

Processo C-126/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

6 de março de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

24 de fevereiro de 2020

Demandante:

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

Demandada:

República Federal da Alemanha, representada pela Umweltbundesamt Deutsche Emissionshandelsstelle

Objeto do processo principal

Impugnação de uma decisão de atribuição de licença da Deutschen Emissionshandelsstelle (a seguir «DEHSt») – Conceito de «subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor» – Conceito de «subinstalação com emissões de processo» – Pedido de esclarecimento sobre a relação existente entre uma atribuição por parâmetro de referência relativo ao calor e por emissões de processo

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do direito da União, mais concretamente da Decisão 2011/278/UE; fundamento jurídico: artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

- 1) O CO₂ libertado para a atmosfera na sequência do tratamento do gás natural (sob a forma de gás ácido) no denominado processo Claus, através da separação de CO₂ inerente ao gás natural da mistura de gases, é uma emissão que, no sentido do artigo 3.º, alínea h), primeiro período, da Decisão da Comissão 2011/278/UE, resulta do processo referido no artigo 3.º, alínea h), ponto v)?
- 2) As emissões de CO₂ podem, na aceção do artigo 3.º, alínea h), primeiro período, da Decisão da Comissão 2011/278/UE, «resultar» de um processo em que o CO₂ inerente à matéria-prima é libertado para a atmosfera, sem que desse processo resulte CO₂ adicional, ou esta disposição pressupõe necessariamente que o CO₂ libertado para a atmosfera surja pela primeira vez como resultado do processo?
- 3) É «utilizada» uma matéria-prima carbonada, na aceção do artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão da Comissão 2011/278/UE, quando, no denominado processo Claus, o gás natural em estado livre é usado para a produção de enxofre e o CO₂ inerente ao gás natural é libertado para a atmosfera, sem que o CO₂ inerente ao gás natural participe na reação química que ocorre nesse processo, ou o conceito de «utilização» pressupõe obrigatoriamente que o carbono participe ou seja mesmo necessário para esse efeito na reação química produzida?
- 4) Em caso de resposta afirmativa às três primeiras questões:

Caso uma instalação sujeita ao sistema de comércio de licenças preencha tanto as condições para a criação de uma subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor, como as condições para a criação de uma subinstalação com emissões de processo, de acordo com que parâmetro de referência terá lugar a atribuição de licenças de emissão a título gratuito? O direito à atribuição abrangido pelo parâmetro de referência relativo ao calor tem prioridade em relação ao direito à atribuição para as emissões de processo ou o direito à atribuição para as emissões de processo prevalece devido à especialidade face ao parâmetro de referência relativo ao calor e ao parâmetro de referência relativo ao combustível?

- 5) Em caso de resposta afirmativa às quatro primeiras questões:

Pode o direito à atribuição complementar de licenças de utilização a título gratuito para o terceiro período de comércio ser satisfeito após o decurso desse terceiro período de comércio através da atribuição de licenças para o quarto período de comércio, quando a existência desse direito à atribuição só for judicialmente reconhecida após o decurso do terceiro período de comércio ou extinguem-se, com o termo do terceiro período de comércio, todos os direitos à atribuição que ainda não tenham sido concedidos?

Disposições de direito da União invocadas

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 2003, L 275, p. 32), alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO 2009, L 87, p. 109), mais recentemente alterada pela Decisão (UE) 2015/1814 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 2015 (JO 2015, L 264, p. 1), artigo 2.º, artigo 10.º-A, n.ºs 1 e 4, artigo 13.º, anexo I

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 2011, L 130, p. 1), na redação alterada, artigo 3.º, alíneas c) e h), ponto v)

Decisão (UE) 2015/1814 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 2015, relativa à criação e ao funcionamento de uma reserva de estabilização do mercado para o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa da União e que altera a Diretiva 2003/87/CE (JO 2015, L 264, p. 1, sétimo considerando

Documentos orientadores da Comissão relativos ao comércio de emissões

Guidance Document n.º 8 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012, Waste gases and process emissions sub-installation

Jurisprudência do Tribunal de Justiça invocada

Acórdão de 8 de setembro de 2016, Borealis e o. (C-180/15, EU:C:2016:647, em especial n.ºs 62 e 69)

Acórdão de 20 de junho de 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518)

Disposições de direito nacional invocadas

Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Lei relativa ao comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa), de 21 de julho de 2011 (a seguir «TEHG 2011»), § 9, n.ºs 1 e 6, anexo I, segunda parte, n.º 1

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 2013 a 2020), na redação de

26 de setembro de 2011 (Regulamento de atribuição de licenças, a seguir «ZuV 2020»); § 2, n.º 29 (subinstalação com emissões de processo), alínea b, pontos dd) e ee), e alínea c, n.º 30 (subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor), § 3, n.º 1 (formação de subinstalações)

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 2013 a 2020, na redação de 26 de setembro de 2011; § 2, n.º 29 (subinstalação com emissões de processo), alíneas a, b e c, n.º 30 (subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor), § 3, n.º 1

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A **demandante**, que foi igualmente demandante no processo C-682/17, explora em Großenkneten (Baixa Saxónia) uma instalação de tratamento de gás natural na qual se recupera enxofre. O dispositivo de recuperação de enxofre aplica o denominado processo Claus. A instalação da ora demandante destina-se ao tratamento do gás natural (gás bruto) proveniente de jazidas. Tendo em conta a elevada concentração de sulfureto de hidrogénio também é designado por gás ácido. O gás natural extraído do subsolo contém necessariamente dióxido de carbono. O dióxido de carbono, tal como sucede com outros componentes do gás bruto, tem de ser parcialmente eliminado antes da injeção do gás natural na rede de abastecimento, a fim de se manter a qualidade imposta pela entidade exploradora da rede. Na instalação de tratamento de gás natural da demandante eliminam-se do gás natural extraído tanto os compostos de enxofre como o dióxido de carbono e recupera-se enxofre elementar. A instalação de tratamento de gás natural é composta, no essencial, por uma unidade de recuperação de enxofre (por sua vez composta por unidades Claus, sobreaquecedor de vapor, caldeira de vapor e unidade de motores a gás), unidades de dessulfuração (de limpeza) e de secagem do gás natural, unidades de depuração e unidades de queima de emergência. As unidades Claus são a principal fonte de emissões de CO₂.
- 2 A Deutsche Emissionshandelsstelle (autoridade alemã do comércio de licenças de emissão, a seguir «DEHSt»), por decisão de 17 de fevereiro de 2014, atribuiu à demandante, para o período de 2013-2020 (terceiro período de comércio), 4 216 048 licenças de emissão a título gratuito. Essa atribuição baseou-se, em parte, na aplicação de um parâmetro relativo ao calor e, em parte, na aplicação de um parâmetro relativo ao combustível. A DEHSt indeferiu o pedido igualmente formulado pela demandante no sentido de lhe serem atribuídas licenças por emissões de processo, com o fundamento de que as emissões de dióxido de carbono não resultam do processo de tratamento de gás natural (o denominado processo Claus) propriamente dito, encontrando-se antes esse dióxido de carbono já contido na matéria-prima utilizada no tratamento de gás natural.

Desta forma, as emissões são apenas encaminhadas através da instalação, como parte necessária do processo.

3 Em 12 de março de 2014, a demandante apresentou reclamação contra a decisão de atribuição, a qual foi indeferida pela DEHSt por decisão de 7 de outubro de 2019. A DEHSt fundamentou a sua decisão, no essencial, referindo que não era possível atribuir licenças por aplicação de um parâmetro relativo às emissões de processo, nos termos do § 2, n.º 29, b, ee), do Regulamento de atribuição de licenças (a seguir «ZuV 2020»). No processo que decorre nas denominadas unidades Claus está em causa uma reação química exotérmica, pela qual o sulfureto de hidrogénio é transformado em enxofre. O calor produzido durante essa reação é captado através das caldeiras de recuperação e é utilizado na própria instalação. A atribuição pela utilização do calor gerado nas unidades Claus, na subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor, ocorreu devidamente. No quadro do tratamento do gás bruto em gás natural é criado enxofre, numa reação química exotérmica. O dióxido de carbono não participa nem é necessário à reação química que caracteriza o denominado processo Claus. O dióxido de carbono deve apenas ser considerado um gás associado ao combustível utilizado. O que é utilizado, na aceção da disposição aplicável do Regulamento de atribuição de licenças, é apenas o sulfureto de hidrogénio, que não contém carbono. Através da reação química que caracteriza o processo Claus não é gerado mais dióxido de carbono. Por conseguinte, este dióxido de carbono, que é seguidamente libertado para a atmosfera através de uma chaminé, não resulta do processo Claus.

4 Através da ação intentada em 8 de novembro de 2019, a demandante mantém o seu pedido.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

5 A **demandante** alega o seguinte: o processo Claus exige que o gás utilizado contenha um elevado nível de sulfureto de hidrogénio. No processo Claus ocorre uma transformação exotérmica de sulfureto de hidrogénio em enxofre, em duas fases. Numa primeira fase térmica, queima-se cerca de um terço do sulfureto de hidrogénio num forno Claus, produzindo-se dióxido de enxofre. Numa segunda fase, é obtido mais enxofre em resultado de uma reação exotérmica em dois ou três níveis catalíticos sucessivos. Após o último nível catalítico, o gás Claus contém ainda, para além de nitrogénio, vapor de água e dióxido de carbono, vestígios de compostos de enxofre, que são posteriormente eliminados na unidade de depuração de gás, ligados a jusante. O CO₂ ora controvertido, que é conduzido dos lavadores de gás para a unidade Claus e que integra necessariamente o gás ácido por causa da natureza das matérias-primas utilizadas, não participa no processo Claus, mas, juntamente com o gás Claus, que contém sulfureto de hidrogénio, é conduzido para a depuração, sendo depois libertado na atmosfera através de uma chaminé. A fonte principal da emissão de CO₂ é o CO₂ que é desde logo inerente ao gás ácido em estado livre. Este CO₂ é

libertado para a atmosfera no âmbito da recuperação de enxofre por aplicação do processo Claus. Segundo o Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de junho de 2019, a libertação do dióxido de carbono inerente encontra-se sujeito ao regime de comércio de licenças de emissão.

- 6 A demandante reivindica o direito à atribuição a título gratuito para uma subinstalação com emissões de processo, nos termos do § 2, n.º 29, alínea b, ee) do ZuV 2020 ou do artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/278 da Comissão. Segundo alega, as emissões de dióxido de carbono controvertidas resultam da utilização de uma matéria-prima carbonada. O gás ácido necessário à recuperação de enxofre é extraído a partir de reservas naturais em jazidas situadas no subsolo e contém uma mistura de sulfureto de hidrogénio, vapor de água, metano e dióxido de carbono. O dióxido de carbono contém carbono.
- 7 Ainda segundo a demandante, ao contrário do que defende a demandada, o dióxido de carbono não deve ser considerado um mero gás associado. De resto, a demandante retoma a este propósito o que já alegou no processo principal que deu origem ao processo C-682/17.
- 8 A demandante considera, ainda, que, ao contrário do que entende a demandada, também não se verifica um mero trânsito do dióxido de carbono. O que a demandante expõe, a este propósito, corresponde no essencial ao que alegou no processo principal que deu origem ao processo C-682/17.
- 9 Segundo a demandante, a redação da definição do conceito de subinstalação com emissões de processo pressupõe, justamente, que a matéria-prima utilizada contenha carbono. A redação da disposição aplicável não exige que o carbono participe na reação química que ocorre no processo. A utilização pressupõe, apenas, que algo seja utilizado para um determinado fim. É o que resulta, de resto, das diferentes versões linguísticas do artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/278. Ao contrário do que sucede com este artigo 3.º, alínea h), ponto v), nos processos a que se refere o artigo 3.º, alínea h), ponto iv), pressupõe-se, por exemplo, expressamente que a matéria-prima carbonada participe na reação.
- 10 Outros argumentos esgrimidos pela demandante e assentes em considerações de carácter sistemático e teleológico, no sentido de que nas emissões de processo o que releva não é a participação do carbono na reação Claus, mas sim a mera causalidade do respetivo processo na geração de emissões de CO₂, correspondem ao que foi alegado no processo principal que deu origem ao processo C-682/17.
- 11 Por fim, a demandante observa que as regras de atribuição harmonizadas não se destinam a fazer com que as instalações para a produção de enxofre apenas possam beneficiar de atribuições segundo o parâmetro de referência relativo ao calor. A limitação ao parâmetro de referência relativo ao calor implicaria uma diferença de tratamento injustificada, tendo em consideração os muitos outros

produtos químicos para os quais se prevê expressamente, no anexo I da Decisão 2011/278, parâmetros de referência relativos a produtos. Importa ainda ter em conta que as quantidades de dióxido de carbono extraídas do subsolo não se encontram cobertas por nenhuma outra subinstalação.

- 12 O alegado pela **demandada** corresponde, no essencial, à argumentação expendida no processo principal que deu origem ao processo C-682/17.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 13 O órgão jurisdicional de reenvio faz notar que, diferentemente do que estava em causa no processo C-682/17 já decidido pelo Tribunal de Justiça, no presente caso a central térmica da demandante só foi ligada à rede em 2014, sendo que só no verão de 2014 e, portanto, já depois do início do terceiro período de comércio e da emissão da decisão de atribuição de licença é que, pela primeira vez, injetou eletricidade na rede pública.

- 14 As primeiras três questões prejudiciais que têm por objeto determinar se e de acordo com que parâmetro de referência a instalação em causa tem direito à atribuição de licenças de emissão a título gratuito relativamente ao denominado processo Claus que nela decorre, tem influência sobre o valor total do direito à atribuição da demandante.

- 15 A quarta questão prejudicial tem em conta o exposto pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 8 de setembro de 2016, Borealis e o., mais concretamente nos n.ºs 62 e 69 deste acórdão.

- 16 Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, resulta dessa exposição que para efeitos de atribuição não se deve colocar a questão da hierarquia entre as três denominadas abordagens de recurso. Se as definições se excluem mutuamente em todos os casos possíveis, só é concebível proceder à atribuição de acordo com um dos três parâmetros de referência. A demandada continua a defender, em vários outros processos pendentes junto desta Secção, que existe uma hierarquia entre as três denominadas abordagens de recurso, assumindo então que o parâmetro de referência relativo ao calor tem prevalência sobre o parâmetro de referência emissões de processo.

- 17 Sem prejuízo das respostas que vierem a recair sobre as três primeiras questões prejudiciais, no caso em apreço as emissões resultantes do denominado processo Claus parecem poder ser abrangidas tanto pela definição do parâmetro de referência relativo ao calor como pela definição de emissões de processo. A delimitação entre o parâmetro de referência relativo ao calor e o parâmetro de referência relativo ao combustível é clara, atendendo à distinção entre calor mensurável e calor não mensurável. A presente Secção, sem prejuízo das respostas que vierem a recair sobre as três primeiras questões prejudiciais, considera necessário esclarecer a relação entre a atribuição segundo o parâmetro de referência relativo ao calor e a atribuição segundo emissões de processo.

Efetivamente, se no denominado processo Claus for utilizada uma matéria-prima carbonada, na aceção do artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/278, então é concebível que o calor gerado pela reação química exotérmica do processo Claus dê origem a uma atribuição tanto de acordo com o parâmetro de referência relativo ao calor, segundo o artigo 3.º, alínea c), como de acordo com o parâmetro de referência emissões de processo, segundo o artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/278.

A presente Secção considera a quinta questão prejudicial relevante para a boa decisão da causa se no presente processo não vier a ser proferida uma decisão que transite em julgado antes do termo do terceiro período de comércio.

- 18 O terceiro período de comércio termina a 31 de dezembro de 2020. Segundo a jurisprudência dos tribunais alemães, o termo do primeiro e do segundo períodos de comércio implicou que os direitos à atribuição ainda pendentes no dia 30 de abril do ano seguinte ao do termo do período em causa já não pudessem ser concedidos e, na falta de uma disposição transitória de direito nacional, fossem considerados extintos. Não foi ainda adotada, para o terceiro período de comércio, uma disposição transitória que regule os direitos à atribuição pendentes por falta de decisão judicial em processos em curso. Esta falta de disposição transitória foi justificada com o fundamento de o regime da atribuição de direitos a título gratuito, para o período de comércio 2021-2030, ter de constar, de uma forma global, do Regulamento relativo à atribuição de licenças da UE, e, por conseguinte, só ser admissível proceder-se a uma compensação de direitos à atribuição que abranja vários períodos se isso vier a ser expressamente previsto no Regulamento relativo à atribuição de licenças para o quarto período de comércio (regulamento este que ainda se encontrava em elaboração no momento em que o Governo alemão se pronunciou).
- 19 O órgão jurisdicional de reenvio entende que a matéria dos direitos à atribuição ainda não decididos deve ser apreciada de forma harmonizada, à luz do direito da União. Faz ainda notar que nem a Diretiva 2003/87 nem a Decisão 2011/278 contêm um regime jurídico expresso a este propósito. O Regulamento Delegado (UE) 2019/331 da Comissão de 19 de dezembro de 2018 (JO 2019, L 59, p. 8, «Regulamento relativo à atribuição de licenças»), entretanto adotado, também não contém qualquer regime relativo à compensação de direitos à atribuição que abranja vários períodos, nem que seja sob a forma de uma cláusula de salvaguarda jurisprudencial.
- 20 O regime do artigo 13.º da Diretiva 2003/87, sobre a validade das licenças de emissão, nada diz acerca das licenças que ainda não tenham sido atribuídas no termo do terceiro período de comércio. Nos termos do sétimo considerando da Decisão (UE) 2015/1814 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 2015, deverão ser inseridas na reserva, em 2020, as licenças de emissão não atribuídas a instalações nos termos do artigo 10.º-A, n.º 7, da Diretiva 2003/87/CE e as licenças de emissão não atribuídas a instalações em virtude da aplicação do artigo 10.º-A, n.ºs 19 e 20, da referida diretiva («licenças de emissão

não atribuídas»). O órgão jurisdicional de reenvio entende que este sétimo considerando milita a favor do entendimento segundo o qual a transição do terceiro para o quarto período de comércio não implica a extinção dos direitos a atribuições complementares que naquele momento ainda se encontrem por satisfazer. Contudo, não existe um regime inequívoco que regule o destino desses direitos a atribuições complementares que, no termo do terceiro período de comércio, permaneçam por satisfazer.

- 21 Esta questão coloca-se em vários processos que se encontram pendentes quer junto da presente Secção, quer ainda noutras instâncias da ordem jurisdicional nacional. Uma vez que não irão existir decisões transitadas em julgado em todos os processos, até ao termo do terceiro período de comércio, e uma vez que os operadores receiam a extinção dos direitos a atribuições complementares, em face da jurisprudência até ao momento proferida pelos tribunais alemães, já foi comunicado à presente Secção que irão ser instaurados processos cautelares. Nestes processos cautelares, a presente Secção não vai poder antecipar-se a uma decisão do Tribunal de Justiça, necessária ao esclarecimento desta questão.
- 22 O órgão jurisdicional de reenvio solicita ao Tribunal de Justiça que, mesmo independentemente da resposta às demais questões prejudiciais, se pronuncie acerca da questão dos efeitos do termo do terceiro período de comércio sobre o destino dos direitos à atribuição até ao momento ainda não satisfeitos, já que se trata de uma questão fundamental que se suscita em todos os processos pendentes na União que tenham por objeto a atribuição complementar de licenças de emissão, e que carece de esclarecimento urgente, de forma a se garantir a segurança jurídica e a uniformidade da aplicação do direito da União em matéria de comércio de emissões.