

**Sprawa C-189/19**

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

**Data wpływu:**

26 lutego 2019 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Bundesverwaltungsgericht (Niemcy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

22 listopada 2018 r.

**Strona skarżąca i wnosząca skargę rewizyjną:**

Spenner GmbH & Co. KG

**Strona przeciwna:**

Bundesrepublik Deutschland

---

**Odpis**

**Bundesverwaltungsgericht**

**(federalny sąd administracyjny, Niemcy)**

**POSTANOWIENIE**

[...]

[...]

W sporze administracyjnym pomiędzy

Spenner GmbH & Co. KG,

[...] 59597 Erwitte,

strona skarżąca i wnosząca rewizję,

[...]

prze ci w ko

Bundesrepublik Deutschland (Republice Federalnej Niemiec),

[...] 14193 Berlin,

strona przeciwna,

**[Or. 2]**

[...]

siódma izba Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego)

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 listopada 2018 r.,

[...]

postanowiła w dniu 22 listopada 2018 r.:

Postępowanie przed Bundesverwaltungsgericht (federalnym sądem administracyjnym) zostaje zawieszona.

Na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej kieruje się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej następujące pytania prejudycjalne:

1. Czy art. 9 ust. 9 decyzji Komisji 2011/278/UE z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie ustanowienia przejściowych zasad dotyczących zharmonizowanego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji w całej Unii na mocy art. 10a dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 130, s. 1), zwanej dalej „decyzją 2011/278/UE”, ustanawia wymóg, żeby znaczące zwiększenie zdolności produkcyjnych dotychczas działającej instalacji nastąpiło w okresie odniesienia ustalonym przez państwo członkowskie na podstawie art. 9 ust. 1 tej decyzji?

2. Czy art. 9 ust. 9 akapit pierwszy w związku z art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE należy, w przypadku znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych interpretować w ten sposób, że przy ustalaniu historycznych poziomów działalności dla okresu odniesienia od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. należy odliczyć historyczny poziom działalności zwiększonych zdolności produkcyjnych (nawet wtedy), gdy do tego znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych doszło w okresie odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r.?

3. a) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze:

Czy art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE należy interpretować w ten sposób, że właściwy organ państwa członkowskiego musi sam wybrać okres

odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. albo od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r., czy też państwo członkowskie może przyznać prawo wyboru okresu odniesienia prowadzącemu instalację? **[Or. 3]**

b) Jeżeli państwo członkowskie może przyznać prawo wyboru prowadzącemu instalację:

Czy państwo członkowskie może przyjąć taki okres odniesienia, który prowadzi każdorazowo do [ustalenia] wyższego historycznego poziomu działalności, także wtedy, gdy zgodnie z prawem tego państwa członkowskiego prowadzący instalację może swobodnie wybrać okres odniesienia i zdecydować się na okres odniesienia z niższym historycznym poziomem działalności?

4. Czy decyzję Komisji (UE) 2017/126 z dnia 24 stycznia 2017 r. zmieniającą decyzję 2013/448/UE w odniesieniu do ustalenia jednolitego międzysektorowego współczynnika korygującego zgodnie z art. 10a dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 19, s. 93; zwaną dalej: „decyzją 2017/126/UE”) należy interpretować w ten sposób, że, w zakresie przydziałów sprzed dnia 1 marca 2017 r., należy stosować międzysektorowy współczynnik korygujący w pierwotnym brzmieniu art. 4 i załącznika II do decyzji 2013/448/UE za lata 2013–2020 zaś w zakresie dodatkowych przydziałów uprawnień do emisji po dniu 28 lutego 2017 r. na podstawie rozstrzygnięcia sądowego należy go stosować do całości dodatkowych przydziałów za lata 2013–2020 czy też wyłącznie do dodatkowych przydziałów za lata 2018–2020?

#### Uzasadnienie:

##### I

- 1 Strona skarżąca prowadzi objętą obowiązkiem związanym z handlem uprawnieniami do emisji instalację z piecem rotacyjnym do produkcji klinkieru cementowego. Strona skarżąca domaga się przydzielenia dalszych bezpłatnych uprawnień do emisji za trzeci okres rozliczeniowy od 2013 r. do 2020 r.
- 2 W styczniu 2012 r. strona skarżąca złożyła wniosek o przydział do Deutsche Emissionshandelsstelle [stanowiącej część niemieckiego urzędu ds. środowiska – Umweltbundesamt – podmiotu krajowego odpowiedzialnego w szczególności za rozliczenia w zakresie uprawnień do emisji; zwanej dalej „DEHSt”] na podstawie § 9 Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (ustawy o handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych; zwanej dalej „TEHG”). W formularzu tego wniosku wskazano jako odpowiedni okres odniesienia dla instalacji okres od 2005 r. do 2008 r. albo od 2009 r. do 2010 r. Strona skarżąca wybrała okres odniesienia od 2009 r. do 2010 r. Jako faktyczny okres prowadzenia instalacji strona skarżąca wskazała lata kalendarzowe 2005–2010. Ponadto zadeklarowała ona zwiększenie zdolności produkcyjnych

w dniu 1 kwietnia 2007 r. i dalsze zwiększenie zdolności produkcyjnych w dniu 2 maja 2008 r., które, ujmowane razem, są znaczące. **[Or. 4]**

- 3 Decyzją z dnia 17 lutego 2014 r. DEHSt przyznała bezpłatnie dla potrzeb prowadzenia instalacji 3 810 723 uprawnień do emisji. Od tej decyzji strona skarżąca wniosła sprzeciw, który nie został uwzględniony, a następnie skargę. Skarga została częściowo cofnięta z uwagi na wyrok z dnia 26 października 2016 r., Yara Suomi i in., C-506/14, ECLI:EU:C:2016:799, wydany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przedmiocie ustalonego z naruszeniem prawa Unii współczynnika korygującego. Z tego względu sąd administracyjny częściowo umorzył postępowanie, natomiast w pozostałej części oddalił skargę wskazując, iż była bezzasadna. Jego zdaniem § 8 ust. 8 zdanie pierwsze Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) [rozporządzenia w sprawie przydziału uprawnień do emisji gazów cieplarnianych w okresie rozliczeniowym 2013 r. do 2020 r. (rozporządzenia przydziałowego – ZuV 2020)]; zwanego dalej „ZuV 2020”] należy interpretować w ten sposób, że ustalenie odpowiedniego poziomu działalności w przypadku znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych uzależnione jest od wyboru okresu odniesienia zgodnie z § 8 ust. 1 ZuV 2020. Paragraf 8 ust. 8 zdanie pierwsze ZuV 2020 odwołuje się do ustępów 2–5, które z kolei każdorazowo odwołują się do okresów odniesienia wybranych zgodnie z § 8 ust. 1 ZuV 2020.
- 4 Zdaniem Verwaltungsgericht przyznanie w § 8 ust. 1 ZuV 2020 prowadzącym instalacje prawa wyboru jest zgodne z prawem Unii. Zawartego w art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE sformułowania „państwa członkowskie określają” nie trzeba konieczne rozumieć w ten sposób, że zadaniem państwa członkowskiego jest określanie historycznych poziomów działalności przy uwzględnieniu okresu odniesienia, który daje wyższą [ich] wartość. Ten fragment zdania należy interpretować przez pryzmat tego, iż decyzja 2011/278/UE, zgodnie z jej art. 25, skierowana jest do państw członkowskich. To do państw członkowskich należy zatem określenie przy implementowaniu decyzji 2011/278/UE historycznych poziomów działalności. Przepis nie przewiduje, w jaki sposób ma to nastąpić, stąd za zgodną z art. 9 decyzji 2011/278/UE uznać należy implementację taką, jak ta dokonana w Niemczech w § 8 ust. 1 ZuV 2020, zgodnie z którym wybór okresu bazowego pozostawiony został prowadzącym instalacje.
- 5 Za dopuszczalnością przyznania prawa wyboru prowadzącym instalacje przemawia przyjęty przez Komisję Europejską Guidance Document nr 2 [chodzi tu o dokument pn. „Guidance Document n°2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)” – uwaga tłum.]. Zawiera on rozważania w przedmiocie możliwości wyboru danych prowadzącym instalacje. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jakkolwiek Guidance Document nr 2 nie ma mocy aktu prawnego, to należy uwzględniać go przy wykładni decyzji 2011/278/UE. Nadto we wzorze formularza **[Or. 5]** Komisji Europejskiej służącym do gromadzenia danych

niezbędnych do ustalenia tymczasowych wielkości przydziału przewidziane zostało prawo wyboru przysługujące prowadzącym instalacje.

- 6 DEHSt nie jest zobowiązana do uwzględniania z urzędu korzystniejszych danych okresu odniesienia ani wzywania wnioskodawcy do dokonania odpowiedniej korekty.
- 7 Strona skarżąca zakwestionowała powyższe rozstrzygnięcie w drodze skargi rewizyjnej z pominięciem sądu drugiej instancji[, w której wskazała, że] dokonana przez sąd administracyjny wykładnia § 8 ust. 8 ZuV 2020 nie jest zgodna z wymogami ustanowionymi w art. 9 ust. 9 decyzji 2011/278/UE. Przepis ten odnosi się wyłącznie do tego, czy zdolności produkcyjne dotychczas działającej instalacji zostały znacząco zwiększone w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. Artykuł 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE nie odnosi się w ogóle do prawa wyboru prowadzących instalacje. To państwa członkowskie są odpowiedzialne za określenie historycznym poziomów działalności. Cały system regulujący zasady przydziałów w ramach Unii Europejskiej w zakresie ustalania tymczasowych rocznych wielkości przydziału opiera się na zobowiązaniu państw członkowskich do działania. W formularzu wniosku strona przeciwna zwróciła się o podanie wszystkich rocznych wielkości produkcji w latach 2005–2010. Dzięki temu może ona zatem wybrać okres odniesienia charakteryzujący się najwyższym poziomem działalności.

## II

- 8 Postępowanie w sprawie zostaje zawieszono. Do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej: „Trybunałem”) skierowane zostają sformułowane w sentencji postanowienia pytania prejudycjalne (art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej).
- 9 Mające zastosowanie przepisy prawa Unii to art. 10a ust. 1 dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 2003 r. ustanawiającej system handlu przydziałami emisji gazów cieplarnianych we Wspólnocie oraz zmieniającej dyrektywę Rady 96/61/WE (Dz.U. L 275, s. 32), zmienionej dyrektywą 2009/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. (Dz.U. L 140, s. 63), zwanej dalej: „dyrektywą 2003/87/WE”, art. 9 i motyw 16 decyzji 2011/278/UE [Or. 6], art. 4 decyzji Komisji z dnia 5 września 2013 r. dotyczącej krajowych środków wykonawczych w odniesieniu do przejściowego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji gazów cieplarnianych zgodnie z art. 11 ust. 3 dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. L 240, s. 27) oraz motywy 12 i 13 decyzji Komisji 2017/126/UE.
- 10 Mające zastosowanie przepisy prawa niemieckiego zostały zawarte w Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) [rozporządzeniu w sprawie przydziału uprawnień do emisji gazów cieplarnianych

w okresie rozliczeniowym 2013 r. do 2020 r. (rozporządzeniu przydziałowym – ZuV 20202)] z dnia 26 września 2011 r. (BGBl. I s.1921) po zmianach wprowadzonych w drodze ustawy z dnia 13 lipca 2017 r. (BGBl. I s. 2354).

Paragraf 8 ZuV 2020 brzmi:

„Odpowiednie poziomy działalności

(1) Odpowiedni poziom działalności dla dotychczas działającej instalacji ustala się na podstawie danych zebranych zgodnie z § 5, według wyboru wnioskodawcy, jednolicie dla wszystkich elementów przydziału instalacji, zarówno przy przyjęciu okresu odniesienia albo od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r., jak i od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r.

(2) Odpowiednim poziomem działalności dla każdego produktu instalacji, który należy zakwalifikować jako element przydziału w rozumieniu § 3 ust. 1 pkt 1, jest wartość mediany całego rocznego wolumenu tego produktu w okresie odniesienia wybranym zgodnie z ust. 1. [...]

(3) [...] **[Or. 7]** [...]

(...)

(6) Przy obliczaniu wartości mediany zgodnie z ust. 2–5 uwzględnia się wyłącznie te lata kalendarzowe, w których instalacja działała co najmniej przez jeden dzień. Na zasadzie odstępstwa od powyższego przy obliczaniu wartości mediany dla instalacji uwzględnia się również te lata kalendarzowe, w których nie działała w okresie odniesienia co najmniej przez jeden dzień, [...] [szczegółowe zasady obliczania wartości mediany]

1. [...]

2. [...]

3. [...]

(7) Na zasadzie odstępstwa od ust. 2–5 poziomy działalności oblicza się na podstawie początkowej zainstalowanej zdolności produkcyjnej każdego elementu przydziału, pomnożonej przez odpowiedni współczynnik wykorzystania zdolności produkcyjnych określony zgodnie z § 17 ust. 2, [warunki zastosowania tego odstępstwa] [...]

1. [...]

2. [...]

3. [...]



(8) W przypadku znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. odpowiedni poziom działalności elementu przydziału odpowiada sumie wartości mediany ustalonej na podstawie ust. 2–5 bez uwzględnienia znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych i poziomu działalności dodanej zdolności produkcyjnej. Poziom działalności dodanej zdolności produkcyjnej odpowiada przy tym **[Or. 8]** różnicy między zainstalowaną zdolnością produkcyjną elementu przydziału po zwiększeniu zdolności produkcyjnej i zainstalowaną początkową zdolnością produkcyjną zmienionego elementu przydziału do czasu rozpoczęcia działalności po zmianie, pomnożonej przez średnie wykorzystanie zdolności produkcyjnej tego elementu przydziału w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do końca roku kalendarzowego poprzedzającego rozpoczęcie działalności po zmianie. Na wniosek prowadzącego instalację znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych w 2005 r. nie uznaje się za znaczące zwiększenie zdolności produkcyjnych; w przeciwnym wypadku przy ustalaniu średniego wykorzystania zdolności produkcyjnych danego elementu przydziału uwzględnia się średniomiesięczne wykorzystanie zdolności produkcyjnych w 2005 r. do miesiąca kalendarzowego poprzedzającego rozpoczęcie działalności po zmianie. W przypadku większej liczby zwiększeń zdolności produkcyjnych uwzględnia się średnie wykorzystanie zdolności produkcyjnych danego elementu przydziału przed rozpoczęciem działalności po pierwszej zmianie.

(9) [dotyczy zmniejszenia zdolności produkcyjnych] [...]"

### III

- 11 Zawiesza się postępowanie rewizyjne celem zwrócenia się zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do Trybunału o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ponieważ rozstrzygnięcie, jakie ma wydać niniejsza izba w przedmiocie wniesionej przez stronę skarżącą skargi rewizyjnej zależy od odpowiedzi Trybunału na przedłożone mu pytania w przedmiocie wykładni decyzji 2011/278/UE **[Or. 9]** oraz decyzji 2017/126/UE.
- 12 Te pytania prejudycjalne wymagają rozstrzygnięcia ich przez Trybunał, ponieważ podnoszone w nich kwestie nie zostały dotychczas wyjaśnione w jego orzecznictwie, ani też nie są oczywiste. W odniesieniu do poszczególnych pytań prejudycjalnych znaczenie mają następujące rozważania:
- 13 W przedmiocie pytania pierwszego:

Od odpowiedzi na pierwsze pytanie zależy, czy w niniejszym postępowaniu w ogóle należy zrezygnować z uwzględnienia znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnych, ponieważ nie miało ono miejsca w okresie odniesienia od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. Jeżeli Trybunał udzieli odpowiedzi twierdzącej, to wniesiona przez stronę skarżącą skarga rewizyjna nie będzie

mogła zostać uwzględniona. W przeciwnym razie wyrok sądu administracyjnego należy uchylić i przekazać sprawę sądowi administracyjnemu do dalszego rozpoznania.

- 14 Unijnoprawną podstawą wydania decyzji 2011/278/UE, której art. 9 zawiera uregulowanie w przedmiocie historycznych poziomów działalności dla dotychczas działającej instalacji, stanowi dyrektywa 2003/87/WE. Zgodnie z art. 10a ust. 1 dyrektywy 2003/87/WE Komisja przyjmuje w pełni zharmonizowane w całej Unii przepisy wykonawcze dotyczące przydziału uprawnień. Na tej podstawie Komisja ustanowiła w drodze decyzji 2011/278/UE i zgodnie z art. 10a ust. 1 dyrektywy 2003/87/WE zharmonizowane w całej Unii zasady bezpłatnego przydzielania uprawnień do emisji. Te zharmonizowane zasady konkretyzują mający istotne znaczenie wymóg zredukowania do minimum zakłóceń konkurencji na rynku wewnętrznym (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2016 r., DK Recycling und Roheisen/Komisja, C-540/14, ECLI:EU:C:2016:469, pkt 53, i wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2018 r., INEOA Köln GmbH, C-572/16, ECLI:EU:C:2018:100, pkt 29 i n.). Niniejsza izba przyjmuje w związku z tym, że decyzją 2011/278/UE zharmonizowano w całej Unii zasady przydziału, które dotychczas ustalane były przez państwa członkowskie w krajowych planach rozdziału uprawnień (odnośnie do jeszcze niecałkowicie zharmonizowanych elementów procedury przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2018 r., INEOA Köln GmbH, C-572/16, ECLI:EU:C:2018:100, pkt 40). **[Or. 10]**
- 15 Artykuł 9 ust. 9 decyzji 2011/278/UE odnosi się do znaczącego zwiększenia lub zmniejszenia zdolności produkcyjnych dotychczas działającej instalacji w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. Przepis ten zgodnie z jego brzmieniem odnosi się wyłącznie do tego, czy zdolności produkcyjne dotychczas działającej instalacji zostały w tym okresie znacząco zwiększone. Pośrednie odwołanie się do okresów odniesienia zostało jednak zawarte w art. 9 ust. 9 akapit pierwszy druga część zdania decyzji 2011/278/UE, zgodnie z którą historyczne poziomy zdolności produkcyjnych dotychczas działającej instalacji odpowiadają „sumie wartości średnich określonych zgodnie z ust. 1 bez znacznej zmiany zdolności produkcyjnej”. Zgodnie z ust. 1 dla potrzeby obliczenia wartości mediany wprowadza się rozróżnienie pomiędzy okresem odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. a okresem odniesienia od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r.
- 16 Zgodnie z art. 9 ust. 9 akapit drugi decyzji 2011/278/UE historyczne poziomy zdolności produkcyjnych w przypadku dodanej zdolności produkcyjnej stanowią różnicę między początkowymi zainstalowanymi zdolnościami produkcyjnymi a zainstalowaną zdolnością produkcyjną po zwiększeniu zdolności produkcyjnej, pomnożoną przez średnie historyczne wykorzystanie zdolności produkcyjnej danej instalacji w latach działania przed zmianą. Suma historycznej zdolności produkcyjnej obliczonej na podstawie ust. 1 i historycznej zdolności produkcyjnej



dodanej zdolności produkcyjnej obliczonej na podstawie ust. 2 daje historyczną zdolność produkcyjną dotychczas działającej instalacji po zwiększeniu.

- 17 Jeżeli ten przepis należy rozumieć w ten sposób, że uwzględnieniu podlegają jedynie te zwiększenia zdolności produkcyjnych, które miały miejsce po rozpoczęciu odpowiedniego okresu odniesienia zgodnie z ust. 1, to na podstawie art. 9 ust. 9 decyzji 2011/278/UE nie byłyby uwzględniane te zwiększenia zdolności produkcyjnych, które – jak w niniejszej sprawie – miały miejsce w okresie odniesienia od 2005 r. do 2008 r., jeżeli właściwym okresem odniesienia dla obliczenia wartości mediany byłby okres odniesienia od 2009 r. do 2010 r. (zob. pytania drugie i trzecie).
- 18 Zdaniem Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego) zasadnym byłoby udzielenie na [zadane] pytanie takiej odpowiedzi, iż uwzględniać należy jedynie te zwiększenia zdolności produkcyjnych, które miały miejsce w odpowiednim okresie odniesienia („po [jego] rozpoczęciu”). Treść art. 9 ust. 9 akapit 1 decyzji 2011/278/UE przemawia za udzieleniem powyższej odpowiedzi, nie jest to jednak jednoznaczne. Przepis odwołuje się wprawdzie do [Or. 11] okresów odniesienia, o których mowa w ust. 1, nie daje jednak wyraźnej odpowiedzi na pytanie, czy do zwiększenia musi dojść w określonym w ust. 1 okresie odniesienia.
- 19 Zdanie trzecie motywu 16 decyzji 2011/278/UE również nie jest jednoznaczne. Pozwala wprawdzie dostrzec cel w postaci uwzględniania każdego znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej w danym okresie, nie wskazuje jednak, jak należy postępować w przypadku takim, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie.
- 20 Za przyjęciem, że uwzględnieniu podlegać powinny tylko te zwiększenia zdolności produkcyjnej, które miały miejsce we odpowiednim okresie odniesienia zgodnie z art. 9 ust. 9 decyzji 2011/278/UE, przemawia to, że zwiększenia produkcji sprzed okresu odniesienia uwzględnia się w wartości mediany późniejszego okresu odniesienia jako część łącznej zainstalowanej zdolności produkcyjnej i w ten sposób uwzględnia się je także przy przydziale. Ponowne doliczenie na podstawie art. 9 ust. 9 decyzji 2011/278/UE prowadziłyby do dwukrotnego uwzględnienia zwiększenia zdolności produkcyjnej. Powyższe stwierdzenie znajduje w drodze analogii zastosowanie w przypadku zmniejszenia zdolności produkcyjnej.
- 21 W przypadku znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej między dniem 1 stycznia 2005 r. a dniem 30 czerwca 2011 r. § 8 ust. 8 zdanie pierwsze ZuV 2020 nie obowiązuje w odniesieniu do znacznego zwiększenia zdolności produkcyjnej [do którego doszło] przed wybranym zgodnie z ust. 1 okresem odniesienia [...]. Przepis § 8 ust. 8 zdanie pierwsze ZuV 2020 odsyła do ust. 2–5, które zaś odsyłają do okresu wybranego na podstawie § 8 ust. 1 ZuV 2020. Wartość obliczonej na podstawie § 8 ust. 2–5 ZuV 2020 mediany zależy zatem od tego, który okres odniesienia został wybrany. Zgodnie z § 8 ust. 8 zdanie pierwsze

ZuV 2020 łączny poziom działalności odpowiada sumie obliczonej na podstawie ust. 2–5 wartości mediany danego elementu przydziału bez [uwzględnienia] znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej i poziomu działalności dodanej zdolności produkcyjnej. Skoro § 8 ust. 8 zdanie pierwsze ZuV 2020 odsyła do dodanej zdolności produkcyjnej, to w tym celu, żeby określić stosunek między dodaną zdolnością produkcyjną a początkową zdolnością produkcyjną, dla której wybiera się okres odniesienia zgodnie z § 8 ust. 1 ZuV 2020. Dlatego § 8 ust. 8 ZuV 2020 znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy do znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej doszło po rozpoczęciu właściwego okresu odniesienia. **[Or. 12]**

22 W przedmiocie pytania drugiego:

Pytanie to ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli uwzględnienie znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej nie jest uzależnione od ustalenia okresu odniesienia zgodnie z art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE. To pytanie prejudycjalne odnosi się do uwzględnienia znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej przy obliczaniu łącznego poziomu działalności dla znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej w okresie odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. celem określenia historycznego poziomu działalności dla okresu odniesienia od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. W niniejszej sprawie do znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej doszło w dniu 2 maja 2008 r., a więc w okresie odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. Stąd odpowiednim okresem odniesienia jest zdaniem strony przeciwnej i sądu administracyjnego okres od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. W takim przypadku – tak jak już zostało to wskazane w odniesieniu do pytania pierwszego – w braku odliczenia dodanej zdolności produkcyjnej powodowałoby to dwukrotne uwzględnienie zwiększenia zdolności produkcyjnej. Jeżeli do znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej doszło już przed rozpoczęciem okresu odniesienia, to w wartości mediany od początku uwzględniane są także wolumenty produkcji zwiększenia zdolności produkcyjnej.

23 W przedmiocie pytania trzeciego:

a) Pytanie 3a) jest istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli uwzględnienie znaczącego zwiększenia zdolności produkcyjnej jest uzależnione od ustalenia okresu odniesienia przez państwo członkowskie zgodnie z art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE. Zgodnie z § 8 ust. 1 ZuV 2020 poziom działalności określa się według wyboru wnioskodawcy łącznie dla wszystkich elementów przydziału instalacji dla okresu odniesienia albo od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. włącznie, albo od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. włącznie. Zdaniem strony przeciwnej wnioskodawca jest związany wyborem [por. w tym zakresie pytanie 3b)] **[Or. 13]**.

24 Artykuł 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE stanowi jednak, że to „państwa członkowskie” określają historyczne poziomy działalności poszczególnych

instalacji przyjmując za podstawę okres odniesienia od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2008 r. albo, jeżeli są one wyższe, okres odniesienia od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. Sformułowanie to sugeruje, że właściwe do dokonania takiego ustalenia są wyłącznie organy państw członkowskich i wnioskodawcy nie przysługuje prawo wyboru. Istnieją jednak również argumenty za przyjęciem innej wykładni. Zgodnie ze zdaniem pierwszym załącznika IV do decyzji 2011/278/UE państwa członkowskie wymagają bowiem do celów gromadzenia danych podstawowych zgodnie z art. 7 ust. 1 od prowadzących instalacje przedłożenia danych odnoszących się do wszystkich lat kalendarzowych okresu odniesienia wybranego zgodnie z art. 9 ust. 1 (2005–2008 lub 2009–2010). Stąd zawarte w art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE sformułowanie „państwa członkowskie określają” można by rozumieć w ten sposób, że to prowadzący instalacje sami określają okres odniesienia. Również opublikowany przez Komisję Europejską wzór formularza do gromadzenia danych o wniosku odnosi się na stronie piątej pod numerem 2 (a) do wyboru okresu odniesienia przez prowadzącego instalację: „Please select the baseline period for your installation: You are allowed to choose either 2005–2008 as baseline period, or 2009–2010. The median value of the chosen years will be used for calculating historical activity level in order to calculate the allocation to the installation.” (Proszę wybrać okres odniesienia dla swojej instalacji: możesz wybrać albo lata 2005–2008 jako okres odniesienia, albo lata 2009–2010. Wartość mediany wybranych lat zostanie użyta do obliczenia historycznego poziomu działalności celem obliczenia przydziału dla instalacji.). To sformułowanie można uznać za przesłankę co do istnienia po stronie Komisji zamiaru umożliwienia dokonania wyboru odpowiedniego okresu odniesienia przez prowadzącego instalację. Dokument zatytułowany „Guidance Document n°2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)” w punktach 6.1. i 6.4. również zakłada możliwość dokonania wyboru [„The chosen baseline period [...]” i „[...] the operator needs to determine [...]” („wybrany okres odniesienia [...]” i „[...] prowadzący instalację powinien określić [...]”)], przy czym w pkt 6.1. wskazano wyraźnie, iż co do zasady wybrać należy ten okres odniesienia, który prowadzi do przyjęcia wyższego poziomu działalności, co z kolei świadczyć może przeciwko możliwości swobodnego dokonania wyboru. Guidance Document nr 2 sam w sobie nie jest jednak prawnie wiążący i nie odzwierciedla oficjalnego stanowiska Komisji (zob. s. 3 pkt 1.1.; zob. również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 września 2016 r., Borealis i in., C-180/15, ECLI:EU:C:2016:647, pkt 75 odnośnie do „Guidance Document n°6” i pkt 105 odnośnie do „Guidance Document n°8”). **[Or. 14]**

- 25 b) Pytanie 3b) dotyczy przypadku, w którym prowadzący instalację wprawdzie może wybrać okres odniesienia, podejmuje jednak decyzję niekorzystną dla siebie pod względem ekonomicznym. Powstaje wtedy pytanie, czy państwo członkowskie również wtedy może uwzględnić okres odniesienia, który prowadzi do [ustalenia] wyższego historycznego poziomu działalności. Przemawiać za takim rozwiązaniem może to, że zarówno z art. 9 ust. 1 decyzji 2011/278/UE, jak i motywu 16 zdanie drugie decyzji wynika tendencja do przyjmowania jako odpowiednich wyższych historycznych poziomów

działalności. Podobnie, za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia też pkt 6.1. Guidance Document nr 2 [zob. rozważania odnośnie do pytania 3a)]. Wątpliwe jest, czy taki obowiązek sprawdzenia korzystności [wyboru] wynika z decyzji 2011/278/UE, skoro jej art. 9 ust. 1 odnosi się do „danych zebranych na mocy art. 7”. Zgodnie z art. 7 ust. 1 decyzji 2011/278/UE państwa członkowskie mają jednak gromadzić dane odnoszące się wyłącznie do jednego z dwóch okresów odniesienia, chociaż w wykorzystywanym w Niemczech formularzu wniosku zawarte zostało zapytanie o obydwa okresy odniesienia. Skoro państwa członkowskie nie mają obowiązku gromadzenia danych odnoszących się do obydwu okresów odniesienia, to zdaniem Bundesverwaltungsgericht (federalnego sądu administracyjnego) przemawia to przeciwko istnieniu po stronie organów państw członkowskich obowiązku zbadania tego, czy prowadzący instalację dokonał właściwego dla siebie wyboru okresu odniesienia, nawet jeżeli [organ] faktycznie dysponuje takimi danymi. Ta rezygnacja z badania z urzędu stałaby jednak w pewnej sprzeczności z wyrażonym w art. 9 ust. 1 i motywie 16 zdanie drugie decyzji 2011/278/UE celem tej decyzji polegającym na tym, aby poprzez uwzględnienie wyższych historycznych poziomów działalności zagwarantować, że okres odniesienia jest maksymalnie reprezentatywny dla cykli przemysłowych.

26 W przedmiocie pytania czwartego:

Pytanie czwarte ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli skargę należy uznać za zasadną.

27 W wyroku z dnia 28 kwietnia 2016 r. w sprawach połączonych Borealis Polyolefine i in., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 i od C-391/14 do C-393/14, ECLI:EU:C:2016:311, Trybunał orzekł, że art. 4 i załącznik II do decyzji Komisji 2013/448/UE z dnia 5 września 2013 r. dotyczącej krajowych środków wykonawczych w odniesieniu do przejściowego przydziału bezpłatnych uprawnień do emisji gazów cieplarnianych zgodnie z art. 11 ust. 3 [Or. 15] dyrektywy 2003/87/WE Parlamentu Europejskiego i Rady są nieważne. Skutki stwierdzenia nieważności art. 4 decyzji 2013/448 i załącznika II do tej decyzji ograniczono w czasie w ten sposób, że, po pierwsze, owo stwierdzenie nieważności miało wywrzeć skutki dopiero po upływie okresu dziesięciu miesięcy od dnia ogłoszenia przedmiotowego wyroku, co miało zapewnić Komisji Europejskiej czas na przyjęcie koniecznych środków, a po drugie, nie można było kwestionować działań podejmowanych na podstawie nieważnych przepisów przed upływem wskazanego okresu. W konsekwencji powyższego Komisja na mocy art. 1 decyzji 2017/126/UE z dnia 24 stycznia 2017 r. zmieniła swoją decyzję 2013/448/UE w odniesieniu do obliczania jednolitego międzysektorowego współczynnika korygującego ze skutkiem od dnia 1 marca 2017 r. (art. 2 decyzji 2017/126/UE) i określiła na nowo międzysektorowy współczynnik korygujący dla bezpłatnych przydziałów na lata 2013–2020 (art. 4 i załącznik II do decyzji 2017/126/UE). Komisja w motywie 12 decyzji 2017/126/UE określiła ramy czasowe zgodnie z treścią wyroku Trybunału z dnia 28 kwietnia 2016 r. Nawiązuje do tego motyw 13, zgodnie z którym środki wprowadzane przez państwa członkowskie dotyczące przydziałów uprawnień na lata 2013–2020 oraz



wszelkie późniejsze zmiany i uzupełnienia podjęte przed wejściem w życie przedmiotowej decyzji pozostają w mocy. Nadto określony międzysektorowy współczynnik korygujący ma być stosowany w decyzjach przyjmowanych od dnia 1 marca 2017 r., w których ustanawia się lub zmienia prawa do przydziałów i w których w celu ustalenia tych przydziałów stosuje się międzysektorowy współczynnik korygujący.

- 28 Stąd zdaniem izby w odniesieniu do przydziałów sprzed dnia 1 marca 2017 r. należy stosować międzysektorowy współczynnik korygujący zgodnie z pierwotnie obowiązującym brzmieniem art. 4 i załącznika II do decyzji 2013/448/UE na lata 2013–2020. Możliwość obostrzenia zasad stosowania współczynnika korygującego na lata 2013–2020 ze skutkiem wstecznym, kiedy przydziały sprzed 1 marca 2017 r. zostały już dokonane, należy wykluczyć ze względu na ochronę uzasadnionych oczekiwań. Takie stanowisko zajmuje również Komisja w dokumencie zatytułowanym „Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee” [informacja dla członków wspólnego komitetu ds. zmian klimatu] z dnia 13 lutego 2017 r. [zob. Ares(2017)770188–13/02/2017] w przedmiocie wdrożenia zmienionych wartości międzysektorowego współczynnika korygującego. Zgodnie z [tym dokumentem] dotychczas wydane [Or. 16] decyzje w przedmiocie przydziałów pozostają w mocy w niezmienionej postaci, a w odniesieniu do wszystkich decyzji wydanych do dnia 28 lutego 2017 r. zastosowanie znajduje dotychczasowy międzysektorowy współczynnik korygujący. Poza tym dotychczasowe normy miały obowiązywać do dnia 27 lutego 2017 r. m.in. w określonych oficjalnych informacjach udzielnych przez państwa członkowskie.
- 29 Wyjaśnienia wymaga również, czy międzysektorowy współczynnik korygujący należy stosować do przyznanых sądownie po dniu 28 lutego 2017 r. dodatkowych przydziałów uprawnień do emisji zgodnie z określonymi w decyzji 2017/126/UE kryteriami w odniesieniu do całego wolumenu dodatkowych przydziałów na lata 2013–2020, czy też jedynie dodatkowych przydziałów na lata 2018–2020.

[...]