Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 8 de março de 2016 [1]

Processos C-540/14 P, C-551/14 P, C-564/14 P e C-565/14 P

DK Recycling und Roheisen GmbH
contra
Comissão Europeia (C-540/14 P),
e
Arctic Paper Mochenwangen GmbH
contra
Comissão Europeia (C-551/14 P),
e
Raffinerie Heide GmbH
contra
Comissão Europeia (C-564/14 P),
e
Romonta GmbH
contra

Comissão Europeia (C-565/14 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Ambiente — Diretiva 2003/87/CE — Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa — Regras transitórias relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito — Decisão 2011/278/UE — Medidas nacionais de execução apresentadas pela República Federal da Alemanha — Rejeição da inscrição de determinadas instalações nas listas de instalações que recebem licenças de emissão atribuídas a título gratuito — Cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas — Elemento essencial de um ato de base — Competências de execução — Subobjetivo da preservação das condições de concorrência»

1. Os quatro recursos que analiso nas presentes conclusões foram interpostos por quatro empresas alemãs — a DK Recycling und Roheisen GmbH (recorrente no processo C-540/14 P, a seguir «DK Recycling»), a Arctic Paper Mochenwangen GmbH (recorrente no processo C-551/14 P, a seguir «Arctic Paper»), a Raffinerie Heide GmbH (recorrente no processo C-564/14 P, a seguir «Raffinerie Heide»), e a Romonta GmbH (recorrente no processo C-565/14 P, a seguir «Romonta», denominadas conjuntamente «recorrentes») — que exploram instalações sujeitas ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa estabelecido pela Diretiva 2003/87 [2]. Todas as recorrentes requereram às autoridades alemãs a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para as suas

1 — Língua original: francês.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade, e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32), conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO L 140, p. 63; a seguir «Diretiva 2003/87»).

instalações com fundamento numa cláusula, prevista nas medidas de execução nacionais adotadas na Alemanha, que permite a atribuição de licenças adicionais a título gratuito às empresas cuja participação no regime de comércio de licenças implique «dificuldades excessivas» (a seguir «cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas»).

2. Os quatros recursos dizem respeito a outros tantos acórdãos [3] (a seguir, conjuntamente «acórdãos recorridos») pelos quais o Tribunal Geral da União Europeia julgou, em substância, improcedentes os pedidos de anulação parcial apresentados pelas recorrentes contra a Decisão 2013/448/UE [4] (a seguir «decisão controvertida»). Com essa decisão a Comissão Europeia rejeitou a inscrição das instalações das recorrentes na lista de instalações abrangidas pela Diretiva 2003/87 para efeitos de atribuição de licenças a título gratuito que as autoridades alemãs tinham proposto com fundamento na cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas.

3. A principal questão suscitada nestes processos, que o Tribunal de Justiça é chamado a decidir a título preliminar, respeita ao alcance da competência da Comissão para a adoção de medidas de execução da Diretiva 2003/87 com o objetivo de estabelecer regras harmonizadas para a atribuição de licenças a título gratuito para o terceiro período do comércio de emissões, a saber, a partir de 2013. Mais especificamente, a questão essencial que se levanta nestes recursos é a de saber se, à luz dos objetivos do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, a Diretiva 2003/87, conforme alterada pela Diretiva 2009/29 [5], permitia ou não à Comissão prever nas referidas medidas de execução uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas.

I – Quadro jurídico

A – *Diretiva 2003/87*

4. No quadro das ações adotadas para cumprir os compromissos abrangidos pelo Protocolo de Quioto [6], a Diretiva 2003/87 criou um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União Europeia, a fim de promover a redução das emissões desses gases. Este regime prossegue esse objetivo em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes [7]. Para o efeito, a referida diretiva prevê uma diminuição linear da quantidade total de licenças emitidas anualmente no conjunto da União [8].

5. Nos termos do seu considerando 5, a Diretiva 2003/87 destina-se a contribuir para o «cumprimento mais eficaz dos compromissos da União Europeia e dos seus Estados-Membros, através da implementação de um mercado europeu de licenças de emissão de gases com efeito de estufa que seja eficiente e apresente a menor redução possível do desenvolvimento económico e do emprego».

6. Nos termos do considerando 7 da Diretiva 2003/87, «[a] fim de preservar a integridade do mercado interno e evitar distorções da concorrência, torna-se necessário criar disposições comunitárias relativas à atribuição de licenças de emissão pelos Estados-Membros».

3 — Acórdãos de 26 de setembro de 2014, DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833), Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828), Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835) e Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833).

4 — Decisão da Comissão, de 5 de setembro de 2013, relativa às medidas nacionais de execução para a atribuição transitória a título gratuito de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87 (JO L 240, p. 27).

5 — V. nota 2 das presentes conclusões.

6 — Decisão 2002/358/CE, do Conselho, de 25 de abril de 2002, relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Protocolo de Quioto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as alterações climáticas e ao cumprimento conjunto dos respetivos compromissos (JO L 130, p. 1).

7 — Artigo 1.º da Diretiva 2003/87.

8 — Artigo 9.º, primeiro parágrafo, da Diretiva 2003/87.

7. As regras para a distribuição da quantidade total de licenças emitidas anualmente no conjunto da União, para o terceiro período do comércio de emissões, constam dos artigos 10.°, 10.°-A e 10.°-C da Diretiva 2003/87, que foram introduzidos pela Diretiva 2009/29. Uma parte dessas licenças é vendida em leilão pelos Estados-Membros a partir de 2013 [9] e outra parte, decrescente [10], é atribuída a título gratuito com base nas regras constantes dos artigos 10.°-A e 10.°- C da Diretiva 2003/87.

8. No que respeita, especificamente, ao regime transitório de atribuição de licenças a título gratuito, que deverá terminar em 2027 [11], nos termos do considerando 23 da Diretiva 2009/29, «[d]everá prever-se a atribuição transitória de licenças de emissão a título gratuito a instalações mediante regras harmonizadas a nível da Comunidade («parâmetros de referência *ex ante*»), a fim de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência na Comunidade».

9. O artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, introduzido pela Diretiva 2009/29 prevê as «[r]egras comunitárias transitórias relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito». Nos termos dos seus n.os 1, primeiro a quinto parágrafos, e 2:

«1. Até 31 de dezembro de 2010, a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças [de emissão título gratuito].

Essas medidas, que têm por objeto alterar elementos não essenciais da presente diretiva, completando-a, são aprovadas pelo procedimento de regulamentação com controlo a que se refere o n.º 3 do artigo 23.º

As medidas referidas no primeiro parágrafo devem, na medida do possível, estabelecer parâmetros de referência *ex ante* a nível comunitário que assegurem que a atribuição se processe de uma forma que incentive reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes, ao tomar em consideração as mais eficientes técnicas, substitutos, processos de produção alternativos, cogeração de alta eficiência, recuperação eficiente de energia a partir de gases residuais, utilização da biomassa e captura, transporte e armazenamento de CO_2, sempre que existam as instalações necessárias, não podendo incentivar o aumento das emissões [...]

Para cada sector e subsector, o parâmetro de referência deve ser, em princípio, calculado relativamente aos produtos e não aos fatores de produção, a fim de maximizar a redução das emissões de gases com efeito de estufa e as economias em termos de eficiência energética através de cada processo produtivo do sector ou subsector em causa.

A Comissão deve consultar os interessados, incluindo os sectores e subsectores visados, a fim de definir os princípios para o estabelecimento dos parâmetros de referência *ex ante* nos vários sectores e subsectores. […]

2. Na definição dos princípios de fixação de parâmetros de referência *ex ante* nos vários sectores ou subsectores, o ponto de partida é a média dos resultados de 10% das instalações mais eficientes de um determinado sector ou subsector na Comunidade durante o período de 2007-2008 […].»

9 — V. artigo 10.º da Diretiva 2003/87 e considerando 15 da Diretiva 2009/29.

10 — Artigo 10.º-A, n.º 11, da Diretiva 2003/87.

11 — V. artigo 10.º-A, n.º 11, da Diretiva 2003/87 e considerando 21 da Diretiva 2009/29.

10. Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87, cada Estado-Membro devia publicar e apresentar à Comissão, até 30 de setembro de 2011, a lista das instalações abrangidas por esta diretiva no seu território e de eventuais atribuições a título gratuito a cada instalação no seu território [12]. O n.º 3 do mesmo artigo prevê que os Estados-Membros não podem emitir licenças de emissão a título gratuito a instalações cuja inscrição na lista referida no n.º 1 deste artigo tenha sido rejeitada pela Comissão.

B – *Decisão 2011/278/UE*

11. Em cumprimento do seu dever, previsto no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, de aprovar medidas de execução na União plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão a título gratuito, a Comissão adotou, em 27 de abril de 2011, a Decisão 2011/278 [13]. Nesta decisão estabeleceu as regras transitórias da União relativas à atribuição das referidas licenças.

12. Com este objetivo, a Comissão desenvolveu, na medida possível, um parâmetro de referência para cada produto [14]. Nos casos em que não foi possível calcular o parâmetro de referência de um produto, mas são produzidos gases com efeito de estufa elegíveis para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito, a Comissão formulou três abordagens de recurso hierarquizadas [15]. Em primeiro lugar, o parâmetro de referência relativo a calor foi aplicado aos processos de consumo de calor em que é utilizado um vetor térmico mensurável Em segundo lugar, o parâmetro de referência relativo a combustível foi aplicado quando era consumido calor não mensurável. Em terceiro lugar, no caso das emissões resultantes de processos, as licenças de emissão foram atribuídas com base nas emissões históricas.

C – *Direito alemão*

13. Na Alemanha, a Decisão 2011/278 foi transposta, nomeadamente, pela Lei do comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, a seguir «TEHG»), de 21 de julho de 2011. O § 9, n.º 5, da TEHG contém uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, e prevê o seguinte:

«Se a atribuição das licenças […] causar dificuldades excessivas ao operador da instalação e a uma empresa a este ligada, que, por motivos decorrentes do direito comercial e do direito das sociedades, tenha de suportar, com o seu próprio capital, os riscos económicos desse operador, a autoridade competente atribui, a requerimento do operador, licenças adicionais na quantidade adequada a uma compensação equitativa, desde que a Comissão Europeia não rejeite essa atribuição com base no artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87».

II – Antecedentes do litígio

14. As recorrentes são quatro empresas alemãs que exploram instalações sujeitas, desde 1 de janeiro de 2005, ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. Todas pediram às autoridades alemãs competentes a atribuição de licenças a título gratuito para as suas instalações, nomeadamente com base na cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, prevista no § 9.°, n.º 5, da TEHG.

12 — V., também, artigo 15.º da Decisão 2011/278/UE da Comissão, de 27 de abril de 2011, sobre a determinação das regras transitórias da União relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 (JO L 130, p. 1).

13 — Referida na nota 12 das presentes conclusões.

14 — V. considerando 4 e anexo I da Decisão 2011/278.

15 — V. considerando 12 da Decisão 2011/278.

15. Em 7 de maio de 2012, a República Federal da Alemanha transmitiu à Comissão a lista das instalações abrangidas pela Diretiva 2003/87, que se encontravam no seu território e as licenças a atribuir a título gratuito a cada instalação situada no seu território. Para as instalações das recorrentes, este Estado-Membro calculou a quantidade preliminar de licenças de emissão a atribuir a título gratuito, nomeadamente com base na cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, prevista no § 9, n.º 5, da TEHG. Em relação à aplicação desta cláusula, a autoridade alemã competente constatou que a atribuição de licenças de emissão a título gratuito apenas com base nas regras de atribuição harmonizadas a nível da União causaria às recorrentes um risco de bloqueio económico.

16. Em 5 de setembro de 2013, a Comissão adotou a decisão controvertida, pela qual rejeitou a inscrição das instalações das recorrentes nas listas de instalações abrangidas pela Diretiva 2003/87, bem como as quantidades anuais totais preliminares de licenças de emissão atribuídas a título gratuito às instalações em causa.

17. No considerando 11 da decisão controvertida, a Comissão fundamentou esse indeferimento nos seguintes termos:

«[A] Comissão constata que, por considerar que isso evitaria dificuldades desnecessárias, a Alemanha propôs que em sete instalações fosse aumentado o nível de licenças de emissão atribuídas a título gratuito. Em conformidade com o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE e com a Decisão 2011/278/UE, as quantidades preliminares de licenças de emissão a atribuir a título gratuito cuja proposta se integra na apresentação das medidas nacionais de execução são calculadas com base em regras harmonizadas ao nível da União. A Decisão 2011/278/UE não prevê o ajustamento que a Alemanha pretendia fazer com base no artigo 9.º, n.º 5, [da TEHG]. Se, até 2012, a atribuição de licenças de emissão a título gratuito era organizada a nível nacional, para o período com início em 2013 o legislador estabeleceu intencionalmente regras totalmente harmonizadas para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito a instalações, a fim de que todas estas sejam tratadas num plano de igualdade. Qualquer modificação unilateral das quantidades preliminares de licenças a atribuir a título gratuito calculadas pelos Estados-Membros com base na Decisão 2011/278/UE comprometeria esta abordagem harmonizada. A Alemanha não demonstrou que as atribuições calculadas com base na Decisão 2011/278/UE e destinadas às instalações em questão eram manifestamente inadequadas face ao objetivo prosseguido de completa harmonização das atribuições de licenças de emissão. A atribuição de mais licenças a título gratuito a algumas instalações distorceria, ou ameaçaria distorcer, a concorrência e teria efeitos transfronteiriços, dado que o comércio nos setores abrangidos pela Diretiva 2003/87/CE se processa à escala da União. À luz do princípio da igualdade de tratamento das instalações no âmbito do [regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa], bem como da igualdade de tratamento dos Estados-Membros, a Comissão considera, portanto, justificado opor-se às quantidades preliminares de licenças de emissão a atribuir a título gratuito a determinadas instalações constantes das medidas nacionais de execução da Alemanha e indicadas no anexo I, ponto A.»

III – Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdãos recorridos

18. As recorrentes interpuseram recurso no Tribunal Geral pedindo a anulação da decisão controvertida na parte respeitante ao indeferimento da inscrição das suas instalações na lista de instalações abrangidas pela Diretiva 2003/87.

19. Em 26 de setembro de 2014, o Tribunal Geral proferiu os acórdãos recorridos, pelos quais negou integralmente provimento aos recursos apresentados pela Arctic Paper, pela Raffinerie Heide e pela Romonta. Em contrapartida, o Tribunal Geral deu provimento parcial ao recurso da DK Recycling [16] mas rejeitou os fundamentos que esta apresentou relativamente à rejeição da atribuição de licenças de emissão a título gratuito baseada na cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas [17].

IV – Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

20. Por petições apresentadas na secretaria do Tribunal de Justiça em 27 de novembro e em 2, 8 e 9 de dezembro de 2014, as recorrentes interpuseram os presentes recursos.

21. Por requerimentos separados apresentados na secretaria do Tribunal de Justiça, respetivamente, em 27 de novembro de 2014, em 2 de dezembro de 2014 e em 8 de dezembro de 2014, a DK Recycling, a Arctic Paper e a Romonta requereram ao Tribunal de Justiça a tramitação acelerada dos seus processos.

22. Por despachos de 2 de fevereiro de 2015 [18], o presidente do Tribunal de Justiça indeferiu os pedidos de tramitação acelerada.

23. Cada uma das recorrentes pede ao Tribunal de Justiça para anular o acórdão recorrido que lhe diz respeito [19], decidir o processo quanto ao mérito e anular a decisão controvertida na parte em que lhe diz respeito; a DK Recycling, a Arctic Paper, e a Romonta pedem também, a título subsidiário, a anulação dos acórdãos recorridos e a devolução dos seus processos ao Tribunal Geral; por último, as recorrentes pedem a condenação da Comissão nas despesas.

24. Nesses quatro processos, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e condene as recorrentes nas despesas.

V – Análise

A – *Observações preliminares*

25. Em apoio dos respetivos recursos, as recorrentes deduzem diversos fundamentos que se sobrepõem em larga medida. Todas as recorrentes deduzem, designadamente, fundamentos relativos à violação dos direitos fundamentais, por parte do Tribunal Geral, na sua análise do regime de atribuição de licenças a título gratuito constante da Decisão 2011/278, e erros na análise do caráter proporcionado da Decisão 2011/278.

16 — No acórdão DK Recycling und Roheisen (T-630/13, EU:T:2014:833), o Tribunal Geral deu provimento parcial ao recurso da DK Recycling na parte em que se referia à rejeição pela Comissão, na decisão controvertida, da atribuição de licenças de emissão a título gratuito para as suas instalações com base numa parte da instalação com emissões de processo para a produção de zinco em alto-forno e os processos conexos. Essa parte do acórdão não foi objeto do recurso interposto pela DK Recycling no processo C-540/14.

17 — Trata-se do primeiro fundamento e do segundo fundamento. V., especificamente, n.os 39 a 101 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833).

18 — Despachos do presidente do Tribunal de Justiça DK Recycling und Roheisen/Comissão (C-540/14 P, EU:C:2015:58); Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (C-551/14 P, EU:C:2015:107), e Romonta/Comissão (C-565/14 P, EU:C:2015:56).

19 — A DK Recycling pede ao Tribunal de Justiça para anular o acórdão recorrido na parte em que é negado provimento ao seu recurso quanto ao restante.

26. No entanto, a Comissão alega que deve ser negado provimento a todos os recursos por um motivo que qualifica de «mais fundamental» e que, na sua opinião, torna inoperantes todos os argumentos desenvolvidos pelas recorrentes nos seus recursos. A Comissão sustenta, em substância, que, contrariamente ao que o Tribunal Geral concluiu nos acórdãos recorridos, a Diretiva 2003/87, e nomeadamente o seu artigo 10.º-A, não lhe permitia prever nas medidas de execução estabelecidas com fundamento nessa disposição — a saber, na Decisão 2011/278 — a atribuição de licenças a título gratuito com base numa cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas.

27. A Comissão contesta a análise do Tribunal Geral a este respeito, mas pede ao Tribunal de Justiça para confirmar os dispositivos dos acórdãos recorridos. Assim, pede, em substância, ao Tribunal de Justiça para proceder a uma substituição de fundamentos. Tendo este pedido da Comissão natureza prévia ao tratamento dos fundamentos deduzidos em todos os recursos, há que analisá-lo em primeiro lugar.

B – *Quanto à existência de um poder discricionário da Comissão para introduzir uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278*

1. Acórdãos recorridos

28. Em todos os acórdãos recorridos, no âmbito da análise dos fundamentos e argumentos das recorrentes relativos à violação do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais pela Decisão 2011/278, o Tribunal Geral considerou a título preliminar o seguinte [20]:

«Saliente-se que não se pode excluir, desde logo, a violação dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade devido à inexistência, nas regras de atribuição de licenças de emissão a título gratuito estabelecidas pela Decisão 2011/278, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, uma vez que o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, que constitui a base jurídica dessa decisão, não obsta à atribuição, pela Comissão, de licenças de emissão a título gratuito com base numa cláusula desse tipo. Com efeito, em primeiro lugar, por força do artigo 10.º-A, n.º 1, primeiro e segundo parágrafos, da Diretiva 2003/87, a Comissão estava obrigada a aprovar medidas de execução, a nível da União, plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão a título gratuito, medidas essas que se destinavam a alterar elementos não essenciais da Diretiva 2003/87, para a completar. O estabelecimento, pela Comissão, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, aplicável a todos os Estados-Membros, respeitaria a exigência de plena harmonização, a nível da União, dessas medidas de execução. Além disso, porque essa cláusula apenas versaria sobre casos excecionais e, consequentemente, não poria em causa o sistema estabelecido pela Diretiva 2003/87, não se destinava a alterar elementos essenciais dessa diretiva. Em segundo lugar, por força do artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2003/87, a Comissão estava obrigada a determinar, na medida do possível, parâmetros de referência *ex ante*. Nos casos em que não era possível calcular o parâmetro de referência de um produto, mas eram produzidos gases com efeito de estufa elegíveis para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito, a Comissão dispunha de um amplo poder discricionário para estabelecer regras, o que fez, formulando três abordagens de recurso hierarquizadas. Assim, no âmbito desse poder discricionário, a Comissão também poderia ter previsto a atribuição de licenças de emissão a título gratuito com base numa cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas.»

20 — V. acórdãos DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833, n.º 50); Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828, n.º 49); Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835, n.º 53), e Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833, n.º 51).

2. Argumentação das partes

29. A Comissão contesta esta análise do Tribunal Geral e defende que a Diretiva 2003/87 não lhe confere nenhum poder discricionário para introduzir uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278.

30. Em primeiro lugar, contrariamente à apreciação do Tribunal Geral, quando o artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 utiliza as expressões «na medida do possível» ou «em princípio» fornece à Comissão flexibilidade apenas no que se refere à abordagem regulamentar a adotar para diferentes sectores ou subsectores, ao permitir-lhe, se necessário, estabelecer parâmetros de referência, não para produtos, mas segundo outros critérios, como foi feito na Decisão 2011/278 que estabeleceu parâmetros de referência relativos a calor e a combustíveis e um critério para as emissões de processos.

31. Em segundo lugar, a exigência referida no considerando 23 da Diretiva 2009/29, segundo a qual as regras de atribuição de licenças a título gratuito deveriam ser adotadas com base numa abordagem sectorial específica e «[plenamente] harmonizadas a nível da Comunidade» a fim de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência e evitar que o aumento das emissões seja incentivado, constitui um aspeto essencial do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87. Uma regra que autorizasse a atribuição de mais licenças a uma instalação do que a outra comparável em todos os aspetos, exceto quanto ao facto de a aplicação dessas regras causar, para a primeira instalação, «dificuldades financeiras excessivas», não seria conforme com esta exigência e modificaria os aspetos essenciais do ato de base, a saber, a Diretiva 2003/87.

32. Nestas condições, segundo a Comissão, uma vez que as recorrentes não alegaram a ilegalidade da Diretiva 2003/87, os seus argumentos são inoperantes e esta constatação é, por si, só suficiente para negar provimento a todos os recursos.

33. Nas suas réplicas, a DK Recycling, a Arctic Paper e a Romonta defendem que o Tribunal Geral não errou quando declarou que a Diretiva 2003/87 não se opunha a que a Comissão inserisse na Decisão 2011/278 uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas. Mais especificamente, a Romonta defende que nem a abordagem sectorial adotada por esta diretiva nem a exigência de uma atribuição harmonizada a nível da União justificam uma interpretação segundo a qual a Comissão não podia inserir uma cláusula deste tipo na Decisão 2011/278. Por último, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar errada a análise do Tribunal Geral a este respeito, a DK Recycling e a Arctic Paper invocam, a título subsidiário, a incompatibilidade da Diretiva 2003/87 com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir, «Carta») e com o princípio da proporcionalidade.

3. Apreciação jurídica

a) Quanto à admissibilidade do pedido de substituição de fundamentos da Comissão

34. Antes de mais, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, para que um pedido de substituição de fundamentos seja admissível, é necessária a existência de interesse em agir, no sentido de que deve ser suscetível, pelo seu resultado, de proporcionar um benefício à parte que o apresenta. Pode ser o caso quando o pedido de substituição de fundamentos constitui uma defesa contra um fundamento apresentado pelo recorrente [21].

21 — Acórdãos Ziegler/Comissão (C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 42) e Iride/Comissão (C-329/09 P, EU:C:2011:859, n.ºs 48 a 51).

35. No caso em apreço, o pedido de substituição de fundamento tem como objetivo que o Tribunal de Justiça declare que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao decidir que, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, a Comissão podia validamente introduzir na Decisão 2011/278 uma regra de atribuição de licenças a título gratuito relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas. Ora, no caso de o Tribunal de Justiça acolher esse pedido, todos os fundamentos das recorrentes que têm como objetivo condenar o Tribunal Geral por não ter censurado a inexistência dessa regra na Decisão 2011/278 tornar-se-iam inoperantes. Com efeito, se o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 não desse poderes à Comissão para prever essa regra na referida decisão, as recorrentes não podiam censurar a Comissão por não a ter inserido, nem, consequentemente, o Tribunal Geral por não ter acolhido os seus fundamentos relativos a violações de direito por inexistência dessa cláusula na Decisão 2011/278.

36. Nestas condições, na medida em que o pedido de substituição dos fundamentos da Comissão tem impacto em vários fundamentos alegados nos recursos deve ser, na minha opinião, considerado admissível.

b) Quanto ao mérito

i) Resumo da jurisprudência quanto à determinação do caráter essencial ou não essencial dos elementos de um ato de base

37. Antes de mais, para apreciar os argumentos alegados pela Comissão no seu pedido de substituição de fundamentos, importa recordar brevemente os princípios desenvolvidos pela jurisprudência relativos à determinação do caráter essencial dos elementos de um ato de habilitação.

38. Segundo jurisprudência constante, a adoção das regras essenciais de uma matéria é reservada à competência do legislador da União. Essas regras devem ser aprovadas na regulamentação de base e não podem ser objeto de uma delegação [22].

39. No acórdão Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:516), que respeitava a uma disposição de habilitação que estava redigida em termos muito semelhantes ao artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 [23] e que também tinha sido adotada antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça esclareceu que as normas para a adoção das quais seja necessário efetuar opções políticas da responsabilidade própria do legislador da União não podem ser objeto de delegação. Resulta daqui que as medidas de execução não podem alterar elementos essenciais de uma regulamentação de base nem completá-la com novos elementos essenciais [24].

40. No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça salientou em seguida que a questão de saber quais os elementos de uma matéria que devem ser qualificados de essenciais deve basear-se em elementos objetivos suscetíveis de serem objeto de fiscalização jurisdicional e que, a este respeito, há que tomar em consideração as características e as especificidades do domínio em causa [25].

22 — Acórdão Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:516, n.º 64 e jurisprudência aí referida).

23 — A saber, artigo 12.º, n.º 5, do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (JO L 105, p. 1), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 296/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2008 (JO L 97, p. 60).

24 — Acórdão Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:516, n.os 65 e 66); v., também, mais recentemente, acórdão Parlamento/Conselho (C-363/14, EU:C:2015:579, n.º 46).

25 — Acórdãos Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:516, n.os 67 e 68) e Parlamento/Conselho (C-363/14, EU:C:2015:579, n.º 47).

41. Nas minhas conclusões relativas ao mesmo processo Parlamento/Conselho (EU:C:2012:207), tinha salientado que resultava da análise da jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça [26] que a determinação do caráter essencial ou não essencial de elementos da legislação de base introduzidos ou alterados com o ato de execução deve decorrer de uma apreciação conduzida à luz de um conjunto de elementos. Estes elementos incluem as características da política em questão, a margem de manobra mais ou menos ampla reconhecida à Comissão na execução dessa política, o teor da disposição de habilitação, o conteúdo e as finalidades do ato de base, bem como o sistema no seu todo [27].

42. Além disso, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, os limites do poder de execução da Comissão são apreciados, designadamente, em função dos objetivos gerais essenciais da regulamentação em causa [28].

ii) Quanto à exigência de preservação das condições de concorrência no âmbito do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa e, especificamente, das regras transitórias sobre a atribuição a título gratuito

43. A Comissão alega que a exigência de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência constitui um elemento essencial da disposição que a habilitava a aprovar regras transitórias para a atribuição de licenças a título gratuito, a saber, o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87.

44. A este respeito, há que salientar que o Tribunal de Justiça afirmou que embora o objetivo principal declarado da Diretiva 2003/87 seja reduzir substancialmente as emissões de gases com efeito de estufa, para cumprir os compromissos da União e dos Estados-Membros em relação ao Protocolo de Quioto, este objetivo deve, todavia, ser alcançado com observância de uma série de subobjetivos e com recurso a certos instrumentos, sendo o principal desses instrumentos o regime da União de comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa [29]. Os outros subobjetivos a que o referido regime deve dar resposta são, designadamente, conforme mencionado nos considerandos 5 e 7 da mesma diretiva, a preservação do desenvolvimento económico e do emprego, bem como da integridade do mercado interno e das condições de concorrência [30].

45. Assim, resulta desta jurisprudência que a preservação das condições de concorrência no mercado interno constitui um subobjetivo da Diretiva 2003/87 ao qual o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa se deve conformar. O principal objetivo de natureza ambiental deste regime deve ser prosseguido no respeito, entre outros, desse subobjetivo específico.

46. O alcance essencial da exigência de preservação das condições de concorrência no mercado interno no âmbito do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, conforme estabelecido pela Diretiva 2003/87 e alterado pela Diretiva 2009/29, resulta, além disso, do facto de esse subobjetivo ser mencionado por diversas vezes nos considerandos destas diretivas.

26 — V. análise da jurisprudência que efetuei aos n.os 26 a 28 das minhas conclusões no processo Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:207).

27 — V. conclusões no processo Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:207, n.º 29).

28 — V. acórdão Parlamento/Comissão (C-65/13, EU:C:2014:2289, n.º 44 e jurisprudência aí referida).

29 — V., neste sentido, acórdãos Comissão/Polónia (C-504/09 P, EU:C:2012:178, n.º 77); Comissão/Estónia (C-505/09 P, EU:C:2012:179, n.º 79), e Iberdrola e o. (C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 e C-640/11, EU:C:2013:660, n.º 43).

30 — Acórdãos Comissão/Polónia (C-504/09 P, EU:C:2012:178, n.º 77); Comissão/Estónia (C-505/09 P, EU:C:2012:179, n.º 79), e Iberdrola e o. (C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 e C-640/11, EU:C:2013:660, n.º 43).

47. Com efeito, por um lado, o considerando 7 da Diretiva 2003/87 refere expressamente a necessidade de evitar distorções da concorrência na adoção das disposições da União relativas à atribuição de licenças de emissão. Por outro lado, a necessidade de respeitar este subobjetivo é evocada ao longo da Diretiva 2009/29, quer enquanto exigência de natureza geral [31] quer enquanto razão de ser de algumas regras específicas [32].

48. No que respeita especificamente às regras transitórias relativas à atribuição das licenças a título gratuito, em causa nos presentes processos, o considerando 23 da Diretiva 2009/29 dispõe expressamente que, a fim de cumprir a exigência de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência, deverá prever-se a atribuição transitória das referidas licenças de emissão mediante regras harmonizadas a nível da União através da determinação de «parâmetros de referência *ex ante*».

49. A necessidade de respeitar esta exigência reflete-se na abordagem seguida pelo legislador no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87. Esta disposição habilita a Comissão a aprovar medidas de execução a nível da União plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão a título gratuito e fornece os critérios aos quais a Comissão se deve conformar na adoção dessas medidas de execução.

50. Mais especificamente, o terceiro parágrafo do n.º 1 do referido artigo 10.º-A prevê que essas medidas de execução devem, na medida do possível, estabelecer parâmetros de referência *ex ante* a nível da União. Esses parâmetros de referência *ex ante* correspondem a uma determinada quantidade de emissões de CO_2 que a Comissão reconhece ser necessária para a produção de uma certa quantidade do produto em causa [33]. É utilizado um parâmetro de referência para calcular o número de licenças atribuído a título gratuito a cada instalação de um sector ou de um subsector multiplicando-o pelo nível de atividade histórica da instalação relativa ao produto correspondente [34], sob reserva de aplicação do fator de correção transectorial uniforme previsto no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 [35]. Por conseguinte, esses parâmetros de referência representam parâmetros objetivos com base nos quais é determinado o número de licenças atribuídas a título gratuito a cada instalação.

51. O quarto parágrafo do n.º 1 do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 fornece à Comissão indicações complementares sobre a determinação dos parâmetros de referência *ex ante*. Esta disposição prevê que para cada sector e subsector, o parâmetro de referência deve ser, em princípio, calculado relativamente aos produtos e não aos fatores de produção, a fim de maximizar a redução das emissões de gases com efeito de estufa e as economias em termos de eficiência energética através de cada processo produtivo do sector ou subsector em causa. Assim, esta disposição prevê, por um lado, que

31 — O considerando 8 da Diretiva 2009/29 refere o objetivo de «evitar distorções no mercado interno» como um dos imperativos do novo regime de comércio implementado por essa diretiva. A este respeito, v. também acórdão Comissão/Polónia (C-504/09 P, EU:C:2012:178, n.º 82).

32 — Assim, o considerando 15 da Diretiva 2009/29 refere a necessidade de garantir o «mesmo nível competitivo» para os novos operadores, como uma exigência fundamental do regime de venda em leilão introduzido por esta diretiva. A mesma exigência é evocada no considerando 16 desta diretiva no que respeita à necessidade de harmonização das regras relativas aos novos operadores. O considerando 17 da Diretiva 2009/29 refere o objetivo de eliminação das distorções na concorrência intracomunitária como uma das razões que torna desaconselhável o tratamento diferenciado dos sectores económicos em cada um dos Estados-Membros. O considerando 19 também refere este objetivo em relação à disciplina aplicável aos produtores de eletricidade. O considerando 28 refere ainda este objetivo em relação à exigência de harmonização da utilização de créditos que resultam de reduções das emissões fora da União. Na mesma perspetiva, pode salientar-se que o Tribunal de Justiça considerou que tinha sido o objetivo de pôr o regime de comércio de licenças ao abrigo das distorções da concorrência que tinha inspirado o legislador a instaurar uma coima predefinida sobre as emissões excedentárias nos termos do artigo 16.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2003/87. V. acórdão Billerud Karlsborg e Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, n.º 27).

33 — Conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos Borealis Polyolefine, OMV Refining & Marketing, DOW Benelux e o. e Esso Italiana e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14 e C-389/14, EU:C:2015:754, n.º 40).

34 — V. especificamente artigo 10.º da Decisão 278/2011. Conforme resulta do n.º 12 das presentes conclusões, no caso em que não foi possível calcular um parâmetro de referência de um produto, a Comissão calculou parâmetros de referência de calor e de combustível que são multiplicados pela atividade história relativa respetivamente ao calor mensurável ou ao combustível consumido. Em relação às emissões de processo, v. artigo 10.º, n.º 2, alínea b), iii) da Decisão 2011/278.

35 — V. artigos 10.º, n.º 9, e 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278.

os parâmetros de referência *ex ante* devem ser determinados *para cada sector e subsector*, por conseguinte, segundo uma abordagem que pode ser definida, à semelhança do que fez Comissão, de abordagem «sectorial» e, por outro lado, que esses parâmetros de referência devem, em princípio, ser determinados para cada produto e não para os fatores de produção.

52. A exigência da adoção de uma abordagem «sectorial» para a determinação dos parâmetros de referência *ex ante* [36] é, aliás, confirmada pelo quinto parágrafo que prevê uma obrigação de consulta da Comissão às partes interessadas, incluindo os sectores e subsectores visados, para a definição dos princípios a aplicar para estabelecer os parâmetros de referência *ex ante* a utilizar nos *diversos sectores e subsectores*. Do mesmo modo, o n.º 2, do artigo 10.º-A, da Diretiva 2003/87 refere-se expressamente ao «estabelecimento dos parâmetros de referência *ex ante* nos vários sectores e subsectores».

iii) Quanto à determinação dos parâmetros de referência *ex ante* segundo uma abordagem sectorial como expressão do subobjetivo de preservação das condições de concorrência

53. A abordagem harmonizada escolhida pelo legislador no artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 segundo a qual o número de licenças atribuído a título gratuito é calculado utilizando parâmetros de referência *ex ante* numa base sectorial é expressão da exigência, prevista expressamente no considerando 23 da Diretiva 2009/29, de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência que resultam da atribuição de licenças a título gratuito [37].

54. Com efeito, a determinação de parâmetros de referência *ex ante* numa base sectorial tem por objetivo basear a atribuição das licenças a título gratuito em parâmetros objetivos que sejam aplicados indistintamente e de forma equivalente às instalações geridas por operadores ativos num sector ou subsector determinado. Desta maneira, ao prever a subordinação de todas as instalações do sector ou subsector visado aos mesmos parâmetros objetivos, a Diretiva 2003/87 garante que a atribuição das licenças a título gratuito tenha um impacto o mais limitado possível sobre a concorrência. Aliás, tal abordagem é coerente com a caracterização do regime de comércio de licenças de emissões como um sistema de economia de mercado [38].

55. A este respeito, importa salientar que a Diretiva 2003/87, conforme alterada pela Diretiva 2009/29, utiliza reiteradamente uma abordagem «sectorial» como expressão da exigência de evitar distorções da concorrência, de forma que quase se pode afirmar que essa abordagem caracteriza toda a construção do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa [39]. Assim, apenas a título de exemplo, nas disposições especiais constantes do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 para reduzir o risco de fuga de carbono, o legislador adotou uma abordagem de base sectorial [40]. O considerando 17 da Diretiva 2009/29 também evoca essa abordagem, em relação com o «objetivo de eliminação das distorções da concorrência intracomunitária» quando prevê que é desaconselhável um tratamento diferenciado dos *sectores económicos* em cada um dos Estados-Membros [41].

36 — V., a este respeito, também acórdão Polónia/Comissão (T-370/11, EU:T:2013:113. n.º 85).

37 — A este respeito, é interessante salientar que resulta do Relatório da Comissão do Ambiente, da Saúde Pública e da Segurança Alimentar do Parlamento Europeu sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2003/87 a fim de melhorar e alargar o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa da Comunidade [COM(2008) 16 final —COD 2008/0013] que, durante o processo legislativo que deu origem à adoção da Diretiva 2009/29, se tinha considerado redigir tanto o considerando 23 desta diretiva como o artigo 10.º-A a inserir na Diretiva 2003/87 como fazendo alusão a parâmetros de referência *ex ante* «por sector» (v., por exemplo, emenda 14 nas pp. 18 e 19, emenda 48 nas pp. 48 e 49 e emenda 33 nas pp. 113 e 114 do Relatório).

38 — V. considerando 5 da Diretiva 2003/87.

39 — A este respeito, não considero pertinente o argumento alegado pela Romonta na sua réplica segundo o qual determinadas disposições da Decisão 2011/278 não são compatíveis com a acima mencionada «abordagem sectorial». Especificamente, a Romonta refere-se às três abordagens de recurso definidas no artigo 6.º, n.º 1, da Decisão 2011/278, na disposição do artigo 3.º, alínea c), da mesma decisão e na do artigo 10.º, n.º 3, da mesma decisão. Todavia, nenhuma destas disposições pode pôr em causa a abordagem sectorial adotada pela Comissão na Decisão 2011/278, em conformidade com o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87.

40 — V. n.os 6 e 12 do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, bem como Decisão 2010/2/UE da Comissão, de 24 de dezembro de 2009, que estabelece, nos termos da Diretiva 2003/87, uma lista dos sectores e subsectores considerados expostos a um risco significativo de fuga de carbono (JO 2010, L 1, p. 10). V., também, n.os 82 e 83 do acórdão DK Recycling und Roheinsen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833).

41 — O sublinhado é meu. V., em relação a este considerando, acórdão Polónia/Comissão (T-370/11, EU:T:2013:113, n.º 42).

56. Ora, no âmbito de uma abordagem baseada na determinação de parâmetros objetivos *ex ante* aplicados indistintamente a todas as instalações do sector visado, as necessidades e as situações específicas das instalações individuais não podem ser tidas em conta. Com efeito, estaria em contradição manifesta com a opção dessa abordagem se a atribuição de licenças de emissão a título gratuito pudesse ser influenciada pela situação específica de uma instalação individual. Numa situação parecida, a exigência de tratamento objetivo e equivalente das diferentes instalações, referida no n.º 54 das presentes conclusões, não poderia ser garantida e, consequentemente, o objetivo de evitar as distorções da concorrência não poderia ser alcançado.

iv) Quanto à possibilidade de introduzir uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278

57. Todas estas considerações levam-me a tirar diversas conclusões tendo em conta a questão suscitada no pedido de substituição dos fundamentos da Comissão, a saber, a da eventual existência de um poder discricionário da Comissão de introduzir uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278.

– Quanto à exigência de preservação da concorrência como elemento essencial da Diretiva 2003/87

58. Em primeiro lugar, resulta das considerações feitas nos n.os 44 a 47 das presentes conclusões, que a exigência de que o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa deve ser implementado preservando as condições de concorrência constitui um subobjetivo explícito da Diretiva 2003/87. Por conseguinte, a necessidade de que o regime de comércio de licenças respeite essa exigência resulta forçosamente de uma opção política do legislador da União. Nessas condições, à luz da jurisprudência mencionada nos n.os 38 a 40 das presentes conclusões, há que considerar que essa exigência constitui um elemento essencial da Diretiva 2003/87 que não pode ser alterada por medidas de execução aprovadas pela Comissão.

59. Além disso, resulta dos n.os 48 a 52 das presentes conclusões, que a exigência de evitar distorções da concorrência caracteriza específica e expressamente as regras transitórias relativas à atribuição de licenças a título gratuito previstas pelo artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 e que essa exigência é refletida na opção do legislador de habilitar a Comissão a determinar, nas medidas de execução que estabelecem essas regras, parâmetros de referência *ex ante* com base numa abordagem sectorial.

60. Nestas condições, a Comissão não podia adotar nas medidas de execução previstas pelo artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 regras de atribuição de licenças a título gratuito que fossem contra a referida exigência sem exceder os limites do seu poder de execução e sem violar a disposição de habilitação.

61. A este respeito, devo ainda salientar que considero errado o entendimento do Tribunal Geral de que, se uma disposição de uma medida de execução disser apenas respeito a casos excecionais, não pode alterar elementos essenciais do ato de habilitação [42]. Com efeito, mesmo uma disposição que só seja aplicável a casos excecionais pode perfeitamente afetar a sistemática geral do ato de habilitação [43] e ser incompatível com objetivos essenciais desse ato que resultem de uma opção política do legislador [44].

42 — V. n.º 28 das presentes conclusões.

43 — V., a este respeito, acórdão Parlamento/Conselho (C-417/93, EU:C:1995:127 n.os 30 a 33), e n.º 28 das minhas conclusões no processo Parlamento/Conselho (C-355/10, EU:C:2012:207).

44 — V. n.os 38 a 40 das presentes conclusões.

– Quanto à incompatibilidade de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas com o subobjetivo da preservação da concorrência

62. Em segundo lugar, é pacífico que a introdução de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas teria como consequência a atribuição de licenças adicionais a título gratuito apenas a determinadas instalações no âmbito de um sector ou subsector determinado [45]. A atribuição de licenças a título gratuito com fundamento numa cláusula desse tipo não seria feita com base em parâmetros objetivos *ex ante* segundo uma abordagem sectorial aplicáveis a todas as instalações do sector, mas sê-lo-ia por causa das circunstâncias individuais próprias do operador de uma determinada instalação, a saber, especificamente por causa das suas dificuldades financeiras. Como alegou a Comissão, tal cláusula autorizaria, por conseguinte, a atribuição de mais licenças a uma instalação do que a outra, mesmo que as duas instalações fabricassem o mesmo produto e fossem em tudo comparáveis. Consequentemente, há que concluir que essa atribuição geraria uma distorção da concorrência.

63. Uma regra deste género seguiria uma abordagem individual contrária à abordagem sectorial acima mencionada que, como salientei nos n.os 53 a 56 das presentes conclusões, constitui a expressão da exigência de preservação da concorrência. Consequentemente, tal regra seria incompatível com o subobjetivo de proteção da concorrência que constitui um elemento essencial da Diretiva 2003/87, em geral, e das regras de atribuição de licenças a título gratuito conforme previstas pelo artigo 10.º-A dessa diretiva, em especial.

64. A este respeito, importa ainda rejeitar o argumento alegado pela Romonta, na sua réplica, segundo o qual uma cláusula desse tipo não comporta uma discriminação suscetível de gerar uma distorção da concorrência, uma vez que, em toda a Europa, qualquer pessoa que tenha demonstrado preencher as condições impostas pela Comissão pode invocar essa cláusula. A este respeito, basta salientar que a existência de uma distorção da concorrência se verifica num mercado determinado e não numa base intersectorial. Por conseguinte, um tratamento diferente, na atribuição de licenças a título gratuito, de instalações comparáveis que produzem o mesmo produto e que operam no mesmo mercado daria necessariamente lugar a uma distorção da concorrência no mercado em causa.

65. À luz destas considerações, entendo que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito quando declarou que a introdução de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não é incompatível com os objetivos da Diretiva 2003/87 [46]. A circunstância, evidenciada pelo Tribunal Geral, de que essa cláusula possa, eventualmente, procurar alcançar um outro subobjetivo da Diretiva 2003/87, a saber, o da preservação do desenvolvimento económico e do emprego, não altera o facto de que, sendo incompatível com um subobjetivo essencial da Diretiva 2003/87, essa cláusula não podia ser inserida nas medidas de execução desta diretiva. A este respeito, há que salientar que o próprio Tribunal Geral realçou, nos acórdãos recorridos, que o legislador criou outras regras especiais para que a implementação do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa perturbasse o menos possível o desenvolvimento económico e o emprego, sem que essas regras, que seguem a abordagem sectorial acima mencionada, dessem lugar a distorções da concorrência [47].

45 — V., a este respeito, n.º 78 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833).

46 — V. acórdãos DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833, n.º 77); Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828, n.º 76): Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835, n.º 80), e Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833, n.º 79).

47 — Acórdãos DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833, n.os 88 e segs.); Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828, n.os 80 e segs.); Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835, n.os 83 e segs.), e Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833, n.os 82 e segs.).

– Quanto à margem de apreciação da Comissão

66. Em terceiro lugar, resulta necessariamente destas considerações que a margem de apreciação que o artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 atribui à Comissão não pode ser ampliada a ponto de lhe permitir, mediante a introdução, na Decisão 2011/278, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, adotar regras que violam um dos subobjetivos da diretiva e um elemento essencial da disposição de habilitação.

67. De resto, tal interpretação do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, contrária à adotada pelo Tribunal Geral nos acórdãos recorridos, encontra confirmação no teor dos parágrafos 3 e 4 desta disposição, os quais conferem efetivamente uma determinada margem de apreciação à Comissão no estabelecimento de regras para a atribuição de licenças a título gratuito.

68. Todavia, quando o parágrafo 3 dispõe que as medidas de execução determinam «na medida do possível» os parâmetros de referência *ex ante*, deve ser interpretado no sentido de que dá uma margem de apreciação à Comissão para estabelecer outros critérios exclusivamente nos casos em que não é possível determinar esses parâmetros de referência (numa base sectorial). Esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que atribui à Comissão uma margem de apreciação geral e genérica na determinação das regras para a atribuição de licenças a título gratuito. Do mesmo modo, não se pode deduzir da utilização da expressão «em princípio» no parágrafo 4 da referida disposição qualquer atribuição de um poder desse género.

– Quanto à incompatibilidade de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas com o princípio do poluidor-pagador

69. Por último, a título exaustivo, quero realçar o que me parece ser uma contradição no raciocínio do Tribunal Geral. Nos acórdãos recorridos, o Tribunal Geral declarou, na minha opinião com razão, que a introdução de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não era compatível com o princípio do poluidor-pagador [48].

70. A este respeito, importa recordar que a base jurídica da Diretiva 2003/87 é o artigo 175.º, n.º 1, CE (atualmente, após alteração, artigo 192.º TFUE). Nos termos desta disposição, o Conselho estava autorizado a adotar as ações a empreender pela Comunidade para realizar os objetivos previstos no artigo 174.º CE (atualmente, após alteração, artigo 191.º TFUE). Segundo o n.º 2, segundo período deste último artigo, a política da União no domínio do ambiente basear-se-á, designadamente, no princípio do poluidor-pagador.

71. Ora, se o ato de habilitação, a saber, a Diretiva 2003/87, enquanto ato baseado no artigo 175.º, n.º 1, CE não pudesse conter disposições incompatíveis com o princípio do poluidor-pagador, as medidas de execução desta diretiva não poderiam *a fortiori* conter tais disposições. Daqui decorre que, ao ter concluído que a introdução de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas era incompatível com o princípio do poluidor-pagador, o Tribunal Geral deveria declarar que a Comissão não podia prever esse tipo de cláusula na Decisão 2011/278.

48 — Acórdãos DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833, n.º 78); Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828, n.º 77); Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835, n.º 81), e Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:830, n.º 80).

v) Inadmissibilidade da invocação da ilegalidade da Diretiva 2003/87

72. Nas suas réplicas, a DK Recycling e a Arctic Paper alegam, a título subsidiário, a ilegalidade da Diretiva 2003/87. Alegam que esta diretiva é incompatível com a Carta e viola o princípio da proporcionalidade. No entanto, não se pode deixar de observar que este é um fundamento novo que não foi suscitado perante o Tribunal Geral e que, consequentemente, altera o objeto do litígio no Tribunal Geral. Nestas condições, é manifestamente inadmissível [49].

vi) Conclusão

73. À luz de todas estas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que admitida o pedido de substituição dos fundamentos da Comissão.

74. No caso de o Tribunal de Justiça acolher a minha proposta e considerar que a Diretiva 2003/87 não habilita a Comissão a introduzir uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278, conforme resulta do n.º 35 das presentes conclusões, os fundamentos dos recursos que têm como objetivo criticar o Tribunal Geral por não ter censurado a inexistência dessa cláusula na Decisão 2011/278 devem ser rejeitados por serem inoperantes. Consequentemente, nos desenvolvimentos que se seguem, no que respeita a esses fundamentos, limitar-me-ei a considerações muito sucintas, a título subsidiário, para o caso de o Tribunal de Justiça não acolher a minha proposta.

C – Quanto aos recursos da DK Recycling (processo C-540/14 P) e da Arctic Paper (processo C-551/14)

75. A DK Recycling e a Arctic Paper interpuseram recursos quase idênticos, nos quais alegam dois fundamentos.

1. Quanto ao primeiro fundamento relativo à violação dos direitos fundamentais

76. Numa primeira parte, a DK Recycling e a Arctic Paper criticam o Tribunal Geral por não ter concluído que, na falta de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, a Decisão 2011/278 não garante suficientemente o respeito dos direitos fundamentais, uma vez que não tem em conta situações em que os operadores de instalações tenham de fazer face a encargos excecionais. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça [50], o Tribunal Geral devia ter verificado caso a caso o respeito dos direitos fundamentais, examinando se os encargos causados nos respetivos casos particulares não eram insuportáveis. O Tribunal Geral devia ter atribuído maior valor aos objetivos gerais prosseguidos pelo regime de comércio dos direitos de emissão do que aos direitos fundamentais individuais.

77. Numa segunda parte, a DK Recycling e a Arctic Paper alegam que o Tribunal Geral não tomou em suficiente consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual o princípio da proporcionalidade impõe a adoção de medidas transitórias destinadas a aliviar os encargos a fim de evitar que impendam sobre determinados intervenientes específicos do mercado, no âmbito do processo de harmonização, encargos tais que coloquem em risco a sua existência [51]. Na falta de uma

49 — V. artigo 170.º, n.º 1, segundo período, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. A este respeito, v. acórdão Alliance One International/Comissão (C-668/11 P, EU:C:2013:614, n.º 68 e jurisprudência aí referida).

50 — Acórdãos Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 81) e Agrarproduktion Staebelow (C-504/04, EU:C:2006:30, n.º 37).

51 — Acórdão T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452, n.ºs 37, 38 e 43).

cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, a Decisão 2011/278 não toma em conta a situação das empresas às quais o regime de comércio de licenças causa encargos económicos desmesurados e não contém nenhuma medida suscetível de garantir uma proteção individual suficiente contra as ingerências intoleráveis nos direitos fundamentais.

78. Numa terceira parte, a DK Recycling e a Arctic Paper defendem que a cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas é a expressão de uma tradição constitucional comum aos Estados-Membros, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3, TUE e com o artigo 52.º, n.º 4, da Carta. Por conseguinte, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao ignorar os argumentos das recorrentes relativos à necessidade reconhecida no direito alemão pelo Bundesverfassungericht (Tribunal Constitucional, Alemanha), de prever tal cláusula.

79. Com as três partes deste fundamento, a DK Recycling e a Arctic Paper alegam, em substância, que o Tribunal Geral violou os seus direitos fundamentais por não ter censurado a inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278. À luz das considerações expostas nos n.ºs 35, 72 e 74 das presentes conclusões, considero que este fundamento deve ser julgado inoperante na sua totalidade. Nas considerações que se seguem explico sucintamente, a título subsidiário, as razões pelas quais considero que as três partes são, em todo o caso, improcedentes.

80. Quanto à primeira parte, saliento que nos acórdãos recorridos em causa o Tribunal Geral declarou que a inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278 constituía uma ingerência nos direitos fundamentais que era, todavia, justificada nos termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Na sua análise, o Tribunal Geral procedeu a uma ponderação dos interesses em jogo, tomando plenamente em conta tanto objetivos prosseguidos pela regulamentação como direitos fundamentais dos operadores de instalações. Referiu-se mesmo especificamente à situação particular das recorrentes [52]. Além disso, a jurisprudência invocada não pode, na minha opinião, basear o argumento segundo o qual o Tribunal Geral não teve em conta, na sua análise, o conteúdo e o nível de proteção dos direitos fundamentais garantidos nos artigos 16.º e 17.º da Carta [53].

81. Quanto à segunda parte, duvido da pertinência, para o caso em apreço, da jurisprudência mencionada pela DK Recycling e pela Arctic Paper. Com efeito, o acórdão T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452) diz respeito a um caso em que um regulamento comunitário continha expressamente uma regra relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas [54]. Ora, esse não é manifestamente o caso em apreço, de forma que a jurisprudência invocada não pode pôr em causa a análise do Tribunal Geral.

82. Quanto à terceira parte, parece-me suficiente observar que não há nenhum elemento nos autos que permita considerar que uma regra relativa às dificuldades excessivas como a adotada pelo legislador alemão constitui a expressão de uma tradição constitucional comum aos Estados-Membros. A DK Recycling e a Arctic Paper não fornecem nenhum elemento que revele a existência de uma «tendência geral» nas ordens jurídicas dos Estados-Membros a favor da interpretação alegadamente adotada pelo Bundesverfassunggericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemanha) [55].

52 — V., em relação à DK Recycling, n.º 88 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833) e, em relação à Arctic Paper, n.º 87 do acórdão Arctic Paper und Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828).

53 — No que diz respeito, especificamente, às limitações ao direito fundamental da liberdade de empresa (artigo 16.º da Carta), v. acórdão Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.ºs 46 e segs.), e acórdão Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, n.ºs 56 a 59); no que diz respeito às limitações ao direito de propriedade (artigo 17.º de la Carta), especificamente para promover a proteção do ambiente, v. acórdão ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.ºs 80 e segs.).

54 — Especificamente, artigo 30.º do Regulamento (CE) n.º 404/93 do Conselho, de 13 de fevereiro de 1993, que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas (JO L 47, p. 1).

55 — V., a este respeito, acórdão Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:512, n.º 74); conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:229, n.ºs 93 a 96) e conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Melloni (C-399/11, EU:C:2012:600, nota 29).

2. Quanto ao segundo fundamento relativo a erros na análise do caráter proporcionado da Decisão 2011/278

83. Numa primeira parte, a DK Recycling e a Arctic Paper contestam a conclusão do Tribunal Geral respeitante ao caráter apropriado da Decisão 2011/278, apesar da inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas [56]. Censuram ao Tribunal Geral não ter verificado se essa decisão era adequada para garantir uma proteção individual suficiente contra violações desproporcionadas dos direitos fundamentais. Além disso, alegam que o Tribunal Geral não teve em conta a dimensão individual da proteção do desenvolvimento económico e do emprego resultante do considerando 5 da Diretiva 2003/87.

84. Numa segunda parte, a DK Recycling e a Arctic Paper contestam a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual o regime de atribuição previsto pela Decisão 2011/278 não é desproporcionado em sentido estrito, apesar da inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas. Por um lado, o Tribunal Geral não se pronunciou sobre os constrangimentos excecionais que podiam ocorrer em casos concretos e, assim, não considerou a necessidade de uma proteção suficiente dos direitos individuais na ponderação dos interesses em jogo. Isso levou a uma apreciação errada do justo equilíbrio entre esses interesses. Por outro, a DK Recycling e a Arctic Paper contestam: (i) que o regime de atribuição incentivasse menos à redução das emissões através de medidas de adaptação económicas ou técnicas (ii) que a cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas fosse incompatível com o princípio do poluidor-pagador e (iii) que o artigo 10.º-A, n.º 6, da Diretiva 2003/87 devesse ser considerado uma disposição que tinha como efeito atenuar o constrangimento imposto pelo regime de comércio de licenças [57].

85. Este fundamento visa, em substância, contestar a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual a ingerência nos direitos fundamentais que resulta da inexistência, na Decisão 2011/278, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não é desproporcionada em relação aos objetivos prosseguidos pelo regime de comércio de licenças. Uma vez que este fundamento visa a inexistência na Decisão 2011/278 de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, decorre das considerações expostas nos n.os 35, 72 e 74 das presentes conclusões que deve ser rejeitado por ser inoperante. A título subsidiário, considero que este fundamento é improcedente [58].

86. Quanto à primeira parte, o exame, feito pelo Tribunal Geral, da aptidão da Decisão 2011/278 para alcançar os objetivos do regime de comércio de licenças de gases com efeito de estufa está, na minha opinião, isento de erros. O Tribunal Geral identificou em conformidade com a jurisprudência tanto os objetivos e os subobjetivos deste regime como a aptidão das regras de atribuição a título gratuito contidas na Decisão 2011/278 para atingir esses objetivos, na falta de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas [59]. Contrariamente ao que foi alegado nos recursos, creio que o subobjetivo referido no considerando 5 da Diretiva 2003/87 visa a proteção do desenvolvimento económico e do emprego no seu conjunto e não implica uma proteção individual de cada instalação que se encontre numa situação específica, nomeadamente, numa situação de dificuldade financeira.

56 — N.º 70 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833) e n.º 69 do acórdão Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828).

57 — V. respetivamente n.os 89, 78 e 82 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833) e, respetivamente, n.os 88, 77 e 81 do acórdão Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828).

58 — Relativamente à verificação da proporcionalidade de uma ingerência constatada nos direitos fundamentais, v. acórdão Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.os 46 e segs.) e conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Philip Morris Brands e o. (C-547/14, EU:C:2015:853, n.os 146 e segs. e jurisprudência aí referida).

59 — V., respetivamente, n.os 63 a 65 e 66 a 68 do acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833) e n.os 62 a 64 e 65 a 67 do acórdão Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828).

87. Quanto à segunda parte, o facto de as regras para a atribuição de licenças a título gratuito, que são baseadas em parâmetros objetivos determinados numa base sectorial e de aplicação genérica e que não têm em conta circunstâncias particulares relativas a situações específicas individuais [60], não conterem qualquer cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não implica de modo algum que os encargos impostos por essas regras sejam desmesurados em relação aos objetivos visados. Resulta de jurisprudência constante que a proteção do ambiente figura entre os objetivos de interesse geral que podem justificar limitações aos direitos fundamentais [61] e que a realização desse objetivo depende do rigor com que as regras gerais que visam esse objetivo é aplicado [62]. Ora, como salientou justificadamente o Tribunal Geral, uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, que tomasse em consideração circunstâncias individuais, poderia flexibilizar esse rigor [63]. Por outro lado, o facto de essas regras gerais poderem afetar mais profundamente determinadas empresas do que outras não tem como consequência conferir-lhes um caráter desproporcionado. Com efeito, é inerente a tais regras gerais que elas tenham maior impacto em determinadas instalações do que noutras [64]. Por último, tanto a análise do Tribunal Geral relativa ao princípio do poluidor-pagador [65] como a referência do Tribunal Geral às regras especiais, entre as quais a do artigo 10.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87, estão, na minha opinião, isentas de erro.

88. Em conclusão, uma vez que os dois fundamentos alegados pela DK Recycling e pela Arctic Paper nos seus recursos são, na minha opinião, inoperantes, proponho ao Tribunal de Justiça que seja negado provimento aos recursos por improcedentes.

D – *Quanto ao recurso da Raffinerie Heide (processo C-564/14 P)*

1. Quanto ao primeiro fundamento relativo à violação pelo Tribunal Geral do direito de audiência e do seu dever de fundamentação

89. A Raffinerie Heide critica o Tribunal Geral por não ter tomado posição sobre o seu fundamento relativo ao facto de a Comissão ter erradamente recusado fazer uso do seu poder discricionário para examinar, à luz dos direitos fundamentais, os «casos de dificuldade excessiva» apresentados pelas autoridades alemãs, entre os quais o seu.

90. No acórdão recorrido o Tribunal Geral concluiu, por um lado, que a Decisão 2011/278 não permitia à Comissão autorizar a atribuição de licenças de emissão a título gratuito com fundamento numa cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas. Por outro lado, considerou que, se um Estado-Membro atribuísse a uma instalação licenças a título gratuito que não fossem calculadas em conformidade com as regras referidas no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, e, consequentemente com a Decisão 2001/278, a Comissão estaria obrigada, nos termos do artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87, a rejeitar a inscrição dessa instalação, sem dispor de qualquer poder de apreciação a esse respeito [66].

60 — V. n.º 54 das presentes conclusões.

61 — Acórdão ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 81 e jurisprudência aí referida).

62 — V., neste sentido, em relação ao regime de comércio de licenças de gases com efeito de estufa, acórdão Billerud Karlsborg e Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, n.º 26).

63 — V., respetivamente, acórdão DK Recycling und Roheisen/Comissão (T-630/13, EU:T:2014:833, n.º 89) e acórdão Arctic Paper Mochenwangen/Comissão (T-634/13, EU:T:2014:828, n.º 88).

64 — V. acórdão Polónia/Comissão (T-370/11, EU:T:2013:113, n.ºs 85 e 105). Um possível carácter desproporcionado dessas regras poderia resultar eventualmente de um cálculo inapropriado dos parâmetros de referência *ex ante*. Todavia, tal argumento não foi suscitado no recurso em causa.

65 — Não pode de modo algum ser posto em causa pelo n.º 52 do acórdão Standley e o. (C-293/97, EU:C:1999:215) invocado nos recursos.

66 — V. acórdão Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833, n.ºs 41 a 44).

91. Resulta dessas conclusões que a Comissão estava obrigada, sem dispor de margem de apreciação, a rejeitar a inscrição das instalações em causa e não podia examinar individualmente os casos que lhe foram apresentados pelas autoridades alemãs fora das regras da Decisão 2011/278. Na falta da invocação da ilegalidade das disposições acima referidas da Diretiva 2003/87, essas conclusões do Tribunal Geral são, na minha opinião, suficientes para responder ao argumento invocado pela Raffinerie Heide nesse Tribunal. Nestas condições, a Raffinerie Heide não pode alegar nenhuma violação do seu direito de audiência e do dever de fundamentação. Por conseguinte, este fundamento deve ser rejeitado.

2. Quanto ao segundo fundamento relativo à violação dos artigos 10.°-A e 11.°, n.º 3, da Diretiva 2003/87 e da Decisão 2011/278

92. Numa primeira parte, a Raffinerie Heide defende que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que a Decisão 2011/278 excluía qualquer atribuição de licenças gratuitas adicionais em casos individuais que apresentassem dificuldades excessivas e não conferia à Comissão nenhum poder de apreciação a esse respeito. Numa segunda parte, a Raffinerie Heide alega que, aquando da adoção da decisão controvertida, a Comissão podia ter atribuído licenças adicionais às instalações que apresentassem dificuldades excessivas, ao abrigo do artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87.

93. Resulta das considerações desenvolvidas nos n.ºs 43 a 71 das presentes conclusões que a Comissão não estava habilitada a prever, na Decisão 2011/278, a atribuição de licenças a título gratuito com fundamento numa cláusula relativa aos casos que apresentassem dificuldades excessivas. Daqui resulta que a primeira parte deve ser rejeitada. Resulta também das referidas considerações que uma atribuição de licenças a título gratuito com base nessa cláusula seria incompatível com um subobjetivo que constituísse um elemento essencial da Diretiva 2003/87. Daqui decorre que nenhuma outra disposição desta diretiva pode basear essa atribuição. Consequentemente, a segunda parte também deve ser rejeitada.

3. Quanto ao terceiro fundamento relativo à inobservância da obrigação que impõe às instituições da União uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais

94. No seu terceiro fundamento, a Raffinerie Heide alega que o Tribunal Geral não teve em conta a obrigação que impõe à Comissão uma interpretação em conformidade com os direitos fundamentais e que, portanto, violou o artigo 51.º, n.º 1, da Carta. Mesmo considerando que a Decisão 2011/278 não confere à Comissão nenhum poder de apreciação para ter em conta os casos de dificuldades excessivas, a Comissão estava, em todo o caso, obrigada a interpretar a Diretiva 2003/87 à luz dos direitos fundamentais, e consequentemente a tomar em consideração os casos de dificuldades excessivas, nomeadamente da Raffinerie Heide, que lhe foram submetidos. Não se pode afastar uma derrogação da obrigação de as instituições darem uma interpretação conforme com os direitos fundamentais pelo facto de a Comissão não estar habilitada para o efeito.

95. Importa salientar que este fundamento não foi suscitado no Tribunal Geral nem decorre do próprio acórdão recorrido [67]. Nestas condições, na medida em que altera o objeto do litígio, deve ser considerado inadmissível [68].

67 — Acórdãos Comissão e o./Siemens Österreich e o. (C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.º 102) e Areva e o./Comissão (C-247/11 P e C-253/11 P, EU:C:2014:257, n.ºs 118 e 170).

68 — V. n.º 72 e nota 49 das presentes conclusões.

4. Quanto ao quarto fundamento relativo a uma desvirtuação dos elementos de prova

96. A Raffinerie Heide considera que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova que apresentou de que a sua situação constituía um caso de força maior. Entre esses elementos cita a realização de investimentos em 2011 com base numa obrigação administrativa, os investimentos em medidas de proteção do ambiente, a necessidade de contrair um empréstimo para assegurar o financiamento desses investimentos e o pedido de reconhecimento de um caso que apresenta dificuldades excessivas às autoridades alemãs e a resposta positiva destas.

97. Na minha opinião, este fundamento é manifestamente improcedente. Existe desvirtuação de elementos de prova quando, sem ser necessário recorrer a novos elementos de prova, a apreciação dos elementos de prova existentes se afigura manifestamente errada[69]. Ora, no n.º 45 do acórdão recorrido relativo à Raffinerie Heide (T-631/13, EU:T:2014:830), o Tribunal Geral expôs sem erro as razões pelas quais considerava que a Raffinerie Heide não se encontrava numa situação de força maior.

5. Quanto ao quinto fundamento relativo à violação dos direitos fundamentais e do critério de proporcionalidade em consequência da inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278

98. Numa primeira parte, a Raffinerie Heide contesta a análise do Tribunal Geral relativa ao caráter apropriado da Decisão 2011/278. Na falta de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, essa decisão: (i) não contém nenhuma disposição que responda ao subobjetivo que consiste na preservação do desenvolvimento económico e do emprego e até o viola (ii) é contrária ao objetivo de uma adaptação progressiva, uma vez que as instalações que não disponham de recursos financeiros para melhorar a sua eficiência devem fechar (iii) encoraja, deste modo, a deslocalização da produção para países terceiros fora do regime de comércio de licenças (iv) força instalações que se encontram numa situação financeira precária, mas que são eficientes a deixar o mercado.

99. Numa segunda parte, a Raffinerie Heide contesta a análise do Tribunal Geral relativa ao caráter necessário da Decisão 2011/278. Por um lado, o Tribunal Geral inverte o ónus da prova ao exigir que o titular dos direitos fundamentais prove o caráter necessário da violação constatada aos seus direitos, quando compete à instituição da União provar que a sua medida é compatível com o princípio da proporcionalidade. Por outro lado, a tomada em conta pela Comissão de casos precisos e limitados de dificuldades excessivas constituiria uma medida menos gravosa que uma recusa generalizada em analisá-los.

100. Numa terceira parte, a Raffinerie Heide contesta a análise do Tribunal Geral relativa à proporcionalidade em sentido estrito da Decisão 2011/278. Em primeiro lugar, a Decisão 2011/278 não demonstra que a ponderação exigida pelo Tribunal Geral foi efetuada. Em segundo lugar, o Tribunal Geral aplica um critério errado para apreciar a proporcionalidade. As medidas referidas pelo Tribunal Geral nos n.ºs 82 a 86 do acórdão recorrido (T-631/13, EU:T:2014:830) constituem regras gerais que apenas visam prevenir as violações aos direitos fundamentais causados pela Diretiva 2003/87, mas não são suscetíveis de justificar a restrição dos direitos fundamentais em causa no caso em apreço. Em terceiro lugar, ao considerar no n.º 88 do referido acórdão recorrido que a Decisão 2011/278 em causa só seria desproporcionada se pusesse «tipicamente» em causa a existência dos operadores de instalações, o Tribunal Geral aplica um critério errado e ignora o facto de a cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas se destinar a tomar em consideração as consequências atípicas que ocorrem em casos específicos que podem ser provocados por medidas do poder público. Além disso, segundo a Raffinerie Heide, a análise rudimentar do seu caso específico feita no n.º 89 do referido acórdão recorrido só permite comprovar que a aplicação da Decisão 2011/278 no seu caso era desproporcionada. O Tribunal Geral não responde à questão de saber se as

69 — V., *inter alia*, despacho The Sunrider Corporation/IHMI (C-142/14 P, EU:C:2015:371, n.º 49 e jurisprudência aí referida).

regras contidas na Decisão 2011/278 são apropriadas em todas os casos concretos. O acórdão T. Port (C-68/95, EU:C:1996:452) confirma que o exame dos casos que apresentam dificuldades excessivas pode revelar-se absolutamente necessário para garantir o caráter proporcionado de uma organização comum dos mercados.

101. Este fundamento procura, em substância, contestar a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual a ingerência nos direitos fundamentais que resulta da inexistência, na Decisão 2011/278, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não é desproporcionada à luz dos objetivos prosseguidos pelo regime de comércio de licenças. Na medida em que este fundamento respeita à inexistência, na Decisão 2011/278, de uma cláusula desse tipo, resulta das considerações expostas nos n.os 35, 72 e 74 das presentes conclusões que o mesmo deve ser rejeitado por ser inoperante. A título subsidiário, considero que este fundamento é improcedente.

102. Quanto à primeira parte, importa salientar, à semelhança do que fez a Comissão, que a própria Diretiva 2003/87 contém disposições que respondem ao subobjetivo de preservar o desenvolvimento económico e o emprego, bem como procurar evitar a deslocalização [70]. Em seguida, a implementação da atribuição de licenças a título gratuito visa, por si própria, o objetivo da adaptação progressiva das instalações ao regime de comércio, devendo, no entanto, a realização desse objetivo ser conforme aos objetivos e subobjetivos próprios da Diretiva 2003/87. Ora, já salientei reiteradamente que uma cláusula como a preconizada pela Raffinerie Heide seria incompatível com o subobjetivo da preservação da concorrência. Por último, uma vez que o ponto de partida para definir os princípios de fixação dos parâmetros de referência *ex ante* é, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87, a média dos resultados de 10% das instalações mais eficientes de um determinado sector ou subsector, há que concluir que, contrariamente ao que a Raffinerie Heide defende, o regime de atribuição de licenças a título gratuito visa favorecer as instalações mais eficientes.

103. Quanto ao primeiro travessão da segunda parte, importa realçar que, nos n.os 72 e 73 do acórdão recorrido (T-631/13, EU:T:2014:830) referidos pela Rafinerie Heide, o Tribunal Geral não inverteu o ónus da prova, mas limitou-se a responder a um argumento relativo ao caráter necessário da Decisão 2011/278, relativamente ao qual competia à Raffinerie Heide, que o tinha suscitado, provar a respetiva procedência. O segundo travessão retoma exatamente a argumentação já apresentada perante o Tribunal Geral que a rejeitou acertadamente [71].

104. Quanto à terceira parte, há que salientar, em primeiro lugar, que o facto de os considerandos da Decisão 2011/278 não mencionarem expressamente a ponderação dos interesses em jogo não implica que a Comissão não tenha procedido a essa ponderação na referida decisão. Em segundo lugar, a Raffinerie Heide não contesta a conclusão do Tribunal Geral contida no n.º 89 do referido acórdão recorrido de que as suas dificuldades tiveram origem nos seus próprios comportamentos económicos e financeiros. No que respeita ao terceiro travessão, remeto para as considerações feitas nos n.os 81 e 87 das presentes conclusões.

105. Em conclusão, em face do exposto, proponho que seja negado provimento ao recurso da Raffinerie Heide.

70 — V. n.os 82 e segs. do acórdão Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833).

71 — V. n.os 72 e 73 do acórdão Raffinerie Heide/Comissão (T-631/13, EU:T:2014:833).

E – *Quanto ao recurso da Romonta (processo C-565/14 P)*

1. Quanto ao primeiro fundamento relativo a um erro de direito na interpretação da Decisão 2011/278 e a uma aplicação errada do princípio da proporcionalidade

106. Numa primeira parte, a Romonta sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao interpretar a Decisão 2011/278 como sendo taxativa, concluindo, assim, que estava excluída a atribuição de licenças adicionais solicitadas com base na cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, por falta de referência expressa nessa decisão. Segundo a Romonta, mesmo na falta dessa cláusula, a atribuição de licenças adicionais devia ter tido lugar, uma vez que o caso em apreço era um caso de dificuldade excessiva por motivo de força maior. Com efeito, o risco de insolvabilidade não era previsível uma vez que só se tinha tornado plausível em 2011, quando a Comissão decidiu não definir parâmetro de referência do produto para a cera de lignito. Este risco também era inevitável, dado que, por razões técnicas, a Romonta não podia utilizar outros combustíveis para assegurar a sua produção.

107. A este respeito, quanto ao caráter taxativo da Decisão 2011/278, resulta expressamente do conteúdo do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 que se refere às «medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas» que as regras transitórias de atribuição das licenças a título gratuito aprovadas na Decisão 2011/278 dão lugar a uma harmonização total que não deixa nenhum espaço às regras nacionais. Por conseguinte, são taxativas.

108. Em seguida, como salientou o Tribunal Geral, segundo a jurisprudência, um caso de força maior pressupõe uma causa exterior, imprevisível e inevitável, de modo a tornar objetivamente impossível, para as pessoas em causa, a observância das suas obrigações [72].

109. Todavia, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o conceito de força maior deve ser entendido no sentido de um circunstancialismo alheio a quem a invoca, anormal e imprevisível, cujas consequências não possam ter sido evitadas, apesar de todas as diligências desenvolvidas [73]. Ora, partilho da conclusão do Tribunal Geral, que, aliás, não é sequer contestada pela Romonta, segundo a qual o mero risco de se tornar insolvente e de não poder cumprir uma obrigação de restituição por falta de meios suficientes não basta para declarar um caso de força maior. Tanto basta para rejeitar a primeira parte.

110. Numa segunda parte, a Romonta considera, a título subsidiário, que o Tribunal Geral aplicou incorretamente o princípio da proporcionalidade na análise do caráter apropriado da Decisão 2011/278. Esta parte tem três travessões. Em primeiro lugar, a Romonta considera, ao contrário do Tribunal Geral, que uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não é contrária ao princípio do poluidor-pagador pelo duplo motivo de que este último não prevalece sobre o princípio da proporcionalidade e que o regime de atribuição de licenças a título gratuito funciona não segundo o nexo de causalidade característico do princípio do poluidor-pagador, mas segundo o produto e opções de política industrial. Em segundo lugar, a Romonta considera que as medidas particulares a favor da indústria são insuficientes para compensar os encargos e justificar o caráter apropriado da Decisão 2011/278. Em terceiro lugar, acrescenta que o Tribunal Geral violou o «alcance individual» do princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, ao não tomar em conta os casos específicos das empresas atingidas por dificuldades excessivas no âmbito da análise do caráter apropriado da decisão.

72 — V., respetivamente, acórdão Billerud Karlsborg e Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, n.º 31) e acórdão Romonta/Comissão (T-614/13, EU:T:2014:835, n.º 48).

73 — Acórdão Eurofit (C-99/12, EU:C:2013:487, n.º 31). O Tribunal de Justiça também declarou que um simples disfuncionamento interno não pode constituir tal circunstância. V. acórdão Billerud Karlsborg e Billerud Skärblacka (C-203/12, EU:C:2013:664, n.º 31).

111. Esta segunda parte procura, em substância, contestar a conclusão do Tribunal Geral segundo a qual a ingerência nos direitos fundamentais que resulta da inexistência, na Decisão 2011/278, de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas não é desproporcionada. À luz das considerações expostas nos n.os 35, 72 e 74 das presentes conclusões, deve ser declarada inoperante. A título subsidiário, considero, em todo o caso, que esta parte é improcedente.

112. Quanto ao primeiro travessão, já referi que considero correta a análise do Tribunal Geral relativa ao princípio do poluidor-pagador. Essa análise não pode ser posta em causa por referência ao acórdão Standley e o.[74], no qual se baseia o primeiro argumento da Romonta. Além disso, quanto ao segundo argumento, uma vez que o princípio do poluidor-pagador é mencionado no artigo 191.º, n.º 2, TFUE enquanto um dos princípios diretores da política da União em matéria de ambiente, é evidente que qualquer regulamentação de direito derivado deve ser conforme com esse princípio. Quanto ao segundo e terceiro travessões remeto para o n.º 87 das presentes conclusões.

113. À luz de todas estas considerações, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

2. Quanto ao segundo fundamento relativo à violação dos direitos fundamentais

114. A Romonta alega que o Tribunal Geral violou a sua liberdade profissional e o seu direito de propriedade previstos nos artigos 15.° e 16.° da Carta. Sustenta que o Tribunal Geral considerou erradamente que a inexistência de cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278 não afetava o conteúdo essencial dos seus direitos fundamentais, dado que a falta de uma cláusula desse tipo constituía uma violação cuja intensidade era equivalente a uma proibição direta de exercer uma atividade profissional ou a um esbulho de propriedade, uma vez que a Romonta não podia prosseguir as suas atividades.

115. Com este fundamento, a Romonta alega que o Tribunal Geral violou os seus direitos fundamentais, ao não censurar a inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278. À luz das considerações expostas nos n.os 35, 72 e 74 das presentes conclusões, considero que este fundamento é inoperante. A título subsidiário, considero que este fundamento é improcedente. Com efeito, no n.º 61 do acórdão recorrido em causa, o Tribunal Geral concluiu acertadamente que a inexistência de cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas na Decisão 2011/278 não afeta o conteúdo essencial das liberdades profissional e de empresa nem do direito de propriedade, na medida em que não impede o exercício de uma atividade profissional e empresarial enquanto tal pelos operadores de instalações sujeitas ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa nem os priva da sua propriedade. Por conseguinte, este fundamento deve ser julgado improcedente.

3. Quanto ao terceiro fundamento relativo a uma violação do princípio da subsidiariedade

116. A Romonta alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não assinalar uma violação do princípio da subsidiariedade. Na sua opinião, a Decisão 2011/278 refere-se ao domínio do ambiente, que se enquadra nas competências partilhadas. Ora, as competências partilhadas que não são exercidas pela União incumbem aos Estados-Membros. Contrariamente ao que o Tribunal Geral declarou, a Decisão 2011/278 não estabeleceu regras de atribuição exaustivas. A inexistência de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas constitui uma lacuna regulamentar que teria permitido à República Federal da Alemanha legislar sobre a matéria para atingir os objetivos regulamentares no que se refere à Romonta.

74 — C-293/97, EU:C:1999:215, n.º 52.

117. Por força do princípio da subsidiariedade, conforme consagrado pelo artigo 5.º, n.º 1, segundo período, TUE, conjugado com o artigo 5.º, n.º 3, TUE, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, «a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União» (artigo 5.º, n.º 3, TUE).

118. A este respeito, há que salientar, por um lado, que a premissa da argumentação da Romonta está errada. Com efeito, como salientado no n.º 107 das presentes conclusões, o Tribunal Geral não cometeu um erro ao concluir que a Decisão 2011/278 é taxativa. Por outro lado, no seu recurso, a Romonta não tentou sequer refutar a constatação feita pelo Tribunal Geral no n.º 106 do acórdão recorrido em causa, segundo a qual ela não contestou o facto de o estabelecimento do regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União pela Diretiva 2003/87 não poder ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros agindo individualmente e que, por conseguinte, o estabelecimento desse regime podia, em razão das suas dimensões e dos seus efeitos ser melhor concretizado ao nível da União. Nestas condições, este fundamento deve ser julgado improcedente.

4. Quanto ao quarto fundamento relativo a uma fundamentação contraditória e insuficiente

119. Em primeiro lugar, a Romonta sustenta que a conclusão do Tribunal Geral, no n.º 70 do acórdão de que recorre, segundo a qual os operadores de instalação ficariam menos motivados para reduzir as suas emissões de gases com efeito de estufa perante uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas, entra em contradição com outra das suas conclusões, no n.º 81 do acórdão de que recorre, segundo a qual a atribuição de licenças adicionais ao abrigo da referida cláusula geraria em todos os sectores e subsectores visados uma redução das licenças atribuídas a título gratuito a outros operadores, devido à aplicação do fator de correção uniforme transectorial. A Romonta afirma que tal cláusula não geraria uma menor motivação para a redução das emissões, mas que a motivação em causa seria transferida para operadores mais eficientes. Em segundo lugar, a Romonta considera que o Tribunal Geral não analisou suficientemente a questão da deslocalização das emissões para terceiros Estados. Neste sentido, não teve suficientemente em conta o objetivo de proteção mundial das alterações climáticas. Em terceiro lugar, a Romonta considera que o Tribunal Geral também se contradiz no n.º 89 do acórdão recorrido ao afirmar, por um lado, que a cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas serve para superar as dificuldades económicas e financeiras que resultam da gestão individual de uma empresa, e ao declarar, por outro lado, no n.º 90, que as dificuldades económicas da Romonta decorreriam unicamente da aplicação de um parâmetro de referência relativo a calor ligado ao gaz, e não à cera de lignito, sendo, por conseguinte, imputáveis à Comissão.

120. A este respeito, em primeiro lugar, não há nenhuma contradição entre as considerações efetuadas nos n.ºs 70 e 81 do acórdão recorrido em causa. Conforme resulta do raciocínio do Tribunal Geral neste último número, a introdução de uma cláusula relativa aos casos que apresentam dificuldades excessivas faria aumentar os custos das consequências que decorrem da necessária adaptação para reduzir as emissões para as empresas mais eficientes, o que é contrário ao princípio do poluidor-pagador, princípio fundamental em matéria de ambiente. Esta afirmação é perfeitamente coerente com a que consta do n.º 70. Em segundo lugar, não deteto nenhuma falta de fundamentação no raciocínio feito pelo Tribunal Geral no n.º 71 do acórdão recorrido em causa. Em terceiro lugar, no primeiro período do n.º 90 do acórdão recorrido em causa, visado pelo argumento da Romonta, o Tribunal Geral limitou-se a retomar o argumento desta e, de facto, não deu por provadas as razões das suas dificuldades económicas.

121. Em face do exposto, este fundamento deve também ser julgado improcedente e, consequentemente, deve ser negado integralmente provimento ao recurso da Romonta.

VI – Quanto às despesas

122. Por força do disposto no artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso da decisão do Tribunal Geral for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do mesmo regulamento, aplicável ao processo de recurso de decisão do Tribunal Geral por força do artigo 184.º, n.º 1, desse regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação das recorrentes nas despesas e tendo estas sido vencidas nos seus fundamentos, há que condenar as recorrentes a suportar, além das suas próprias despesas, as efetuadas pela Comissão.

VII – Conclusão

123. Atendendo às considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça:

— no processo C-540/14 P, negar provimento ao recurso da DK Recycling und Roheisen GmbH e condená-la das despesas;

— no processo C-551/14 P, negar provimento ao recurso da Arctic Paper Mochenwangen GmbH e condená-la das despesas;

— no processo C-564/14 P, negar provimento ao recurso da Raffinerie Heide GmbH e condená-la das despesas;

— no processo C-565/14 P, negar provimento ao recurso da Romonta GmbH e condená-la das despesas.