Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 18 de junho de 2020 [1]

Processo C-320/19

Ingredion Germany GmbH
contra
Bundesrepublik Deutschland

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Ambiente — Diretiva 2003/87/CE — Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa — Artigo 3.º, alínea h) — Conceito de "novo operador" — Artigo 10.º-A — Regime transitório de atribuição de licenças de emissão a título gratuito — Decisão 2011/278/UE — Atribuição de licenças de emissão a título gratuito aos novos operadores — Subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis — Artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, segundo parágrafo — Determinação do nível de atividade relacionado com os combustíveis — Fator de utilização da capacidade relevante — Limitação desse fator a um valor inferior a 100 %»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha) tem por objeto a interpretação do artigo 3.º, alínea h), e do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE [2], que cria um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União Europeia, e do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE [3], que define regras transitórias relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito.

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Ingredion Germany GmbH (a seguir «Ingredion» ou «recorrente no processo principal») à República Federal da Alemanha, representada pelo Umweltbundesamt (Instituto Federal do Meio Ambiente, Alemanha), relativo a um pedido de atribuição de licenças de emissão a título gratuito a uma instalação que devia ser qualificada de «novo operador» na aceção do artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2003/87 [4].

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 2003, L 275, p. 32), conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO 2009, L 140, p. 63) (a seguir «Diretiva 2003/87»).

3 Decisão 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/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2011, L 130, p. 1).

4 Recordo que o conceito de «novo operador» se encontra definido no artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2003/87, no sentido de, designadamente, abranger qualquer «qualquer instalação [...] que tenha obtido um título de emissão de gases com efeito de estufa pela primeira vez após 30 de junho de 2011». As disposições relativas aos «novos operadores» constituem o objeto do capítulo IV da Decisão 2011/278.

3. Nesse contexto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se, para efeitos da determinação do número anual preliminar de licenças gratuitas para uma das subinstalações que compõem essa instalação e à qual se aplica um parâmetro de referência relativo a combustíveis, o fator de utilização da capacidade relevante, a que se refere o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278, está limitado a um valor inferior a 100 %.

4. O exame desta questão integra-se numa já longa linha jurisprudencial, relativa ao regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa e às regras transitórias para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito [5], oferecendo simultaneamente ao Tribunal de Justiça a oportunidade de, pela primeira vez, se debruçar sobre o regime consagrado aos «novos operadores».

5. No termo da minha análise, proporei ao Tribunal de Justiça que declare que, no âmbito desse regime, o fator de utilização da capacidade relevante deve, no que respeita a uma subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis como a explorada, nas circunstâncias do processo principal, pela Ingredion, estar limitado a um valor inferior a 100 %.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2003/87

6. O artigo 3.º da Diretiva 2003/87, sob a epígrafe «Definições», dispõe:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[…]

h) "Novo operador":

– qualquer instalação que desenvolva uma ou mais das atividades enumeradas no anexo I e que tenha obtido um título de emissão de gases com efeito de estufa pela primeira vez após 30 de junho de 2011,

– qualquer instalação que desenvolva uma atividade contemplada pela primeira vez no regime comunitário, nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo 24.º, ou

– qualquer instalação que desenvolva uma ou mais das atividades indicadas no anexo I ou uma atividade contemplada no regime comunitário nos termos dos n.os 1 ou 2 do artigo 24.º, e que tenha sido objeto de extensão significativa após 30 de junho de 2011, apenas no que se refere a essa extensão;

[…]»

5 Em matéria de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, já tive a oportunidade de apresentar Conclusões nos processos INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896) e ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167).

7. Nos termos do artigo 10.º-A dessa diretiva, sob a epígrafe «Regras comunitárias transitórias relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito»:

«1. Até 31 de dezembro de 2010, a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas […]

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 […], não podendo incentivar o aumento das emissões.

[…]

7. Cinco por cento da quantidade de licenças de emissão a nível comunitário determinada nos termos dos artigos 9.º e 9.º-A ao longo do período de 2013 a 2020 devem ser reservados para novos operadores, representando o nível máximo que lhes pode ser atribuído de acordo com as regras aprovadas ao abrigo do n.º 1 do presente artigo. […]

[…]

Até 31 de dezembro de 2010, a Comissão aprova normas harmonizadas de aplicação da definição de "novo operador", em especial no que diz respeito à definição de "extensões significativas".

[…]»

2. Decisão 2011/278

8. O artigo 17.º da Decisão 2011/278, sob a epígrafe «Pedido de atribuição de licenças de emissão a título gratuito», inclui um n.º 4, que está redigido nos seguintes termos:

«Para as instalações referidas no artigo 3.º, alínea h), da Diretiva [2003/87], com exceção das instalações que tenham sido objeto de extensão significativa após 30 de junho de 2011, os Estados-Membros exigirão ao operador que determine a capacidade inicial instalada de cada subinstalação em conformidade com a metodologia estabelecida no artigo 7.º, n.º 3, utilizando o período contínuo de 90 dias com base no qual o início do funcionamento normal é determinado como referência. Os Estados-Membros aprovarão esta capacidade inicial instalada de cada subinstalação antes de proceder ao cálculo da atribuição a efetuar à instalação.»

9. O artigo 18.º dessa decisão, sob a epígrafe «Níveis de atividade», enuncia:

«1. Em relação às instalações mencionadas no artigo 3.º, alínea h), da Diretiva [2003/87], com exceção das instalações que foram objeto de uma extensão significativa após 30 de junho de 2011, os Estados-Membros devem determinar os níveis de atividade de cada instalação da seguinte forma:

[…]

c) O nível de atividade relacionado com os combustíveis deve referir-se à capacidade inicial instalada para o consumo de combustíveis utilizados na produção do calor não mensurável consumido na produção de produtos ou na produção de energia mecânica com exceção da utilizada para a produção de eletricidade e para o aquecimento ou arrefecimento com exceção do consumo para a produção de eletricidade, incluindo as queimas de segurança, da instalação em causa, multiplicado pelo fator de utilização da capacidade relevante;

[…]

2. […]

O fator de utilização da capacidade relevante referido no n.º 1, alíneas b) a d), será determinado pelos Estados-Membros com base em informações devidamente fundamentadas e verificadas independentemente sobre o funcionamento normal previsto da instalação, a manutenção, o ciclo de produção normal, técnicas energéticas eficientes e utilização típica da capacidade no setor em causa em comparação com informações específicas de um dado setor.

[…]

3. No caso das instalações que foram objeto de uma extensão significativa da capacidade após 30 de junho de 2011, os Estados-Membros devem determinar, em conformidade com o n.º 1, apenas os níveis de atividade relativos à capacidade adicionada das subinstalações a que a extensão significativa da capacidade diz respeito.

No caso das instalações que foram objeto de uma redução significativa da capacidade após 30 de junho de 2011, os Estados-Membros devem determinar, em conformidade com o n.º 1, apenas os níveis de atividade relativos à capacidade reduzida das subinstalações a que a redução significativa da capacidade diz respeito.»

10. O artigo 19.º da referida decisão, sob a epígrafe «Atribuição de licenças de emissão a novos operadores», dispõe:

«1. Para efeitos da atribuição de licenças de emissão a novos operadores, com exceção das atribuições às instalações mencionadas no terceiro travessão do artigo 3.º, alínea h), da Diretiva [2003/87], os Estados-Membros devem calcular o número anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito, a partir do início do funcionamento normal da instalação, em relação a cada subinstalação separadamente, da seguinte forma:

[…]

c) Para cada subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo a combustíveis, o número anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito corresponderá ao valor do parâmetro de referência, mencionado no anexo I, relativo ao combustível em causa, multiplicado pelo nível de atividade com este relacionado;

[…]

4. Os Estados-Membros devem notificar sem demora a Comissão da quantidade total anual preliminar das licenças de emissão atribuídas a título gratuito. As licenças de emissão da reserva para novos operadores, criada nos termos do artigo 10.º-A, n.º 7, da Diretiva [2003/87], devem ser atribuídas com base no sistema "primeiro a chegar, primeiro a ser servido" relativamente à receção dessa notificação.

A Comissão pode rejeitar a quantidade total anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito à instalação em causa. Se a Comissão não rejeitar essa quantidade total anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito, o Estado-Membro em causa deve proceder à determinação da quantidade final anual de licenças de emissão atribuídas a título gratuito.»

B. Direito alemão

11. O § 9, n.º 1, da Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Lei sobre o Comércio de Licenças de Emissão de Gases com Efeito de Estufa), de 21 de julho de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1475), está redigido nos seguintes termos:

«(1) Os operadores de instalações têm direito à atribuição de licenças de emissão a título gratuito em conformidade com os princípios estabelecidos nos artigos 10.º-A […] da Diretiva [2003/87] […] e na Decisão [2011/278] […]»

12. O § 2 da Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Regulamento relativo à atribuição de licenças de emissão de gases com efeito de estufa no período de comércio de 2013 a 2020), de 26 de setembro de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1921; a seguir «ZuV 2020»), sob a epígrafe «Definições», dispõe:

«[…]

10. Novas instalações

Todos os novos operadores de mercado referidos no artigo 3.º, alínea h), primeiro travessão, da Diretiva [2003/87];

[…]»

13. O § 16 da ZuV 2020, sob a epígrafe «Pedido de atribuição de licenças a título gratuito», enuncia:

«(1) Os pedidos de atribuição de licenças a título gratuito a novos operadores devem ser apresentados no prazo de um ano a contar do início do funcionamento regular da instalação e, no caso de extensões significativas da capacidade, no prazo de um ano a contar do início do funcionamento alterado.

[…]

(4) Em derrogação do § 4, a capacidade inicial instalada para as novas instalações deve corresponder, para cada elemento de atribuição, à média dos dois maiores volumes de produção mensais no período contínuo de 90 dias, com base no qual é determinado o início do funcionamento regular, projetado para um ano civil.

[…]»

14. O § 17 da ZuV 2020, sob a epígrafe «Níveis de atividade dos novos operadores de mercado», prevê:

«(1) No que respeita aos elementos de atribuição para novas instalações a determinar nos termos do § 3, os níveis de atividade relevantes para a atribuição de licenças são determinados do seguinte modo:

[…]

3. O nível de atividade relativo aos combustíveis de um elemento de atribuição com limite de emissões de combustível corresponde à capacidade inicial instalada do elemento de atribuição em causa, multiplicada pelo fator de utilização da capacidade relevante;

[…]

(2) O fator de utilização da capacidade relevante a que se refere ponto 1, n.os 2 a 4, deve ser determinado com base nas informações fornecidas pelo requerente, relativas:

1. ao funcionamento efetivo do elemento de atribuição anteriormente à apresentação do pedido e ao funcionamento planeado da instalação ou do elemento de atribuição, aos seus períodos de manutenção e ciclos de produção;

2. ao uso de técnicas de eficiência energética e de efeito de estufa que possam afetar o fator de utilização da capacidade relevante da instalação;

3. à capacidade de utilização habitual nos setores em causa.

[…]» [6]

15. Nos termos do § 18 da ZuV 2020, sob a epígrafe «Licenças para novos operadores de mercado»:

«(1) No que respeita à atribuição de licenças para novas instalações, a autoridade competente deve calcular o número anual preliminar de licenças de emissão a atribuir a título gratuito, no início do funcionamento regular da instalação, para os anos restantes do período de comércio de 2013 a 2020, separadamente para cada elemento de atribuição, nos termos seguintes:

[…]

3. para cada elemento de atribuição com limite de emissão de combustível, o número anual preliminar de licenças a atribuir a título gratuito corresponderá à multiplicação do limite das emissões de combustível pelo nível de atividade relacionado com os combustíveis;

[…]»

III. Litígio no processo principal, questão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

16. A recorrente no processo principal, Ingredion, explora em Hamburgo (Alemanha) uma instalação destinada à produção de produtos amiláceos [7]. Essa instalação dispõe, como subinstalações, de um aquecedor de ar e de um gerador de vapor, que utilizam vapor e gás natural para gerar calor para a produção do amido.

6 Verifico que, na Decisão 2011/278, foi utilizado o termo «subinstalação», e não a expressão «elemento de atribuição». Do mesmo modo, foi a expressão «parâmetro de referência relativo a combustíveis», e não «limite de emissões de combustível» que foi utilizada nessa decisão. Na continuação das presentes conclusões, referir-me-ei apenas aos termos utilizados na referida decisão, sendo que a sua interpretação é igualmente válida para os utilizados na ZuV 2020.

7 Os produtos amiláceos agregam o conjunto dos produtos agroalimentares que contêm amido.

17. Em 8 de agosto de 2014, a Ingredion solicitou ao Deutsche Emissionshandelsstelle (Serviço de Comércio de Licenças de Emissão, a seguir «DEHSt») a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para essas duas subinstalações. Baseou o seu pedido, no que respeita a uma das referidas subinstalações, num parâmetro de referência relativo ao calor e, no que respeita à outra, num parâmetro de referência relativo a combustíveis [8].

18. Para determinar o número preliminar de licenças de emissão a título gratuito de que podia beneficiar a subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis, a DEHSt, num primeiro momento, teve em conta um fator de utilização da capacidade relevante de 109 %. Com efeito, de acordo com os dados fornecidos pela Ingredion, a utilização efetiva da capacidade dessa subinstalação, no período compreendido entre a data de entrada em serviço regular da instalação, em 15 de agosto de 2013, e a data da apresentação do pedido de atribuição de licenças, em 20 de junho de 2014, era superior a 100 % da sua capacidade inicial instalada [9].

19. Num segundo momento, a DEHSt entendeu que, dado a Comissão, na sua Decisão de 24 de março de 2015 [10], ter recusado um fator de utilização da capacidade relevante de 100 % ou superior para três outras instalações alemãs, tinha de passar a basear-se num fator de utilização da capacidade relevante de 99,9 %, e não de 109 %. Assim, por decisão de 1 de setembro de 2015, determinou o número de licenças de emissão a título gratuito atribuídas à Ingredion para o período de atribuição 2013-2020.

20. A recorrente no processo principal deduziu oposição a essa decisão. A sua oposição foi indeferida por decisão de 7 de julho de 2017, notificada em 10 de julho de 2017. A DEHSt fundamentou esse indeferimento invocando, além da Decisão da Comissão de 24 de março de 2015, documentos de orientação que esta última publicou [11].

21. No recurso judicial que interpôs em 9 de agosto de 2017 no Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim), a recorrente no processo principal manteve o seu pedido.

22. Por decisão de 28 de janeiro de 2019, a DEHSt revogou a sua decisão de 1 de setembro de 2015, dado que o pedido de atribuição de licenças continha um erro de cálculo no que respeitava à subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis. Em 20 de janeiro de 2019, na sequência desse erro de cálculo, a Ingredion procedeu à adaptação do pedido apresentado no órgão jurisdicional.

8 Conforme já referi nas Conclusões que apresentei no processo INEOS Köln (C-572/16, EU:C:2017:896, n.º 58 e nota 35), no essencial, «[o]s parâmetros de referência correspondem a uma determinada quantidade de emissões […] que a Comissão reconhece como sendo necessária para a produção de uma certa quantidade do produto em causa» (v. Conclusões da advogada-geral J. Kokott nos processos Borealis Polyolefine e o., C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2015:754, n.º 40). Para calcular o número anual preliminar de licenças a atribuir a título gratuito, os Estados-Membros devem distinguir, nos termos do artigo 6.º da Decisão 2011/278, as subinstalações em função da sua atividade, a fim de poder determinar se há que aplicar um «parâmetro de referência relativo a produtos», um «parâmetro de referência relativo ao calor» ou um «parâmetro de referência relativo a combustíveis», ou ainda um fator específico para «subinstalações com emissões de processo» (v. Acórdãos de 8 de setembro de 2016, Borealis e o., C-180/15, EU:C:2016:647, n.º 61, e de 18 de janeiro de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, n.º 28). A este propósito, o Tribunal de Justiça já referiu que as definições, constantes do artigo 3.º da Decisão 2011/278, das subinstalações abrangidas por um parâmetro de referência relativo a produtos, por um parâmetro de referência relativo ao calor ou por um parâmetro de referência relativo a combustíveis e com emissões de processo são mutuamente exclusivas (v. Acórdão de 8 de setembro de 2016, Borealis e o., C-180/15, EU:C:2016:647, n.º 62).

9 No que respeita à capacidade inicial instalada, recordo que o artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278 dispõe, no essencial, que, relativamente às instalações a que se refere o artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2003/87, ou seja, os novos operadores, com exceção das instalações que tenham sido objeto de extensão significativa após 30 de junho de 2011, a capacidade inicial instalada de cada subinstalação é determinada utilizando «o período contínuo de 90 dias com base no qual o início do funcionamento normal é determinado» como referência (v., igualmente, n.º 8 das presentes conclusões).

10 Decisão C (2015) 1733 final, de 24 de março de 2015, relativa à quantidade provisória total de licenças de emissão, provenientes da reserva para os novos operadores, a atribuir a título gratuito às instalações alemãs registadas com as referências DE000000000001744, DE000000000201341 e DE000000000203762.

11 Esses documentos, intitulados «Guidance Document n.º 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)» [documento de orientação n.º 2, relativo ao método harmonizado de atribuição a título gratuito na União Europeia após 2012 (guia dos métodos de atribuição)] e «Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications» [Questões frequentemente colocadas a propósito dos pedidos relativos aos novos operadores e aos encerramentos], estão acessíveis no *site* Internet da Comissão, no seguinte endereço https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/allowances_en#tab-0-1

23. O órgão jurisdicional de reenvio refere que a solução do litígio que lhe foi submetido depende da questão de saber se, por força do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278, relativamente às subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis que, como o da Ingredion, se incluem no regime dos «novos operadores», o fator de utilização da capacidade relevante pode atingir um valor igual ou superior a 100 %.

24. Em especial, esse órgão jurisdicional sublinha que a letra dessa disposição não menciona uma qualquer limitação do fator de utilização da capacidade relevante aplicável a um valor inferior a 100 %. Observa que, nas circunstâncias do processo que lhe foi submetido, a aplicação de um coeficiente mais elevado assentava em informações fundamentadas e verificadas de forma independente, respeitantes não apenas ao funcionamento normal planeado da subinstalação da Ingredion, mas também ao seu funcionamento efetivo antes da apresentação do pedido. Acrescenta que, contrariamente ao que sucede no caso das instalações já existentes [12], o período relevante para os novos operadores de mercado corresponde, em conformidade com o disposto no artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278, ao período de 90 dias a contar do início do funcionamento normal, e não a um período de quatro anos [13].

25. Todavia, o referido órgão jurisdicional observa igualmente que uma comparação com os novos operadores que dispõem de subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos, revela que, no que a estas respeita, o fator de utilização da capacidade normal que lhe é aplicável, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea a), dessa decisão, nunca atinge um valor de 100 % [14]. Além disso, a atribuição de licenças de emissão a título gratuito nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE derroga temporariamente o princípio da venda em leilão das licenças de emissão [15] consagrado nessa diretiva, o que preconiza uma interpretação restritiva das disposições correspondentes.

26. Nestas condições, o Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão [2011/278], em conjugação com o artigo 3.º, alínea h), e com o artigo 10.º-A da Diretiva [2003/87], ser interpretado no sentido de que, para os novos operadores de mercado, o fator de utilização da capacidade relevante para o nível de atividade relacionado com os combustíveis está limitado a um valor inferior a 100 %?»

27. A Ingredion, a República Federal da Alemanha e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça.

28. A Ingredion, a República Federal da Alemanha, o Governo alemão e a Comissão estiveram representados na audiência de alegações, que decorreu em 12 de março de 2020.

12 Nos termos do artigo 3.º, alínea a), da Decisão 2011/278, por «[i]nstalação existente» entende-se «uma instalação […] que i) tenha obtido uma licença de emissão de gases com efeito de estufa antes de 30 de junho de 2011 ou, ii) esteja efetivamente em atividade, tenha obtido todas as licenças ambientais relevantes, […] quando aplicável, até 30 de junho de 2011 e cumprido até 30 de junho de 2011 todos os outros critérios definidos no ordenamento jurídico nacional do Estado-Membro em causa […]».

13 Nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278, «[r]elativamente às instalações existentes, os Estados-Membros devem determinar os níveis históricos de atividade de cada instalação, para o período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008, ou, caso sejam mais elevados, para o período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010».

14 Os valores do fator de utilização da capacidade normal são definidos em conformidade com o anexo da Decisão 2013/447/UE da Comissão, de 5 de setembro de 2013, sobre o fator de utilização da capacidade normal, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Decisão 2011/278/UE (JO 2013, L 240, p. 23).

15 Nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87, sob a epígrafe «Leilão de licenças de emissão», previu-se, nomeadamente, que, no que respeita às atividades a que se refere o anexo I dessa diretiva, com exceção das atividades aéreas, os Estados-Membros devem, a partir de 2013, proceder à venda em leilão «de todas as licenças de emissão que não sejam atribuídas a título gratuito nos termos dos artigos 10.º-A e 10.º-C».

IV. Análise

A. Considerações preliminares

29. No essencial, o presente pedido de decisão prejudicial convida o Tribunal de Justiça a determinar se, no contexto do regime de atribuição de licenças de emissão a título gratuito aos «novos operadores», o fator de utilização da capacidade relevante pode, no que se refere a uma subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis, ser superior ou igual a 100 %. Se assim fosse, quando a utilização efetiva da capacidade dessa subinstalação exceder a sua capacidade inicial instalada, esse fator permitiria beneficiar de um maior número de licenças gratuitas.

30. Recordo que o referido fator permite, quando multiplicado pela capacidade inicial instalada de uma subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis, calcular o nível de atividade relacionado com os combustíveis. Nos termos do artigo 19.º, n.º 1, alínea c), da Decisão 2011/278, o número anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito será obtido multiplicando esse nível de atividade pelo valor do parâmetro de referência correspondente.

31. A este propósito, observo que, embora o fator de utilização da capacidade relevante seja, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278, «determinado pelos Estados-Membros com base em informações devidamente fundamentadas e verificadas independentemente […] em comparação com informações específicas de um dado setor», esta disposição não define, em contrapartida, um limite específico para o valor desse coeficiente.

32. Tanto nas observações escritas que apresentaram, como na audiência no Tribunal de Justiça, as partes também referiram essa situação. Defenderam, no essencial, três teses diferentes, que podem ser resumidas nos seguintes termos.

33. Em primeiro lugar, a Ingredion entendeu que o fator de utilização da capacidade relevante pode ser ajustado para um valor superior a 100 % quando, num período superior aos 90 dias a contar do início do funcionamento normal da instalação, a utilização efetiva da capacidade da sua subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis exceda a sua capacidade inicial instalada [16].

34. Em segundo lugar, a República Federal da Alemanha e o Governo alemão consideraram, no essencial, que a questão de saber se esse fator está, ou não, limitado a um valor inferior a 100 % depende, fundamentalmente, da margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278, para determinar o referido fator [17].

35. Em terceiro lugar, a Comissão alegou que, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, alínea i), e no artigo 20.º dessa decisão, só as extensões significativas de capacidade, ou seja, as extensões de pelo menos 10 % por referência à capacidade inicial instalada, podiam levar a uma alteração do número de licenças de emissão preliminarmente atribuídas a um novo operador. Seria contrário à economia e aos objetivos da referida decisão que o fator de utilização da capacidade relevante pudesse ser utilizado para atender a extensões que, como no caso da Ingredion, não ultrapassam esse limiar de 10 % e não se enquadram, portanto, no mecanismo previsto nessas disposições. Além disso, para as subinstalações

16 Na audiência no Tribunal de Justiça, a Ingredion esclareceu que a sua posição não era a de que a capacidade máxima de uma subinstalação devia ser tida em conta como referência, mas a de que o coeficiente da capacidade relevante devia refletir a utilização efetiva da capacidade dessa subinstalação.

17 Para ser exaustivo, acrescento que, nas suas observações escritas, a República Federal da Alemanha alegou que tanto a posição da Ingredion como a da Comissão eram compatíveis com a Diretiva 2003/87 e com a Decisão 2011/278. Porém, sublinhou que os Estados-Membros se podiam basear em decisões definitivas da Comissão, respeitantes à atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito a outras instalações situadas no seu território, e que a DEHSt podia, atenta a Decisão C (2015) 1733 final da Comissão, de 24 de março de 2015, recusar aplicar um fator de utilização da capacidade relevante de valor superior ou igual a 100 %.

com parâmetro de referência relativo a produtos abrangidas pelo regime aplicável aos «novos operadores», o valor do fator de utilização da capacidade normal era sempre inferior a 100 %. Tendo em conta o princípio da igualdade de tratamento entre os «novos operadores», o mesmo deveria acontecer, no que respeita ao fator de utilização da capacidade relevante, com as subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis.

36. De imediato, assinalo que as preocupações manifestadas pela Ingredion me parecem ter fundamentalmente que ver com a duração, em sua opinião demasiado curta, do período de referência utilizado para calcular a capacidade inicial instalada. Recordo que, por força do artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278, esse período corresponde aos 90 dias a contar do início do funcionamento normal da instalação [18].

37. No que respeita à determinação do fator de utilização da capacidade relevante, o direito alemão permite que seja tomada em consideração a exploração efetiva da instalação até à apresentação do pedido de atribuição de licenças [19]. A Ingredion considera, no essencial, que o valor desse fator deve, portanto, refletir a utilização efetiva da capacidade da subinstalação, conforme se revela no termo desse período (no caso da Ingredion, entre 15 de agosto de 2013 e 20 de junho de 2014), eventualmente, através de um valor superior a 100 %, quando essa utilização excede a capacidade inicial instalada.

38. Exporei, nas próximas secções, as razões pelas quais, contrariamente à Ingredion, considero ser necessária a limitação do fator de utilização da capacidade relevante a um valor inferior a 100 % à luz, em primeiro lugar, da letra e do contexto do artigo 18.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278, que diz respeito ao fator da capacidade normal aplicável às subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos (secção B), em segundo lugar, da economia geral dessa decisão (secção C) e, em terceiro lugar, da finalidade global e dos objetivos do regime de atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito (secção D).

39. A título subsidiário, apresentarei algumas observações no que respeita à margem de apreciação de que dispõem os Estados-Membros ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da referida decisão, a fim de responder aos argumentos da República Federal da Alemanha e do Governo alemão (Secção E).

18 Esclareço que, nas suas observações escritas, a República Federal da Alemanha também sustentou que o argumento principal relativamente a uma limitação do fator de utilização da capacidade relevante era o de que «a capacidade inicial instalada, determinada nos termos do artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278, nem sempre [era] representativa da capacidade da instalação, em virtude do curto período de 90 dias».

19 O § 17, n.º 2.1, da ZuV 2020 prevê que, nas subinstalações existentes no território alemão, o fator da capacidade relevante seja determinado com base em informações referentes, nomeadamente, à exploração efetiva da subinstalação *até à introdução do pedido de atribuição de licenças*, assim como à exploração prevista da instalação ou da subinstalação, respetivos períodos de manutenção e ciclos de produção previstos. Na audiência que decorreu no Tribunal de Justiça, a República Federal da Alemanha sublinhou que, dado ser frequente os pedidos de atribuição de licenças a título gratuito só serem apresentados pelos novos operadores após um ano de utilização da subinstalação, era possível, nos termos da ZuV 2020, recorrer ao fator de utilização da capacidade relevante para retificar eventuais inexatidões dos dados obtidos no decurso do período relevante, tomando por base outros dados surgidos até à data da apresentação do pedido. Contudo, a Comissão referiu que esses dados complementares não eram indispensáveis para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito aos novos operadores, pelo que as autoridades nacionais de todos os Estados-Membros não tinham de os tomar em consideração.

B. Interpretação à luz da letra e do contexto do artigo 18.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278

40. Verifico que, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278, a fórmula de cálculo utilizada para determinar o nível de atividade das subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos difere da aplicável às subinstalações com parâmetro de referência relativo ao calor, a combustíveis ou com emissões de processo [20]. Com efeito, no caso das subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos, o fator de utilização da capacidade relevante não é pertinente e importa tomar por base o fator de utilização da capacidade normal, cujo valor é determinado pela Comissão, de forma concreta e precisa [21].

41. A este propósito, observo, conforme aliás foi sublinhado pelo órgão jurisdicional de reenvio, que, de acordo com a Decisão 2013/447, na qual esse fator foi fixado para os anos de 2013 a 2020, os valores são, em cada um dos casos em questão, inferiores a 1 (e, portanto, a 100 %) [22].

42. Confesso ser-me difícil conceber que o fator utilizado para determinar o nível de atividade aplicável aos novos operadores e, a prazo, o número de licenças de emissão preliminares que lhes deve ser atribuído, possa, no caso das subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis, ser superior a 100 %, quando essa possibilidade não existe para as subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos.

43. Com efeito, por um lado, considero que o princípio da igualdade de tratamento entre os novos operadores, consagrado, em substância, no considerando 36 da Decisão 2011/278 [23], exige, como sustenta a República Federal da Alemanha, que os limites impostos ao valor do fator utilizado na determinação do nível de atividade sejam os mesmos para todos os «novos operadores».

44. Por outro lado, da leitura conjugada das definições constantes do artigo 3.º, alíneas b) a d) e h), da Decisão 2011/278 resulta que o método de cálculo definido no artigo 18.º, n.º 2, primeiro parágrafo, dessa decisão, no que toca às instalações com parâmetro de referência relativo a produtos, deve ser considerado o mais preciso. Como a Comissão explicou, o fator de utilização da capacidade relevante só é utilizado quando não seja possível calcular um parâmetro de referência relativo a produtos [24].

45. Esta interpretação é corroborada pela hierarquia entre os diversos parâmetros de referência passíveis de se aplicar a uma dada subinstalação, hierarquia essa a que o considerando 12 da Decisão 2011/278 se refere expressamente. Esse considerando determina que os métodos de atribuição de licenças de emissão a título gratuito aplicáveis às subinstalações com parâmetro de referência relativo ao calor, a combustíveis ou com emissões de processo constituem «três abordagens de recurso» para os casos em que não foi possível calcular um parâmetro de referência relativo a produtos.

20 No que toca à pertinência e à articulação desses diversos parâmetros de referência, remeto para a nota 8 das presentes conclusões.

21 Recordo igualmente que, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278, o fator de utilização da capacidade normal, que se aplica às subinstalações com parâmetro de referência relativo a produtos, corresponde ao «percentil 80 dos fatores anuais médios da capacidade de utilização de todas as instalações que produzem o produto em causa».

22 Mais exatamente, esses valores situam-se entre 0,731 e 0,964.

23 Noto que, segundo o considerando 36 da Decisão 2011/278, «[a]tendendo ao número limitado de licenças de emissão que consta da reserva para novos operadores, é adequado avaliar, quando da atribuição de uma quantidade considerável dessas licenças de emissão a novos operadores, se é garantido um acesso justo e equitativo às licenças que restam nessa reserva» (o sublinhado é meu).

24 V., neste sentido, Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 68). A interpretação defendida pela Comissão também me parece encontrar confirmação no considerando 4 da Decisão 2011/278, do qual resulta que «*[n]a medida do possível*, a Comissão desenvolveu parâmetros de referência relativamente aos produtos» (o sublinhado é meu).

46. Assim, parece-me que, sendo o fator de utilização da capacidade normal, nos termos da Decisão 2013/447, inferior a 1 (ou 100 %), o mesmo se deve passar relativamente ao fator de utilização da capacidade relevante, para as subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis. Esta limitação é, a meu ver, necessária para garantir a igualdade de tratamento entre a globalidade dos novos operadores e ser respeitada a hierarquia entre esses parâmetros de referência [25].

C. Interpretação à luz da economia geral da Decisão 2011/278

47. A limitação do fator de utilização da capacidade relevante a um valor inferior a 100 % parece-me, aliás, necessária à luz da economia geral da Decisão 2011/278 e dos diferentes métodos de cálculo previstos nessa decisão, em matéria de atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito, para as «instalações existentes» [26] e as «instalações que foram objeto de uma extensão significativa de capacidade» [27].

1. Quanto ao regime aplicável às «instalações existentes»

48. No que respeita às «instalações existentes», sublinho que estas são objeto de um regime distinto do aplicável aos «novos operadores». Quando seja necessário aplicar-lhes um parâmetro de referência relativo a combustíveis, o número anual preliminar de licenças de emissão a título gratuito, conforme resulta do artigo 10.º, n.º 2, alínea b), ii), da Decisão 2011/278, corresponde ao valor do parâmetro de referência relativo a combustíveis multiplicado pelo nível de atividade histórico relativo aos combustíveis para os combustíveis consumidos. Esse nível de atividade corresponde, no essencial, ao valor médio do consumo anual histórico de combustíveis utilizados num determinado número de produções [28], num período de referência compreendido entre 1 de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2008 ou entre 1 de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2010 [29].

49. Reparo que este período de referência (de dois a quatro anos) é muito mais longo do que o de 90 dias, fixado nessa decisão, para efeitos da determinação da capacidade inicial instalada dos novos operadores. Além disso, como a Comissão corretamente indica, o cálculo do nível de atividade das instalações existentes é efetuado sem a intervenção de um fator equiparável aos aplicáveis aos novos operadores.

50. Neste contexto, podemos interrogarmo-nos sobre o papel que o fator de utilização da capacidade relevante desempenha no que respeita às subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis que se integram no regime dos «novos operadores». Destina-se, como defende a Ingredion, a compensar a duração relativamente mais curta do período de referência utilizado para calcular a capacidade inicial instalada dessas subinstalações? [30]

25 Em especial, na medida em que, em conformidade com a Decisão 2013/447, o fator de utilização da capacidade normal nunca atinge o valor de 1, parece-me que o fator de utilização da capacidade relevante também deve rigorosamente permanecer inferior a 100 %.

26 No que respeita à definição do conceito de «instalações existentes», v. nota 12 das presentes conclusões.

27 Quanto às instalações que foram objeto de uma extensão significativa de capacidade, esclareço que se incluem na definição de «novo operador», constante do artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2003/87. Com efeito, na definição de «novo operador» inclui-se não apenas «qualquer instalação […] que tenha obtido um título de emissão de gases com efeito de estufa pela primeira vez após 30 de junho de 2011» (como, de resto, é o caso da subinstalação de Ingredion objeto do processo principal), mas também «qualquer instalação […] que tenha sido objeto de extensão significativa após 30 de junho de 2011, apenas no que se refere a essa extensão».

28 As diversas produções pertinentes constam do artigo 9.º, n.º 4, da Decisão 2011/278.

29 Conforme referi na nota 9 das presentes conclusões, esse período (de dois a quatro anos) encontra-se definido no artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278.

30 A este propósito, sublinho que, por força do artigo 17.º do Regulamento Delegado (UE) 2019/331 da Comissão, de 19 de dezembro de 2018, 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/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2019, L 59, p. 8), a atribuição de licenças de emissão a título gratuito aos «novos operadores», para o período compreendido entre 2021 e 2030 (ou seja, para o quarto período de comércio), efetua-se com base no nível histórico de atividade, avaliado no primeiro ano civil após o início do funcionamento normal. Assim, para as atribuições a partir de 2021, o fator de utilização da capacidade relevante e o período de referência de 90 dias deixam de ser pertinentes.

51. Considero que se deve responder negativamente a esta questão.

52. É verdade que a variabilidade da duração dos períodos de referência tidos em conta no que respeita às instalações existentes e aos novos operadores acarreta uma maior probabilidade para estes do que para as instalações existentes de a capacidade inicial instalada das suas subinstalações não ser representativa da utilização efetiva da respetiva capacidade. Segundo a perspetiva defendida pela Ingredion, esse risco podia ser parcialmente compensado através da tomada em consideração, quando da determinação do fator de utilização da capacidade relevante, de dados obtidos no decurso de um período mais longo, até à data de apresentação do pedido de atribuição de licenças, dados esses que, eventualmente, permitiriam aumentar o nível de atividade das subinstalações e, por conseguinte, o número de licenças de emissão atribuídas a título gratuito.

53. Todavia, parece-me que, embora refletindo, no valor do fator de utilização da capacidade relevante, a utilização efetiva de cada subinstalação entre o fim do período de referência de 90 dias e a apresentação do pedido de atribuição de licenças de emissão, os dados obtidos sobre os novos operadores não podem abranger um período igual ao relativo aos dados históricos [31] das instalações existentes. Com efeito, uma vez que o artigo 3.º, alínea h), da Diretiva 2003/87 prevê que o conceito de «novo operador» também abrange qualquer instalação que tenha obtido um título de emissão de gases com efeito de estufa pela primeira vez *após 30 de junho de 2011*, é simplesmente impossível, no momento da apresentação do pedido de atribuição de licenças, aplicar-lhes um período de referência tão longo como o para as instalações existentes.

54. Além disso e principalmente, o artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278, nos termos do qual ficou definido o curto período de referência de 90 dias, não deixa espaço para a ambiguidade. A Comissão esclareceu que, no momento da adoção dessa decisão, estava consciente de que na data em que esse período se iniciaria ainda não teria sido alcançada a fase prevista da exploração normal das instalações ou subinstalações acabadas de entrar ao serviço. Acrescentou, corretamente, que a possibilidade de a utilização efetiva da capacidade da instalação ou subinstalação exceder a capacidade inicial instalada utilizada para determinar o número preliminar de licenças de emissão a título gratuito atribuídas aos «novos operadores» foi «deliberadamente aceite» [32] quando da adoção da Decisão 2011/278, dado que esta previa, no seu artigo 3.º, alínea n), que esse período de referência começava a correr quando a instalação atingisse 40 % da capacidade para que foi concebida.

55. Atentos todos estes elementos, considero, à semelhança da República Federal da Alemanha, que um aumento do fator de utilização da capacidade relevante para um valor superior ou igual a 100 %, nos casos em que a utilização efetiva da capacidade de uma subinstalação como a explorada pela Ingredion atinge ou excede a sua capacidade inicial instalada, contraria a opção deliberada do legislador de limitar o período de referência, utilizado para determinar essa capacidade inicial instalada, aos 90 dias após o início da exploração normal da instalação. Um tal aumento equivaleria, *in fine*, a contrariar a conjugação do teor do artigo 17.º, n.º 4, dessa decisão com o artigo 3.º, alínea n), do mesmo diploma, pois conduziria ao mesmo resultado que um aumento da referida capacidade.

31 Recordo que, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Decisão 2011/278, em relação a cada instalação existente, os Estados-Membros «devem recolher junto do operador, relativamente a todos os anos do período de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008, ou de 1 [de] janeiro 2009 a 31 de dezembro de 2010, quando aplicável, em que a instalação esteve a funcionar, todas as informações e dados pertinentes».

32 Esclareço que, ao adotar a Decisão 2011/278, a Comissão atuou ao abrigo das suas competências de execução, nos termos do disposto no artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87. A este respeito, recordo que, em conformidade com o disposto no artigo 291.º, n.º 3, TFUE, quando a Comissão adota atos de execução, o Parlamento e o Conselho definem previamente as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo que os Estados-Membros podem aplicar ao exercício das competências de execução pela Comissão. Além disso, o Parlamento pode opor-se a esses atos e a Comissão é então obrigada a tomar em consideração essa posição, embora não seja obrigada a aceitá-la.

56. Acrescento que, conforme alegado pela República Federal da Alemanha e pela Comissão, qualquer diferença de tratamento entre as instalações existentes e os novos operadores me parece, de qualquer modo, objetivamente justificada [33], pois o número anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito é função não das *emissões reais* do beneficiário, mas sim dos «*parâmetros de referência*» *teóricos* calculados pela Comissão a partir das emissões de 10 % das instalações mais eficientes, em conformidade com o disposto no artigo 10.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87.

57. Assim, independentemente do regime aplicável a uma subinstalação (isto é, o regime aplicável às instalações existentes ou o regime aplicável aos novos operadores), o número preliminar de licenças de emissão a título gratuito depende desses parâmetros de referência teóricos, que são os mesmos para as instalações existentes e para os novos operadores. As diferenças associadas aos outros elementos a considerar nesse cálculo têm a sua origem na falta de dados históricos fiáveis e perenes relativamente às instalações acabadas de entrar ao serviço e na necessidade, consequente, de se tomar por base uma estimativa do respetivo nível de atividade para se determinar o número preliminar de licenças de emissão de que podem beneficiar a título gratuito.

58. A este respeito, cabe-me igualmente sublinhar que os artigos 20.º e 21.º da Decisão 2011/278 já preveem a aplicação da mesma fórmula de cálculo às instalações existentes e às instalações que entraram ao serviço após 30 de junho de 2011 [34], desde que estas tenham sido objeto de uma modificação significativa da sua capacidade, ou seja, que tenham sido objeto de «uma extensão significativa da capacidade ou [de] uma redução significativa da capacidade» [35].

59. Assim, embora exista um risco maior, assumido pelo legislador, de o nível de atividade não ser representativo da utilização efetiva da capacidade para os novos operadores comparativamente com as instalações existentes, todo o desvio superior a 10 % pode, a prazo, ser tido em consideração, atento o disposto no artigo 20.º da Decisão 2011/278 [36]. De resto, para esses casos, o legislador, para efeitos da determinação da capacidade acrescida, definiu expressamente um período de seis meses, e não apenas de 90 dias [37].

60. Consequentemente, considero que de um exame comparativo dos regimes aplicáveis às instalações existentes e aos novos operadores não se pode inferir que o fator de utilização da capacidade relevante, quando a utilização efetiva da capacidade de uma subinstalação com parâmetro de referência relativo a combustíveis atinge ou excede a sua capacidade inicial instalada, deva ser de valor igual ou superior a 100 %. Pelo contrário, a vontade expressa do legislador de restringir o período de referência, relativamente aos novos operadores, a 90 dias após o início da exploração normal da instalação milita, em meu entender, e como já referi no n.º 55 das presentes conclusões, a favor de uma limitação do valor desse fator abaixo dessa percentagem.

33 A este propósito, recordo que, segundo jurisprudência constante, o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a menos que esse tratamento seja objetivamente justificado (v., nomeadamente, Acórdão de 16 de dezembro de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e o., C-127/07, EU:C:2008:728, n.º 23).

34 O n.º 1 dos artigos 20.º e 21.º da Decisão 2011/278 estabelece, fundamentalmente, que, quando uma instalação tenha sido objeto de uma extensão ou de uma redução significativa de capacidade após 30 de junho de 2011, os Estados-Membros devem determinar, a pedido do operador, o número de licenças de emissão a atribuir a título gratuito relativamente à extensão ou à redução. Neste caso, o método que se aplica é o definido no artigo 19.º dessa decisão, ou seja, o método de cálculo previsto para os novos operadores.

35 Esta definição do conceito de «modificação significativa da capacidade» resulta do artigo 3.º, alínea k), da Decisão 2011/278.

36 É verdade que o mecanismo previsto no artigo 20.º da Decisão 2011/278 não permite retificar *a posteriori* o número preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito a uma subinstalação, com base no primeiro pedido apresentado. É, portanto, verdade, no caso dos novos operadores, que uma eventual subestimativa da capacidade relevante, quando da primeira atribuição, não poderá vir a ser compensada mais tarde. Todavia, a Comissão esclareceu, na audiência, que os novos operadores podiam integrar o âmbito de aplicação desse artigo 20.º a partir do ano seguinte a essa primeira atribuição, desde que tivessem tido uma extensão significativa da respetiva capacidade.

37 V. artigo 3.º, alínea l), da Decisão 2011/278. Sublinho que, nas circunstâncias do processo principal, a Ingredion se baseia na utilização efetiva da sua subinstalação no período compreendido entre 15 de agosto de 2013 e 20 de junho de 2014, ou seja, um período superior a dez meses. Defende assim que, quando uma subinstalação tenha uma utilização acrescida de 9 % por referência à sua capacidade inicial instalada, no termo do período de referência de 90 dias e antes da apresentação do seu pedido, o fator da capacidade relevante podia ser adaptado com base em dados relativos a um período significativamente mais longo (de, pelo menos, quatro meses) do que o aplicável em caso de extensão significativa de capacidade (ou seja, em caso de extensão superior a 10 %).

2. Quanto ao regime aplicável às «instalações que foram objeto de uma extensão significativa de capacidade»

61. Considero, além disso, ser contrário ao mecanismo previsto no artigo 20.º da Decisão 2011/278 que o fator de utilização da capacidade relevante possa, no que toca a subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis que se integram no regime aplicável aos «novos operadores», atingir ou ultrapassar o valor de 100 %, quando a extensão da capacidade permanece inferior ao limite de 10 % definido nessa disposição.

62. A este respeito, recordo que, nos termos do artigo 20.º da Decisão 2011/278, o número de licenças de emissão a atribuir a título gratuito para ter em consideração a extensão significativa de capacidade de uma instalação depende, conforme referido pela República Federal da Alemanha, das duas condições previstas no artigo 3.º, alínea i), desta decisão.

63. Assim, por um lado, devem ocorrer uma ou mais modificações físicas que possam ser identificadas, relacionadas com a configuração técnica e a exploração da subinstalação, diversas da simples substituição de uma cadeia de produção existente. Por outro, a subinstalação deve poder ser explorada com uma capacidade superior em pelo menos 10 % à sua capacidade inicial instalada antes da modificação ou ter um nível de atividade claramente superior que implique uma atribuição adicional de mais de 50 000 licenças de emissão por ano.

64. Além disso, nos termos do artigo 20.º, n.º 2, da Decisão 2011/278, «[o]s Estados-Membros devem exigir ao operador que apresente, juntamente com o pedido, elementos comprovativos de que os critérios referentes a uma extensão significativa da capacidade foram satisfeitos».

65. Nestas condições, considero que, se, como alega a Ingredion, o fator de utilização da capacidade relevante pudesse atingir um valor superior a 100 %, para refletir, como no caso da sua subinstalação, uma utilização efetiva acrescida de 9 % por referência à capacidade inicial instalada [38], essa possibilidade iria contra a vontade expressa do legislador de só permitir um ajustamento do número de licenças de emissão atribuídas caso a extensão seja significativa, ou seja, de pelo menos 10 % relativamente à capacidade inicial instalada.

66. Esta intenção do legislador parece-me encontrar-se claramente inscrita no considerando 35 da Decisão 2011/278, que prevê que «[o]s investimentos em extensões significativas da capacidade que deem acesso à reserva para novos operadores […] devem ser inequívocos e ter uma certa dimensão para evitar o esgotamento precoce da reserva de licenças de emissão criada para os novos operadores, distorções da concorrência e encargos administrativos indevidos, bem como para assegurar a igualdade de tratamento das instalações em todos os Estados-Membros» [39].

67. Acrescento que, na audiência que decorreu no Tribunal de Justiça, a Comissão confirmou que o fator de utilização da capacidade relevante não devia servir para a tomada em consideração de eventuais extensões da capacidade da instalação, dado que estas se encontram cobertas pelo mecanismo específico, e também os limites, previstos no artigo 20.º da Decisão 2011/278.

68. Atentos os elementos que precedem, associo-me a essa posição.

38 Segundo a Ingredion, o fator de utilização da capacidade relevante devia, nesse caso, ser correlativamente fixado em 109 %.

39 Recordo, a este respeito, que, em conformidade com o disposto no artigo 19.º, n.º 4, da Decisão 2011/278, as licenças de emissão da reserva para novos operadores são atribuídas com base no sistema «primeiro a chegar primeiro a ser servido».

3. Conclusão intercalar

69. Considero, atentos os regimes aplicáveis às «instalações existentes» e às «instalações que foram objeto de uma extensão significativa da sua capacidade», que o fator de utilização da capacidade relevante deve, em conformidade com a economia geral da Decisão 2011/278, ficar limitado a um valor inferior a 100 % [40].

70. Na próxima secção debruçar-me-ei sobre a questão de saber porque é que os objetivos do regime de atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito, previsto na Decisão 2011/278 e na Diretiva 2003/87, parecem também militar em apoio da limitação do fator de utilização da capacidade relevante a um valor inferior a 100 %.

D. Interpretação à luz da finalidade global e dos objetivos do regime de atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito

71. Recordo que, nos termos de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, na interpretação de uma disposição do direito da União, há que ter em conta não só os seus termos, mas também o seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte [41].

72. No que respeita à finalidade global e aos objetivos do regime de atribuição de licenças de emissão a título gratuito posto em prática pelo artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 e pela Decisão 2011/278, observo que esse regime derroga o princípio da venda em leilão das licenças de emissão, que o legislador considerou ser, de modo geral, «a forma mais simples e geralmente considerada como o sistema economicamente mais eficiente» [42], na perspetiva do objetivo de «promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes», enunciado no artigo 1.º da Diretiva 2003/87 [43].

73. Neste contexto, a quantidade de licenças de emissão atribuídas a título gratuito sofre, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 11, desta diretiva, uma redução gradual ao longo do período compreendido entre 2013 e 2020, com vista à supressão total dessas licenças gratuitas até ao ano de 2027 [44]. A atribuição de licenças de emissão a título gratuito, com o objetivo de se caminhar para uma redução das emissões de gases com efeito de estufa, passará, portanto, progressivamente a basear-se exclusivamente no princípio da venda em leilão.

40 V., no mesmo sentido, «Guidance Document n.º 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 (Guidance on allocation methodologies)» [documento de orientação n.º 2, relativo ao método harmonizado de atribuição a título gratuito na União Europeia após 2012 (guia dos métodos de atribuição), p. 32] e «Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications» (Questões frequentemente colocadas a propósito dos pedidos relativos aos novos operadores e aos encerramentos, p. 8), documentos invocados pelo órgão jurisdicional de reenvio, que preveem a não aceitação de qualquer valor do fator de utilização da capacidade relevante superior a 100 %. A este respeito, recordo que embora esses documentos não sejam juridicamente vinculativos, constituem, contudo, indícios adicionais suscetíveis de clarificar a economia geral da Diretiva 2003/87 e da Decisão 2011/278 (v., nomeadamente, Acórdãos de 18 de janeiro de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, n.º 41 e jurisprudência referida, e de 14 de maio de 2020, Spenner, C-189/19, EU:C:2020:381, n.º 49).

41 V. Acórdão de 20 de junho de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, n.º 71 e jurisprudência referida).

42 V. considerando 15 da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, que altera a Diretiva [2003/87] a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. Remeto igualmente para as Conclusões que apresentei no processo ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, n.º 69).

43 V. Acórdãos de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, n.º 18), e de 17 de maio de 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, n.º 41).

44 V. Acórdão de 20 de junho de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, n.º 65 e jurisprudência referida).

74. Para efeitos do cumprimento desse objetivo, o considerando 36 da Decisão 2011/278 refere o número limitado de licenças de emissão disponíveis na reserva para os novos operadores [45]. Além disso, o artigo 10.º-A, n.º 7, primeiro parágrafo, segundo período, da Diretiva 2003/87, prevê que as licenças de emissão reservadas aos novos operadores que não sejam atribuídas devem ser leiloadas pelos Estados-Membros.

75. A este respeito, a Comissão também esclareceu que, se não optou, quando da adoção da Decisão 2011/278, por compensar a utilização acrescida da capacidade de uma subinstalação por referência à sua capacidade inicial instalada adaptando o valor do fator de utilização da capacidade relevante para um valor superior a 100 %, foi precisamente para, nessa situação, incentivar a utilização de técnicas eficientes para reduzir as emissões de gases com efeito de estufa ou, eventualmente, a aquisição de um número equivalente de licenças de emissão, ao abrigo do regime de comércio de licenças.

76. Tendo em atenção estes elementos, não restam quaisquer dúvidas, em minha opinião, de que a finalidade global e os objetivos do regime de atribuição de licenças de emissão a título gratuito exigem, do mesmo modo que as indicações fornecidas pelo artigo 18.º, n.º 2, primeiro parágrafo, e a economia geral da Decisão 2011/278, que o fator de utilização da capacidade relevante esteja estritamente limitado a um valor inferior a 100 % [46].

E. A título subsidiário, quanto à margem de apreciação dos Estados-Membros

77. Pelas razões que anteriormente expus, considero que a questão de saber se, em relação às subinstalações com parâmetro de referência relativo a combustíveis que integram o regime aplicável aos «novos operadores», o fator de utilização da capacidade relevante está limitado a um valor inferior a 100 % deve ser resolvida por meio de uma interpretação contextual e teleológica, assente na economia geral da Decisão 2011/278 e na finalidade global e nos objetivos do regime de atribuição preliminar de licenças de emissão a título gratuito. Esta questão não se integra, portanto, conforme a República Federal da Alemanha e o Governo alemão sustentam, na margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278.

78. A este respeito, recordo, para ser exaustivo, que, no que respeita à atribuição de licenças de emissão a título gratuito, o legislador insistiu, no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, no imperativo da plena harmonização, ao prever que «a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão».

79. Conforme anteriormente referi nas Conclusões que apresentei no processo INEOS Köln [47], foi nesta base que a Comissão adotou a Decisão 2011/278 e não oferece dúvida, em meu entender, que esta decisão, lida em conjunto com o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, procede a uma harmonização exaustiva dos aspetos materiais da atribuição de licenças a título gratuito [48].

80. Em especial, nos termos do artigo 19.º, n.º 4, segundo parágrafo, dessa decisão, está previsto que a Comissão pode rejeitar a quantidade total anual preliminar de licenças de emissão atribuídas a título gratuito a um novo operador.

45 A este propósito, sublinho que, em conformidade com o disposto no artigo 10.º-A, n.º 7, primeiro parágrafo, primeiro período, da Diretiva 2003/87, apenas 5 % da quantidade de licenças de emissão atribuída para o período compreendido entre o ano de 2013 e o ano de 2020 estão reservadas aos novos operadores e trata-se de uma percentagem máxima.

46 A este propósito, recordo que, nas Conclusões que apresentei no processo ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:167, n.º 69), referi que qualquer restrição à atribuição de licenças de emissão a título gratuito contribui para a realização progressiva do sistema de venda exclusivamente em leilão das licenças de emissão pretendido pelo legislador.

47 C-572/16, EU:C:2017:896, n.º 70.

48 V. Acórdão de 22 de junho de 2016, DK Recycling und Roheisen/Comissão (C-540/14 P, EU:C:2016:469, n.ºs 52 a 55).

81. Assim, parece-me que, mesmo que o Tribunal de Justiça decida considerar, à semelhança da República Federal da Alemanha e do Governo alemão, e contrariamente à perspetiva que defendo, que os Estados-Membros têm liberdade, dentro dos limites definidos no artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da referida decisão, para fixar o fator de utilização da capacidade relevante num valor superior a 100 %, estes não podem ser acusados de ter aderido à posição da Comissão, mesmo quando esta resulte da aplicação da mesma decisão no contexto de instalações específicas (como é o caso nas circunstâncias do processo principal [49]), desde que possam confirmar que essa posição também será válida em relação a outras instalações.

V. Conclusão

82. Atento o conjunto das considerações que precedem, proponho que se responda da seguinte forma à questão prejudicial submetida pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha):

O artigo 18.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, segundo parágrafo, 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/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, conjugado com o artigo 3.º, alínea h), e o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 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, conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, deve ser interpretado no sentido de que, para os novos operadores, o fator de utilização da capacidade relevante para o nível de atividade relacionado com os combustíveis está limitado a um valor inferior a 100 %.

49 Conforme referi no n.º 19 das presentes conclusões, nas circunstâncias do processo principal, a DEHSt decidiu basear-se num fator de utilização da capacidade relevante de 99,9 %, dado que a Comissão, na sua Decisão de 24 de março de 2015, tinha recusado um fator de utilização da capacidade relevante de 100 % ou superior para três outras instalações alemãs.