfattas av systemet, medan andra medlemsstater även inbegriper ny verksamhet i anläggningar som redan omfattas av systemet. Nationella myndigheter förfogar säkerligen över ett utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om de data som verksamhetsutövarna inlämnar, men det saknas rättslig grund för att beakta ny verksamhet i anläggningar som redan omfattas av systemet.

112. Kommissionen har visserligen – liksom även Tyskland – helt riktigt anfört att den enligt direktiv 2003/87 inte får ändra de uppgifter som medlemsstaterna lämnat in. Detta innebär emellertid inte att korrigeringsfaktorn får fastställas på grundval av data som inte får beaktas enligt de tillämpliga bestämmelserna. Kommissionen måste snarare i vart fall pröva de tvivel som yttrats vad avser kvaliteten på uppgifterna och i förekommande fall se till att medlemsstaterna så snabbt som möjligt gör de ändringar som krävs. Detta överensstämmer med deras uppgift enligt artikel 17.1 FEU att övervaka tillämpningen av unionsrätten.

113. Något annat följer för övrigt inte heller av domen i målet kommissionen/Estland. Denna dom avsåg nämligen direktiv 2003/87 i dess tidigare lydelse, enligt vilket medlemsstaterna hade ett betydligt större handlingsutrymme än enligt den nuvarande lagstiftningen. Vidare uteslöt domstolen inte heller i det fallet en laglighetsprövning. [24]

114. Den omständigheten att det krävs att korrigeringsfaktorn fastställs vid en bestämd tidpunkt medför inte heller någon annan bedömning. Om det inte är möjligt att i tid klargöra vilka data som ska användas, ska kommissionen vid behov fastställa en preliminär korrigeringsfaktor med förbehåll för att anpassningar görs i ett senare skede.

115. Det ska således konstateras att det enligt artikel 10a.5 b i direktiv 2003/87 enbart är möjligt att beakta utsläpp från anläggningar som omfattas av systemet i direktivet från och med 2013, men inte utsläpp från verksamheter som nyligen kommit att omfattas av systemet och som bedrivs i anläggningar som redan ingår i systemet.

116. Det har under förevarande förfarande emellertid anförts att i vart fall Frankrike, Belgien, Tyskland, Italien och Spanien även har lämnat in utsläppsdata avseende verksamheter som nyligen kommit att omfattas av systemet som bedrivs i anläggningar vilka på grund av annan verksamhet redan inbegrips i systemet. Kommissionen använde dessa uppgifter vid beräkningen av utsläppstaket för industrin.

117. Det utsläppstak för industrin som kommissionen fastställde var således för *högt*, eftersom den vid sin beräkning av utsläpp beaktade sådan verksamhet som från och med år 2013 omfattades av systemet och som bedrevs i anläggningar som redan ingick i systemet. Såtillvida är korrigeringsfaktorn rättsstridig och artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 ogiltiga.

118. Samma resonemang är inte enbart tillämpligt vid bestämmandet av korrigeringsfaktorn, utan även vid fastställandet av den sammanlagda kvantiteten tillgängliga utsläppsrätter enligt artikel 9a.2. I det fallet leder inte asymmetrin till en mindre omfattande gratistilldelning, utan till en mindre kvantitet tillgängliga utsläppsrätter, det vill säga till en minskning av klimatskadliga utsläpp. Detta överensstämmer till och med *ännu tydligare* med de överordnade miljömålen i direktiv 2003/87 och i artikel 191 FEUF än begränsningen av gratistilldelningen. I förevarande mål har emellertid inte frågan om den totala tillgängliga kvantiteten ställts, vilket innebär att domstolen inte behöver yttra sig härom.

24 — Dom Kommission/Estland (C-505/09 P, EU:C:2012:179, punkt 54).

b) Utvidgningen från och med år 2008

119. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio har dessutom ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida beräkningen av utsläppstaket för industrin är felaktig, eftersom den utvidgning av systemet som skedde mellan den första fasen (2005–2007) och den andra fasen (2008–2012) av genomförandet av direktiv 2003/87 inte beaktades vid fastställandet av utsläppstaket för industrin. Häri består även det fel som Landesverwaltungsgericht Niederösterreich har gjort gällande i sin åttonde fråga. Den nationella domstolen har utgått från att alla sådana utsläppsdata för anläggningar som före år 2008 enbart *delvis* omfattades av systemet i direktiv 2003/87 har beaktats ofullständigt, nämligen enbart i den utsträckning i vilken de redan tidigare omfattades av systemet.

120. Ändringarna under den andra tilldelningsperioden var en följd av kommissionens klargöranden avseende begreppet förbränningsanläggningar på grundval av vilka vissa medlemsstater var tvungna att inbegripa ytterligare anläggningar i systemet.[25] Dessutom anslöt sig Norge, Island och Liechtenstein till systemet.

121. Kommissionen har för att fastställa utsläppstaket för industrin bestämt de historiska utsläppen på grundval av unionens register om utsläpp.[26] Registret innehöll emellertid inte några utsläppsdata för anläggningar som först hade anslutits till systemet under den andra tilldelningsperioden.

122. Såsom kommissionen har anfört är detta förenligt med artikel 10a.5 a i direktiv 2003/87. Enligt denna bestämmelse får endast genomsnittet av de verifierade utsläppen under perioden 2005–2007 beaktas vid beräkningen av utsläppstaket för industrin. För de verksamheter som omfattades av systemet redan från och med 2008 finns ingen bestämmelse som är jämförbar med artikel 9a.2 enligt vilken medlemsstaterna även är skyldiga att lämna in verifierade utsläppsdata för dessa verksamheter. Utsläpp som endast inbegreps från och med 2008 var således inte föremål för prövning och kunde därför inte beaktas.

123. Även i detta avseende leder följaktligen ordalydelsen i den tillämpliga bestämmelsen till en asymmetrisk behandling av utsläpp. Här kan således samma bedömning göras som vid de asymmetrier som hittills granskats.

124. Vid prövningen av dessa frågor har det följaktligen inte framkommit någon omständighet som kan påverka lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställts i beslut 2013/448.

D – *Motiveringen avseende korrigeringsfaktorn*

125. Raad van State (femte och sjätte frågan) och Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tredje frågan) har även ifrågasatt motiveringen avseende korrigeringsfaktorn vid domstolen.

126. Frågorna rör den omständigheten att motiveringen av beslut 2013/448, huvudsakligen skäl 25, inte innehåller alla uppgifter som krävs för att förstå beräkningen av korrigeringsfaktorn. Det handlar närmare bestämt om att vissa siffror enbart indirekt kan härledas ur skälen (se i detta avseende punkt 4) och att ett förklarande dokument från generaldirektoratet klimatpolitik som offentliggjordes i ett senare skede visserligen innehåller ytterligare väsentlig information, men för det första inte är en del av motiveringen (se i detta avseende nedan punkt 3), och för det andra fortfarande saknar många nödvändiga uppgifter (se i detta avseende nedan punkt 2). För att besvara dessa frågor ska inledningsvis kraven på motivering anges (se i detta avseende nedan punkt 1).

25 — Kommissionens meddelande av den 22 december 2005 ”Kompletterande riktlinjer för fördelningsplaner för EU:s system för handel med utsläppsrätter – perioden 2008–2012”, KOM(2005) 703 slutlig, punkt 36 och bilaga 8.

26 — Dokument från GD klimatpolitik (ovan fotnot 15, s. 2).

1. Den nödvändiga motiveringen avseende den korrigeringsfaktor som fastställs i beslut 2013/448

127. Det är känt att den motivering som krävs enligt artikel 296 andra stycket FEUF ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och det ska klart och tydligt framgå av denna hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. [27]

128. När det gäller skyldigheten att motivera ett *individuellt beslut* har denna till syfte, utöver att göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet, att ge den som berörs av beslutet tillräckliga upplysningar för att kunna bedöma om beslutet eventuellt är behäftat med ett fel som innebär att dess giltighet kan ifrågasättas. [28]

129. Däremot kan motiveringen vad beträffar *rättsakter med allmän giltighet* begränsas till den generella situation som har lett fram till antagandet av dem och de allmänna syften som ska uppnås med dem. Det räcker om det syfte som eftersträvas med rättsakten väsentligen framgår av motiveringen. Det syfte som eftersträvas behöver bara väsentligen framgå av rättsakten i fråga. [29] Det är i förevarande fall onödigt att kräva en särskild motivering för varje teknisk lösning som valts av institutionen. [30]

130. Det råder ingen tvekan om att det omtvistade beslutet om fastställande av korrigeringsfaktorn inte är något individuellt beslut, utan en rättsakt med allmän giltighet och samtidigt en teknisk lösning som kommissionen valt. Man skulle därför kunna anta att kraven på motivering är begränsade.

131. Ett sådant antagande är emellertid felaktigt.

132. De begränsade kraven på motivering som gäller för rättsakter med allmän giltighet förklaras av det lagstiftningsutrymme som ligger till grund för dessa rättsakter. Detta handlingsutrymme kan endast prövas i domstol inom snäva gränser, vilket innebär att det räcker att motiveringen innehåller de uppgifter som är nödvändiga för att göra en sådan begränsad prövning.

133. När kommissionen fastställde korrigeringsfaktorn i beslut 2013/448 utövade den emellertid inte några befogenheter som medgav ett sådant handlingsutrymme. Beräkningsmetoden och de relevanta uppgifterna framgår av direktiv 2003/87 och beslut 2011/278. En domstolsprövning avser därför huvudsakligen frågan om denna metod har tillämpats på ett korrekt sätt och om de data som använts är korrekta. Motiveringen ska följaktligen innehålla de uppgifter som är nödvändiga för att möjliggöra denna kontroll.

2. De uppgifter som använts av kommissionen

134. Redan därav följer en central del av svaret på den sjätte frågan som framställts av Raad van State, nämligen om motiveringen måste innehålla *alla* data som är nödvändiga för att granska beräkningen av korrigeringsfaktorn i detalj.

27 — Se, bland annat, dom Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punkt 63), dom AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punkt 58), och dom Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, punkt 44).

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

29 — Dom AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, punkt 59), och dom Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./kommissionen (C-398/13 P, EU:C:2015:535, punkt 29).

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

135. Motiveringen av beslut 2013/448 ska faktiskt avse just dessa uppgifter, eftersom domstolen annars inte kan pröva om de data som kommissionen har använt vid beräkningen av korrigeringsfaktorn är korrekta och om beräkningsmetoden har tillämpats riktigt. Således måste även de berörda parterna få tillgång dessa data för att kunna väcka talan vid unionsdomstolarna eller de nationella domstolarna.

136. Uppenbarligen uppfyller inte motiveringen avseende korrigeringsfaktorn i skäl 25 i beslut 2013/448 dessa krav, eftersom den inte innehåller alla de uppgifter som kommissionen använt vid beräkningen av korrigeringsfaktorn. Raad van State har i det avseendet framför allt framfört tre omständigheter.

137. För att kunna kontrollera beräkningen av den andel utsläpp som anläggningar som inte är elproducenter orsakat under perioden 2005–2007 måste man *för det första* veta vilka anläggningar kommissionen betraktar som elproducenter.

138. *För det andra* kan beräkningen av den sammanlagda mängden utsläpp från anläggningar för vilka bestämmelserna om handel med utsläppsrätter endast gäller från och med 2013 enbart förstås om man har tillgång till de uppgifter som medlemsstaten lämnat in till kommissionen i detta sammanhang i enlighet med artikel 9a.2 i direktiv 2003/87.

139. *För det tredje* kan en fördelning som inte varit föremål för korrigering enbart verifieras om tillgång ges till de förteckningar som medlemsstaterna inlämnat som innehåller den preliminära genomsnittliga totala årliga kvantitet utsläppsrätter som tilldelas gratis.

140. Det är enligt min mening emellertid inte nödvändigt att fullständigt uppge dessa uppgifter i motiveringen av rättsakten, eftersom denna i det fallet skulle bli mycket omfattande. Domstolen har slagit fast att graden av precision i ett besluts motivering ska anpassas till de faktiska möjligheterna och de tekniska och tidsmässiga villkor under vilka rättsakten antas.[31] Det hade därför varit tillräckligt att möjliggöra tillgång till de rådata som krävs och att ange detta i motiveringen.

141. Detta har emellertid inte skett i förevarande fall. Men inte nog med det. Kommissionen vägrade till och med att på förfrågan ge tillgång till uppgifterna. Den ryckte därmed i stor utsträckning undan grundvalen för det rättsskydd som föreligger med avseende på beräkningen av korrigeringsfaktorn.

142. Kommissionen och Tyskland har emellertid gjort gällande att uppgifterna innehöll affärshemligheter.

143. Det ska emellertid påpekas att skyddet för konfidentiell information och affärshemligheter ska genomföras på ett sådant sätt att det är förenligt med kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet.[32]

144. Detta innebär i allmänhet att prövningsorganet, för det mesta en domstol, måste ha tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig kännedom om fakta. Detta inbegriper konfidentiell information och affärshemligheter. Det måste däremot vara möjligt att inte lämna ut informationen till en part i de fall där motparten övertygar den kontrollerande enheten om att det föreligger ett övervägande allmänintresse av att den är föremål för konfidentiell behandling.[33]

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

32 — Dom Mobistar (C-438/04, EU:C:2006:463, punkt 40), och dom Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punkt 52).

33 — Dom Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, punkterna 53 och 54), och, avseende information som har betydelse för säkerheten, dom kommissionen m.fl./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P, EU:C:2013:518, punkterna 117–129).

145. I förevarande fall kan det emellertid ifrågasättas om det föreligger ett övervägande allmänintresse av att alla nödvändiga uppgifter behandlas som konfidentiella. I artikel 17 i direktiv 2003/87 föreskrivs nämligen att beslut om fördelning av utsläppsrätter och sådana rapporter om utsläpp som föreskrivs i tillståndet för utsläpp av växthusgaser och som innehas av den behöriga myndigheten ska göras tillgängliga för allmänheten i enlighet med direktivet om miljöinformation.[34] Liknande följer även av artikel 15a i direktiv 2003/87.

146. Såsom anges i artikel 15a.2 i direktiv 2003/87 utesluter detta inte skyddet för affärshemligheter som trots detta föreligger. När det gäller sådana affärhemligheter ska emellertid höga krav ställas på motiveringen, eftersom förpliktelsen att iaktta tystnadsplikt inte kan tolkas så extensivt att kravet på motivering urholkas till nackdel för rätten att yttra sig vid domstolen.[35]

147. Det ska framför allt beaktas att tillgång till uppgifter om utsläpp i miljön enligt artikel 4.2 fjärde meningen i direktivet om miljöinformation och artikel 6.1 första meningen i Århuskonventionen[36] inte får vägras med hänvisning till sekretess som omfattar kommersiell eller industriell information.

148. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat medför inte heller domen i målet Ville de Lyon någon annan bedömning. Den domen avsåg visserligen också tillgång till vissa uppgifter avseende tillämpningen av direktiv 2003/87. Dessa uppgifter omfattades dock av en särskild bestämmelse som med avvikelse från direktivet om miljöinformation uteslöt tillgång.[37] För de uppgifter som är aktuella i förevarande mål finns däremot ingen särskild bestämmelse som innebär att de värderingar som kommer till uttryck i direktivet om miljöinformation och Århuskonventionen inte kan tillämpas.

149. Det ligger i vart fall nära till hands att utgå ifrån att en stor del av eller kanske till och med all relevant information avser utsläpp i miljön. Det krävs således en noggrann prövning av frågan om vilka av de uppgifter som använts inte avser utsläpp i miljön och som samtidigt ska behandlas konfidentiellt som affärshemligheter. Utöver ovan anförda överväganden ska kommissionen i detta sammanhang även pröva om intresset att skydda uppgifter som ursprungligen anses som affärshemligheter inte längre föreligger på grund av den tid som förflutit.[38] Alla andra uppgifter som är nödvändiga för att bestämma korrigeringsfaktorn måste göras tillgängliga för allmänheten och således även för de berörda företagen.

150. Det är i förevarande mål omöjligt att slutgiltigt avgöra vilka av de uppgifter som använts för att fastställa korrigeringsfaktorn som ska behandlas som konfidentiella på grund av omständigheter av övervägande allmänintresse. Tyskland påpekade vid den muntliga förhandlingen att alla uppgifter om de sammanlagda årliga utsläppen från anläggningar är offentliga, medan uppgifter om delanläggningar anses som affärshemligheter, eftersom de gör det möjligt att dra slutsatser om produktionen. Frågan huruvida sistnämnda uppgifter är nödvändiga för att kontrollera beräkningen av korrigeringsfaktorn och om de faktiskt ska behandlas som konfidentiella är inte föremål för förevarande mål.

34 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG av den 28 januari 2003 om allmänhetens tillgång till miljöinformation och om upphävande av rådets direktiv 90/313/EEG (EGT L 41, s. 26).

35 — Dom Niederlande och Leeuwarder Papierwarenfabriek/kommissionen (296/82 och 318/82, EU:C:1985:113, punkt 27).

36 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 av den 6 september 2006 om tillämpning av bestämmelserna i Århuskonventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor på gemenskapens institutioner och organ (EUT L 264, s. 13).

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

38 — Artikel 4.7 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43) och domen Internationaler Hilfsfonds/kommissionen (C-362/08 P, EU:C:2010:40, punkterna 56 och 57).

151. Det kan också konstateras att artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 inte är tillräckligt motiverade vad gäller den korrigeringsfaktor som fastställs där och således ogiltiga. Det ankommer på kommissionen att anta ett nytt beslut som är tillräckligt motiverat och i det sammanhanget pröva huruvida en konfidentiell behandling av de ursprungliga uppgifterna är motiverad. Vid meningsskiljaktigheter måste vid behov en ny talan väckas avseende denna fråga.

### 3. Det förklarande dokumentet från generaldirektoratet klimatpolitik

152. För övrigt kunde ovannämnda brist i motiveringen, oberoende av dess innehåll, inte avhjälpas genom det förklarande dokumentet från generaldirektoratet klimatpolitik av den 22 oktober 2013 [39] som nämns i den tredje frågan från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

153. Tribunale Amministrativo Regionale har nämligen helt korrekt utgått från att motiveringen av en unionsrättsakt ska anges i själva rättsakten och antas av den som antar rättsakten. [40]

154. Räckvidden av motiveringsskyldigheten kan visserligen vara begränsad när den berörda parten har kännedom om relevanta uppgifter. [41] Kännedom om sådana uppgifter kan dock på sin höjd begränsa motiveringsskyldigheten när den berörda parten kunnat ta del av dessa uppgifter samtidigt som beslutet antogs. Det aktuella dokumentet är emellertid daterat den 22 oktober 2013, medan beslut 2013/448 redan antogs den 5 september 2013 och offentliggjordes två dagar senare.

155. Därefter inkomna uppgifter avser däremot enbart att komplettera en motivering som redan i sig är tillräcklig, men de kan inte åtgärda en bristfällig motivering. I förevarande fall tillkommer att dessa uppgifter inte har offentliggjorts av kommissionen som är upphovsman till beslut 2013/448, utan enbart av någon av dess avdelningar. Av den omständigheten att kommissionen i förevarande fall inte direkt har hänvisat till dokumentet och till och med intagit motsatt ståndpunkt än den som intogs i dokumentet vad beträffar frågan om huruvida värmeverk ska beaktas framgår att dokumentet inte har samma kvalitet som motiveringen av en rättsakt.

### 4. Behovet av en retrospektiv beräkning

156. Raad van State vill slutligen få klarhet i huruvida det är förenligt med motiveringsskyldigheten att de utsläppskvantiteter och utsläppsrätter som ligger till grund för beräkningen av korrigeringsfaktorn endast till viss del anges i beslutet. Denna fråga föranleddes av den omständigheten att vissa utgångsvärden endast kan fastställas genom en retrospektiv beräkning med utgångspunkt i de siffror som angetts och med användning av beräkningsreglerna.

157. Detta utgör emellertid inte en bristande motivering, eftersom räckvidden av motiveringsskyldigheten ska fastställas utifrån det sammanhang i vilket rättsakten antagits och samtliga bestämmelser genom vilka det berörda området regleras. [42] Motiveringsskyldigheten är uppfylld om det utifrån det sammanhanget är möjligt att med utgångspunkt i uppgifterna i en motivering med rimliga ansträngningar erhålla ytterligare tillförlitliga upplysningar. Såsom anförts ovan kan emellertid inte alla nödvändiga uppgifter erhållas på så sätt.

39 — Ovan fotnot 15.

40 — Domarna kommissionen/parlamentet och rådet (C-378/00, EU:C:2003:42, punkt 66) och Etimine (C-15/10, EU:C:2011:504, punkt 113).

41 — Illustrativ är dom Krupp Stahl/kommissionen (275/80 und 24/81, EU:C:1981:247, punkt 13).

42 — Se dom Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 62), och dom Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, punkt 70).

5. Slutsats vad gäller motiveringen avseende korrigeringsfaktorn

158. Artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 är inte tillräckligt motiverade med avseende på korrigeringsfaktorn och är således ogiltiga.

E – *Den grundläggande rätten till skydd för egendom (sjätte frågan i målet Borealis Polyolefine och andra frågan i målet Esso Italiana)*

159. Både i den begäran om förhandsavgörande som framställts av den nationella domstolen i Österrike och i den som framställs av den nationella domstolen i Italien väcks frågan huruvida den minskning av det preliminärt beräknade antalet utsläppsrätter som ska tilldelas gratis som korrigeringsfaktorn föranleder är förenlig med den grundläggande rätten till skydd för egendom.

160. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio har i detta avseende hänvisat till artikel 1.1 i det första tilläggsprotokollet till Europakonventionen och till artikel 17 i Europakonventionen som föreskriver ett förbud mot missbruk av fri- och rättigheter. Eftersom Europakonventionen emellertid inte är direkt bindande för unionen,[43] är motsvarande bestämmelser i stadgan om grundläggande rättigheter, det vill säga artiklarna 17 och 54, och motsvarande allmänna principer i unionsrätten, avgörande.

161. I förevarande fall framgår det emellertid inte på vilket sätt det kan föreligga missbruk av rättigheter och friheter i den mening som avses i artikel 54 i stadgan.

162. Följaktligen ska enbart rätten till egendom som skyddas enligt artikel 17 i stadgan och motsvarande allmänna princip prövas. Det skydd som följer av artikel 17 i stadgan kan inte utsträckas till att skydda rena affärsintressen eller affärsmöjligheter, vars osäkerhet är en del av den ekonomiska verksamhetens själva natur, utan omfattar endast rättigheter som kan räknas som förmögenhetsvärden, eftersom de enligt rättsordningen ger en etablerad rättslig ställning på ett sådant sätt att rättighetsinnehavaren självständigt kan utöva dessa rättigheter för egen vinning.[44]

163. Detta är emellertid uteslutet vid en preliminär beräkning av gratistilldelningen enligt artikel 10 i beslut 2011/278. Denna kunde inte ge någon etablerad rättslig ställning, eftersom kvantiteten kan minskas enligt artikel 10a.5 i direktiv 2003/87.

164. Denna bedömning ändras inte heller av Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazios hänvisningar till Europadomstolens rättspraxis enligt vilken skyddet för egendom enligt artikel 1.1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen även kan omfatta berättigade förväntningar på att förvärva en egendom.[45] Artikel 17 i stadgan har enligt artikel 52.3 visserligen samma innebörd och räckvidd som äganderätten i Europakonventionen, såsom den tolkats av Europadomstolen,[46] men den omständigheten att det föreskrivs en korrigeringsfaktor för minskning av de kvantiteter som fastställts vid den preliminära beräkningen innebär emellertid att berättigade förväntningar inte kan uppkomma.[47]

165. Korrigeringsfaktorn strider således inte mot den grundläggande rätten till egendom.

43 — Dom Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punkt 60), och dom Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, punkt 44) samt yttrande 2/13 (EU:C:2014:2454, punkt 179).

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

45 — Se, exempelvis, Europadomstolens dom av den 28 september 2004 i målet Kopecký mot Slovakien (klagomål nr 44912/98, Recueil des arrêts et décisions 2004-IX, § 35), och av den 25 juni 2013, Gáll mot Ungern (klagomål nr 49570/11, § 33 och 34).

46 — Se, för ett liknande resonemang, dom Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve (C-562/13, EU:C:2014:2453, punkt 47), och dom Minister for Justice and Equality (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punkterna 56 och 57).

47 — Europadomstolens dom av den 6 oktober 2005 i målet Maurice mot Frankrike (klagomål nr 11810/03, Recueil des arrêts et décisions 2005-IX, § 65 och 66).

F – *Förfarandet för antagande av beslut 2013/448*

166. De nationella domstolarna vill genom den femte frågan i målen Borealis Polyolefine, den andra frågan i målet Dow Benelux och den sjätte frågan i målen Esso italiana få klarhet i huruvida korrigeringsfaktorn är ogiltig, eftersom kommissionen inte antog beslut 2013/448 på grundval av det föreskrivande förfarandet med kontroll enligt artikel 5a i beslut 1999/468.

167. Dessa frågor uppkommer med anledning av att kommissionen enligt artikel 10a.1 i direktiv 2003/87 visserligen har befogenhet att anta genomförandebestämmelser men i detta sammanhang måste tillämpa det föreskrivande förfarandet med kontroll. Förfarandet syftar till att övervaka kommissionen då denna utövar lagstiftningsliknande befogenheter. Detta sker dels genom att den föreskrivande kommittén som består av företrädare för medlemsstaterna deltar i förfarandet, dels genom parlamentets och rådets möjlighet att ingripa i ett senare skede.

168. Kommissionen antog beslut 2011/278 i enlighet med detta förfarande och fastställde i artikel 15.3 i nämnda beslut – med stöd av artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 – hur korrigeringsfaktorn ska beräknas. Storleken på korrigeringsfaktorn fastställdes däremot genom antagande av artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 *utan* att ett särskilt förfarande tillämpades.

169. Artikel 15.3 i beslut 2011/278, enligt vilken kommissionen ska fastställa korrigeringsfaktorn, utgör direkt rättslig grund för att anta artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448. I ingressen till beslut 2013/448 anges artikel 15.3 i beslut 2011/278 visserligen inte uttryckligen som rättslig grund, men i artikel 4 i samma beslut föreskrivs uttryckligen att den utgör rättslig grund. [48]

170. I artikel 15.3 i beslut 2011/278 föreskrivs emellertid inte några särskilda förfarandebestämmelser för fastställandet av korrigeringsfaktorn. Kommissionen hade därför i princip befogenhet att anta artikel 4 i beslut 2013/448 genom ett enkelt förfarande.

171. Flera parter har emellertid gjort gällande att kommissionen genom artikel 15.3 i beslut 2011/278 felaktigt har bemyndigat sig att fastställa korrigeringsfaktorn eller i vart fall har kringgått det föreskrivande förfarandet med kontroll.

172. Det ska inledningsvis prövas om kommissionen genom artikel 15.3 i beslut 2003/87 fick införa en rättslig grund för att själv kunna anta artikel 4 beslut 2013/448.

173. Enligt artikel 10a.1 första stycket i direktiv 2011/278 ska kommissionen anta genomförandebestämmelser för gratis tilldelning av utsläppsrätter. Beslut 2011/278 utgör en sådan genomförandeåtgärd. Eftersom befogenheten att fastställa korrigeringsfaktorn som tillerkänns i artikel 15.3 även syftar till att säkerställa genomförandet är det i princip lämpligt att införa en sådan rättslig grund för att kunna vidta sådana genomförandeåtgärder.

174. Begränsningar vad gäller genomförandeåtgärder kan emellertid följa av artiklarna 290 och 291 FEUF.

175. Enligt artikel 290.1 FEUF kan kommissionen genom en lagstiftningsakt delegeras befogenhet att anta akter med allmän räckvidd som inte är lagstiftningsakter och som kompletterar eller ändrar vissa icke-väsentliga delar av lagstiftningsakten. Det rör sig om så kallad delegerad lagstiftningsbefogenhet.

176. Däremot, om enhetliga villkor för genomförande av unionens rättsligt bindande akter krävs, ska, enligt artikel 291.2 FEUF, kommissionen (eller i särskilda fall rådet) tilldelas genomförandebefogenheter genom dessa akter.

48 — Härmed har även kraven på att den rättsliga grunden ska anges i motiveringen uppfyllts, se dom kommissionen/rådet (45/86, EU:C:1987:163, punkt 9), och dom kommissionen/rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, punkt 56).

177. Klassificeringen av beslut 2013/448 som en akt som omfattas av en av dessa två kategorier försvåras av den omständigheten att kommissionen varken har betecknat den som delegerad rättsakt eller som genomförandeåtgärd, trots att detta krävs enligt artikel 290.3 och artikel 291.4 FEUF. Jag anser emellertid inte att förfarandefelet i förevarade fall är tillräckligt allvarligt för att rättfärdiga att beslutet upphävs, eftersom det av dess normativa sammanhang och dess innehåll tillräckligt klart framgår att det rör sig om en genomförandeåtgärd. [49]

178. För att kommissionen avsåg att anta en genomförandeåtgärd talar redan den omständigheten att beslut 2013/448 grundar sig på beslut 2011/278. En delegerad rättsakt kan enligt artikel 290.1 FEUF nämligen enbart grunda sig på en lagstiftningsakt. Enligt artikel 289 FEUF rör det sig i det avseendet om rättsakter som på grundval av fördragen antagits av parlamentet och rådet, men inte om kommissionens rättsakter. Enligt artikel 291.2 FEUF kan däremot genomförandebefogenheter tilldelas genom ”bindande rättsakter”, det vill säga även genom kommissionens rättsakter såsom beslut 2011/278.

179. Innehållet i artikel 4 och bilaga II till beslut 2013/48 bekräftar klassificeringen som genomförandeåtgärd.

180. Den berörda institutionen ska när den utövar genomförandebefogenheter i enlighet med artikel 291 FEUF precisera innehållet i den grundläggande rättsakten för att säkerställa att denna genomförs under enhetliga förhållanden i samtliga medlemsstater. [50] En sådan *precisering* faller inom ramen för vad som är tillåtet när bestämmelserna i genomförandeakten dels är förenliga med de allmänna grundläggande målen som den grundläggande rättsakten eftersträvar, dels är nödvändiga och lämpliga för dess genomförande. [51] Den grundläggande rättsakten får emellertid inte ändras eller kompletteras, inte ens i dess icke-väsentliga delar. [52] Kommissionen kan nämligen endast tilldelas en sådan befogenhet enligt artikel 290 FEUF.

181. Fastställandet av korrigeringsfaktorn genom antagande av artikel 4 i och bilaga II till beslut 2013/448 medförde varken en ändring av beslut 2011/278 eller direktiv 2003/87. Texten i dessa rättsakter påverkades inte, utan det normativa innehållet i dessa förblev snarare oförändrat. [53] Det har inte heller skett någon komplettering. Kommissionen har nämligen inte skapat korrigeringsfaktorn genom beslut 2013/448. Denna föreskrevs redan i direktiv 2003/87 och preciserades närmare i beslut 2011/278.

182. Fastställandet av storleken på korrigeringsfaktorn är snarare resultatet av användningen av de beräkningsmetoder som redan föreskrivs för detta ändamål och utgör således ett genomförande av artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 och artikel 15.3 i beslut 2011/278. Eftersom det i detta sammanhang inte har bestritts att det även krävs att storleken på korrigeringsfaktorn fastställs enhetligt i unionen, utgör antagandet av artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 en sådan genomförandeåtgärd som omfattas av artikel 291.2 FEUF.

183. Vad beträffar kommissionens genomförandeåtgärder föreskrivs i artikel 291.3 FEUF att parlamentet och rådet i förväg ska fastställa allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter.

49 — Se analogt domstolens rättspraxis avseende angivelsen av den rättsliga grunden som del av motiveringsskyldigheten i dom kommissionen/rådet (45/86, EU:C:1987:163, punkt 9), och dom kommissionen/rådet (C-370/07, EU:C:2009:590, punkt 56).

50 — Dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, punkt 39), dom parlamentet/kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, punkt 43), och dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, punkt 30).

51 — Dom parlamentet/kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, punkt 46).

52 — Dom parlamentet/kommissionen (C-65/13, EU:C:2014:2289, punkt 45), och dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, punkt 31).

53 — Se även dom kommissionen/parlamentet och rådet (C-88/14, EU:C: 2015:499, punkt 44).

184. De allmänna reglerna och principerna föreskrivs i förordning (EU) nr 182/2011.[54] I denna ställs emellertid inte några tvingande krav på förfarandet. Enligt artikel 1 ska dessa regler och principer nämligen (enbart) tillämpas när det i en rättsligt bindande unionsakt krävs att kommissionens antagande av genomförandeakter kontrolleras av medlemsstaterna.

185. Kommissionen hade följaktligen rätt att genom artikel 15.3 i beslut 2011/278 bemyndiga sig att själv fastställa korrigeringsfaktorn, utan att föreskriva ett ytterligare kontrollförfarande.

186. Eftersom fastställandet av en korrigeringsåtgärd i artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 utgör en genomförandeåtgärd i den mening som avses i artikel 291 FEUF kan även invändningen om att det föreskrivande förfarandet med kontroll har kringgåtts besvaras med lätthet.

187. Enligt artikel 10a.1 andra stycket i direktiv 2003/87 ska det förfarandet enbart tillämpas på åtgärder som vidtas för att ändra icke-väsentliga bestämmelser av direktivet genom komplettering. Av övervägandena ovan framgår emellertid att det inte förhåller sig på det sättet här.

188. Vid prövningen av frågorna avseende den omständigheten att det föreskrivande förfarandet med kontroll inte har tillämpats har det följaktligen inte framkommit någon omständighet som kan påverka lagenligheten av den korrigeringsfaktor som fastställts genom artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448.

### G – *Möjligheten att direkt väcka talan vid unionsdomstolarna*

189. Raad van State har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida verksamhetsutövare vid befintliga industrianläggningar som från och med 2013 omfattades av reglerna i direktiv 2003/87 om handel med utsläppsrätter enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF vid tribunalen otvivelaktigt hade kunnat yrka på ogiltigförklaring av korrigeringsfaktorn i beslut 2013/448.

190. Denna fråga avser fast rättspraxis enligt vilken en parts möjlighet att åberopa att en unionsrättsakt är ogiltig vid nationella domstolar förutsätter att denna part inte hade rätt att väcka en direkt talan mot denna rättsakt vid unionsdomstolarna i enlighet med artikel 263 FEUF.[55] Att medge att en enskild som otvivelaktigt hade talerätt enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF mot en unionsrättsakt genom en talan om ogiltigförklaring, efter utgången av den tidsfrist för att väcka en sådan talan som föreskrivs i artikel 263 sjätte stycket FEUF, vid en nationell domstol kan ifrågasätta giltigheten av samma rättsakt, skulle nämligen vara detsamma som att ge denne möjligheten att kringgå den orubblighet som denna rättsakt erhållit gentemot vederbörande efter utgången av tidsfristen för att väcka talan.[56]

191. Det kan därför ifrågasättas om de frågor som redan prövats om huruvida den korrigeringsfaktor som fastställs i beslut 2013/448 är giltig är relevanta om de klagande bolagen i de nationella målen hade kunnat väcka talan vid unionsdomstolarna och denna behörighet att väcka talan otvivelaktigt förelåg. Jag kommer emellertid att visa att så inte är fallet.

192. Enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF får alla fysiska eller juridiska personer väcka talan mot en akt som är riktad till dem (första alternativet) eller som direkt och personligen berör dem (andra alternativet) samt mot en regleringsakt som direkt berör dem och som inte medför genomförandeåtgärder (tredje alternativet).

54 — Europaparlamentets och rådets förordning av den 16 februari 2011 om fastställande av allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter (EUT L 55, s. 13).

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

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

193. De klagande bolagen i de nationella målen har ingen rätt att väcka talan enligt det första eller det tredje alternativet i 263 fjärde stycket FEUF. Beslut 2013/448 är inte riktat till dem, utan enligt artikel 5 till medlemsstaterna. Den korrigeringsfaktor som fastställs i artikel 4 kräver att medlemsstaterna vidtar genomförandeåtgärder, nämligen att de anpassar det antal utsläppsrätter som ska tilldelas gratis som redan har beräknats provisoriskt.

194. De klagande bolagen kan således endast ha rätt att väcka talan vid unionsdomstolarna mot beslut 2013/448 enligt det andra alternativet av artikel 263 fjärde stycket. Detta förutsätter att beslutet berör dem direkt och personligen.

195. Andra personer än dem till vilka ett beslut riktar sig kan göra anspråk på att vara personligen berörda endast om beslutet angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem från alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den som gäller för en person som ett sådant beslut riktar sig till. [57]

196. Korrigeringsfaktorn berör visserligen potentiellt var och en, eftersom den även ska tillämpas på sådana anläggningar som upptas i systemet för handel med utsläppsrätter. Det är emellertid inte uteslutet att en bestämmelse, som genom sin art och sin räckvidd är allmän, eftersom den är generellt tillämplig på samtliga berörda ekonomiska aktörer, kan beröra vissa av dem personligen. [58]

197. I förevarande fall kan en sluten grupp berörda identifieras, nämligen redan befintliga industrianläggningar. För dessa har antalet utsläppsrätter som ska tilldelas dem gratis fastställts provisoriskt, och denna preliminära kvantitet ska minskas med användning av korrigeringsfaktorn. Därutöver ska alla anläggningar som omfattas av systemet för handel enligt artikel 4 i direktiv 2003/87 ha ett tillstånd för utsläpp av växthusgaser.

198. Rättspraxis avseende frågan om medlemmarna i en sådan sluten grupp berörs personligen är emellertid inte helt klar.

199. Domstolen har slagit fast att när beslutet berör en grupp av personer som med hjälp av gruppmedlemmarnas egna kriterier skulle kunna identifieras eller hade kunnat identifieras när rättsakten antogs, kan dessa personer vara personligen berörda av rättsakten i den mån de ingår i en begränsad krets av ekonomiska aktörer. [59] Så är fallet när beslutet innebär att de rättigheter som den enskilde har förvärvat *före dess antagande* ändras. [60]

200. I motsats till vad Nederländerna har hävdat hade innehavarna av de berörda anläggningarna emellertid inte förvärvat några utsläppsrätter innan beslut om korrigeringsfaktorn antogs, eftersom den tidigare beräkningen som gjordes i enlighet med artiklarna 10.2 och 15.2 e i beslut 2011/278 för att fastställa kvantiteten utsläppsrätter var provisorisk. [61] Som kommissionen har påstått krävs i första hand att korrigeringsfaktorn bestäms för att kunna fastställa företagets rättigheter. Förevarande situation skiljer sig såtillvida från vad som var fallet i domen i målet Codorniu som avsåg bestämmelser som innebar att befintliga varumärkesrättigheter ändrades [62] eller i domen i målet Infront där det rörde sig om befintliga tv-rättigheter till sportevenemang. [63]

57 — Dom Plaumann/kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, 238), dom Sahlstedt m.fl./ kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punkt 26), dom Stichting Woonpunt m.fl./ kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punkt 57), och dom T & L Sugars och Sidul Açúcares/ kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punkt 63).

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

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

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

61 — Se ovan punkt 163.

62 — Dom Codorniu/rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, punkterna 21 och 22).

63 — Dom kommissionen/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punkterna 73–77).

201. Av det skälet ska motstridig rättspraxis granskas. Domstolen har där slagit fast att den omständigheten att det är möjligt att mer eller mindre exakt fastställa antalet rättssubjekt som en rättsakt är tillämplig på, eller till och med deras identitet, inte innebär att dessa rättssubjekt ska anses personligen berörda av rättsakten, om det står klart att den är tillämplig på grundval av en objektiv, rättslig eller faktisk, situation som fastställts i den aktuella rättsakten. [64] Domstolen har tolkat detta på så sätt att den berörda personen inte kan anses ha individualiserats endast genom att ingå i en begränsad krets när denna krets följer av själva systematiken som upprättats genom den angripna regleringen. [65]

202. Domstolen har därför nyligen i ett liknande fall slagit fast att sökandena inte berörs personligen. Det rörde sig i det målet om fastställande av en tilldelningskoefficient som var tillämplig på ansökningar på sockermarknaden som hade lämnats in under en viss period. Gruppen sökanden hade därmed visserligen fastställts slutgiltigt (sluten), [66] men koefficienten bestämdes enbart på grundval av den kvantitet som var tillgänglig och den kvantitet som efterfrågades, utan att hänsyn togs till de enskilda ansökningarna eller sökandenas specifika situation. [67]

203. Det förhåller sig även på det sättet i förevarande fall. Korrigeringsfaktorn ska fastställas på grundval av de uppgifter som medlemsstaterna lämnar in om industrianläggningarnas erkända behov på grundval av riktmärkena och utsläppstaket för industrin, utan att hänsyn tas till de enskilda anläggningarnas situation. Enligt domstolens rättspraxis ska de ekonomiska aktörerna inte anses vara personligen berörda trots den omständigheten att de utgör en sluten grupp. En rätt att väcka talan förelåg således inte.

204. Oberoende av om domstolen delar denna ståndpunkt framgår det av diskussionen att det i vart fall inte otvivelaktigt förelåg en rätt att väcka talan vid unionsdomstolarna. Det föreligger således inte hinder mot att pröva frågorna om huruvida korrigeringsfaktorn var giltig.

205. Den första frågan i målet Dow Benelux ska följaktligen besvaras på följande sätt. Verksamhetsutövare vid anläggningar som från och med 2013 omfattades av reglerna i direktiv 2003/87 om handel med utsläppsrätter, med undantag av verksamhetsutövare vid sådana anläggningar som avses i artikel 10a.3 i direktivet och nya deltagare, hade enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF inte otvivelaktigt kunnat yrka på ogiltigförklaring av beslut 2013/448 vid tribunalen, i den del som avser korrigeringsfaktorn.

## H – *Konsekvenserna av att beslut 2013/448 är rättsstridigt*

206. Landesverwaltungsgericht Niederösterreich vill genom sin sjunde fråga få klarhet i huruvida den omständigheten att korrigeringsfaktorn är ogiltig innebär att den inte kan tillämpas. Det handlar med andra ord om att fastställa om anläggningarna ska erhålla den preliminärt fastställda kvantiteten utsläppsrätter som ska tilldelas gratis utan minskning om domstolen upphäver korrigeringsfaktorn.

64 — Dom Sahlstedt m.fl./kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2009:243, punkt 31), dom Stichting Woonpunt m.fl./kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punkt 58), och dom T & L Sugars und Sidul Açúcares/kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punkt 64).

65 — Tribunalens dom T & L Sugars und Sidul Açúcares/kommissionen (T-279/11, EU:T:2013:299, punkt 84).

66 — För klargörande, se tribunalens dom T & L Sugars und Sidul Açúcares/kommissionen (T-279/11, EU:T:2013:299, punkt 81)

67 — Dom T & L Sugars och Sidul Açúcares/kommissionen (C-456/13 P, EU:C:2015:284, punkterna 65 och 66).

207. Frågan har uppkommit till följd av att jag ovan fastställt att artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 är ogiltiga. En sådan dom från domstolen i vilket detta fastställs ska – i likhet med en dom om ogiltigförklaring – ha en rättsverkan som går tillbaka i tiden. [68] Fastställelsen att den berörda rättsakten är ogiltig är dessutom en tillräcklig grund för varje nationell domstol att likaså betrakta rättsakten som ogiltig vid meddelandet av domar och beslut. [69]

208. Man skulle således kunna utgå från att en slutgiltig tilldelning ska ske i enlighet med den kvantitet som fastställts vid den preliminära beräkningen utan minskning efter det att korrigeringsfaktorn upphävts. Detta skulle innebära att anläggningar för åren 2013–2015 skulle erhålla mellan 6 procent och 10 procent mer gratis utsläppsrätter per år. Det kan inte uteslutas att den kompletterande tilldelningen skulle kräva en motsvarande ökning av den sammanlagda kvantiteten utsläppsrätter i vart fall för förfluten tid, eftersom de utsläppsrätter som inte tilldelats gratis förmodligen redan hade auktionerats ut. Under de därpå följande åren skulle kvantiteten kompletterande gratis utsläppsrätter vara ännu större, men dessa skulle enbart kunna hämtas från kvantiteten utsläppsrätter som ska auktioneras ut.

209. Det är uppenbart att sådana kompletteterande gratistilldelningar är olämpliga. Enligt det svar som jag föreslår ska lämnas på förevarande begäran om förhandsavgörande var kvantiteten utsläppsrätter som skulle tilldelas gratis nämligen inte för liten utan för stor. [70]

210. Tyskland har mot denna tolkning av följderna av att korrigeringsfaktorn är ogiltig för övrigt invänt att det krävs att korrigeringsfaktorn fastställs för att en slutgiltig tilldelning ska kunna ske. I förevarande fall innebär den omständigheten att korrigeringsfaktorn upphävts att den rättsliga grunden för de hittills slutgiltiga tilldelningarna ifrågasätts och upphävandet utgör hinder mot slutgiltiga tilldelningar i framtiden. Detta skulle i betydande mån kunna inverka menligt på systemets funktion.

211. Verkningarna av bristen på en korrigeringsfaktor får emellertid inte vara avgörande. Det ska nämligen erinras om att när domstolen, i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, konstaterar att en rättsakt som antagits av en unionsmyndighet inte är giltig, är unionens behöriga institutioner skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att komma till rätta med den konstaterade rättsstridigheten. Skyldigheten enligt artikel 266 FEUF, vilken gäller i fråga om en dom om ogiltigförklaring, är i sådana fall analogt tillämplig. [71]

212. Beslutet att upphäva korrigeringsfaktorn skulle således enbart vara provisoriskt. Kommissionen måste så snart som möjligt fastställa en ny korrigeringsfaktor mot bakgrund av avgörandet av förevarande begäran om förhandsavgörande.

213. Domstolen ska därför för att undvika rättsosäkerhet till dess att kommissionen fattar ett nytt beslut – såsom kommissionen i andra hand yrkat – anta en övergångsbestämmelse redan i samband med att korrigeringsfaktorn upphävs. Domstolen är – i fall där det är motiverat av tvingande rättssäkerhetshänsyn – med stöd av artikel 264 andra stycket FEUF, som analogt är tillämplig även inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF angående giltigheten av rättsakter som beslutats av Europeiska unionens institutioner, behörig att i det enskilda fallet avgöra och ange vilka verkningar av rättsakten i fråga som ska anses vara bestående. [72]

68 — Dom Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, punkt 17), och dom Centre d'exportation du livre français (C-199/06, EU:C:2008:79, punkterna 61 och 63).

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

70 — Se ovan punkt 110 och följande punkter.

71 — Dom FIAMM m.fl./rådet och kommissionen (C-120/06 P och C-121/06 P, EU:C:2008:476, punkt 123), och dom Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punkt 124).

72 — Dom Parlamentet/rådet (C-22/96, EU:C:1998:258, punkt 42), och dom Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, punkt 121).

214. Det är följaktligen påkallat att upprätthålla verkningarna av den hittills gällande korrigeringsfaktorn, i vart fall fram till dess att en ny fastställs.

215. Därutöver ska domstolen även i stor uträckning utesluta att tilldelningar som redan skett och som kommer att ske innan den nya korrigeringsfaktorn fastställs måste ändras på grundval av den nya korrigeringsfaktorn.

216. En begränsning av domens rättsverkningar är nämligen möjlig när det föreligger fara för allvarliga ekonomiska återverkningar, som i synnerhet beror på det stora antal rättsförhållanden som i god tro har upprättats på grundval av de bestämmelser som har antagits vara gällande och det framgår att både enskilda och nationella myndigheter har förmåtts att handla på ett sätt som strider mot unionsbestämmelserna på grund av att det har förelegat en objektiv och betydande osäkerhet beträffande de unionsrättsliga bestämmelsernas räckvidd, en osäkerhet till vilken andra medlemsstaters eller kommissionens beteenden kan ha bidragit.[73]

217. Dessa kriterier är uppfyllda i förevarande fall. En retroaktiv *minskning* skulle nämligen göra intrång i de berättigade förväntningar som flera verksamhetsutövare vid anläggningar har på att kvantiteten utsläppsrätter som slutligen tilldelats inte kommer att ändras. Under tiden mellan domstolens avgörande och fastställandet av en ny korrigeringsfaktor skulle de vara utsatta för en kostnadsrisk av skäl som inte kan tillskrivas dem om besluten om framtida gratistilldelningar skulle antas med förbehåll för minskningar.

218. Om domstolen emellertid begränsar denna form av användning av den korrekt fastställda korrigeringsfaktorn i tiden, så ska kommissionen fastställa den så snart som möjligt. Domstolen ska följaktligen fastställa en frist för kommissionen. Ett år förefaller vara lämpligt i detta avseende.

## V – **Förslag till avgörande**

219. Jag föreslår därför att domstolen meddelar följande dom:

1) Målen C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14 förenas vad avser denna dom.

2) Verksamhetsutövare vid anläggningar som från och med 2013 omfattades av reglerna i direktiv 2003/87/EG, med undantag av verksamhetsutövare vid sådana anläggningar som avses i artikel 10a.3 i direktivet och nya deltagare, hade enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF vid Europeiska unionens tribunal inte otvivelaktigt kunnat yrka på ogiltigförklaring av beslut 2013/448/EU, i den del som avser den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn.

3) Artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 ogiltigförklaras.

4) Verkningarna av artikel 4 och bilaga II i beslut 2013/448 upprätthålls fram till dess att kommissionen antagit ett nytt beslut i enlighet med artikel 10a.5 i direktiv 2003/87 och artikel 15.3 i beslut 2011/278/EU inom en rimlig tidsfrist som inte får överstiga ett år. Det nya beslutet får inte tillämpas på tilldelningar som skett innan beslutet antogs.

73 — Dom Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, punkt 69), och dom Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, punkt 42).