Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 12 de novembro de 2015 [1]

**Processos apensos C-191/14 e C-192/14**

**Borealis Polyolefine GmbH (C-191/14)**
**e OMV Refining & Marketing GmbH (C-192/14)**
**contra**
**Bundesminister für Land- und Forstwirstschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft**
[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Áustria)]
**e**
**Processo C-295/14**
**DOW Benelux BV e o.**
**contra**
**Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu**
[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Países Baixos)]
**bem como**
**Processos apensos C-389/14 e C-391/14 a C-393/14**
**Esso Italiana Srl e o.**
**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 et della Tutela del Territorio e del Mare,**
**Ministero dell'Economia e delle Finanze,**
**Presidenza del Consiglio dei Ministri**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Itália)]

«Direito do ambiente — Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa — Método de atribuição de licenças — Atribuição de licenças a título gratuito — Fator de correção transectorial uniforme — Cálculo — Gases residuais — Cogeração — Atividades incluídas pela primeira vez a partir de 2008 e de 2013 — Fundamentação — Comitologia — Propriedade — Afetação individual — Limitação dos efeitos de uma anulação»

Índice

I – Introdução ..... 3

1 — Língua original: alemão.

II – Quadro jurídico ..... 4

A – Diretiva 2003/87 ..... 4

B – Decisão 2011/278 ..... 6

C – Decisão 2013/448 ..... 8

III – Processos nacionais e pedidos de decisão prejudicial ..... 8

A – Questões submetidas nos processos C-191/14 (Borealis Polyolefine) e C-192/14 (OMV Refining & Marketing) ..... 9

B – Questões submetidas no processo C-295/14 (DOW Benelux) ..... 10

C – Questões submetidas nos processos C-389/14 e C-391/14 a C-393/14 (Esso Italiana) ..... 11

D – Tramitação dos processos no Tribunal de Justiça ..... 11

IV – Apreciação jurídica ..... 12

A – Quanto à qualificação jurídica do fator de correção ..... 12

1. Necessidades reconhecidas das instalações industriais calculadas pelos Estados-Membros. 13

2. Limite máximo para a indústria calculado pela Comissão ..... 14

a) Artigo 10.º-A, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2003/87 ..... 14

b) Artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87 ..... 15

3. Fator de correção fixado ..... 15

4. Quanto aos objetivos da Diretiva 2003/87 à luz do fator de correção ..... 16

B – Quanto à tomada em consideração da produção de eletricidade a partir de gases residuais e da utilização industrial de calor produzido por instalações de cogeração de elevada eficiência 17

1. Quanto à produção de eletricidade a partir de gases residuais ..... 17

2. Quanto às instalações de cogeração ..... 19

C – Quanto aos dados relativos aos setores incluídos pela primeira vez a partir de 2008 ou de 2013, utilizados para efeitos do limite máximo para a indústria ..... 21

1. Quanto às disposições de execução ..... 21

2. Quanto à qualidade dos dados ..... 22

a) Quanto ao alargamento a partir de 2013 ..... 22

i) Quanto à não tomada em consideração de atividades novas nos dados apresentados por alguns Estados-Membros ..... 22

ii) Quanto à tomada em consideração de atividades novas nos dados apresentados por outros Estados-Membros ..... 23

b) Quanto ao alargamento a partir de 2008 ..... 24

D – Quanto à fundamentação da fixação do fator de correção ..... 25

1. Quanto à fundamentação necessária da fixação do fator de correção na Decisão 2013/448 25

2. Quanto aos dados utilizados pela Comissão ..... 26

3. Quanto ao documento explicativo da Direção-Geral Ação Climática ..... 28

4. Quanto à necessidade de um cálculo regressivo ..... 29

5. Conclusão sobre a fundamentação da fixação do fator de correção ..... 29

E – Quanto ao direito fundamental de propriedade (sexta questão do processo Borealis Polyolefine e segunda questão do processo Esso Italiana) ..... 29

F – Quanto ao procedimento de adoção da Decisão 2013/448 ..... 30

G – Quanto à possibilidade de recorrer diretamente para os órgãos jurisdicionais da União ..... 33

H – Quanto às consequências da ilegalidade da Decisão 2013/448 ..... 36

V – Conclusão ..... 37

## I – **Introdução**

1. O regime de comércio de direitos de emissão previsto na Diretiva 2003/87 [2] continua a incluir transitoriamente a atribuição, a título gratuito, a várias instalações industriais de direitos de emissão de gases com efeitos de estufa, as denominadas licenças. A diretiva contém, no entanto, um dispositivo complexo, o qual, com base numa apreciação global das emissões históricas e das necessidades reconhecidas das instalações, limita por meio de um fator de correção a quantidade de licenças a atribuir a título gratuito.

2. Nas presentes conclusões, analisarei os pedidos de decisão prejudicial apresentados pela Áustria, pelos Países Baixos e pela Itália a respeito da questão da fixação deste fator de correção. Estes pedidos têm a sua origem em recursos interpostos por empresas, que contestam determinados aspetos do cálculo deste fator de correção a fim de obterem, em última análise, uma maior quantidade de direitos de emissão a título gratuito. Para além destes processos, encontram-se pendentes no Tribunal de Justiça, com o mesmo objetivo, outros pedidos de decisão prejudicial apresentados pela Itália, pela Finlândia, pela Suécia, pela Espanha e pela Alemanha, os quais colocam predominantemente questões semelhantes [3].

2 — Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32), conforme alterada pelo Tratado de Adesão da Croácia (JO 2012, L 112, p. 21).

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

3. A questão central destes processos consiste em saber se a Comissão, ao calcular o fator de correção, teve acertadamente em conta determinadas atividades. Em causa está a utilização dos denominados gases residuais como combustível, a utilização do calor produzido pela cogeração, bem como as atividades industriais incluídas no sistema instituído pela Diretiva 2003/87 apenas a partir de 2008 ou de 2013. Adicionalmente, estas empresas exigem o acesso pleno a todos os dados utilizados pela Comissão no cálculo do fator de correção com vista a verificar se existem razões acrescidas para o contestar.

4. Além disso, importa esclarecer se a Comissão renunciou acertadamente à aplicação de um procedimento específico da denominada comitologia, se o direito fundamental de propriedade das empresas foi violado, se as empresas deveriam ter recorrido diretamente para os órgãos jurisdicionais da União em vez dos órgãos jurisdicionais nacionais, e que consequências jurídicas se verificarão se as suas objeções forem consideradas, na totalidade ou em parte, procedentes.

## II – **Quadro jurídico**

### A – *Diretiva 2003/87*

5. Os processos dizem respeito a decisões adotadas pela Comissão com base na Diretiva 2003/87 relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade. As disposições relevantes no caso em apreço foram, na sua maioria, introduzidas na Primeira Diretiva pela Diretiva de alteração 2009/29[4].

6. De entre as definições contidas no artigo 3.º da Diretiva 2003/87 destacam-se as duas seguintes:

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

e) 'Instalação', a unidade técnica fixa onde se realizam uma ou mais das atividades enumeradas no anexo I e quaisquer outras atividades diretamente associadas que tenham uma relação técnica com as atividades realizadas nesse local e que possam ter influência nas emissões e na poluição;

[…]

u) 'Produtor de eletricidade', uma instalação que, a partir de 1 de janeiro de 2005, produza eletricidade para venda a terceiros e na qual não seja desenvolvida qualquer atividade enumerada no anexo I para além da 'combustão de combustíveis'.»

7. O artigo 9.º da Diretiva 2003/87 regula a quantidade de direitos de emissão disponíveis e a sua redução anual:

«A quantidade de licenças de emissão emitidas anualmente no conjunto da Comunidade a partir de 2013 deve diminuir de forma linear a partir do ponto médio do período de 2008 a 2012. A quantidade deve diminuir por um fator linear de 1,74% em comparação com a quantidade anual total média de licenças emitida pelos Estados-Membros ao abrigo das decisões da Comissão relativas aos seus planos nacionais de atribuição para o período de 2008 a 2012. A quantidade de licenças de emissão emitidas no conjunto da Comunidade será acrescida, na sequência da adesão da Croácia, apenas da quantidade de licenças que a Croácia irá vender em leilão nos termos do artigo 10.º, n.º 1.

4 — Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO L 140, p. 63).

A Comissão publica, até 30 de junho de 2010, a quantidade absoluta de licenças de emissão a nível comunitário para 2013, com base nas quantidades totais de licenças emitidas ou a emitir pelos Estados-Membros ao abrigo das decisões da Comissão relativas aos seus planos nacionais de atribuição para o período de 2008 a 2012.

[…]»

8. O artigo 9.º-A, n.º 2, da diretiva estabelece a forma como as emissões provenientes de instalações, incluídas no regime pela primeira vez em 2013, devem ser determinadas para efeitos da atribuição dos direitos de emissão:

«No que diz respeito a instalações que desenvolvam atividades enumeradas no anexo I incluídas no regime comunitário apenas a partir de 2013, os Estados-Membros devem assegurar que os operadores dessas instalações apresentem à autoridade competente dados de emissão devidamente fundamentados e verificados independentemente, a fim de serem tidos em conta no ajustamento da quantidade de licenças de emissão a emitir no conjunto da Comunidade.

Esses dados devem ser apresentados até 30 de abril de 2010 à autoridade competente, de acordo com as disposições aprovadas nos termos do n.º 1 do artigo 14.º

Se os dados apresentados estiverem devidamente fundamentados, a autoridade competente notifica a Comissão desse facto até 30 de junho de 2010, devendo a quantidade de licenças de emissão a conceder, ajustada pelo fator linear a que se refere o artigo 9.º, ser ajustada em conformidade com aqueles dados. No caso das instalações que emitem gases com efeito de estufa para além do $CO_2$, a autoridade competente pode notificar um nível inferior de emissões, de acordo com o potencial de redução de emissões dessas instalações.»

9. O artigo 10.º-A, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2003/87 regula a fixação dos denominados «benchmarks» (parâmetros de referência) para as diferentes atividades:

«1. Até 31 de dezembro de 2010, a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão a que se referem os n.ºs 4, 5, 7 e 12, incluindo todas as disposições necessárias para uma aplicação harmonizada do n.º 19.

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

As medidas referidas no primeiro parágrafo devem, na medida do possível, estabelecer parâmetros de referência *ex ante* a nível comunitário que assegurem que a atribuição se processe de uma forma que incentive reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes, ao tomar em consideração as mais eficientes técnicas, substitutos, processos de produção alternativos, cogeração de alta eficiência, recuperação eficiente de energia a partir de gases residuais, utilização da biomassa e captura, transporte e armazenamento de $CO_2$, sempre que existam as instalações necessárias, não podendo incentivar o aumento das emissões. Não podem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito para a produção de eletricidade, salvo nos casos abrangidos pelo artigo 10.º-C e no caso da eletricidade produzida a partir de gases residuais.

[…]

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

10. O artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 exclui, em particular, a atribuição de licenças a título gratuito para a produção de eletricidade:

«Sem prejuízo dos n.ºs 4 e 8 e não obstante o disposto no artigo 10.º-C, não podem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito a produtores de eletricidade, a instalações de captura de $CO_2$, a condutas para o transporte de $CO_2$ ou a locais de armazenamento de $CO_2$.»

11. O artigo 10.º-A, n.º 4, da Diretiva 2003/87 contém, todavia, disposições especiais para a cogeração:

«A atribuição gratuita deve beneficiar o aquecimento urbano e a cogeração com elevado nível de eficiência, [...], para uma procura economicamente justificável, no que diz respeito à produção de calor ou de frio. Após 2013, a atribuição total de licenças de emissão a essas instalações no que diz respeito à produção do referido calor deve ser anualmente ajustada pelo fator linear referido no artigo 9.º»

12. O artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 refere-se à determinação de um fator de correção para a atribuição das licenças:

«A quantidade máxima anual de licenças de emissão que constitui a base para o cálculo das atribuições a instalações não abrangidas pelo n.º 3 e que não sejam novos operadores não deve ser superior à soma:

a) Da quantidade total anual a nível comunitário, determinada nos termos do artigo 9.º e multiplicada pela quota-parte das emissões provenientes de instalações não abrangidas pelo n.º 3 no total das emissões médias verificadas, durante o período de 2005 a 2007, proveniente de instalações abrangidas pelo regime comunitário no período de 2008 a 2012;

b) Do total das emissões médias anuais verificadas durante o período de 2005 a 2007 provenientes de instalações apenas incluídas no regime comunitário a partir de 2013 e não abrangidas pelo n.º 3, ajustadas pelo fator linear previsto no artigo 9.º

Deve ser aplicado um fator de correção transectorial uniforme, se necessário.»

B – *Decisão 2011/278*

13. O artigo 10.º da Decisão 2011/278 [5] regula a atribuição de licenças a título gratuito. Nos termos do seu n.º 2, com base nas emissões históricas e nos parâmetros de referência relativos a produtos identificados previamente pela Comissão, os Estados-Membros devem calcular, primeiramente, de forma provisória o número de licenças a atribuir a cada instalação industrial. Os resultados são notificados à Comissão em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, alínea e).

14. Nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278, a Comissão calcula, com base nestas informações transmitidas pelos Estados-Membros, o fator de correção previsto de acordo com o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87:

«Após a receção da lista mencionada no n.º 1 do presente artigo, a Comissão deve avaliar a inclusão de cada instalação mencionada na lista e as respetivas quantidades totais anuais preliminares de licenças de emissão atribuídas a título gratuito.

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

Depois da notificação efetuada por todos os Estados-Membros das quantidades totais anuais preliminares de licenças de emissão atribuídas a título gratuito durante o período de 2013 a 2020, a Comissão deve determinar o fator de correção transectorial uniforme mencionado no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87/CE. O fator será determinado por comparação entre a soma das quantidades totais anuais preliminares de licenças de emissão atribuídas a título gratuito a instalações que não são produtoras de eletricidade em cada ano do período de 2013 a 2020, sem aplicação dos fatores mencionados no anexo VI, com a quantidade anual de licenças calculada nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87/CE para as instalações que não são produtoras de eletricidade nem novos operadores, tendo em conta a respetiva quota-parte da quantidade anual a nível da União, determinada nos termos do artigo 9.º dessa diretiva, e a quantidade pertinente de emissões que só serão incluídas no regime da União a partir de 2013.»

15. Segundo o artigo 10.º, n.º 9, da Decisão 2011/278, a quantidade final total anual de licenças de emissão atribuídas a título gratuito a cada instalação industrial será a quantidade calculada de forma preliminar multiplicada pelo fator de correção.

16. O considerando 21 da Decisão 2011/278 assume particular interesse para a tomada em consideração da cogeração no parâmetro de referência:

«Caso seja trocado calor mensurável entre duas ou mais instalações, a atribuição gratuita de licenças de emissão deve basear-se no consumo de calor de uma instalação e ter em conta o risco de fuga de carbono. Deste modo, para assegurar que o número de licenças de emissão gratuitas a atribuir é independente da estrutura de fornecimento de calor, devem atribuir-se licenças de emissão ao consumidor de calor.»

17. A tomada em consideração dos gases residuais na fixação dos parâmetros de referência relativos aos produtos é esclarecida no considerando 32 da Decisão 2011/278:

«Também é conveniente que os parâmetros de referência relativos aos produtos tenham em conta a recuperação energética eficiente dos gases residuais e as emissões relacionadas com a sua utilização. Para este efeito, o teor de carbono desses gases residuais foi largamente tido em conta na determinação dos valores dos parâmetros de referência relativos a produtos cuja produção gera gases residuais. Se os gases residuais forem exportados do processo de produção para fora dos limites do sistema abrangido pelo parâmetro de referência aplicável ao produto em causa e queimados para produzir calor fora dos limites do sistema de um processo abrangido por um parâmetro de referência definido no anexo I, as emissões conexas devem ser tidas em conta mediante a atribuição de licenças de emissão adicionais com base no parâmetro de referência relativo ao calor ou ao combustível. À luz do princípio geral de que não devem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito para a produção de eletricidade, a fim de prevenir distorções indevidas da concorrência nos mercados da eletricidade fornecida a instalações industriais e tendo em conta o preço do carbono inerente à eletricidade, justifica-se que, quando os gases residuais são exportados do processo de produção para fora dos limites do sistema abrangido pelo parâmetro de referência aplicável ao produto em causa e queimados com vista à produção de eletricidade, não sejam atribuídas licenças adicionais para além das relativas à percentagem do teor de carbono dos gases residuais considerada no parâmetro de referência relativo ao produto em causa.»

*C – Decisão 2013/448*

18. O artigo 4.º da Decisão 2013/448 [6] refere-se ao fator de correção para o período de 2013 a 2020:

«O fator de correção transectorial uniforme referido no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87/CE e determinado em conformidade com o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278/UE, é fixado no anexo II da presente decisão.»

19. De acordo com o anexo II da Decisão 2013/448, o fator de correção para o ano de 2013 era de 94,272151%. Nos anos seguintes, esta percentagem é reduzida até chegar a 82,438204% relativamente ao ano de 2020.

20. No considerando 25, a Comissão explica como chegou a estes valores:

«O limite fixado nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87/CE é de 809315756 licenças em 2013. Para calcular este limite, a Comissão começou por recolher nos Estados-Membros e nos Estados-Membros do EEE pertencentes à EFTA informações sobre a classificação das instalações em produtores de eletricidade ou outras instalações abrangidas pelo artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87/CE. Determinou, em seguida, a quota-parte de emissões no período 2005 a 2007 provenientes das instalações não abrangidas por essa disposição, mas incluídas no RCLE-UE (regime da União Europeia de comércio de licenças de emissão) entre 2008 e 2012. Aplicou, depois, esta quota-parte de 34,78289436% à quantidade determinada com base no artigo 9.º da Diretiva 2003/87/CE (1976784044 licenças). Ao resultado deste cálculo, adicionou 121733050 licenças, com base na média anual das emissões verificadas no período de 2005 a 2007 provenientes das instalações pertinentes, tendo em conta o âmbito revisto do RCLE-UE a partir de 2013. Para isso, a Comissão utilizou informações fornecidas pelos Estados-Membros e pelos Estados-Membros do EEE pertencentes à EFTA para ajustar o limite máximo. Quando não dispunha de emissões anuais verificadas para o período 2005-2007, a Comissão procedeu à extrapolação, tanto quanto possível, dos valores de emissões em causa a partir das emissões verificadas em anos posteriores, aplicando o fator 1,74% em sentido inverso, tendo consultado as autoridades dos Estados-Membros, e delas obtido confirmação, sobre os dados e informações utilizados para o efeito. Da comparação do limite fixado nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87/CE com a soma das quantidades anuais preliminares de licenças de emissão a atribuir a título gratuito sem aplicação dos fatores referidos no anexo VI da Decisão 2011/278/UE resultam os fatores de correção transectorial anuais indicados no anexo II da presente decisão.»

## III – **Processos nacionais e pedidos de decisão prejudicial**

21. Em 2012, a Áustria, os Países Baixos e a Itália calcularam (provisoriamente) as licenças de emissão de gases com efeito de estufa a atribuir a título gratuito às empresas recorrentes nos processos principais e informaram a Comissão a este respeito.

22. Em 5 de setembro de 2013, a Comissão adotou a Decisão 2013/448, fixando, assim, o fator de correção transectorial uniforme.

23. Com base neste fator de correção, os três Estados-Membros acima referidos atribuíram às empresas recorrentes uma quantidade reduzida de licenças de emissão em comparação com o cálculo preliminar.

6 — Decisão 2013/448/UE da Comissão, de 5 de setembro de 2013, relativa às medidas nacionais de execução para a atribuição transitória a título gratuito de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 240, p. 27).

24. As empresas em causa nos processos principais interpuseram recursos destas decisões, recursos estes que deram origem aos presentes pedidos de decisão prejudicial.

A – *Questões submetidas nos processos C-191/14 (Borealis Polyolefine) e C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. O Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Tribunal Administrativo do *Land* da Baixa Áustria) submete as seguintes questões à apreciação do Tribunal de Justiça:

«1) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...] na parte em que exclui da base do cálculo na aceção do artigo 10.º-A, n.º 5, segundo parágrafo, alíneas a) e b), as emissões associadas a gases residuais emitidos por instalações abrangidas pelo âmbito de aplicação do anexo I da Diretiva 2003/87[...], e o calor utilizado por instalações abrangidas pelo âmbito de aplicação do anexo I da Diretiva 2003/87[...] emitido por instalações de cogeração, para os quais os artigos 10.º-A, [n.ºs 1 e 4], da Diretiva 2003/87[...] e a Decisão 2011/278[...] permitem que sejam atribuídas licenças a título gratuito?

2) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola, individualmente ou em conjugação com o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], o artigo 3.º, alíneas e) e u), da Diretiva 2003/87[...], na medida em que prevê que as emissões de $CO_2$ associadas a gases residuais — emitidas por instalações abrangidas pelo âmbito de aplicação do anexo I da Diretiva 2009/87[...] — e a calor, utilizado em instalações abrangidas pelo âmbito de aplicação do anexo I da Diretiva 2003/87[...] e procedentes de instalações de cogeração, são consideradas emissões de 'produtores de eletricidade'?

3) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola os objetivos da Diretiva 2003/87[...] na medida em que cria um desequilíbrio ao excluir as emissões associadas à combustão de gases residuais e ao calor produzido pela cogeração da base do cálculo prevista no artigo 10.º-A, n.º 5, [segundo parágrafo], alíneas a) e b), ao passo que para estas a emissão de licenças a título gratuito é feita nos termos do artigo 10.º-A, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 2003/87[...] e nos termos da Decisão 2011/278[...]?

4) A Decisão 2011/278[...] é inválida e viola o artigo 290.º TFUE e o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...] na medida em que o artigo 15.º, n.º 3, desta decisão altera as alíneas a) e b), segundo parágrafo, do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...] ao substituir a expressão 'instalações não abrangidas pelo n.º 3' pela expressão 'instalações que não são produtoras de eletricidade'?

5) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola o artigo 23.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87[...], na medida em que esta decisão não foi adotada com base no procedimento de regulamentação com controlo previsto no artigo 5.º-A da Decisão 1999/468[...] do Conselho e no artigo 12.º do Regulamento n.º 182/2011[...]?

6) O artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretado no sentido de que se opõe à retenção de licenças a título gratuito devido ao cálculo ilegal de um fator de correção transectorial?

7) O artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], individualmente ou em conjugação com o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278[...], deve ser interpretado no sentido de que impede a aplicação de uma disposição nacional que prevê a aplicação do fator de correção transectorial uniforme calculado ilegalmente, conforme previsto no artigo 4.º da Decisão 2013/448[...] e no seu anexo II, à atribuição de licenças a título gratuito num Estado-Membro?

8) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], na medida em que só inclui emissões de instalações que faziam parte do sistema comunitário desde 2008, com o resultado de que exclui as emissões associadas a atividades que faziam parte do sistema comunitário a partir de 2008 (na versão alterada do anexo I da Diretiva 2003/87[...]), se essas atividades tinham lugar em instalações que já faziam parte do sistema comunitário antes de 2008?

9) A Decisão 2013/448[...] é inválida e viola o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...] na medida em que só inclui emissões de instalações que faziam parte do sistema comunitário desde 2013, com o resultado de que exclui as emissões associadas a atividades que faziam parte do sistema comunitário a partir de 2013 (na versão alterada do anexo I da Diretiva 2003/87[...]), se essas atividades tinham lugar em instalações que já faziam parte do sistema comunitário antes de 2013?»

B – *Questões submetidas no processo C-295/14 (DOW Benelux)*

26. As questões submetidas pelo Raad van State (Conselho de Estado — Países Baixos) têm o seguinte teor:

«1) Deve o artigo 263.º, quarto parágrafo, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ser interpretado no sentido de que os operadores de instalações incluídas, a partir de 2013, no regime do comércio de licenças de emissão da Diretiva 2003/87[...], com exceção dos operadores de instalações referidas no artigo 10.º-A, n.º 3, dessa diretiva e dos novos operadores, poderiam ter pedido, sem dúvida alguma, ao Tribunal Geral a anulação da Decisão [...] 2013/448[...], na parte em que esta determina o fator de correção transectorial uniforme?

2) É a Decisão 2013/448[...] inválida, na parte em que determina o fator de correção transectorial uniforme, pelo facto de não ter sido adotada segundo o procedimento de regulamentação com controlo referido no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87[...]?

3) O artigo 15.º da Decisão 2011/278[...] viola o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], pelo facto de não permitir a inclusão das emissões dos produtores de eletricidade na determinação do fator de correção transectorial uniforme? Em caso afirmativo, quais são as consequências desse facto para a Decisão 2013/448[...]?

4) É a Decisão 2013/448[...] inválida, na parte em que determina o fator de correção transectorial uniforme, pelo facto de também se basear em dados que foram apresentados em execução do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87[...], sem que tivessem sido adotadas as disposições referidas nesse artigo, a aprovar nos termos do n.º 1 do artigo 14.º?

5) A Decisão 2013/448[...], na parte em que determina o fator de correção transectorial uniforme, viola em especial o artigo 296.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo facto de só mencionar parcialmente as quantidades de emissões e de licenças de emissões determinantes para o cálculo do fator de correção?

6) A Decisão 2013/448[...], na parte em que determina o fator de correção transectorial uniforme, viola em especial o artigo 296.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pelo facto de este fator de correção ser determinado através de dados de que os operadores das instalações incluídas no comércio de licenças de emissão não podiam ter tido conhecimento?»

C – *Questões submetidas nos processos C-389/14 e C-391/14 a C-393/14 (Esso Italiana)*

27. Por último, o Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio - Itália) submete as seguintes questões à apreciação do Tribunal de Justiça:

«1) A Decisão 2013/448[...] é inválida por não ter tido em conta, no cálculo das licenças a atribuir a título gratuito, a percentagem de emissões associada à combustão de gases residuais — ou gases de processo siderúrgicos — nem as emissões associadas ao calor produzido pela cogeração, violando assim os artigos 290.° TFUE e 10.°-A, n.os 1, 4 e 5, da Diretiva 2003/87[...], reduzindo os limites da delegação conferida pela referida diretiva e infringindo as finalidades da diretiva (incentivo de tecnologias energéticas mais eficientes e salvaguarda das exigências do desenvolvimento económico e do emprego)?

2) A Decisão 2013/448[...] é inválida à luz do artigo 6.º TUE, por ser contrária ao artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [CEDH] e ao artigo 17.º da mesma Convenção, na medida em que [ignorou] indevidamente as expectativas legítimas das sociedades recorrentes em manter o bem que consiste na quantidade de licenças atribuídas com caráter preliminar e a que tinham direito com base nas disposições da diretiva, ocasionando assim uma privação da utilidade económica ligada ao referido bem?

3) A Decisão 2013/448[...] é inválida na parte em que define o fator de correção transectorial, tendo em conta que a referida decisão viola o artigo 296.º, n.º 2, TFUE e o artigo 41.º da Carta de Nice, por carecer de fundamentação adequada?

4) A Decisão 2013/448[...] é inválida na parte em que define o fator de correção transectorial, tendo em conta que a decisão viola o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 5.º, n.º 4, do TUE, padecendo além disso, de tramitação deficiente e de erro de apreciação, atendendo a que, no cálculo da quantidade máxima das licenças que devem ser atribuídas a título gratuito (dado pertinente para efeito da definição do fator de correção transectorial uniforme) não foram ponderados os efeitos da mudança da interpretação dada ao conceito de «instalação de combustão» entre a primeira fase de execução (2005-2007) e a segunda fase de execução (2008-2012) da Diretiva 2003/87[...]?

5) A Decisão 2013/448[...] é inválida na parte em que define o fator de correção transectorial, por violação do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87[...], do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87[...], bem como por tramitação deficiente e erro de apreciação, atendendo a que o cálculo da quantidade máxima das licenças que devem ser atribuídas a título gratuito (dado pertinente para efeito da definição do fator de correção transectorial uniforme) foi feito com base em dados facultados pelos Estados-Membros, que são incoerentes entre si por se basearem numa interpretação diferente do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87[...]?

6) A Decisão 2013/448[...] é inválida na parte em que define o fator de correção transectorial, por violar as normas processuais estabelecidas nos artigos 10.°-A, n.º 1, e 23.°, n.º 3, da Diretiva 2003/87[...]?»

D – *Tramitação dos processos no Tribunal de Justiça*

28. Apresentaram observações escritas, como partes nos respetivos processos principais, Borealis Polyolefine e o., nos processos austríacos, DOW Benelux, Esso Nederland e o., Akzo Nobel Chemicals e o., bem como Yara Sluiskil e o., no processo neerlandês, e Esso Italiana, Eni, e Linde Gas Italia, nos processos italianos. Além disso, também apresentaram observações escritas a Alemanha, os Países Baixos, a Espanha (apenas nos processos italianos) e a Comissão.

29. Embora o Tribunal de Justiça tenha ordenado a apensação dos dois pedidos de decisão prejudicial austríacos e dos quatro pedidos italianos, absteve-se, porém, quanto ao resto, até ao momento de estabelecer uma ligação formal entre os presentes processos. Não obstante, em 3 de setembro de 2015, o Tribunal de Justiça organizou uma audiência conjunta. Com exceção da Linde, compareceram nesta audiência todas as partes acima mencionadas, bem como Luchini e o. e Buzzi Unicem, na qualidade de intervenientes dos processos italianos.

30. Abordarei todos os presentes processos numas únicas conclusões e considero útil que o Tribunal de Justiça siga este exemplo apensando-os para efeitos do acórdão.

## IV – **Apreciação jurídica**

31. As questões suscitadas pelos pedidos de decisão prejudicial têm por objetivo pôr em causa o fator de correção transectorial uniforme (a seguir «fator de correção») previsto no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87, que a Comissão fixou no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448.

32. Para compreender estas questões é, antes de mais, necessário explicar o cálculo deste fator de correção e a sua importância no sistema da Diretiva 2003/87 [v., a este respeito, ponto A, *infra*]. Em seguida, examinarei as questões relativas à insuficiente tomada em consideração de determinadas fontes de emissão [v., a este respeito, pontos B e C, *infra*] e, posteriormente, a fundamentação da fixação do fator de correção [v., a este respeito, ponto D, *infra*], o direito fundamental de propriedade [v., a este respeito, ponto E, *infra*] e o procedimento aplicado na adoção da decisão da Comissão [v., a este respeito, ponto F, *infra*]. A fim de evitar uma rutura na apresentação de matérias juridicamente muito complexas, explicarei apenas após a análise dos pontos acima referidos que as empresas recorrentes nos processos principais não estavam obrigadas a formular diretamente as suas objeções perante os órgãos jurisdicionais da União [v., a este respeito, ponto G, *infra*] e quais as consequências que deverá ter o resultado do exame da decisão da Comissão [v., a este respeito, ponto H, *infra*].

### A – *Quanto à qualificação jurídica do fator de correção*

33. De acordo com o artigo 1.º da Diretiva 2003/87, é criado um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa a fim de promover a redução das emissões destes gases em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes.

34. As instalações abrangidas por este regime devem adquirir, para a emissão de gases com efeito de estufa, direitos de emissão, ou seja, as denominadas licenças de emissão. Em termos práticos, esta situação refere-se quase exclusivamente às emissões de $CO_2$. Nos termos dos artigos 9.° e 9.°-A da Diretiva 2003/87, a quantidade total de licenças disponíveis é limitada e diminui anualmente, a partir de 2010, em 1,74%. De acordo com o décimo terceiro considerando da Diretiva 2009/29, esta diminuição contribui para uma redução, até 2020, de 20% das emissões nocivas para o ambiente, em comparação com 1990.

35. A partir de 2013, estas licenças são atribuídas só parcialmente a título gratuito, sendo a restante parte vendida em leilão. Distingue-se entre os produtores de eletricidade, que com algumas exceções não recebem *nenhuma* licença de emissão a título gratuito [7], e as instalações industriais, que recebem gratuitamente todas [8] ou, pelo menos, uma parte [9] das licenças de que necessitam.

7 — Artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, segundo período, n.º 3 e n.º 7, terceiro parágrafo, da Diretiva 2003/87.

8 — De acordo com o artigo 10.º-A, n.º 12, da Diretiva 2003/87, trata-se aqui de instalações em setores ou subsetores expostos a um risco significativo de fuga de carbono, denominada «*carbon leakage*».

9 — Nos termos do artigo 10.º-A, n.º 11, da Diretiva 2003/87, as instalações industriais recebem perto de 80% das licenças necessárias de forma gratuita. Até 2020, esta percentagem deverá diminuir linearmente 30%, até à eliminação total destas licenças em 2027.

36. As presentes questões incidem diretamente apenas sobre a situação das instalações industriais, que são elegíveis para a atribuição de licenças a título gratuito, mas não sobre a dos produtores de eletricidade. De facto, o fator de correção controvertido opera uma redução das licenças de emissão a atribuir às instalações industriais a título gratuito.

37. O fator de correção é determinado mediante o cálculo pelos Estados-Membros, por um lado, e pela Comissão, por outro, da quantidade total de licenças a atribuir a todas as instalações industriais existentes. Para tal, os Estados-Membros e a Comissão aplicam métodos de cálculo diferentes. O mais baixo dos dois valores obtidos é decisivo para estabelecer a quantidade de licenças que, finalmente, são atribuídas a título gratuito.

38. Se o valor obtido pelos Estados-Membros tivesse sido inferior, não teria sido necessário proceder a qualquer correção. Os Estados-Membros poderiam ter procedido à atribuição a título gratuito com base no seu valor de referência.

39. No entanto, o valor apurado pela Comissão era, na realidade, mais baixo. Por conseguinte, estava-se perante o caso referido no artigo 10.º-A, n.º 5, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87: foi necessário aplicar um fator de correção transectorial uniforme. Este era de cerca 94,3% no primeiro ano, e diminui, até 2020, para cerca de 80,4%. Isto significa que da quantidade de licenças a atribuir a título gratuito calculada provisoriamente pelos Estados-Membros é, em última análise, apenas possível atribuir estas quotas.

1. Necessidades reconhecidas das instalações industriais calculadas pelos Estados-Membros

40. Os Estados-Membros determinam o valor mencionado no início do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87, ou seja, a quantidade de licenças de emissão que constitui a base para o cálculo das (futuras) atribuições anuais a título gratuito a favor das instalações industriais. Esta quantidade é calculada, por assim dizer, a partir da raiz, isto é, com base na atividade histórica de cada instalação e nos denominados «benchmarks», fixados pela Comissão na Decisão 2011/278 para a atividade em causa. Os parâmetros de referência correspondem a uma determinada quantidade de emissões $CO_2$, que a Comissão reconhece como sendo necessária para a produção de uma certa quantidade do produto em causa. Referir-me-ei, seguidamente, a este valor como *necessidades reconhecidas*.

41. Nos termos do artigo 10.º-A, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2003/87, o ponto de partida é a média dos resultados de 10% das instalações mais eficientes de um determinado setor ou subsetor na União. Além disso, de acordo com o artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, estes parâmetros de referência devem assegurar que a atribuição se processe de uma forma que incentive reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes, ao tomar em consideração, designadamente, a cogeração de alta eficiência e a recuperação eficiente de energia a partir de gases residuais, não podendo incentivar o aumento das emissões. Compete à Comissão concretizar este objetivo aquando da fixação dos parâmetros de referência para as diferentes atividades.

42. Os parâmetros de referência estabelecidos pela Comissão para as instalações industriais incluem, em particular, as emissões provenientes da utilização de gases residuais como combustível, gases estes que resultam de determinados processos de produção [v., a este respeito, ponto B, n.º 1, *infra*], e têm em consideração a utilização industrial do calor gerado pelas instalações de cogeração [v., a este respeito, ponto B, n.º 2, *infra*]. Além disso, estes parâmetros de referência são aplicáveis a todas as instalações industriais atualmente sujeitas ao sistema da Diretiva 2003/87, ou seja, também às instalações incluídas apenas a partir de 2008 [v., a este respeito, ponto C, n.º 2, alínea b), *infra*] ou de 2013 [v., a este respeito, ponto C, n.º 2, alínea a), *infra*].

43. Os Estados-Membros determinam as necessidades reconhecidas de todas as instalações industriais no seu território resultantes da aplicação destes parâmetros de referência, multiplicando, de acordo com o artigo 10.º da Decisão 2011/278, os parâmetros de referência relativos a cada atividade pelo nível histórico de atividade das subinstalações em causa. Segundo o artigo 11.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87, os Estados-Membros comunicam estes dados à Comissão até 30 de setembro de 2011. A Comissão soma os valores que lhe foram comunicados e determina assim a totalidade das necessidades reconhecidas de todas as instalações industriais na União.

2. Limite máximo para a indústria calculado pela Comissão

44. A Comissão calcula o segundo valor, o denominado limite máximo para a indústria, de uma forma, por assim dizer, geral, determinando com base nos dados históricos das emissões a quota-parte da quantidade total das licenças de emissão disponíveis a atribuir na íntegra às instalações industriais. Este limite máximo é constituído por dois subconjuntos, que são regulados nas alíneas a) e b) do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87.

a) Artigo 10.º-A, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2003/87

45. De acordo com o artigo 10.º-A, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2003/87, o ponto de partida do primeiro subconjunto é a quantidade total anual média das licenças que, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, foram atribuídas para o segundo período de atribuição compreendido entre 2008 e 2012. O ponto de partida baseia-se, portanto, na necessidade histórica de todas as instalações abrangidas pelo sistema da diretiva durante este período. Esta quantidade total inclui ambos os grupos: os produtores de eletricidade e as instalações industriais.

46. A quantidade destas licenças foi determinada pelos respetivos Estados-Membros. A Diretiva 2003/87, na sua versão então aplicável, não lhes impunha, a este respeito, qualquer método específico [10].

47. Para efeitos do cálculo da quantidade anual total aplicável no futuro, a quantidade média de licenças calculada para o conjunto da União no período de 2008 a 2012 com base nestas atribuições nacionais deve diminuir anualmente [11] segundo um fator linear de 1,74% a partir do ponto médio deste período, isto é, 2010.

48. Porém, de acordo com o artigo 10.º-A, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2003/87, o cálculo do limite máximo para a indústria tem apenas em conta a quota-parte das instalações não abrangidas pelo n.º 3 do referido artigo. Consequentemente, na prática, as licenças atribuídas aos produtores de eletricidade até 2012 não são tidas em consideração. A Comissão calcula esta quota-parte com base na quantidade de licenças que foram em média atribuídas às instalações industriais no período de 2005 a 2007.

49. Não fazem, portanto, parte do limite máximo para a indústria as licenças que foram atribuídas, no passado, aos produtores de eletricidade para cobrir emissões provenientes da utilização de gases residuais como combustível [v., a este respeito, ponto B, n.º 1, *infra*] ou da produção de calor gerado industrialmente em instalações de cogeração [v., a este respeito, ponto B, n.º 2, *infra*]. Além disso, a referência a parte da indústria durante o período de 2005 a 2007 impede a tomada em consideração

10 — Acórdão Comissão/Estónia (C-505/09 P, EU:C:2012:179, n.º 52).

11 — A título de esclarecimento, décimo terceiro considerando da Decisão 2010/384/UE da Comissão, de 9 de julho de 2010, relativa à quantidade de licenças de emissão a conceder a nível comunitário para 2013 no âmbito do regime UE de comércio de licenças de emissão (JO L 175, p. 36).

de instalações industriais abrangidas pela Diretiva 2003/87 apenas a partir de 2008 [v., a este respeito, ponto C, n.º 2, alínea b), *infra*]. Esta situação diz respeito a certas instalações de combustão e instalações no território dos Estados do EEE. Não obstante, todas estas emissões são tidas em consideração nos parâmetros de referência para a indústria.

b) Artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87

50. Nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87, o segundo subconjunto abrange instalações sujeitas ao sistema da diretiva apenas a partir de 2013. A título de exemplo, a partir de 2013, as emissões provenientes da produção de alumínio e de determinados setores da indústria química foram adicionalmente incluídas no sistema da diretiva.

51. Isto acontece com base no total das emissões anuais médias destas instalações verificadas durante o período de 2005 a 2007. Também este valor deve diminuir anualmente segundo o referido fator linear de 1,74% e os produtores de eletricidade não são tomados em consideração.

52. A este respeito, coloca-se o problema de não terem sido utilizados dados de emissões da mesma natureza para todos os Estados-Membros. Para alguns Estados-Membros foram utilizados unicamente dados de emissões de instalações que, em geral, apenas foram incluídas no sistema a partir de 2013. Pelo contrário, para outros Estados-Membros foram adicionalmente utilizados, de igual modo, dados de emissões de atividades recém-incluídas no sistema, levadas a cabo em instalações já inseridas anteriormente no sistema devido a outras atividades [v., a este respeito, ponto C, n.º 2, alínea a), *infra*].

3. Fator de correção fixado

53. À primeira vista, seria de esperar que uma necessidade reconhecida baseada nas instalações mais eficientes, tal como é calculada pelos Estados-Membros, fosse inferior às atribuições históricas feitas à totalidade das instalações, incluindo às menos eficientes, como as que servem de base ao valor obtido pela Comissão [12]. Neste sentido, da comparação de ambos os valores deveria apenas sobressair a redução linear anual do limite máximo para a indústria em respetivamente 1,74%. Só deveria ser necessário um fator de correção após a «vantagem» decorrente da tomada em consideração das instalações mais eficientes ter sido compensada pelas reduções.

54. No entanto, o resultado da comparação entre o valor obtido pelos Estados-Membros e o valor obtido pela Comissão cria efetivamente a convicção de que a necessidade reconhecida, subjacente à Decisão 2013/448, tem um alcance *maior* do que as atribuições históricas. Com efeito, o fator de correção tem, desde o início, um impacto maior do que a redução linear: o fator de correção de 94,272151% no primeiro ano, 2013, reduz a atribuição gratuita em 5,727849%. Porém, a redução linear verificada até este momento para o período de 2011 a 2013 é de apenas 5,22%. Com o tempo, este efeito reduz-se, todavia, um pouco. No último ano, 2020, o fator de correção é de 82,438204%, operando, portanto, uma redução de 17,561796%. Este valor é apenas ligeiramente superior à redução linear cumulada de 17,4% para os dez anos em questão.

12 — Contrariamente à posição da Comissão nos presentes processos, esta situação correspondia em 2010, segundo afirma a Esso Nederland e o., também ao entendimento da Comissão.

55. Por conseguinte, as empresas recorrentes nos processos principais consideram a correção demasiado elevada. Segundo estas empresas, este efeito deve-se especialmente ao facto de certas atividades terem sido erradamente tomadas em consideração no âmbito das necessidades reconhecidas [13], e não, porém, na determinação do limite máximo para a indústria [14]. Além disso, as empresas recorrentes exigem ter acesso aos dados necessários para poderem examinar plenamente o cálculo do fator de correção [v., a este respeito, ponto D, *infra*].

4. Quanto aos objetivos da Diretiva 2003/87 à luz do fator de correção

56. À observação acima referida há que acrescentar que a tomada em consideração «assimétrica» [15] de certas atividades se encontra numa relação de tensão com um dos objetivos do fator de correção. Embora estes objetivos não tenham sido estabelecidos de forma expressa, o fator de correção tem, segundo o seu contexto normativo, uma dupla finalidade.

57. Em primeiro lugar, o fator de correção aplica o fator linear de redução de 1,74%. Esta finalidade não é afetada pela assimetria contestada. No entanto, seria igualmente possível aplicar o fator de redução sem a complicada comparação entre a necessidade reconhecida e o limite máximo para a indústria.

58. Por conseguinte, a segunda função do fator de correção assume uma maior importância: este deve assegurar que as atribuições a efetuar a título gratuito com base nos parâmetros de referência não alterem, em benefício da indústria, o equilíbrio existente à luz do anterior regime de atribuição de licenças entre as atividades industriais e a produção de eletricidade.

59. Este equilíbrio é importante. Se se acrescentasse a quota-parte das atividades industriais à quantidade total de licenças disponíveis, diminuir-se-ia, com efeito, simultaneamente a quantidade de licenças à disposição para venda em leilão. Caso essa quantidade não fosse suficiente para cobrir a totalidade das necessidades a satisfazer através da venda em leilão, seriam de recear aumentos desproporcionais dos preços. Esta situação prejudicaria sobretudo a indústria de produção de energia elétrica e os consumidores de eletricidade. Além disso, seriam, todavia, igualmente afetados determinados setores industriais, que teriam de comprar uma parte das licenças de que necessitam.

60. No entanto, este equilíbrio histórico é posto em causa, se com base num novo método de cálculo forem agora atribuídas à indústria atividades que, no passado, eram imputadas à produção de eletricidade ou não eram, de todo, tidas em consideração.

61. Como indicou, por exemplo, a Linde, essa necessidade de correção assimétrica não se coaduna tão-pouco com o objetivo da Diretiva 2003/87, de evitar a «*carbon leakage*». Isto significa a deslocação para Estados terceiros de atividades que produzem emissões de gases com efeito de estufa. Tal transferência seria desvantajosa não só do ponto de vista da política económica, como também subverteria o objetivo global de diminuir a nível mundial as emissões de gases com efeito de estufa.

13 — V. n.º 42 *supra*.

14 — V. n.os 49 e 52 *supra*.

15 — Direção-Geral Ação Climática da Comissão Europeia, «Calculations for the determination of the cross-sectoral correction fator in the EU ETS in 2013 to 2020» de 22 de outubro de 2013, anexo 1, p. 4, das observações da Borealis Polyolefine, apresentas em 12 de agosto de 2015, igualmente acessível no sítio de Internet da Comissão em http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/cross_sectoral_correction_fator_en.pdf.

62. Por conseguinte, de acordo com o artigo 10.º-A, n.º 12, da Diretiva 2003/87, a fim de impedir a *carbon leakage*, as instalações em setores ou subsetores expostos a um risco significativo de fuga de carbono recebem licenças a título gratuito até 100% das suas necessidades reconhecidas com base nos parâmetros de referência. Contudo, um fator de correção demasiado elevado pode levar a que estas instalações recebam, em última análise, menos do que 100% das licenças necessárias, criando, deste modo, o sistema instituído pela Diretiva 2003/87 um incentivo para a deslocação destas atividades.

63. Por outro lado, a tomada em consideração assimétrica da utilização de gases residuais é conforme ao objetivo global da Diretiva 2003/87, de reduzir as emissões nocivas para o ambiente. Visto que diminui a quantidade de licenças atribuídas a título gratuito, a tomada em consideração assimétrica da utilização de gases residuais incentiva a redução das emissões de $CO_2$. Consequentemente, esta tomada em consideração contribui para a preservação e a proteção do ambiente, a luta contra as alterações climáticas e um nível de proteção elevado, como exigido pelo artigo 191.º TFUE.

64. Neste sentido, devem ser analisados em pormenor os quatro domínios em que as empresas recorrentes contestam tais derrogações, nomeadamente, a tomada em consideração de gases residuais e de instalações de cogeração [v., a este respeito, ponto B, *infra*] e a tomada em consideração de atividades e instalações incluídas no sistema da Diretiva 2003/87 apenas a partir de 2013 ou de 2008 [v., a este respeito, ponto C, *infra*].

B – *Quanto à tomada em consideração da produção de eletricidade a partir de gases residuais e da utilização industrial de calor produzido por instalações de cogeração de elevada eficiência*

65. As primeiras quatro questões do processo Borealis Polyolefine, a terceira questão do processo Dow Benelux e a primeira questão do processo Esso Italiana dizem respeito à tomada em consideração da produção de eletricidade a partir de gases residuais [v., a este respeito, ponto 1), *infra*] e da utilização industrial de calor produzido por instalações de cogeração de elevada eficiência [instalações de cogeração, v., a este respeito, ponto 2), *infra*] no cálculo do fator de correção. Ambas as atividades são atualmente imputadas à indústria, apesar de anteriormente terem sido tomadas em consideração no âmbito da produção de eletricidade.

1. Quanto à produção de eletricidade a partir de gases residuais

66. Os gases residuais resultam de determinados processos de produção industrial, como, por exemplo, da produção de coque e de aço, e podem ser utilizados como combustível, especialmente para a produção de eletricidade. Esta opção é certamente mais sensata, numa ótica de gestão sustentável dos recursos, do que libertar ou queimar inutilmente estes gases.

67. Esta vantagem explica provavelmente o facto de o artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, primeiro período, da Diretiva 2003/87 incluir o fomento da utilização de gases residuais entre os incentivos a reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes. É igualmente provável que seja esta a razão pela qual o segundo período desta disposição prevê, relativamente à eletricidade produzida a partir de gases residuais, uma exceção à exclusão da produção de eletricidade da atribuição de licenças de emissão a título gratuito.

68. Como observa a Comissão, ao fixar os parâmetros de referência relativos aos produtos, a Comissão teve em conta o facto de, em alguns setores, os gases residuais serem queimados para produzir eletricidade. Esta situação conduziu, em particular, a um aumento dos parâmetros de referência relativos aos produtos para o coque, o ferro fundido e os minérios sintetizados, ou seja, a um aumento das necessidades reconhecidas nestes setores.

69. A Comissão reconhece que as emissões em causa foram apenas parcialmente incorporadas no limite máximo para a indústria, nomeadamente apenas na medida em que os gases residuais foram queimados nas instalações industriais. Pelo contrário, se os gases residuais tiverem sido queimados por um produtor de eletricidade na aceção do artigo 10.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87, estes não são tidos em consideração na determinação do limite máximo para a indústria. Dado que o limite máximo é, nesta medida, inferior, a tomada em consideração dos gases residuais nos parâmetros de referência aumenta de forma correspondente o fator de correção.

70. Por conseguinte, há que verificar se esta tomada em consideração assimétrica da utilização de gases residuais é compatível com a Diretiva 2003/87.

71. A este respeito, importa observar que a assimetria é inerente à redação do artigo 10.º-A, n.os 1, 3 e 5, da Diretiva 2003/87. De acordo com os n.os 3 e 5, os produtores de eletricidade, e, por conseguinte, também os produtores de eletricidade a partir de gases residuais, não devem ser tidos em consideração no cálculo do limite máximo para a indústria. Pelo contrário, do terceiro parágrafo do n.º 1 deduz-se que a Comissão deve ter em conta a produção de eletricidade a partir de gases residuais na determinação dos parâmetros de referência, dos quais resultam as necessidades reconhecidas das instalações industriais.

72. Por outro lado, as empresas recorrentes nos processos principais não podem tão-pouco alegar de forma útil que a referência, no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87, a «instalações não abrangidas pelo n.º 3» não deve ser interpretada no sentido de que as emissões dos produtores de eletricidade estão excluídas da tomada em consideração. Embora as empresas recorrentes defendam que estão aqui em causa instalações elegíveis para a atribuição de licenças a título gratuito, tal entendimento não encontra, todavia, qualquer fundamento no texto da disposição.

73. Ao contrário do que sustenta a Buzzi Unicem, a aplicação do artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 não pressupõe, em particular, que a produção de eletricidade seja excluída da atribuição a título gratuito. Pelo contrário, a exclusão de uma atribuição a título gratuito é a consequência jurídica desta disposição, a respeito da qual outras disposições autorizam exceções.

74. Como acima indicado [16], é certo que há que reconhecer que esta assimetria não é efetivamente compatível com o objetivo do fator de correção, de assegurar o equilíbrio histórico entre as instalações industriais e a produção de eletricidade. Ela promove igualmente a deslocação de atividades com emissões nocivas. No entanto, esta assimetria é, ao mesmo tempo, conforme aos objetivos ambientais da Diretiva 2003/87.

75. Nesta situação, face a objetivos divergentes e considerações de índole sistemática, seria de esperar que o legislador indicasse expressamente as suas intenções. Tal aconteceu, por exemplo, no caso de uma outra disposição da Diretiva 2003/87, o artigo 9.º, n.º 1, terceiro período, que foi introduzido na diretiva aquando da adesão da Croácia. Nos seus termos, a quantidade de licenças na União sofre um aumento, na sequência da adesão da Croácia, simplesmente no valor da quantidade de licenças que a Croácia deve leiloar em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 10.º Uma vez que, deste modo, as licenças atribuídas gratuitamente pela Croácia não são tidas em consideração, esta circunstância conduz forçosamente a uma redução das licenças disponíveis em toda a União e a uma necessidade de correção na aceção do artigo 10.º-A, n.º 5.

76. Em contrapartida, no que diz respeito aos gases residuais, não se vislumbra nem uma disposição clara equivalente, nem qualquer indicação nos considerandos ou nos trabalhos preparatórios. Pelo contrário, existem indícios de que o legislador simplesmente ignorou o problema ao elaborar a Diretiva de alteração 2009/29. Com efeito, a referência aos gases residuais só foi incluída no texto da

16 — V. n.os 56 e segs. *supra*.

diretiva relativamente tarde, designadamente, no quadro da reunião tripartida para a adoção da Diretiva 2009/29 em primeira leitura. Os gases residuais foram mencionados pela primeira vez numa proposta de alteração do Parlamento [17] apresentada, no prazo de poucas semanas, no âmbito do compromisso interinstitucional para a adoção da Diretiva 2009/29 [18]. Vários membros do Parlamento lamentaram a este respeito a grande precipitação verificada na adoção da diretiva [19].

77. Por outro lado, o legislador também não indicou expressamente que a garantia não falseada do equilíbrio entre as instalações industriais e os produtores de eletricidade, bem como a desobrigação das instalações industriais são, em todo o caso, preferíveis.

78. Por conseguinte, os conflitos de objetivos resultantes da tomada em consideração assimétrica da produção de eletricidade a partir de gases residuais não justificam uma interpretação da Diretiva 2003/87 para além da sua redação, de forma a evitar esta assimetria.

79. Pode também ficar em aberto a questão de saber se, apesar disso, a Comissão teria legitimidade para eliminar a assimetria verificada na tomada em consideração dos gases residuais, mediante a adoção de disposições de execução. É certo que o artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87 autoriza a Comissão a adotar, no que se refere ao n.º 5 do artigo 10.º-A, medidas de execução para alterar elementos não essenciais da diretiva, completando-os. Todavia, face aos objetivos contraditórios, a Comissão não era, em qualquer caso, obrigada a utilizar este poder para eliminar a assimetria.

80. Em consequência, há que declarar que a apreciação das questões relativas à produção de eletricidade a partir de gases residuais não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a legalidade da fixação do fator de correção pela Decisão 2013/448.

2. Quanto às instalações de cogeração

81. A cogeração promete um aproveitamento mais completo da energia proveniente dos combustíveis. Se a energia gerada for utilizada exclusivamente, por exemplo, para a produção de eletricidade, o calor originado é perdido inutilmente. Assim, nas instalações de cogeração, o calor produzido é recuperado e colocado à disposição de outras atividades. Este calor é, em parte, igualmente utilizado para a produção de frio.

82. As questões relativas à tomada em consideração das instalações de cogeração dizem apenas respeito àquelas instalações que correspondem à definição de produtor de eletricidade contida no artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87. Por produtor de eletricidade entende-se uma instalação que produza eletricidade para venda a terceiros e na qual não seja desenvolvida qualquer atividade enumerada no anexo I para além da «combustão de combustíveis».

83. Após ainda terem manifestado divergências durante a fase escrita do processo quanto à forma como estas instalações de cogeração produtoras de eletricidade devem ser tomadas em consideração no cálculo do fator de correção, as partes chegaram a acordo sobre este aspeto em resposta a uma questão colocada na audiência.

17 — 48.ª Proposta de alteração (Documento do Conselho 14764/08, de 24 de outubro de 2008, p. 80).

18 — Adotada pelo Parlamento em 17 de dezembro de 2008 (v. Documento do Conselho 17146/08, de 14 de janeiro de 2010), e confirmada pelo Conselho em 4 de abril de 2009.

19 — Documento do Conselho 17146/08, de 14 de janeiro de 2010, p. 5.

84. A este respeito, é interessante observar o caso em que uma instalação de cogeração produtora de eletricidade fornece calor ou frio a clientes do setor industrial. Como demonstra, em especial, o considerando 21 da Decisão 2011/278, esta situação é tida em conta no parâmetro de referência do consumidor industrial. A sua necessidade reconhecida aumenta, mas as emissões correspondentes não são incluídas no limite máximo para a indústria, visto que estas são provenientes das instalações de cogeração, isto é, dos produtores de eletricidade. Deste modo, o calor produzido pelas instalações de cogeração utilizado industrialmente aumenta o fator de correção e conduz a mais uma assimetria.

85. No essencial, são aqui aplicáveis as mesmas considerações que as formuladas a respeito da produção de eletricidade a partir de gases residuais.

86. Esta assimetria é inerente ao artigo 10.º-A, n.os 1, 3 e 5, da Diretiva 2003/87. Por um lado, os n.os 3 e 5 não têm em consideração os produtores de eletricidade, e, por conseguinte, também as instalações de cogeração produtoras de eletricidade, na determinação do limite máximo para a indústria. Por outro lado, o n.º 1, terceiro parágrafo, primeiro período prevê que os parâmetros de referência devem incentivar reduções das emissões de gases com efeito de estufa e técnicas energéticas eficientes, ao tomar em consideração, designadamente, a cogeração de alta eficiência.

87. A integração, prevista pela Comissão na Decisão 2011/278, do consumo de calor nos parâmetros de referência relativos aos produtos industriais é conforme a este objetivo e simplifica a gestão prática da utilização do calor gerado pela indústria no âmbito da atribuição de licenças a título gratuito. A simplificação resulta do facto de serem tratadas de modo igual as instalações que produzem, elas próprias, o calor e as instalações que o adquirem às instalações de cogeração. Consequentemente, para a atribuição de licenças a estas instalações não é necessário analisar individualmente que quantidade de calor é obtida a partir de que fontes. Por outro lado, o efeito de incentivo decorre do facto de, ao adquirirem calor proveniente das instalações de cogeração, as instalações industriais pouparem licenças de emissão que podem vender.

88. À primeira vista, parece existir uma distinção no artigo 10.º-A, n.º 4, primeiro período, da Diretiva 2003/87. Segundo este artigo, são atribuídas licenças à cogeração com elevado nível de eficiência para uma procura economicamente justificável, no que diz respeito à *produção* de calor ou de frio. No entanto, a possibilidade de uma atribuição direta neste sentido não exclui uma tomada em consideração nos parâmetros de referência, permitindo antes, sobretudo, atribuir às instalações de cogeração licenças de emissão para a produção de calor ou de frio, que forneçam a clientes não abrangidos pelo sistema da diretiva, como, por exemplo, habitações particulares.

89. Por conseguinte, a fixação dos parâmetros de referência no que diz respeito à utilização industrial do calor produzido por instalações de cogeração cabe no âmbito dos poderes de execução da Comissão nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87.

90. Quanto ao resto, a situação é a mesma que em relação à tomada em consideração dos gases residuais. É certo que existem conflitos de objetivos e falta uma afirmação clara por parte do legislador. Contudo, tal não impõe uma interpretação da Diretiva 2003/87 que exclua a assimetria, nem a Comissão era obrigada a eliminá-la no exercício dos seus poderes de execução.

91. Consequentemente, a apreciação das questões relativas à tomada em consideração da cogeração não revelou tão-pouco nenhum elemento suscetível de afetar a legalidade da fixação do fator de correção pela Decisão 2013/448.

*C – Quanto aos dados relativos aos setores incluídos pela primeira vez a partir de 2008 ou de 2013, utilizados para efeitos do limite máximo para a indústria*

92. Todos os três órgãos jurisdicionais têm dúvidas quanto aos dados utilizados para efeitos do limite máximo para a indústria relativos aos setores incluídos pela primeira vez a partir de 2013. Porém, com a sua quarta questão, o Conselho de Estado questiona se já foram adotadas as disposições de execução necessárias para o fornecimento dos dados [v., a este respeito, ponto 1, *infra*], ao passo que as questões dos outros dois órgãos jurisdicionais dizem respeito à qualidade e ao alcance dos dados comunicados e utilizados [v., a este respeito, ponto 2, alínea a), *infra*]. Estes dois órgãos jurisdicionais têm igualmente dúvidas quanto à tomada em consideração adequada das instalações e das atividades inseridas pela primeira vez em 2008 [v., a este respeito, ponto 2, alínea b), *infra*].

1. Quanto às disposições de execução

93. Com a sua quarta questão, o Conselho de Estado pretende esclarecer se a fixação do fator de correção está ferida de ilegalidade, visto que se baseia, designadamente, em dados que foram apresentados em execução do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87, sem que tivessem sido adotadas as disposições referidas nesse artigo, aprovadas nos termos do n.º 1 do artigo 14.º

94. Só numa análise mais aprofundada se torna clara a relação do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87 com o fator de correção controvertido. Com efeito, este artigo precisa a forma como é determinado o total das emissões anuais verificado em média no período de 2005 a 2007, a somar nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), ao limite máximo para a indústria, no que respeita a instalações que apenas foram incluídas no sistema a partir de 2013 e que não são produtoras de eletricidade.

95. Em relação a estas instalações, de acordo com o artigo 9.º-A, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2003/87, os operadores devem apresentar às autoridades competentes dados de emissão devidamente fundamentados e verificados independentemente, a fim de serem tidos em conta no ajustamento do limite máximo para a indústria.

96. O artigo 9.º-A, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87 prevê a este respeito que estes dados devem ser apresentados de acordo com as disposições aprovadas nos termos do n.º 1 do artigo 14.º

97. O Conselho de Estado considera que estas disposições são as do Regulamento (UE) n.º 601/2012 [20], o qual, porém, no momento em que estes dados foram apresentados à Comissão ainda não tinha sido adotado. De facto, nos termos do artigo 9.º-A, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87, os dados deviam ser apresentados até 30 de abril de 2010.

98. No entanto, como acertadamente refere a Alemanha, a apresentação dos dados em 2010 podia basear-se em regras uniformes consagradas na Decisão 2007/589 [21]. Estas encontravam-se previstas na versão do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87 em vigor antes da adoção da Diretiva de alteração 2009/29.

20 — Regulamento (UE) n.º 601/2012 da Comissão, de 21 de junho de 2012, relativo à monitorização e comunicação de informações relativas às emissões de gases com efeito de estufa nos termos da Diretiva 2003/87 (JO L 181, p. 30).

21 — Decisão da Comissão, de 18 de julho de 2007, que estabelece orientações para a monitorização e a comunicação de informações relativas às emissões de gases com efeito de estufa, nos termos da Diretiva 2003/87 (orientações para monotorização) (JO L 229, p. 1).

99. Deve também partir-se do princípio de que o artigo 9.º-A, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87 se refere às regras contidas na Decisão 2007/589. Com efeito, este artigo exige a apresentação dos dados numa data em que ainda não era necessário adotar as novas disposições de execução do Regulamento n.º 601/2012. O artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87, na sua nova redação, fixa para esse efeito um prazo até 31 de dezembro de 2011.

100. Além disso, não se vislumbra qualquer indicação nas disposições aplicáveis de que, para fixar o fator de correção, os dados necessários deveriam ser novamente recolhidos e apresentados com base no Regulamento n.º 601/2012.

101. Consequentemente, desta questão suscitada pelo Conselho de Estado não resulta nenhum elemento suscetível de afetar a legalidade da fixação do fator de correção previsto no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448.

2. Quanto à qualidade dos dados

102. Os pedidos de decisão prejudicial apresentados pela Itália e pela Áustria suscitam igualmente dúvidas, neste contexto, quanto à qualidade e ao alcance dos dados apresentados pelos Estados-Membros. Estas questões baseiam-se no facto de o sistema instituído pela Diretiva 2003/87 se ter alargado tanto entre a primeira (2005 a 2007) e a segunda fases (2008 a 2012) [v., a este respeito, ponto b), *infra*], como com a terceira fase (2013 a 2020) [v., a este respeito, ponto a), *infra*].

a) Quanto ao alargamento a partir de 2013

i) Quanto à não tomada em consideração de atividades novas nos dados apresentados por alguns Estados-Membros

103. Na sua nona questão, o Landesverwaltungsgericht Niederösterreich parte do princípio de que os dados relativos às emissões provenientes de instalações que, antes de 2013, estavam apenas *parcialmente* sujeitas ao sistema da Diretiva 2003/87, foram tomados em consideração de forma incompleta na fixação do limite máximo para a indústria, em concreto apenas na medida em que já estavam antes sujeitas ao sistema.

104. Esta hipótese está ainda, em última análise, na origem da quinta questão do tribunal administrativo do Lácio, a qual tem aparentemente por objeto as diferentes interpretações do artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87 efetuadas pelos Estados-Membros. Estas diferenças referem-se precisamente à questão de saber se os Estados-Membros devem facultar apenas os dados relativos às instalações, que foram incluídas no sistema pela primeira vez a partir de 2013, ou também os dados sobre atividades recém-inseridas no sistema, mas levadas a cabo em instalações que já estavam incluídas no sistema devido a outras atividades.

105. O artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), e o artigo 9.º-A, n.º 2, terceiro parágrafo, primeiro período, da Diretiva 2003/87 não dão qualquer resposta clara a estas questões, uma vez que não abordam as emissões provenientes de *atividades* recém-inseridas levadas a cabo em instalações que já estavam incluídas no sistema. Ambas as disposições mencionam apenas as emissões verificadas provenientes de *instalações* que foram incluídas no sistema pela primeira vez a partir de 2013.

106. Porém, se as emissões de atividades sujeitas ao sistema apenas a partir de 2013, e procedentes de instalações já abrangidas não forem tidas em consideração na fixação do limite máximo para a indústria, esta situação conduz forçosamente a uma maior necessidade de correção. Com efeito, estas atividades são, apesar disso, tidas em conta no âmbito das necessidades reconhecidas.

107. À semelhança da tomada em consideração da produção de eletricidade a partir de gases residuais [22] e do calor produzido pelas instalações de cogeração [23], a redação do regime aplicável conduz, consequentemente, a uma tomada em consideração assimétrica das emissões. Também aqui se verifica a existência dos conhecidos conflitos de objetivos e a falta de afirmações claras por parte do legislador.

108. Assim, também neste caso, não se impõe qualquer outra interpretação do artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87 e a Comissão não era obrigada a corrigir a assimetria verificada nas regras de execução.

109. Por conseguinte, há que concluir que a apreciação das questões relativas às instalações e atividades incluídas no sistema da Diretiva 2003/87 pela primeira vez a partir de 2013 não demonstrou que a *não* tomada em consideração de atividades novas, levadas a cabo em instalações já abrangidas, nos dados apresentados por alguns Estados-Membros para efeitos da determinação do limite máximo para a indústria coloca em causa a legalidade da fixação do fator de correção pelo artigo 4.º e pelo anexo II da Decisão 2013/448.

ii) Quanto à tomada em consideração de atividades novas nos dados apresentados por outros Estados-Membros

110. No entanto, esta apreciação demonstrou que a tomada em consideração de atividades novas, levadas a cabo em instalações já abrangidas, nos dados apresentados por *outros* Estados-Membros para efeitos da determinação do limite máximo para a indústria coloca efetivamente em causa a legalidade da fixação do fator de correção pelo artigo 4.º e pelo anexo II da Decisão 2013/448. Com efeito, o artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87 prevê precisamente apenas a tomada em consideração de instalações novas.

111. Contrariamente ao entendimento da Alemanha, também não há qualquer margem de manobra na interpretação do artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87, que permita a alguns Estados-Membros ter apenas em conta as instalações recém-incluídas no sistema, e a outros Estados-Membros atividades novas levadas a cabo em instalações já incluídas. Certamente que as autoridades dos Estados-Membros beneficiam de uma margem de manobra na apreciação dos dados apresentados pelos operadores, todavia, não há simplesmente fundamento jurídico para a tomada em consideração de atividades novas levadas a cabo em instalações já incluídas.

112. É certo que a Comissão — como também a Alemanha — refere, com razão, que a Diretiva 2003/87 não lhe permite alterar os dados apresentados pelos Estados-Membros. No entanto, daqui não resulta que o fator de correção deva ser fixado com base em dados que, nos termos das disposições aplicáveis, não deveriam ser tidos em conta. Pelo contrário, a Comissão deve, pelo menos, examinar as dúvidas quanto à qualidade dos dados e, se for caso disso, velar por que os Estados-Membros procedam, o mais rapidamente possível, às correções necessárias. Esta situação é conforme à missão que lhe é atribuída pelo artigo 17.º, n.º 1, TUE, de controlar a aplicação do direito da União.

113. Do acórdão Comissão/Estónia resulta, de resto, a mesma conclusão. Este acórdão dizia, nomeadamente, respeito à versão anteriormente aplicável da Diretiva 2003/87, que deixava claramente aos Estados-Membros uma margem de manobra maior do que a versão atualmente em vigor. Além disso, o Tribunal de Justiça não excluiu, também neste caso, uma fiscalização da legalidade [24].

22 — V. n.os 71 e segs. *supra*.

23 — V. n.os 86 e segs. *supra*.

24 — Acórdão Comissão/Estónia (C-505/09 P, EU:C:2012:179, n.º 54).

114. A necessidade de fixar o fator de correção num determinado momento também não altera esta conclusão. Se não for possível esclarecer atempadamente quais os dados a utilizar, a Comissão deve, se necessário, fixar um fator de correção provisório sob reserva de ajustamento ulterior.

115. Deste modo, importa reter que o artigo 10.º-A, n.º 5, alínea b), da Diretiva 2003/87 apenas admite a tomada em consideração de emissões provenientes de instalações incluídas no sistema instituído pela diretiva pela primeira vez a partir de 2013, e não, porém, a tomada em consideração de atividades recém-inseridas no sistema, mas levadas a cabo em instalações já abrangidas pelo mesmo.

116. No decurso do presente processo, alegou-se, todavia, que, pelo menos, a França, a Bélgica, a Alemanha, a Itália e a Espanha tinham apresentado igualmente dados relativos a emissões provenientes de atividades recém-inseridas no sistema, mas levadas a cabo em instalações que já tinham sido incluídas no mesmo devido a outras atividades. Ademais, a Comissão utilizou esses dados no cálculo do limite máximo para a indústria.

117. A Comissão fixou, portanto, um limite máximo para a indústria demasiado *elevado* ao ter tido em conta, no seu cálculo, emissões provenientes de atividades inseridas no sistema pela primeira vez a partir de 2013, mas levadas a cabo em instalações já incluídas. Nesta medida, a fixação do fator de correção é ilegal e o artigo 4.º, bem como o anexo II da Decisão 2013/448 são inválidos.

118. Por outro lado, importa salientar que o mesmo raciocínio se deveria aplicar não só à fixação do fator de correção, mas também à determinação da quantidade total disponível de licenças de emissão nos termos do artigo 9.º-A, n.º 2. Neste caso, a assimetria não daria lugar a qualquer atribuição inferior a título gratuito, mas sim a uma quantidade inferior de licenças disponíveis, isto é, a uma redução das emissões nocivas para o ambiente. Esta situação corresponderia de forma *ainda mais evidente* aos objetivos prosseguidos em matéria de ambiente pela Diretiva 2003/87 e pelo artigo 191.º TFUE, do que a limitação da atribuição a título gratuito. Contudo, no presente processo, não foi submetida nenhuma questão sobre a quantidade total disponível de licenças de emissão, pelo que o Tribunal de Justiça não se deve pronunciar sobre este aspeto.

b) Quanto ao alargamento a partir de 2008

119. Com a sua quarta questão, o tribunal administrativo do Lácio pretende, além disso, esclarecer se o cálculo do limite máximo para a indústria está viciado de erro, visto que o alargamento do sistema verificado entre a primeira fase (2005 a 2007) e a segunda fase (2008 a 2012) de execução da Diretiva 2003/87 não foi ponderado para efeitos desse cálculo. Este é igualmente o alegado erro que o Landesverwaltungsgericht Niederösterreich submete a exame na sua oitava questão. Este último considera que os dados relativos a emissões provenientes de instalações, que antes de 2008 apenas faziam *parcialmente* parte do sistema da Diretiva 2003/87, foram tidos em consideração de forma incompleta, nomeadamente apenas na medida em que já faziam parte do sistema antes de 2008.

120. As alterações ocorridas no segundo período de atribuição são resultado de esclarecimentos prestados pela Comissão a respeito do conceito de instalação de combustão, com base nos quais alguns Estados-Membros tiveram de inserir diversas outras instalações[25]. Além disso, aderiram ao sistema a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein.

25 — Comunicação da Comissão, de 22 de dezembro de 2005, «Orientações adicionais para os planos de atribuição de licenças do regime de comércio de licenças de emissão da UE no período de comércio de 2008 a 2012», COM/2005/0703 final, n.º 36 e anexo 8.

121. Na determinação das emissões históricas para efeitos da fixação do limite máximo para a indústria, a Comissão baseou-se no registo de emissões da União [26]. Contudo, este registo não continha quaisquer dados relativos às emissões provenientes de instalações que foram incluídas no sistema pela primeira vez apenas no segundo período de atribuição.

122. Como a Comissão alega com razão, esta situação é conforme ao artigo 10.º-A, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2003/87. Segundo este artigo, no cálculo do limite máximo para a indústria, apenas podem ser utilizadas as emissões médias verificadas durante o período de 2005 a 2007. Em relação às atividades já incluídas a partir de 2008, não existe uma disposição equivalente ao artigo 9.º-A, n.º 2, que obrigaria os Estados-Membros a apresentar dados relativos a emissões verificadas também no que diz respeito a estas atividades. As emissões incluídas pela primeira vez a partir de 2008 não foram, portanto, verificadas e não podiam, por conseguinte, ser tidas em consideração.

123. Assim sendo, a redação da disposição pertinente conduz, também a este respeito, a uma tomada em consideração assimétrica das emissões. Portanto, são aqui aplicáveis as mesmas considerações que as formuladas a respeito das assimetrias examinadas até ao momento.

124. Consequentemente, a apreciação destas questões não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade da fixação do fator de redução prevista na Decisão 2013/448.

D – *Quanto à fundamentação da fixação do fator de correção*

125. O Conselho de Estado (quinta e sexta questões) e o tribunal administrativo do Lácio (terceira questão) confrontam igualmente o Tribunal de Justiça com dúvidas quanto à fundamentação da fixação do fator de correção.

126. Estas questões dizem respeito à fundamentação da Decisão 2013/448, onde, no essencial, o considerando 25 não contém todos os dados necessários para compreender o cálculo do fator de correção. Mais precisamente, está em causa o facto de certos valores apenas poderem ser deduzidos indiretamente a partir dos dados contidos na fundamentação [v., a este respeito, ponto 4, *infra*], e de um documento explicativo da Direção-Geral Ação Climática publicado posteriormente conter informações adicionais importantes, embora, primeiro, este documento não faça parte da fundamentação [v., a este respeito, ponto 3, *infra*] e, segundo, continuem a faltar muitas informações necessárias [v., a este respeito, ponto 2, *infra*]. Para responder a estas questões, importa começar por precisar as exigências impostas à fundamentação [v., a este respeito, ponto 1, *infra*].

1. Quanto à fundamentação necessária da fixação do fator de correção na Decisão 2013/448

127. É sabido que a fundamentação exigida pelo artigo 296.º, n.º 2, TFUE deve ser adaptada à natureza do ato em causa e revelar, de forma clara e inequívoca, a argumentação da instituição autora do ato, por forma a permitir aos interessados conhecerem as razões da medida adotada e ao órgão jurisdicional competente exercer a sua fiscalização [27].

128. O Tribunal de Justiça concretizou esta afirmação no sentido de que a fundamentação das *decisões individuais* tem por objetivo, além de permitir a fiscalização jurisdicional, fornecer ao interessado uma indicação suficiente para saber se a decisão está eventualmente ferida de algum vício que permita impugnar a sua validade [28].

26 — Documento da Direção-Geral Ação Climática (já referido na nota 15, p. 2.)

27 — V., nomeadamente, acórdãos Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, n.º 63), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 58) e Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, n.º 44).

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

129. Pelo contrário, nos *atos de alcance geral*, a fundamentação pode limitar-se a indicar, por um lado, a situação de conjunto que levou à adoção da medida e, por outro, os objetivos gerais que se propõe atingir; a fundamentação tem apenas de evidenciar, no essencial, o objetivo prosseguido pelo ato [29]. Neste caso, é inútil exigir uma fundamentação específica para cada uma das decisões técnicas da instituição [30].

130. A fixação controvertida do fator de correção não é, sem dúvida, uma decisão individual, mas sim um ato de alcance geral e, ao mesmo tempo, uma decisão técnica da Comissão. Por conseguinte, poder-se-ia supor que as exigências de fundamentação são limitadas.

131. Porém, esta suposição seria errada.

132. As exigências limitadas de fundamentação para atos de alcance geral explicam-se tendo em conta a margem de manobra do legislador, que está, regra geral, na sua base. Esta margem de manobra é objeto, apenas de forma limitada, de uma fiscalização jurisdicional, pelo que é suficiente que a fundamentação contenha os elementos necessários para essa apreciação limitada.

133. No entanto, na fixação do fator de correção na Decisão 2013/448, a Comissão não exerce qualquer competência que lhe acorde uma margem de manobra nesse sentido. O método de cálculo e os dados utilizados resultam da Diretiva 2003/87 e da Decisão 2011/278. Portanto, uma fiscalização jurisdicional tem essencialmente por objeto a questão de saber se este método foi aplicado corretamente e se foram utilizados os dados certos. Consequentemente, a fundamentação deve conter os dados necessários para viabilizar esta fiscalização.

2. Quanto aos dados utilizados pela Comissão

134. Desta situação resulta, desde logo, um elemento central da resposta a dar à sexta questão do Conselho de Estado, que questiona, nomeadamente, se a fundamentação deve conter *todos* os dados necessários para examinar em detalhe o cálculo do fator de correção.

135. De facto, a fundamentação da Decisão 2013/448 deve referir esses dados com precisão, uma vez que, caso contrário, o Tribunal de Justiça não pode fiscalizar se a Comissão utilizou os dados certos para calcular o fator de correção e se o método de cálculo foi aplicado corretamente. Consequentemente, os interessados necessitam igualmente destes dados para poderem ter acesso — nos órgãos jurisdicionais da União ou nos órgãos jurisdicionais nacionais — às respetivas vias de recurso.

136. A fundamentação da fixação do fator de correção contida no considerando 25 da Decisão 2013/448 não satisfaz manifestamente estas exigências. Com efeito, esta fundamentação não contém todos os dados utilizados pela Comissão para calcular o fator de correção. A este respeito, o Conselho de Estado salienta, em especial, três fatores:

137. *Primeiro*, a fim de poder examinar a determinação da quota-parte das emissões verificadas no período de 2005 a 2007 e provenientes de instalações que não são produtoras de eletricidade, é necessário saber quais as instalações consideradas pela Comissão como produtoras de eletricidade.

29 — Acórdãos AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 59), bem como Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 29).

30 — Acórdãos Eridania zuccherifici nazionali e o. (250/84, EU:C:1986:22, n.º 38), Itália/Conselho e Comissão (C-100/99, EU:C:2001:383, n.º 64), British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, n.º 166), Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 62), Alliance for Natural Health e o. (C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.º 134), AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 59), bem como Estónia/Parlamento e Conselho (C-508/13, EU:C:2015:403, n.º 60).

138. *Segundo*, apenas é possível compreender o cálculo da quantidade total das emissões provenientes de instalações, em relação às quais as regras do regime de comércio de licenças apenas são aplicáveis a partir de 2013, se se tiver acesso aos dados fornecidos a este respeito à Comissão pelos Estados-Membros com base no artigo 9.º-A, n.º 2, da Diretiva 2003/87.

139. E, *terceiro*, apenas é possível verificar a atribuição não corrigida, se se tiver acesso aos registos apresentados pelos Estados-Membros com as quantidades totais anuais provisórias de licenças de emissão a atribuir gratuitamente.

140. No entanto, não julgo que seja necessário integrar totalmente estes dados na fundamentação do ato jurídico, dado que, neste caso, a fundamentação seria muito extensa. O Tribunal de Justiça reconheceu, assim, que as exigências que se impõem à fundamentação de uma decisão devem ser proporcionadas às possibilidades materiais e às condições técnicas ou de prazo em que deve ser adotada [31]. Por conseguinte, teria sido suficiente dar a possibilidade de tomar conhecimento dos dados básicos necessários, e incluir uma indicação específica nesse sentido na fundamentação.

141. Contudo, tal não se verifica. Mas isto não é tudo: a Comissão negou mesmo o acesso aos dados após requerimentos nesse sentido. Deste modo, a Comissão negou uma proteção jurídica completa no que respeita ao cálculo do fator de correção.

142. No entanto, a Comissão e a Alemanha alegam que estes dados continham segredos comerciais.

143. Quanto a esta alegação, há que admitir que a proteção de informações confidenciais e de segredos comerciais deve ser concretizada de forma a conciliá-la com as exigências de uma proteção jurídica efetiva e com o respeito pelos direitos de defesa das partes no litígio [32].

144. Esta situação significa, em regra, que a instância responsável pelos recursos, geralmente um órgão jurisdicional, deve poder dispor das informações necessárias para estar em condições de se pronunciar com todo o conhecimento de causa, incluindo as informações confidenciais e os segredos comerciais. Em contrapartida, deve ser possível não comunicar estas informações a uma parte, quando a outra parte convencer a entidade controladora de que existe um interesse superior no seu tratamento confidencial [33].

145. No entanto, no presente caso, é questionável a existência de um interesse superior no tratamento confidencial de todos os dados necessários. Com efeito, o artigo 17.º da Diretiva 2003/87 prevê que as decisões relativas à atribuição de licenças de emissão e as informações sobre emissões exigidas pelo título de emissão de gases com efeito de estufa, na posse da autoridade competente, devem ser colocadas à disposição do público, em conformidade com a diretiva relativa às informações sobre o ambiente [34]. Situação semelhante resulta do artigo 15.º-A da Diretiva 2003/87.

146. Como dispõe o artigo 15.º-A, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87, embora isto não exclua a proteção de segredos comerciais efetivamente existentes, devem impor-se requisitos rigorosos à fundamentação deste tipo de segredos, uma vez que a obrigação de respeitar o segredo não pode ser interpretada de um modo tão amplo que esvazie de sentido a exigência de fundamentação em detrimento do direito ao contraditório [35].

31 — Acórdão Delacre e o./Comissão (C-350/88, EU:C:1990:71, n.º 16).

32 — Acórdãos Mobistar (C-438/04, EU:C:2006:463, n.º 40) e Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, n.º 52).

33 — Acórdão Varec (C-450/06, EU:C:2008:91, n.ºs 53 e 54) e, quanto a informações relevantes em matéria de segurança, acórdão Comissão e o./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, n.ºs 117 a 129).

34 — Diretiva 2003/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao acesso do público às informações sobre ambiente e que revoga a Diretiva 90/313/CEE do Conselho (JO L 41, p. 26).

35 — Acórdão Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão (296/82 e 318/82, EU:C:1985:113, n.º 27).

147. Em particular, deve tomar-se em consideração que, de acordo com o artigo 4.º, n.º 2, quarto período, da diretiva relativa às informações sobre o ambiente e o artigo 6.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento de Aarhus [36], a confidencialidade das informações comerciais ou industriais não pode ser invocada para recusar o acesso a informações sobre emissões para o ambiente.

148. O acórdão Ville de Lyon também não prejudica este entendimento, contrariamente ao que sustenta a Comissão. Embora esse acórdão dissesse igualmente respeito ao acesso a determinadas informações relativas à aplicação da Diretiva 2003/87, estas informações estavam sujeitas a um regime específico que, em derrogação à diretiva relativa às informações sobre o ambiente, excluía o acesso [37]. Ao contrário, relativamente às informações relevantes no caso em apreço, não se vislumbra qualquer regime específico, que exclua a transposição da apreciação da diretiva relativa a informações sobre o ambiente e do Regulamento de Aarhus para o dever de fundamentação.

149. O facto de muitas, talvez mesmo todas as informações relevantes em questão dizerem respeito a emissões para o ambiente, deveria ser, no mínimo, lógico. Por conseguinte, seria necessário examinar cuidadosamente quais dos dados utilizados não dizem respeito a emissões para o ambiente e, ao mesmo tempo, na qualidade de segredos comerciais, devem ser objeto de um tratamento confidencial. A par das considerações já formuladas, a Comissão deverá, neste caso, analisar igualmente se o interesse na proteção dos segredos comerciais a reconhecer inicialmente terá, entretanto, pelo decurso do tempo, perdido a sua utilidade [38]. Todos os outros dados necessários para fiscalizar a fixação do fator de correção deveriam ser acessíveis ao público e, consequentemente, também às empresas interessadas.

150. Nos presentes processos, não é possível decidir em definitivo quais os dados utilizados no cálculo do fator de correção que, com base em razões imperativas, deverão ser objeto de um tratamento confidencial. Assim, na audiência, a Alemanha esclareceu que os dados relativos às emissões totais anuais provenientes de instalações são públicos, ao passo que os dados relativos a partes de instalações seriam tratados como segredos comerciais, visto permitirem retirar conclusões a respeito da produção. A questão de saber até que ponto estes últimos dados são necessários para efeitos da análise do cálculo do fator de correção e se, neste caso, deveriam ser efetivamente objeto de um tratamento confidencial, não é objeto do presente processo.

151. Não obstante, é pacífico que a fixação do fator de correção prevista no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448 está fundamentada de forma insuficiente e, portanto, é inválida. Compete à Comissão adotar uma nova decisão suficientemente fundamentada e analisar, neste contexto, até que ponto se justifica um tratamento confidencial dos dados de base. Em caso de desacordo, deverá haver lugar, se necessário, a um novo litígio.

### 3. Quanto ao documento explicativo da Direção-Geral Ação Climática

152. Por outro lado, importa esclarecer que o documento explicativo da Direção-Geral Ação Climática de 22 de outubro de 2013 [39], referido na terceira questão do tribunal administrativo do Lácio, não podia sanar, independentemente do seu conteúdo, a falta de fundamentação apresentada.

36 — Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários (JO L 264, p. 13).

37 — Acórdão Ville de Lyon (C-524/09, EU:C:2010:822, n.º 40).

38 — V. artigo 4.º, n.º 7, do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JO L 145, p. 43) e o acórdão Internationaler Hilfsfonds/Comissão (C-362/08 P, EU:C:2010:40, n.ºs 56 e 57).

39 — Já referido na nota 15.

153. O tribunal administrativo parte, com efeito, da consideração correta de que, por um lado, a fundamentação de um ato da União deve figurar nesse ato e, por outro, deve ser feita pelo próprio autor do ato [40].

154. É certo que o alcance do dever de fundamentação pode ser limitado, se as informações relevantes forem do conhecimento dos interessados [41]. Porém, tal conhecimento pode limitar o dever de fundamentação, quando muito, se os interessados puderam tomar conhecimento destas informações ao mesmo tempo que da decisão. Contudo, o documento em questão data de 22 de outubro de 2013, ao passo que a Decisão 2013/448 já tinha sido adotada em 5 de setembro de 2013 e publicada dois dias depois.

155. Em contrapartida, dados posteriores são apenas suscetíveis de completar uma fundamentação já em si mesma suficiente, não podendo, todavia, sanar a falta de fundamentação. Acresce que, no caso em apreço, estes dados não foram pulicados pela Comissão na qualidade de autora da Decisão 2013/448, mas sim apenas por um dos seus serviços. O facto de a Comissão não fazer qualquer referência direta, no presente processo, a este documento, chegando mesmo, entretanto, a contradizê-lo no que respeita à tomada em consideração das instalações de cogeração, indica que este documento não tem a mesma qualidade que a fundamentação de um ato jurídico.

4. Quanto à necessidade de um cálculo regressivo

156. Por último, o Conselho de Estado questiona se é compatível com o dever de fundamentação o facto de a decisão só mencionar parcialmente as quantidades de emissões e de licenças de emissões determinantes para o cálculo do fator de correção. Esta questão tem a sua origem no facto de apenas ser possível determinar certos valores de base se, mediante a aplicação das regras de cálculo, se proceder a um cálculo regressivo partindo dos números indicados.

157. No entanto, não se verifica aqui uma falta de fundamentação, dado que o alcance do dever de fundamentação deve ser determinado em razão do contexto do ato, bem como do conjunto das regras jurídicas que regem a matéria em causa [42]. Na medida em que esse contexto permita, com um esforço razoável, deduzir dos dados de uma fundamentação outras informações fiáveis, o dever de fundamentação foi cumprido. Como já foi indicado, não é, todavia, possível determinar deste modo todos os dados necessários.

5. Conclusão sobre a fundamentação da fixação do fator de correção

158. A determinação do fator de correção prevista no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448 está fundamentada de forma insuficiente e é, portanto, inválida.

E – *Quanto ao direito fundamental de propriedade (sexta questão do processo Borealis Polyolefine e segunda questão do processo Esso Italiana)*

159. Tanto os pedidos de decisão prejudicial apresentados pela Áustria, como os pedidos apresentados pela Itália colocam a questão de saber se a redução, com base no fator de correção, da quantidade calculada provisoriamente das licenças de emissão a atribuir a título gratuito é compatível com o direito fundamental de propriedade.

40 — Acórdãos Comissão/Parlamento e Conselho (C-378/00, EU:C:2003:42, n.º 66) e Etimine (C-15/10, EU:C:2011:504, n.º 113).

41 — É ilustrativo o acórdão Krupp Stahl/Comissão (275/80 e 24/81, EU:C:1981:247, n.º 13).

42 — V., nomeadamente, acórdãos Arnold André (C-434/02, EU:C:2004:800, n.º 62), bem como Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 70).

160. O tribunal administrativo do Lácio refere, a este respeito, o artigo 1.º, n.º 1, do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH e o artigo 17.º da CEDH, que proíbe o abuso de direitos e de liberdades. Uma vez que a CEDH não tem natureza vinculativa imediata para a União [43], são relevantes as disposições equivalentes da Carta dos Direitos Fundamentais, isto é, os artigos 17.° e 54.°, bem como os correspondentes princípios gerais do direito da União.

161. No entanto, não se vislumbra em que medida poderá existir um abuso de direitos fundamentais na aceção do artigo 54.º da Carta.

162. Consequentemente, há apenas que examinar o direito de propriedade protegido no artigo 17.º da Carta e o correspondente princípio geral do direito. A proteção conferida pelo artigo 17.º não tem por objeto meros interesses ou expectativas de índole comercial, cujo caráter aleatório é inerente à própria essência da atividade económica, mas direitos que têm um valor patrimonial, do qual decorre, tendo em conta a ordem jurídica, uma posição jurídica adquirida que permite o exercício autónomo destes direitos pelo e a favor do seu titular [44].

163. No entanto, esta hipótese encontra-se excluída no caso do cálculo provisório da atribuição a título gratuito nos termos do artigo 10.º da Decisão 2011/278. Este cálculo não pode fundamentar qualquer posição jurídica adquirida, uma vez que o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 prevê a possibilidade de uma redução.

164. Tão-pouco são suscetíveis de pôr esta conclusão em causa as referências feitas pelo tribunal administrativo do Lácio à jurisprudência do TEDH, segundo a qual a proteção da propriedade conferida pelo artigo 1.º, n.º 1, do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH também pode incluir expectativas legítimas de aquisição de um ativo [45]. Embora o artigo 17.º da Carta tenha, nos termos do n.º 3 do artigo 52.º do mesmo diploma, o mesmo sentido e âmbito que o direito de propriedade conferido pela CEDH conforme interpretado pelo TEDH [46], o facto de se prever um fator de correção para reduzir o cálculo preliminar, exclui uma confiança legítima [47].

165. Por conseguinte, o fator de correção não viola o direito fundamental de propriedade.

F – *Quanto ao procedimento de adoção da Decisão 2013/448*

166. Com a quinta questão prejudicial nos processos Borealis Polyolefine, a segunda no processo Dow Benelux e a sexta nos processos Esso Italiana, os órgãos jurisdicionais de reenvio pretendem saber, em substância, se a fixação do fator de correção é inválida, uma vez que a Comissão não adotou a Decisão 2013/448 com base no procedimento de regulamentação com controlo previsto no artigo 5.º-A da Decisão 1999/468.

43 — Acórdãos Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, n.º 60) e Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 44), bem como parecer 2/13 ( EU:C:2014:2454, n.º 179).

44 — Acórdão Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 34).

45 — TEDH, nomeadamente, acórdãos Kopecký c. Eslováquia, de 28 de setembro de 2004 (petição n.º 44912/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-IX, n.º 35) e Gáll c. Hungria, de 25 de junho de 2013 (petição n.º 49570/11, n.ºs 33 e 34).

46 — V., neste sentido, acórdãos Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve (C-562/13, EU:C:2014:2453, n.º 47), bem como Minister for Justice and Equality (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, n.ºs 56 e 57).

47 — V. TEDH, acórdão Maurice c. França de 6 de outubro de 2005 (petição n.º 11810/03, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-IX, n.ºs 65 e 66).

167. Estas questões colocam-se num contexto em que, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87, embora a Comissão esteja habilitada a adotar medidas de execução, esta deve fazê-lo aplicando o procedimento de regulamentação com controlo. Este procedimento tem por objetivo controlar a Comissão no exercício de poderes quase legislativos. Este controlo é efetuado através, por um lado, da formação de um comité de regulamentação composto por representantes dos Estados-Membros, bem como através, por outro lado, da possibilidade de intervenção subsequente do Parlamento e do Conselho.

168. A Comissão adotou, segundo este procedimento, a Decisão 2011/278 e regulou, no artigo 15.º, n.º 3, desta decisão — baseado no artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 — as modalidades de cálculo do fator de correção. Em contrapartida, a definição quantitativa do fator de correção verificou-se mediante a adoção do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 *sem* aplicação de um procedimento separado.

169. A base jurídica direta para a adoção do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 é o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278, de acordo com o qual a Comissão define o fator de correção. Embora o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278 não seja indicado de forma explícita como base jurídica no preâmbulo da Decisão 2013/448, tal acontece, todavia, no artigo 4.º desta decisão [48].

170. O artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278 não estabeleceu, porém, quaisquer modalidades de procedimento específicas para a fixação do fator de correção. Por conseguinte, a Comissão estava, em princípio, autorizada à simples adoção do artigo 4.º da Decisão 2013/448.

171. No entanto, várias partes do processo criticam o facto de, com o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278, a Comissão se ter indevidamente auto-habilitado a definir o fator de correção ou, pelo menos, de ter assim contornado o procedimento de regulamentação com controlo.

172. Em primeiro lugar, importa examinar se, com o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278, a Comissão podia criar para si própria uma base jurídica para a adoção do artigo 4.º da Decisão 2013/448.

173. Nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2003/87, a Comissão aprova medidas de execução para a atribuição a título gratuito das licenças de emissão. A Decisão 2011/278 constitui uma medida de execução nesse sentido. Uma vez que a habilitação para fixar o fator de correção prevista no artigo 15.º, n.º 3 visa igualmente a execução, a criação dessa base jurídica é, em princípio, um objeto normativo adequado para tais medidas de execução.

174. No entanto, dos artigos 290.° e 291.° TFUE podem resultar limites de conteúdo para as medidas de execução.

175. De acordo com o artigo 290.º, n.º 1, TFUE, um ato legislativo pode delegar na Comissão o poder de adotar atos não legislativos de alcance geral que completem ou alterem certos elementos não essenciais do ato legislativo. Trata-se da denominada legislação delegada.

176. Em contrapartida, nos termos do artigo 291.º, n.º 2, TFUE, no caso de serem necessárias condições uniformes de execução dos atos juridicamente vinculativos da União, estes conferirão competências de execução à Comissão (ou, em casos especiais, ao Conselho).

48 — Assim, estão igualmente satisfeitas as exigências impostas à identificação da base jurídica na fundamentação, v. acórdãos Comissão/Conselho (45/86, EU:C:1987:163, n.º 9) e Comissão/Conselho (C-370/07, EU:C:2009:590, n.º 56).

177. A classificação da Decisão 2013/448 numa destas duas categorias é dificultada pelo facto de a Comissão não a designar nem como ato delegado, nem como medida de execução, apesar de os artigos 290.°, n.º 3 e 291.°, n.º 4, TFUE exigirem uma designação adequada. No entanto, em minha opinião, este vício processual verificado no caso em apreço não é suficientemente grave para justificar a anulação da decisão, visto que do seu contexto normativo e do seu conteúdo é possível inferir de forma suficientemente clara que a mesma se trata de uma medida de execução [49].

178. A favor da intenção da Comissão de adotar uma medida de execução milita, desde logo, o facto de a Decisão 2013/448 se basear na Decisão 2011/278. Segundo o artigo 290.º, n.º 1, TFUE, um ato delegado pode, de facto, basear-se unicamente num ato legislativo. Neste caso, de acordo com o artigo 289.º TFUE, estão em causa atos adotados com base nos Tratados pelo Parlamento e pelo Conselho, mas não atos da Comissão. Em contrapartida, nos termos do artigo 291.º, n.º 2, TFUE, podem ser conferidas competências de execução através de simples «atos juridicamente vinculativos», isto é, através também de atos da Comissão, como a Decisão 2011/278.

179. O conteúdo do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 confirma a qualificação como medida de execução.

180. A instituição em causa é chamada, no exercício das suas competências de execução na aceção do artigo 291.º TFUE, a especificar o conteúdo do ato jurídico de base, a fim de assegurar a sua execução em condições uniformes em todos os Estados-Membros [50]. Essa *precisão* situa-se dentro do limite admissível, quando as disposições do ato de execução, por um lado, respeitem os objetivos gerais essenciais prosseguidos pelo ato jurídico de base e, por outro, sejam necessárias ou úteis para a sua aplicação [51]. No entanto, o ato jurídico de base não pode ser alterado nem completado, mesmo nos seus elementos não essenciais [52]. A Comissão só pode, com efeito, ser habilitada para tal pelo artigo 290.º TFUE.

181. A fixação do fator de correção mediante a adoção do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 não alterou a Decisão 2011/278, nem tão-pouco a Diretiva 2003/87. Não se verificaram interferências no texto destes atos, permanecendo o seu conteúdo normativo, pelo contrário, inalterado [53]. Estes atos não foram tão-pouco completados. De facto, a Comissão não criou o fator de correção com a Decisão 2013/448. O fator de correção encontrava-se já previsto na Diretiva 2003/87 e foi concretizado em pormenor na Decisão 2011/278.

182. Pelo contrário, a definição quantitativa do fator de correção representa o resultado da aplicação das modalidades de cálculo já previstas para esse efeito e dá execução, deste modo, ao artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87, bem como ao artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278. Uma vez que, neste contexto, há igualmente que reconhecer, de forma incontestável, a necessidade de uma fixação uniforme em toda a União, a adoção do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 constitui uma medida de execução abrangida pelo artigo 291.º, n.º 2, TFUE.

183. Relativamente às medidas de execução da Comissão, o artigo 291.º, n.º 3, TFUE prevê que o Parlamento Europeu e o Conselho definem previamente as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo que os Estados-Membros podem aplicar ao exercício das competências de execução pela Comissão.

49 — V., por analogia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à indicação da base jurídica como parte do dever de fundamentação nos acórdãos Comissão/Conselho (45/86, EU:C:1987:163, n.º 9) e Comissão/Conselho (C-370/07, EU:C:2009:590, n.º 56).

50 — V. acórdãos Comissão/Parlamento e Conselho (C-427/12, EU:C:2014:170, n.º 39), Parlamento/Comissão (C-65/13, EU:C:2014:2289, n.º 43) e Comissão/Parlamento e Conselho (C-88/14, EU:C: 2015:499, n.º 30).

51 — V. acórdão Parlamento/Comissão (C-65/13, EU:C:2014:2289, n.º 46).

52 — V. acórdãos Parlamento/Comissão (C-65/13, EU:C:2014:2289, n.º 45) e Comissão/Parlamento e Conselho (C-88/14, EU:C: 2015:499, n.º 31).

53 — V., igualmente, acórdão Comissão/Parlamento e Conselho (C-88/14, EU:C:2015:499, n.º 44).

184. Estas regras e princípios gerais estão consagrados no Regulamento (UE) n.º 182/2011 [54]. Contudo, este regulamento não estabelece quaisquer requisitos processuais imperativos. Com efeito, de acordo com o seu artigo 1.º, estas regras e princípio (só) são aplicáveis nos casos em que um ato juridicamente vinculativo da União preveja que a adoção de atos de execução pela Comissão seja sujeita ao controlo dos Estados-Membros.

185. Por conseguinte, com o artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278, a Comissão podia habilitar-se a si mesma a definir o fator de correção, sem prever outro procedimento de controlo.

186. Uma vez que a fixação do fator de correção no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448 constitui uma medida de execução na aceção do artigo 291.º TFUE, é igualmente possível responder com facilidade à objeção de que teria sido contornado o procedimento de regulamentação com controlo.

187. Com efeito, o artigo 10.º-A, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2003/87 só exige este procedimento relativamente a medidas que têm por objeto alterar elementos não essenciais da diretiva, completando-a. Contudo, de acordo com as considerações acimas expostas, não se está perante uma medida deste tipo.

188. Assim, a apreciação das questões prejudiciais quanto à falta de aplicação do procedimento de regulamentação com controlo não relevou nenhum elemento suscetível de afetar a legalidade da fixação do fator de correção mediante o artigo 4.º e o anexo II da Decisão 2013/448.

### G – *Quanto à possibilidade de recorrer diretamente para os órgãos jurisdicionais da União*

189. Com a sua primeira questão, o Conselho de Estado pergunta se os operadores de instalações industriais existentes, incluídas, a partir de 2013, no regime de comércio de licenças de emissão da Diretiva 2003/87, poderiam ter pedido, sem dúvida alguma, ao Tribunal Geral, ao abrigo do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, a anulação do fator de correção constante da Decisão 2013/448.

190. Esta questão tem por objeto a jurisprudência assente, segundo a qual o reconhecimento do direito de uma parte de invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais a invalidade de um ato da União pressupõe que essa parte não dispõe do direito de interpor, ao abrigo do artigo 263.º TFUE, um recurso direto contra o referido ato nos órgãos jurisdicionais da União [55]. Com efeito, admitir que um cidadão que, sem nenhuma dúvida, tinha legitimidade, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, para interpor recurso de anulação contra um ato da União, possa, após o termo do prazo de recurso previsto no artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, contestar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, a validade do mesmo ato traduzir-se-ia em reconhecer-lhe a faculdade de contornar o caráter definitivo que em relação a ele esse ato reveste após expirarem os prazos de recurso [56].

191. Por conseguinte, a pertinência das questões já examinadas a respeito da validade da fixação do fator de correção na Decisão 2013/448 seria comprometida, se as empresas recorrentes nos processos principais tivessem podido recorrer para os órgãos jurisdicionais da União e se esta legitimidade ativa tivesse existido de forma inequívoca. Mostrarei, contudo, que não é esse o caso.

54 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão (JO L 55, p. 13).

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

56 — Acórdãos TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, n.ºs 18 e 24), Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 41) e Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, n.º 28).

192. De acordo com o artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor recursos contra os atos de que seja destinatária (primeira alternativa) ou que lhe digam direta e individualmente respeito (segunda alternativa), bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução (terceira alternativa).

193. Uma legitimidade ativa das empresas recorrentes nos processos principais ao abrigo da primeira ou da terceira alternativas do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE está excluída. Os destinatários da Decisão 2013/448 são, não estas empresas, mas sim, de acordo com o artigo 5.º, os Estados-Membros. Por outro lado, o fator de correção definido no artigo 4.º requer medidas de execução por parte dos Estados-Membros, nomeadamente um ajustamento da quantidade já calculada provisoriamente das licenças de emissão a atribuir a título gratuito.

194. Assim, as empresas recorrentes apenas poderiam ter legitimidade para interpor recurso da Decisão 2013/448 nos órgãos jurisdicionais da União ao abrigo da segunda alternativa do quarto parágrafo do artigo 263.º TFUE. Esta situação pressupõe que a decisão lhes diga direta e individualmente respeito.

195. Os sujeitos que não sejam os destinatários de uma decisão só podem alegar que ela lhes diz individualmente respeito se esta os prejudicar em razão de determinadas qualidades que lhes são específicas ou de uma situação de facto que os caracterize relativamente a qualquer outra pessoa, individualizando-os, por isso, de forma idêntica à do destinatário dessa decisão [57].

196. É certo que o fator de correção diz potencialmente respeito à generalidade dos interessados, uma vez que também é aplicável a instalações que integraram recentemente o regime de comércio de licenças de emissão. Contudo, o facto de uma disposição ter, pela sua natureza e pelo seu alcance, caráter geral, uma vez que se aplica à generalidade dos operadores económicos interessados, não exclui, porém, a possibilidade de afetar individualmente alguns deles [58].

197. No caso em apreço, há um círculo delimitado de interessados, designadamente, as instalações industriais já existentes. Relativamente a estas instalações, foi calculada com caráter provisório a quantidade de licenças de emissão a atribuir-lhes a título gratuito, sendo esta quantidade provisória reduzida aplicando o fator de correção. Além disso, nos termos do artigo 4.º da Diretiva 2003/87, todas as instalações abrangidas pelo regime de comércio necessitam de um título de emissão de gases com efeito de estufa.

198. A jurisprudência relativa à questão de saber se os membros desse círculo delimitado são visados individualmente, é, todavia, pouco clara.

199. O Tribunal de Justiça decidiu, por um lado, que, quando uma decisão afeta um grupo de pessoas que estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que esse ato foi adotado, em função de características próprias dos membros do grupo, o referido ato pode dizer individualmente respeito a essas pessoas, na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos [59]. Tal pode ser o caso, designadamente, quando a decisão altere os direitos adquiridos pelo particular *antes da sua adoção* [60].

57 — Acórdãos Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17, 238), Sahlstedt e o./Comissão (C-362/06 P, EU:C:2009:243, n.º 26), Stichting Woonpunt e o./Comissão (C-132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 57) e T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (C-456/13 P, EU:C:2015:284, n.º 63).

58 — Acórdão Sahlstedt e o./Comissão (C-362/06 P, EU:C:2009:243, n.º 29).

59 — Acórdão Sahlstedt e o./Comissão (C-362/06 P, EU:C:2009:243, n.º 30).

60 — Acórdão Stichting Woonpunt e o./Comissão (C-132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 59).

200. Todavia, contrariamente ao que os Países Baixos sustentam, antes da adoção da decisão relativa ao fator de correção, os titulares das instalações visadas não tinham adquirido quaisquer direitos de emissão, uma vez que o cálculo preliminar das licenças tem, nos termos do artigo 10.º, n.º 2 e do artigo 15.º, n.º 2, alínea e), da Decisão 2011/278, caráter provisório [61]. Como foi justamente referido pela Comissão, para determinar os direitos das empresas é necessário, pelo contrário, começar por fixar o fator de correção. A este respeito, a presente situação distingue-se, por exemplo, do acórdão Codorniu, que dizia respeito a uma medida que afetava os direitos das marcas já existentes [62], ou do acórdão Infront, onde estavam em causa direitos já existentes de transmissão televisiva de acontecimentos desportivos [63].

201. Consequentemente, deve tomar-se em consideração a jurisprudência em sentido contrário. Nesta jurisprudência, o Tribunal de Justiça decidiu que a possibilidade de determinar, com mais ou menos precisão, o número ou mesmo a identidade dos sujeitos jurídicos aos quais uma medida se aplica não implica, de forma alguma, que se deva considerar que essa medida diz individualmente respeito a esses sujeitos, quando seja pacífico que essa aplicação se efetua em virtude de uma situação objetiva de direito ou de facto definida pelo ato em causa [64]. O Tribunal Geral interpreta esta situação no sentido de que a pertença a um círculo restrito não pode individualizar a pessoa em causa, quando este círculo resulta da própria natureza do regime instituído pelas normas impugnadas [65].

202. Assim, o Tribunal de Justiça excluiu recentemente, num caso muito semelhante, uma afetação individual. Tratava-se aí da fixação de um coeficiente de atribuição aplicado a pedidos no domínio do mercado de açúcar, que foram apresentados durante um período de tempo determinado. Embora o círculo dos requerentes estivesse assim definido de forma conclusiva [66], o coeficiente foi, todavia, calculado apenas em função da quantidade disponível e da quantidade pedida, sem ter em conta o conteúdo dos pedidos individuais ou a situação específica dos requerentes [67].

203. A mesma situação ocorre no caso em apreço: o fator de correção é calculado com base nos dados apresentados pelos Estados-Membros acerca das necessidades reconhecidas das instalações industriais em função dos parâmetros de referência e do limite máximo para a indústria, sem tomar em consideração a situação das instalações individuais. Por conseguinte, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, apesar do círculo delimitado dos operadores económicos, deve rejeitar-se uma afetação individual. Não existe, portanto, uma legitimidade ativa.

204. Independentemente da questão de saber se o Tribunal de Justiça partilha desta opinião, este debate demonstra que não existia, em todo o caso, de forma indubitável, uma eventual legitimidade ativa perante os órgãos jurisdicionais da União. Por conseguinte, esta legitimidade ativa não se opõe às questões sobre a validade do fator de correção.

205. Portanto, há que responder à primeira questão colocada no processo Dow Benelux que os operadores de instalações incluídas, a partir de 2013, no regime do comércio de licenças de emissão da Diretiva 2003/87, com exceção dos operadores de instalações referidas no artigo 10.º-A, n.º 3, dessa diretiva e dos novos operadores, não poderiam ter pedido, sem dúvida alguma, ao Tribunal Geral, ao abrigo do artigo 263.º TFUE, quarto parágrafo, a anulação da Decisão 2013/448, na parte em que esta determina o fator de correção.

61 — V. n.º 163 *supra*.

62 — Acórdão Codorniu/Conselho (C-309/89, EU:C:1994:197, n.ºs 21 e 22).

63 — Acórdão Comissão/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, n.ºs 73 a 77).

64 — Acórdãos Sahlstedt e o./Comissão (C-362/06 P, EU:C:2009:243, n.º 31), Stichting Woonpunt e o./Comissão (C-132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 58) e T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (C-456/13 P, EU:C:2015:284, n.º 64).

65 — Acórdão do Tribunal Geral T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (T-279/11, EU:T:2013:299, n.º 84).

66 — A título de esclarecimento, acórdão do Tribunal Geral T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (T-279/11, EU:T:2013:299, n.º 81)

67 — Acórdão T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (C-456/13 P, EU:C:2015:284, n.ºs 65 e 66).

H – *Quanto às consequências da ilegalidade da Decisão 2013/448*

206. Com a sua sétima questão, o Landesverwaltungsgericht Niederösterreich pretende saber se a determinação da invalidade do fator de correção exclui a sua aplicação. Trata-se, portanto, de saber se, no caso de uma anulação do fator de correção pelo Tribunal de Justiça, as instalações recebem a quantidade calculada provisoriamente de licenças de emissão a atribuir a título gratuito, sem qualquer redução.

207. Esta questão coloca-se visto que acima afirmei que o artigo 4.º e o anexo II da Decisão 2013/448 são inválidos. Um acórdão do Tribunal de Justiça neste sentido produziria, tal como um acórdão que concede provimento a um recurso de anulação, efeitos retroativos [68]. Além disso, a declaração de invalidade constituiria razão suficiente para qualquer tribunal nacional considerar o ato jurídico em causa inválido para efeitos das medidas que deva adotar [69].

208. Neste sentido, poder-se-ia pressupor que, na sequência da anulação do fator de correção, deveria efetuar-se uma atribuição integral definitiva na quantidade obtida no cálculo preliminar. Isto equivaleria a que as instalações recebessem anualmente, no período compreendido entre 2013 e 2015, respetivamente entre mais 6% a 10% de licenças gratuitas. Não se pode excluir que esta atribuição suplementar exigiria de uma maneira geral, pelo menos em relação ao passado, um aumento correspondente da quantidade total de licenças, uma vez que as licenças a atribuir de forma não gratuita já foram provavelmente vendidas em leilão. Durante os anos seguintes, a quantidade de licenças adicionais gratuitas seria ainda maior, podendo, todavia, estas licenças ser deduzidas da quantidade de licenças de emissão a vender em leilão.

209. Tais atribuições gratuitas adicionais seriam manifestamente inadequadas. Com efeito, de acordo com a resposta a dar aos pedidos de decisão prejudicial aqui proposta, a atribuição gratuita era não demasiado baixa, mas demasiado elevada [70].

210. A Alemanha opõe-se, além disso, a este entendimento das consequências da invalidade do fator de correção, segundo o qual a fixação do fator de correção é condição para uma atribuição definitiva. Neste caso, a sua anulação colocaria em causa a base jurídica das atribuições definitivas efetuadas até ao momento e impediria atribuições definitivas futuras. Esta situação poderia prejudicar consideravelmente o funcionamento do sistema.

211. Em última análise, os efeitos decorrentes da falta de um fator de correção não devem, porém, assumir importância. Com efeito, importa recordar que, quando o Tribunal de Justiça declara, no âmbito de um processo instaurado nos termos do artigo 267.º TFUE, a invalidade de um ato adotado por uma autoridade da União, as instituições competentes da União estão obrigadas a adotar as medidas necessárias para sanar a ilegalidade declarada, aplicando-se por analogia nesse caso a obrigação estabelecida no artigo 266.º TFUE em caso de acórdão de anulação [71].

212. Por conseguinte, a anulação do fator de correção seria apenas temporária. A Comissão deve voltar a definir o fator de correção com a maior brevidade possível, à luz da decisão adotada em resposta aos presentes pedidos de decisão prejudicial.

68 — Acórdãos Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, n.º 17) e Centre d'exportation du livre français (C-199/06, EU:C:2008:79, n.ºs 61 e 63).

69 — Acórdão International Chemical Corporation (66/80, EU:C:1981:102, n.º 13) e despacho Fratelli Martini e Cargill (C-421/06, EU:C:2007:662, n.º 54).

70 — V. n.ºs 110 e segs. *supra*.

71 — Acórdãos FIAMM e o./Conselho e Comissão (C-120/06 P e C-121/06 P, EU:C:2008:476, n.º 123), bem como Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, n.º 124).

213. A fim de evitar uma situação de insegurança jurídica até uma nova decisão por parte da Comissão, o Tribunal de Justiça deve portanto — como a Comissão solicitou a título subsidiário — adotar, desde logo, juntamente com a anulação do fator de correção, um regime transitório. Sempre que considerações imperiosas de segurança jurídica o justifiquem, o Tribunal de Justiça dispõe, por força do artigo 264.º, segundo parágrafo, TFUE, aplicável por analogia no quadro de um reenvio prejudicial destinado a apreciar a validade dos atos adotados pelas instituições da União, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, de um poder de apreciação para determinar, em cada caso concreto, quais os efeitos do ato que devem ser considerados definitivos [72].

214. Por conseguinte, impõe-se manter os efeitos do fator de correção já existente, pelo menos até este ser fixado novamente.

215. Além disso, o Tribunal de Justiça deve também excluir em larga medida que, com base no novo fator de correção, se devam alterar atribuições que já foram efetuadas ou que ainda o serão antes da redefinição do fator de correção.

216. Tal limitação dos efeitos do acórdão é possível quando, por um lado, existe um risco de repercussões económicas graves devidas em especial ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa-fé com base no regime que se considerou estar validamente em vigor e quando, por outro, se verifica que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido incitados a adotar um comportamento não conforme com a regulamentação da União em virtude de uma incerteza objetiva e importante quanto ao alcance das disposições da União, incerteza para a qual tinham eventualmente contribuído os próprios comportamentos adotados por outros Estados-Membros ou pela Comissão [73].

217. Estas condições estão preenchidas no caso em apreço. Uma *redução* retroativa prejudicaria, designadamente, a confiança legítima depositada por um grande número de operadores de instalações na existência de uma atribuição definitiva. Por outro lado, no período compreendido entre o acórdão do Tribunal de Justiça e a adoção de um novo fator de correção, estes operadores seriam, sem culpa sua, expostos a um risco financeiro se as atribuições a título gratuito futuras fossem aprovadas sob reserva de redução.

218. No entanto, se o Tribunal de Justiça limitar temporalmente desta forma a aplicação do fator de correção corretamente calculado, a Comissão deve defini-lo o mais rapidamente possível. O Tribunal de Justiça deve, portanto, fixar um prazo à Comissão. O prazo de um ano afigura-se adequado a este respeito.

## V – **Conclusão**

219. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça decida do seguinte modo:

1) Os processos C-191/14 e C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14 são apensados para efeitos do acórdão.

2) Os operadores de instalações incluídas, a partir de 2013, no regime da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho, conforme alterada pelo Tratado de Adesão da Croácia, com exceção dos operadores de instalações referidas no artigo 10.º-A, n.º 3, dessa diretiva e dos novos operadores, não poderiam ter pedido, sem dúvida alguma, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, ao Tribunal Geral da União Europeia a anulação da Decisão 2013/448/UE da

72 — Acórdãos Parlamento/Conselho (C-22/96, EU:C:1998:258, n.º 42) e Régie Networks (C-333/07, EU:C:2008:764, n.º 121).

73 — Acórdãos Bidar (C-209/03, EU:C:2005:169, n.º 69) e Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, n.º 42).

Comissão, de 5 de setembro de 2013, relativa às medidas nacionais de execução para a atribuição transitória a título gratuito de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, na parte em que esta determina o fator de correção transectorial uniforme.

3) O artigo 4.º e o anexo II da Decisão 2013/448 são declarados nulos.

4) Os efeitos produzidos pelo artigo 4.º e pelo anexo II da Decisão 2013/448 são mantidos até a Comissão Europeia adotar, num prazo razoável, que não deve ultrapassar um ano, uma nova decisão, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 e do artigo 15.º, n.º 3, da Decisão 2011/278/UE da Comissão, de 27 de abril de 2011, sobre a determinação das regras transitórias da União relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Exclui-se a aplicação desta nova decisão às atribuições anteriores à sua adoção.