

**BORGARTING LAGMANNSRETT**

Dok 100

EFTA Court
1 Rue du Fort Thüengen
1499 Luxembourg

Deres referanse

Vår referanse

Dato

23-123554ASD-BORG/03

17.02.2025

Anmodning om rådgivende uttalelse i sak nr. 23-123554ASD-BORG/03 mellom Sarpsborg Avfallsenergi AS m.fl. - Staten ved Klima- og miljødepartementet**1. Bakgrunnen for anmodningen om rådgivende uttalelse**

I medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51 a, anmoder Borgarting lagmannsrett om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i sak nr. 23-123554ASD-BORG/03.

De ankende parter i saken er Fredrikstad kommune v/Fredrikstad Vann Avløp og Renovasjonsforetak FREVAR KF (heretter også kalt FREVAR) og Saren Energy Sarpsborg AS (tidligere Sarpsborg Avfallsenergi AS) (heretter også kalt SAREN). Ankemotparten er staten ved Klima- og miljødepartementet.

Saken som lagmannsretten har til behandling, gjelder spørsmål om gyldigheten av vedtak om tillatelse til kvotepliktige utslipp for de ankende parters forbrenningsanlegg.

Klimakvotesystemet er i norsk rett regulert i klimakvoteloven med forskrift, som gjennomfører EUs klimakvotedirektiv (direktiv 2003/87/EF) med senere endringer og tilhørende rettsakter. EUs klimakvotesystem er en del av den europeiske innsatsen for å redusere utslipp av klimagasser fra energisektoren, industri, luftfart og maritim transport. Hovedprinsippet er at det settes et tak for de samlede lovlige utslippene fra kvotepliktige aktiviteter i EØS gjennom at et visst antall kvoter er tilgjengelige i et kvotemarked. Formålet er å skape insentiver til å redusere utslippene fra de kvotepliktige aktivitetene i tråd med overordnede klimamål.

Klimakvotesystemet gjelder for de aktivitetene som er omfattet av klimakvotedirektivet vedlegg I, jf. direktivet artikkel 2 nr. 1. På vedtakstidspunktene fulgte det av vedlegg I aktivitet nr. 1 at forbrenning av brensler i anlegg som har en samlet innfyrt termisk effekt som overstiger 20 MW, bortsett fra i anlegg for forbrenning av farlig eller kommunalt avfall, er

Postadresse

Postboks 2107 Vikta, 0125 Oslo

Sentralbord

21 55 80 00

Saksbehandler

Ingerid Helene Sandberg

Bankgiro**Organisasjonsnummer**

926721356

Kontoradresse

Keyzers gate 13, 0165 Oslo

Telefaks**Telefon**

21 55 81 17

Ekspedisjonstid

0800-1545 (1500)

Internett/E-post<http://domstol.no/borgarting>
borgpost@domstol.no

omfattet av klimakvotesystemet. Av samme vedlegg I punkt 5 fulgte det at alle enheter hvor brensler forbrennes, bortsett fra enheter for forbrenning av farlig eller kommunalt avfall, skal omfattes av tillatelsen til kvotepliktige utslipp når ovennevnte effektgrense er overskredet i en installasjon.

Det er ikke omtvistet at de ankende parters anlegg har en effekt som overstiger 20 MW. Spørsmålet er om anleggene er kvotepliktige anlegg for forbrenning av brensler, eller anlegg for forbrenning av farlig eller kommunalt avfall som ikke er kvotepliktige.

Statens vedtak om tillatelse til kvotepliktige utslipp bygger på at de aktuelle anleggene ikke er anlegg for kommunalt og farlig avfall fordi de etter statens syn er samforbrenningsanlegg og ikke avfallsforbrenningsanlegg. I dette ligger at anleggene etter statens syn har som *hovedformål* å levere energi til industriformål, i motsetning til sluttbehandling av avfall.

Søndre Østfold tingrett kom i dom 10. mai 2023 til at statens forståelse av direktivet var riktig, og at vedtakene var gyldige. FREVAR og SAREN har anket dommen. De ankende parter mener at det avgjørende for om anleggene er anlegg for kommunalt og farlig avfall etter direktivet, er hva anleggene er konstruert for og faktisk forbrenner. Om anleggenes hovedformål anses å være avfallsforbrenning eller levering av gjenvunnet varmeenergi fra avfallsforbrenningen til industriformål, er etter ankende parters syn ikke relevant i vurderingen. Partene er også uenige om rettslig og faktisk vurderingstema knyttet til en eventuell vurdering av hovedformål, for det tilfellet at staten vinner frem med at hovedformålet er avgjørende for kvoteplikten.

EU-domstolen avsa 6. juni 2024 dom i sak C-166/23 om forståelsen av klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5 og unntaket som der gjelder for «forbrenningsenheter». Etter denne bestemmelsen skal alle forbrenningsenheter i anlegg som omfattes av klimakvotesystemet inkluderes i tillatelsen, likevel med unntak av forbrenningsenheter for forbrenning av kommunalt og farlig avfall. EU-domstolen legger til grunn at det for vurderingen av om en forbrenningsenhet er en «enhet for forbrenning av kommunalt eller farlig avfall», er avgjørende hva som faktisk forbrennes. Ifølge EU-domstolen er formålet med forbrenningsenheten ikke relevant for vurderingen etter vedlegg I punkt 5. Dommen reiser spørsmål om hvorvidt det samme gjelder for vurderingen etter den samme ordlyden «for forbrenning av kommunalt eller farlig avfall» i vedlegg I aktivitet nr. 1.

Lagmannsretten vil på denne bakgrunn be EFTA-domstolen vurdere om EU-domstolens tolkningsuttalelse i sak C-166/23 til klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5 gjelder tilsvarende for forståelsen av klimakvotedirektivet vedlegg I aktivitet nr. 1.

2. Oversikt over sakens parter og tvistegjenstanden

De involverte partene i saken for lagmannsretten er:

Ankende part 1:

Fredrikstad kommune v/Fredrikstad Vann Avløp og Renovasjonsforetak FREVAR KF

Ankende part 2:

Saren Energy Sarpsborg AS

Prosessfullmektig: Advokat Henrik Bjørnebye,

Advokatfirmaet BAHR AS, Postboks 1524 Vika, 0117 Oslo
Rettslig medhjelper: Advokat Thomas K. Svensen,
Advokatfirmaet BAHR AS

Ankemotpart:

Staten v/Klima- og miljødepartementet

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Omar Saleem Rathore,
Postboks 8012 Dep, 0030 Oslo

Saken gjelder gyldigheten av Miljødirektoratets vedtak om tillatelse til kvotepliktige utslipp av klimagasser for SAREN datert 22. januar 2014 og Klima- og miljødepartementets vedtak for FREVAR datert 13. februar 2017.

3. Sakens faktiske bakgrunn

Det omtvistede spørsmålet i saken er om FREVARs og SARENs anlegg er anlegg for forbrenning av avfall i henhold til klimakvotedirektivet vedlegg I. Hvis anleggene anses som avfallsforbrenningsanlegg, er partene enige om at anleggene vil anses som anlegg for forbrenning av kommunalt og farlig avfall slik unntaket er lagt til grunn i norsk rett.

Avfall forbrennes ved svært høy temperatur. I nedkjølingsprosessen dannes det varmeenergi. Det er et krav etter EØS-retten og norsk rett at all varmeenergi fra forbrenningsprosessen skal utnyttes så langt det er praktisk gjennomførbart (se punkt 4.1 nedenfor). De sentrale bruksområdene for slik varmeenergi er varmtvann til fjernvarme, vandamp til industri og til elektrisitetsproduksjon.

Fredrikstad kommune har i lang tid drevet avfallshåndtering på Øra i kommunen. Bystyret i Fredrikstad fattet i februar 1981 vedtak om å bygge forbrenningsanlegg for avfall blant annet fordi det ikke var nok plass til avfallsdeponi. Anlegget har vært i drift siden 1984, og er plassert på nærings- og industriområdet Øra i Fredrikstad. FREVARs anlegg forbrenner og sluttbehandler avfall. Det var ikke fjernvarme i Fredrikstad på tiden anlegget ble bygget, men den nærliggende industrien kunne nyttiggjøre seg varmeenergien fra anlegget. FREVAR selger i dag om lag 80 % av gjenvunnet varme som damp til industri.

SARENs anlegg forbrenner og sluttbehandler avfall. Anlegget ligger i Sarpsborg kommune og har vært i drift siden 2010. SAREN selger all gjenvunnet varme som damp til industri.

I 2011 foretok Klima- og forurensningsdirektoratet (nå Miljødirektoratet) en vurdering av kvoteplikt for utslipp fra forbrenning av avfall i perioden 2013-2020. I vurderingen bygget direktoratet på en veileder fra Europa-kommisjonen av 18. mars 2010 om tolkningen av klimakvotedirektivet vedlegg I. På denne bakgrunn fremgår det blant annet av direktoratets vurdering at:

Vi har lagt vekt på hvorvidt forbrenningsanleggene hovedsakelig produserer damp til industri eller hovedsakelig produserer strøm og/eller fjernvarme i avgjørelsen av hvilken kategori et anlegg hører inn under.

Direktoratet klassifiserte etter dette FREVARs og SARENs anlegg som kvotepliktige samforbrenningsanlegg.

FREVAR og SAREN søkte om tillatelse til kvotepliktige utslipp 16. november 2012. Miljødirektoratet fattet vedtak om tillatelse til kvotepliktige utslipp av klimagasser til SAREN 22. januar 2014 og til FREVAR 30. januar 2014. FREVARs og SARENs anlegg ble ansett kvotepliktige i tråd med direktoratets vurdering fra 2011.

FREVAR påklaget Miljødirektoratets vedtak. Klima- og miljødepartementet opprettholdt vedtaket 13. februar 2017. Departementet bygget også på Kommisjonens veileder til klimakvotedirektivet vedlegg I, og uttalte blant annet:

EU-kommisjonens veileder peker på at det er opp til kompetent myndighet å avgjøre hvorvidt et anlegg skal anses som samforbrenningsanlegg eller avfallsforbrenningsanlegg. EU-kommisjonens veileder fremhever ulike vurderingsmomenter som kan gi veiledning. [...]

Et sentralt vurderingsmoment i henhold til veilederen er hvorvidt anleggets hovedformål er energiproduksjon, jf. henvisningen til definisjonen av samforbrenningsanlegg i EUs tidligere avfallsforbrenningsdirektiv, nå videreført i industriutslippsdirektivet. Videre peker veilederen også på anleggets geografiske plassering, herunder om anlegget ligger på samme sted som industriproduksjon. I veilederen begrunnes relevansen av anleggets plassering med at det indikerer om anleggets hovedformål er å levere energi til industriproduksjon. Departementet tolker dette slik at tilknytningen til industri er et sentralt moment i vurderingen av anleggets hovedformål. Veilederens vektlegging av energiproduksjon og tilknytning til industri, taler for at anlegg som leverer en høy andel energi til industriproduksjon må presumeres å ha som hovedformål å produsere energi. Departementet presiserer også at regelen for avfallsforbrenningsanlegg i EUs kvotedirektiv er utformet som en unntaksbestemmelse. Den overveiende hovedregelen er at forbrenning av brensler med innfyrt effekt over 20 MW skal være kvotepliktig.

En konsekvens av Miljødirektoratets og departementets vurdering er at anlegg for forbrenning av avfall som leverer varmeenergi til fjernvarme ikke er kvotepliktige, mens anlegg som leverer varmeenergi til industridamp blir ansett som kvotepliktige.

FREVAR og SAREN begjærte 25. mars 2022 at Miljødirektoratet omgjorde vedtakene om tillatelse. Begjæringen ble ikke tatt til følge. Direktoratets svar ble påklaget, men Klima- og miljødepartementet avviste klagen 8. august 2022.

FREVAR og SAREN tok ut stevning for Søndre Østfold tingrett 29. september 2022 med krav om at Miljødirektoratets og Klima- og miljødepartementets vedtak er ugyldige. Staten ble frifunnet ved tingrettens dom 10. mai 2023. Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett 12. juni 2023.

EU-domstolen avsa dom i sak C-166/23 den 6. juni 2024, hvor Kommisjonens veileder fra 2010 er et tema. Dommen er en vesentlig grunn til at saken er besluttet forelagt EFTA-domstolen.

4. Sakens rettslige bakgrunn

4.1. Relevant norsk lovgivning

Klimakvoteloven og klimakvoteforskriften gjennomfører klimakvotedirektivet og tilhørende rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen.

Virkeområdet for klimakvoteloven fremgår av § 3. Første og andre ledd (slik bestemmelsene lød på vedtakstidspunktet) lyder:

Loven gjelder utslipp av klimagasser fra stasjonære industrivirksomheter og luftfartsaktiviteter.

Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om hvilke klimagasser, aktiviteter og virksomheter som er kvotepliktige.

Ordlyden ble endret med virkning fra 1. januar 2024, blant annet slik at de to leddene er slått sammen i nytt første ledd. Det er ingen materielle endringer i bestemmelsen av betydning for saken.

Plikten til å svare kvoter fremgår av § 4 (slik bestemmelsen lød på vedtakstidspunktet):

Den som har kvotepliktige utslipp fra virksomhet eller aktiviteter som nevnt i forskrift gitt i medhold av § 3, må innlevere kvoter tilsvarende sine kvotepliktige utslipp i samsvar med bestemmelsene i § 12. [...]

Ordlyden ble noe endret med virkning fra 1. januar 2024, uten materiell betydning.

I tråd med klimakvoteloven § 3 er det klimakvoteforskriften som nærmere definerer hvilke aktiviteter som omfattes av loven. Klimakvoteforskriften § 1-1 (slik bestemmelsen lød på vedtakstidspunktet) sier at kvoteplikten gjelder utslipp av klimagasser fra de aktivitetene som er listet opp i tabellen i samme bestemmelse. Den relevante aktiviteten i saken, aktivitet nr. 1 i tabellen, lyder:

forbrenning av brensler i virksomheter der samlet innfyrt termisk effekt overstiger 20 MW (kvoteplikten gjelder likevel ikke forbrenning av brensler i anlegg for forbrenning av farlig og kommunalt avfall)

Bestemmelsen ble fra 1. januar 2024 endret noe, uten at det har materiell betydning. Nå er hovedregelen inntatt i § 1-3, mens unntaket følger av § 1-3 a bokstav b og § 1-3 a andre ledd.

Den sentrale norske bestemmelsen svarer til klimakvotedirektivet artikkel 2 nr. 1, jf. vedlegg I aktivitet nr. 1, jf. punkt 4.2 nedenfor.

Forskrift om gjenvinning og behandling av avfall (avfallsforskriften) § 10-10 Energiutnyttelse, som gjennomfører direktiv 2010/75/EU artikkel 44 b) i norsk rett, lyder:

Forbrenningsanlegg skal utformes, bygges og drives på en slik måte at all termisk energi generert av forbrenningsprosessen utnyttes så langt det er praktisk gjennomførbart.

4.2. EØS-retten

4.2.1. Direktiv 2003/87/EF (klimakvotedirektivet)

Direktiv 2003/87EF (klimakvotedirektivet) er inntatt i EØS-avtalens vedlegg XX (Miljø) ved EØS-komiteens beslutning nr. 146/2007 av 26. oktober 2007. Direktivet er endret en rekke ganger, senest ved endringsdirektiv (EU) 2023/959 som er inntatt i EØS-avtalen. Endringsdirektivet fra 2023 medførte endringer i både klimakvoteloven og klimakvoteforskriften, som nevnt i punkt 4.1. Endringene i klimakvotedirektivet synes ikke å ha betydning for tolkningsspørsmålene i saken. I dette foreleggesskrivet benyttes ordlyd og artikkelnummerering slik de lød på vedtakstidspunktet.

Artikkel 2 med overskriften «Scope» regulerer virkeområdet til direktivet. Artikkel 2 nr. 1 første punktum lyder:

1. This Directive shall apply to emissions from the activities listed in Annex I and greenhouse gases listed in Annex II.

Artikkel 12 med overskriften «Transfer, surrender and cancellation of allowances» nr. 3 om kvoteplikten for anlegg lyder:

3. Member States shall ensure that, by 30 April each year, the operator of each installation surrenders a number of allowances, other than allowances issued under Chapter II, equal to the total emissions from that installation during the preceding calendar year as verified in accordance with Article 15, and that these are subsequently cancelled.

Virkeområdet for direktivet er i tråd med artikkel 2 nærmere regulert i vedlegg til klimakvotedirektivet. Aktiviteter som omfattes, følger av vedlegg I.

Klimakvotedirektivet vedlegg I aktivitet nr. 1 lyder:

Combustion of fuels in installations with a total rated thermal input exceeding 20 MW (except in installations for the incineration of hazardous or municipal waste)

Klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5 lyder:

When the capacity threshold of any activity in this Annex is found to be exceeded in an installation, all units in which fuels are combusted, other than units for the incineration of hazardous or municipal waste, shall be included in the greenhouse gas emission permit.

I direktivet artikkel 3(t) er «combustion» definert som følger:

‘combustion’ means any oxidation of fuels, regardless of the way in which the heat, electrical or mechanical energy produced by this process is used, and any other directly associated activities, including waste gas scrubbing.

4.2.2. EU-domstolens praksis. Sak C-166/23

Den 6. juni 2024 avsa EU-domstolen dom i sak C-166/23 *Naturvårdsverket v Nouryon Functional Chemicals AB* etter foreleggelse fra Svea hovrätt, Mark- och miljödomstolen. Dommen gjaldt forståelsen av klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5, som lyder slik:

When the capacity threshold of any activity in this Annex is found to be exceeded in an installation, all units in which fuels are combusted, other than units for the incineration of hazardous or municipal waste, shall be included in the greenhouse gas emission permit.

Nouryon produserte organiske kjemikalier av en slik størrelsesorden at de var kvotepliktige iht. vedlegg I aktivitet nr. 23. Spørsmålet i saken var om en enhet i anlegget som forbrente farlig avfall skulle inkluderes i anleggets tillatelse og med det omfattes av klimakvotesystemet. Forbrenningsenheten forbrente utelukkende farlig avfall fra produksjonen (kun tilført øvrig brensel for å få ønsket forbrenningsprosess i ovnen).

EU-domstolen tok stilling til om unntaket innbefatter alle forbrenningsenheter som forbrenner farlig eller kommunalt avfall, eller om man må stille ytterligere krav, og i så tilfelle om formålet med forbrenningsenheten skal være avgjørende for om unntaket kommer til anvendelse (avsnitt 30).

EU-domstolen kommenterer og vurderer EU-kommisjonens veileder fra 2010 og forståelse av punkt 5 i avsnitt 42–44. Kommisjonens tolkning følger av veilederen punkt 3.3.3 om enheter (direktivets vedlegg I punkt 5) sammenholdt med punkt 3.3.2 om anlegg (direktivets vedlegg I aktivitet nr. 1). EU-domstolen finner at veilederen, som henviser til hovedformålet og lar skillet mellom samforbrenning og avfallsforbrenning være avgjørende, ikke er i tråd med direktivets ordlyd, formål eller kontekstuell tolkning.

EU-domstolen mener ordlyden taler for at det ikke kan stilles krav om at formålet med enheten er relevant i vurderingen av unntaket, og konkluderer slik i sin fortolkning av ordlyden i avsnitt 48:)

[...] , the wording of point 5 of Annex I to Directive 2003/87 does not indicate that the exclusion of units for the incineration of hazardous or municipal waste from a greenhouse gas emissions permit depends on the purpose for which that waste is incinerated

Videre mener domstolen at en systematisk og formålsbasert tolkning taler imot å tillegge hovedformålet med forbrenningen relevans (avsnitt 50–56). Herunder uttaler EU-domstolen i avsnitt 54:

It follows from the preceding elements that the EU legislature intended to promote the incineration of hazardous and municipal waste by removing them from the obligation to be authorised under the EU ETS. To limit the scope of that exception using the concept of a ‘main purpose’ is inconsistent with that objective.

På bakgrunn av dette konkluderte EU-domstolen med at klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5:

must be interpreted as meaning that all units for the incineration of hazardous or municipal waste are excluded from the scope of application of that directive, as amended, including those which are integrated within an installation falling within that scope and which do not have the incineration of that waste as their sole purpose, provided that they are used for the incineration of other waste only marginally.

Avgjørende etter vedlegg I punkt 5 er hva som faktisk forbrennes. Skillet mellom samforbrenning og avfallsforbrenning, som beror på en hovedformålsvurdering, er ifølge EU-domstolen ikke relevant på enhetsnivå.

4.2.3. EU-kommisjonens veileder til klimakvotedirektivets vedlegg I (Guidance on Interpretation of Annex I of the EU ETS Directive)

EU-kommisjonens veileder til direktivet vedlegg I, "Guidance on Interpretation of Annex I of the EU ETS Directive", av 18. mars 2010 omtaler tolkningen av vedlegg I aktivitet nr. 1 i punkt 3.3.2 med overskriften "Waste incineration and Co-incineration", som lyder:

Installations for the incineration of municipal waste or hazardous waste are thus excluded in Annex I of the EU ETS Directive. It is for the competent authority to determine whether a particular installation falls into one of these categories taking account the relevant definitions in the WID (Waste Incineration Directive). Installations falling under the WID have a permit under that Directive which should clearly state the status of the incineration or co-incineration units. This Directive defines an "incineration plant" as a technical unit

"dedicated to the thermal treatment of wastes with or without recovery of the combustion heat generated. This includes the incineration by oxidation of waste as well as other thermal treatment processes such as pyrolysis, gasification or plasma processes in so far as the substances resulting from the treatment are subsequently incinerated."

If a dedicated installation is found by the CA to fall under this definition, and if the waste incinerated falls predominantly under the category "municipal" or "hazardous" (according to the European waste catalogue), then it is not subject to the EU ETS Directive in respect of any incineration that takes place at the installation.

A co-incineration plant is defined in the WID as a plant

"whose main purpose is the generation of energy or production of material products and: — which uses wastes as a regular or additional fuel; or — in which waste is thermally treated for the purpose of disposal. If co-incineration takes place in such a way that the main purpose of the plant is not the generation of energy or production of material products but rather the thermal treatment of waste, the plant shall be regarded as an incineration plant within the meaning of point 4."

If the status of individual units cannot be derived unambiguously from the WID permit, the following considerations may serve as guidance: units burning waste which are situated at sites with industrial production (within the same installation or outsourced to a separate operator) are usually to be classified as co-incineration, because the main

purpose of such combustion units is the supply of energy to the production of industry goods. This fact is often supported by the substitutability of the waste unit by units fired with conventional fossil fuels. As evidence for such substitutability may serve inter alia:

- The waste unit is operated in technical connection with other boilers or CHP units, e.g. by feeding into a steam grid;
- The waste unit has replaced a previous boiler or CHP plant, which was fired by conventional fuels;
- The existence of reserve units which use conventional fuels;
- A significant amount of the thermal input in the waste unit is provided by conventional fuels, or other waste than hazardous or municipal waste.

Wherever the CA classifies the waste unit as co-incineration or as using other wastes than municipal and hazardous wastes, it is to be included in the EU ETS.

Veilederen punkt 3.3.3 med overskriften «Waste (co-)incineration units» omtaler direktivets vedlegg I punkt 5 om forbrenningsenhet, og legger til grunn som avgjørende tilsvarende skille mellom avfallsforbrenning og samforbrenning som i veilederen punkt 3.3.2.

Veiledningen er siden endret to ganger, sist 4. desember 2024 som følge av dommen nevnt ovenfor. Selv om det ble gjort endringer knyttet til tolkningen av unntaket i vedlegg I punkt 5 i veiledningens punkt 3.4.4 (tidligere punkt 3.3.3), har EU-kommisjonen ikke foretatt materielle endringer i punktet som knytter seg direkte til vedlegg I aktivitet nr. 1 (punktet er imidlertid flyttet fra punkt 3.3.2 til 3.4.3). Årsaken til dette fremgår ikke klart av veilederen.

5. Partenes EØS-rettslige anførsler

5.1. Ankende parter: SAREN og FREVAR

Ifølge de ankende parter følger det klart av ordlyden i klimakvotedirektivet vedlegg I aktivitet nr. 1 at anlegg som forbrenner farlig eller kommunalt avfall, ikke er kvotepliktige.

Partene er enige om at anleggene oppfyller kravet til forbrenning av farlig og kommunalt avfall. Det omtvistede spørsmålet er om de er anlegg for forbrenning av avfall. I denne vurderingen er det avgjørende spørsmålet om anleggene er konstruert for og faktisk forbrenner avfall. Om anleggenes «hovedformål» er avfallsforbrenning eller energiproduksjon, er ikke relevant i vurderingen. Dette følger klart av direktivets ordlyd, formål og systematikk, slik EU-domstolen har lagt til grunn i sak C-166/23.

EU-domstolens dom tar direkte stilling til spørsmålet i saken. Dommen konkluderer med at Kommisjonens tolkning i veilederen fra 2010, som gjelder både anleggsregelen i vedlegg I aktivitet nr. 1 og enhetsregelen i vedlegg I punkt 5, er feil. Sak C-166/23 er dermed avgjørende også for tolkningen av vedlegg I aktivitet nr. 1.

EU-domstolen fremhever i avsnitt 48 at ordlyden i vedlegg I punkt 5 ikke kan tas til inntekt for at vurderingen beror på formålet med avfallsforbrenningen. Ordlyden i vedlegg I aktivitet nr. 1 er den samme, og må tolkes på samme måte. Ordlyden gir ingen holdepunkter for at anlegg som forbrenner kommunalt og farlig avfall og samtidig utnytter varmeenergien fra forbrenningsprosessen, skal klassifiseres som kvotepliktig. Tvert imot er avfallsforbrenningsanlegg forpliktet til så langt det er mulig å utnytte varmeenergien som

oppstår ved nedkjøling av røykgass fra avfallsforbrenningen, jf. direktiv 2010/75/EU artikkel 44 (b) og art. 50 (5). En «hovedformålsføre» er heller ikke forenlig med ordlyden i vedlegg I aktivitet nr. 1 sammenholdt med direktivets definisjon av «combustion». At statens tolkning er feil, underbygges dessuten av at staten innenfor rammen av hovedformålsføre trekker opp som avgjørende et tilfeldig skille mellom anlegg som leverer den produserte energien til fjernvarme, og anlegg som leverer energi til industrien.

EU-domstolen omtaler Kommisjonens tolkning i veilederen fra 2010 i dommen avsnitt 42-44. Denne veilederen er lagt til grunn for rettsanvendelsen i statens vedtak og tingrettens dom i nærværende sak. EU-domstolen kommer til at Kommisjonens tolkning – som gjelder både enheter og anlegg – mangler støtte i EU-domstolens ordlyds-, system- og formålsorienterte tolkningsmetode, og er feil. Kommisjonens tolkning følger av 2010-veilederen punkt 3.3.3 for enheter sammenholdt med vurderingen i punkt 3.3.2 for anlegg. Av dette følger det for det første at Kommisjonen legger til grunn samme tolkning av ordlyden «for the incineration of hazardous or municipal waste» for enheter og anlegg. For det andre er EU-domstolens tolkning av denne ordlyden naturligvis avgjørende både for vurderingen av anlegg og enheter.

Som det videre fremgår av EU-domstolens avgjørelse, hadde EU-lovgiver dessuten til formål å fremme forbrenning av farlig og kommunalt avfall ved å unnta aktiviteten fra kvoteplikt etter klimavotesystemet, jf. dommen avsnitt 51. Som EU-domstolen peker på i avsnitt 54, ville et vurderingstema knyttet til «hovedformål» stride mot dette hensynet bak lovgivningen. Resonnementet gjelder tilsvarende for enheter og anlegg.

EU-domstolen fastslår videre i avsnitt 55-56 at en regel hvor avfallsforbrenningsanlegg blir kvotepliktige fordi de leverer varme fra forbrenningsprosessen til annen kvotepliktig virksomhet, er i strid med hovedformålet med klimakvotedirektivet. En slik regel ville bidra til sløsing av varmeenergi og økte klimagassutslipp. Vurderingen er like relevant for anlegg som for enheter.

På ovennevnte bakgrunn er det opplagt at EU-domstolens tolkning av klimakvotedirektivet vedlegg I punkt 5 gjelder tilsvarende for tolkningen av samme ordlyd i vedlegg I aktivitet 1, når det uttales at førstnevnte bestemmelse:

must be interpreted as meaning that all units for the incineration of hazardous or municipal waste are excluded from the scope of application of that directive, as amended, including those which are integrated within an installation falling within that scope and which do not have the incineration of that waste as their sole purpose, provided that they are used for the incineration of other waste only marginally.

At EU-kommisjonen ikke har revidert veilederen i sin helhet etter EU-domstolens dom, men kun har justert punktet om enhetsregelen, rokker ikke ved det faktum at dommen er avgjørende både for anlegg og enheter. Bestemmelsene er inntatt i samme vedlegg som regulerer kvotepliktige aktiviteter, har likelydende ordlyd, og må av hensyn til sammenhengen i regelverket tolkes likt. Det fremgår også klart av EU-domstolens avgjørelse. EU-kommisjonens veileder har uansett ikke rettskildevekt i EU/EØS-retten, jf. Traktat om den Europeiske Unions virkemåte artikkel 288 nr. 5. EU-domstolens avgjørelse i sak C-166/23 er et eksempel på det, og dette har også kommet direkte til uttrykk i veilederen punkt 1.1.

Når EU-domstolens konklusjon leses i lys av domspremissene og Kommisjonens 2010-veileder, er det ikke mulig å forstå EU-domstolen på annen måte enn at Kommisjonens «hovedformålsvurdering» både for anlegg og enheter bygger på feil direktivtolkning. Statens tolkning er dermed heller ikke riktig.

Etter ankende parters syn må tolkningsspørsmålet besvares med at direktiv 2003/87/EF vedlegg I aktivitet nr. 1 må tolkes slik at alle anlegg for forbrenning av farlig eller kommunalt avfall er unntatt fra direktivets virkeområde, inkludert de som ikke har forbrenning av avfall som sitt eneste formål, forutsatt at de kun brukes til forbrenning av annet avfall i begrenset omfang.

5.2. Ankemotparten: Staten ved Klima- og miljødepartementet

Staten mener at klimakvotedirektivets vedlegg I aktivitet nr. 1 må forstås slik at det avgjørende for om unntaket kommer til anvendelse, er en vurdering av anleggenes hovedformål, som styrer om de er henholdsvis samforbrenningsanlegg eller avfallsforbrenningsanlegg.

Slik det fremgår av de ulike språkversjonene av direktivteksten, er unntaket avgrenset til å gjelde for forbrenningsanlegg for forbrenning av farlig og kommunalt avfall. Ordet «for» indikerer at formålet med anlegget står sentralt for vurderingen. jf. det engelske «for», danske «til» og svenske «för». I det må det etter statens syn innfortolkes et formålskriterium. Dette blir særlig tydelig når man tar i betraktningen den føringen som følger av Kommisjonen veiledning om forståelsen av direktivteksten, som har blitt stående uforandret siden 2010.

Dersom avfallssammensetning var tilstrekkelig for å omfattes av unntaket, burde og kunne ordlyden reflektert dette på en enkel måte, sml. for eksempel formuleringen «som forbrenner».

Statens tolkning er også mest nærliggende når unntaket leses i lys av at formålet med klimakvotedirektivet, som er å skape insentiver for å redusere klimagassutslipp i tråd med overordnede klimamål, jf. også klimakvotedirektivet artikkel 1. Formålet tilsier at unntak fra klimakvotedirektivets virkeområde tolkes snevert, jf. også C-166/23 avsnitt 47.

Det finnes ikke relevant rettspraksis som nærmere klargjør unntaket i vedlegg I aktivitet nr. 1. Den nye rettsavgjørelsen i C-166/23 reiser imidlertid spørsmål om også vedlegg I aktivitet nr. 1 bør tolkes slik at formålet med forbrenningsanlegget ikke er relevant, men at det avgjørende i stedet blir avfallssammensetningen som forbrennes. Spørsmålet om hvorvidt dommen har overføringsverdi, oppstår fordi ordlyden i unntaksregelen er lik på enhetsnivå og på anleggsnivå. Staten mener at det likevel er flere grunner til at dommen ikke blir avgjørende.

For det første gjelder dommen forståelsen av et unntak for en annen situasjon. Etter aktivitet nr. 1 er forbrenning av brensel i anlegg med effekt over 20 MW en selvstendig aktivitet i klimakvotesystemet, mens punkt 5 gjelder enkeltforbrenningsenheter som ikke er en del av, men tilknyttet en aktivitet som er nevnt i listen over aktiviteter i vedlegg I. Enhetsregelen er med andre ord en selvstendig regel som ikke griper inn i vurderingen av kvotepliktig aktivitet i henhold til vedlegg I. Selv om unntaket i begge bestemmelsene omhandler forbrenning av farlig og kommunalt avfall, er reglene ulike. Unntak etter punkt 5 ekskluderer øvrige forbrenningsenheter i anlegget, mens unntaket etter aktivitet nr. 1 innebærer at hele anlegget faller utenfor klimakvotesystemet.

For det andre gjelder dommen et tilfelle der forbrenningen utgjør sluttbehandling av avfall («disposal»). Begge anleggene i vår sak er vurdert å være energigjenvinningsanlegg hvor avfall brukes til å produsere energi («recovery»). Hva som kategoriserer som henholdsvis disposal og recovery av avfall, fremgår av direktiv 2008/98/EC (Avfallsrammedirektivet) vedlegg I og II. Domstolen behandler utelukkende sluttbehandling og skriver under vurderingen av unntakets rekkevidde at det ikke kan være slik at kvoteplikten hindrer sluttbehandling («disposal») av farlig avfall, jf. avsnitt 51:

[...] the establishment of a system for the allocation of emission allowances must not impede the disposal of hazardous and municipal waste by incineration

Det er dermed ikke klart om skillet mellom gjenvinning av avfall (her ved energiproduksjon) og sluttbehandling av avfall er av betydning for tolkningen av rekkevidden av unntak i punkt 5.

I forlengelsen av dette er det uklart om uttalelsen om kontekstuell og formålsbasert tolkning skal forstås tilsvarende om avfallet som forbrennes utgjør gjenvinning («recovery»), i motsetning til en sluttbehandling («disposal»). Det er etter statens syn grunnlag for å vurdere avfallsmarkedet og energimarkedet ulikt i klimakvotesammenheng, gitt at energimarkedet er underlagt klimakvotedirektivets virkeområde. Denne usikkerheten rundt tolkningen av punkt 5 oppstår også ved tolkningen av aktivitet nr. 1, gitt at dommen skal tillegges vekt ved tolkning av denne.

Den 4. desember 2024 ble EU-kommisjonens veileder oppdatert som følge av dommen. Norske myndigheter var i dialog med EU-kommisjonen under arbeidet med revideringen, for å luften eventuelle implikasjoner EU-dommen har for Norge. De endringene som er gjort, knytter seg kun til unntaket i vedlegg I punkt 5. Det er ikke gjort relevante endringer i veilederen til vedlegg I aktivitet nr. 1.

Det er et uttrykk for at dommen, etter EU-kommisjonens syn, ikke er styrende for vurderingstemaet i vår sak, og at EU-kommisjonen mener at formålet fortsatt skal være førende for vurderingen etter vedlegg I aktivitet nr. 1.

EU-domstolens forutsetning i sak C-166/23 om at avfallssammensetningen skal være avgjørende for vurderingen av unntakets rekkevidde, vil i tilfeller der anlegg driver forbrenning av avfall som sin virksomhet, i praksis kunne være svært vanskelig å praktisere. Det er ingen EU-rettslige krav om at mottakere av avfall skal føre oversikt over avfallssammensetningen «municipal and hazardous waste» opp mot annet avfall. Det fremstår derfor som et nokså åpent spørsmål hvordan et slikt kriterium skal vurderes og anvendes. I veiledningen til vedlegg I punkt 5, oppdatert etter EU-domstolens dom, tar EU-kommisjonen til orde for at kriteriet skal fortolkes som et krav om 95 % farlig og kommunalt avfall på enhetsnivå, uten en nærmere angivelse om hvordan terskelen skal praktiseres.

Statens tolkning av klimakvotedirektivet har altså stadig – også etter EU-domstolens avgjørelse 6. juni 2024 – støtte i EU-kommisjonens veileder. Klimakvotedirektivet er et totalharmonisert direktiv som skal tolkes og praktiseres likt i alle medlemsland, og EU-kommisjonen er, som EUs utøvende myndighet og overvåkningsorgan, ansvarlig for å påse at reglene i klimakvotedirektivet blir fulgt.

6. Spørsmål til EFTA-domstolen

I tråd med de rettslige utgangspunktene som er gjengitt over, stiller Borgarting lagmannsrett følgende spørsmål til EFTA-domstolen:

1. Må direktiv 2003/87/EF vedlegg I aktivitet nr. 1 tolkes slik at alle anlegg for forbrenning av farlig eller kommunalt avfall er unntatt fra direktivets virkeområde, inkludert de som ikke har forbrenning av avfall som sitt eneste formål, forutsatt at de kun brukes til forbrenning av annet avfall i begrenset omfang?
2. Under forutsetning av at spørsmål 1 besvares benektende; hva er vurderingstemaet, og hvilke momenter er relevante, ved vurderingen av unntaket i klimakvotedirektivet vedlegg I aktivitet nr. 1?

Borgarting lagmannsrett

Mette D. Trovik
lagdommer