Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 12 de noviembre de 2015 [1]

Asuntos acumulados C-191/14 y C-192/14

Borealis Polyolefine GmbH y OMV Refining & Marketing GmbH
contra
Bundesminister für Land- und Forstwirtschaf, Umwelt und Wasserwirtschaft
(Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesverwaltungsgericht Niederösterreich)
Asunto C-295/14
DOW Benelux BV y otros
contra
Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
[Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Países Bajos)]
y
Asuntos acumulados C-389/14 y C-391/14 a C-393/14
Esso Italiana Srl y otros
contra
Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto,
Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Presidenza del Consiglio dei Ministri

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo, Austria)]

«Derecho del medio ambiente — Régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Método de asignación de los derechos de emisión — Asignación gratuita de derechos de emisión — Factor de corrección uniforme intersectorial — Cálculo — Gases residuales — Cogeneración de calor y electricidad — Actividades nuevas iniciadas a partir de 2008 y a partir de 2013 — Motivación — Comitología — Propiedad — Afectación individual — Limitación de los efectos de la retirada»

1 — Lengua original: alemán.

Índice

I. Introducción 3

II. Marco jurídico 4

A. Directiva 2003/87 4

B. Decisión 2011/278 7

C. Decisión 2013/448 8

III. Procedimientos nacionales y peticiones de decisión prejudicial 9

A. Cuestiones en los asuntos C-191/14 y C-192/14 (Borealis Polyolefine) 9

B. Cuestiones en el asunto C-295/14 (DOW Benelux) 10

C. Cuestiones en los asuntos C-389/14 y C-391/14 a C-393/14 (Esso Italiana) 11

D. Procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia 12

IV. Apreciación jurídica 12

A. Sobre la calificación jurídica del factor de corrección 12

1. La demanda reconocida de las instalaciones industriales, calculada por los Estados miembros 13

2. El techo de la industria calculado por la Comisión 14

a) El artículo 10 bis, apartado 5, letra a), de la Directiva 2003/87 14

b) El artículo 10 bis, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87 15

3. El factor de corrección establecido 16

4. Sobre los objetivos de la Directiva 2003/87 en cuanto al factor de corrección 16

B. Sobre la consideración de la producción de electricidad con gases residuales y el aprovechamiento industrial del calor procedente de plantas de cogeneración de alta eficiencia .. 17

1. Sobre la producción de electricidad con gases residuales 18

2. Sobre las instalaciones de cogeneración 20

C. Sobre los datos relativos a los sectores incluidos por primera vez a partir de 2008 o de 2013 que se utilizan para el cálculo del techo de la industria 21

1. Sobre las disposiciones de ejecución 21

2. Sobre la calidad de los datos 22

a) Sobre la ampliación desde 2013 22

i) Sobre la falta de consideración de nuevas actividades en los datos de algunos Estados miembros 22

ii) Sobre la consideración de las nuevas actividades en los datos de otros Estados miembros 23

b) Sobre la ampliación desde 2008 24

D. Sobre la motivación de la determinación del factor de corrección 25

1. Sobre la necesaria motivación de la determinación del factor de corrección en la Decisión 2013/448 26

2. Sobre los datos utilizados por la Comisión 26

3. Sobre el documento explicativo de la Dirección General de Acción por el Clima 29

4. Sobre la necesidad de un cálculo regresivo 29

5. Resultado de la motivación de la determinación del factor de corrección 30

E. Sobre el derecho fundamental a la propiedad (sexta cuestión del asunto Borealis Polyolefine y segunda cuestión del asunto Esso Italiana) 30

F. Sobre el procedimiento de adopción de la Decisión 2013/448 31

G. Sobre la posibilidad de acudir directamente a los tribunales de la Unión 33

H. Sobre las consecuencias de la nulidad de la Decisión 2013/448 36

V. Conclusión 38

I. **Introducción**

1. El régimen de comercio de derechos de emisión establecido en la Directiva 2003/87/CE [2] aún sigue disponiendo transitoriamente la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a numerosas instalaciones industriales. No obstante, la Directiva contiene un complicado régimen que, mediante un factor de corrección, limita la cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente, basándose en una consideración global de las emisiones históricas y de la demanda reconocida de la instalación.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO L 275, p. 32), en su versión resultante del Tratado relativo a la adhesión de Croacia (DO 2012, L 112, p. 21).

2. En las presentes conclusiones voy a examinar peticiones de decisión prejudicial procedentes de Austria, los Países Bajos e Italia, en relación con la determinación de dicho factor de corrección. Dichas peticiones se basan en demandas de empresas dirigidas contra determinados aspectos del cálculo del factor de corrección y con ellas se pretende, en definitiva, obtener una mayor asignación gratuita de derechos de emisión. Con idéntico objetivo, además de dichos procedimientos, están pendientes ante el Tribunal de Justicia otras peticiones de decisión prejudicial procedentes de Italia, Finlandia, Suecia, España y Alemania, en su mayor parte sobre cuestiones similares. [3]

3. La cuestión principal de estos procedimientos es si, al calcular el factor de corrección, la Comisión tuvo debidamente en cuenta determinadas actividades. A este respecto, se trata del aprovechamiento de los llamados gases residuales como combustible, del aprovechamiento del calor obtenido de la cogeneración de calor y electricidad, y de actividades industriales que sólo desde 2008 o desde 2013 están sujetas al régimen de la Directiva 2003/87. Además, dichas empresas reclaman un amplio acceso a todos los datos que utilizó la Comisión en el cálculo, a fin de poder comprobar si hay más razones para impugnarlo.

4. Por otro lado, procede aclarar si la Comisión renunció correctamente a aplicar un determinado procedimiento de la llamada comitología, si se vulneró el derecho fundamental de las empresas a la propiedad y si las empresas debieron haber actuado directamente ante los tribunales de la Unión y no ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y se ha de aclarar también qué consecuencias jurídicas tendría que prosperasen total o parcialmente sus objeciones.

II. **Marco jurídico**

A. *Directiva 2003/87*

5. Los procedimientos versan sobre Decisiones adoptadas por la Comisión sobre la base de la Directiva 2003/87, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. La mayor parte de las disposiciones aquí relevantes fueron introducidas en esta norma por la Directiva 2009/29/CE. [4]

6. Entre las definiciones del artículo 3 de la Directiva 2003/87, se han de destacar las dos siguientes:

«A efectos de la presente Directiva serán de aplicación las siguientes definiciones:

[...]

e) “instalación”: una unidad técnica fija donde se lleven a cabo una o varias actividades de las enumeradas en el anexo I, así como cualesquiera otras actividades directamente relacionadas con aquéllas que guarden una relación de índole técnica con las actividades llevadas a cabo en dicho lugar y puedan tener repercusiones sobre las emisiones y la contaminación;

[...]

u) “generador de electricidad”: una instalación que, a partir del 1 de enero de 2005, haya producido electricidad para venderla a terceros y en la que no se realiza ninguna actividad del anexo I, con excepción de la de “combustión de combustibles”.»

3 — Asuntos C-502/14 (Buzzi Unicem SpA y otros, DO 2015, C 26, p. 13); C-506/14 (Yara Suomi Oy y otros, DO 2015, C 34, p. 9); C-180/15 (Borealis AB y otros/Naturvårdsverket, DO 2015; C 205, p. 21); C-369/15 a C-373/15 (Siderúrgica Sevillana y otros, DO 2015, C 311, p. 35); C-456/15 (BASF), C-457/15 (Vattenfall Europe); C-460/15 (Schaefer Kalk), y C-461/15 (EON Kraftwerke).

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DO L 140, p. 63).

7. El artículo 9 de la Directiva 2003/87 regula la cantidad de derechos de emisión disponibles y su disminución anual:

«La cantidad de derechos de emisión para la Comunidad en su conjunto que se expida cada año a partir de 2013 se reducirá de manera lineal desde la mitad del período 2008-2012. La cantidad se reducirá utilizando un factor lineal del 1,74 % en relación con la media de la cantidad total anual de derechos de emisión expedidos por los Estados miembros de acuerdo con las decisiones de la Comisión sobre sus planes nacionales de asignación para el período 2008-2012. La cantidad de derechos de emisión para la Comunidad en su conjunto aumentará como consecuencia de la adhesión de Croacia únicamente en la cantidad de derechos que Croacia subaste de conformidad con el artículo 10, apartado 1.

A más tardar el 30 de junio de 2010, la Comisión publicará la cantidad de derechos de emisión para la Comunidad en su conjunto en términos absolutos correspondiente a 2013, basándose en las cantidades totales de derechos expedidos o por expedir por los Estados miembros de acuerdo con las decisiones de la Comisión sobre sus planes nacionales de asignación para el período 2008-2012.

[...]»

8. El artículo 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva regula la forma de calcular las emisiones de instalaciones incluidas por primera vez en el régimen en 2013, a efectos de la asignación de derechos de emisión:

«En el caso de instalaciones que lleven a cabo actividades enumeradas en el anexo I que estén incluidas en el régimen comunitario únicamente desde 2013, los Estados miembros garantizarán que los titulares de esas instalaciones presenten a la autoridad competente datos de emisiones debidamente documentados y verificados de forma independiente para que se tengan en cuenta en el ajuste de la cantidad de derechos de emisión por expedir a escala de la Comunidad.

Esos datos se presentarán a más tardar el 30 de abril de 2010 a la autoridad competente de acuerdo con las disposiciones adoptadas con arreglo al artículo 14, apartado 1.

Si los datos presentados están debidamente justificados, la autoridad competente los notificará a la Comisión antes del 30 de junio de 2010, y la cantidad de derechos por expedir se adaptará en consecuencia utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9. En el caso de instalaciones emisoras de gases de efecto invernadero diferentes del CO_2, la autoridad competente podrá notificar una cantidad de emisiones inferior en función del potencial de reducción de las emisiones de dichas instalaciones.»

9. El artículo 10 *bis*, apartados 1 y 2, de la Directiva 2003/87 regula el establecimiento de los llamados «parámetros de referencia» para las distintas actividades:

«1. Antes del 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión a que se refieren los apartados 4, 5, 7 y 12, incluida cualquier medida necesaria para una aplicación armonizada del apartado 19.

Estas medidas, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva completándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el artículo 23, apartado 3.

Las medidas a que se refiere el párrafo primero determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a escala comunitaria a fin de asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta las técnicas más eficaces, los productos de

sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación energética eficaz de gases residuales, la utilización de biomasa y la captura, el transporte y el almacenamiento de CO_2, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones. No se asignará ningún derecho de forma gratuita a la producción de electricidad, excepto en los casos cubiertos por el artículo 10 *quater* y en el caso de la electricidad producida con gases residuales.

[...]

2. A la hora de definir los principios para establecer parámetros de referencia *ex ante* en los diferentes sectores o subsectores, el punto de partida será el promedio de los resultados de las instalaciones que constituyan el 10 % de las instalaciones más eficaces de un determinado sector o subsector en la Comunidad en los años 2007 y 2008. [...]»

10. El artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 excluye, en particular, la asignación gratuita de derechos de emisión para la generación de electricidad:

«Sin perjuicio de los apartados 4 y 8 y no obstante lo dispuesto en el artículo 10 *quater*, no se asignará ningún derecho de forma gratuita a los generadores de electricidad, a las instalaciones de captura de CO_2, a las conducciones para el transporte de CO_2 ni a los emplazamientos de almacenamiento de CO_2.»

11. No obstante, el artículo 10 *bis*, apartado 4, de la Directiva 2003/87 contiene disposiciones especiales para la cogeneración de calor y electricidad:

«Se asignarán derechos de emisión de forma gratuita a la calefacción urbana y a la cogeneración de alta eficiencia, respecto de la producción de calor o refrigeración, [...] con objeto de satisfacer una demanda justificada desde el punto de vista económico. En cada uno de los años siguientes a 2013, la asignación total a ese tipo de instalaciones para la producción de calor se adaptará utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.»

12. El artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, se refiere a la determinación de un factor de corrección para la asignación de derechos de emisión:

«La cantidad máxima anual de derechos de emisión que constituye la base para el cálculo de los derechos de emisión asignados a las instalaciones no cubiertas por el apartado 3 que no sean nuevos entrantes no será superior a la suma de:

a) la cantidad total anual a escala comunitaria determinada con arreglo al artículo 9, multiplicada por la cuota de emisiones de instalaciones no cubiertas por el apartado 3 de la media total de emisiones verificadas en el período 2005-2007 de instalaciones cubiertas por el régimen comunitario en el período 2008-2012, y

b) la media total de emisiones verificadas de 2005 a 2007 de instalaciones incluidas en el régimen comunitario solo a partir de 2013 y que no estén cubiertas por el apartado 3, adaptada utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.

Si resulta necesario, se aplicará un factor de corrección uniforme intersectorial.»

B. *Decisión 2011/278/UE*

13. El artículo 10 de la Decisión 2011/278/UE [5] regula la asignación gratuita de derechos de emisión. Con arreglo a su apartado 2, los Estados miembros determinarán, en primer lugar y sobre la base de las emisiones históricas y de las referencias de producto previamente identificadas por la Comisión, de forma preliminar, cuántos derechos de emisión se asignan a cada instalación industrial. Los resultados se comunican a la Comisión con arreglo al artículo 15, apartado 2, letra e).

14. De conformidad con el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, partiendo de la información transmitida por los Estados miembros, la Comisión calcula el factor de corrección con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87:

«Una vez recibida la lista a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, la Comisión evaluará la inclusión de cada instalación en la misma y las correspondientes cantidades anuales totales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente.

Tras la notificación, por parte de todos los Estados miembros, de las cantidades anuales totales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente para el período comprendido entre 2013 y 2020, la Comisión determinará el factor de corrección uniforme intersectorial contemplado en el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE. El factor de corrección uniforme intersectorial se determinará comparando la suma de las cantidades anuales totales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente a las instalaciones que no son generadoras de electricidad cada año del período comprendido entre 2013 y 2020, sin la aplicación de los factores contemplados en el anexo VI, con la cantidad anual de derechos de emisión calculada de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE para las instalaciones que no son generadoras de electricidad ni nuevos entrantes, teniendo en cuenta la parte pertinente de la cantidad total anual para la Unión en su conjunto, determinada con arreglo al artículo 9 de dicha Directiva, y la cantidad correspondiente de emisiones incluidas en el [régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión] únicamente a partir de 2013.»

15. Si se multiplica por el factor de corrección la cantidad preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a cada instalación industrial, con arreglo al artículo 10, apartado 9, de la Decisión 2011/278 se obtiene la respectiva cantidad anual total final.

16. En cuanto a la consideración de la cogeneración de calor y electricidad en las referencias, resulta especialmente interesante el considerando 21 de la Decisión 2011/278:

«Cuando se intercambie calor medible entre dos o más instalaciones, la asignación gratuita de derechos de emisión debe basarse en el consumo de calor de una instalación y tener en cuenta el riesgo de fuga de carbono. Así, para garantizar que el número de derechos de emisión gratuitos se asigne con independencia de la estructura del suministro de calor, estos derechos de emisión deben asignarse al consumidor de calor.»

17. La toma en consideración de los gases residuales al establecer las referencias de producto se explica en el considerando 32 de la Decisión 2011/278:

«Asimismo, es conveniente que las referencias de producto tengan en cuenta la recuperación energética eficaz de gases residuales y las emisiones relativas a su uso. Con este fin, para la determinación de los valores de las referencias de los productos cuya producción genera gases residuales se ha tomado en consideración en gran medida el contenido de carbono de estos gases

5 — Decisión de la Comisión de 27 de abril de 2011 por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 130, p. 1).

residuales. Cuando los gases residuales se exportan desde el proceso de producción fuera de los límites del sistema de la referencia de producto pertinente y se queman para la producción de calor fuera de los límites del sistema de un proceso referenciado, definido en el anexo I, conviene tener en cuenta las emisiones correspondientes asignando derechos de emisión adicionales sobre la base de la referencia de calor o de combustible. A la luz del principio general según el cual no deben asignarse derechos de emisión de forma gratuita a ningún tipo de producción de electricidad, para evitar el falseamiento de la competencia en los mercados de la electricidad suministrada a las instalaciones industriales y teniendo en cuenta el precio del carbono inherente de la electricidad, es conveniente que, cuando los gases residuales se exporten desde el proceso de producción fuera de los límites del sistema de la referencia de producto pertinente y se quemen para la producción de electricidad, no se asignen derechos de emisión adicionales más allá de la parte del contenido de carbono del gas residual que se haya tenido en cuenta en la referencia de producto pertinente.»

C. *Decisión 2013/448/UE*

18. El artículo 4 de la Decisión 2013/448/UE [6] se refiere al factor de corrección para los años 2013 a 2020:

«El factor de corrección uniforme intersectorial contemplado en el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87] y determinado de acuerdo con el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278/UE se indica en el anexo II de la presente Decisión.»

19. Conforme al anexo II de la Decisión 2013/448, el factor de corrección en 2013 era del 94,272151 %. En los años siguientes, dicha cuota se va reduciendo hasta el 82,438204 % en el año 2020.

20. En el considerando 25, la Comisión expone cómo ha llegado a esas cifras:

«El límite fijado por el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87/CE es de 809 315 756 derechos de emisión en 2013. Para determinar este límite, la Comisión obtuvo en primer lugar de los Estados miembros y de los países AELC del EEE información sobre si las instalaciones se consideran generador de electricidad u otra instalación contemplada en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE. A continuación, la Comisión determinó la parte de las emisiones del período 2005-2007 debidas a las instalaciones no cubiertas por dicha disposición, pero sí incluidas en el RCDE UE [régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea] en el período 2008-2012. Después, la Comisión aplicó esta parte de 34,78289436 % a la cantidad determinada sobre la base del artículo 9 de la Directiva 2003/87 (1 976 784 044 derechos de emisión). Al resultado de este cálculo añadió la Comisión a continuación 121 733 050 derechos de emisión, basándose en el promedio anual de emisiones verificadas en el período 2005-2007 de las instalaciones pertinentes, teniendo en cuenta el ámbito revisado del RCDE UE en 2013. A este respecto, la Comisión utilizó información aportada por los Estados miembros y los países AELC del EEE para los ajustes del límite máximo. En los casos en los que no se disponía de emisiones verificadas anuales para el período 2005-2007, la Comisión procedió a extrapolar, en la medida posible, las cifras de emisión pertinentes a partir de las emisiones verificadas en años posteriores aplicando el factor de 1,74 % en sentido inverso. La Comisión consultó a las autoridades de los Estados miembros y obtuvo su confirmación sobre la información utilizada a este respecto. El límite impuesto por el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 comparado con la suma de las cantidades anuales preliminares de asignación gratuita sin aplicación de los factores contemplados en el anexo VI de la Decisión 2011/278 da el factor de corrección intersectorial anual recogido en el anexo II de la presente Decisión.»

6 — Decisión de la Comisión de 5 de septiembre de 2013 relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE (DO L 240, p. 27).

III. **Procedimientos nacionales y peticiones de decisión prejudicial**

21. En 2012, Austria, los Países Bajos e Italia calcularon (provisionalmente) los derechos de emisión de gases de efecto invernadero que se habían de asignar gratuitamente a las empresas demandantes en los respectivos procedimientos principales e informaron de ello a la Comisión.

22. El 5 de septiembre de 2013, la Comisión adoptó la Decisión 2013/448, en la que estableció el factor de corrección uniforme intersectorial.

23. Sobre la base de este factor de corrección, los tres Estados miembros mencionados asignaron a las empresas demandantes una cantidad de derechos de emisión inferior a la del cálculo preliminar.

24. Contra estas asignaciones, las empresas que son parte en los respectivos procedimientos principales interpusieron sendos recursos que dieron lugar a las presentes peticiones de decisión prejudicial.

A. *Cuestiones en los asuntos C-191/14 (Borealis Polyolefine) y C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. El Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo, Austria) plantea las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448] e infringe el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que excluye de la base del cálculo con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5, segundo guión, letras a) y b), las emisiones relacionadas con gases residuales producidos por instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del anexo I de la [Directiva 2003/87] y el calor utilizado por instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del anexo I de la [Directiva 2003/87] y procedentes de cogeneración de calor y electricidad, para las cuales el artículo 10 *bis*, apartados 1 y 4, de la [Directiva 2003/87] y la [Decisión 2011/278] permiten una asignación gratuita de derechos?

2) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448] e infringe el artículo 3, letras e) y u), de la [Directiva 2003/87], por sí sola y/o en relación con el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que dispone que las emisiones de CO_2 en relación con gases residuales (generados por instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del anexo I de la [Directiva 2003/87]) o con calor utilizado por instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del anexo I de la [Directiva 2003/87] y procedente de cogeneración de calor y electricidad son emisiones de "generadores de electricidad"?

3) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448] e infringe los objetivos perseguidos por la [Directiva 2003/87], en la medida en que genera un desequilibrio al excluir de la base de cálculo del artículo 10 *bis*, apartado 5, segundo guión, letras a) y b), [de la Directiva 2003/87] las emisiones relacionadas con la combustión de gases residuales y con el calor generado en la cogeneración de calor y electricidad, y establecer sin embargo una asignación gratuita de derechos con arreglo al artículo 10 *bis*, apartados 1 y 4, de la [Directiva 2003/87] y con arreglo a la [Decisión 2011/278]?

4) ¿Es inválida la [Decisión 2011/278] e infringe los artículos 290 TFUE y 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que su artículo 15, apartado 3, modifica el artículo 10 *bis*, apartado 5, segundo guión, letras a) y b), de la [Directiva 2003/87], de manera que la referencia a "instalaciones que no estén cubiertas en el apartado 3" se sustituye por otra a "instalaciones que no son generadoras de electricidad"?

5) ¿Es inválida la [Decisión 2013/488] e infringe el artículo 23, apartado 3, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que dicha Decisión no se adoptó en virtud del procedimiento de reglamentación con control, prescrito por el artículo 5 *bis* de la [Decisión 1999/468] del Consejo y por el artículo 12 del [Reglamento n.º 182/2011]?

6) ¿Procede interpretar el artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido de que se opone a la retención de las asignaciones gratuitas, debido a la ilegalidad del cálculo de un factor de corrección uniforme intersectorial?

7) ¿Procede interpretar el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], por sí mismo y/o en relación con el artículo 15, apartado 3, de la [Decisión 2011/278], en el sentido de que se opone a la aplicación de una disposición nacional que prevé la aplicación del factor de corrección uniforme intersectorial ilegalmente calculado, tal como establecen el artículo 4 de la [Decisión 2013/448] y su anexo II, a las asignaciones gratuitas en un Estado miembro?

8) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448] e infringe el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que sólo comprende las emisiones de instalaciones incluidas en el régimen comunitario desde 2008, de manera que excluye las emisiones relacionadas con actividades incluidas en el régimen comunitario a partir de 2008 (en el anexo I modificado de la [Directiva 2003/87]), cuando dichas actividades han tenido lugar en instalaciones que ya estaban incluidas en el régimen comunitario antes de 2008?

9) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448] e infringe el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], en la medida en que sólo comprende las emisiones de instalaciones incluidas en el régimen comunitario desde 2013, de manera que excluye las emisiones relacionadas con actividades incluidas en el régimen comunitario a partir de 2013 (en el anexo I modificado de la [Directiva 2003/87]), cuando dichas actividades han tenido lugar en instalaciones que ya estaban incluidas en el régimen comunitario antes de 2013?»

B. *Cuestiones en el asunto C-295/14 (DOW Benelux)*

26. Las cuestiones del Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) son del siguiente tenor:

«1) ¿Debe interpretarse el [artículo 263 TFUE, párrafo cuarto], en el sentido de que los titulares de instalaciones a los que a partir de 2013 se les aplicaban las normas en materia de comercio de derechos de emisión de la [Directiva 2003/87], con excepción de los titulares de instalaciones mencionadas en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de dicha Directiva y de los nuevos entrantes, habrían podido sin lugar a dudas solicitar al Tribunal General la anulación de la [Decisión 2013/448], en la medida en que dicha Decisión determina el factor de corrección uniforme intersectorial?

2) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448], en la medida en que determina el factor de corrección uniforme intersectorial, por no haber sido adoptada conforme al procedimiento de reglamentación con control mencionado en el artículo 10 *bis*, apartado 1, de la [Directiva 2003/87]?

3) ¿El artículo 15 de la [Decisión 2011/278] es contrario al artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87] por impedir que en la determinación del factor de corrección uniforme intersectorial se tengan en cuenta las emisiones de los generadores de electricidad? En caso de respuesta afirmativa, ¿cuáles son las consecuencias de esta incompatibilidad para la [Decisión 2013/448]?

4) ¿Es inválida la [Decisión 2013/448], en la medida en que determina el factor de corrección uniforme intersectorial, por basarse en parte en datos presentados en cumplimiento del artículo 9 *bis*, apartado 2, de la [Directiva 2003/87] sin que se hubieran fijado las disposiciones mencionadas en dicho apartado y adoptadas con arreglo al [artículo 14, apartado 1, de la misma]?

5) ¿Es contraria la [Decisión 2013/448], en la medida en que determina el factor de corrección uniforme intersectorial, en particular al [artículo 296 TFUE] o al artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque las cantidades de emisiones y derechos de emisión determinantes para el cálculo del factor de corrección se indican en dicha Decisión solamente de forma parcial?

6) ¿Es contraria la [Decisión 2013/448], en la medida en que determina el factor de corrección uniforme intersectorial, en particular al [artículo 296 TFUE] o al artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque dicho factor de corrección ha sido determinado sobre la base de datos que no pudieron conocer los titulares de las instalaciones afectadas por el comercio de emisiones?»

C. Cuestiones en los asuntos C-389/14 y C-391/14 a C-393/14 (Esso Italiana)

27. Por último, el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio italiano (Tribunal administrativo del Lazio, Italia) plantea las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Es nula la [Decisión 2013/448], por no haber tenido en cuenta, en el cálculo de los derechos que deben asignarse gratuitamente, los porcentajes de emisiones asociadas a la combustión de gases residuales —o gases siderúrgicos de proceso— ni las asociadas al calor producto de la cogeneración [de calor y electricidad], infringiendo así el artículo 290 TFUE y el artículo 10 *bis*, apartados 1, 4 y 5, de la [Directiva 2003/87], rebasando los límites de la delegación conferida por dicha Directiva y contraviniendo los objetivos de la misma (incentivación de tecnologías energéticas más eficientes y salvaguardia de las exigencias de desarrollo económico y del empleo)?

2) ¿Es nula la [Decisión 2013/448], a la luz del artículo 6 TUE, por ser contraria al artículo 1 del Protocolo adicional al [Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] (CEDH), así como al artículo 17 de dicho Convenio, al haber vulnerado indebidamente las expectativas legitimas de las sociedades demandantes en mantener el bien consistente en la cantidad de derechos asignados con carácter preliminar y que les correspondían sobre la base de las previsiones de la Directiva, privando así de utilidad económica a dicho bien?

3) ¿Es nula la [Decisión 2013/448], en la parte en que define el factor de corrección intersectorial, habida cuenta de que dicha Decisión infringe el artículo 296 TFUE, [apartado 2], y el artículo 41 de la Carta, por carecer de una adecuada motivación?

4) ¿Es nula la [Decisión 2013/448], en la parte en que define el factor de corrección intersectorial, habida cuenta de que dicha Decisión infringe el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la [Directiva 2003/87], vulnera el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 5 TUE, apartado 4, y además adolece de una deficiente tramitación y de un error de apreciación, ya que en el cálculo de la cantidad máxima de los derechos que han de asignarse gratuitamente (dato relevante a efectos de la definición del [factor de corrección uniforme intersectorial]) no se han tenido en cuenta los efectos del cambio de interpretación del concepto de "instalación de combustión" entre la primera (entre 2005 y 2007) y la segunda fase (entre 2008 y 2012) de ejecución de la [Directiva 2003/87]?

5) ¿Es nula la [Decisión 2013/448], en la parte en que define el factor de corrección intersectorial, por infringir [los artículos 10 *bis*, apartado 5, y 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87], así como por una deficiente tramitación y un error de apreciación habida cuenta del hecho de que el cálculo de

la cantidad máxima de los derechos que han de asignarse gratuitamente (dato relevante a efectos de la definición del [factor de corrección uniforme intersectorial]) se ha efectuado sobre la base de datos facilitados por los Estados miembros incoherentes entre sí por estar basados en una interpretación diferente del artículo 9 *bis*, apartado 2, de la [Directiva 2003/87]?

6) Por último, ¿es nula la [Decisión 2013/448], en la parte en que define el factor de corrección intersectorial, por infringir las normas de procedimiento establecidas en los artículos 10 *bis*, apartado 1, y 23, apartado 3, de la [Directiva 2003/87]?»

D. *Procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia*

28. Han formulado observaciones por escrito, como partes de sus respectivos litigios principales, en los procedimientos austriacos, Borealis Polyolefine y otros; en el neerlandés, DOW Benelux, Esso Nederland y otros, Akzo Nobel Chemicals y otros y Yara Sluiskil y otros, y, en los procedimientos italianos, Esso Italiana, Eni y Linde Gas Italia. Asimismo, han presentado observaciones por escrito Alemania, los Países Bajos, España (sólo en el procedimiento italiano) y la Comisión.

29. Aunque el Tribunal de Justicia ha acumulado, por una parte, las dos peticiones de decisión prejudicial austriacas y, por otra, las cuatro italianas, por lo demás hasta ahora no ha acumulado formalmente los presentes procedimientos. Sin embargo, el 3 de septiembre de 2015 convocó una vista oral común, en la cual participaron, salvo Linde, todas las partes mencionadas, además de, en su condición de partes de los procedimientos seguidos en Italia, Luchini y otros y Buzzi Unicem.

30. Voy a tratar todos los presentes litigios en unas únicas conclusiones, y vería conveniente que el Tribunal de Justicia siguiese este ejemplo, acumulándolos en una resolución conjunta.

IV. **Apreciación jurídica**

31. Las cuestiones planteadas en las distintas peticiones de decisión prejudicial pretenden cuestionar el factor de corrección uniforme intersectorial previsto en el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 (en lo sucesivo, «factor de corrección»), que la Comisión estableció en el artículo 4 y en el anexo II de la Decisión 2013/448.

32. Para comprender estas cuestiones es necesario, en primer lugar, explicar el cálculo de este factor de corrección y su significado en el sistema de la Directiva 2003/87 (acto seguido, sección A). A continuación, analizaré las cuestiones relativas a la insuficiente consideración de determinadas fuentes de emisión (secciones B y C); después, la motivación de la determinación del factor de corrección (sección D); posteriormente, el derecho fundamental a la propiedad (sección E) y el procedimiento aplicado en la Decisión (sección F). Para evitar fracturas en la exposición de esta muy compleja materia jurídica, sólo al final expondré que las empresas demandantes en los procedimientos principales no debieron interponer sus recursos directamente ante los tribunales de la Unión (sección G), y qué consecuencias ha de tener el resultado de la revisión de la Decisión (sección H).

A. *Sobre la calificación jurídica del factor de corrección*

33. Según lo dispuesto en su artículo 1, la Directiva 2003/87 establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a fin de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente.

34. Las instalaciones sujetas al régimen deben adquirir derechos para poder emitir gases de efecto invernadero: los llamados «derechos de emisión». En la práctica, casi exclusivamente se trata de la emisión de CO_2. Con arreglo a los artículos 9 y 9 *bis* de la Directiva 2003/87, la cantidad total de derechos de emisión disponibles es limitada y desde 2010 se reducirá cada año en un 1,74 %. Esa reducción, según el considerando 13 de la Directiva 2009/29, ha de contribuir a la disminución de las emisiones nocivas para el clima en un 20 % de aquí al año 2020, respecto a 1990.

35. Desde 2013, estos derechos de emisión sólo se asignan en parte gratuitamente, y el resto se subastan. Se diferencia entre los generadores de electricidad, que, salvo escasas excepciones, no reciben gratuitamente *ningún* derecho de emisión,[7] y las instalaciones industriales, que reciben gratuitamente todos[8] los derechos de emisión que precisan o bien, al menos, una parte de los mismos.[9]

36. Las presentes cuestiones sólo se refieren directamente a la situación de las instalaciones industriales que pueden percibir gratuitamente derechos de emisión, y no a los generadores de electricidad, pues el factor de corrección controvertido supone una reducción de los derechos de emisión asignados gratuitamente a las instalaciones industriales.

37. El factor de corrección se determina de la siguiente manera: por un lado, los Estados miembros y, por otro, la Comisión calculan cuántos derechos de emisión corresponden en total a todas las instalaciones industriales existentes. Para ello, aquéllos y ésta aplican métodos de cálculo diferentes. A partir del menor de los dos valores se determina cuántos derechos de emisión se asignan finalmente de forma gratuita.

38. Si el valor hallado por los Estados miembros hubiese sido menor, no habría sido necesario proceder a una corrección. En ese caso, los Estados miembros habrían podido realizar la asignación gratuita basándose en su valor de partida.

39. Sin embargo, en la realidad el valor de la Comisión fue menor, de manera que se cumplió el supuesto del artículo 10 *bis*, apartado 5, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87: fue necesario aplicar un factor de corrección uniforme intersectorial. El primer año, ese factor ascendió aproximadamente al 94,3 %, y desde entonces hasta 2020 se irá reduciendo hasta cerca de un 80,4 %. Por lo tanto, la cantidad de derechos de emisión gratuitos calculada de forma preliminar por los Estados miembros finalmente sólo podrá asignarse en esa proporción.

1. La demanda reconocida de las instalaciones industriales, calculada por los Estados miembros

40. Los Estados miembros calculan el valor mencionado al principio del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, que es la cantidad de derechos de emisión que constituye la base para calcular las (futuras) asignaciones gratuitas anuales a las instalaciones industriales. Esta cantidad se calcula, por así decirlo, desde la raíz, es decir, basándose en la actividad histórica de cada instalación y en los llamados «parámetros de referencia» establecidos por la Comisión para cada actividad en la Decisión 2011/278. Estos parámetros de referencia son cantidades determinadas de emisiones de CO_2 que la Comisión considera necesarias para producir una determinada cantidad del producto de que se trate. En adelante designaré este valor como *demanda reconocida*.

7 — Artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, segunda frase, 3 y 7, párrafo tercero, de la Directiva 2003/87.

8 — Conforme al artículo 10 *bis*, apartado 12, de la Directiva 2003/87, se trata de instalaciones de sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono.

9 — Con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 11, de la Directiva 2003/87, comienzan percibiendo gratuitamente el 80 % de los derechos de emisión que necesitan. Desde entonces hasta 2020, esa proporción se va reduciendo linealmente hasta un 30 %, y hasta un 0 % hasta 2027.

41. Con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/87, el punto de partida para los parámetros de referencia será el promedio de los resultados de las instalaciones que constituyan el 10 % de las instalaciones más eficientes de cada sector o subsector en la Unión. Además, de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, estos parámetros de referencia deben asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la cogeneración de alta eficiencia y la recuperación energética eficaz de gases residuales, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones. Corresponde a la Comisión hacer realidad estos objetivos al establecer los parámetros de referencia para las distintas actividades.

42. Los parámetros de referencia establecidos por la Comisión para las instalaciones industriales incluyen, en particular, las emisiones procedentes del aprovechamiento como combustible de los gases residuales generados en determinados procesos de producción (véase la sección B, apartado 1), y tienen en cuenta el aprovechamiento industrial del calor procedente de instalaciones de cogeneración (sección B, apartado 2). Además, se aplican a todas las instalaciones industriales que actualmente están sujetas al régimen de la Directiva 2003/87, es decir, también a aquellas que sólo están comprendidas en él desde 2008 [sección C, apartado 2, letra b)] o desde 2013 [sección C, apartado 2, letra a)].

43. La demanda reconocida resultante de la aplicación de los parámetros de referencia la calculan los Estados miembros para todas las instalaciones industriales de sus territorios, multiplicando el parámetro de referencia correspondiente a la actividad, con arreglo al artículo 10 de la Decisión 2011/278, por el nivel de actividad histórica de cada subinstalación. Esos datos los debían presentar a la Comisión, con arreglo al artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2003/87, antes del 30 de septiembre de 2011. La Comisión suma las cifras recibidas y calcula así la demanda total reconocida de todas las instalaciones industriales de la Unión.

2. El techo de la industria calculado por la Comisión

44. La Comisión calcula el segundo valor, el llamado «techo de la industria», en cierta forma, a vista de pájaro, determinando la parte de la cantidad total de derechos de emisión disponibles que, sobre la base de los datos históricos de emisiones, corresponden en total a las instalaciones industriales. Este techo de la industria se compone de dos cantidades parciales, que se regulan en las letras a) y b) del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87.

a) El artículo 10 *bis*, apartado 5, letra a), de la Directiva 2003/87

45. El punto de partida de la primera cantidad parcial que regula el artículo 10 *bis*, apartado 5, letra a), de la Directiva 2003/87 es la cantidad total anual media de derechos de emisión que, con arreglo al artículo 9, apartado 1, se asignan para el segundo período de asignación, de 2008 a 2012, es decir, la demanda histórica de todas las instalaciones sujetas al régimen de la Directiva durante ese período. Esta cantidad total incluye los dos grupos: generadores de electricidad e instalaciones industriales.

46. La cantidad de estos derechos de emisión la determinó cada uno de los Estados miembros, y para ello la Directiva 2003/87, en su versión entonces vigente, no establecía ningún método específico. [10]

10 — Sentencia Comisión/Estonia (C-505/09 P, EU:C:2012:179), apartado 52.

47. La cantidad media de los años 2008 a 2012 calculada para toda la Unión a partir de esas asignaciones nacionales se reduce anualmente [11] utilizando un factor lineal del 1,74 %, a fin de calcular la cantidad total anual correspondiente a cada año sucesivo, partiendo del año central del período, esto es, 2010.

48. No obstante, para calcular el techo de la industria, con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5, letra a), de la Directiva 2003/87, sólo se puede tener en cuenta la parte de las instalaciones no cubierta por el artículo 10 *bis*, apartado 3. Por lo tanto, en la práctica no se tienen en cuenta los derechos de emisión asignados hasta el año 2012 a generadores de electricidad. La Comisión mide esta parte atendiendo a la cantidad de derechos de emisión que se asignaron a las instalaciones industriales, como promedio, en los años 2005 a 2007.

49. Por lo tanto, no forman parte del techo de la industria los derechos de emisión que en el pasado hayan sido asignados a generadores de electricidad para emisiones procedentes del aprovechamiento de gases residuales como combustible (véase la sección B, apartado 1) o de la producción de calor producido industrialmente en instalaciones de cogeneración (sección B, apartado 2). Además, la referencia a la parte proporcional de la industria durante el período de 2005 a 2007 impide tener en cuenta las instalaciones industriales que sólo estén sujetas al régimen de la Directiva 2003/87 desde 2008 [sección C, apartado 2, letra b)], lo que afecta a determinadas instalaciones de combustión y a instalaciones situadas en el territorio de Estados del EEE. No obstante, todas estas emisiones se tienen en cuenta en los parámetros de referencia de la industria.

b) El artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87

50. La segunda cantidad parcial del artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87 comprende las instalaciones sujetas al régimen de la Directiva sólo desde 2013. Por ejemplo, desde ese año también están incluidas en el sistema las emisiones procedentes de la fabricación de aluminio y de determinados sectores de la industria química.

51. Esto sucede sobre la base de las emisiones totales anuales comprobadas en dichas instalaciones, como promedio, entre 2005 y 2007. Este valor también se reduce anualmente utilizando el mencionado factor lineal del 1,74 %, y no se tienen en cuenta los generadores de electricidad.

52. A este respecto, se plantea el problema de que no se utilizaran datos de emisiones homogéneos para todos los Estados miembros. Para algunos de ellos únicamente se utilizaron datos de emisiones de las instalaciones que, en su conjunto, sólo estaban adheridas al régimen desde 2013. En cambio, para otros Estados miembros se utilizaron, además, los datos de emisiones de las nuevas actividades sujetas al régimen y que se desarrollan en instalaciones ya adheridas antes al régimen en virtud de otras actividades [sección C, apartado 2, letra a)].

11 — Véase, a título aclaratorio, el considerando 13 de la Decisión 2010/384/UE de la Comisión, de 9 de julio de 2010, relativa a la cantidad de derechos de emisión que deben expedirse para el conjunto de la Comunidad en 2013 de conformidad con el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (DO L 175, p. 36).

3. El factor de corrección establecido

53. A primera vista cabría esperar que una demanda reconocida obtenida en función de las instalaciones más eficientes, como la que calculan los Estados miembros, debería ser inferior a las asignaciones históricas realizadas a todas las instalaciones, incluidas las menos eficientes, en las que se basa el valor determinado por la Comisión. [12] Por lo tanto, al comparar ambos valores sólo debería apreciarse la reducción lineal anual del techo de la industria en un 1,74 % cada vez. El factor de corrección sólo debería ser necesario desde el momento en que la «ventaja» resultante de atender a las instalaciones más eficientes quedase compensada por las reducciones.

54. Sin embargo, al comparar el valor de los Estados miembros con el de la Comisión, en realidad da la impresión de que la demanda reconocida en que se basa la Decisión 2013/448 es de *mayores* dimensiones que las asignaciones históricas. En efecto, desde el principio el factor de corrección tuvo una mayor incidencia que la reducción lineal: el factor de corrección del 94,272151 % del primer año, 2013, redujo la asignación gratuita en un 5,727849 %. En cambio, la reducción lineal acumulada hasta ese momento en los años 2011 a 2013 sólo alcanzó un 5,22 %. No obstante, este efecto se va mitigando un poco con el tiempo. En el año 2020, el factor de corrección será del 82,438204 %, con lo que se producirá una reducción del 17,561796 %, que sólo es ligeramente superior a la reducción lineal acumulada del 17,4 % en esos diez años.

55. En consecuencia, las empresas demandantes en los procedimientos principales entienden que la corrección es excesiva, y lo achacan, en particular, al hecho de que, injustificadamente, se tuviesen en cuenta determinadas actividades al determinar la demanda reconocida [13] pero no así al establecer el techo de la industria. [14] Además, exigen tener acceso a los datos necesarios para poder examinar en profundidad el cálculo del factor de corrección (véase la sección D).

4. Sobre los objetivos de la Directiva 2003/87 en cuanto al factor de corrección

56. En relación con este argumento se ha de admitir que una consideración «asimétrica» [15] de determinadas actividades entra en colisión con uno de los objetivos del factor de corrección. Aunque estos objetivos no se enunciaron de forma expresa, del entorno normativo del factor de corrección se deduce que éste persigue una doble finalidad.

57. En primer lugar, el factor de corrección aplica el factor lineal de reducción del 1,74 %. Este objetivo no se ve comprometido por la alegada asimetría. No obstante, el factor de reducción también se habría podido establecer sin la complicada comparación entre la demanda reconocida y el techo de la industria.

58. Por lo tanto, resulta más importante la segunda función del factor de corrección: debe garantizar que las asignaciones gratuitas basadas en los parámetros de referencia no alteren el equilibrio existente en el antiguo sistema de asignación entre las actividades industriales y la generación de electricidad en favor de las primeras.

12 — En contra de lo afirmado por la Comisión en los presentes procedimientos, en el año 2010 la Comisión también era de esta opinión, según alegan Esso Nederland y otros.

13 — Véase el punto 42 de las presentes conclusiones.

14 — Véanse los puntos 49 y 52 de las presentes conclusiones.

15 — Dirección General de Acción por el Clima de la Comisión Europea, «Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020», de 22 de octubre de 2013; anexo 1, p. 4, del escrito de Borealis Polyolefine, disponible también el 12 de agosto de 2015 en el sitio web de la Comisión, en http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/cross_sectoral_correction_factor_en.pdf.

59. Este equilibrio es importante. Si aumentase la proporción de las actividades industriales dentro del conjunto de los derechos de emisión disponibles, al mismo tiempo disminuiría la cantidad de derechos de emisión disponibles para la subasta. En caso de que esa cantidad no bastase para cubrir toda la demanda que ha de atenderse con la subasta, existiría el riesgo de subidas desproporcionadas del precio, lo que repercutiría, sobre todo, en la industria eléctrica y los consumidores de electricidad. Pero, además, también se verían afectados determinados sectores de la industria que habrían de comprar una parte de los derechos de emisión necesarios.

60. En cualquier caso, se alteraría ese equilibrio histórico si en virtud de un nuevo método de cálculo se adjudicasen ahora a la industria actividades que antes se atribuían a la generación de electricidad o que ni siquiera se tenían en cuenta.

61. Por otro lado, tal y como expone, por ejemplo, Linde, esa necesidad de corrección asimétrica entraría en conflicto con el objetivo de la Directiva 2003/87 de evitar la «fuga de carbono». Por fuga de carbono se entiende el traslado a terceros países de actividades generadoras de emisiones de gases de efecto invernadero. Tal migración no sólo sería perjudicial desde el punto de vista económico, sino que también perjudicaría al objetivo general de reducir a escala mundial la emisión de gases de efecto invernadero.

62. Por lo tanto, para evitar la fuga de carbono, con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 12, de la Directiva 2003/87, las instalaciones de sectores o subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono reciben derechos de emisión de forma gratuita, equivalente al 100 % de su demanda reconocida en función de los parámetros de referencia. Sin embargo, un factor de corrección excesivamente alto puede hacer que esas instalaciones acaben recibiendo menos del 100 % de los derechos de emisión que necesitan, de manera que el sistema de la Directiva 2003/87 incentivaría la deslocalización de esas actividades.

63. Por otro lado, la consideración asimétrica del aprovechamiento de los gases residuales favorece al objetivo general de la Directiva 2003/87 de reducir las emisiones nocivas para el clima. Al disminuir la cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente, refuerza el incentivo para limitar la emisión de CO_2. Por lo tanto, contribuye a conservar y proteger el medio ambiente, a luchar contra el cambio climático y a alcanzar un nivel de protección elevado, tal y como exige el artículo 191 TFUE.

64. En este contexto se han de analizar en profundidad los cuatro ámbitos en que las empresas demandantes denuncian tales alteraciones del equilibrio: concretamente, la consideración de los gases residuales y de las instalaciones de cogeneración (sección B) y la consideración de las actividades e instalaciones que sólo desde 2013 o desde 2008 están sujetas al régimen de la Directiva 2003/87 (sección C).

B. *Sobre la consideración de la producción de electricidad con gases residuales y el aprovechamiento industrial del calor procedente de plantas de cogeneración de alta eficiencia*

65. Las cuestiones primera a cuarta del asunto Borealis Polyolefine, la tercera cuestión del asunto Dow Benelux y la primera cuestión del asunto Esso Italiana se refieren a la consideración de la generación de electricidad a partir de gases residuales (a continuación, apartado 1) y del aprovechamiento industrial del calor procedente de plantas de cogeneración de alta eficiencia (apartado 2) en el cálculo del factor de corrección. Ambas actividades se atribuyen actualmente a la industria, aunque antes se incluían en la generación de electricidad.

1. Sobre la producción de electricidad con gases residuales

66. Los gases residuales se generan en determinados procesos de producción industrial, como por ejemplo, en la producción de coque y de acero, y pueden aprovecharse como combustibles, especialmente para generar electricidad. Esto resulta más acorde con una explotación sostenible de los recursos que derivar esos gases o quemarlos inútilmente.

67. Debido a esta utilidad se explica, probablemente, que el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, primera frase, de la Directiva 2003/87 incluya el fomento del aprovechamiento de los gases residuales entre los incentivos a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética. Y podría ser la misma razón por la que la segunda frase de dicha disposición establece para la electricidad producida con gases residuales una excepción a la exclusión de la asignación gratuita de derechos de emisión que afecta a los generadores de electricidad.

68. Por lo tanto, tal y como expone la Comisión, al determinar los parámetros de referencia de producto tuvo en cuenta que en algunos sectores se queman gases residuales para producir electricidad. En particular, por este motivo se incrementaron los parámetros de referencia de producto para el coque, el metal caliente y el mineral sinterizado, con el consiguiente aumento de la demanda reconocida para estos sectores.

69. La Comisión admite que las emisiones en cuestión sólo repercutieron en parte en el techo de la industria, concretamente en la medida en que los gases residuales se quemaban en instalaciones industriales. En cambio, si los gases residuales los quemaba un generador de electricidad en el sentido del artículo 10, apartado 3, de la Directiva 2003/87, no se tenían en cuenta para determinar el techo de la industria. Dado que el techo resulta inferior en esa cantidad, la consideración de los gases residuales en los parámetros de referencia supone un incremento del factor de corrección.

70. Por lo tanto, procede comprobar si esta consideración asimétrica del aprovechamiento de los gases residuales es compatible con la Directiva 2003/87.

71. En este sentido conviene recordar que la asimetría está consagrada en el tenor del artículo 10 *bis*, apartados 1, 3 y 5, de la Directiva 2003/87. Con arreglo a los apartados 3 y 5, los generadores de electricidad y, por tanto, también la producción de electricidad con gases residuales, quedan excluidos del cálculo del techo de la industria. Sin embargo, del apartado 1, párrafo tercero, se deduce que la Comisión debe tener en cuenta la producción de electricidad con gases residuales al determinar los parámetros de referencia, de los cuales se deduce la demanda reconocida de las instalaciones industriales.

72. En cambio, no puede prosperar el argumento de las empresas demandantes en los procedimientos principales de que la remisión del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 a las «instalaciones no cubiertas por el apartado 3» no se debe interpretar en el sentido de que las emisiones de los generadores de electricidad quedan excluidas del cálculo. Según las demandantes, con ello se hace referencia a las instalaciones que se tienen en cuenta para la asignación gratuita de derechos de emisión, pero esta afirmación carece de todo fundamento normativo.

73. En particular, en contra de lo alegado por Buzzi Unicem, para la aplicación del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 no se requiere que no haya asignación gratuita para la producción de electricidad. Antes bien, la exclusión de la asignación gratuita es la consecuencia jurídica de esta disposición, respecto de la cual otras disposiciones establecen excepciones.

74. Aunque, como ya he expuesto,[16] hay que reconocer que esta asimetría no es del todo conforme con el objetivo del factor de corrección de garantizar el equilibrio histórico entre instalaciones industriales y generación de electricidad, y que incentiva la deslocalización de actividades de altas emisiones, al mismo tiempo sí es conforme con los objetivos medioambientales de la Directiva 2003/87.

75. En una situación de objetivos contradictorios y de consideraciones sistemáticas, cabría esperar que el legislador diese a conocer expresamente sus intenciones. Es lo que sucedió, por ejemplo, con otra disposición de la Directiva 2003/87: el artículo 9, apartado 1, tercera frase, que fue introducido con ocasión de la adhesión de Croacia. Conforme a dicha disposición, la cantidad de derechos de emisión para la Unión en su conjunto aumentará como consecuencia de la adhesión de Croacia únicamente en la cantidad de derechos que Croacia subaste de conformidad con el artículo 10, apartado 1. Por lo tanto, dado que no se tienen en cuenta los derechos de emisión gratuitamente asignados por Croacia, necesariamente se produce una disminución de los derechos de emisión disponibles en toda la Unión y es necesaria una corrección con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5.

76. En cambio, en cuanto a los gases residuales no se aprecia ni una norma clara ni una mención en los considerandos ni en los trabajos preparatorios. Por el contrario, hay motivos para creer que el legislador simplemente pasó por alto el problema al redactar la Directiva 2009/29. En efecto, la alusión a los gases residuales se incorporó al texto relativamente tarde (con motivo del diálogo tripartito para la adopción de la Directiva 2009/29 en primera lectura). Los gases residuales se mencionan por primera vez en una enmienda del Parlamento[17] que en el plazo de pocas semanas cristalizó en el compromiso interinstitucional para la adopción de la Directiva 2009/29.[18] Varios diputados del Parlamento protestaron entonces por las prisas por adoptar la Directiva.[19]

77. Por otro lado, el legislador tampoco ha manifestado expresamente que tengan preferencia absoluta la garantía de un auténtico equilibrio entre instalaciones industriales y generadores de electricidad ni la descarga de las instalaciones industriales.

78. Por lo tanto, los conflictos de objetivos que plantea la consideración asimétrica de la producción de electricidad con gases residuales no justifican interpretar la Directiva 2003/87, más allá de su tenor literal, en el sentido de que evita tal asimetría.

79. Tampoco está claro si, pese a todo, la Comisión habría estado facultada para subsanar la asimetría en la consideración de los gases residuales al elaborar los actos de ejecución. Aunque el artículo 10 *bis*, apartado 1, en relación con el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 la faculta para adoptar medidas de desarrollo destinadas a modificar elementos no esenciales de la Directiva completándola, en vista de los objetivos contrapuestos, al menos, no estaba obligada a hacer uso de esa facultad para subsanar la asimetría.

80. En consecuencia, procede declarar que el análisis de las cuestiones sobre la producción eléctrica con gases residuales no ha revelado nada que pueda cuestionar la legalidad de la determinación del factor de corrección mediante la Decisión 2013/448.

16 — Véanse los puntos 56 y ss. de las presentes conclusiones.

17 — Enmienda 48 (Documento 14764/08 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, p. 80).

18 — Aprobada por el Parlamento el 17 de diciembre de 2008 (véase el Documento 17146/08 del Consejo, de 14 de enero de 2010) y confirmada por el Consejo el 4 de abril de 2009.

19 — Documento 17146/08 del Consejo, de 14 de enero de 2010, p. 5.

2. Sobre las instalaciones de cogeneración

81. Mediante la cogeneración de calor y electricidad se vislumbra un aprovechamiento más completo de la energía de los combustibles. Si sólo se aprovecha la fuerza producida, por ejemplo, para la generación de electricidad, el calor obtenido se pierde inútilmente. Por eso, en las instalaciones de cogeneración se recoge el calor generado y se pone a disposición de otras actividades. En parte, ese calor también se utiliza para la producción de refrigeración.

82. Las cuestiones relativas a la consideración de las instalaciones de cogeneración sólo se refieren a aquellas que encajan en la definición de generador de electricidad del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87. Son generadores de electricidad las instalaciones que producen electricidad para venderla a terceros y en las que no se realiza ninguna actividad del anexo I, con excepción de la de «combustión de combustibles».

83. Después de que las partes no se pusieran de acuerdo en la fase escrita del procedimiento sobre cómo se tienen en cuenta al calcular el factor de corrección dichas instalaciones de cogeneración productoras de electricidad, tras una pregunta que les fue formulada en la vista se alcanzó un consenso al respecto.

84. Resulta interesante aquí el caso de una instalación de cogeneración productora de electricidad que suministra calor o refrigeración a clientes industriales. Según pone de manifiesto, en particular, el considerando 21 de la Decisión 2011/278, este caso se tiene en cuenta en el parámetro de referencia del consumidor industrial. Por lo tanto, se incrementa su demanda reconocida, pero las correspondientes emisiones no revierten en el techo de la industria, ya que se producen en instalaciones de cogeneración, es decir, en generadores de electricidad. En consecuencia, el calor de las instalaciones de cogeneración que se aprovecha en la industria incrementa el factor de corrección y produce una nueva asimetría.

85. A esta cuestión son aplicables, en esencia, las mismas consideraciones formuladas para la producción de electricidad con gases residuales.

86. La asimetría está consagrada en el artículo 10 *bis*, apartados 1, 3 y 5, de la Directiva 2003/87. Por un lado, los generadores de electricidad, incluidas las instalaciones de cogeneración que la producen, no cuentan para el establecimiento del techo de la industria con arreglo a los apartados 3 y 5. Por otro lado, el apartado 1, párrafo tercero, primera frase, prevé que los parámetros de referencia incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta, entre otras, la cogeneración de alta eficiencia.

87. La integración del consumo de calor en los parámetros de referencia de productos de la industria, prevista por la Comisión en la Decisión 2011/278, responde a ese objetivo y facilita la gestión práctica del aprovechamiento del calor por la industria a efectos de la asignación gratuita. La simplificación consiste en tratar por igual a las instalaciones que producen calor por sí mismas y a las que se lo compran a instalaciones de cogeneración. Por lo tanto, para la asignación de derechos de emisión a esas instalaciones no es preciso comprobar de forma individual cuánto calor se adquiere de cada fuente. Y el efecto incentivador se produce porque las instalaciones industriales, al comprar calor a las instalaciones de cogeneración, se ahorran derechos de emisión que luego pueden vender.

88. A primera vista, la diferencia parece estar en el artículo 10 *bis*, apartado 4, primera frase, de la Directiva 2003/87, con arreglo al cual se asignarán derechos de emisión a la cogeneración de alta eficiencia, respecto de la *producción* de calor o refrigeración, con objeto de satisfacer una demanda justificada desde el punto de vista económico. Sin embargo, la posibilidad de tal asignación directa no

excluye su consideración en los parámetros de referencia, sino que, sobre todo, permite asignar derechos de emisión a instalaciones de cogeneración para producir calor o refrigeración que se suministran después a clientes no sometidos al régimen de la Directiva. Por ejemplo, viviendas privadas.

89. Por lo tanto, el establecimiento de los parámetros de referencia, en cuanto al aprovechamiento industrial del calor de las instalaciones de cogeneración, se encuentra dentro de las competencias de ejecución que asisten a la Comisión en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87.

90. Por lo demás, es aplicable aquí lo expuesto en relación con la consideración de los gases residuales. Aunque existen conflictos de objetivos y no hay una afirmación clara del legislador, ello no implica una interpretación de la Directiva 2003/87 que excluya la asimetría, ni tampoco estaba obligada la Comisión a eliminarla al ejercer sus competencias de ejecución.

91. En consecuencia, el análisis de las cuestiones sobre la consideración de la cogeneración tampoco ha revelado nada que pueda cuestionar la legalidad de la determinación del factor de corrección mediante la Decisión 2013/448.

C. *Sobre los datos relativos a los sectores incluidos por primera vez a partir de 2008 o de 2013 que se utilizan para el cálculo del techo de la industria*

92. Los tres tribunales expresan dudas acerca de los datos relativos a los sectores incluidos por primera vez a partir de 2013 que se utilizan para el cálculo del techo de la industria. No obstante, mediante su cuarta cuestión el Raad van State pregunta si ya existían las disposiciones de ejecución necesarias para facilitar los datos (véase el apartado 1), mientras que las cuestiones de los otros dos tribunales se refieren a la calidad y el alcance de los datos transmitidos y utilizados [apartado 2, letra a)]. Asimismo, estos dos últimos tribunales expresan sus dudas acerca de la correcta consideración de las instalaciones y actividades incluidas por primera vez en 2008 [apartado 2, letra b)].

1. Sobre las disposiciones de ejecución

93. Mediante su cuarta cuestión, el Raad van State desea saber si es ilegal la determinación del factor de corrección por basarse, entre otros, en datos presentados en cumplimiento del artículo 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87 sin que se hubieran fijado las disposiciones mencionadas en dicho apartado y adoptadas con arreglo al artículo 14, apartado 1.

94. Únicamente tras un análisis más detenido se aprecia la relación existente entre el artículo 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87 y el factor de corrección controvertido. En concreto, dicha disposición precisa cómo se ha de calcular la media total de las emisiones anuales verificadas entre 2005 y 2007 para instalaciones incluidas en el régimen sólo a partir de 2013 y que no sean generadores de electricidad, media que, con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), se ha de incluir en el techo de la industria.

95. Para estas instalaciones, con arreglo al artículo 9 *bis*, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 2003/87, los titulares deben presentar a las autoridades competentes datos de emisiones debidamente documentados y verificados de forma independiente para que se tengan en cuenta a la hora de ajustar el techo de la industria.

96. El artículo 9 *bis*, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87 dispone que esos datos se presentarán a la autoridad competente de acuerdo con las disposiciones adoptadas con arreglo al artículo 14, apartado 1.

97. El Raad van State considera que esas disposiciones son las del Reglamento (UE) n.º 601/2012,[20] que, sin embargo, en el momento de la presentación de los datos a la Comisión aún no había sido adoptado. En efecto, los datos debían presentarse, a más tardar, el 30 de abril de 2010, con arreglo al artículo 9 *bis*, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87.

98. No obstante, como acertadamente señala Alemania, la presentación de los datos en 2010 podría basarse en disposiciones uniformes recogidas en la Decisión 2007/589/CE.[21] Dichas disposiciones estaban previstas en la versión del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2003/87 vigente antes de la Directiva 2009/29.

99. También cabe considerar que el artículo 9 *bis*, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87 se refiere a las disposiciones de la Decisión 2007/589, pues exigía la presentación de los datos en un momento en que es evidente que las nuevas disposiciones de ejecución del Reglamento n.º 601/2012 no tenían por qué haber sido adoptadas, ya que la nueva versión del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2003/87 establecía como término el 31 de diciembre de 2011.

100. Por otro lado, en las disposiciones relevantes no se aprecia razón alguna por la que los datos necesarios para determinar el factor de corrección hubiesen de ser obtenidos y presentados de nuevo en virtud del Reglamento n.º 601/2012.

101. Por lo tanto, de esta cuestión planteada por el Raad van State no se deduce motivo alguno para dudar de la legalidad de la adopción del factor de corrección en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448.

2. Sobre la calidad de los datos

102. Las peticiones de decisión prejudicial procedentes de Italia y Austria suscitan dudas también acerca de la calidad y el alcance de los datos presentados por los Estados miembros. Estas cuestiones se basan en el hecho de que el régimen de la Directiva 2003/87 se siguió ampliando tanto entre la primera fase (de 2005 a 2007) y la segunda (de 2008 a 2012) [véase la letra b)] como en la tercera fase (de 2013 a 2020) [véase la letra a)].

a) Sobre la ampliación desde 2013

i) Sobre la falta de consideración de nuevas actividades en los datos de algunos Estados miembros

103. El Landesverwaltungsgericht Niederösterreich [Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Baja Austria (Austria)], considera, en su novena cuestión, que los datos de emisiones de las instalaciones que antes de 2013 se sometían sólo *parcialmente* al régimen de la Directiva 2003/87 no se tuvieron plenamente en cuenta al determinar el techo de la industria: concretamente, sólo en la medida en que ya antes estaban sujetas a este régimen.

104. En esta hipótesis se basa, en definitiva, también la quinta cuestión del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia), que esencialmente se refiere a las distintas interpretaciones del artículo 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87 por parte de los Estados miembros. Dichas diferencias se refieren precisamente a la cuestión

20 — Reglamento de la Comisión de 21 de junio de 2012 sobre el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero en aplicación de la Directiva 2003/87 (DO L 181, p. 30).

21 — Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2007 por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87 (DO L 229, p. 1).

de si los Estados miembros deben comunicar sólo los datos relativos a las instalaciones que se sometiesen al régimen únicamente a partir de 2013 o también los datos de las actividades que empezaran a estar sujetas al sistema y desarrolladas en instalaciones que ya estuviesen incluidas en el mismo en virtud de otras actividades.

105. Los artículos 10 *bis*, apartado 5, letra b), y 9 *bis*, apartado 2, párrafo tercero, primera frase, de la Directiva 2003/87 responden de forma clara a esta cuestión, pues no mencionan las emisiones de las nuevas *actividades* incluidas que se desarrollen en instalaciones ya sujetas al régimen. Ambas disposiciones hacen referencia sólo a las emisiones verificadas de *instalaciones* que sólo a partir de 2013 estuviesen incluidas en el régimen.

106. Pero si en la determinación del techo de la industria no se tienen en cuenta las emisiones sujetas al régimen sólo desde 2013 y procedentes de actividades realizadas en instalaciones ya incluidas con anterioridad, el resultado es necesariamente un factor de corrección mayor, ya que estas actividades sí que se computan en la demanda reconocida.

107. En consecuencia, de manera análoga a la consideración de la producción de electricidad con gases residuales [22] y de calor en instalaciones de cogeneración, [23] el tenor de la normativa aplicable da lugar a una consideración asimétrica de las emisiones. También aquí se producen los consabidos conflictos de objetivos y la ausencia de una explicación clara por parte del legislador.

108. Por lo tanto, tampoco en este caso es necesaria una interpretación diferente del artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87, y la Comisión no estaba obligada a remediar la asimetría en las disposiciones de ejecución.

109. En consecuencia, procede señalar que del examen de las cuestiones sobre las nuevas instalaciones y actividades sometidas al régimen de la Directiva 2003/87 a partir de 2013 no se desprende que la *falta* de consideración de nuevas actividades realizadas en instalaciones ya sujetas al régimen en los datos de algunos Estados miembros al adoptar el techo de la industria pueda poner en cuestión la legalidad de la determinación del factor de corrección en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448.

ii) Sobre la consideración de las nuevas actividades en los datos de otros Estados miembros

110. Sin embargo, dicho examen ha demostrado que la consideración de nuevas actividades realizadas en instalaciones ya sujetas al régimen en los datos de *otros* Estados miembros al adoptar el techo de la industria sí puede poner en cuestión la legalidad de la determinación del factor de corrección en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, ya que el artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87 sólo prevé la consideración de nuevas instalaciones.

111. En contra de lo alegado por Alemania, la interpretación del artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de dicha Directiva tampoco deja un margen de apreciación que permita a algunos Estados miembros tener en cuenta sólo las nuevas instalaciones sometidas al régimen mientras que otros incluyen también las nuevas actividades de instalaciones ya sometidas al mismo. Sin duda, puede haber un margen para que las autoridades nacionales valoren los datos presentados por los titulares de las instalaciones, pero la consideración de nuevas actividades realizadas por instalaciones ya sometidas carece simplemente de fundamento jurídico.

22 — Véanse los puntos 71 y ss. de las presentes conclusiones.

23 — Véanse los puntos 86 y ss. de las presentes conclusiones.

112. Aunque la Comisión (al igual que Alemania) alega acertadamente que la Directiva 2003/87 no permite modificar los datos de los Estados miembros, de ahí no se deduce que el factor de corrección pueda establecerse sobre la base de datos que, con arreglo a las disposiciones aplicables, no deban ser tenidos en cuenta. La Comisión debe, al menos, aclarar las dudas existentes acerca de la calidad de los datos y, en su caso, preocuparse de que los Estados miembros realicen cuanto antes las correcciones oportunas. Es lo que corresponde a la función que le atribuye el artículo 17 TUE, apartado 1, de supervisar la aplicación del Derecho de la Unión.

113. Por otro lado, lo mismo se desprende de la sentencia Comisión/Estonia, referida a la anterior versión de la Directiva 2003/87, que dejaba a los Estados miembros un margen de apreciación mucho más amplio que la legislación hoy vigente. Y, por otro lado, el Tribunal de Justicia tampoco excluyó en ese caso un control de legalidad. [24]

114. Nada cambia a este respecto la necesidad de establecer el factor de corrección en un momento determinado. Si no se puede aclarar a tiempo qué datos procede utilizar, en caso de urgencia la Comisión debe establecer un factor de corrección provisional reservándose la posibilidad de actualizarlo.

115. Por lo tanto, procede insistir en que el artículo 10 *bis*, apartado 5, letra b), de la Directiva 2003/87 únicamente permite considerar las emisiones de las instalaciones sometidas al régimen de la Directiva sólo a partir de 2013, pero no las de las actividades recién incorporadas al régimen y realizadas en instalaciones ya sometidas al mismo.

116. Sin embargo, en el curso de los presentes procedimientos se ha alegado que al menos Francia, Bélgica, Alemania, Italia y España también presentaron datos de emisiones sobre las actividades recién incorporadas al régimen y desarrolladas en instalaciones que ya estaban sujetas al mismo en virtud de otras actividades. Y la Comisión utilizó esos datos al calcular el techo de la industria.

117. Por lo tanto, la Comisión estableció un techo de la industria excesivamente *alto* al tener en cuenta en su cálculo emisiones de actividades sometidas al régimen sólo a partir de 2013 y realizadas en instalaciones ya sometidas previamente al mismo. A este respecto, la determinación del factor de corrección es ilegal y, por tanto, son nulos el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448.

118. Por otro lado, procede señalar que este mismo argumento no sólo sería válido respecto al cálculo del factor de corrección, sino también respecto a la determinación de la cantidad total de derechos de emisión disponible con arreglo al artículo 9 *bis*, apartado 2. Y en ese caso, de la asimetría no se derivaría una menor asignación gratuita, sino una menor cantidad de derechos de emisión disponibles, es decir, una disminución de las emisiones nocivas para el clima, lo cual sería incluso *claramente más* conforme con los objetivos medioambientales superiores de la Directiva 2003/87 y del artículo 191 TFUE que la mera limitación de la asignación gratuita. No obstante, en los presentes procedimientos no se ha preguntado por la cantidad total disponible, de manera que el Tribunal de Justicia no ha de pronunciarse al respecto.

b) Sobre la ampliación desde 2008

119. Mediante su cuarta cuestión, el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) desea saber, además, si el cálculo del techo de la industria es erróneo porque al determinarlo no se tuvo en cuenta la ampliación del régimen realizada entre la primera fase (de 2005 a 2007) y la segunda fase (de 2008 a 2012) de aplicación de la Directiva 2003/87. Aquí reside también el presunto error que el Landesverwaltungsgericht

24 — C-505/09 P, EU:C:2012:179, apartado 54.

Niederösterreich (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Baja Austria) somete a consideración en su octava cuestión. A su parecer, los datos de emisiones de las instalaciones que antes de 2008 sólo se sometían *parcialmente* al régimen de la Directiva 2003/87 no se tuvieron plenamente en cuenta, sino sólo en la medida en que ya antes estaban sujetas al mismo.

120. Las modificaciones en el segundo período de asignación se debieron a las aclaraciones de la Comisión sobre el concepto de instalación de combustión, a raíz de las cuales algunos Estados miembros hubieron de incluir algunas instalaciones más.[25] Además, se incorporaron al régimen Noruega, Islandia y Liechtenstein.

121. Para determinar las emisiones históricas y establecer el techo de la industria, la Comisión se basó en el registro de emisiones de la Unión.[26] Sin embargo, este registro no contenía datos relativos a las instalaciones incorporadas al régimen por primera vez en el segundo período de asignación.

122. Como acertadamente señala la Comisión, esto era conforme con el artículo 10 *bis*, apartado 5, letra a), de la Directiva 2003/87, con arreglo al cual en el cálculo del techo de la industria sólo puede tenerse en cuenta la media de las emisiones verificadas entre los años 2005 y 2007. Y para las actividades incluidas ya a partir de 2008 falta una disposición análoga al artículo 9 *bis*, apartado 2, que obligue a los Estados miembros a comunicar también datos verificados de emisiones para esas actividades. Por lo tanto, las emisiones incluidas sólo a partir de 2008 no estaban verificadas y no podían ser tenidas en cuenta.

123. En consecuencia, también a este respecto el tenor de la disposición relevante conduce a una consideración asimétrica de las emisiones, de modo que son aplicables las mismas consideraciones hechas en relación con las asimetrías antes examinadas.

124. Por consiguiente, el análisis de estas cuestiones tampoco ha revelado nada que pueda poner en cuestión la validez de la determinación del factor de corrección mediante la Decisión 2013/448.

D. *Sobre la motivación de la determinación del factor de corrección*

125. El Raad van State (Consejo de Estado) (cuestiones quinta y sexta) y el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) (tercera cuestión) también plantean al Tribunal de Justicia dudas sobre la motivación de la determinación del factor de corrección.

126. En estas cuestiones se afirma que la motivación de la Decisión 2013/488, y especialmente su considerando 25, no contiene todos los datos necesarios para comprender el cálculo del factor de corrección. En concreto, se alega que ciertas cifras sólo se pueden deducir indirectamente de la motivación (véase, a continuación, el apartado 4), y que, aunque un documento explicativo de la Dirección General de Acción por el Clima publicado posteriormente contiene información adicional, en primer lugar, no forma parte de la motivación (véase el apartado 3) y, en segundo lugar, sigue faltando mucha información necesaria (véase el apartado 2). Para responder a estas cuestiones es necesario hacer algunas precisiones sobre los requisitos de la motivación (véase el apartado 1).

25 — Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2005, «Orientaciones complementarias para los planes de asignación del período 2008-2012 en el ámbito del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE», COM(2005) 703 final, apartado 36 y anexo 8.

26 — Documento de la DG de Acción por el Clima, citado en la nota 15, p. 2.

1. Sobre la necesaria motivación de la determinación del factor de corrección en la Decisión 2013/448

127. Es sabido que la motivación exigida por el artículo 296 TFUE, párrafo segundo, debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. [27]

128. El Tribunal de Justicia ha concretado esta exigencia declarando que la motivación de las *decisiones individuales* tiene la finalidad, además de permitir el control jurisdiccional, de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez. [28]

129. En cambio, cuando se trata de *actos de validez general*, la motivación puede limitarse a indicar, por una parte, la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y, por otra parte, los objetivos generales que se propone alcanzar; le basta con poner de manifiesto la parte esencial del fin perseguido con el acto jurídico en cuestión. [29] En ese caso, sería innecesario exigir una motivación específica para cada una de las opciones de carácter técnico que realizó. [30]

130. La controvertida determinación del factor de corrección no es, sin duda alguna, una decisión individual, sino un acto con validez general y, al mismo tiempo, una opción de carácter técnico de la Comisión. Por lo tanto, podría suponerse que las exigencias a la motivación son limitadas.

131. Pero esa suposición sería errónea.

132. Las limitadas exigencias de motivación de los actos de validez general se deben al margen de discrecionalidad legislativo en que generalmente se basan. Dicho margen sólo está sujeto a la revisión judicial dentro de unos límites estrictos, de manera que basta con que la motivación contenga los elementos necesarios para poder realizar esa revisión.

133. Sin embargo, al establecer el factor de corrección en la Decisión 2013/448, la Comisión no ejerció facultades que gozasen de tal margen de discrecionalidad. El método de cálculo y los datos que se habían de utilizar se derivan de la Directiva 2003/87 y la Decisión 2011/278. Por lo tanto, el control judicial se extiende esencialmente a la cuestión de si se aplicó correctamente ese método y si se utilizaron los datos adecuados. En consecuencia, la motivación debe contener la información necesaria para que sea posible llevar a cabo dicho control.

2. Sobre los datos utilizados por la Comisión

134. De ahí se deduce ya un elemento fundamental para responder a la sexta cuestión planteada por el Raad van State (Consejo de Estado): si la motivación debe contener *todos* los datos necesarios para revisar en detalle el cálculo del factor de corrección.

27 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764), apartado 63; AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153), apartado 58, y Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), apartado 44.

28 — Sentencias SISMA/Comisión (32/86, EU:C:1987:187), apartado 8; Corus UK/Comisión (C-199/99 P, EU:C:2003:531), apartado 145; Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartado 115, y Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartado 93.

29 — Sentencias AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153), apartado 59, e Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión (C-398/13 P, EU:C:2015:535), apartado 29.

30 — Sentencias Eridania zuccherifici nazionali y otros (250/84, EU:C:1986:22), apartado 38; Italia/Consejo y Comisión (C-100/99, EU:C:2001:383), apartado 64; British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), apartado 166; Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800), apartado 62; Alliance for Natural Health y otros (C-154/04 y C-155/04, EU:C:2005:449), apartado 134; AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153), apartado 59, y Estonia/Parlamento y Consejo (C-508/13, EU:C:2015:403), apartado 60.

135. De hecho, la motivación de la Decisión 2013/448 debe referirse precisamente a esos datos, pues de lo contrario el Tribunal de Justicia no podrá controlar si la Comisión utilizó los datos adecuados al calcular el factor de corrección y si aplicó el método de cálculo correcto. En consecuencia, los afectados también necesitan esos datos para poder interponer los correspondientes recursos (ya sea ante los tribunales de la Unión o ante los nacionales).

136. Es evidente que la motivación del establecimiento del factor de corrección en el considerando 25 de la Decisión 2013/448 no satisface esas exigencias, pues no contiene todos los datos que la Comisión utilizó para calcular el factor de corrección. A este respecto, el Raad van State (Consejo de Estado) destaca especialmente tres factores.

137. En *primer* lugar, que para poder revisar la determinación de la proporción de las emisiones que durante el período comprendido entre 2005 y 2007 correspondió a instalaciones que no son generadores de electricidad es preciso saber qué instalaciones consideró la Comisión como generadores de electricidad.

138. En *segundo* lugar, que sólo se puede entender el cálculo de la cantidad total de emisiones de las instalaciones que sólo desde 2013 se someten a las normas del comercio de derechos de emisión si se tiene acceso a los datos facilitados por los Estados miembros a la Comisión en virtud del artículo 9 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87.

139. Y, en *tercer* lugar, que no se puede verificar la asignación no corregida si no se tiene acceso a las listas presentadas por los Estados miembros con las cantidades totales anuales preliminares de derechos de emisión asignados gratuitamente.

140. No obstante, en mi opinión no es necesario incluir todos estos datos en la motivación del acto, pues de hacerlo su volumen sería considerable. El Tribunal de Justicia ha reconocido que las exigencias que se imponen a la motivación de una decisión deben adaptarse a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse. [31] Por ese motivo, habría bastado con facilitar una posibilidad de conocer los datos primarios e incluir en la motivación la correspondiente indicación.

141. Pero no se ha hecho así. Y no sólo eso: la Comisión denegó incluso el acceso a los datos tras serle solicitado. De ese modo, privó de todo fundamento a una plena tutela judicial en relación con el cálculo del factor de corrección.

142. La Comisión y Alemania, no obstante, alegan que dichos datos contienen secretos comerciales.

143. A este respecto hay que admitir que la protección de la información confidencial y de los secretos comerciales debe garantizarse y adaptarse de manera que se concilie con las exigencias de una tutela judicial efectiva y el respeto del derecho de defensa de las partes en litigio. [32]

144. Por lo general, esto significa que el órgano supervisor, normalmente un órgano jurisdiccional, debe disponer necesariamente de la información precisa para estar en condiciones de decidir con pleno conocimiento de causa, incluidos la información confidencial y los secretos comerciales. En cambio, ha de ser posible privar de dicha información a una parte si la otra parte convence al órgano supervisor de que existe un interés superior en que se trate de forma confidencial. [33]

31 — Sentencia Delacre y otros/Comisión (C-350/88, EU:C:1990:71), apartado 16.

32 — Sentencias Mobistar (C-438/04, EU:C:2006:463), apartado 40, y Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), apartado 52.

33 — Sentencias Varec (C-450/06, EU:C:2008:91), apartados 53 y 54, y, sobre información sensible para la seguridad, Comisión y otros/Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, EU:C:2013:518), apartados 117 a 129.

145. No obstante, en el presente caso es dudoso que exista un interés superior en el trato confidencial de todos los datos necesarios. El artículo 17 de la Directiva 2003/87 dispone que se pondrán a disposición del público, con arreglo a la Directiva 2003/4/CE,[34] las decisiones relativas a la asignación de derechos de emisión y los informes de emisiones requeridos con arreglo al permiso de emisión de gases de efecto invernadero y que se encuentren en posesión de la autoridad competente. Lo mismo se desprende del artículo 15 *bis* de la Directiva 2003/87.

146. Aunque, según establece el artículo 15 *bis*, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87, esto no excluye la protección de los secretos comerciales que efectivamente existan, la justificación de esos secretos está sujeta a estrictos requisitos, pues la obligación de respetar el secreto no puede interpretarse de forma tan extensa que con ella se prive de objeto a la exigencia de motivación en detrimento del derecho de defensa ser oído.[35]

147. En particular, se ha de tener en cuenta que, con arreglo al artículo 4, apartado 2, cuarta frase, de la Directiva 2003/4 y al artículo 6, apartado 1, primera frase, del Reglamento de Aarhus,[36] el acceso a la información sobre emisiones al medio ambiente no puede ser denegado apelando a la confidencialidad de datos de carácter comercial o industrial.

148. En contra de lo que opina la Comisión, nada cambia a ese respecto la sentencia Ville de Lyon. Aunque ésta versaba también sobre el acceso a determinada información relativa a la aplicación de la Directiva 2003/87, dicha información estaba sujeta a un régimen especial que, a diferencia de la Directiva 2003/4, sí que excluía el acceso.[37] En cambio, para la información que interesa en el presente caso no se aprecia que exista ningún régimen especial que impida aplicar a la obligación de motivación las valoraciones de la Directiva 2003/4 y del Reglamento de Aarhus.

149. Parece cuanto menos probable que mucha, o incluso toda la información aquí relevante es relativa a emisiones al medio ambiente. Por lo tanto, sería preciso analizar minuciosamente cuáles de los datos utilizados no se refieren a emisiones al medio ambiente y, al mismo tiempo, deben ser tratados confidencialmente como secretos comerciales. Aparte de las consideraciones antes expuestas, la Comisión también deberá comprobar si el interés en la protección de secretos comerciales que inicialmente merecían ser reconocidos ha quedado desvirtuado con el paso del tiempo.[38] Todos los demás datos necesarios para la supervisión de la determinación del factor de corrección deberían ser accesibles al público y, por ende, también a las empresas afectadas.

150. En los presentes procedimientos no es posible decidir de forma concluyente qué datos utilizados para calcular el factor de corrección deben ser tratados confidencialmente por razones superiores. Así, en la vista Alemania precisó que los datos relativos a las emisiones totales anuales de las instalaciones son públicos, mientras que los relativos a las subinstalaciones se consideran secretos comerciales, ya que permiten extraer conclusiones sobre la producción. En qué medida son necesarios estos datos para comprobar el cálculo del factor de corrección y si en nuestro caso efectivamente deben tratarse de forma confidencial no son cuestiones objeto del presente procedimiento.

34 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (DO L 41, p. 26).

35 — Sentencia Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comisión (296/82 y 318/82, EU:C:1985:113), apartado 27.

36 — Reglamento (CE) n.º 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DO L 264, p. 13).

37 — Sentencia Ville de Lyon (C-524/09, EU:C:2010:822), apartado 40.

38 — Véase el artículo 4, apartado 7, del Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43), así como la sentencia Internationaler Hilfsfonds/Comisión (C-362/08 P, EU:C:2010:40), apartados 56 y 57.

151. No obstante, ha quedado acreditado que la determinación del factor de corrección en el artículo 4 y en el anexo II de la Decisión 2013/448 está indebidamente motivada, de manera que es inválida. Incumbe a la Comisión adoptar una nueva decisión suficientemente motivada y, a este respecto, comprobar hasta qué punto está justificado un trato confidencial de los datos en que se base. En caso de descuerdo, procederá iniciar un nuevo litigio sobre este punto.

3. Sobre el documento explicativo de la Dirección General de Acción por el Clima

152. Por último, procede aclarar que el documento explicativo de la Dirección General de Acción por el Clima de 22 de octubre de 2013 [39] al que se alude en la tercera cuestión del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) independientemente de su contenido, no podía subsanar el defecto de motivación expuesto.

153. Ello es así porque dicho Tribunal considera con acierto que la motivación de un acto de la Unión debe incluirse en el propio acto y debe proceder del autor del mismo. [40]

154. Aunque el alcance de la obligación de motivación pueda ser limitado cuando la información relevante sea conocida por los afectados, [41] ese conocimiento puede limitar la obligación de motivación, a lo sumo, si los afectados pudieron acceder a esa información en el mismo momento de la decisión. Sin embargo, el documento en cuestión está fechado el 22 de octubre de 2013, mientras que la Decisión 2013/448 se adoptó el 5 de septiembre de 2013 y se publicó dos días después.

155. En cambio, la información posterior sólo puede servir para completar una motivación que de por sí ya es suficiente, pero no puede subsanar ningún defecto de motivación. A esto se añade en el presente caso que dicha información no fue publicada por la Comisión, como autora de la Decisión 2013/448, sino por uno de sus servicios. El hecho de que la Comisión no haya dedicado en los presentes procedimientos ni una sola palabra a ese documento y que incluso lo haya contradicho recientemente en relación con la consideración de las instalaciones de cogeneración demuestra que el documento no equivale a la motivación de un acto.

4. Sobre la necesidad de un cálculo regresivo

156. Por último, pregunta el Raad van State (Consejo de Estado) si es compatible con la obligación de motivación que las cantidades de emisiones y de derechos de emisión relevantes para el cálculo del factor de corrección sólo se indiquen parcialmente en la Decisión. Esta cuestión atiende al hecho de que determinados valores de partida sólo se pueden averiguar efectuando un cálculo regresivo, a partir de las cifras indicadas, aplicando las reglas de cálculo.

157. Sin embargo, esto último no constituye ningún defecto de motivación, pues el alcance de la obligación de motivación se determina teniendo en cuenta su contexto y el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. [42] Si dicho contexto permite, con un esfuerzo razonable, averiguar de forma fiable más información partiendo de los datos que contiene la motivación, se habrá cumplido con la obligación. Sin embargo, como ya he expuesto, de esta manera no se pueden averiguar todos los datos necesarios.

39 — Citado en la nota 15.

40 — Sentencias Comisión/Parlamento y Consejo (C-378/00, EU:C:2003:42), apartado 66, y Etimine (C-15/10, EU:C:2011:504), apartado 113.

41 — Es ilustrativa a este respecto la sentencia Krupp Stahl/Comisión (275/80 y 24/81, EU:C:1981:247), apartado 13.

42 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800), apartado 62, y Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 70.

5. Resultado de la motivación de la determinación del factor de corrección

158. La determinación del factor de corrección en el artículo 4 y en el anexo II de la Decisión 2013/448 está indebidamente motivada, de manera que es inválida.

E. *Sobre el derecho fundamental a la propiedad (sexta cuestión del asunto Borealis Polyolefine y segunda cuestión del asunto Esso Italiana)*

159. Tanto la petición de decisión prejudicial procedente de Austria como la procedente de Italia plantean la cuestión de si la reducción del cálculo preliminar de la cantidad de derechos de emisión disponibles para asignación gratuita en virtud del factor de corrección es compatible con el derecho fundamental a la propiedad.

160. El Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio se remite a este respecto al artículo 1, apartado 1, del Primer Protocolo adicional al CEDH y al artículo 17 del CEDH, que prohíben el abuso de los derechos y libertades. Sin embargo, dado que el CEDH no es directamente vinculante para la Unión, [43] se ha de atender a las disposiciones correspondientes de la Carta de los Derechos Fundamentales, es decir, a sus artículos 17 y 54 y a los principios generales pertinentes del Derecho de la Unión.

161. En cualquier caso, no alcanzo a entender de qué manera puede existir un abuso de los derechos fundamentales en el sentido del artículo 54 de la Carta.

162. Por lo tanto, procede analizar sólo el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 17 de la Carta y su correspondiente principio general del Derecho. La protección que confiere el artículo 17 no recae sobre meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de las actividades económicas, sino sobre derechos con un valor patrimonial de los que se deriva, habida cuenta del ordenamiento jurídico, una posición jurídica adquirida que permite que el titular de tales derechos los ejercite autónomamente y en su propio beneficio. [44]

163. Pero eso está descartado en el cálculo preliminar de la asignación gratuita con arreglo al artículo 10 de la Decisión 2011/278, en el cual no se ha podido basar ninguna posición jurídica adquirida, ya que el artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 prevé la posibilidad de una reducción.

164. Y nada cambian a este respecto las remisiones del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) según la cual la protección de la propiedad con arreglo al artículo 1, apartado 1, del Primer Protocolo adicional al CEDH también puede incluir las expectativas legítimas de adquirir un bien. [45] Aunque el artículo 17 de la Carta, con arreglo a su artículo 52, apartado 3, tiene el mismo sentido y alcance que el derecho de propiedad del CEDH tal como lo interpreta el TEDH, [46] el hecho de que esté previsto un factor de corrección por el que se reduce el cálculo preliminar excluye toda expectativa legítima. [47]

43 — Sentencias Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233), apartado 60, y Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 44, y dictamen 2/13 (EU:C:2014:2454), apartado 179.

44 — Sentencia Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 34.

45 — TEDH; por ejemplo, sentencias de 28 de septiembre de 2004, Kopecký/Eslovaquia (asunto n.º 44912/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IX), apartado 35, y de 25 de junio de 2013, Gáll/Hungría (asunto n.º 49570/11), apartados 33 y 34.

46 — Véanse en ese sentido las sentencias Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve (C-562/13, EU:C:2014:2453), apartado 47, y Minister for Justice and Equality (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474), apartados 56 y 57.

47 — Sentencia del TEDH de 6 de octubre de 2005, Maurice/Francia (asunto n.º 11810/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IX), apartados 65 y 66.

165. Por lo tanto, el factor de corrección no vulnera el derecho fundamental a la propiedad.

F. *Sobre el procedimiento de adopción de la Decisión 2013/448*

166. Mediante la quinta cuestión prejudicial del asunto Borealis Polyolefine, la segunda del asunto Dow Benelux y la sexta del asunto Esso Italiana, los órganos jurisdiccionales remitentes desean saber, en esencia, si la determinación del factor de corrección es inválida porque la Comisión no adoptó la Decisión 2013/448 conforme al procedimiento de reglamentación con control establecido en el artículo 5 *bis* de la Decisión 1999/468.

167. Estas cuestiones se plantean en el contexto de que, con arreglo al artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87, aunque la Comisión está facultada para adoptar medidas de desarrollo, al hacerlo debe aplicar el procedimiento de reglamentación con control, procedimiento que va dirigido a supervisar a la Comisión en el ejercicio de facultades cuasilegislativas. Para ello, por un lado, se constituye un comité de reglamentación formado por representantes de los Estados miembros y, por otro lado, el Parlamento y el Consejo disponen de una posterior posibilidad de intervención.

168. La Comisión adoptó la Decisión 2011/278 de acuerdo con este procedimiento, y en su artículo 15, apartado 3 (sobre la base del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87) reguló las modalidades de cálculo del factor de corrección. En cambio, la determinación cuantitativa del factor de corrección tuvo lugar con la adopción del artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, *sin* la aplicación de un procedimiento independiente.

169. El fundamento jurídico inmediato para la adopción del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 es el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, con arreglo al cual la Comisión ha de calcular el factor de corrección. Aunque el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278 no se menciona explícitamente como fundamento jurídico en el preámbulo de la Decisión 2013/488, sí lo alude expresamente como tal el artículo 4 de esta última. [48]

170. Sin embargo, el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278 no establece ninguna modalidad concreta de procedimiento para determinar el factor de corrección. Por ese motivo, la Comisión en principio estaba facultada para adoptar simplemente el artículo 4 de la Decisión 2013/448.

171. No obstante, algunas de las partes alegan que con el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278 la Comisión se facultó a sí misma indebidamente para establecer el factor de corrección o que, al menos, eludió el procedimiento de reglamentación con control.

172. En primer lugar procede examinar si con el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278 la Comisión podía darse a sí misma una base jurídica para adoptar el artículo 4 de la Decisión 2013/448.

173. El artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2003/87 faculta a la Comisión para adoptar medidas de desarrollo para la asignación gratuita de derechos de emisión. La Decisión 2011/278 es una de esas medidas de desarrollo. Dado que la habilitación para calcular el factor de corrección que efectúa el artículo 15, apartado 3, también va dirigida al desarrollo, la creación de tal fundamento jurídico en principio constituye un objeto normativo adecuado para tales medidas de desarrollo.

174. No obstante, de los artículos 290 TFUE y 291 TFUE se deducen limitaciones materiales para las medidas de desarrollo.

48 — Con ello se cumplen también las exigencias de la identificación del fundamento jurídico en la motivación; véanse las sentencias Comisión/Consejo (45/86, EU:C:1987:163), apartado 9, y Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), apartado 56.

175. Con arreglo al artículo 290 TFUE, apartado 1, se pueden delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. Es la llamada legislación delegada.

176. En cambio, con arreglo al artículo 291 TFUE, apartado 2, cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos, al Consejo.

177. La inclusión de la Decisión 2013/448 en una de esas dos categorías se ve dificultada por el hecho de que la Comisión no la designa ni como acto delegado ni como medida de desarrollo, aunque los artículos 290 TFUE, apartado 3, y 291 TFUE, apartado 4, exigen la correspondiente designación. Sin embargo, a mi parecer, este error de procedimiento no es lo suficientemente grave como para justificar la retirada de la Decisión, ya que de su entorno normativo y de su contenido se deduce con suficiente claridad que se trata de una medida de desarrollo. [49]

178. Como corroboración de la intención de la Comisión de adoptar una medida de desarrollo puede aducirse también el hecho de que la Decisión 2013/448 se base en la Decisión 2011/278. En efecto, con arreglo al artículo 290 TFUE, apartado 1, un acto delegado sólo puede basarse en un acto legislativo. Tales actos son, de conformidad con el artículo 289 TFUE, actos jurídicos adoptados, basándose en los Tratados, por el Parlamento y el Consejo, pero no actos de la Comisión. En cambio, con arreglo al artículo 291 TFUE, apartado 2, las competencias de ejecución pueden conferirse mediante simples «actos jurídicamente vinculantes», lo que incluye también los actos de la Comisión, como es la Decisión 2011/278.

179. El contenido del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 confirma su calificación como medida de desarrollo.

180. Con arreglo al artículo 291 TFUE, en el marco del ejercicio de la competencia de ejecución que se le confiere, la institución de que se trate debe precisar el contenido de un acto legislativo, para asegurar su aplicación en condiciones uniformes en todos los Estados miembros. [50] Tal *precisión* se ajusta a los límites de lo permitido cuando las disposiciones del acto de ejecución que adopta, por un lado, respetan los objetivos generales esenciales perseguidos por el acto legislativo en que se basa y, por otro, son necesarias o útiles para la ejecución de éste. [51] Pero queda excluida la posibilidad de modificar o de completar el acto de base, ni siquiera en sus elementos no esenciales. [52] Para ello sólo puede habilitarse a la Comisión en virtud del artículo 290 TFUE.

181. Al establecer el factor de corrección mediante la adopción del artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448, no se modificó la Decisión 2011/278, ni tampoco la Directiva 2003/87. No se alteró el texto de esos actos, y su contenido normativo quedó intacto. [53] Asimismo, tampoco fueron completados. Con la Decisión 2013/448 la Comisión no creó el factor de corrección, pues ya estaba establecido en la Directiva 2003/87 y había sido concretado por la Decisión 2011/278.

49 — Véase, analógicamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la mención del fundamento jurídico como parte de la obligación de motivación, en las sentencias Comisión/Consejo (45/86, EU:C:1987:163), apartado 9, y Comisión/Consejo (C-370/07, EU:C:2009:590), apartado 56.

50 — Véanse las sentencias Comisión/Parlamento y Consejo (C-427/12, EU:C:2014:170), apartado 39; Parlamento/Comisión (C-65/13, EU:C:2014:2289), apartado 43, y Comisión/Parlamento y Consejo (C-88/14, EU:C:2015:499), apartado 30.

51 — Véase la sentencia Parlamento/Comisión (C-65/13, EU:C:2014:2289), apartado 46.

52 — Véanse las sentencias Parlamento/Comisión (C-65/13, EU:C:2014:2289), apartado 45, y Comisión/Parlamento y Consejo (C-88/14, EU:C:2015:499), apartado 31.

53 — Véase también la sentencia Comisión/Parlamento y Consejo (C-88/14, EU:C:2015:499), apartado 44.

182. La determinación cuantitativa del factor de corrección constituye tan sólo el resultado de la aplicación de los métodos de cálculo ya establecidos al efecto, y supone la ejecución del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 y del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278. Dado que a este respecto es indudable también la necesidad de que el factor de corrección sea el mismo para toda la Unión, el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 constituyen una medida de ejecución en el sentido del artículo 291 TFUE, apartado 2.

183. Para las medidas de ejecución de la Comisión, el artículo 291 TFUE, apartado 3, dispone que el Parlamento y el Consejo establezcan previamente las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

184. Dichas normas y principios generales están plasmados en el Reglamento (UE) n.º 182/2011.[54] Sin embargo, en dicho Reglamento no se establecen requisitos de procedimiento vinculantes, pues, con arreglo a su artículo 1, las mencionadas normas y principios (sólo) son de aplicación en los casos en que un acto jurídicamente vinculante de la Unión requiera que la adopción de actos de ejecución por la Comisión esté sometida al control de los Estados miembros.

185. Por lo tanto, la Comisión estaba facultada para habilitarse a sí misma, mediante el artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278, para calcular el factor de corrección sin disponer ningún otro procedimiento de control.

186. Dado que el establecimiento del factor de corrección en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 constituye una medida de ejecución en el sentido del artículo 291 TFUE, resulta sencillo también responder a la objeción relativa a la elusión del procedimiento de reglamentación con control.

187. Ello es así porque el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2003/87 sólo exige este procedimiento para las medidas destinadas a modificar elementos no esenciales de la Directiva completándola, y ya hemos expuesto que en el presente caso no estamos ante una medida de este tipo.

188. Por lo tanto, del examen de las cuestiones sobre la omisión del procedimiento de reglamentación con control no se deduce motivo alguno que permita cuestionar la legalidad del establecimiento del factor de corrección en el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448.

G. *Sobre la posibilidad de acudir directamente a los tribunales de la Unión*

189. Mediante su primera cuestión, el Raad van State (Consejo de Estado) desea saber si los titulares de las instalaciones industriales existentes que desde 2013 estuviesen sujetas a las normas de la Directiva 2003/87 en materia del comercio de derechos de emisión podían interponer sin lugar a dudas un recurso de anulación del factor de corrección recogido en la Decisión 2013/448 ante el Tribunal General en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto.

190. Esta cuestión se remite a la asentada jurisprudencia conforme a la cual el reconocimiento del derecho de una parte a invocar ante los tribunales nacionales la invalidez de un acto de la Unión requiere que esa parte no estuviera legitimada para interponer un recurso contra dicho acto ante los tribunales de la Unión en virtud del artículo 263 TFUE.[55] Si a un ciudadano que sin lugar a dudas

54 — Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55, p. 13).

55 — Sentencias TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), apartado 23; Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 41, y Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), apartado 28.

estaba legitimado en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, para interponer un recurso de anulación contra un acto de la Unión se le permitiese, una vez expirado el plazo de recurso previsto en el artículo 263 TFUE, párrafo sexto, poner en cuestión la validez de dicho acto ante los tribunales nacionales, se estaría socavando el carácter definitivo que adquiere esa decisión frente a él al transcurrir el plazo de recurso. [56]

191. Por lo tanto, sería dudosa la pertinencia de las cuestiones ya analizadas respecto a la validez de la determinación del factor de corrección en la Decisión 2013/448 si las empresas demandantes en los procedimientos principales hubiesen podido interponer recurso ante los tribunales de la Unión y esa legitimidad hubiese sido indudable. Pero voy a demostrar que no era así.

192. Con arreglo al artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra los actos de los que sea destinataria (primera variante) o que la afecten directa e individualmente (segunda variante) y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución (tercera variante).

193. La legitimidad para recurrir de las empresas demandantes en los procedimientos principales conforme a las variantes primera y tercera del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, queda descartada, puesto que los destinatarios de la Decisión 2013/448 no son ellas sino los Estados miembros, según establece el artículo 5, y el factor de corrección establecido en el artículo 4 requiere medidas de ejecución por parte de los Estados miembros, concretamente una adaptación de la cantidad de derechos de emisión que se asignen gratuitamente, calculada ya de forma provisional.

194. Por lo tanto, las empresas demandantes sólo podrían estar legitimadas conforme a la segunda variante del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, para interponer un recurso contra la Decisión 2013/448 ante los tribunales de la Unión. Para que así fuese, la Decisión debía afectarles directa e individualmente.

195. Los sujetos distintos de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que se ven afectados individualmente si ésta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, los individualiza de manera análoga a la del destinatario de una decisión de esas características. [57]

196. Aunque el factor de corrección afecta potencialmente a cualquier persona, ya que también es aplicable a las instalaciones recién incorporadas al régimen de comercio de derechos de emisión, el hecho de que una disposición, por su naturaleza y alcance, tenga carácter general en la medida en que se aplica a la generalidad de los operadores económicos interesados, no excluye que pueda afectar individualmente a algunos de ellos. [58]

197. En el presente caso se puede delimitar el número de afectados: en concreto, se trata de las instalaciones industriales ya existentes. Para ellas se calculó de forma preliminar cuántos derechos de emisión se les habían de asignar gratuitamente, y esta cantidad preliminar se reduce al aplicar el factor de corrección. Además, con arreglo al artículo 4 de la Directiva 2003/87, todas las instalaciones incluidas en el régimen de comercio necesitan una autorización para liberar gases de efecto invernadero.

56 — Sentencias TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), apartados 18 y 24; Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), apartado 41, y Banco Privado Português y Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), apartado 28.

57 — Sentencias Plaumann/Comisión (25/62, EU:C:1963:17), apartado 238; Sahlstedt y otros/Comisión (C-362/06 P, EU:C:2009:243), apartado 26; Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartado 57, y T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (C-456/13 P, EU:C:2015:284), apartado 63.

58 — Sentencia Sahlstedt y otros/Comisión (C-362/06 P, EU:C:2009:243), apartado 29.

198. Sin embargo, no está del todo clara la jurisprudencia relativa a la cuestión de si los miembros de ese círculo cerrado están individualmente afectados.

199. Por una parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando una decisión afecta a un grupo de personas identificadas o identificables en el momento de la adopción de dicho acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, esas personas pueden considerarse individualmente afectadas por dicho acto en la medida en que forman parte de un círculo restringido de operadores económicos. [59] Es lo que puede suceder, en particular, cuando la decisión modifica los derechos adquiridos por el particular *con anterioridad a su adopción*. [60]

200. Sin embargo, en contra de la opinión de los Países Bajos, los titulares de las instalaciones afectadas no habían adquirido derechos de emisión antes de la decisión relativa al factor de corrección, pues el cálculo anterior de los derechos de emisión con arreglo a los artículos 10, apartado 2, y 15, apartado 2, letra e), de la Decisión 2011/278 era de carácter provisional. [61] Como acertadamente alega la Comisión, para determinar los derechos de las empresas es necesario establecer previamente el factor de corrección. En este aspecto se diferencia la presente situación, por ejemplo, de la que se daba en la sentencia Codorniu/Consejo, relativa a una normativa que modificaba derechos de marca existentes, [62] o en la sentencia Comisión/Infront WM, donde se trataba de derechos existentes de transmisión televisiva de acontecimientos deportivos. [63]

201. En consecuencia, se ha de analizar la jurisprudencia en sentido contrario. En ella, el Tribunal de Justicia resolvía que la posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, el número e incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, siempre que conste que esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate. [64] El Tribunal General lo interpreta en el sentido de que la pertenencia a un determinado círculo no puede individualizar a la persona afectada cuando dicho círculo es intrínseco al régimen establecido por la normativa impugnada. [65]

202. Por eso, recientemente el Tribunal de Justicia ha descartado una afectación individual en un caso muy similar. En él se trataba del establecimiento de un coeficiente de asignación aplicado a las solicitudes que se hubieran presentado en el sector de mercado del azúcar durante un determinado período. Aunque con ello el grupo de los solicitantes quedaba taxativamente definido, [66] el coeficiente sólo se calculaba en función de la cantidad disponible y de la cantidad solicitada, sin tener en cuenta el contenido de las solicitudes individuales o la situación específica de los solicitantes. [67]

203. Exactamente lo mismo sucede en el presente asunto: el factor de corrección se determina en función de los datos de los Estados miembros en relación con la demanda reconocida de las instalaciones industriales con arreglo a los parámetros de referencia y al techo de la industria, sin tener en cuenta la situación concreta de cada instalación. Por lo tanto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a pesar del carácter delimitable del grupo de operadores económicos, no se puede considerar que estén afectados individualmente. De manera que no estaban legitimados para recurrir.

59 — Sentencia Sahlstedt y otros/Comisión (C-362/06 P, EU:C:2009:243), apartado 30.

60 — Sentencia Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartado 59.

61 — Véase el punto 163 de las presentes conclusiones.

62 — C-309/89, EU:C:1994:197, apartados 21 y 22.

63 — C-125/06 P, EU:C:2008:159, apartados 73 a 77.

64 — Sentencias Sahlstedt y otros/Comisión (C-362/06 P, EU:C:2009:243), apartado 31; Stichting Woonpunt y otros/Comisión (C-132/12 P, EU:C:2014:100), apartado 58, y T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (C-456/13 P, EU:C:2015:284), apartado 64.

65 — Sentencia del Tribunal General T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (T-279/11, EU:T:2013:299), apartado 84.

66 — A título aclaratorio, la sentencia del Tribunal General T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (T-279/11, EU:T:2013:299), apartado 81.

67 — Sentencia T & L Sugars y Sidul Açúcares/Comisión (C-456/13 P, EU:C:2015:284), apartados 65 y 66.

204. Con independencia de si el Tribunal de Justicia comparte esta opinión, el presente debate demuestra que, en cualquier caso, no era indudable la legitimidad para recurrir ante los tribunales de la Unión, de manera que nada obsta a las cuestiones relativas a la validez del factor de corrección.

205. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión del asunto Dow Benelux que los titulares de instalaciones a los que a partir de 2013 se les aplicaban las normas en materia de comercio de derechos de emisión de la Directiva 2003/87, con excepción de los titulares de instalaciones mencionadas en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de dicha Directiva y de los nuevos entrantes, no habrían podido sin lugar a dudas solicitar al Tribunal General, en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, la anulación de la Decisión 2013/448 en la medida en que dicha Decisión determina el factor de corrección.

H. *Sobre las consecuencias de la nulidad de la Decisión 2013/448*

206. Mediante su octava cuestión, el Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Baja Austria) desea saber si la declaración de la invalidez del factor de corrección excluye su aplicación. Por lo tanto, se trata de saber si, en caso de que el Tribunal de Justicia ordene la retirada del factor de corrección, las instalaciones han de percibir gratuitamente la cantidad de derechos de emisión calculada de forma preliminar, sin reducción alguna.

207. Esta cuestión se plantea porque, como ya he expuesto, el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448 son inválidos. Una sentencia del Tribunal de Justicia en este sentido tendría tanto carácter retroactivo como una sentencia de anulación. [68] Además, la declaración de dicha invalidez constituiría razón suficiente para que cualquier órgano jurisdiccional nacional considerara el acto inválido a los efectos de las medidas que debiera adoptar. [69]

208. Por consiguiente, podría considerarse que tras la retirada del factor de corrección debería llevarse a cabo una asignación definitiva conforme al cálculo preliminar, sin reducciones. Esto significaría que las instalaciones percibirían por los años 2013 a 2015 entre un 6 % y un 10 % más de derechos de emisión gratuitos cada año. No se puede descartar que esta asignación adicional exija, al menos en cuanto a los años pasados, un incremento de la cantidad total de derechos de emisión, pues probablemente los derechos de emisión asignados no gratuitamente ya habrán sido subastados. Durante los próximos años, la cantidad de derechos de emisión gratuitos sería aún mayor, pero éstos podrían detraerse de la cantidad de derechos de emisión destinados a subasta.

209. Es evidente que tal asignación adicional gratuita sería desproporcionada, pues, conforme a la respuesta que aquí se propone a las peticiones de decisión prejudicial, la asignación gratuita no resultó excesivamente corta, sino todo lo contrario. [70]

210. Por otro lado, Alemania responde a esta interpretación de las consecuencias de la invalidez del factor de corrección que el establecimiento de éste era requisito para la asignación definitiva, de manera que, si se retirase el factor de corrección, sería cuestionable el fundamento jurídico de las asignaciones definitivas ya realizadas y de las que se hagan en el futuro, lo que perjudicaría considerablemente al funcionamiento del régimen.

68 — Sentencias Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168), apartado 17, y Centre d'exportation du livre français (C-199/06, EU:C:2008:79), apartados 61 y 63.

69 — Sentencia International Chemical Corporation (66/80, EU:C:1981:102), apartado 13, y auto Fratelli Martini y Cargill (C-421/06, EU:C:2007:662), apartado 54.

70 — Véanse los puntos 110 y siguientes de las presentes conclusiones.

211. Después de todo, no obstante, lo importante no pueden ser los efectos de la inexistencia de un factor de corrección. No hay que olvidar que las instituciones competentes de la Unión están obligadas a adoptar las medidas necesarias para suprimir la ilegalidad constatada cuando el Tribunal de Justicia declara, en el marco de un procedimiento iniciado con arreglo al artículo 267 TFUE, la invalidez de una disposición de la Unión. La obligación que establece el artículo 266 TFUE para el caso de una sentencia de nulidad puede aplicarse por analogía a un caso así. [71]

212. Por lo tanto, la retirada del factor de corrección tendría un carácter meramente temporal. La Comisión estaría obligada a establecerlo de nuevo lo antes posible atendiendo a la resolución de las presentes peticiones de decisión prejudicial.

213. Por lo tanto, a fin de evitar la inseguridad jurídica hasta la nueva decisión de la Comisión, el Tribunal de Justicia (como solicita la Comisión a título subsidiario) debería dictar, a la vez que ordenara la retirada del factor de corrección, un régimen transitorio, ya que, cuando lo justifiquen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, con arreglo al artículo 264 TFUE, párrafo segundo, aplicable por analogía asimismo en una cuestión prejudicial para apreciar la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea con arreglo al artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia dispone de la facultad de, en cada caso particular, señalar aquellos efectos del acto de que se trate que deban ser considerados definitivos. [72]

214. Por lo tanto, se impone mantener la eficacia del actual factor de corrección, al menos, hasta que se establezca uno nuevo.

215. Además, el Tribunal de Justicia debería excluir totalmente que sobre la base del nuevo factor de corrección se deban modificar las asignaciones ya realizadas y las que se realicen antes de que se establezca el nuevo factor de corrección.

216. Tal limitación de los efectos de la sentencia es posible cuando, por una parte, existe un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, es patente que los particulares y las autoridades nacionales han sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que han contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión. [73]

217. En el presente caso se cumplen estos requisitos. Una *reducción* retroactiva afectaría a la confianza legítima de gran número de titulares de instalaciones en el carácter definitivo de la asignación. Y en cuanto al período entre la sentencia del Tribunal de Justicia y la adopción del nuevo factor de corrección, esos titulares quedarían injustamente expuestos a un riesgo de costes en caso de que las futuras asignaciones gratuitas se efectuasen con la reserva de una reducción.

218. Pero si el Tribunal de Justicia limita de esta manera la aplicación en el tiempo del factor de corrección debidamente establecido, la Comisión debería fijarlo cuanto antes. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia debería fijar un plazo para ello, y un año parece adecuado a este respecto.

71 — Sentencias FIAMM y otros/Consejo y Comisión (C-120/06 P y C-121/06 P, EU:C:2008:476), apartado 123, y Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764), apartado 124.

72 — Sentencias Parlamento/Consejo (C-22/96, EU:C:1998:258), apartado 42, y Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764), apartado 121.

73 — Sentencias Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169), apartado 69, y Richards (C-423/04, EU:C:2006:256), apartado 42.

V. **Conclusión**

219. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva de la siguiente manera:

«1) Se acumulan los asuntos C-191/14 y C-192/14, el asunto C-295/14 y los asuntos C-389/14 y C-391/14 a C-393/14 para su resolución conjunta.

2) Los titulares de instalaciones a los que a partir de 2013 se les aplicaban las normas de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, con excepción de los titulares de instalaciones mencionadas en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de dicha Directiva y de los nuevos entrantes, no habrían podido sin lugar a dudas solicitar al Tribunal General de la Unión Europea, en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, la anulación de la Decisión 2013/448/UE de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero con arreglo al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 2003/87/CE en la medida en que dicha Decisión determina el factor de corrección uniforme intersectorial.

3) Se declaran nulos el artículo 4 y el anexo II de la Decisión 2013/448.

4) Se mantiene la eficacia del artículo 4 y del anexo II de la Decisión 2013/448 hasta que la Comisión adopte, en un plazo adecuado que no ha de exceder de un año, una nueva decisión en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87 y del artículo 15, apartado 3, de la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Queda excluida la aplicación de esta nueva decisión a las asignaciones anteriores a su adopción.»