

**Processo C-320/19**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

19 de abril de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim,  
Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

1 de abril de 2019

**Recorrente:**

Ingredion Germany GmbH

**Recorrida:**

Bundesrepublik Deutschland

---

VG 10 K 771.17

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
BERLIM)

DESPACHO

No processo administrativo

Ingredion Germany GmbH,

[*Omissis*] Hamburgo,

recorrente,

[*Omissis*]

contra

Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha),

representada pelo Umweltbundesamt (Instituto Federal do Meio Ambiente)

[*Omissis*]

recorrida,

A 10.<sup>a</sup> Secção do Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim)

[*Omissis*]

decidiu o seguinte, em 1 de abril de 2019:

É suspensa a instância no Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim).

Nos termos do artigo 267.º TFUE, submete-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão para decisão prejudicial:

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

### **Fundamentos**

I. A recorrente explora uma instalação fabril de produtos à base de amido em Hamburgo. Esta instalação dispõe de aquecedores de ar e geradores de vapor recentemente instalados. A potência térmica nominal total da fábrica é atualmente de 30,045 MW. O vapor e o gás natural são ali utilizados para gerar calor para a produção do amido.

Em 8 de agosto de 2014, a recorrente apresentou um pedido ao Deutsche Emissionshandelsstelle (Serviço de Comércio de Licenças de Emissão alemão, a seguir «DEHSt») para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para a nova instalação, concretamente, por um lado, uma licença correspondente ao limite de emissão de calor com risco de fuga de carbono, e, por outro, uma licença correspondente ao limite das emissões de combustível com risco de fuga de carbono. A instalação fabril começou a operar regularmente em 15 de agosto de 2013. Para o limite das emissões de combustíveis, o DEHSt calculou inicialmente um fator de utilização da capacidade relevante de 109%, segundo as informações prestadas pela recorrente. A capacidade inicial instalada foi determinada com base no volume de produção num período de 90 dias após o início do funcionamento regular, numa altura em que a fábrica ainda não tinha atingido a capacidade de produção planeada. Por conseguinte, a capacidade de utilização efetiva no período de referência entre 15 de agosto de 2013 e 20 de junho de 2014 foi superior a 100% da capacidade inicial instalada.

Por decisão de 1 de setembro de 2015, o DEHSt atribuiu à recorrente 124 908 licenças de emissão a título gratuito para o período de atribuição de 2013 a 2020. Como fundamento, foi alegado que o DEHSt comunicou previamente à Comissão Europeia (a seguir «Comissão») a quantidade de licenças atribuídas com base no fator de utilização da capacidade relevante de 109%. Por decisão de 24 de março de 2015 – C(2015) 1733 final – a Comissão tinha recusado a três outras fábricas alemãs um fator de utilização da capacidade relevante de 100% ou mais. Por conseguinte, o DEHSt partiu de um fator de utilização da capacidade relevante de 99,9%. A Comissão Europeia concordou com a quantidade de licenças assim calculada. A reclamação apresentada contra aquela decisão em 30 de setembro de 2015 foi indeferida pelo DEHSt por decisão de 7 de julho de 2017, notificada em 10 de julho de 2017. Como fundamento, a recorrida invocou, além da decisão da Comissão de 24 de março de 2015, o «Guidance Document No. 2» (documento de orientação n.º 2) e o documento «Frequently Asked Questions on New Entrants & Closures Applications» (perguntas frequentes em relação a novos operadores e candidaturas), os quais não são juridicamente vinculativos mas constituem, todavia, uma ajuda à interpretação pelos Estados-Membros.

No recurso interposto em 9 de agosto de 2017, a recorrente mantém o seu pedido. Por decisão de 28 de janeiro de 2019, o DEHSt revogou a sua decisão de 1 de setembro de 2015, na medida em que a atribuição excedia 116.088 licenças de emissão. Como justificação, afirmou que, por carta de 16 de abril de 2018, a recorrente tinha informado que o pedido de atribuição de licenças relativo às emissões de combustível continha um erro de cálculo. Por conseguinte, em 20 de janeiro de 2019, a recorrente adaptou o seu pedido, deixando de pretender 8.273 licenças de emissão, mas apenas 7.467 licenças adicionais.

A recorrente é da opinião de que as disposições do § 17, n.º 2, da Zuteilungsverordnung (Regulamento das Licenças, a seguir «ZuV 2020») e do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE, pertinentes para o cálculo do fator de utilização da capacidade relevante, não preveem nenhuma limitação do fator de utilização da capacidade a um valor inferior a 100%. O seu teor literal, que constitui o limite para a sua interpretação, não dá qualquer indicação nesse sentido. A apreciação jurídica da Comissão não foi justificada por considerações de igualdade de tratamento entre as instalações já existentes e as novas instalações. A decisão da Comissão de 24 de março de 2015 não vincula, direta ou indiretamente, a recorrente. O «Guidance Document No. 2» e o documento «Frequently Asked Questions» também não são juridicamente vinculativos.

A recorrente conclui pedindo que:

a recorrida seja condenada, mediante a alteração parcial da decisão da Deutsche Emissionshandelsstelle de 1 de setembro de 2015, na versão da decisão da reclamação de 7 de julho de 2017 e da decisão de revogação de 29 de janeiro de 2019, a atribuir à recorrente mais 7.467 licenças de emissão, desde que a Comissão não o recuse;

subsidiariamente,

a recorrida seja condenada, mediante a alteração parcial da decisão da Deutsche Emissionshandelsstelle de 1 de setembro de 2015, na versão da decisão da reclamação de 7 de julho de 2017 e da decisão de revogação de 29 de janeiro de 2019, a decidir sobre o pedido da recorrente de 8 de agosto de 2014 com base nos cálculos de 16 de abril de 2018, tendo em conta a valoração jurídica feita pelo Tribunal e baseando-se, quanto ao elemento de atribuição para emissões de combustível com risco de fuga de carbono, num fator de utilização da capacidade relevante de 109%.

A recorrida conclui pedindo que:

seja negado provimento ao recurso.

Considera que o fator de utilização da capacidade relevante de 109% solicitado pela recorrente não é admissível. Na interpretação do § 17, n.º 2, do ZuV 2020, que transpõe o artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE, deve considerar-se que o valor de 100% não deve ser atingido ou ultrapassado. Esta posição da Comissão, apresentada mais detalhadamente na fundamentação da decisão de 24 de março de 2015, decorre do princípio da igualdade de tratamento entre as instalações existentes e as novas instalações, incluindo as novas instalações com um valor de emissão de produto, para o qual é adotado o fator de utilização da capacidade normal.

II. As disposições pertinentes do direito da União constam da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um sistema de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO 2003, L 275, p. 32, a seguir «Diretiva 2003/87»), na versão atualmente em vigor, nomeadamente dos artigos 3.º, alínea h), e 10.º-A, n.º 7, da Diretiva 2003/87, bem como da Decisão 2011/278/UE da Comissão, 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, de 27 de abril de 2011, nomeadamente do artigo 3.º, alíneas d) e n), e dos artigos 17.º a 19.º

As disposições pertinentes do direito nacional encontram-se no § 9 da Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Lei sobre o comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, a seguir «TEHG 2011»), de 27 de julho de 2011 (BGBl. I p. 3154), em conjugação com o § 34 TEHG, na versão de 18 de janeiro de 2019, bem como na Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Regulamento relativo à atribuição de licenças de emissão de gases com efeito de estufa no período de comércio de 2013 a 2020, a seguir «Zuv 2020»), de 26 de setembro de 2011, em especial no § 2, n.ºs 2, 10 e 27, bem como nos §§ 16 a 18:

§ 34 da TEHG de 18 de janeiro de 2019

(1) <sup>1</sup>Os §§ 1 a 36 na sua versão aplicável até 24 de janeiro de 2019 continuam a aplicar-se no período de comércio de 2013 a 2020 às emissões de gases com efeito de estufa provenientes das atividades enumeradas no anexo 1.

#### § 9 da TEHG 2011

(1) Os operadores de instalações têm direito à atribuição de licenças de emissão a título gratuito em conformidade com os princípios estabelecidos nos artigos 10.º-A, n.ºs 1 a 5, n.º 7 e n.ºs 11 a 20, da Diretiva 2003/87/CE, na sua versão respetivamente em vigor, e na 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 (JO 2011, L 130, p. 1).

ZuV 2020:

#### § 2 Definições

Para efeitos do presente regulamento são aplicáveis, além das definições constantes do § 3 da Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (Lei do comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa), as seguintes definições:

#### 2. Início do funcionamento normal

O primeiro dia de um período continuado de 90 dias ou, quando o ciclo de produção habitual no setor em causa não proporcione uma produção contínua, o primeiro dia de um período de 90 dias dividido em ciclos de produção específicos desse setor, durante o qual a instalação trabalha em média com, pelo menos, 40% da capacidade de produção para que foi concebida, tendo em conta, se for caso disso, as condições de funcionamento específicas da instalação;

#### 10. Novas instalações

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

#### 27. Elemento de atribuição com limite de emissões de combustível

Combinação dos fluxos de entrada, dos fluxos de saída e das emissões correspondentes, não abrangidos por um elemento de atribuição nos termos dos n.ºs 28 ou 30, para os casos de produção de calor não mensurável resultante da combustão de combustíveis, desde que o calor não mensurável:

a) seja utilizado para o fabrico de produtos, para a produção de energia mecânica, para aquecimento ou arrefecimento; ou

b) seja produzido por meio de fochos de segurança, sempre que a combustão associada de combustíveis piloto e de quantidades muito variáveis de gases de processo ou de gases residuais seja legalmente autorizada exclusivamente para a

descarga da instalação em caso de perturbações operacionais ou outras condições excepcionais de funcionamento;

com exclusão do calor não mensurável consumido ou exportado para a produção de eletricidade;

#### § 16 Pedido de atribuição de licenças a título gratuito

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

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

#### § 17 Níveis de atividade dos novos operadores de mercado

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

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

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

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

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

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

#### § 18 Licenças para novos operadores de mercado

(1) No que respeita à atribuição de licenças para novas instalações, a autoridade competente deve calcular o número anual preliminar de licenças de emissão a atribuir a título gratuito, no início do funcionamento regular da instalação, para os

anos restantes do período de comércio de 2013 a 2020, separadamente para cada elemento de atribuição, nos termos seguintes:

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

III. A questão prejudicial é relevante para a decisão da causa.

A recorrente tem direito a uma atribuição adicional de licenças de emissão a título gratuito se o cálculo se basear num fator de utilização da capacidade relevante de 109%. A interpretação da disposição pertinente do artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE, à qual é necessário recorrer para fazer uma interpretação do § 17, n.º 2, do ZuV conforme com o direito da União, não é clara nem isenta de ambiguidade a este respeito.

Por um lado, o teor literal desta disposição não contém qualquer limitação do fator de utilização da capacidade relevante a um valor inferior a 100%. Um fator de utilização da capacidade mais elevado surge no presente caso com base em informação devidamente fundamentada e independente não apenas com base no funcionamento normal planeado, mas com base no funcionamento normal efetivo da instalação antes da apresentação do pedido. Contrariamente ao que sucede no caso das instalações já existentes, a determinação da capacidade de instalação inicial no caso dos novos operadores de mercado tem em conta um período de 90 dias a contar do início do funcionamento normal (cf. artigo 17.º, n.º 4, da Decisão 2011/278/UE) e não de quatro anos [cf. artigo 7.º, n.º 3, alínea a), da Decisão 2011/278/EU], o que significa que pode acontecer frequentemente o caso de o funcionamento normal previsto ainda não ter sido atingido.

Por outro lado, o artigo 18.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE também se refere à capacidade de utilização habitual no setor em causa, a qual deve regularmente situar-se abaixo dos 100%. No caso de novos operadores de mercado com sub-instalações com limite de produtos, deve tomar-se ainda em consideração um fator de capacidade de utilização normal [cfr. artigo 18.º, n.º 1, alínea a), da Decisão 2011/278/EU], o qual foi fixado pela Decisão 2013/447/UE da Comissão e não atinge, em caso algum, 100%. A atribuição gratuita de licenças nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE derroga temporariamente o princípio da venda em leilão das licenças de emissão, o que preconiza uma interpretação restritiva das disposições correspondentes (v. Conclusões do advogado-geral Henrik Saugmandsgaard Øe, de 28 de fevereiro de 2019, no processo C-682/17, n.º 69).

Por último, coloca-se a questão de saber em que medida a Comissão deve dispor de maior flexibilidade na interpretação das disposições que adota, a fim de assegurar uma aplicação uniforme nos Estados-Membros, e se os limites de interpretação são aqui ultrapassados.

*[Omissis]*

[Assinaturas]

*[Omissis]*

DOCUMENTO DE TRABALHO