

Mål C-189/19

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

26 februari 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesverwaltungsgericht (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

22 november 2018

Klagande:

Spenner GmbH & Co. KG

Motpart:

Förbundsrepubliken Tyskland

Kopia

Bundesverwaltungsgericht

BESLUT

[utelämnas]

[utelämnas]

I det förvaltningsrättsliga målet

Spenner GmbH & Co. KG,

[utelämnas] 59597 Erwitte,

klagande,

[utelämnas]

m o t

Föbundsrepubliken Tyskland,
[OMISSIS] 14193 Berlin,

motpart,

[Orig. s. 2]

[utelämnas]

har Bundesverwaltungsgerichts sjunde avdelning
efter muntlig förhandling den 7 november 2018

[utelämnas]

den 22 november 2018 fattat följande beslut:

Målet vid Bundesverwaltungsgericht förklaras vilande.

Följande frågor hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF:

1. Förutsätter artikel 9.9 i kommissionens beslut 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 (2011/278/EU), att den betydande kapacitetsökningen i en befintlig anläggning har genomförts under referensperioden som fastställts av medlemsstaten enligt artikel 9.1 i nämnda beslut?

2. Ska artikel 9.9 första stycket jämförd med artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU, vid betydande kapacitetsökningar, tolkas så att det vid fastställandet av den historiska verksamhetsnivån under referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010 är nödvändigt att eliminera tillagd kapacitet från beräkningen av den historiska verksamhetsnivån, (även) om den betydande kapacitetsökningen genomfördes under referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008?

3. a) Om fråga 1 ska besvaras jakande:

Ska artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU tolkas så, att den behöriga myndigheten i medlemsstaten själv ska fastställa om referensperioden januari 2005–31 december 2008 eller referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010 ska tillämpas, eller får medlemsstaten ge verksamhetsutövaren rätt att välja referensperiod? **[Orig. s. 3]**

b) Om medlemsstaten får ge verksamhetsutövaren rätt att välja referensperiod:

Ska medlemsstaten tillämpa referensperioden som i det aktuella fallet medför en högre historisk verksamhetsnivå, även om verksamhetsutövaren enligt nationell rätt har rätt att fritt välja referensperiod och bestämmer sig för att välja en referensperiod med lägre historisk verksamhetsnivå?

4. Ska kommissionens beslut (EU) 2017/126 av den 24 januari 2017 om ändring av beslut 2013/448/EU vad gäller fastställande av en enhetlig, sektorsövergripande korrigeringsfaktor i enlighet med artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG tolkas så, att den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn för utsläppsrätter som tilldelats innan den 1 mars 2017 ska tillämpas enligt den ursprungliga lydelsen av artikel 4 i och bilaga II till beslut 2013/448/EU för åren 2013–2020 och, om ytterligare utsläppsrätter har tilldelats efter den 28 februari 2017 genom domstolsbeslut, ska tillämpas på hela den ytterligare tilldelningen för åren 2013–2020 eller endast för den ytterligare tilldelningen för åren 2018–2020?

S k ä l :

I

- 1 Klaganden, Spenner GmbH & Co. KG (nedan kallat Spenner), bedriver en roterugnsanläggning för tillverkning av cementklinker som omfattas av systemet för utsläppsrätter. Bolaget har begärt tilldelning av ytterligare gratis utsläppsrätter för den tredje handelsperioden under 2013–2020.
- 2 I januari 2012 ansökte Spenner om tilldelning av utsläppsrätter vid Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) (tyskt organ för handel med utsläppsrätter) enligt 9 § Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) (lagen om handel med utsläppsrätter för växthusgaser). I ansökningsformuläret anges som relevant referensperiod för anläggningen perioden 2005–2008 eller 2009–2010. Spenner valde referensperioden 2009–2010. Spenner angav kalenderåren 2005–2010 som tidsperioden för den faktiska driften av anläggningen. Vidare angav Spenner en kapacitetsökning den 1 april 2007 och en ytterligare kapacitetsökning den 2 maj 2008, som sammanlagda är betydande. **[Orig. s. 4]**
- 3 Genom beslut av den 17 februari 2014 tilldelade DEHSt 3 810 723 gratis utsläppsrätter för driften av anläggningen. Spenner begärde utan framgång omprövning av detta beslut och väckte därefter talan mot omprövningsbeslutet, vilken bolaget delvis återkallat med beaktande av EU-domstolens dom av den 26 oktober 2016 (C-506/14) om en sektorsövergripande korrigeringsfaktor som fastställts i strid med unionsrätten. Verwaltungsgericht avskrev förfarandet i berörda delar och ogillade talan i övrigt: i den del talan kunde prövas fann domstolen att den saknade grund. Enligt Verwaltungsgericht skulle 8 § punkt 8 första meningen Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (ZuV 2020) (förordning om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser under handelsperioden 2013–2020) tolkas så, att fastställande av den relevanta

verksamhetsnivån vid fastställelse av betydande kapacitetsökningar är beroende av valet av referensperiod enligt 8 § punkt 1 ZuV 2020. I 8 § punkt 8 första meningen ZuV 2020 hänvisas till punkterna 2–5, som i sin tur hänvisar till referensperioden som valts enligt 8 § punkt 1 ZuV 2020.

- 4 Det är förenligt med unionsrätten att ge verksamhetsutövare rätt att välja referensperiod i enlighet med 8 § punkt 1 ZuV 2020. Formuleringen ”ska medlemsstaterna fastställa” i artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU måste inte tolkas så, att det ankommer på medlemsstaterna att fastställa de historiska verksamhetsnivåerna på grundval av den referensperiod som resulterar i det högre värdet. Denna formulering ska förstås i sammanhanget att beslut 2011/278/EU enligt dess artikel 25 riktar sig till medlemsstaterna. Medlemsstaterna ska således fastställa de historiska verksamhetsnivåerna genom att införliva beslut 2011/278/EU. Hur detta ska ske regleras inte i bestämmelsen, vilket innebär att ett införlivande, i likhet med det i Tyskland genom 8 § punkt 1 ZuV 2020, enligt vilket valet av referensperiod överläts på verksamhetsutövarna, omfattas av artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU.
- 5 Europeiska kommissionens Guidance Document nr 2 talar för att det är tillåtet att ge verksamhetsutövarna rätt att välja referensperiod. Nämnda handling innehåller information om verksamhetsutövarnas valrätt. Enligt EU-domstolens rättspraxis ska Guidance Document nr 2, trots dess bristande rättsliga status, tillmätas betydelse vid tolkningen av beslut 2011/278/EU. Vidare framgår det av Europeiska kommissionens formulär [Orig. s. 5] för insamling av uppgifter som är nödvändiga för att utreda den preliminära tilldelningsmängden att verksamhetsutövare har rätt att välja referensperiod.
- 6 DEHSt var inte skyldig att *ex officio* beakta de mer förmånliga uppgifterna för referensperioden eller att begära motsvarande korrigeringsfrågor från den sökande.
- 7 Spenner har överklagat sistnämnda dom. Spenner anser att Verwaltungsgerichts tolkning av 8 § punkt 8 ZuV 2020 strider mot föreskrifterna i artikel 9.9 i beslut 2011/278/EU. Det enda kriteriet som anges i nämnda bestämmelse är huruvida en befintlig anläggning har genomgått en betydande kapacitetsökning under perioden 1 januari 2005–30 juni 2011. Artikel 9.1 i nämnda beslut säger ingenting om en rätt att välja för verksamhetsutövaren. Tvärtom ges medlemsstaterna ansvaret för att fastställa den historiska verksamhetsnivån. Det samlade regelverket för unionens tilldelningssystem har som utgångspunkt för utredningen av preliminär årlig tilldelning att medlemsstaterna är skyldiga att vidta åtgärder. Förbundsrepubliken Tyskland efterfrågar i sitt formulär uppgifter om samtliga årliga produktionsmängder under åren 2005–2010. Förbundsrepubliken Tyskland kunde således fastställa referensperioden med den högsta verksamhetsnivån.

II

- 8 Målet ska förklaras vilande. Förhandsavgörande rörande de frågor som anges i domslutet ska inhämtas från Europeiska unionens domstol (artikel 267 FEUF).

- 9 De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna är artikel 10a.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EUT L 275, 2003, s. 32), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/29/EG av den 23 april 2009 om ändring av direktiv 2003/87/EG (EUT L 140, 2009, s. 63), artikel 9 och skäl 16 i kommissionens beslut 2011/278/EU [**Orig. s. 6**] 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, 2011, s. 1), artikel 4 i kommissionens beslut 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/EG (EUT L 240, 2013, s. 27) samt skäl 12 och 13 i kommissionens beslut (EU) 2017/126 av den 24 januari 2017 om ändring av beslut 2013/448/EU vad gäller fastställande av en enhetlig, sektorsövergripande korrigeringsfaktor i enlighet med artikel 10a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG (EUT L 19, 2017, s. 93).
- 10 De tillämpliga bestämmelserna i nationell rätt återfinns i Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (ZuV 2020) av den 26 september 2011 (BGBl. I, s. 1921) (förordning om tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser under handelsperioden 2013–2020), i dess lydelse enligt lagen av den 13 juli 2018 (BGBl. I, s. 2354).

8§ ZuV 2020 har följande lydelse:

”Relevant verksamhetsnivå

(1) För befintliga anläggningar fastställs den relevanta verksamhetsnivån enhetligt för alla tilldelningskriterier på grundval av de uppgifter som inhämtats enligt 5 §, efter sökandens val, antingen på grundval av referensperioden från den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2008, eller på grundval av referensperioden från den 1 januari 2009 till och med den 31 december 2010.

(2) Den relevanta verksamhetsnivån är, för varje produkt från anläggningen för vilken ett tilldelningskriterium i den mening som avses i 3 § punkt 1 led 1 ska bildas, medianvärdet av alla årsmängder för denna produkt under referensperioden som valts enligt punkt 1. [utelämnas]

(3) [utelämnas] [**Orig. s. 7**] [utelämnas]

(...)

(6) För att fastställa medianvärdet enligt punkterna 2–5 ska endast kalenderår under vilka anläggningen varit i drift under minst en dag beaktas. Med undantag härifrån ska för att fastställa medianvärdet även kalenderår

beaktas under vilka anläggningen inte var i drift under minst en dag under referensperioden [utelämnas] [närmare regler om fastställande av medianvärde]

1. [utelämnas]

2. [utelämnas]

3. [utelämnas]

(7) Med undantag från punkterna 2–5 beräknas verksamhetsnivåerna på grundval av den installerade ursprungliga kapaciteten för varje tilldelningskriterium, multiplicerad med den beläggingsfaktor som fastställs enligt 17 § punkt 2, [förutsättningar för tillämpning av detta undantag] [utelämnas]

1. [utelämnas]

2. [utelämnas]

3. [utelämnas]

(8) Vid betydande kapacitetsökningar mellan den 1 januari 2005 och den 30 juni 2011 motsvarar den relevanta verksamhetsnivån hos tilldelningskriteriet summan av medianvärdet som fastställts enligt punkterna 2–5 utan den betydande kapacitetsökningen och den tillagda kapacitetens verksamhetsnivå. Verksamhetsnivån för den tillagda kapaciteten motsvarar härvid **[Orig. s. 8]** skillnaden mellan den installerade kapaciteten hos tilldelningskriteriet efter kapacitetsökningen och den installerade ursprungliga kapaciteten hos det ändrade tilldelningskriteriet fram till starten av den ändrade driften, multiplicerad med det genomsnittliga kapacitetsutnyttjandet för det berörda tilldelningskriteriet under tidsperioden från den 1 januari 2005 fram till slutet på kalenderåret innan den ändrade driften inleddes. Vid betydande kapacitetsökningar under år 2005 behandlas, om verksamhetsutövaren ansöker om det, dessa inte som betydande kapacitetsökningar; i stället tillämpas i dessa fall det genomsnittliga månatliga kapacitetsutnyttjandet under år 2005 fram till kalendermånaden innan den ändrade driften inleddes för att fastställa det genomsnittliga kapacitetsutnyttjandet av det berörda tilldelningskriteriet. Om flera kapacitetsökningar genomförts tillämpas det genomsnittliga kapacitetsutnyttjandet av det berörda tilldelningskriteriet innan driften av den första ändringen inleddes.

(9) [berör kapacitetsminskningar] [utelämnas]”

III

- 11 Enligt artikel 267 FEUF ska förfarandet om överklagande förklaras vilande och förhandsavgörande inhämtas från EU-domstolen, eftersom svaret på de frågor som riktats till EU-domstolen angående tolkningen av kommissionens beslut 2011/278/EU [**Orig. s. 9**] av den 27 april 2011 och kommissionens beslut (EU) 2017/126 av den 24 januari 2017 är nödvändiga för att avgöra överklagandet.
- 12 Det är nödvändigt att EU-domstolen klargör tolkningsfrågorna eftersom de inte har klargjorts i rättspraxis och svaret på dem inte heller är uppenbart. Följande överväganden har betydelse för de enskilda tolkningsfrågorna.
- 13 Fråga 1:

Svaret på fråga 1 beror på huruvida den betydande kapacitetsökningen i förevarande förfarande ska lämnas utan beaktande, eftersom den inte genomfördes under referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010. Om EU-domstolen besvarar frågan jakande ska Spenners överklagande ogillas. Annars ska Verwaltungsgerichts dom upphävas och målet återförvisas till Verwaltungsgericht för ytterligare klargörande av målets faktiska omständigheter.
- 14 Den unionsrättsliga grunden för beslut 2011/278/EU, vars artikel 9 innehåller bestämmelser om den historiska verksamhetsnivån för befintliga anläggningar, är direktiv 2003/87/EG. Enligt artikel 10a.1 i direktiv 2003/87/EG ska kommissionen anta gemenskapstäckande och fullt harmoniserade genomförandebestämmelser för tilldelning av utsläppsrätter. På denna grund har kommissionen genom beslut 2011/278/EU, i samklang med artikel 10a.1 i direktiv 2003/87, antagit unionstäckande harmoniserade regler för gratis tilldelning av utsläppsrätter. Genom dessa harmoniserade regler konkretiseras det väsentliga kravet på att risken för snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden blir så liten som möjligt (se EU-domstolen, dom av den 22 juni 2016 – C-540/14 P [ECLI:EU:C:2016:469], DK Recycling och Roheisen mot kommissionen – punkt 53, och dom av den 22 februari 2018 – C-572/16 [ECLI:EU:C:2018:100], INEOA Köln GmbH – punkt 29 och följande punkter). Den hänskjutande domstolen utgår således från att kommissionen genom beslut 2011/278/EU har antagit unionstäckande harmoniserade tilldelningsregler, vilka tidigare fastställdes av medlemsstaterna i en nationell fördelningsplan (se, om de områden i förfarandet för gratis tilldelning av utsläppsrätter som inte uttömmande harmoniserats, EU-domstolens dom av den 22 februari 2018 – C-572/16, punkt 40). [**Or. 10**]
- 15 Artikel 9.9 i beslut 2011/278/EU reglerar betydande kapacitetsökning eller betydande kapacitetsminskning i en befintlig anläggning under perioden 1 januari 2005–30 juni 2011. Det enda tillämpningskriteriet som följer av lydelsen av nämnda bestämmelse är huruvida en betydande kapacitetsökning genomförts i en befintlig anläggning. Artikel 9.9 första stycket andra ledet i beslut 2011/278/EU innehåller emellertid en indirekt hänvisning till referensperioderna. Enligt nämnda hänvisning motsvarar anläggningens historiska verksamhetsnivåer ”summan av de

medianvärdet som bestäms enligt punkt 1 utan den betydande kapacitetsändringen”. Enligt punkt 1 görs vid beräkningen av medianvärdet åtskillnad mellan referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008 och referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010.

- 16 Den historiska verksamhetsnivån för tillagd kapacitet beräknas enligt artikel 9.9 andra stycket i beslut 2011/278/EU som skillnaden mellan den ursprungligen installerade kapaciteten och den installerade kapaciteten efter kapacitetsökningen multiplicerat med den berörda anläggningens historiska kapacitetsutnyttjande under åren före starten av den ändrade driften. Summan av verksamhetsnivån enligt punkt 1 och den historiska verksamhetsnivån för tillagd kapacitet är lika med den historiska verksamhetsnivån för den utbyggda befintliga anläggningen.
- 17 Om denna bestämmelse ska tolkas så att endast sådana kapacitetsökningar som har genomförts efter att den relevanta referensperioden enligt punkt 1 har börjat löpa ska beaktas, kan kapacitetsökningar inom ramen för artikel 9.9 i beslut 2011/278/EU inte beaktas, vilka – liksom i förevarande fall – har genomförts under referensperioden 2005–2008, om den relevanta referensperioden för att beräkna medianvärdet är 2009–2010 (se i detta avseende fråga 2 och 3).
- 18 Enligt Bundesverwaltungsgerichts uppfattning bör frågan kunna besvaras på så sätt att endast kapacitetsökningar som har genomförts under den relevanta referensperioden (efter att perioden börjat löpa) ska beaktas. Lydelsen av artikel 9.9 första stycket i beslut 2011/278/EU talar för detta, men är inte helt entydig i det avseendet. Bestämmelsen hänvisar visserligen till [**Orig. s. 11**] referensperioderna i punkt 1, men ger emellertid inte uttryckligen ett svar på frågan huruvida ökningen måste ha genomförts under den relevanta referensperioden enligt punkt 1.
- 19 Skäl 16 tredje meningen i beslut 2011/278/EU är inte heller entydigt. Visserligen anges målsättningen att alla betydande kapacitetsändringar under den relevanta perioden ska beaktas, men det anges inte närmare hur man ska gå till väga i ett fall som det förevarande.
- 20 För uppfattningen att det endast är kapacitetsökningar under den relevanta referensperioden enligt artikel 9.9 i beslut 2011/278/EU som ska beaktas talar att en utökning – som genomfördes innan referensperioden – av produktionsmängden som en del av den installerade totala kapaciteten, redan är inkluderad i medianvärdet för den senare referensperioden, och således beaktas på detta sätt vid tilldelningen. Att räkna denna en ytterligare gång inom ramen för artikel 9.9 i beslut 2011/278/EU skulle leda till att kapacitetsökningen beaktas två gånger. Detsamma skulle gälla för en kapacitetsminskning.
- 21 Den nationella lagen ZuV 2020 utgår vad avser betydande kapacitetsökningar under perioden 1 januari 2005–30 juni 2011 från att 8 § punkt 8 första meningen ZuV 2020 inte gäller för betydande kapacitetsökningar som genomförts innan referensperioden som valts enligt punkt 1 [utelämnas]. I 8 § punkt 8 första

meningen ZuV 2020 hänvisas det till punkterna 2–5, vilka i sin tur hänvisar till referensperioden som valts enligt 8 § punkt 1 ZuV 2020. Medianvärdet som fastställts enligt 8 § punkterna 2–5 ZuV 2020 är alltså beroende av vilken referensperiod som valts. Enligt 8 § punkt 8 första meningen ZuV 2020 motsvarar den sammanlagda verksamhetsnivån summan av de medianvärden som bestämts enligt punkterna 2–5 utan den betydande kapacitetsökningen och den tillagda kapacitetens verksamhetsnivå. Om 8 § punkt 8 första meningen ZuV 2020 hänvisar till den tillagda kapaciteten sker detta i syfte att fastställa förhållandet mellan den tillagda kapaciteten och den ursprungliga kapaciteten för en referensperiod som valts enligt 8 § punkt 1 ZuV 2020. Således är 8 § punkt 8 ZuV 2020 endast tillämplig om en betydande kapacitetsökning har genomförts efter att den relevanta referensperioden har inletts. **[Orig. s. 12]**

22 Fråga 2:

Denna fråga är avgörande för utgången i målet om beaktandet av en betydande kapacitetsökning är oberoende av fastställelsen av referensperiod i artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU. Frågan rör beaktande av en betydande kapacitetsökning vid beräkningen av sammanlagd verksamhetsnivå för en betydande kapacitetsökning under referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008 vid fastställande av den historiska verksamhetsnivån för referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010. I förevarande förfarande har den betydande kapacitetsökningen genomförts den 2 maj 2008, alltså under referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008. Enligt Förbundsrepubliken Tysklands och Verwaltungsgerichts uppfattning är den relevanta referensperioden emellertid 1 januari 2009–31 december 2010. I detta fall skulle det – vilket redan visats i fråga 1 – om man inte eliminerar den tillagda kapaciteten vid beräkningen, leda till att kapacitetsökningen beaktas två gånger. Om den betydande kapacitetsökningen har genomförts redan innan referensperioden har inletts, innehåller medianvärdena redan från början också produktionsmängderna som är hänförliga till kapacitetsökningen.

23 Fråga 3:

a) Fråga 3 a) är avgörande för utgången i målet om beaktandet av en betydande kapacitetsökning är beroende av medlemsstatens fastställelse av referensperiod enligt artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU. Enligt 8 § punkt 1 ZuV 2020 ska verksamhetsnivån fastställas enhetligt för alla tilldelningskriterier i anläggningen, efter sökandes val, antingen på grundval av referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008 eller referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010. Enligt Förbundsrepubliken Tysklands uppfattning är den sökande bunden av sitt val (om detta, se fråga 3 b). **[Or. 13]**

24 I artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU anges däremot att ”medlemsstaterna” ska fastställa historiska verksamhetsnivåer för varje anläggning för referensperioden 1 januari 2005–31 december 2008 eller, om dessa är högre, för referensperioden 1 januari 2009–31 december 2010. Denna formulering tyder på att det endast är myndigheterna i medlemsstaten som ansvarar för att fastställa de aktuella

verksamhetsnivåerna och att den sökande inte har någon rätt att välja referensperiod. Det finns emellertid skäl som talar för motsatt tolkning. Medlemsstaterna ska enligt bilaga IV första meningen i beslut 2011/278/EU för den insamling av utgångsdata som avses i artikel 7.1 ålägga verksamhetsutövaren att lämna data för alla kalenderår under den referensperiod som valts i enlighet med artikel 9.1 (2005–2008 eller 2009–2010). Således kan formuleringen ”ska medlemsstaterna fastställa” i artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU tolkas så, att verksamhetsutövaren själv fastställer referensperioden. Även i det formulär som Europeiska kommissionen offentliggjort för insamling av ansökningsdata omnämns på sidan 5 punkt 2 (a) verksamhetsutövarens val av referensperiod: ”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.” I detta avseende kan denna formulering förstås som ett tecken på kommissionens vilja att valet av relevant referensperiod ska ankomma på verksamhetsutövaren. Även ”Guidance Document n°2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)” utgår i punkterna 6.1 och 6.4 från en rätt att välja (”The chosen baseline period...” och ”... the operator needs to determine...”). I punkt 6.1 framgår dock att det i princip är den referensperiod som leder till den högsta aktivitetsnivån som ska väljas, vilket kan tala mot en rätt att fritt välja referensperiod. Guidance Document nr 2 är emellertid inte rättsligt bindande och uttrycker inte kommissionens officiella ståndpunkt (s. 3 punkt 1.1; se även dom av den 8 september 2016 – C-180/15 [ECLI:EU:C:2016:647], Borealis m.fl. – punkt 75 om ”Guidance Document n°6” och punkt 105 om ”Guidance Document n°8”). **[Or. 14]**

- 25 b) Fråga 3 b) ställs för det fall verksamhetsutövare visserligen får välja mellan referensperioderna, men eventuellt gör att val som är ekonomiskt ofördelaktigt för dem. Då uppkommer frågan huruvida medlemsstaten ändå ska tillämpa den referensperiod som leder till den högre historiska verksamhetsnivån. För detta talar att både artikel 9.1 i beslut 2011/278/EU och skäl 16 andra meningen i beslutet har som målsättning att den högre historiska verksamhetsnivån ska tillämpas. Detsamma föreskrivs i punkt 6.1 i Guidance Document nr 2 (se ovan fråga 3 a). Huruvida beslut 2011/278/EU föreskriver en skyldighet att göra en prövning av att de mest fördelaktiga reglerna tillämpas är tveksamt, eftersom artikel 9.1 i beslutet uttryckligen hänvisar till ”data som samlats in enligt artikel 7”. Enligt artikel 7.1 i beslut 2011/278/EU ska medlemsstaterna emellertid endast inhämta data för den ena av referensperioderna, även om ansökningsformuläret som används i Tyskland efterfrågar data för båda referensperioderna. Om det inte finns någon skyldighet för medlemsstaterna att inhämta data för båda referensperioderna talar detta enligt Bundesverwaltungsgerichts uppfattning mot att medlemsstaternas myndigheter har en skyldighet att pröva huruvida en verksamhetsutövare har valt den referensperiod som är rätt för denne, även om sådana data faktiskt finns tillgängliga. Att avstå från att göra en prövning *ex officio* motsäger emellertid till viss del den målsättning med beslut 2011/278/EU som kommer till uttryck i artikel 9.1 och i skäl 16 andra meningen, nämligen att säkerställa att

referensperioden i den mån det är möjligt är representativ för industrins cykler genom att beakta den högre historiska verksamhetsgraden.

26 Fråga 4:

Fråga 4 är avgörande för utgången i målet om talan ska bifallas.

27 Domstolen har genom dom av den 28 april 2016 – C-191/14 m.fl. [ECLI:EU:C:2016:311], Borealis Polyolefine GmbH ogiltigförklarat artikel 4 i och bilaga II till 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 [Orig. s. 15] Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG. Domstolen har begränsat verkningarna i tiden av ogiltigförklaringen av artikel 4 i och bilaga II till beslut 2013/448 på så sätt att denna ogiltigförklaring inte har några verkningar förrän efter utgången av en period på tio månader från och med avkunnandet av denna dom för att kommissionen ska kunna vidta nödvändiga åtgärder, och på så sätt att de åtgärder som vidtas fram till utgången av denna period på grundval av de ogiltigförklarade bestämmelserna inte kan ifrågasättas. Som en följd av detta har kommissionen ändrat sitt beslut 2013/448/EU med avseende på fastställande av en enhetlig sektorsövergripande korrigeringsfaktor genom artikel 1 i beslut (EU) 2017/126 av den 24 januari 2017 som trädde i kraft den 1 mars 2017 (artikel 2 i sistnämnda beslut) och fastslagit en ny sektorsövergripande korrigeringsfaktor för gratis tilldelningar för åren 2013–2020 i artikel 4 i och bilaga II till beslut 2013/448/EU. Kommissionen har återgett den tidsmässiga begränsningen i skäl 12 i beslut (EU) 2017/126 i överensstämmelse med EU-domstolens dom av den 28 april 2016. Skäl 13 anknyter till detta: Åtgärder från medlemsstaternas sida om fördelning av utsläppsrätter för perioden 2013–2020 och alla senare ändringar och tillägg till dessa som vidtagits fram till ikraftträdandet av det här beslutet ska fortsätta att gälla. Vidare ska den sektorsövergripande korrigeringsfaktor som fastställts i detta beslut tillämpas i beslut som antas från och med den 1 mars 2017 och som skapar eller ändrar fördelningsrättigheter som fastställs med hjälp av den sektorsövergripande korrektionsfaktorn.

28 Således ska enligt den hänskjutande domstolens uppfattning den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn vid tilldelningar innan den 1 mars 2017 tillämpas i den ursprungliga lydelsen av artikel 4 i och bilaga II till beslut 2013/448/EU för åren 2013–2020. En retroaktiv skärpning av korrigeringsfaktorn för åren 2013–2020 är inte möjlig om tilldelningarna har gjorts innan den 1 mars 2017 till följd av skyddet för berättigade förväntningar. Denna uppfattning företräds även av kommissionen i ”Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee” av den 13 februari 2017 (Ref. Ares(2017)770188 – 13/02/2017) om genomförande av de omarbetade värdena för den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn. Enligt denna handling ska de tilldelningsbeslut som hittills meddelats [Orig. s. 16] inte påverkas och den hittills gällande sektorsövergripande korrigeringsfaktorn ska tillämpas för alla beslut som meddelats fram till den 28 februari 2017. I övrigt ska de tidigare villkoren bland

annat gälla för vissa officiella handlingar som medlemsstaterna ska lämna in fram till den 28 februari 2017.

- 29 Det behöver även klargöras huruvida den sektorsövergripande korrigeringsfaktorn ska tillämpas för större tilldelningar av utsläppsrätter som har beviljats genom domstolsbeslut efter den 28 februari 2017 i enlighet med beslut 2017/126/EU på hela mängden större tilldelningar för åren 2013–2020 eller endast för mängden tilldelningar för åren 2018–2020.

[utelämnas]

ARBETS
DOKUMENT