

**Causa C-189/19**

**Domanda di pronuncia pregiudiziale**

**Data di deposito:**

26 febbraio 2019

**Giudice del rinvio:**

Bundesverwaltungsgericht (Germania)

**Data della decisione di rinvio:**

22 novembre 2018

**Ricorrente in primo grado e ricorrente in cassazione:**

Spenner GmbH & Co. KG

**Resistente in primo grado e resistente in cassazione:**

Repubblica federale di Germania

---

**Copia**

**Bundesverwaltungsgericht**

**ORDINANZA**

(omissis)

(omissis)

Nel contenzioso amministrativo promosso da  
Spenner GmbH & Co. KG,

(omissis) 59597 Erwitte,

ricorrente in primo grado e ricorrente in cassazione,

(omissis)

contro

Repubblica federale di Germania

(omissis) 14193 Berlino,

resistente in primo grado e resistente in cassazione,

**[Or. 2]**

(omissis)

la Settima Sezione del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania)

in seguito all'udienza del 7 novembre 2018,

(omissis)

in data 22 novembre 2018 ha deliberato quanto segue.

Il procedimento pendente dinanzi al Bundesverwaltungsgericht è sospeso.

Vengono sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

- 1) Se l'articolo 9, paragrafo 9, della decisione della Commissione del 27 aprile 2011, che stabilisce norme transitorie per l'insieme dell'Unione ai fini dell'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (2011/278/UE), parta dal presupposto che l'ampliamento sostanziale della capacità di un impianto esistente sia avvenuto nel periodo di riferimento determinato dallo Stato membro ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione stessa (2011/278/UE).
- 2) Se l'articolo 9, paragrafo 9, primo comma, in combinato disposto con il paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE debba essere interpretato, in relazione ad ampliamenti sostanziali di capacità, nel senso che per determinare il livello storico di attività per il periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010 occorre detrarre il livello storico di attività relativo alla capacità aggiunta, (anche) se l'ampliamento sostanziale della capacità è avvenuto nel periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008.
- 3) a) In caso di risposta affermativa alla questione sub 1):

Se l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE debba essere interpretato nel senso che l'autorità competente dello Stato membro deve provvedere essa stessa a stabilire il periodo di riferimento, dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008 o dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010,

oppure se lo Stato membro possa lasciare la scelta del periodo di riferimento al gestore dell'impianto. **[Or. 3]**

b) Nel caso in cui lo Stato membro possa lasciare la scelta del periodo di riferimento al gestore dell'impianto:

Se lo Stato membro debba basarsi sul periodo di riferimento in cui risulta il livello storico di attività più elevato, anche se ai sensi del diritto nazionale il gestore dell'impianto può scegliere liberamente tra i periodi di riferimento e intende optare per quello che presenta i livelli storici di attività più bassi.

- 4) Se la decisione (UE) 2017/126 della Commissione, del 24 gennaio 2017, che modifica la decisione 2013/448/UE per quanto riguarda l'istituzione di un fattore di correzione transettoriale uniforme a norma dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, debba essere interpretata nel senso che, nel caso di assegnazioni antecedenti il 1° marzo 2017, si applichi il fattore di correzione transettoriale nella versione originale di cui all'articolo 4 e all'allegato II della decisione 2013/448/UE per gli anni dal 2013 al 2020, e in caso di ulteriori assegnazioni di quote di emissioni dopo il 28 febbraio 2017, sulla base di una decisione giurisdizionale, alla quantità complessiva di quote in eccesso il periodo dal 2013 al 2020, o solo alla quantità assegnata in eccesso per gli anni dal 2018 al 2020.

#### Motivazione

##### I.

- 1 La ricorrente gestisce un impianto con forno rotativo soggetto al sistema di scambio per la produzione di clinker di cemento. Essa chiede l'assegnazione di ulteriori quote di emissioni gratuite per il terzo periodo di scambio nell'arco di tempo dal 2013 al 2020.
- 2 A gennaio 2012 la ricorrente ha presentato una domanda di assegnazione alla Deutsche Emissionshandelsstelle (autorità tedesca competente in materia di scambio di emissioni; in prosieguo: la «DEHSt») ai sensi dell'articolo 9 del Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (legge sullo scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra; in prosieguo: il «TEHG»). Come periodo di riferimento vincolante per l'impianto il modulo per la domanda prevedeva il periodo che va dal 2005 al 2008 o dal 2009 al 2010. La ricorrente ha scelto quest'ultimo periodo, dal 2009 al 2010. Per quanto riguarda il funzionamento effettivo dell'impianto, la ricorrente barrava gli anni dal 2005 al 2010. Inoltre la ricorrente indicava un ampliamento della capacità avvenuto il 1° aprile 2007 e un ulteriore ampliamento della capacità il 2 maggio 2008, che sommati tra loro risultano sostanziali. **[Or. 4]**
- 3 Con decisione del 17 febbraio 2014 la DEHSt assegnava all'impianto 3 810 723 quote di emissioni gratuite. Contro tale decisione la ricorrente presentava

opposizione, senza esito, e in seguito ricorso, poi parzialmente revocato in considerazione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 ottobre 2016, Yara Suomi Oy e a. (C-506/14), sul fattore di correzione transettoriale stabilito in contrasto con il diritto dell'Unione. A tale riguardo, il Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) ha parzialmente chiuso il procedimento, respingendo il ricorso per il resto. Esso ha dichiarato il ricorso ricevibile ma infondato. L'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (regolamento tedesco relativo all'assegnazione delle quote di emissione di gas a effetto serra per il periodo di scambio dal 2013 al 2020; in prosieguo la «ZuV 2020») dovrebbe essere interpretato nel senso che in caso di ampliamenti sostanziali della capacità la determinazione del livello di attività pertinente dipenda dalla scelta del periodo di riferimento ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020. Nell'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della ZuV 2020 si farebbe riferimento ai paragrafi da 2 a 5, che a loro volta rimandano al periodo di riferimento rispettivamente scelto in base all'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020.

- 4 La concessione di un diritto di scelta ai gestori prevista dall'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020 sarebbe conforme al diritto dell'Unione. La formulazione di cui all'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE «gli Stati membri determinano» non dovrebbe essere necessariamente intesa nel senso che allo Stato membro spetti stabilire i livelli storici di attività sulla base del periodo di riferimento che dà il valore più elevato. Questa parte della frase andrebbe considerata in relazione al fatto che i destinatari della decisione 2011/278/UE, ai sensi del suo articolo 25, sono gli Stati membri. Questi ultimi determinano pertanto i livelli storici di attività, dando attuazione alla decisione 2011/278/UE. Detta disposizione non specifica le modalità di attuazione, per cui una situazione come quella prevista in Germania dall'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020, secondo cui la scelta del periodo di riferimento viene lasciata ai gestori, rientrerebbe nella fattispecie dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE.
- 5 Il Guidance Document n. 2 della Commissione europea si esprimerebbe in senso favorevole all'ammissibilità della concessione di una facoltà di scelta ai gestori. Tale documento conterrebbe affermazioni sulla possibilità di scegliere dei gestori. Secondo la giurisprudenza della Corte, il Guidance Document n. 2, nonostante non sia di natura giuridica, è rilevante ai fini dell'interpretazione della decisione 2011/278/UE. Inoltre il modello predisposto dalla [Or. 5] Commissione europea per rilevare i dati necessari per la determinazione delle quote provvisorie da assegnare prevedrebbe un diritto di opzione dei gestori.
- 6 Il DEHSt non sarebbe stato tenuto a considerare d'ufficio i dati più favorevoli del periodo di riferimento né a invitare il richiedente ad apportare una rettifica in tal senso.

- 7 Contro detta decisione la ricorrente ha proposto un ricorso diretto per cassazione. L'interpretazione data dal Verwaltungsgericht dell'articolo 8, paragrafo 8, della ZuV 2020 sarebbe incompatibile con le previsioni dell'articolo 9, paragrafo 9, della decisione 2011/278/UE. Tale disposizione risulterebbe pertinente solo rispetto alla circostanza se la capacità di un impianto esistente abbia subito un ampliamento sostanziale tra il 1° gennaio 2005 e il 30 giugno 2011. L'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE non conterrebbe indicazioni su un diritto di scelta del gestore. Piuttosto, verrebbe attribuita agli Stati membri la responsabilità di determinare i livelli storici di attività. Il quadro normativo complessivo che disciplina l'assegnazione di quote a livello di UE presupporrebbe, al fine di stabilire le quote annuali provvisorie, un obbligo degli Stati membri di attivarsi. La resistente avrebbe chiesto, nel modulo per la domanda, di indicare tutti i quantitativi di produzione annua dal 2005 al 2010. Pertanto essa potrebbe decidere in merito al periodo di riferimento che presenta il livello di attività più elevato.

## II.

- 8 Il giudizio è sospeso. Occorre sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale sulle questioni riportate nel dispositivo (articolo 267 TFUE).
- 9 Le norme vincolanti di diritto dell'Unione si trovano nell'articolo 10 bis, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio (GU 2003, L 275, pag. 32), nella versione della direttiva 2009/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009 (GU 2009, L 140, pag. 63), nonché nell'articolo 9 e nel considerando 16 della decisione 2011/278/UE della Commissione, [Or. 6] del 27 aprile 2011, che stabilisce norme transitorie per l'insieme dell'Unione ai fini dell'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2011, L 130, pag. 1), nell'articolo 4 della decisione 2013/448/UE della Commissione, del 5 settembre 2013, relativa alle misure nazionali di attuazione per l'assegnazione transitoria a titolo gratuito di quote di emissioni di gas a effetto serra ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2013, L 240, pag. 27) e nei considerando 12 e 13 della decisione (UE) 2017/126 della Commissione, del 24 gennaio 2017, che modifica la decisione 2013/448/UE per quanto riguarda l'istituzione di un fattore di correzione transettoriale uniforme a norma dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU 2017, L 19, pag. 93).
- 10 Le norme vigenti di diritto tedesco si trovano nella Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) (regolamento tedesco relativo all'assegnazione delle quote di emissione di gas a effetto serra per il periodo di

scambio dal 2013 al 2020), del 26 settembre 2011 (BGBl. I, pag. 1921), modificata dalla legge del 13 luglio 2017 (BGBl. I, pag. 2354).

L'articolo 8 della ZuV 2020 stabilisce quanto segue:

«Livello di attività vincolante

(1) Per gli impianti esistenti il livello di attività vincolante è determinato, sulla base dei dati rilevati a norma dell'articolo 5, a scelta del richiedente e in modo unitario per tutti gli elementi di assegnazione dell'impianto, fondandosi o sul periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008 compreso o sul periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010 compreso.

(2) Il livello di attività vincolante, per ciascun prodotto dell'impianto per il quale occorre costituire un elemento di assegnazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, punto 1, è la mediana dei quantitativi annui di tale prodotto nel periodo di riferimento scelto conformemente al paragrafo 1. (omissis)

(3) (omissis) **[Or. 7]** (omissis)

(...)

(6) Ai fini della determinazione dei valori mediani di cui ai paragrafi da 2 a 5, si tiene conto solo degli anni civili nel corso dei quali l'impianto è stato in funzione per almeno un giorno. In deroga a quanto sopra, per la determinazione dei valori mediani negli impianti si tiene conto anche degli anni civili nel corso dei quali l'impianto non è stato in funzione per almeno un giorno. (omissis) [dettagli sulla determinazione dei valori mediani]

1. (omissis)

2. (omissis)

3. (omissis)

(7) In deroga ai paragrafi da 2 a 5 i livelli di attività sono calcolati sulla base della capacità iniziale installata di ciascun elemento di assegnazione, moltiplicata per il coefficiente di utilizzo pertinente, determinato conformemente all'articolo 17, paragrafo 2. [presupposti di applicabilità della presente deroga] (omissis)

1. (omissis)

2. (omissis)

3. (omissis)

(8) Nel caso di ampliamenti sostanziali della capacità avvenuti tra il 1° gennaio 2005 e il 30 giugno 2011, il livello di attività pertinente dell'elemento di assegnazione corrisponde alla somma della mediana determinata in base ai paragrafi da 2 a 5, senza l'ampliamento sostanziale di capacità, e del livello di attività della capacità aggiunta. In tale contesto il livello di attività della capacità aggiunta corrisponde alla **[Or. 8]** differenza tra la capacità installata dell'elemento di assegnazione dopo l'ampliamento di capacità e la capacità installata dell'elemento di assegnazione modificato fino all'avvio del funzionamento modificato, moltiplicata per l'utilizzo medio della capacità dell'elemento di assegnazione interessato nel periodo che va dal 1° gennaio 2005 al termine dell'anno civile precedente l'avvio del funzionamento modificato. Gli ampliamenti sostanziali della capacità effettuati nel 2005 sono trattati su richiesta del gestore come ampliamenti di capacità non sostanziali; in caso contrario, per la determinazione dell'utilizzo medio della capacità dell'elemento di assegnazione interessato, in questi casi è determinante la media mensile di utilizzo della capacità nel 2005, fino al mese che precede l'introduzione del funzionamento modificato. Nel caso di diversi ampliamenti della capacità è determinante l'utilizzo medio della capacità dell'elemento di assegnazione interessato prima dell'avvio del funzionamento modificato.

(9) [riguarda le diminuzioni di capacità] (omissis)».

### III.

- 11 Ai sensi dell'articolo 267 TFUE occorre sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale, in quanto la decisione di questo Collegio sul ricorso per cassazione proposto dalla ricorrente dipende dalla risposta alle questioni sottoposte alla Corte sull'interpretazione della decisione 2001/278/UE della Commissione, **[Or. 9]** del 27 aprile 2011, e della decisione (UE) 2017/126 della Commissione, del 24 gennaio 2017.
- 12 Le questioni pregiudiziali necessitano di una pronuncia da parte della Corte, in quanto dalla giurisprudenza della stessa non emergono chiarimenti in merito né il loro esito appare evidente. Rispetto alle singole questioni pregiudiziali assumono rilievo le considerazioni riportate di seguito.
- 13 Sulla prima questione

Dalla risposta alla prima questione dipende se nel presente procedimento non si debba tener conto dell'ampliamento sostanziale della capacità in quanto non è intervenuto nel periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010. Qualora la Corte risponda in senso affermativo alla questione pregiudiziale in esame, il ricorso per cassazione della ricorrente deve essere respinto. In caso contrario occorre annullare la sentenza del Verwaltungsgericht e rinviare la causa al medesimo per ulteriori accertamenti nel merito.

- 14 Il fondamento di diritto dell'Unione della decisione 2011/278/UE, il cui articolo 9 contiene disposizioni sui livelli di attività storici per gli impianti esistenti, è costituito dalla direttiva 2003/87/CE. Ai sensi dell'articolo 10 bis, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE, la Commissione adotta misure di attuazione comunitarie interamente armonizzate per l'assegnazione delle quote. Su tale base, con la decisione 2011/278/UE, in conformità dell'articolo 10 bis, paragrafo 1, della direttiva 2003/87/CE, la Commissione ha stabilito le norme armonizzate a livello dell'Unione per l'assegnazione di quote a titolo gratuito. Tali norme armonizzate concretizzano il requisito essenziale di ridurre al minimo le distorsioni della concorrenza nel mercato interno [v. sentenze della Corte del 22 giugno 2016, DK Recycling und Roheisen GmbH/Commissione, C-540/14 (ECLI:EU:C:2016:469), punto 53, e del 22 febbraio 2018, INEOA Köln GmbH, C-572/16, punti 29 e segg.]. Pertanto questo Collegio parte dal presupposto che con la decisione 2011/278/UE si siano armonizzate a livello di Unione le regole di assegnazione, che fino a quel momento venivano stabilite in un piano di allocazione nazionale (in merito agli ambiti non completamente armonizzati della procedura di assegnazione di quote di emissioni a titolo gratuito, v. sentenza della Corte del 22 febbraio 2018, INEOA Köln GmbH, C-572/16, punto 40). **[Or. 10]**
- 15 L'articolo 9, paragrafo 9, della decisione 2011/278/UE verte sull'ampliamento o la riduzione sostanziale della capacità di un impianto esistente tra il 1° gennaio 2005 e il 30 giugno 2011. In base al suo tenore letterale, tale disposizione risulta pertinente solo in merito alla questione se la capacità di un impianto esistente è stata oggetto di un ampliamento sostanziale in tale periodo. Ai periodi di riferimento rimanda comunque indirettamente l'articolo 9, paragrafo 9, primo comma, seconda metà della frase, della decisione 2011/278/UE. Su tale base, i livelli storici di capacità dell'impianto esistente corrispondono «alla somma delle mediane determinate ai sensi del paragrafo 1, senza la modifica significativa della capacità». Ai sensi del paragrafo 1, ai fini della determinazione delle mediane, si distingue tra il periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008 e quello dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010.
- 16 I livelli storici di attività della capacità aggiunta sono calcolati in base all'articolo 9, paragrafo 9, secondo comma, della decisione 2011/278/UE e corrispondono alla differenza tra la capacità installata iniziale e la capacità installata dopo l'ampliamento, moltiplicata per l'utilizzo storico medio della capacità dell'impianto in questione negli anni precedenti l'avvio del funzionamento modificato. Dalla somma dei livelli storici di attività determinati ai sensi del paragrafo 1 e dei livelli storici di attività della capacità aggiunta determinati ai sensi del paragrafo 2 si ricavano i livelli storici di attività dell'impianto esistente ampliato.
- 17 Se tale disposizione va intesa nel senso che si debba tener conto solo degli ampliamenti di capacità intervenuti dopo l'inizio del periodo di riferimento pertinente ai sensi del paragrafo 1, non si può tener conto nel quadro dell'articolo 9, paragrafo 9, della decisione 2011/278/UE degli ampliamenti di capacità che, come nella specie, sono avvenuti nel periodo di riferimento che va dal 2005 al

2008, se il periodo di riferimento pertinente per la formazione della mediana è quello dal 2009 al 2010 (v. al riguardo la seconda e terza questione).

- 18 A parere del Bundesverwaltungsgericht la risposta alla questione potrebbe essere che vadano presi in considerazione solo gli ampliamenti di capacità intervenuti nel corso del periodo di riferimento pertinente («dopo l'inizio»). Non appare tuttavia evidente che il tenore letterale dell'articolo 9, paragrafo 9, primo comma, della decisione 2011/278/UE corrisponda a tale interpretazione. È vero che esso rimanda **[Or. 11]** ai periodi di riferimento di cui al paragrafo 1, tuttavia non affronta espressamente la questione se l'ampliamento deve essere avvenuto nel periodo di riferimento vincolante ai sensi del paragrafo 1.
- 19 Il considerando 16, terza frase, della decisione 2011/278/UE è parimenti poco chiaro. Esso fa trasparire l'obiettivo di tener conto di tutti gli ampliamenti sostanziali della capacità nel corso del periodo, ma non indica come procedere in un caso come quello di cui alla presente fattispecie.
- 20 In senso favorevole alla tesi secondo cui si dovrebbe tener conto solo di ampliamenti di capacità intervenuti nel periodo di riferimento pertinente ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 9, della decisione 2011/278/UE depone il fatto che l'aumento del quantitativo prodotto che si colloca prima del periodo di riferimento è contenuto come parte della capacità installata complessiva nella mediana del periodo di riferimento successivo, e quindi viene in tal modo tenuto in considerazione in sede di assegnazione. Tener conto nuovamente di tale quantitativo nel quadro dell'articolo 9, paragrafo 9, della decisione 2011/278/UE comporterebbe un duplice computo dell'ampliamento di capacità. Nell'eventualità di una riduzione della capacità si applicherebbe lo stesso ragionamento.
- 21 Il regolamento nazionale ZuV 2020 presuppone, per aumenti sostanziali di capacità tra il 1° gennaio 2005 e il 30 giugno 2011, che l'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della ZuV 2020 non si applichi per aumenti sostanziali della capacità antecedenti il periodo di riferimento scelto in base al paragrafo 1 (omissis). L'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della ZuV 2020 rimanda ai paragrafi da 2 a 5, che a loro volta fanno riferimento al periodo scelto in base all'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020. La mediana determinata a norma dell'articolo 8, paragrafi da 2 a 5, della ZuV 2020 dipende quindi dal periodo di riferimento prescelto. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della ZuV 2020, i livelli di attività complessiva corrispondono alla somma della mediana dell'elemento di assegnazione, determinata in base ai paragrafi da 2 a 5 senza l'ampliamento sostanziale di capacità, e del livello di attività della capacità aggiunta. Se l'articolo 8, paragrafo 8, prima frase, della ZuV 2020 dà risalto alla capacità aggiunta, ciò avviene per determinare il rapporto della capacità aggiunta, per la quale è stato scelto un periodo di riferimento ai sensi articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020, rispetto alla capacità originaria. In tal senso l'articolo 8, paragrafo 8, della ZuV 2020 risulta applicabile unicamente quando si è verificato un ampliamento sostanziale della capacità dopo l'inizio del periodo di riferimento vincolante. **[Or. 12]**

## 22 Sulla seconda questione

La questione in oggetto rileva ai fini della decisione qualora la presa in considerazione dell'ampliamento sostanziale di capacità sia indipendente dalla determinazione del periodo di riferimento ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE. Il rinvio solleva la questione se, nell'ambito della determinazione dei livelli storici di attività nel periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010, si debba tener conto dell'ampliamento sostanziale della capacità nel calcolo dei livelli di attività complessiva nel caso di un ampliamento sostanziale della capacità avvenuto nel periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008. Nell'ambito del presente procedimento l'ampliamento sostanziale della capacità è avvenuto il 2 maggio 2008, ovvero nel periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008. Il periodo di riferimento pertinente è invece, a parere della resistente e del Verwaltungsgericht, quello che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010. In tal caso, come già illustrato per la prima questione, senza scorporare la capacità aggiunta si finirebbe per conteggiare due volte l'ampliamento della capacità. Se l'ampliamento sostanziale della capacità è già avvenuto prima dell'inizio del periodo di riferimento, fin dall'inizio le mediane comprendevano anche i quantitativi di produzione relativi all'ampliamento di capacità.

## 23 Sulla terza questione

La questione sub 3.a) rileva ai fini della decisione qualora la presa in considerazione dell'ampliamento sostanziale di capacità dipenda dalla determinazione del periodo di riferimento da parte dello Stato membro a norma dell'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/UE. Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della ZuV 2020 i livelli di attività sono determinati, a scelta del richiedente e in modo unitario per tutti gli elementi di assegnazione dell'impianto, fondandosi o sul periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008 compreso o sul periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010 compreso. A parere della resistente il richiedente è vincolato alla scelta operata [al riguardo v. la questione 3. b)]. **[Or. 13]**

24 La decisione 2011/278/UE per contro afferma, all'articolo 9, paragrafo 1, che gli «Stati membri» determinano i livelli storici di attività dei singoli impianti sulla base del periodo di riferimento che va dal 1° gennaio 2005 al 31 dicembre 2008 o, se i livelli sono più elevati, del periodo di riferimento dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2010. Tale formulazione equivale ad affermare che la determinazione compete unicamente agli Stati membri e che non spetta alcun diritto di scelta al richiedente. Sussistono tuttavia anche indizi che possono avvalorare una diversa interpretazione. Così, conformemente all'allegato IV, prima frase, della decisione 2011/278/CE, ai fini della raccolta di dati di riferimento di cui all'articolo 7, paragrafo 1, gli Stati membri chiedono al gestore di trasmettere dati per tutti gli anni civili del periodo di riferimento scelto conformemente all'articolo 9, paragrafo 1 (2005-2008 o 2009-2010). A questo punto alla formulazione «gli Stati

membri determinano» di cui all'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/CE si potrebbe attribuire il significato che il gestore stesso determina il periodo di riferimento. Anche il modello pubblicato dalla Commissione europea per la raccolta dei dati menziona a pagina 5, al punto 2 (a), la scelta del periodo di riferimento da parte del gestore: «Please select the baseline period for your installation: You are allowed to choose either 2005-2008 as baseline period, or 2009-2010. The median value of the chosen years will be used for calculating historical activity level in order to calculate the allocation to the installation». In tal senso la formulazione può essere presa in esame quale indicazione della volontà della Commissione in merito alla scelta del periodo di riferimento vincolante per il gestore. Il «Guidance Document n. 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)» indica parimenti, ai punti 6.1 e 6.4, una possibilità di scelta («The chosen baseline period» (...) e «(...) the operator needs to determine (...))», benché sia indicato al punto 6.1 che in linea di principio occorre scegliere il periodo di riferimento che presenta i livelli di attività più elevati, il che potrebbe deporre contro un diritto di libera scelta. Tuttavia il Guidance Document n. 2 non è giuridicamente vincolante e non riflette la posizione ufficiale della Commissione [pag. 3 al punto 1.1; v. anche sentenza della Corte dell'8 settembre 2016, Borealis e a., C-180/15 (ECLI:EU:C:2016:647), punto 75, sul «Guidance Document n. 6» e punto 105 sul «Guidance Document n. 8»]. **[Or. 14]**

- 25 b) La questione sub 3. b) riguarda l'ipotesi in cui il gestore possa scegliere tra i periodi di riferimento, ma decida eventualmente in modo economicamente sfavorevole ai suoi interessi. In tal caso si pone la questione se lo Stato membro debba comunque basarsi sul periodo di riferimento che presenta i livelli storici di attività più elevati. Detta tesi può essere avvalorata dal fatto che sia l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione 2011/278/CE che il considerando 16, seconda frase, della medesima decisione mirano a far sì che risulti vincolante il livello storico di attività più elevato. Analoga previsione si trova al punto 6.1 del Guidance Document n. 2 [v. supra, in merito alla questione sub 3.a]. Appare dubbio che dalla decisione 2011/278/UE discenda un obbligo di effettuare tale analisi di convenienza, poiché l'articolo 9, paragrafo 1, della decisione fa espressamente riferimento ai «dati rilevati a norma dell'articolo 7». Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della decisione 2011/278/CE, tuttavia, gli Stati membri devono rilevare i dati solo per uno dei due periodi di riferimento, anche se in base al modello utilizzato in Germania sono richieste indicazioni per entrambi i periodi. Se non sussiste un obbligo per gli Stati membri di rilevare dati per entrambi i periodi, ciò fa ritenere secondo il Bundesverwaltungsgericht che le autorità degli Stati membri non siano tenute a verificare se il gestore ha scelto il periodo per sé corretto, anche se di fatto tali dati sono disponibili. La rinuncia ad eseguire un esame d'ufficio si porrebbe tuttavia in qualche modo in contrasto con l'obiettivo che emerge dall'articolo 9, paragrafo 1, e dal considerando 16, seconda frase, della decisione 2011/278/CE di garantire, tenendo conto dei livelli storici di attività più elevati, che il periodo di riferimento sia, nella misura del possibile, rappresentativo dei cicli industriali.

## 26 Sulla quarta questione

La quarta questione rileva ai fini della decisione se il ricorso viene accolto nel merito.

- 27 Con la sentenza del 28 aprile 2016, *Borealis Polyolefine GmbH*, C-191/14 e a. (ECLI:EU:C:2016:311), la Corte ha stabilito che l'articolo 4 e l'allegato II della decisione 2013/448/UE della Commissione, del 5 settembre 2013, relativa alle misure nazionali di attuazione per l'assegnazione transitoria a titolo gratuito di quote di emissioni di gas a effetto serra ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, della **[Or. 15]** direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sono invalidi. Gli effetti della dichiarazione di invalidità dell'articolo 4 e dell'allegato II della decisione 2013/448 sono stati limitati nel tempo nel senso che, da un lato, tale dichiarazione producesse effetti solo al termine di un periodo di dieci mesi a decorrere dalla data di pronuncia di detta sentenza, al fine di consentire alla Commissione europea di adottare le misure necessarie, e, dall'altro, che le misure adottate entro tale termine sulla base delle disposizioni invalidate non possono essere rimesse in discussione. Di conseguenza la Commissione ha modificato la decisione 2013/448/UE per quanto riguarda l'istituzione di un fattore di correzione trasettoriale uniforme con l'articolo 1 della decisione (UE) 2017/126, del 24 gennaio 2017, con effetto dal 1° marzo 2017 (articolo 2) e ha rideterminato il fattore di correzione trasettoriale per le assegnazioni di quote a titolo gratuito per il periodo 2013-2020 di cui all'articolo 4 e all'allegato II della decisione 2013/448/UE. Nel considerando 12 della decisione (UE) 2017/126 la Commissione ha riportato i limiti temporali in conformità della sentenza della Corte del 28 aprile 2016. A ciò si ricollega il considerando 13. Di conseguenza le misure adottate dagli Stati membri in materia di assegnazione delle quote per il periodo 2013-2020 e le eventuali successive modifiche e integrazioni di tali misure apportate fino all'entrata in vigore della decisione in oggetto restano valide. Inoltre il fattore di correzione trasettoriale stabilito trova applicazione nelle decisioni adottate a partire dal 1° marzo 2017 che stabiliscono o modificano diritti in materia di assegnazioni e che comportano, ai fini della loro determinazione, l'applicazione del fattore di correzione trasettoriale.
- 28 In tal senso, a parere di questo Collegio, per quanto riguarda il periodo 2013-2020, alle assegnazioni antecedenti il 1° marzo 2017 dovrebbe applicarsi il fattore di correzione trasettoriale nella versione originaria di cui all'articolo 4 e all'allegato II della decisione 2013/448/UE. Per motivi inerenti al legittimo affidamento, se le assegnazioni sono avvenute prima del 1° marzo 2017, dovrebbe essere escluso un inasprimento retroattivo del fattore di correzione per il periodo 2013-2020. Anche la Commissione ha espresso tale parere nella «Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee» del 13 febbraio 2017 (ref. Ares(2017)770188 – 13/02/2017) relativa all'applicazione dei valori rivisti per il fattore di correzione trasettoriale. Su tale base le misure sinora adottate **[Or. 16]** in materia di assegnazione delle quote restano valide e a tutte le decisioni adottate fino al 28 febbraio 2017 si deve applicare il fattore di correzione trasettoriale utilizzato fino a quel momento. Per il resto, devono rimanere validi i criteri fino

qui applicati, inter alia per determinate domande ufficiali di uno Stato membro fino al 28 febbraio 2017.

- 29 Occorre chiarire inoltre se per le assegnazioni di ulteriori quote di emissioni attribuite giudizialmente dopo 28 febbraio 2017 si deve applicare il fattore di correzione transettoriale conformemente alla decisione 2017/126/UE a tutto il quantitativo di assegnazioni in eccesso per il periodo 2013-2020, o solo alle quote in eccesso assegnate per il periodo 2018-2020.

(omissis)

DOCUMENTO DI LAVORO