

Implementeringen af kvotedirektivet i dansk ret

The implementation of the Quota Directive into Danish law

af MATHILDE THISTED PETERSEN

Specialet beskriver og analyserer tre udvalgte problemstillinger i forhold til implementeringen af kvotedirektivet (direktiv 2003/87/EF) i dansk ret. Det drejer sig om begrebet "driftsleder", området "puljedannelse og omgåelsesbetragtninger" og "tilladelsen til udledning af CO₂".

Der perspektiveres løbende til implementeringen af kvotedirektivet i tysk ret for herved at fremhæve forskelle mellem den danske og den tyske implementeringslovgivning. På baggrund af de sammenlignende analyser kan det konkluderes, at den danske kvotelov i højere grad end den tyske afviger fra kvotedirektivet og at afvigelserne både vedrører ordvalget og systematikken i opbygningen af lovens bestemmelser. Både kvotelovens driftslederbegreb og definitionen af en produktionsenhed afviger i så høj grad fra kvotedirektivet, at det skaber afgrænsningsvanskeligheder i forhold til anvendelsen af loven.

Analysen af udformningen af en tilladelse til udledning af CO₂ understreger, at den danske lovgiver har implementeret kvotedirektivet på en meget fri måde. Den skøns-mæssige adgang for den danske kompetente myndighed til at indsætte vilkår i forbindelse med en udledningstilladelse har således intet holdepunkt i kvotedirektivet.

Den løbende perspektivering til den tyske implementering af kvotedirektivet sammenfattes afsluttende deri, at grundrettighedernes rolle i det nationale retssystem har indflydelse på den grad af frihed, som lovgivningsmagten tiltager sig ved udformningen af den nationale implementeringslovgivning.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Indledning	2
Kapitel 1 - retskilder	4
1.1 Det internationale grundlag	4
1.1.1 Klimakonventionen - UNFCCC	5
1.1.2 Kyoto-protokollen	5
1.2 Kvotedirektivet	6
1.3 Kvoteloven	7
Kapitel 2 – Begreber og systematik	8
2.1 Begrebet "driftsleder"	8
2.1.1 Det danske krav om ejerskab.....	9
2.1.2 Den tyske udformning af driftslederbegrebet	10
2.2 Puljedannelse og omgåelsesbetragtninger	11

2.2.1 Sammenlægning af flere anlæg til én produktionsenhed.....	11
2.2.1.1 Begrebet ”produktionsenhed”.....	12
2.2.1.2 En kritisk vurdering af ministerens sammenlægningskompetence	13
2.2.2 Udpegelse af én fuldmægtig og solidarisk hæftelse mellem driftslederne.....	15
2.2.3 Den egentlige adgang til puljedannelse	16
Kapitel 3 – tilladelsen til udledning af CO₂.....	17
3.1 kravet om tilladelse.....	18
3.2 Ansøgning om tilladelse	19
3.2.1 flere driftsledere til samme produktionsenhed	19
3.2.2 kvotelovens ejerskabskriterium	20
3.3 Meddelelseskra.....	20
3.3.1 Kvotedirektivets ramme	20
3.3.2 Kvotelovens ordning - fakultativ eller obligatorisk?	21
3.4 Skønsmæssigt fastsatte vilkår.....	23
3.4.1 Grænser for fastsættelsen af skønsmæssige vilkår	23
3.4.2 Grundrettigheder som en særlig grænse	25
3.4.2.1 Samspelet mellem grundrettigheder og forvaltningsret	26
3.4.2.2 Grundrettighedernes stilling i det danske og det tyske retssystem.....	28
Konklusion	32
Perspektivering	34
Litteraturliste	36

Indledning

I den Europæiske Union er der indført en ordning for handel med CO₂-kvoter som en mekanisme til at nedbringe CO₂-udslippet. Den europæiske kvotehandelsordning er vedtaget, for at EU-medlemslandene i fællesskab kan opfylde deres internationale forpligtelser til at nedbringe udslippet af CO₂, og mængden af kvoter på markedet er derfor begrænset. Kvotehandelsordningen er på europæisk niveau gennemført ved kvotedirektivet¹, hvilket fordrer, at hvert enkelt medlemsland ved national lovgivning implementerer direktivets regulering i sit eget retssystem. I den forbindelse er det af interesse, hvordan implementeringen er foretaget, og i hvor høj grad den svarer til direktivets ordning. Ikke mindst ud fra en komparativ synsvinkel er spørgsmålet om udformningen af den nationale implementeringslovgivning interessant, idet karakteristika ved det enkelte nationale retssystem kan tænkes at komme til udtryk i måden, hvorpå EU-retlige direktiver implementeres. Med dette udgangspunkt fastsættes følgende problemformulering:

¹ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF.

Hovedformålet med dette speciale er at beskrive og analysere tre udvalgte områder af implementeringen af kvotedirektivet i dansk ret. Der er tale om følgende centrale problemstillinger:

- 1. definitionen af begrebet driftsleder,*
- 2. muligheden for at oprette puljer samt omgængelsesbetragtninger og*
- 3. tilladelsen til udledning af CO₂.*

Områderne er valgt ud fra det kriterium, at der ved implementeringen i den danske kvotelov² er opstået juridiske uklarheder i praksis, eller at der i øvrigt må antages at kunne stilles spørgsmålstejn ved, om den danske regulering holder sig inden for den ramme, som kvotedirektivet udgør.

For at sætte de danske problemfelter i perspektiv vil der, i det omfang det er relevant, blive inddraget aspekter af den tyske implementering af kvotedirektivet. Tysk ret er valgt som modstykke til dansk ret, fordi dansk forvaltningsret ligger tæt op ad og har sine rødder i den tyske forvaltningsretlige tradition. Tyskland er endvidere Danmarks største nabo og hermed både en vigtig konkurrent og handelspartner i forhold til de danske virksomheder.

I forbindelse med perspektivering til den tyske implementering vil der blive åbnet op for nogle bredere juridiske overvejelser. Det vil under inddragelse af grundrettighederne søges belyst, hvilket forhold der er mellem lovgivningsmagten og domstolene i henholdsvis Danmark og Tyskland, og hvordan dette forhold har indvirket på implementeringen af kvotedirektivet.

Det fremgår indirekte af problemformuleringen, at specialet vil indeholde to former for juridisk analyse. Dels en detaljeret ordlydsanalyse af udvalgte begreber i kvotedirektivet og i kvoteloven og dels en komparativ analyse ud fra mere almene juridiske overvejelser om forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene med udgangspunkt i grundrettighedernes betydning for den almindelige forvaltningsret. Disse to niveauer fremgår af problemformuleringen på den måde, at de to første punkter vedrørende definitionen af begrebet ”driftsleder” samt ”puljedannelse og omgængelsesbetragtninger” fordrer en dybdegående juridisk analyse af de relevante bestemmelser i direktivet og kvoteloven ud fra ordlyden og under inddragelse af forarbejderne. Punkt tre, ”tilladelsen til udledning af CO₂”, indledes ligeledes med en ordlydsanalyse af direktivets og kvotelovens udformning af betingelserne for at modtage en udledningstilladelse. Efterhånden vil analysen dog bevæge sig over i bredere juridiske overvejelser omkring forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene, idet grundrettighedsaspekter fra den tyske forvaltningsret vil blive inddraget. Med udgangspunkt i det tyske retssystem vil det således søges belyst, hvordan grundrettighederne påvirker den almindelige forvaltningsret og hvilken indflydelse domstolenes håndhævelse af grundrettighederne har på lovgivningsmagtens handlefrihed, særligt i forhold til udformningen af implementeringslovgivningen til kvotedirektivet i Danmark og i Tyskland.

² Lovbekendtgørelse af 9. maj 2008 om lov nr. 493 af 9. juni 2004 om CO₂-kvoter med de ændringer, der følger af lov nr. 410 af 1. juni 2005, § 63 i lov nr. 430 af 6. juni 2005, § 71 i lov nr. 431 af 6. juni 2005, § 10 i lov nr. 571 af 9. juni 2006, lov nr. 554 af 6. juni 2007, § 5 i lov nr. 172 af 12. marts 2008 og lov nr. 317 af 30. april 2008 og som senere ændret ved § 18 i lov nr. 1336 af 19. december 2008 og lov nr. 1267 af 16. december 2009.

Problemformuleringens tre hovedpunkter disponeres således, at begrebsanalyserne under punkt 1 og 2 vil udgøre specialets kapitel 2, mens analysen af tilladelsen til udledning af CO₂ under punkt 3 og de hermed sammenhængende juridiske overvejelser om grundrettighedernes betydning for forholdet imellem lovgivningsmagten og domstolene vil udgøre kapitel 3. Som optakt og indføring vil kapitel 1 redegøre for de retskilder, der har forbindelse til kvotedirektivet, hvilket dels vil sige de internationale traktater, som direktivet hviler på, og dels den nationale implementeringslovgivning, der udspringer af direktivet.

Som det også kan ses af indholdsfortegnelsen, er kapitel 3 væsentligt mere omfangsrigt end både kapitel 1 og kapitel 2. Denne forskel afspejler en stigning i graden af de behandlede emners kompleksitet, men udtrykker ikke en prioritering af vigtigheden af de behandlede emner. Kapitel 1 er således redegørende, kapitel 2 analyserende ud fra ordlyd og forarbejder, mens kapitel 3 bevæger sig videre til en komparativ analyse, som i høj grad indeholder perspektiverende elementer.

Det er valgt ikke at sammenfatte specialets enkelte redegørelser og analyser i særskilte delkonklusioner undervejs. I stedet vil løbende integrerede opsummeringer fungere som overledninger mellem de forskellige emner. Denne form er valgt, for at undgå unødige gentagelser og for at skabe en flydende og sammenhængende fremstilling.

I konklusionen vil indledningens fokuspunkter blive sammenfattet på baggrund af de analyser, der er foretaget. Endelig vil den afsluttende perspektivering virke som et udblik, der både fremlægger den forventede udvikling inden for de behandlede områder, men også indeholder friere tanker af retspolitisk karakter i forhold til miljø- og klimainteressernes retlige status.

Kapitel 1 - retskilder

Den danske kvotelov er sidste led i en reguleringskæde, der har til formål at nedbringe udledningen af drivhusgasser. De enkelte reguleringer er af forskellig retlig karakter og opererer på forskellige niveauer, henholdsvis internationalt, europæisk og nationalt. I overensstemmelse hermed vil i det følgende først det internationale grundlag, dernæst kvotedirektivet og til sidst den danske kvotelov blive præsenteret.

Da fokus i den samlede fremstilling er implementeringen af det europæiske kvotedirektiv i dansk ret, vil det internationale aspekt naturligt glide i baggrunden. Imidlertid udgør de internationale retskilder fundamentet for kvotedirektivet og hermed også indirekte for kvoteloven. Den idé, der ligger til grund for den europæiske kvotehandelsordning, har således sine rødder i de internationale målsætninger og forpligtelser.

1.1 Det internationale grundlag

Det internationale regelværk bag kvotedirektivet består af Klimakonventionen og Kyoto-protokollen. Som det vil fremgå, er der tale om to kilder af forskellig retlig karakter, men med det samme sigte.

1.1.1 Klimakonventionen - UNFCCC

Klimakonventionen³ er vedtaget i 1992 og trådte i kraft den 21. marts 1994. Den er vedtaget af 192 stater og fastlægger nogle overordnede mål og principper for den menneskelige påvirkning af klimaets udvikling. Konventionens formål er ifølge artikel 2 at stabilisere koncentrationen af drivhusgasser i atmosfæren på et niveau, der forhindrer en farlig menneskelig påvirkning af klimasystemet. Klimasystemet defineres som en helhed bestående af atmosfæren, hydrosfæren og biosfæren samt vekselvirkningerne mellem disse, jf. artikel 1, stk. 3.

Den øverste myndighed inden for Klimakonventionen er COP – Conference of the parties, jf. artikel 7, stk. 1 og 2. Dette organ skal sørge for, at klimadebatten forbliver på den internationale dagsorden, og at de foranstaltninger, parterne træffer, er i overensstemmelse med konventionens målsætninger.⁴ Målsætningerne findes i artikel 3, og som nogle af de vigtigste kan nævnes princippet om fælles men differentierede forpligtelser og kapaciteter, forsigtighedsprincippet og princippet om, at foranstaltningerne for at forbedre klimaet skal være omkostningseffektive.⁵ Princippet om fælles men differentierede forpligtelser og kapaciteter spiller en stor rolle for udformningen af parternes forpligtelser, idet der er foretaget en opdeling i ”alle parter”, ”Annex I-” og ”Annex II-parter”. Annex II-parterne skal iværksætte de videst rækkende bestræbelser, idet denne gruppe af lande anses for at besidde de bedste forudsætninger og kapaciteter.

1.1.2 Kyoto-protokollen

Kyoto-protokollen⁶ udgør en tilføjelse til klimakonventionen og baserer sig på konventionens rammer og principper.⁷ Kyoto-protokollen indeholder i modsætning til Klimakonventionen retligt bindende forpligtelser for konventionens Annex I-parter bestående af de industrialiserede stater inklusiv en række lande, der undergår en økonomisk forandringsproces.⁸ Der er fastsat et maksimum for den samlede udledning af drivhusgasser og de enkelte parter er forpligtede til hhv. at reducere deres drivhusgasudledninger eller blot at holde dem under det fastlagte maksimum. Reduktionsforpligtelserne gælder for protokollens Annex B-parter, der svarer til konventionens Annex I-parter. Disse parter skal i den første forpligtende periode fra 2008-2012 reducere deres nettoudslip med 5 % i forhold til niveauet i 1990. De enkelte landes reduktionsforpligtelser fremgår af protokollens bilag B, hvor EU-landene (EU-15⁹) samlet set skal nedbringe drivhusgasudledningen med 8 % i perioden 2008-2012.

Parterne til protokollen kan gøre brug af tre fleksible mekanismer i opfyldelsen af deres reduktionsforpligtelser. Det gælder CDM- og JI-projekter, hvorigennem der kan

³ United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC. Konventionsteksten og baggrundsviden kan findes på: <http://unfccc.int/2860.php>.

⁴ http://unfccc.int/essential_background/convention_bodies/items/2629.php.

⁵ Læs mere om principperne i Basse, Miljøretten 6, s. 617 f.

⁶ Protokolteksten findes på: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

⁷ Basse: Miljøretten 6, s. 628.

⁸ De såkaldte EIT-parter til klimakonventionen: Economies In Transition.

⁹ Der bruges betegnelsen EU-15, fordi der på tidspunktet for EU's tiltrædelse til Kyoto-protokollen og den i forbindelse hermed vedtagne byrdefordelingsaftale (Rådsbeslutning af 25. april 2002 om tiltrædelse af kyoto-protokollen og den fælles opfyldelse af forpligtelserne indenfor EU) var 15 EU-medlemslande.

genereres enheder, der tæller som kreditter i drivhusgasregnskabet.¹⁰ Herudover er det særligt relevant, at protokollens artikel 17 accepterer et marked, hvor drivhusgasenheder (målt i ton CO₂-ækvivalent) kan handles. Systemet kaldes et ”cap-and-trade”-system, idet der er sat et samlet loft over udledningerne og idet der indenfor systemet er mulighed for at handle med kvoterne. Protokollens artikel 17 udgør således det retlige grundlag for det handelssystem, der er oprettet ved kvotedirektivet indenfor EU.¹¹

Det beslutningsdygtige organ under Kyoto-protokollen betegnes CMP (Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Kyoto-Protokoll). Der er tale om, at den del af parterne til klimakonventionen, som også er parter til protokollen, i forbindelse med afholdelse af COP til konventionen afholder CMP til protokollen.¹² Det seneste møde, COP15, har netop fundet sted i København i december 2009, hvor det blev forsøgt at skabe enighed om forpligtelserne i den anden bindende periode, der begynder i 2013. Imidlertid kom der ikke en juridisk bindende aftale på plads. Tidsmæssigt er det nu ikke længere muligt at indgå en ny international aftale, som kan gælde fra den 1. januar 2013.¹³

1.2 Kvotedirektivet

Kvotedirektivet¹⁴ fastlægger en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og etablerer det EU-retlige grundlag for en fælles opfyldelse af Kyoto-protokollens forpligtelser indenfor EU-15. At der er mulighed for en opfyldelse af protokollens forpligtelser også i et fællesskab mellem flere af parterne fremgår af protokollens artikel 24, stk. 1, hvorefter protokollen kan tiltrædes af en ”regional økonomisk integreret organisation” og af artikel 4, stk. 6, hvorefter parterne gives mulighed for at handle i fællesskab i opfyldelsen af deres forpligtelser. Dette ændrer dog ikke på, at EU-medlemsstaterne også hver i sær som parter er ansvarlige for overholdelsen af deres forpligtelser efter bilag B til protokollen, ligesom den regionale økonomisk integrerede organisation (EU) er det.¹⁵

Som nævnt ovenfor er EU og dets medlemsstater forpligtede til at reducere det samlede drivhusgasudslip indenfor EU med 8 % i forhold til niveauet i basisåret 1990. For de enkelte lande i EU er forpligtelserne fordelt i byrdefordelingsaftalen.¹⁶ Danmark påhviler i perioden fra 2008-2012 en reduktionsforpligtelse på 21 %.

Formålet med den ordning, der er udformet ved kvotedirektivet, fremgår af artikel 1, der fastslår:

”Ved dette direktiv fastlægges en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet (i det følgende benævnt ”fællesskabsordningen”)

¹⁰ Se nærmere om de to fleksible mekanismer Basse: Miljøretten 6, s. 646 f.

¹¹ Basse: Miljøretten 6, s. 642.

¹² Se http://unfccc.int/kyoto_protocol/kyoto_protocol_bodies/items/2772.php.

¹³ Basse: Miljøretten 6, s. 660.

¹⁴ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF.

¹⁵ Basse: Miljøretten 6, s. 639.

¹⁶ Rådets beslutning nr. 2992/358/EF af 25. april om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af Kyoto-protokollen til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer og den fælles opfyldelse af forpligtelserne i forbindelse hermed (EFT L 130/2002, s. 1).

med henblik på at fremme reduktionen af drivhusgasser på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde”.

Heraf fremgår, at det er målet med ordningen at forene forbedring af klimaforholdene med økonomisk effektivitet. Dette er også fremhævet i betragtning (5) til direktiv 2003/87/EF, hvorefter direktivets ordning skal bidrage til en mere effektiv opfyldelse af forpligtelserne i henhold til Kyoto-protokollen,

”gennem et effektivt europæisk marked med kvoter for drivhusgasemissioner og med mindst mulige negative indvirkninger på den økonomiske udvikling og beskæftigelsessituationen”.

Anvendelsesområdet for direktivet er fastlagt ud fra to faktorer. For det første er de omfattede aktiviteter og anlæg oplyste i direktivets bilag I, og for det andet er de omfattede drivhusgasser oplyste i bilag II. Drivhusgasserne svarer til dem, der er omfattet af Kyoto-protokollen. Foreløbig er der dog kun truffet foranstaltninger for aktiviteter og anlæg vedrørende CO₂-udledning, men ikke for de øvrige fem drivhusgasser. Dette fremgår af kvotedirektivets Bilag I, hvor kun CO₂ er angivet som relevant drivhusgas i højre kolonne.

Kvotedirektivet er kendetegnet ved, at der løbende vedtages ændringer til forbedring af fællesskabsordningen, som konstant er i udvikling. Senest er der vedtaget en større omstrukturering, der berører nogle af de grundlæggende strukturer og skal gælde fra 2013.¹⁷ Ændringerne medfører bl.a. en omstilling fra gratis kvotetildeling til auktionering af kvoterne, hvilket skal øge effektiviteten af det markedsrelaterede element og sikre ensartede konkurrencevilkår for nye og ældre virksomheder i ordningen. Herudover er luftfarten fra den 2. februar 2010 blevet omfattet og udgør nu en af de aktiviteter, der kræver en udledningstilladelse.¹⁸

1.3 Kvoteloven

Kvotedirektivet er i Danmark implementeret ved kvoteloven.¹⁹ Kvotelovens formål fremgår af § 1, som stort set svarer til direktivets artikel 1. Et væsentligt element er dog udeladt, idet kvoteloven ikke har medtaget den passus, at kvotehandelsordningen skal fremme reduktionen af drivhusgasemissioner *”på en økonomisk effektiv måde”*. Som fremhævet ovenfor under præsentationen af kvotedirektivet, er det centralt, at foranstaltningerne i fællesskabsordningen både skal bidrage til klimaforbedringer og have den mindst muligt negative indvirkning på den økonomiske udvikling. Det er herefter helt evident, at aspektet om økonomisk effektivitet også skal inddrages ved

¹⁷ Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/29/EF af 23. april 2009 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på at forbedre og udvikle ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet. (EFT L 140/63).

¹⁸ Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/101/EF af 19. november 2008 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på inddragelse af luftfartsaktiviteter i ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i Fællesskabet.

¹⁹ Lovbekendtgørelse af 9. maj 2008 om lov nr. 493 af 9. juni 2004 om CO₂-kvoter med de ændringer, der følger af lov nr. 410 af 1. juni 2005, § 63 i lov nr. 430 af 6. juni 2005, § 71 i lov nr. 431 af 6. juni 2005, § 10 i lov nr. 571 af 9. juni 2006, lov nr. 554 af 6. juni 2007, § 5 i lov nr. 172 af 12. marts 2008 og lov nr. 317 af 30. april 2008 og som senere ændret ved § 18 i lov nr. 1336 af 19. december 2008 og lov nr. 1267 af 16. december 2009.

fortolkningen af den danske kvotelov.²⁰ Dette kan støttes på artikel 288 EUF (tidligere artikel 249 EFT) hvoraf fremgår, at direktiver er bindende for medlemsstaterne i deres mål.²¹ Netop en formålsbestemmelse må siges at udstikke målene for reguleringen af det relevante område og binder derfor medlemsstaterne til at udforme implementeringslovgivningen, så den bygger på de samme mål.

Kapitel 2 – Begreber og systematik

I det følgende kapitel vil begrebet ”driftsleder” og området ”puljedannelse og omgørelsesbetragtninger” i såvel kvotedirektivet som i kvoteloven blive fremstillet og analyseret. Herved vil ordlyden af de relevante bestemmelser stå i centrum, men også systematikken i direktivet og i loven inddrages i analysen. Endvidere vil lovbemærkningerne til den danske kvotelov spille en vigtig rolle.

Som modstykke til den danske implementering skal endvidere dele af den tilsvarende tyske nationale regulering inddrages.

2.1 Begrebet ”driftsleder”

Som den første af de udvalgte problemstillinger skal kvotedirektivets definition af begrebet ”driftsleder” sammenholdes med definitionen heraf i kvoteloven. Der er tale om et begreb, som umiddelbart virker enkelt. Imidlertid kan, som det vil fremgå, flere af uoverensstemmelserne mellem kvotedirektivets og kvotelovens begrebsbestemmelser og systematik føres tilbage til netop dette begreb.

Driftslederbegrebet er centralt, fordi der påhviler driftslederen en række opgaver i henhold til kvoteordningen. Disse består i forpligtelsen til at overvåge, rapportere og verificere emissionerne fra det anlæg (i kvoteloven bruges betegnelsen produktionsenhed), som driftslederen er ansvarlig for samt til returnering af et antal kvoter svarende til de samlede emissioner fra det pågældende anlæg.²² Som forudsætning for at kunne opfylde forpligtelserne under kvoteordningen er det også driftslederen, som har det privilegium at få udleveret produktionsenhedens samlede kvote, som fordeles på det antal år handelsperioden løber, jf. direktivets artikel 11, stk. 1 og kvotelovens § 20, stk. 1.

Det skal indledningsvis yderligere bemærkes, at den danske oversættelse af kvotedirektivet, i modsætning til både den engelske, den franske og den tyske udgave af direktivet, benytter betegnelsen ”driftslederen” i stedet for ”operatøren”.²³ Denne sproglige forskel kan imidlertid ikke være afgørende, idet alle medlemsstaternes sprog gælder som officielle sprog i EU.²⁴ Ganske vist foreligger de første forslag til et direktiv, mens de behandles internt i Kommissionen, typisk på engelsk og fransk, hvor-

²⁰ Basse: Miljøretten 6, s. 729.

²¹ EUF anvendes som forkortelse for Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde og EFT betegner den nu ikke længere gældende Traktat om det Europæiske Fællesskab.

²² Se hertil kvotedirektivets artikler 12, 14 og 15 samt kvotelovens § 26 og §§ 28-30.

²³ Den engelske udgave af kvotedirektivet bruger betegnelsen ”operator”, den tyske udgave ”Betreiber” og den franske version ”exploitant”.

²⁴ Se Rådets forordning nr. 1 af 15. april 1958 om den ordning, der skal gælde for Det europæiske økonomiske Fællesskab på det sproglige område, som ændret efter hver udvidelse. Basse opstiller tilsyneladende et modsætningsforhold mellem den engelske betegnelse ”operator” og den danske betegnelse ”driftsleder”, s. 692 og s. 735.

efter de oversættes til de øvrige officielle sprog ved brug af forskellige oversættelsesmetoder. Alle medlemsstaternes sprog er dog lige gyldige.²⁵ Det afgørende ved en definitionsbestemmelse må endvidere være, hvilken ordlyd selve definitionen har og ikke dens titel. Definitionen af begrebet ”driftsleder” i kvotedirektivet og i kvoteloven vil således blive sammenholdt i det følgende afsnit.

2.1.1 Det danske krav om ejerskab

Direktivet bestemmer i artikel 3, litra f driftslederen til at være:

”en person, der driver eller kontrollerer et anlæg, eller som efter national lovgivning har fået overdraget afgørende økonomiske beføjelser til den tekniske drift heraf”.

Til sammenligning lyder definitionen af driftslederen i kvotelovens § 2, nr. 7:

”Den juridiske eller fysiske person, der ejer en produktionsenhed eller driver produktionsenheden for egen regning”.

Den afgørende forskel i de to definitioner viser sig i det første led, hvor der i kvoteloven er indført et kriterium om ejerskab til produktionsenheden, mens direktivet lægger vægt på drift eller kontrol af et anlæg. Til sammenligning skal nævnes at IPPC-direktivets artikel 2, nr. 13, i modsætning til kvotedirektivet, udover drift også indtager ejerskab som et kriterium til bestemmelse af driftslederen.²⁶ Kvotelovens definition ligger således tættere op ad IPPC-direktivets end ad kvotedirektivets formulering.

I betragtning af, at kriteriet om ejerskab slet ikke indgår i kvotedirektivets formulering, må der siges at være tale om en ikke overensstemmende implementering af driftslederbegrebet i dansk ret. Som det vil fremgå i det følgende - under behandlingen af Klima- og energiministerens adgang til på eget initiativ at sammenlægge flere anlæg til én produktionsenhed og muligheden for at forlange en fuldmægtig udpeget - har den afvigende definition af driftslederbegrebet i kvoteloven en reel betydning, der strider imod direktivets ordning.²⁷ Forarbejderne indeholder ingen forklaring på den afvigende definition i kvoteloven, men konstaterer blot ”at det alene er den direkte ejer af produktionsenheden, som – udover den som for egen regning driver produktionsenheden – kan optræde som driftsleder”.²⁸ I hvilke tilfælde der skal lægges vægt på ejerskab og i hvilke tilfælde kriteriet om, at anlægget drives for egen regning skal lægges til grund, fremgår ikke. I den situation, hvor én fysisk eller juridisk person ejer en produktionsenhed og en anden driver produktionsenheden for egen regning, må det imidlertid i overensstemmelse med pligten til EU-konform fortolkning være den sidstnævnte, der efter kvotelovens § 5, stk. 2 anses for at være driftsleder for produktionsenheden, idet ejerskabskriteriet, som et ikke-direktivbaseret kriterium, lades ude af betragtning.

²⁵ Se om oversættelsesmetoder: http://ec.europa.eu/dgs/translation/faq/index_en.htm.

²⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/1/EF af 15. januar 2008 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening, (afløser direktiv 96/61 af 24. september 1996).

²⁷ Ministerens kompetencer er baseret på kvotelovens § 3, stk. 3 og stk. 6 og behandles i de følgende afsnit 2.2.1.2 og 2.2.2.

²⁸ L 216/2004, bemærkningerne til § 2.

Som en perspektivering ud over den ramme direktivet som en sekundær fællesskabsretsakt sætter for den danske udformning af kvoteordningen skal nævnes, at den danske fokusering på ejerforhold kan tænkes at virke nationalitetsdiskriminerende og da yderligere vil være i strid med artikel 18 EUF, (tidligere artikel 12 EFT).²⁹ Særligt i forbindelse med den skønsmæssige adgang til vilkårsfastsættelse, som findes i kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2, kan det danske ejerskabskrav tænkes at blive anvendt til at sikre, at den danske stats kvoteandel bliver tildelt danske virksomheder. Dette kan alt efter omstændighederne virke nationalitetsdiskriminerende.³⁰

2.1.2 Den tyske udformning af driftslederbegrebet

Til tydeliggørelse af det problematiske ved udformningen af driftslederbegrebet i kvoteloven skal den tyske implementeringsbestemmelse til direktivets artikel 3, litra f fremstilles. I den tyske implementeringslov til kvotedirektivet "Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz" (TEHG) er driftslederen i § 3, stk. 7 defineret som "den ansvarlige".³¹ Begrebet dækker ifølge bestemmelsens ordlyd over den fysiske eller juridiske person, som har den umiddelbare afgørelseskompetence i forhold til en aktivitet i lovens forstand og som i denne forbindelse bærer de økonomiske risici ved udførelsen af aktiviteten. I det tilfælde, hvor der ikke er sammenfald mellem ejendomsret og brugsret til et anlæg, f.eks. ved leje eller leasing, vil afgørelsen af hvem der skal anses som den ansvarlige for anlægget afhænge af en konkret vurdering.³² Et problematisk element ved den tyske formulering er imidlertid, at det ikke altid er den, der har afgørelseskompetencen over et anlæg, som også bærer den økonomiske risiko. Det er således blevet fremført i forbindelse med § 3, stk. 7 TEHG, at der i den tyske retstilstand kan forekomme selskabsretlige konstruktioner, bl.a. i forbindelse med leasingselskaber, hvor afgørelseskompetencen ligger hos den, der rent faktisk driver anlægget, mens den økonomiske risiko bæres af bagvedliggende investorer.³³ Heroverfor står, at de to kriterier efter ordlyden af § 3, stk. 7 TEHG er forbundet med "und" og således skal supplere hinanden og ikke fungere som alternativer. Problemet i formuleringen af § 3, stk. 7 TEHG kan således siges at være det modsatte af, hvad der gælder efter kvoteloven. I det tilfælde, hvor de to kriterier i TEHG kan anvendes på to forskellige fysiske eller juridiske personer, kan ingen af parterne efter en helt stringent ordlydsfortolkning siges at være driftslederen, idet kun en del af forudsætningen er opfyldt, mens der efter kvotelovens § 2, nr. 7 i et lignende tilfælde kan siges at være to driftsledere, fordi de danske kriterier fremstår som alternativer. I begge tilfælde er der således tale om et resultat, som ikke er tilfredsstillende og som ikke har været sigtet med direktivets § 3, litra f. Ud fra en EU-retlig betragtning er den tyske afvigelse dog mindre problematisk end den danske, idet det tyske fortolkningspro-

²⁹ Basse: Miljøretten 6, s. 735.

³⁰ Basse: Miljøretten 6, s. 735, nævner, at ejerskabskravet muligvis kan hænge sammen med, at det er den danske stats kvoteandel, der disponeres over ved tildelingen. En anvendelse af kvotelovens regler i overensstemmelse med denne opfattelse, kan imidlertid let komme i konflikt med forbuddet imod nationalitetsdiskrimination. Se nærmere nedenfor under afsnit 3.4.1 om grænserne for fastsættelse af skønsmæssige vilkår.

³¹ Gesetz über den Handel mit Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG) vom 8.7.2004, BGBI. I, S. 1578, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.8.2007, S. 1788.

³² Theuer i Frenz: Emissionshandelsrecht Kommentar, §3, nr. 32.

³³ Schweer/von Hammerstein: Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, § 3, nr. 13.

blem relaterer sig til udformningen af den nationale selskabsretlige lovgivning, mens den danske uoverensstemmelse netop udgør en overskridelse af direktivets ramme.

2.2 Puljedannelse og omgåelsesbetragtninger

En yderligere problematik ligger i udformningen af den danske kvotelovs § 3. Der er tale om en bestemmelse, som dels fastlægger lovens anvendelsesområde og dels i stk. 3 og stk. 4 tillægger klima- og energiministeren (i praksis Energistyrelsen) en skøns-mæssig kompetence til at lægge flere anlæg på samme lokalitet sammen til én produktionsenhed. Endvidere er der i stk. 5 indsat en bemyndigelse for ministeren til at beslutte, at en produktionsenhed, der bringes ned under lovens kapacitetsgrænser, alligevel skal være omfattet af kvoteordningen. Bestemmelserne i stk. 3-5 er ifølge lovbemærkningerne båret af omgåelsesbetragtninger.³⁴ Hertil kommer, at det efter § 3, stk. 6 er muligt for ministeren at forlange én fuldmægtig udpeget til varetagelse af opgaverne i henhold til kvoteloven for de i stk. 3 og/eller stk. 4 sammenlagte anlæg. Det problematiske ved ministerens kompetence til at sammenlægge flere anlæg og muligheden for at forlange én fuldmægtig udpeget som ansvarlig for hele puljen af anlæg er, at kvotedirektivets ramme for udformningen af den nationale regulering til en vis grad overskrides, samtidig med at forskellige reguleringer i direktivet sammenblandes.³⁵ Da § 3, stk. 4 blot udgør en variant af § 3, stk. 3, vil der i det følgende blive fokuseret på § 3, stk. 3 og stk. 6 og de retlige problemer, der følger heraf.

2.2.1 Sammenlægning af flere anlæg til én produktionsenhed

Kvotelovens § 3, stk. 3 har følgende ordlyd:

”Hvis flere driftsledere på samme lokalitet i et samarbejde driver flere anlæg, som har en tæt driftsmæssig eller fysisk sammenhæng, kan klima- og energiministeren beslutte, at disse anlæg anses for at udgøre én produktionsenhed.”

Bestemmelsen blev indføjet i sin nuværende formulering ved en af lovændringerne i 2005, hvor det hidtidige stk. 3 blev delt i de nugældende stk. 3 – 5.³⁶ Ændringen vedrører således i hovedsagen den selvstændige formulering af de nuværende stk. 4 og stk. 5. Ordlyden af § 3, stk. 3 står uændret, bortset fra at bestemmelsens sidste led: ”ved fastlæggelsen af kapacitetsgrænser nævnt i §§ 5-8” nu er flyttet til stk. 5. Ændringen af § 3, stk. 3 begrundes i bemærkningerne til ændringsforslaget med, at der ved den tidligere udformning eksisterede fortolkningstvivl i forhold til udstedelsen af tilladelser.³⁷ Formålet med ministerens kompetence til at sammenlægge flere anlæg er ifølge lovbemærkningerne således at sikre en bedre afgrænsning af begrebet ”produktionsenhed”. Som følge af at § 3, stk. 3 i hovedsagen er bibeholdt, er bemærkningerne til den oprindelige udformning af bestemmelsen stadig relevante. Af disse fremgår, at idéen med bestemmelsen er at undgå proformalignende overdragelser af anlæg, for at komme ned under kvotelovens kapacitetsgrænse.³⁸

³⁴ Se L 119/2005, bemærkningerne til opdelingen af § 3, stk. 3.

³⁵ Basse: Miljøretten 6, s. 736 f.

³⁶ Se L 119/2005.

³⁷ Se L 119/2005.

³⁸ Se L 216/2004 under bemærkningerne til § 3.

Da § 3, stk. 3 således udgør et supplement til fastlæggelsen af begrebet ”produktionsenhed” og den egentlige definition af en produktionsenhed i kvotelovens forstand findes i § 2, nr. 28, må der rent systematisk tages udgangspunkt i denne bestemmelse.³⁹ Som det vil fremgå, er det også kun muligt at forstå, hvordan kvotelovens § 3, stk. 3 har fået sin ordlyd, når § 2, nr. 28 og Energistyrelsens vejledning hertil inddrages. I det følgende vil kvotelovens og kvotedirektivets begrebsdefinitioner for ”produktionsenhed” hhv. ”anlæg” blive sammenholdt, for herved at skabe et grundlag for at vurdere ministerens kompetence til at oprette en pulje omfattende flere anlæg.

2.2.1.1 Begrebet ”produktionsenhed”

Kvotelovens § 2, nr. 28 definerer en produktionsenhed⁴⁰ som:

”En teknisk enhed, der består af et eller flere anlæg beliggende på samme lokalitet, hvorfra der udføres de af loven omfattede aktiviteter”.

Udgangspunktet for kvotelovens begrebsdefinition findes i kvotedirektivets artikel 3, litra e, hvor betegnelsen ”anlæg” benyttes og defineres som:

”En stationær teknisk enhed, hvor en eller flere af de i bilag I nævnte aktiviteter udføres tillige med eventuelle andre direkte tilknyttede aktiviteter, der har en teknisk forbindelse med aktiviteterne på stedet, og som kan have indvirkning på emissioner og forurening”.

Ved en sammenligning af de to begrebsbestemmelser træder en væsentlig forskel mellem direktivet og kvoteloven frem, idet direktivet tager udgangspunkt i de *aktiviteter*, der udføres på anlægget, mens kvoteloven i første række knytter an til *et eller flere anlæg*. Når det haves for øje, hvad det er, der søges defineret i kvotelovens § 2, nr. 28, nemlig direktivets anlægsbegreb, er det interessant, at kvoteloven netop benytter begrebet ”anlæg” til at definere begrebet ”produktionsenhed”. Disse to begreber skulle egentlig svare til hinanden og det ene begreb kan herefter rent logisk ikke bruges til at definere det andet begreb. Det kan også udtrykkes på den måde, at kvoteloven benytter en anden afgrænsning end direktivet, men delvist den samme terminologi.

Et anlæg er efter ordlyden af direktivets artikel 3, litra e den største enhed, der kan forekomme, og denne enhed kan omfatte en række af aktiviteter. Efter kvoteloven er en produktionsenhed den største enhed, der kan forekomme og her indenfor kan der befinde sig flere anlæg. Anlægsbegrebet er i kvoteloven således et underbegreb til begrebet ”produktionsenhed” og har til en vis grad overtaget den rolle, som aktiviteterne er tildelt i direktivet. Der foreligger hermed en uoverensstemmelse mellem di-

³⁹ Denne konklusion drager Basse ikke, idet hun i Miljøretten 6, s. 736 blot gengiver indholdet af kvotelovens § 3, stk. 3 med angivelse af forarbejdernes forslag til bestemmelsens anvendelsesområde samt definitionen af begrebet ”produktionsenhed” (den nuværende § 2, nr. 28). En analyse af sammenhængen mellem de to bestemmelser foretages ikke. På s. 730 fremgår ellers forarbejdernes forståelse af begrebet ”samme lokalitet”, hvilket begreb er centralt i begge bestemmelserne, men der drages ingen parallel.

⁴⁰ Det skal tilføjes, at kvoteloven i § 3, stk. 8 indeholder en bestemmelse, der svarer til sidste del af direktivets anlægsdefinition i artikel 3, litra e. Ved at sætte § 3, stk. 8 i forlængelse af § 2, nr. 28 genfindes direktivets anlægsdefinition, dog med den væsentlige forskel, at direktivet udelukkende tager udgangspunkt i, hvilke aktiviteter, der udføres, mens kvoteloven lægger betydelig vægt på anlæg.

rektivet og kvoteloven i anvendelsen af de centrale begreber ”anlæg” / ”produktionsenhed” og ”aktivitet”.

Til sammenligning opererer den tyske implementeringslov TEHG i § 3, nr. 3 med en definition af en ”aktivitet i denne lovs forstand” og henviser herved til det bilag, som svarer til direktivets bilag I, hvor de enkelte aktivitetskategorier (og hermed også typer af anlæg) er oplyste. I og med at TEHG entydigt tager udgangspunkt i de aktiviteter, som er omfattede af kvoteordningen, ligger TEHG tættere på direktivets afgrænsning af de omfattede aktiviteter og anlæg end den danske kvotelov, som i høj grad fokuserer på anlæggene. I sig selv er det ikke afgørende, om definitionen benævnes ”anlæg” eller ”aktivitet”, når blot den leder hen til direktivets bilag I, som oplister de omfattede aktiviteter. Problemet med kvotelovens definition er imidlertid, at begrebet ”anlæg” bliver brugt i en anden betydning, end den direktivet anvender og dermed skaber langt mere begrebsforvirring end afklaring.⁴¹

2.2.1.2 En kritisk vurdering af ministerens sammenlægningskompetence

Ved at sammenholde kvotelovens § 2, nr. 28 med den bestemmelse, der er målet for overvejelserne, nemlig § 3, stk. 3, fremgår, at det i begge bestemmelserne er afgørende, om anlæggene ligger *på samme lokalitet*. Dette lokalitetskriterium synes hermed at være det afgørende i kvotelovens afgrænsning af begrebet ”produktionsenhed”. Det er således relevant at undersøge, hvornår der er tale om den ”samme lokalitet”.

Ifølge Energistyrelsens vejledning til kvoteloven er det afgørende, om ”de forskellige enheder og anlæg hænger fysisk og/eller driftsmæssigt sammen.”⁴² I den forbindelse er det ifølge vejledningen ikke af væsentlig betydning, om enhederne og anlæggene ligger på et eller flere matrikelnumre. Det oplyses videre i vejledningen, at det oftest vil være tilfældet, at de udgør ét produktionsenheds-nummer i CVR-registeret.

Når definitionen af en produktionsenhed i kvotelovens § 2, nr. 28 sammenholdes med Energistyrelsens tilhørende præcisering af, at ”samme lokalitet” vil sige at enhederne og anlæggene hænger fysisk og/eller driftsmæssigt sammen, fremkommer en formulering, der indholdsmæssigt svarer til § 3, stk. 3. Også efter denne bestemmelse er det et kriterium, at anlæggene ligger på samme lokalitet og har en tæt driftsmæssig eller fysisk sammenhæng. Den tætte driftsmæssige eller fysiske sammenhæng er jo netop Energistyrelsens definition på ”samme lokalitet”. Hertil kommer, at anlæggene efter § 3, stk. 3 skal drives i et samarbejde mellem driftslederne på lokaliteten, før der kan være tale om én produktionsenhed. I hvert fald i det tilfælde, hvor der efter lokalitetskriteriet er tale om en driftsmæssig sammenhæng, må der forudsættes at bestå et samarbejde mellem flere driftsledere. Bestemmelsen i § 3, stk. 3 fremstår herefter som en form for opsummering eller præcisering af begrebet ”produktionsenhed”, sådan som Energistyrelsen anvender begrebet. Dette er også helt i overensstemmelse med lov-

⁴¹ Det bemærkes, at det er taget med i betragtningen, at der generelt ved implementeringen af direktiver ikke er en forpligtelse for en medlemsstat til ordret at overtage direktivets definitioner, men at en medlemsstat kan bibeholde fast indarbejdede tilsvarende begreber, idet der ellers vil kunne skabes uoverensstemmelser i den nationale lovgivnings interne sammenhæng, se hertil Jans: *European Environmental Law*, s. 129. Dette princip burde dog ikke gå så langt, at en medlemsstat i sin implementeringslovgivning kan fravige begreber eller definitioner, som er afgørende for den samlede ordningsopbygning.

⁴² Pkt. 4.5 i Energistyrelsens vejledning om CO₂-kvoteordningen som revideret december 2008.

bemærkningerne til § 3, stk. 3, der netop er indsat i kvoteloven, for at præcisere begrebet ”produktionsenhed”.⁴³

Præciseringen kan imidlertid kritiseres ud fra flere synspunkter. Helt overordnet betragtet kan det ikke siges at bidrage til afklaringen af begrebet ”produktionsenhed”, at begrebet skal ”stykket sammen” af flere forskellige lovbestemmelser. Idet der herskede uklarhed omkring afgrænsningen af en produktionsenhed, havde det været mere oplagt at præcisere selve begrebsbestemmelsen i § 2, nr. 28, der i forvejen rent terminologisk er uoverensstemmende med direktivets afgrænsning, end at tildele klima- og energiministeren en skønsmæssig kompetence til at sammenlægge flere anlæg til én produktionsenhed.

I forhold til direktivet er det problematisk, at § 3, stk. 3 kolliderer med fællesskabsordningens regulering af muligheden for puljedannelse.⁴⁴ Kvotedirektivet indeholder i artikel 28 en adgang for flere driftsledere til at ansøge den kompetente myndighed (Energistyrelsen) om oprettelsen af en pulje, hvor opgaverne i henhold til fællesskabsordningen varetages under ét af en puljeforvalter. Oprettelsen af en pulje er efter artikel 28, stk. 2 betinget af en *ansøgning* fra driftslederne selv og skal efter stk. 5 videresendes af den kompetente myndighed i medlemsstaten til *godkendelse i Kommissionen*. Disse to kriterier er med kvotelovens kompetence for ministeren til at sammenlægge flere anlæg til én produktionsenhed ikke opfyldt.⁴⁵

Endvidere lægger direktivet som afgrænsning af, hvad der skal forstås ved en produktionsenhed (i direktivet et anlæg) i artikel 3, litra e udelukkende vægt på de *aktiviteter*, der udføres på anlægget. Dette gælder også i tilfælde af, at aktiviteterne ”har en teknisk forbindelse med aktiviteterne på stedet”, jf. artikel 3, litra e. Der er intet grundlag for at sammenlægge flere anlæg, blot med den begrundelse, at der er en forbindelse mellem anlæggene. Direktivet lægger udelukkende vægt på hvilke aktiviteter, der udføres. På denne baggrund må kvotelovens § 3, stk. 3 opfattes som betænkelig, idet den overskrider direktivets ramme.⁴⁶

Betydningen af uoverensstemmelsen mellem kvotelovens § 3, stk. 3 og direktivets ordning kan helt overordnet betragtes fra to forskellige vinkler. Dels kan bestemmelsen siges at overlade et mindre rum end forudsat i direktivet for den enkelte virksomhed til selvstændigt at organisere sin drift og i forbindelse hermed overholdelsen af forpligtelserne i §§ 28-30 til overvågning, verifikation og rapportering samt pligten efter § 26 til returnering af kvoter, svarende til udledning af ton CO₂. Dels er bestemmelsen set fra en europæisk synsvinkel problematisk, fordi den tildeler den danske stat en kompetence, som egentlig henhører under Kommissionen.⁴⁷

Den første indvending har kun begrænset vægt, idet kvotedirektivet er vedtaget med hjemmel i artikel 175 EFT (nu artikel 192 EUF), således at det efter artikel 176 (nu artikel 193 EUF) er muligt for de enkelte medlemsstater nationalt at vedtage en strengere regulering. Dette dog kun under forudsætning af, at den nationale regulering ikke strider mod andre dele af EU-retten. Den anden indvending derimod, at kvoteloven tildeler den danske stat en kompetence, som egentlig henhører under Kommissionen, er direkte i strid med direktivet og kan herudover principielt betragtes som problema-

⁴³ Se L 119/2005 under bemærkningerne til § 3.

⁴⁴ Basse: Miljøretten 6, s. 737.

⁴⁵ Basse: Miljøretten 6, s. 737.

⁴⁶ Basse: Miljøretten 6, s. 736.

⁴⁷ Basse: Miljøretten 6, s. 737.

tisk idet den udtrykker en forbeholdenhed, som Danmark med sine fire forbehold i forvejen udviser overfor det europæiske samarbejde.

2.2.2 Udpegelse af én fuldmægtig og solidarisk hæftelse mellem driftslederne

I sammenhæng med ministerens kompetence i kvotelovens § 3, stk. 3 til på eget initiativ at oprette en pulje mellem flere driftsledere på samme lokalitet fastsætter § 3, stk. 6, 1. pkt. muligheden for, at der udpeges en puljeforvalter. Yderligere bestemmes ansvarsfordelingen mellem driftslederne i puljen, jf. § 3, stk. 6, 2. pkt.

Kvotelovens § 3, stk. 6 har følgende ordlyd:

”Ministeren kan pålægge driftsledere for anlæg nævnt i stk. 3 [...] at udpege én fuldmægtig, som på deres vegne varetager opgaverne i henhold til denne lov. Driftslederne [...] hæfter solidarisk for de økonomiske forpligtelser og andre forpligtelser, som følger af denne lov.”

Som ovenfor nævnt blev kvotelovens § 3, stk. 3 delt i stykkerne 3-5 ved en af lovændringerne i 2005. Det tidligere stk. 4 er således blevet det nuværende stk. 6, idet det står i forlængelse af stykkerne 3-5.⁴⁸ Den eneste oplysning i lovbemærkningerne til formuleringen af stk. 6 er, at ændringen er en nødvendig konsekvens af udformningen af det ændrede (nuværende) stk. 4.⁴⁹ Da forholdet mellem stk. 6 og stk. 3 således ikke er ændret, har bemærkningerne til det oprindelige lovforslag fra 2004 stadig betydning. Det oplyses her, at: ”bestemmelsen [det nuværende § 3, stk. 6] er nødvendig for at sikre, at det altid kan klarlægges hvem, der på vegne af driftslederne skal overholde lovens forpligtelser i forhold til en given produktionsenhed, og hvem der er bemyndiget til at træffe beslutninger for produktionsenheden om forhold, som vedrører loven.”⁵⁰ Videre argumenteres der i forarbejderne med, at det for kulbrinteindvindingsanlæg er sædvanligt, at de ejes af flere selskaber i forening og derfor efter kvotelovens definition af driftslederbegrebet har flere driftsledere. Det er herefter nødvendigt, at udpege én fuldmægtig, som skal varetage opgaverne efter loven.⁵¹

Nødvendigheden af, at der i kvoteloven findes en bestemmelse som § 3, stk. 6, peger således tilbage på lovens definition af ”driftslederen”. Efter § 2, nr. 28 lægges der i kvoteloven afgørende vægt på ejerskabet til en produktionsenhed, mens der i direktivet fokuseres på den person, der driver eller kontrollerer et anlæg, jf. artikel 3, litra f. Der er som følge af kvotelovens mere formelle definition, opstået et behov for en yderligere afgrænsning af driftslederbegrebet, idet der kan opstå situationer, hvor flere personer kan karakteriseres som driftsledere.⁵² Dette er ikke i overensstemmelse med direktivet, hvor der ved oprettelse af en pulje, ansøgt af driftslederne og godkendt af Kommissionen, efter artikel 28, stk. 3 skal, og ikke kan, udpeges en puljeforvalter til varetagelse af opgaverne for driftslederne omfattet af puljen.⁵³

I tilfælde af at anlæg fra flere driftsledere sammenlægges efter kvotelovens § 3, stk. 3, og at der udnævnes en fuldmægtig til varetagelse af driftsledernes opgaver efter § 3,

⁴⁸ Se L 119/2005. For den oprindelige ordlyd af § 3, stk. 6 (oprindeligt stk. 4) se L 216/2004.

⁴⁹ L 119/2005, bemærkningerne til § 3.

⁵⁰ L 216/2004, bemærkningerne til det oprindelige § 3, stk. 4.

⁵¹ L 216/2004, bemærkningerne til det oprindelige § 3, stk. 4.

⁵² Se L 216/2004, bemærkningerne til det oprindelige § 3, stk. 4.

⁵³ Således også Basse: Miljøretten 6, s. 737.

stk. 6, 1. pkt., bestemmer § 3, stk. 6, 2. pkt., at de enkelte driftsledere hæfter solidarisk ”for de økonomiske forpligtelser og andre forpligtelser, som følger af denne lov”. Også denne ansvarsbestemmelse går på tværs af kvotedirektivets puljeregulering. Ifølge direktivets artikel 28, stk. 4 er det puljeforvalteren (den befuldmægtigede efter kvoteloven), der ifalder et ansvar og kan pålægges sanktioner i tilfælde af, at han ikke overholder sin pligt til at returnere et tilstrækkeligt antal kvoter til at dække de samlede emissioner fra puljen. Det fremgår videre af artikel 28, stk. 6, at de enkelte driftsledere hæfter enkeltvis for emissioner fra deres egne anlæg, hvis ikke puljeforvalteren efterkommer de sanktioner, han er idømt efter stk. 4. Der er således tale om et primært ansvar for puljeforvalteren og et sekundært og individuelt ansvar for de enkelte driftsledere i puljen.⁵⁴

I modsætning til direktivets ordning er det efter kvoteloven driftslederne selv, som i første række og overhovedet hæfter for kvotelovens økonomiske og andre forpligtelser, selvom det er den befuldmægtigede, der praktisk står for overholdelsen af forpligtelserne. Driftslederne hæfter tilmed solidarisk. Alle driftslederne i puljen hæfter således for en enkelt driftsleders overskridelse i forhold til den kvotemængde, der tilkommer dennes anlæg, hvis der herved er tale om en overskridelse af puljens samlede tilladte emissioner. Dette strider imod den netop ovenfor skitserede ordning i direktivet, hvor puljeforvalteren hæfter primært og de enkelte driftsledere subsidiært og kun for deres egen andel af emissionerne. Det skal dog hertil bemærkes, at det må forventes at være afklaret kontraktligt internt mellem driftslederne, hvem der hæfter i et sådant tilfælde. Pligten til at holde emissionerne indenfor kvotelovens rammer er i § 31, stk. 1 pålagt en afgift til statskassen på 100 € for hvert ton CO₂, som er udledt uden returnering af kvoter eller kreditter. Der er således et væsentligt økonomisk incitament for driftslederne til internt at regulere ansvaret imellem sig.

2.2.3 Den egentlige adgang til puljedannelse

Det er fremgået, at kvoteloven i § 3, stk. 3 og stk. 6 indeholder elementer, der henhører under direktivets regulering af adgangen til puljedannelse. Denne adgang er reguleret i direktivets artikel 28. Som det allerede indirekte er fremgået, er kravene for oprettelse af en pulje, hvor flere driftsledere under ét varetager deres forpligtelser, at driftslederne selv ansøger om oprettelsen, at Kommissionen godkender oprettelsen og at der udpeges én puljeforvalter til varetagelse af de fælles forpligtelser. Kvoteloven indeholder i § 23 en bestemmelse, som rent faktisk svarer til direktivets artikel 28 og ikke som § 3, stk. 3, er motiveret af omgåelsesbetragtninger. Lovens § 23 indeholder således direktivets krav om ansøgning fra driftslederne, godkendelse hos Kommissionen samt kravet om udpegelse af en puljeforvalter og udgør således en korrekt implementering af direktivets artikel 28.⁵⁵

Som perspektivering til afsnittet om puljedannelse og omgåelsesbetragtninger skal forhistorien til direktivets artikel 28 inddrages. Interessant er det, at direktivets artikel 28 er blevet til på baggrund af stærkt pres fra både den tyske industri og den tyske regering. Årsagen hertil er, at der mellem disse to parter på nationalt niveau i år 2000 er indgået en aftale, der forpligter den tyske industri til at opnå bestemte reduk-

⁵⁴ Basse: Miljøretten 6, s. 737.

⁵⁵ Således også Basse: Miljøretten 6, s. 738. Det skal bemærkes, at § 23 efter den seneste lovændring til kvoteloven nu også giver mulighed for puljedannelse mellem luftfartsoperatører, se lov om ændring af lov om CO₂-kvoter og lov om fremme af vedvarende energi, ændring nr. 14-18.

tionsmål for de seks drivhusgasser (CO₂, CH₄, N₂O, SF₆, HFC og PFC) under den forudsætning, at den tyske regering ikke indfører yderligere nationale krav til de omfattede industrielle sektorer.⁵⁶ Ifølge aftalen har industrien forpligtet sig til en samlet reduktion af udledningen af de seks drivhusgasser på 35 % i år 2012 set i forhold til udledningsniveauet i 1990. For CO₂ specifikt har industrien påtaget sig den yderligere forpligtelse, at bestræbe sig på en nedgang af udledningen af CO₂-emissioner på 28 %, ligeledes set i forhold til udledningsniveauet i 1990.

Grundet den netop nævnte aftale var den tyske industri modstander af et fælles europæisk kvotemarked. Industrien så en risiko for, at den nationale lovgivning efterfølgende ville blive skærpet med yderligere krav til emissionsforpligtelserne, i forhold til dem industrien allerede var gået ind på at acceptere. Den tyske regering arbejdede under forhandlingerne op til vedtagelsen af direktivteksten derfor på en udformning af artikel 28, der ville gøre deltagelse i én stor national pulje for de af direktivet omfattede anlæg og aktiviteter i Tyskland obligatorisk. Denne pulje skulle administreres af den tyske regering, der således ville have fuld kontrol med kvotehandelen mellem Tyskland og de øvrige medlemsstater mens kvotehandel på virksomhedsniveau mellem tyske virksomheder og med andre europæiske virksomheder, ville være udelukket.⁵⁷

Det tyske forslag om national forvaltning i én samlet kvotepulje ville have virket i direkte modstrid med handelssystemet som markedsbaseret instrument. Både Kyoto-protokollen og kvotedirektivet opererer med det enkelte anlæg med tilhørende aktiviteter som den mindste aktive enhed i kvotehandelssystemet. Artikel 28 blev dog som bekendt heller ikke udformet i overensstemmelse med det tyske forslag og kan i den eksisterende udformning næppe anvendes i overensstemmelse hermed.⁵⁸

For at runde afsnittet om puljedannelse og omgåelsesbetragtninger helt af skal det afslutningsvis nævnes, at den tyske implementeringslov TEHG i § 24 indeholder en adgang til puljedannelse, som ligger helt på linje med den ordning, der endte med at blive vedtaget i kvotedirektivet. Der er heller ikke i øvrigt i TEHG indsat en skøns-mæssig kompetence, som den der findes i kvotelovens § 3, stk. 3 for ministeren til at sammenlægge flere anlæg til én produktionsenhed. TEHG fremstår i forhold til området ”puljedannelse og omgåelsesbetragtninger” således som en direktivnær implementering, hvilket står i kontrast til den danske kvotelov, som på dette punkt i høj grad afviger fra direktivets ordning. Det gælder både i ordlyden af de enkelte bestemmelser og i kvotelovens opbygning.

Kapitel 3 – tilladelsen til udledning af CO₂

Kvotedirektivet indeholder i artikel 4 et krav om, at driftslederen for et anlæg, som er omfattet af fællesskabsordningen, skal besidde en tilladelse. Kravet om tilladelse gælder således for alle driftsledere af anlæg, der udfører aktiviteter omfattet af direktivets bilag I, hvorved der udledes CO₂. Hvis en driftsleder udleder CO₂ uden at besidde en tilladelse, vil han blive idømt en bødestraf, jf. kvotelovens § 36, stk. 1, nr. 2. I det følgende vil en række områder, hvor kvoteloven afviger fra direktivet, blive gennemgået, og konsekvenserne af afvigelserne vil blive analyseret i lyset af de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger og de EU-retlige grænser. Genstand for

⁵⁶ Se aftalen på: www.bmu.bund.de/english/climate/doc/3313.php.

⁵⁷ Yamin: *Climate Change and Carbon Markets*, s. 104 f.

⁵⁸ Yamin: *Climate Change and Carbon Markets*, s. 104.

analysen vil både være kvotelovens regulering af ansøgningsprocessen og lovens krav til udformningen af selve tilladelsen. Som en særlig vinkel på de juridiske overvejelser i forhold til den danske implementering vil det tyske fokus på grundrettigheder i forbindelse med forvaltningsretlige afgørelser blive inddraget. Med udgangspunkt i det tyske retssystem vil det således søges belyst, hvordan grundrettighederne påvirker den almindelige forvaltningsret og hvilken indflydelse domstolenes håndhævelse af grundrettighederne har på lovgivningsmagtens handlefrihed, særligt i forhold til udformningen af implementeringslovgivningen til kvotedirektivet i Danmark og i Tyskland.

3.1 kravet om tilladelse

Kvoteloven indeholder i § 9, stk. 1 en bestemmelse svarende til direktivets artikel 4, idet det fastslås, at produktionsenheder omfattet af loven kun må udlede CO₂, hvis driftslederen er i besiddelse af en tilladelse. En lille forskel består dog i, at direktivet både tager udgangspunkt i anlæggene og aktiviteterne omfattet af kvoteordningen, mens loven kun nævner produktionsenheden og ikke de aktiviteter, der ønskes udført.⁵⁹

Kravene til ansøgningen om en drivhusgasemissionstilladelse er indeholdt i kvotedirektivets artikel 5 og vilkårene for og indholdet af selve tilladelsen findes i artiklerne 6 og 7. Kvotelovens systematik svarer delvist til direktivets, idet § 9 indeholder kravene til ansøgningen og § 10 regulerer de vilkår, der kan stilles i forbindelse med tilladelsen. Indholdet af selve tilladelsen er imidlertid intet sted reguleret i den danske implementeringslov. Direktivets opregning af kravene til tilladelsens indhold i artikel 6, stk. 2 er i kvoteloven mere eller mindre ordret overtaget som *ansøgningskrav* i lovens § 9, stk. 4, selvom de ifølge direktivteksten vedrører indholdet af den *udstedte* tilladelse. Det er derfor strengt taget ikke korrekt at skrive, at direktivets artikel 6, stk. 2 ”forudsætter oplysninger” i forbindelse med ansøgningen af en udledningstilladelse, idet denne bestemmelse ikke vedrører ansøgningens indhold, men derimod opstiller krav til den myndighed, der udsteder tilladelsen.⁶⁰ At dette er tilfældet understøttes af, at overskriften til direktivets artikel 6 er ”vilkårene for og indholdet af drivhusgasemissionstilladelsen”. Vilkårene er indeholdt i artikel 6, stk. 1 og består i, at den kompetente myndighed skal finde det godtgjort, at driftslederen er i stand til at overvåge og rapportere emissionerne. Kravene i artikel 6, stk. 2, er rettet mod driftslederen som adressat og ikke som afsender, idet der er tale om overvågnings- og rapporteringskrav samt forpligtelsen til returnering af kvoter svarende til anlæggets samlede emissioner, jf. artikel 6, stk. 2, litra c-e.

Kvoteloven indeholder således ikke en fastlæggelse af indholdskravene til den udstedte tilladelse. Hvor problematisk denne mangel er, kan diskuteres. Kravene fremgår under alle omstændigheder af kvotelovens § 26 samt §§ 28-30 (kravet om verifikation inklusive) og gælder derfor uden tvivl for driftslederen. Der er således ikke tvivl om, hvori de retlige forpligtelser består, men det ville selvfølgelig bidrage til klarhe-

⁵⁹ Forholdet mellem aktiviteterne og anlæggene, som er omfattede af fællesskabsordningen, har været centralt i den tyske politiske debat i forbindelse med implementeringen af kvotedirektivet. Det er her med rette blevet anført, at begreberne er af grundlæggende betydning for fastlæggelsen af ordningens anvendelsesområde og at direktivets anvendelse heraf ikke er klar. Se hertil Frenz: Emissionshandelsrecht, s. 91, nr. 2.

⁶⁰ Basse: Miljøretten 6, s. 739 kommer ikke ind på denne forskel mellem kvotedirektivet og den danske kvotelov, men går ud fra, at kriterierne i direktivets artikel 6, stk. 2 vedrører driftslederens *ansøgning* om udledningstilladelse. Ansøgningskravene findes imidlertid i direktivets artikel 5.

den og forståelsen af kvoteordningen, hvis de krav en driftsleder omfattet af ordningen skal opfylde, helt klart var oplyst i loven på samme måde som i direktivets artikel 6, stk. 2. Til sammenligning indeholder den tyske implementeringslov TEHG i § 4, stk. 3 og 4 en klar opregning af de krav, der stilles til ansøgningen og til tilladelsen.

3.2 Ansøgning om tilladelse

I det følgende skal to retlige problemstillinger belyses, som begge har en sammenhæng med begrebsanalyserne i kapitel 2. Kvotelovens § 9 indeholder både i stk. 3 og stk. 4 retligt problematiske forhold, som kan føres tilbage til uoverensstemmelserne i forbindelse med begreberne ”produktionsenhed” og ”driftsleder”, sådan som disse begreber er implementeret i kvoteloven.

3.2.1 flere driftsledere til samme produktionsenhed

Kvotelovens § 9, stk. 3 bestemmer, at:

”såfremt flere driftsledere søger om tilladelse efter stk. 1 for samme produktionsenhed, tildeles tilladelsen den, som ejer produktionsenheden.”

Det første problem ved denne bestemmelse er, at der efter kvotedirektivet ingen holdpunkter er, for at tillægge ejerforhold betydning ved fastlæggelsen af, hvem der skal anses for at være driftsleder for en produktionsenhed.⁶¹ Dette er allerede fastslået ovenfor under behandlingen af driftslederbegrebet i direktivet og i kvoteloven.⁶²

Herudover kan det undre, hvordan der overhovedet kan opstå en situation, hvor flere driftsledere søger om en tilladelse til den samme produktionsenhed. Kvotedirektivet går i artikel 3, litra f ud fra et driftslederbegreb med én fysisk eller juridisk person til ét anlæg. På dette punkt overensstemmende med direktivet er driftslederen efter kvotelovens § 2, nr. 7 defineret som ”den (fremhævning foretaget her) juridiske eller fysiske person, der ejer en produktionsenhed eller driver produktionsenheden for egen regning.” Uanset om ejerskabskriteriet eller kriteriet om drift for egen regning lægges til grund, lægger bestemmelsen på ingen måde op til, at der kan være tale om flere driftsledere for den samme produktionsenhed, idet kriterierne fremstår som alternativer og bestemmelsen er formuleret i ental. Adgangen til puljedannelse i artikel 28 er i denne sammenhæng ikke relevant, idet der i en pulje både er tale om flere driftsledere og flere anlæg. I § 9, stk. 3 optræder ét anlæg (en produktionsenhed) og flere driftsledere.

I forarbejderne til kvoteloven findes ingen kommentarer til § 9, stk. 3, (oprindeligt stk. 4). Derimod indeholder forarbejderne til lovens § 10 en udtalelse om det forhold, at der findes flere driftsledere for en produktionsenhed. Forarbejderne oplyser, at ”hvis en produktionsenhed har flere driftsledere, er det disse i forening, der modtager tilladelsen. Den vil typisk blive givet til fuldmægtigen på vegne af produktionsenheden, jf. § 3, stk. 3 og 4, [stk. 4 er nu stk. 6].”⁶³ Denne udtalelse må undre, idet det efter § 9, stk. 3 tilsyneladende er målet, at der altid kan udpeges én driftsleder, nemlig ejeren, for en produktionsenhed. Endvidere er det i forarbejderne til § 3, stk. 6 (det oprindelige stk. 4), udtalt, at det ikke er et krav, at den befuldmægtigede skal være

⁶¹ Dette fastslås af Basse: Miljøretten 6, s. 739.

⁶² Se afsnit 2.1.1.

⁶³ L 216, bemærkningerne til § 10.

ejer eller i øvrigt opfylde lovens krav til en driftsleder.⁶⁴ Lovbemærkningernes udtalelser er således direkte modstridende på dette punkt og efterlader stor usikkerhed omkring fastlæggelsen af, hvem der er driftsleder for en produktionsenhed.

3.2.2 kvotelovens ejerskabskriterium

Som den anden af de to problemstillinger i forbindelse med ansøgningen om en tilladelse, skal kvotelovens § 9, stk. 4 kort behandles. Bestemmelsen indeholder de oplysninger, som ansøgningen om en udledningstilladelse skal indeholde.

Direktivets opstilling af oplysninger i artikel 5 er i kvotelovens § 9, stk. 4 i det store og hele overtaget. Således genfindes direktivets krav om oplysninger omkring anlægget (produktionsenheden), de påregnede aktiviteter, kilderne til udledningen og en plan for den påkrævede overvågning af emissionerne, jf. direktivets artikel 5, litra a-d og kvotelovens § 9, stk. 4, nr. 1-3. Det eneste krav, der i kvoteloven i væsentlig grad skiller sig ud fra direktivets opregning, er at produktionsenhedens ejer skal fremgå af ansøgningen. Det understreges hermed, hvor gennemgribende en virkning dette afvigende kriterium om ejerskab i definitionen af ”driftslederen” har, idet kriteriet gang på gang genfindes i lovens bestemmelser, uden at der findes noget holdepunkt i direktivet for at tillægge ejerskabet til en produktionsenhed betydning.

3.3 Meddelelseskra

Efter gennemgangen af kravene til indholdet af ansøgningen om en tilladelse samt problematikken omkring flere driftsledere på samme produktionsenhed, skal kvotelovens meddelelseskra behandles. Der forekommer i kvotedirektivet både forudgående og efterfølgende meddelelseskra, som skal indgå i forbindelse med udstedelsen af en tilladelse til udledning af CO₂. Der er tale om obligatoriske kra, som ikke beror på et skøn for den kompetente nationale myndighed. Kravene vedrører driftslederens pligter og udgør en forudsætning for, at driftslederen får tildelt en udledningstilladelse. Heroverfor står, at implementeringen af disse kra i kvoteloven hverken systematisk eller indholdsmæssigt svarer til direktivets ordning. Der forekommer således elementer af egentlig skønsmæssig vilkårsstilling i kvoteloven, hvilket går ud over den rammer, direktivet har sat.⁶⁵ I hvor høj grad, der er tale om afvigelser og hvilken retlig betydning disse afvigelser i kvoteloven kan have, vil i det følgende blive belyst og analyseret.

3.3.1 Kvotedirektivets ramme

Kvotedirektivet indeholder for det første i artikel 6, stk. 1 et forudgående kra om, at den kompetente myndighed (i Danmark Energistyrelsen) skal finde det godtgjort, at driftslederen er i stand til at overvåge og rapportere emissionerne fra sin produktionsenhed (i direktivet anlæg), før der kan udstedes en tilladelse. Kravet er konkretiseret i artikel 6, stk. 2, litra c og d, hvorefter tilladelsen skal angive overvågningsmetodologi og -hyppighed samt indeholde et kra om rapportering til den kompetente myndighed. For det andet indeholder direktivets artikel 7 en meddelelsespligt for driftslederen i tilfælde af ændringer i forhold til produktionsenhedens art, drift eller ved udvi-

⁶⁴ L 216, bemærkningerne til § 3, stk. 4 (det nuværende stk. 6).

⁶⁵ Basse: Miljøretten 6, s. 741 f.

delser, som kan medføre, at driftslederens tilladelse skal ajourføres. Det fastlægges imidlertid ikke i direktivet, hvornår en ajourføring er nødvendig.

Kvotedirektivets forskellige forudgående og efterfølgende krav om oplysningspligt for driftslederen er i kvoteloven implementeret i § 10, stk. 2. Meddelelseskravet i direktivets artikel 7 er således implementeret ved kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 1 og nr. 3, mens kravet om overvågningsmetodologi og -hyppighed i direktivets artikel 6, stk. 2, litra c, til en vis grad genfindes i lovens § 10, stk. 2, nr. 4, om end denne bestemmelse er væsentligt friere formuleret end direktivteksten.⁶⁶

Ud over de nævnte krav, der har deres baggrund i direktivet, indeholder kvoteloven i § 10, stk. 2, nr. 2 en hjemmel for Energistyrelsen til skønsmæssigt at fastsætte krav, som er begrundet i en virksomheds særlige forhold. Denne bestemmelse indeholder således en reel skønsmæssig adgang til vilkårsfastsættelse i modsætning til de øvrige krav i § 10, stk. 2, der udspringer af direktivets ramme for kvoteordningen og i overensstemmelse hermed er pligtmæssige.

På den netop skitserede baggrund er det et grundlæggende problem ved kvotelovens § 10, stk. 2, at indsættelsen af alle kravene i bestemmelsen efter ordlyden beror på myndighedens skøn. Kvotelovens § 10, stk. 2 indledes med følgende formulering:

”I en tilladelse og ved ændring af en tilladelse kan der stilles vilkår om, ...”

Herefter oplistedes fem muligheder for vilkårsfastsættelse, hvoraf nr. 1 og nr. 3-5 kan føres tilbage til direktivteksten og EU-retten i øvrigt, mens nr. 2 som nævnt står helt for den danske lovgivers egen regning og tildeler Energistyrelsen som kompetent myndighed en skønsmæssig kompetence til at fastsætte vilkår. I sammenhæng med denne bestemmelse er den citerede fakultative adgang til vilkårsfastsættelse således velanbragt, men problemet er netop, at de øvrige vilkår under lovens § 10, stk. 2, der efter direktivets artikel 6, stk. 2 og artikel 7 skal indgå i forbindelse med udstedelsen af en tilladelse, også fremstår som valgfrie for den kompetente myndighed.⁶⁷ Der er således i dobbelt forstand indført et ekstra spillerum for den danske kompetente myndighed i forhold til direktivets ordning: dels i forhold til de obligatoriske meddelelseskrav og dels i form af den åbne hjemmel til skønsmæssig vilkårsfastsættelse.

3.3.2 Kvotelovens ordning - fakultativ eller obligatorisk?

I det følgende vil de enkelte bestemmelser i kvotelovens § 10, stk. 2 blive gennemgået og nærmere analyseret i forhold til direktivets meddelelseskrav.

Det følger således af kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 1 og nr. 3, at der i en tilladelse og ved ændring af en tilladelse *kan* stilles vilkår om:

”1) at driftslederen underretter ministeren om planlagte, væsentlige ændringer i produktionsenhedens kapacitet og andre forhold af betydning for tilladelsen og for tildelingen af kvoter,”

”3) at driftslederen meddeler og dokumenterer idriftsættelse af nye anlæg”.

⁶⁶ Basse: Miljøretten 6, s. 742.

⁶⁷ Basse: Miljøretten 6, s. 741.

Direktivets pligtmæssige meddelelseskraav er saledes efter kvotelovens formulering fakultative. Imidlertid fremgar det af bemarkningerne til § 10, stk. 2, at de oplistede meddelelseskraav *er* obligatoriske, idet driftslederen efter lovbemarkningerne ”skal” give meddelelse ved vasentlige andring af betydning for tilladelsen eller kvotetildelingen.⁶⁸ Det ma pa denne baggrund forventes, at alle tilladelser rent faktisk indeholder meddelelseskraav i overensstemmelse med direktivets artikel 7, hvilket dog ikke andrer pa, at kvotelovens formulering formelt set ikke er korrekt.

Som det ses af den citerede ordlyd, bestar der yderligere den forskel, at kvoteloven i modsatning til direktivet opererer med et vasentlighedskraav. Det er efter loven kun andring, der er vasentlige for tilladelsen eller tildelingen af kvoter, som skal meddeles. Efter lovbemarkningerne til § 10, stk. 2 er det op til driftslederen at vurdere, om en andring er vasentlig, og driftslederen skal kun i tilfælde heraf underrette myndigheden, forudsat naturligvis at der er indfojet et kraav om meddelelse i tilladelsen. En vasentlig andring kan ifolge lovbemarkningerne vare inddragelse af en yderligere aktivitet omfattet af kvoteordningen, oprettelse af et nyt eller skrotning af et eksisterende anlæg.⁶⁹

Direktivets artikel 7 understotter umiddelbart den opfattelse, at det er op til driftslederen at vurdere, hvornar en andring vil fore til en ajourforing af tilladelsen og derfor skal meddeles, idet artikel 7, 1. pkt. lyder:

”Driftslederen underretter den kompetente myndighed om planlagte andring [...] som kan medfore, at drivhusgasemissionstilladelsen skal ajourfores”.

Imidlertid ma det med formuleringen ”kan medfore” vare overladt til den kompetente myndighed at vurdere, om der i det enkelte tilfælde er behov for en ajourforing af tilladelsen, og denne vurdering kan myndigheden kun foretage, hvis den rent faktisk er i besiddelse af en andringsoplysning. Denne udlagning understottes af, at myndigheden efter direktivets artikel 7, 2. pkt. ”i pakommende tilfælde” ajourforer tilladelsen, altsa i tilfælde af, at en ajourforing er nodvendig.⁷⁰ En forsortering foretaget af driftslederen vil vare problematisk i det tilfælde, hvor driftslederen holder en andringsoplysning tilbage, idet han vurderer den til ikke at vare vasentlig, men hvor den kompetente myndighed med kendskab til andringen, ville have ajourfort tilladelsen.

I tilknytning til § 10, stk. 2, nr. 1 fastsatter kvoteloven i § 10, stk. 5, at der i tilfælde af en vasentlig andring traffes afgorelse om, hvorvidt driftslederen skal have sin tilladelse ajourfort, eller om vedkommende skal palægges at soge om en ny tilladelse. Den sidstnævnte option stemmer ikke overens med direktivets ordning, hvor der efter artikel 7 ikke er hjemmel til at palægge driftslederen at ansoge om en ny tilladelse, men kun til at revurdere og omformulere den allerede eksisterende tilladelse.

⁶⁸ L 216, bemarkningerne til § 10, stk. 2.

⁶⁹ L 216, bemarkningerne til § 10, stk. 2.

⁷⁰ Det synes saledes at vare en misforstaelse, at Basse, Miljoretten 6, s. 741 opfatter direktivets artikel 7, 2. pkt. sadan, at der i tilfælde af, at en driftsleder meddeler en andring *skal* ske en revurdering af tilladelsen. Der bestar en meddelelsespligt for driftslederen ved andring, som *kan* medfore en ajourforing af tilladelsen, men *om* en ajourforing i det enkelte tilfælde er pakravet, er myndighedens skon.

3.4 Skønsmæssigt fastsatte vilkår

Som modstykke til de pligtmæssige meddelelseskra­v indeholder kvotelovens § 10, stk. 2 som ovenfor nævnt også en mulighed for at indsætte egentligt skønsmæssige vilkår.⁷¹ Hertil kan regnes lovens § 10, stk. 2, nr. 2 og nr. 4, der tildeler Energistyrelsen et skøn i forhold til at kunne kræve visse oplysninger fra driftslederen om dennes produktions­en­hed. Hvor nr. 2 ikke har et holdepunkt i direktivet kan baggrunden for nr. 4 findes i direktivets artikel 6, stk. 2, litra c, der indeholder et pligtmæssigt krav om fastsættelse af overvågningsmetodologi og -hyppighed i udledningstilladelsen. Direktivbestemmelsen er imidlertid væsentligt mere præcist formuleret end lovens § 10, stk. 2, nr. 4, idet loven efter sin ordlyd overlader Energistyrelsen et skøn over, hvilke produktionsdata der kan have betydning for den fremtidige kvotetildeling.

Kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 er den bestemmelse, der indeholder det videste skøn for Energistyrelsen, og i betragtning af, at nr. 4 har sin baggrund i den mere bundne direktivtekst, kan nr. 2 siges at være den eneste bestemmelse, der hjemler en egentlig skønsmæssig adgang til vilkårsfastsættelse.⁷² Efter kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 kan der stilles vilkår om, at driftslederen overholder nærmere angivne krav, som er begrundet i virksomhedens særlige forhold. Både indholdet af kravene og begrundelsen for deres indsættelse i tilladelsen er således et skønsspørgsmål.

I det følgende afsnit vil den skønsmæssige adgang til vilkårsfastsættelse i kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 blive analyseret i forhold til kvotedirektivets traktathjemmel og EU-retten i øvrigt samt de almindelige (danske) forvaltningsretlige grundsætninger med det formål at vurdere de retlige grænser for skøn­sud­øvelsen. Med udgangspunkt i tysk ret vil grundrettighederne blive inddraget som en særlig grænse, idet inddragelsen af grundrettighederne også åbner op for mere generelle retspolitiske overvejelser om forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene i henholdsvis Tyskland og Danmark.

3.4.1 Grænser for fastsættelsen af skønsmæssige vilkår

Kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 adskiller sig som nævnt fra direktivets ordning, idet direktivet ikke indeholder en skønsmæssig hjemmel til vilkårsfastsættelse, men alene en række opregnede krav, som skal være opfyldt, før en udledningstilladelse skal tildeles. Er kravene opfyldt, udsteder den kompetente myndighed en drivhusgastilladelse, jf. direktivets artikel 6, stk. 1. Ansøgeren har med andre ord et krav på tildeling af en tilladelse, når de konkret opregnede betingelser er opfyldt.

På baggrund af, at kvotedirektivet er vedtaget med hjemmel i artikel 175, stk. 1 EFT (nu artikel 192 EUF), har den danske lovgiver efter artikel 176 EFT (nu artikel 193 EUF) mulighed for at vedtage strengere nationale regler på området, hvis disse er i overensstemmelse med traktaterne. Som følge af forholdet mellem national ret og EU-ret skal den nationale implementeringslovgivning naturligvis også være i overensstemmelse med EU-retten i øvrigt, dvs. de retsakter, som fællesskabsorganerne har kompetence til at udstede.⁷³ Muligheden for at vedtage en strengere national lovgivning kan i den danske kvotelov siges at være udnyttet i § 10, stk. 2, nr. 2, idet den skønsmæssige beføjelse til at indsætte vilkår klart rækker ud over kvotedirektivets

⁷¹ Basse: Miljøretten 6, s. 741.

⁷² Basse: Miljøretten 6, s. 742.

⁷³ EU-rettens forrang frem for national ret blev første gang fastslået af EU-domstolen i C-6/64 "Costa mod ENEL".

ramme. Direktivet indeholder konkret formulerede krav, men hjemler ikke herudover adgang til at opstille yderligere betingelser for tildelingen af en udledningstilladelse. Som følge af, at kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 er en åben skønmæssig bestemmelse, er det ikke formuleringen af bestemmelsen selv, der kan risikere at komme i strid med EU-retten. Det eneste lovmæssigt fastsatte kriterium for indsættelse af vilkår efter kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 er, at vilkårene kan begrundes i en virksomheds særlige forhold, hvilket reelt ikke sætter grænser for forvaltningens udformning af vilkårene. En eventuel konflikt i forhold til EU-retten vil derfor ikke findes i den lovgivningsmæssige udformning af § 10, stk. 2, nr. 2, men derimod i forvaltningens anvendelse af bestemmelsen.

Af EU-traktaternes bestemmelser kunne særligt artikel 18 EUF om forbud imod nationalitetsdiskrimination komme i betragtning (tidligere artikel 12 EFT), idet en skønmæssig dansk adgang til vilkårsfastsættelse kunne udgøre en ”oplagt” mulighed for den danske nationale myndighed til i sin tildelingspraksis at etablere forskellige retningslinjer for danske og andre europæiske virksomheder. Artikel 18 EUF synes hermed særligt at være i farezonen for at blive overtrådt, ikke mindst i kombinationen mellem kvotelovens skønmæssige adgang til vilkårsfastsættelse og det danske ejerskabskrav i forbindelse med definitionen af driftslederen.⁷⁴ Som ovenfor nævnt under behandlingen af kvotelovens definition af driftslederbegrebet kommer Basse med det forslag, at indførelsen af ejerskabskravet i kvoteloven kan have sammenhæng med, at det er den danske stats kvoteandel, der disponeres over ved kvotetildelingen. Hvis ejerskabskravet udøves i overensstemmelse med denne opfattelse, dvs. til beskyttelse af den danske stats kvoteandel, vil der kunne opstå en konflikt med diskriminationsforbuddet i artikel 18 EUF.

På det nationale danske niveau skal de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger til afgrænsning af skønsudøvelsen iagttages. Den danske forvaltning, i dette tilfælde Energistyrelsen, er i anvendelsen af den skønmæssige adgang til fastsættelse af vilkår således bundet af grundsætningen om saglighed og forbuddet mod magtfordrejning, grundsætningen om proportionalitet samt kravet om klarhed og bestemt-hed.

Særligt grundsætningen om saglighed, eller med andre ord magtfordrejningslæren, kan i høj grad sætte grænser for, hvilke vilkår der vil kunne tilføjes en udledningstilladelse. Det følger af kravet om saglighed, at et vilkår skal fremme formålet med den pågældende tilladelsesordning eller i det mindste have en saglig sammenhæng med ordningen.⁷⁵ I denne forbindelse kan pligten til EU-konform fortolkning også spille ind. Hvis der opstår en konflikt mellem anvendelsen af den nationale kvotelov og kvotedirektivet, vil kvoteloven således skulle fortolkes i overensstemmelse med direktivet.⁷⁶ Til en vis grad vil direktivets sigte, forstået som formålet med den europæiske kvoteordning, altså kunne begrænse den danske forvaltnings skønmæssige adgang til vilkårsfastsættelse. Direktivets hjemmel i artikel 175 EFT (nu artikel 192 EUF) giver godt nok medlemsstaterne mulighed for at vedtage strengere nationale regler, men kun i det omfang, de nationale regler ikke strider mod EU-retten. Det direktiv, der konkret foreskriver den nationale implementering, er naturligvis også omfattet af ”EU-retten”. Ved vurderingen af, om et vilkår for udstedelsen af en ud-

⁷⁴ Basse: Miljøretten 6, s. 735 og ovenfor afsnit 2.1.1, i forbindelse med ejerskabskravet i det danske driftslederbegreb.

⁷⁵ Garde i Garde m.fl.: Forvaltningsret Almindelige emner, s. 223.

⁷⁶ Engsig Sørensen/Runge Nielsen: EU-retten, s. 152 ff.

ledningstilladelse er sagligt, skal det herefter indgå, om vilkåret bidrager til at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner og om dette sker på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde, jf. formålsbestemmelsen i kvotedirektivets artikel 1.

Den vide skønsmæssige beføjelse i kvotelovens § 10, stk. 2, nr. 2 til at indsætte vilkår i forbindelse med en udledningstilladelse kan på baggrund af de netop skitserede grænser for skønsudøvelsen kritiseres på to punkter. For det første er der tale om en bestemmelse, der ikke kan genfindes i kvotedirektivet og dermed falder uden for den ramme, som på europæisk niveau er sat for kvotehandelsordningen. På baggrund af fællesskabshjemlen i artikel 175 EFT (nu artikel 192 EUF) er dette imidlertid ikke hovedindvendingen. Den egentlige kritik relaterer sig til udøvelsen af bestemmelsen, idet den, dels på grund af de danske forvaltningsretlige grundsætninger, dels på grund af pligten til EU-konform fortolkning, ved en korrekt anvendelse ikke synes at have et reelt skønsmæssigt indhold. Derimod opstår med den skønsmæssige hjemmel en risiko for, at usaglige og under omstændigheder nationalitetsdiskriminerende hensyn kan inddrages som betingelse for udstedelsen af en udledningstilladelse.

3.4.2 Grundrettigheder som en særlig grænse

I det følgende vil endnu en grænse for den skønsmæssige vilkårsfastsættelse blive fremstillet. Det drejer sig om grundrettighederne. Grundrettigheder indgår ikke som en fast del af dansk retstradition, idet ”grundrettigheder [i dansk ret er] et forholdsvist nyt begreb, der endnu ikke har helt faste konturer, og om hvis hensigtsmæssighed, der ej heller er almindelig tilslutning til”.⁷⁷ Med grundrettigheder sigtes i denne sammenhæng især til individets eller en minoritets grundlovssikrede rettigheder.⁷⁸ Idet rettighederne er grundlovssikrede, vil der i sagens natur være tale om nationale grundrettigheder. Herudover findes imidlertid en række uskrevne europæiske grundrettigheder, som ”erkendes” af EU-domstolen, idet domstolen som kilde benytter de enkelte medlemsstaters egne grundrettighedskataloger kombineret med Den Europæiske Menneskeretskonvention, sådan som konventionen står skrevet, og som den udlægges af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.⁷⁹ Herved er der skabt en fællesnævner, eller et mindstemål, af grundrettighedsbeskyttelse inden for den Europæiske Union.

Ud over den udvikling der foregår ved EU-domstolen i forhold til at håndhæve de fælles uskrevne europæiske grundrettigheder, har den tyske forfatningsdomstol ”Bundesverfassungsgericht” udviklet en særlig prøvelsesmetode, som er differentieret til hver enkelt grundrettighed og således er videre udviklet end prøvelsen ved EU-domstolen.⁸⁰ At den tyske grundrettighedsdogmatik er videre udviklet en EU-domstolens, er helt naturligt, idet EU-domstolen som netop nævnt har overtaget medlemsstaternes grundrettigheder, idet den ”erkender” dem og herved integrerer dem som uskrevne grundsætninger i EU-retten.

I modsætning til den tyske forfatningsdomstols udviklede og systematiserede grundrettighedsfortolkning kan der dog ikke ved de danske domstole spores nogen særlig

⁷⁷ Grundrettigheder – Årsskrift, s. V.

⁷⁸ Rytter: Grundrettigheder, s. 31. I denne forståelse af begrebet grundrettigheder, indgår frihedsrettighederne en integreret del.

⁷⁹ Walter i: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 1, nr. 23-25.

⁸⁰ Se hertil f.eks. fremstillingen hos Pieroth/Schlink: Grundrechte §§ 7-33.

strategi i grundrettighedsfortolkningen.⁸¹ På baggrund af grundrettighedernes forholdsvis svage stilling i den danske retstradition kan det således virke som en overdrivelse at bringe dem i forbindelse med en forvaltningsretlig udledningstilladelse. Med udgangspunkt i tysk forvaltningsretlig teori kan grundrettighederne imidlertid siges at udgøre en yderligere grænse for forvaltningens skønsudøvelse ud over de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger. Denne yderste grænse bliver praktisk relevant, dér hvor det forvaltningsretlige retsgrundlag afleder sin gyldighed fra grundrettighederne.⁸² I den tyske forvaltningsretlige tradition er der således tale om et direkte sammenspil mellem grundrettighederne og den almindelige forvaltningsret. I det følgende skal denne sammenligning med den danske forvaltningsret inddrages, fordi den danske forvaltningsretlige tradition i høj grad bygger på den tyske, og der derfor er en formodning for, at væsentlige træk fra den tyske forvaltningsretlige teori kan levere et fornuftigt modspil til den danske retsopfattelse. Endvidere findes der både i dansk juridisk teori og praksis støtte for opfattelsen af, at grundrettighederne burde tildeles en mere central placering i en dansk retlig sammenhæng.⁸³

3.4.2.1 Samspelet mellem grundrettigheder og forvaltningsret

Efter tysk retsopfattelse falder tilladelsen til udledning af CO₂ ind under den etablerede forvaltningsretlige figur, som betegnes en "tilladelse med godkendelsesforbehold".⁸⁴ At en tilladelse står under godkendelsesforbehold betyder, at ansøgeren som forudsætning for at få en tilladelse skal overholde visse vilkår, der fastsættes i forbindelse med udstedelsen af tilladelsen. Godkendelsesforbeholdet er begrundet i et ønske om allerede før udstedelsen af tilladelsen at have sikret overholdelsen af bestemte forhold i forbindelse med udøvelsen af den aktivitet, tilladelsen vedrører, men ikke i et ønske om generelt at forbyde udøvelsen af aktiviteten.⁸⁵ Det kan f.eks. være i forhold til en byggetilladelse, hvor vilkårene typisk vil vedrøre de omkringliggendes interesser, eller som her en tilladelse til udledning af CO₂, hvor vilkårene udgør indberetningsforpligtelser, der gør det muligt for den kompetente myndighed at kontrollere overholdelsen af kvoteordningen.

Modstykket til denne tilladelsesform er efter tysk forvaltningsretlig teori et "forbud med tilladelsesforbehold". Som det fremgår af formuleringen, har en tilladelse af denne form undtagelsens karakter og gives kun i de tilfælde, hvor det ville være uforholdsmæssigt at opretholde et forbud undtagelsesløst. Et forbud, der står under tilladelsesforbehold, gælder for en aktivitet, hvis udøvelse grundlæggende er forbudt, idet aktiviteten anses for socialt skadelig eller er uønsket.⁸⁶

I den tyske forvaltningsretlige teori findes en forklaringsmodel i forhold til den enkeltes retsstilling ved en tilladelse med godkendelsesforbehold, idet tilladelse kan opdeles i en formel og en materiel del. Formelt udgør tildelingen af en tilladelse med godkendelsesforbehold en begunstigende forvaltningsakt, mens der materielt "blot" er tale om at genskabe den grundlæggende handlefrihed, der består uafhængigt af tilladelsen. Handlefriheden, i dette tilfælde retten til at udlede CO₂, antages at være en del

⁸¹ Rytter: Grundrettigheder, s. 139.

⁸² Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 52 ff.

⁸³ Koch i Årsskrift, Retsvidenskabeligt Institut B: Grundrettigheder, s. 156.

⁸⁴ Mehrbrey: Verfassungsrechtliche Grenzen, s. 59 i forbindelse med Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 51.

⁸⁵ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 51.

⁸⁶ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 55.

af den private ejendoms(brugs)ret i den tyske Grundlovs artikel 14, stk. 1, og gælder derfor uafhængigt af den begunstigende tilladelse.⁸⁷

Ansøgeren genvinder ved tildelingen af en CO₂-udledningstilladelse således den ret eller handlefrihed, som vedkommende i kraft af grundrettigheden i den tyske Grundlov allerede besidder. Handlefriheden må imidlertid i afvejningen med almenvellets interesser underlægges visse begrænsninger og betingelser.⁸⁸

Anderledes forholder det sig med den anden nævnte tilladelsesform, et ”forbud med tilladelsesforbehold”. En tilladelse af denne art udgør formelt betragtet ligeledes en begunstigende forvaltningsakt. Hertil kommer, at der også materielt, eller indholdsmæssigt, er tale om en begunstigende forvaltningsakt, idet tilladelsen udvider ansøgerens rettighedskreds i forhold til, hvad der følger af grundrettighederne alene.⁸⁹

Når de to netop skitserede forvaltningsretlige afgørelsesformer sættes i relation til adgangen til skønsmæssig vilkårsfastsættelse, kan der argumenteres for, at en tilladelse af typen ”forbud med tilladelsesforbehold” generelt er den mest åbne over for vilkårsstilling, idet der i højere grad er modstående hensyn, der kan kategoriseres som saglige og dermed danne grundlag for vilkår til tilladelsen. Dette skyldes, at der som nævnt er tale om en uønsket aktivitet, der kun skal tillades i undtagelsestilfælde. For den anden og her aktuelle tilladelsesform af typen ”tilladelse med godkendelsesforbehold”, er der efter denne tankegang mindre rum til at indsætte vilkår. Et vilkår virker som en begrænsning på udfoldelsen af den aktivitet, der i udgangspunktet er tilladt og som yderligere er omfattet af den grundlæggende handlefrihed, som er beskyttet på grundlovsniveau.⁹⁰

Til en vis grad kan den tyske sondring sammenlignes med dansk forvaltningsrets skelnen mellem konstaterende og konstitutive forvaltningsafgørelser. En konstaterende forvaltningsafgørelse fastslår blot, hvad der også før afgørelsen var gældende ret, mens en konstitutiv forvaltningsafgørelse ”skaber, ændrer eller ophæver” et retsforhold.⁹¹ Det må imidlertid tages i betragtning, at grundrettighederne i den danske forvaltningsret ikke kobles på som underliggende forklaringsmodel for den enkeltes retsstilling, sådan som tilfældet er i den tyske forvaltningsret. I resultatet synes der dog at være en væsentlig grad af overensstemmelse mellem de to forklaringsmodeller, hvilket også vil fremgå af det følgende.

Som følge af, at en tilladelse med godkendelsesforbehold efter tysk forvaltningsretlig opfattelse genskaber adgangen til grundrettighederne, har den, der ansøger, et krav på at få en tilladelse, når han i øvrigt opfylder de betingelser, der opstilles.⁹² Den samme opfattelse fremgår af Energistyrelsens vejledning om CO₂-kvoteordningen, hvor det oplyses, at driftslederen har krav på at få en tilladelse, hvis han søger om det og opfylder lovens krav.⁹³ Som følge af kvotelovens skønsmæssige adgang til at indsætte

⁸⁷ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 52 og Jarass i Jarass/Pieroth: Grundgesetz-Kommentar, Art. 14, nr. 18.

⁸⁸ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 51.

⁸⁹ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 55.

⁹⁰ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 51 ff. Maurers redegørelse for de to retsfigurer er ikke understøttet af empiriske undersøgelser, men antagelsen om, at en tilladelse med godkendelsesforbehold er mindre modtagelig overfor indsættelse af vilkår end et forbud med tilladelsesforbehold følger af Maurers argumentation omkring retsstillingen ved de to forskellige tilladelsesformer.

⁹¹ Garde m.fl.: Forvaltningsret Almindelige emner, s. 93 f.

⁹² Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, nr. 51.

⁹³ Energistyrelsens vejledning om CO₂-kvoteordningen, s. 11.

vilkår i forbindelse med en udledningstilladelse kan ”lovens krav” i den danske kvotelov imidlertid række væsentligt længere end efter den tyske implementeringslov. TEHG § 4, stk. 5 indeholder kun en adgang til at stille de krav, som fremgår af kvotedirektivet selv og herudover ingen yderligere skønsmæssig bemyndigelse til forvaltningen.⁹⁴

Som afrunding skal det nævnes, at Folketingets Ombudsmand i flere tilfælde har gjort opmærksom på, at grundrettighederne i den danske Grundlov også sætter grænser for forvaltningen. Som et eksempel fra Folketingets ombudsmands praksis kan nævnes FOB 1989.78, hvor ombudsmanden i forbindelse med en konkret sag om vilkår for samværsret helt generelt udtalte, at religionsfriheden i Grundlovens § 70 fordrer en vis tilbageholdenhed hos myndighederne i vilkårsfastsættelsen på områder, der kommer i berøring med religionsfriheden. Folketingets Ombudsmand betoner således, at myndighederne skal være opmærksomme på, at også Grundlovens frihedsrettigheder udgør saglige hensyn, der kan trække i en modsat retning i forhold til andre ligeledes saglige hensyn og hermed virke som en grænse for skønsmæssigt at fastsætte vilkår.⁹⁵

3.4.2.2 Grundrettighedernes stilling i det danske og det tyske retssystem

Det er af det foregående afsnit fremgået, at grundrettighederne i den tyske retsorden spiller en central rolle, idet de i høj grad bliver brugt som forklaringsmodel og som grundlag for den enkeltes rettigheder og pligter i forbindelse med den almindelige forvaltningsret.⁹⁶ Samtidig er det i både kapitel 2 og 3 fremgået, hvordan den tyske implementeringslovgivning inden for de behandlede områder lægger sig væsentligt tættere op ad teksten og systematikken i kvotedirektivet, end den danske implementeringslovgivning gør.

I det følgende afsluttende afsnit i kapitel 3 vil årsagerne til grundrettighedernes forskellige status i Danmark og i Tyskland blive berørt, og nogle af de konsekvenser, det forskelligartede fokus på grundrettigheder har for retssystemerne, vil søges belyst. Herved tænkes særligt på forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene, idet balancen mellem disse to organer har en betydelig sammenhæng med den styrke, hvormed grundrettighederne håndhæves. Grundrettighederne er i kraft af deres trinøjere position i forhold til almindelige love et redskab for domstolene til at begrænse lovgivningsmagtens handlefrihed, og grundrettighedernes status i et retssystem har derfor en væsentlig betydning for magtforholdet imellem lovgivningsmagten og domstolene.⁹⁷ I forbindelse med lovgivningsmagtens stilling i forhold til domstolene er det interessant at have den forskel præsent, som ligger i de forskellige ”frihedsgrader” i implementeringen af kvotedirektivet i Danmark og i Tyskland. Der kunne således formodes en sammenhæng imellem lovgiverens grad af frihed i forhold til domstolene og den måde, hvorpå direktivet er implementeret.

Det skal bemærkes, at der kun kan blive tale om en antydning af flere mulige forklaringsfaktorer, idet spørgsmålet omkring grundrettighedernes status og betydning tilli-

⁹⁴ TEHG står for ”Treibhausgas-emissionshandlungsgesetz”, der som nævnt indledningsvist er den tyske hovedimplementeringslov til kvotedirektivet.

⁹⁵ Garde i Garde m.fl.: Forvaltningsret almindelige emner, s. 287. Det skal her tilføjes, at det er bemærkelsesværdigt, at den retlige trinfølge ikke nævnes, idet grundrettighederne formelt set har en højere gyldighedsgrad end de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, der befinder sig på lovs niveau.

⁹⁶ Pieroth/Schlink: Grundrechte, § 2, nr. 40.

⁹⁷ Gusy: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, s. 35.

ge med forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene er yderst komplekst og befinder sig i grænseområdet mellem jura og politikvidenskab. Overvejelserne er imidlertid medtaget her, fordi de sætter de mere snævre juridiske begrebsanalyser i perspektiv.

Den tyske Grundlov af 1949 indledes med et omfattende grundrettighedskatalog og slår med artikel 1, stk. 1 fast, at menneskets værdighed er ukrænkelig, og at det er en pligt for statsmagten at agte og beskytte den.⁹⁸ Det følger endvidere af den tyske Grundlovs artikel 1, stk. 3, at statsmagten i sin underdeling i lovgivende, udøvende og dømmende magt selv er bundet af grundrettighederne.⁹⁹

I Tyskland findes, som det allerede er fremgået, en forfatningsdomstol (das Bundesverfassungsgericht), som har til opgave at kontrollere, at grundrettighederne bliver overholdt.¹⁰⁰ Forfatningsdomstolen har således kompetence til både i konkrete tilfælde og generelt at prøve de parlamentariske loves grundlovsmæssighed samt til afgørelse af søgsmål fra ”enhver”, der plausibelt gør gældende at være krænket i en af sine grundrettigheder. Forfatningsdomstolens kompetencer er fæstnet direkte i den tyske Grundlovs artikel 93. Alene i 2008 blev 6.378 sager behandlet ved den tyske forfatningsdomstol, hvilket også ud fra de tyske forhold er en markant stigning, idet der i 1998 forelå 4.783 sager til bedømmelse.¹⁰¹

Som et relevant eksempel i sammenhængen skal her nævnes en afgørelse fra 2007, som relaterer sig til indførelsen af CO₂-kvotehandelssystemet i Tyskland. Sagsøgeren gjorde bl.a. gældende, at indførelsen af kvoteordningen ved den tyske implementeringslov Treibhausgas-emissionshandelsgesetz i visse tilfælde udgør et ekspropriativt indgreb i ejendomsretten.¹⁰² Som begrundelse blev det anført, at pligten til at anskaffe kvoter kan virke så indgribende, at ejendoms(brugs)retten mister sit indhold. Den tyske forfatningsdomstol afviste under henvisning til kompetencefordelingen mellem den tyske forfatningsdomstol og EU-domstolen at behandle spørgsmålet ud fra tysk ret, men kom frem til det resultat, at der efter europarettelig opfattelse ikke er tale om en ”Eigentumsentziehung” (ekspropriation), men derimod om en ”Eigentumsnutzungsregelung” (dvs. en generel regulering af de omfattede anlæg, som ikke indebærer ekspropriation). Der hersker i den tyske retslitteratur imidlertid enighed om, at grænserne for, hvor intensivt produktionsledernes forhold kan reguleres, hele tiden skal holdes for øje, idet der ud fra proportionalitetsbetragtninger i enkelttilfælde vil kunne blive tale om et ekspropriationslignende indgreb, der efter omstændighederne kan berettige til erstatning.¹⁰³

Selvom afgørelsen i det konkrete tilfælde således ikke faldt ud til klagerens fordel, illustrerer den tilstedeværelsen af grundrettighederne som et naturligt redskab i det

⁹⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), senest ændret ved Artikel 1 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2248).

⁹⁹ Grundrettighedernes virkning griber til en vis grad også ind i den privatretlige sfære, idet de antages at udfolde en middelbar virkning i forholdet mellem private. Virkningen indtræder hovedsageligt i de tilfælde, hvor der i den privatretlige lovgivning er indsat generalklausuler, der åbner mulighed for friere retlige afvejninger. Disse afvejninger skal, hvor der er en forbindelse til grundrettighederne, foretages under inddragelse af disse og kan kun tilsidesættes af den tyske forfatningsdomstol, hvis grundrettighederne fuldstændigt er udeladt eller er forkert anvendt. Se hertil: Pieroth/Schlink, Grundrechte, § 5, nr. 181.

¹⁰⁰ Læs mere om forfatningsdomstolen på hjemmesiden: www.bundesverfassungsgericht.de

¹⁰¹ <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2008/A-I-2.html>

¹⁰² BVerfG, NVwZ 2007, s. 942.

¹⁰³ Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 nr. 53 og § 27 nr. 92.

tyske retssystem til at afklare den enkeltes endelige retsstilling. Der er den ekstra krølle på sagen, at den blev afgjort ud fra de europæiske grundrettigheder og ikke national tysk ret. Dette skyldes, at forfatningsdomstolen har afgrænset sin kompetence i forhold til EU-domstolen således, at EU-retten også danner rammen om prøvelsen af en national regulering, som er baseret på europaretlige forskrifter, såfremt disse ikke overlader den enkelte medlemsstat et spillerum i forbindelse med implementeringen. Det er forfatningsdomstolens opfattelse, at et sådant spillerum ikke er til stede i forhold til implementeringen af kvotedirektivet.¹⁰⁴

Med henblik på balancen mellem lovgivningsmagten og den dømmende magt er fokus i sådanne tilfælde således flyttet ud på europæisk niveau, idet det er de europæiske grundrettigheder, som i givet fald sætter grænserne for den nationale tyske lovgiver.¹⁰⁵

Danmark har som bekendt ikke en forfatningsdomstol. Ej heller findes der i den danske Grundlov en bestemmelse svarende til den tyske Grundlovs artikel 1, stk. 3, der udtrykkeligt binder den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt til grundrettighederne. Grunden til den manglende kodificering af dette grundlæggende princip skyldes muligvis, at den danske Grundlov er 100 år ældre end den tyske og ikke er skabt på baggrund af erfaringerne fra anden Verdenskrig.¹⁰⁶ Set i en samlet europæisk sammenhæng har den danske Grundlov i modsætning til mange af de øvrige europæiske landes grundlove ikke gennemlevet nogen form for revolution, siden den blev vedtaget i 1849.¹⁰⁷ I forbindelse hermed er det af interesse, at det tidligere har været omstridt, hvorvidt der overhovedet eksisterer en ret for de danske domstole til at prøve loves grundlovsmæssighed. Spørgsmålet kan siges at forudsætte, at lovgivningsmagten er bundet af Grundloven og herunder også af grundrettighederne. Desuden drejer spørgsmålet sig om, hvilket styrkeforhold, der er mellem den lovgivende og den dømmende magt. Tvivlen er imidlertid afklaret til fordel for en kompetence for domstolene til at prøve loves grundlovsmæssighed, mens intensiteten af prøvelsesretten dog stadig er omdiskuteret.¹⁰⁸

Set i forhold til det tyske retssystem viser det forhold, at det i Danmark overhovedet har været genstand for diskussion, hvorvidt der er en ret for domstolene til at prøve loves grundlovsmæssighed, at den danske lovgivningsmagt har en stærkere position i forhold til den dømmende magt, end tilfældet er i Tyskland.¹⁰⁹ I tysk ret er forfatningsdomstolens prøvelsesret som beskrevet lovfæstet på grundlovsniveau, idet prøvelseskompetencerne er opregnet i den tyske Grundlovs artikel 93. Yderligere har det i en dansk sammenhæng været diskuteret, hvorvidt de danske domstoles ret til at prøve loves grundlovsmæssighed kan ophæves ved almindelig lov, hvilket vidner om en

¹⁰⁴ BVerfG, NVwZ 2007, s. 942.

¹⁰⁵ Til sammenligning har Højesteret i sin Maastricht-afgørelse U 1998.800 H statueret, at princippet om EU-rettens forrang ikke gælder den danske grundlov. Selvom rækkevidden af afgørelsen kan diskuteres er udgangspunktet klart: den danske Højesteret udtrykker ikke samarbejdsvillighed overfor EU-domstolen.

¹⁰⁶ Det stærke fokus på og den udprægede værnen om grundrettighederne i det tyske retssystem har utvivlsomt flere årsager. En er givetvis Tysklands historie i forbindelse med anden verdenskrig, hvor helt grundlæggende rettigheder for bestemte befolkningsgrupper blev sat ud af kraft, men også det faktum, at der overhovedet eksisterer en særskilt domsmyndighed til afgørelse af sager, hvor grundrettigheder er relevante, spiller sandsynligvis en rolle, se hertil Pieroth/Schlink: Grundrechte, § 2, nr. 26 ff.

¹⁰⁷ Rytter: Grundrettigheder, s. 44 ff.

¹⁰⁸ Zahle (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, s. 126 ff., særligt s. 130.

¹⁰⁹ Rytter: Grundrettigheder, s. 45 f.

grundlæggende forskel mellem det tyske og det danske retssystem i henseende til grundrettighedernes status. Det er imidlertid af flere juridiske forfattere antaget, at prøvelsen af loves grundlovmæssighed i det danske retssystem udgør en retssædvane på grundlovsniveau og derfor ikke kan ophæves ved almindelig lov.¹¹⁰

De danske domstoles svagere stilling i forhold til at prøve loves grundlovmæssighed kan også udtrykkes på den måde, at den enkelte har en ringere mulighed for at få sine grundlovssikrede rettigheder håndhævet. Dette kan til dels forklares med, at den danske forfatningsretlige tradition bygger på en demokrati- og magtfordelingstankegang, hvor vægtingen af lovgivningsmagts handlefrihed vejer særligt tungt. Den enkeltes retsgarantier træder herved i baggrunden. Dette på trods af, at den danske Grundlov af 1849 ideologisk set er blevet til på baggrund af en fælleseuropæisk forfatningsideologi opstået med den franske 1789-revolution, hvor den enkeltes rettigheder står som et ligeværdigt modstykke til lovgivningsmagts handlefrihed. I Danmark findes der således en modsætning imellem retsideologien bag Grundloven og den måde, hvorpå Grundloven anvendes af domstolene.¹¹¹

I dansk retspraksis findes der da heller ikke et tilsvarende eksempel vedrørende indførelsen af CO₂-kvoteordningen, og den tanke, at kvotereguleringen kunne tænkes at udgøre ekspropriation forekommer formentlig fjern for de fleste danske jurister. Spørgsmålet om, hvorvidt en offentligretlig regulering på miljøområdet har en ekspropriativ virkning og derfor berettiger den berørte til erstatning efter Grundlovens § 73, har dog flere gange været genstand for retsbedømmelse. Endvidere kan der igennem 1990'erne generelt spores en ændret tilgang til de danske domstoles fortolkning af Grundlovens rettigheder i en mere åben retning, som kan siges at udvide rettighedernes anvendelsesområde.¹¹² I en højesteretsdom fra 1997 blev et grusindvindings-selskab således tilkendt erstatning, fordi et afslag på fornyet råstofindvindingstilladelse i den konkrete situation blev vurderet som et individuelt indgreb, der måtte ligestilles med et forbud.¹¹³ Overensstemmende med den ovenfor skitserede tyske retsopfattelse er der således i den danske højesteretsdom tale om en generel regulering, der i et enkelt tilfælde antages at virke så intensivt, at der statueres et individuelt indgreb, der berettiger til erstatning.¹¹⁴

Både den danske og den tyske afgørelse viser, at der i begge retssystemer findes eksempler på, at domstolene anvender en grundrettighedstankegang i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en offentligretlig regulering, som griber ind i den enkeltes rettigheder, er så indgribende, at den berettiger til erstatning. Betragtes de to retssystemer generelt, er der som også tidligere nævnt en betydelig forskel på intensiteten af prøvelsen og dermed den grad af kontrol, lovgivningsmagten underlægges. Når denne iagttagelse anvendes på implementeringen af kvotedirektivet i Danmark og i Tyskland, er det påfaldende, at den tyske implementering inden for de behandlede områder i langt højere grad end den danske lægger sig direkte op ad kvotedirektivets formuleringer og systematik. I lyset af lovgivningsmagts mere bundne position i Tyskland, dels som følge af forfatningsdomstolens håndhævelse af de nationale grundrettigheder, dels som følge af den indvirkning, de europæiske grundrettigheder har, både di-

¹¹⁰ Zahle (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, s. 131 med henvisninger.

¹¹¹ Rytter: Grundrettigheder, s. 43 f.

¹¹² Rytter: Grundrettigheder, s. 443.

¹¹³ U 1997.157H.

¹¹⁴ Læs nærmere om U 1997.157H og de generelle kriterier i forbindelse med ekspropriation: Friis Jensen i Basse m.fl.: Miljøretten 1, s. 56 ff.

rekte ved EU-domstolens afgørelser og indirekte via den nationale forfatningsdomstol, kan der opstilles den formodning, at den danske implementering afviger fra kvotedirektivets ordning på så mange punkter, fordi der i Danmark består et andet styrkeforhold mellem lovgiver og domsmyndighed. Med andre ord ser det ud til, at den danske lovgiver udnytter sin handlefrihed.

Konklusion

Det er fremgået af analyserne af de tre udvalgte problemstillinger, at den danske kvotelov indeholder en række afvigelser i forhold til det forlæg, som kvotedirektivet udgør. For at kunne danne et samlet overblik over de behandlede emner vil de væsentligste af disse betragtninger blive skitseret i det følgende. Det drejer sig i overensstemmelse med problemformuleringen om følgende problemstillinger:

- 1 - definitionen af begrebet driftsleder,
- 2 - muligheden for at oprette puljer samt omgåelsesbetragtninger og
- 3 - tilladelsen til udledning af CO₂.

Ved analysen af det første emne, implementeringen af direktivets driftslederbegreb, er det blevet belyst, hvordan kvoteloven med kravet om ejerskab har indført et afgrænsningskriterium, som helt falder uden for direktivets ramme. Herved opstår der en risiko for, at ejerskabskravet anvendes til at værne omkring den danske stats kvoteandel, hvilket efter omstændighederne vil være i strid med diskriminationsforbuddet i artikel 18 EUF (tidligere artikel 12 EFT). Det er endvidere fremgået, at også den tyske definition afviger fra kvotedirektivets driftslederbegreb, omend definitionen ikke kan siges at overskride direktivets ramme. Den tyske afvigelse er ud fra et EU-retligt perspektiv derfor mindre afgørende end den danske.

Ved analysen af det andet emne, puljedannelse og omgåelsesbetragtninger, er det fremgået, hvordan kvotelovens unøjagtige implementering af direktivets anlægsbegreb har ført til behovet for en yderligere afgrænsning af lovens eget tilsvarende begreb "produktionsenhed". Kvotelovens terminologiske uskarphed har således medført, at der er indsat en skønsmæssig kompetence for ministeren til at sammenlægge flere anlæg til én produktionsenhed for herved at kunne afgrænse begrebet "produktionsenhed" endeligt. I udformningen af ministerens kompetence er kvotelovens regulering imidlertid kommet i strid med direktivets adgang til puljedannelse, som forudsætter en ansøgning fra de deltagende driftsledere og en godkendelse af Kommissionen, før der kan oprettes en pulje mellem flere driftsledere og produktionsenheder. Kommissionens godkendelseskompetence er i den danske udformning overført til den nationale forvaltning, hvilket er direkte i strid med direktivets ordning.

Det er endvidere fremgået, at både den danske og den tyske implementeringslovgivning indeholder en adgang til puljedannelse, som svarer helt til direktivets forskrifter. Den tyske implementeringslov indeholder imidlertid ikke herudover nogen form for skønsmæssig adgang til at flere anlæg (produktionsenheder) kan sammenlægges til ét og holder sig i modsætning til kvoteloven således inden for direktivets samlede ramme.

Ved behandlingen af det tredje emne, tilladelsen til udledning af CO₂, er det indledningsvis blevet fremhævet, hvordan det direktivfremmede ejerskabskriterium fra kvotelovens driftslederbegreb igen får betydning. Det gælder både i forhold til at fastlægge, hvem af flere ansøgere, som skal anses for at være driftsleder for en produktionsenhed, og i kravet om at ejeren for produktionsenheden skal oplyses ved ansøgning om en udledningstilladelse. Herefter er det blevet belyst, hvordan kvoteloven sammenblender direktivets obligatoriske meddelelseskrav med en adgang til at fastsætte skønsmæssige vilkår i en udledningstilladelse. Kvotelovens udformning er her både indholdsmæssigt og systematisk meget langt fra direktivets udgangspunkt.

I forlængelse af kvotelovens skønsmæssige adgang til vilkårsfastsættelse er det endvidere fastlagt, hvilke grænser der gælder for forvaltningens skønsudøvelse. Der er taget udgangspunkt i, at lovgiver som følge af karakteren af kvotedirektivets traktathjemmel har mulighed for at vedtage en strengere national regulering, men at der ved udøvelsen af skønnet kan være en risiko for, at det EU-retlige diskriminationsforbud overtrædes. Samtidig skal vilkårene for at være saglige holde sig inden for kredsen af de hensyn, som kan fremme formålet med kvotehandelsordningen.

Det er endeligt fremgået, hvordan grundrettighederne sætter en yderste grænse for forvaltningens skønsudøvelse. I forbindelse hermed er det skitseret, hvordan den tyske forvaltningsretlige teori aktivt inddrager grundrettighederne for at redegøre for retsstillingen ved forskellige forvaltningsretlige afgørelsesformer, og hvordan der herfra kan trækkes en parallel til den danske teori omkring konstaterende og konstitutive forvaltningsafgørelser. Endvidere er det fremgået, hvordan der ud fra direktivets beskrivelse af de krav, ansøgeren skal opfylde for at få en udledningstilladelse, både efter den danske og den tyske forvaltningsret er tale om en forholdsvis bunden tilladelsesform. Vurderingen er herefter, at der reelt ikke er meget tilbage af kvotelovens frie skønsmæssige adgang til vilkårsfastsættelse, og at adgangen derfor er misvisende i forhold til den ramme, direktivet har sat.

Det samlede billede af kvotelovens implementering af direktivets kvotehandelsordning viser således, at en stor del af de uoverensstemmelser, der findes mellem loven og direktivet, kan føres tilbage til uklarhederne i forbindelse med de centrale begrebsbestemmelser ”driftsleder” og ”produktionsenhed”. Der er herved skabt usikkerhed i forhold til kvotelovens anvendelse. Samtidig har det vist sig, at den tyske implementering af begreberne også i nogen henseende afviger fra direktivets forlæg, men at afvigelserne er langt mindre.

Med udgangspunkt i grundrettighedernes indflydelse på muligheden for at stille vilkår til en udledningstilladelse har forskellene mellem den danske og den tyske implementering ført til overvejelser omkring forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene i de to lande. Det er således søgt belyst, at styrkeforholdet imellem lovgivningsmagten og domstolene kan have indflydelse på, hvor direktivnært den nationale implementering af et EU-direktiv foretages. På baggrund af de juridiske analyser står det således fast, at den danske implementering af kvotedirektivet er væsentligt friere end den tyske. Samtidig ser den tyske lovgiver ud til at være stærkere kontrolleret af domstolene end den danske. Kontrollen skyldes i høj grad, at grundrettighederne indtager en langt mere central rolle i det tyske retssystem end i det danske, idet de aktivt bliver håndhævet ved den tyske forfatningsdomstol. Grundrettighederne er i kraft af deres trindhøjere position i forhold til almindelige love et redskab for domstolene til at begrænse lovgivningsmagtens handlefrihed, og grundrettighedernes status i et retssystem har derfor en væsentlig betydning for magtforholdet imellem lovgivningsmagten og domstolene. Hvor direkte en sammenhæng der består imellem denne

magtbalance og den måde, hvorpå EU-direktiver implementeres i den nationale lovgivning, kan naturligvis ikke besvares inden for rammerne af et speciale. Det kan imidlertid konstateres, at der er flere forhold, der tyder på, at der består en sådan sammenhæng, og det ville derfor være interessant at undersøge flere implementeringssager for herved at kunne fastlægge nogle generelle tendenser.

Perspektivering

Som perspektivering vil de tendenser, der allerede nu kan spores for de tre behandlede områder af den europæiske kvotehandelsordning, blive præsenteret. I forlængelse heraf vil mere generelle overvejelser omkring grundrettighedernes udvikling i Europa og i Danmark danne den endelige afrunding og det afsluttende udblik.

For definitionen af begrebet ”driftsleder” gør sig gældende, at luftfarten med virkning fra den 2. februar 2010 inddrages i den europæiske kvotehandelsordning. Det betyder, at en luftfartøjsoperatør fra denne dato skal besidde en tilladelse for at udlede CO₂ fra et luftfartøj.¹¹⁵ Som konsekvens af luftfartens inddragelse, er der i kvotedirektivet indføjet en selvstændig definition af en ”luftfartøjsoperatør” parallelt til begrebet ”driftsleder”.¹¹⁶ Ændringen er nødvendig, fordi begrebet ”driftslederen” i det oprindelige direktiv 2003/87/EF er knyttet til driften af et stationært anlæg, hvilket ikke er træffende i forhold til et luftfartøj. Det følger af den nye definition, at luftfartøjsoperatøren er den, der driver et luftfartøj på det tidspunkt, hvor de omfattede luftfartsaktiviteter udføres. I tilfælde af, at denne ikke kan identificeres, vil operatøren blive bestemt som den, der ejer luftfartøjet. I den danske ændringslov til kvoteloven er det bemærkelsesværdigt, at den EU-retlige definition af luftfartsoperatøren er direkte overtaget.¹¹⁷ Det ejerskabskriterium, der ved kvotelovens driftslederbegreb er trukket frem som det første moment til fastlæggelsen af, hvem der skal anses for at være driftsleder for en produktionsenhed, er ved luftfartøjsoperatøren - helt i overensstemmelse med ændringsdirektivet - kun et sekundært moment. Det skal i øvrigt bemærkes, at der ikke er noget der tyder på, at driftslederbegrebet vil blive ajourført, så det svarer bedre til direktivets definition.

Under det andet hovedtema, adgangen til puljedannelse og omgåelsesbetragtninger, gør der sig det særlige forhold gældende, at puljeadgangen ifølge kvotedirektivets artikel 28, stk. 1 ophører med udløbet af den anden handelsperiode i 2012. Derfor genfindes adgangen ikke i ændringsdirektiv 2009/29/EF, som skal forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og gælder fra den tredje handelsperiode, som begynder i 2013.

Det kan hævdes, at den del af analysen og kritikken, der drejer sig om kvotelovens konflikt med direktivets artikel 28 kun har begrænset gyldighed og en ringe praktisk betydning, idet direktivets puljeordning vil forsvinde. Imidlertid er det væsentligt at være opmærksom på, at problematikken omkring adgangen til puljedannelse, som et redskab til at forhindre omgåelse, peger tilbage til grunddefinitionen af begrebet

¹¹⁵ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2008/101/EF af 19. november 2008 om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på inddragelse af luftfartsaktiviteter i ordningen for handel med drivhusgasemissionskvoter i Fællesskabet.

¹¹⁶ Se direktiv 2008/101/EF under ændringen til artikel 3 i direktiv 2003/87/EF.

¹¹⁷ Se § 2, nr. 26 i lov nr. 1267 af 16/12/2009 om ændring af lov om CO₂-kvoter og fremme af vedvarende energi.

”produktionsenhed” i kvoteloven. Dette begreb er helt centralt i afgrænsningen af, i hvilke tilfælde udøvelsen af de omfattede aktiviteter er omfattet af kvoteordningen, og forbliver derfor aktuelt.

Det tredje område for specialet, tilladelsen til udledning af CO₂, åbner op for det grundlæggende spørgsmål, om forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene i Danmark vil ændre sig. Som det er fremgået, kan styrkeforholdet til en vis grad aflæses i den intensivitet, hvormed domstolene håndhæver grundrettighederne over for lovgivningsmagten.

Som følge af EU-domstolens fokus på grundrettigheder, såvel som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols håndhævelse af disse, taler meget for, at de danske domstole gradvist vil blive tvunget til også at øge deres fokus på håndhævelsen af individets rettigheder og herved indskrænke lovgivningsmagtens vide handlefrihed. Dette vil kræve en mere dynamisk rolle for de danske domstole.¹¹⁸

Skulle de danske domstole, og særligt Højesteret, ændre fortolkningsstil i denne retning kunne man stille det spørgsmål, om ikke det ville være hensigtsmæssigt at indføje en bestemmelse til beskyttelse af miljø- og klimainteresser i den danske Grundlov. Herved ville der skabes en bedre harmoni mellem de beskyttelsesværdige interesser. Det nuværende danske grundrettighedskatalog stammer i hovedsagen fra den oprindelige 1849-Grundlov, hvor der ikke var tænkt på hverken miljø eller klima. Siden er der kun foretaget en række præciserende ændringer i 1953. Forbilledet kunne være den tyske Grundlovs artikel 20a til beskyttelse af de naturlige livsgrundlag, som blev indsat i 1994. Der er ikke tale om en egentlig grundrettighed, men nærmere om en målsætning. Målsætningen retter sig imidlertid til lovgivningsmagten, den udøvende og den dømmende magt. Lovgivningsmagtens forpligtelse består således i at integrere hensynet til ”de naturlige livsgrundlag” på tværs i lovgivningen.¹¹⁹ Denne konstruktion leder naturligt tanker hen på artikel 11 EUF (tidligere artikel 6 EFT), som også på europæisk niveau fastslår, at miljøbeskyttelseskrav skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Unionens politikker og aktioner, særligt med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling.

Det kan på den anden side hævdes, at det er uhensigtsmæssigt at koncentrere sig om den danske Grundlov, hvis grunden til en ændret fortolkningsstil hos de danske domstole primært er den europæiske udvikling. Her er det imidlertid igen relevant, hvilket forhold der består mellem de enkelte medlemsstaters grundlove og forfatninger på den ene side og de fælleseuropæiske grundrettigheder på den anden side. Den danske højesteret er som tidligere antydning af den opfattelse, at princippet om EU-rettens forrang ikke gælder for den danske Grundlov.¹²⁰ Den tyske forfatningsdomstol er her mere pragmatisk og har inddrømt EU-retten en temmelig vid åbning i forhold til de tyske grundrettigheder.¹²¹ Spørgsmålet har gennem en årrække været et udestående mellem EU-domstolen og den tyske forfatningsdomstol og er nu foreløbigt endt med, at forfatningsdomstolen i sin ”Solange II-Entscheidung” accepterer, at de europæiske grundrettigheder har forrang i forhold til de tyske og således finder anvendelse på

¹¹⁸ Rytter: Grundrettigheder, s. 443.

¹¹⁹ Klimaet antages at være en del af det naturlige livsgrundlag, jf. Jarass i Jarass/Pieroth: Grundgesetz-Kommentar, Art. 20a Rn. 3

¹²⁰ Se således Maastricht-afgørelsen, U 1998.800 H.

¹²¹ Se ovenfor afsnit 3.5.2.2 med henvisning til den tyske forfatningsdomstols afgørelse: BVerfG, NVwZ 2007, s. 942

national implementeringslovgivning, men kun så længe kernen af de tyske grundret-tigheder er i behold.¹²²

Det bliver således at afvente, hvordan denne ”våbenhvile” mellem EU-domstolen og de enkelte medlemsstaters domstole udvikler sig i fremtiden, og på hvilket niveau grundrettighederne herefter kommer til at spille deres rolle.

Litteraturliste

Basse, Ellen Margrethe m.fl.: Miljøretten 1, almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.

Basse, Ellen Margrethe m.fl.: Miljøretten 6, Energi og klima, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Ehlers, Dirk (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, de Gruyter Lehrbuch, 2005.

Engsig Sørensen, Karsten / Runge Nielsen, Poul: EU-retten forkortet udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

Frenz, Walter (Hrsg.): Emissionshandelsrecht, Kommentar zum TEHG und ZuG, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008

Garde, Jens m.fl.: Forvaltningsret almindelige emner, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.

Gusy, Christoph: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Dunker und Humboldt Berlin, 1985.

Jans, Jan H. / Vedder, Hans H. B.: European Environmental Law, Europa Law Publishing Groningen, 2008.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar, C-H- Beck Verlag München, 2009.

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C. H. Beck München, 2009.

Mehrbrey, Kim Lars: Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, Nomos Verlag Berlin, 2003.

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: Grundrechte Staatsrecht II, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2008.

¹²² BVerfGE 73, 339 (378) (387).

Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift: Grundrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Rytter, Jens Elo: Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten, Forlaget Thomson, København, 2000.

Schweer, Carl-Stephan / von Hammerstein, Christian: Treibhausgas-Emissions-handelsgesetz Kommentar, Carl Heymanns Verlag KG Köln, 2004.

Yamin, Farhana: Climate Change and Carbon Markets: A Handbook of Emissions Reduction Mechanisms, Earthscan Canada, 2005

Zahle, Henrik (red.): Danmarks Riges Grundlov med kommentar, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006.