

Processo C-189/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

26 de fevereiro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal,
Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

22 de novembro de 2018

Demandante e recorrente no recurso de «Revision»:

Spenner GmbH & Co. KG

Demandada e recorrida no recurso de «Revision»:

República Federal da Alemanha

Cópia certificada

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal)

DECISÃO

[Omissis]

[Omissis]

No litígio administrativo

Spenner GmbH & Co. KG,

[Omissis] 59597 Erwitte,

demandante e recorrente no recurso de «Revision»,

[Omissis]

contra

República Federal da Alemanha,

[*Omissis*] 14193 Berlim,

demandada e recorrida no recurso de «Revision»,

[*Omissis*]

a 7.^a Secção do Bundesverwaltungsgericht decidiu, em 22 de novembro de 2018, após a audiência de 7 de novembro de 2018, o seguinte:

[*Omissis*]

É suspensa a instância perante o Bundesverwaltungsgericht.

Nos termos do artigo 267.º TFUE, solicita-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronuncie, a título prejudicial, sobre as seguintes questões:

1. O artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 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 (2011/278/UE), pressupõe que a extensão significativa da capacidade de uma instalação existente tenha ocorrido no período de referência que foi determinado pelo Estado-Membro em conformidade com o artigo 9.º, n.º 1, da Decisão (2011/278/UE)?

2. No caso de extensões significativas da capacidade, o artigo 9.º, n.º 9, primeiro parágrafo, em conjugação com o n.º 1, da Decisão 2011/278/UE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito da determinação do nível histórico de atividade do período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010, é necessário retirar o nível histórico de atividade da capacidade adicionada, caso (ou mesmo que) a extensão significativa da capacidade tenha ocorrido no período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008?

3. a) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

O artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE deve ser interpretado no sentido de que a autoridade competente do Estado-Membro deve determinar ela própria o período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008 ou de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010, ou pode o Estado-Membro conferir ao operador da instalação o direito de escolher o período de referência?

b) Caso o Estado-Membro possa conferir ao operador da instalação o direito de escolha:

O Estado-Membro deve basear-se no período de referência que dá origem ao nível histórico de atividade mais elevado, mesmo que, nos termos da lei do Estado-Membro, o operador da instalação possa escolher livremente entre os períodos de referência e opte por um período de referência com níveis históricos de atividade mais reduzidos?

4. A Decisão (UE) 2017/126 da Comissão, de 24 de janeiro de 2017, que altera a Decisão 2013/448/UE no que se refere ao estabelecimento de um fator de correção transetorial uniforme, em conformidade com o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, deve ser interpretada no sentido de que, no caso de atribuições anteriores a 1 de março de 2017, o fator de correção transetorial deve ser aplicado, nos termos da versão original do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448/UE, aos anos de 2013 a 2020 e, no caso de atribuições adicionais de licenças de emissão posteriores a 28 de fevereiro de 2017, por força de uma decisão judicial, à quantidade total de atribuições adicionais para os anos de 2013 a 2020, ou apenas às atribuições adicionais para os anos de 2018 a 2020?

Fundamentos:

I.

- 1 A demandante explora uma instalação com fornos rotativos destinada à produção de clínquer de cimento, sujeita ao regime de comércio de licenças de emissão. A mesma pede a atribuição de mais licenças de emissão a título gratuito para o terceiro período de comércio relativo aos anos de 2013 a 2020.
- 2 Em janeiro de 2012, a demandante apresentou um pedido de atribuição à Deutsche Emissionshandelsstelle (Serviço de Comércio de Licenças de Emissão alemão; a seguir «DEHSt»), nos termos do § 9 da Treibhausgas-Emissionshandelgesetz (Lei sobre o comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; a seguir «TEHG»). O formulário do pedido definiu como período de referência pertinente da instalação o período de 2005 a 2008 ou de 2009 a 2010, tendo a demandante optado pelos anos de 2009 a 2010 como período de referência. No que respeita à exploração efetiva da instalação, a demandante assinalou os anos civis de 2005 a 2010. Além disso, a demandante indicou ainda a existência de uma extensão da capacidade em 1 de abril de 2007 e uma nova extensão da capacidade em 2 de maio de 2008, as quais, em conjunto, são significativas.
- 3 Por decisão de 17 de fevereiro de 2014, a DEHSt atribuiu 3 810 723 licenças de emissão a título gratuito para a exploração da instalação. A demandante impugnou sem sucesso esta decisão e, de seguida, intentou uma ação, da qual desistiu parcialmente, tendo em consideração o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26 de outubro de 2016 (C-506/14), relativo ao fator de correção transetorial definido em violação do direito da União. O Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) suspendeu parcialmente o procedimento a este respeito e julgou a ação improcedente quanto ao restante, apesar de ser admissível. O § 8,

n.º 8, primeira frase, do 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 para o período entre 2013 e 2020; a seguir «ZuV 2020») devia ser interpretado no sentido de que, em caso de aumentos significativos de capacidade, a determinação do nível de atividade pertinente dependa de escolha do período de referência nos termos do § 8, n.º 1, do ZuV 2020. O § 8, n.º 8, primeira frase, do ZuV 2020 remete para os n.ºs 2 a 5, que, por sua vez, remetiam para o período de referência escolhido nos termos do § 8, n.º 1, do ZuV 2020.

- 4 A concessão aos operadores de um direito de escolha no § 8, n.º 1, do ZuV 2020 está em conformidade com o direito da União. A expressão «os Estados-Membros devem determinar», constante do artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE, não deve ser necessariamente entendida no sentido de que compete aos Estados-Membros determinar os níveis históricos de atividade com base no período de referência com o valor mais elevado. Importa entender esta parte da frase no contexto de os Estados-Membros serem os destinatários da Decisão 2011/278/UE, em conformidade com o seu artigo 25.º Os Estados-Membros determinavam, por conseguinte, os níveis históricos de atividade através da transposição da Decisão 2011/278/UE. A disposição não regula, no entanto, de que forma este objetivo deve ser concretizado, pelo que uma transposição como a que ocorreu no caso da Alemanha com o § 8, n.º 1, do ZuV 2020, nos termos do qual a escolha do período de base é deixada aos operadores, está coberta pelo artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE.
- 5 O documento da Comissão Europeia intitulado «Guidance Document n.º 2» defende a admissibilidade da concessão de um direito de escolha aos operadores, mencionando a possibilidade de escolha dos operadores. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, apesar da falta de valor jurídico, o «Guidance Document n.º 2» assume relevância no âmbito da interpretação da Decisão 2011/278/UE. Além disso, o formulário modelo da Comissão Europeia para a recolha de dados, necessária para determinar a quantidade provisória de licenças de emissão, prevê um direito de escolha dos operadores.
- 6 A DEHSt não estava obrigada a ter oficiosamente em consideração os dados mais favoráveis do período de referência ou a solicitar uma correspondente correção ao requerente.
- 7 A demandante interpôs um recurso direto de «Revision» desta decisão, considerando que a interpretação do § 8, n.º 8, do ZuV 2020 pelo Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) é incompatível com o disposto no artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 2011/278/UE. Esta disposição apenas se baseia na questão de saber se a capacidade de uma instalação existente foi significativamente aumentada entre 1 de janeiro de 2005 e 30 de junho de 2011. O artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE não assume relevância no que respeita ao direito de escolha do operador. Pelo contrário, a responsabilidade pela

determinação do nível histórico de atividade é atribuída aos Estados-Membros. Todo o corpo de regras da União Europeia em matéria de atribuições parte, no âmbito da determinação da quantidade provisória de licenças de emissão anuais, da obrigação de agir dos Estados-Membros. No seu formulário, a demandada pediu informações em relação a todos os volumes de produção anuais entre 2005 e 2010. Por conseguinte, pode optar pelo período de referência com o nível de atividade mais elevado.

II.

- 8 A instância deve ser suspensa. Deve submeter-se um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir «Tribunal de Justiça»), nos termos do artigo 267.º TFUE, a respeito das questões formuladas na parte decisória.
- 9 As disposições relevantes do direito da União constam do artigo 10.º-A, n.º 1, 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 (JO 2003, L 275, p. 32), com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 (JO 2009, L 140, p. 63), do artigo 9.º e do décimo sexto considerando da Decisão 2011/278/UE 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), do artigo 4.º da Decisão da Comissão 2013/448/UE 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 2013, L 240, p. 27) e dos décimo segundo e décimo terceiro considerandos da Decisão (UE) 2017/126 da Comissão de 24 de janeiro de 2017 que altera a Decisão 2013/448/UE no que se refere ao estabelecimento de um fator de correção transetorial uniforme, em conformidade com o artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO 2017, L 19, p. 93).
- 10 As disposições pertinentes do direito alemão constam do Regulamento relativo à atribuição de licenças de emissão de gases com efeito de estufa para o período entre 2013 e 2020 (a seguir «ZuV 2020»), de 26 de setembro de 2011 (BGBl. I, p. 1921), na redação que lhe foi dada pela Lei de 13 de julho de 2017 (BGBl. I, p. 2354).

O § 8 do ZuV 2020 tem a seguinte redação:

«Nível de atividade relevante

1. Em relação às instalações existentes, o nível de atividade relevante é determinado com base nos dados recolhidos nos termos da § 5, após escolha

do requerente, de forma uniforme para todos os elementos de atribuição da instalação, baseando-se ou no período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008, inclusive, ou no período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010, inclusive.

2. Para cada produto da instalação em relação ao qual deve ser determinado um elemento de atribuição na aceção do § 3, n.º 1, ponto 1, o nível de atividade relevante deve ser constituído pelo valor mediano do conjunto dos volumes anuais deste produto durante o período de referência escolhido em conformidade com o n.º 1. *[omissis]*

3. *[Omissis] [omissis]*

[...]

6. Para determinar os valores medianos nos termos dos n.ºs 2 a 5, apenas são tidos em consideração os anos civis durante os quais a instalação tenha estado em funcionamento durante pelo menos um dia. A título de derrogação, no âmbito da determinação dos valores medianos das instalações, também são tidos em consideração os anos civis em que, durante o período de referência, a instalação não tenha estado em funcionamento durante, pelo menos, durante um dia *[omissis]* [Especificidades da determinação dos valores medianos]

1. *[Omissis]*

2. *[Omissis]*

3. *[Omissis]*

7. Em derrogação do disposto nos n.ºs 2 e 5, os níveis de atividade são calculados com base na capacidade inicial instalada de cada elemento de atribuição, multiplicada pelo fator de utilização pertinente, determinado em conformidade com o § 17, n.º 2 [condições da aplicabilidade desta derrogação] *[omissis]*

1. *[Omissis]*

2. *[Omissis]*

3. *[Omissis]*

8. Em caso de extensões significativas da capacidade entre 1 de janeiro de 2005 e 30 de junho de 2011, o nível de atividade relevante do elemento de atribuição corresponde à soma do valor mediano, determinado ao abrigo dos n.ºs 2 a 5, sem a extensão significativa da capacidade e do nível de atividade da capacidade adicionada. Neste âmbito, o nível de atividade da capacidade adicionada corresponde à diferença entre a capacidade instalada

do elemento de atribuição, após a extensão da capacidade, e a capacidade instalada inicial do elemento de atribuição modificado, até ao início do funcionamento modificado, multiplicada pela utilização média da capacidade do elemento de atribuição em causa no período de 1 de janeiro de 2005 ao final do ano civil anterior ao início do funcionamento modificado. Em caso de extensões significativas da capacidade em 2005, estas são tratadas, a pedido do operador, como extensões da capacidade não significativas; caso contrário, nesses casos, é determinante, para efeitos de determinação da utilização média da capacidade do elemento de atribuição em causa, a média mensal de utilização da capacidade em 2005, até ao mês anterior ao início do funcionamento modificado. No caso de várias extensões da capacidade, é determinante a utilização média da capacidade do elemento de atribuição em causa antes do início do funcionamento da primeira modificação.

9. [Sobre as reduções de capacidade] *[omissis]*»

III.

- 11 Nos termos do artigo 267.º do TFUE, é necessário apresentar um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça e suspender o processo de recurso de «Revision», na medida em que a decisão da Secção competente sobre o recurso de «Revision» depende da resposta dada às questões submetidas ao Tribunal de Justiça relacionadas com a interpretação da Decisão 2011/278/UE da Comissão, de 27 de abril de 2011, e da Decisão (UE) 2017/126 da Comissão, de 24 de janeiro de 2017.
- 12 As questões prejudiciais necessitam de ser esclarecidas pelo Tribunal de Justiça, uma vez que ainda não foram clarificadas pela sua jurisprudência nem são evidentes. As seguintes considerações revestem importância a respeito de cada uma das questões prejudiciais:
- 13 Quanto à primeira questão:
- A resposta à primeira questão depende de saber se a extensão significativa da capacidade não deve ser tida em consideração no presente processo, uma vez que não se realizou no período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010. Caso o Tribunal de Justiça responda afirmativamente à questão prejudicial, deve ser negado provimento ao recurso de «Revision». Em caso contrário, a sentença do Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo) deve ser anulada e o processo remetido para o Verwaltungsgericht para reapreciação.
- 14 A base de direito da União para a Decisão 2011/278/UE, cujo artigo 9.º contém disposições relativas ao nível histórico de atividade das instalações existentes, é constituída pela Diretiva 2003/87/CE. Nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87/CE, a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão. Baseando-se nesta disposição, a Comissão criou, através da Decisão

2011/278/UE, regras harmonizadas a nível da União para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito, em conformidade com o disposto no artigo 10.º-A, n.º 1, da Diretiva 2003/87. Tais regras harmonizadas concretizam a exigência essencial de reduzir ao mínimo as distorções da concorrência no mercado interno (v. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2016, C-540/14 P [ECLI:EU:C:2016:469], DK Recycling e Roheisen/Comissão, n.º 53, e de 22 de fevereiro de 2018, C-572/16 [ECLI:EU:C:2018:100], INEOA Köln GmbH, n.ºs 29 e segs.). Por conseguinte, a Secção competente pressupõe que as regras de atribuição de licenças, que até então eram definidas pelos Estados-Membros por via de um plano nacional de atribuição de licenças de emissão, foram harmonizadas ao nível da União através da Decisão 2011/278/UE (quanto aos domínios do procedimento para a atribuição gratuita de licenças de emissão que ainda não foram objeto de uma harmonização exaustiva, v. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de fevereiro de 2018, C-572/16, n.º 40).

- 15 O artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 2011/278/UE diz respeito à extensão ou à redução significativa da capacidade de uma instalação existente entre 1 de janeiro de 2005 e 30 de junho de 2011. De acordo com a sua redação, esta disposição apenas se baseia na questão de saber se a capacidade de uma instalação existente foi substancialmente ampliada neste período. No entanto, na segunda parte do primeiro parágrafo do n.º 9 do artigo 9.º da Decisão 2011/278/UE apenas se remete de forma indireta para os períodos de referência. Nos termos da mesma, os níveis históricos de atividade da instalação em causa correspondem à «soma dos valores medianos determinados em conformidade com o n.º 1, sem a modificação significativa da capacidade». Nos termos do n.º 1, estabelece-se uma diferenciação entre os períodos de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008 e de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010 para a determinação dos valores medianos.
- 16 Nos termos do artigo 9.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Decisão 2011/278/UE, os níveis históricos de atividade da capacidade adicionada são calculados de acordo com a diferença entre as capacidades iniciais instaladas e a capacidade instalada após a modificação, multiplicada pela utilização histórica média da capacidade da instalação em causa nos anos anteriores ao início do funcionamento modificado. A soma dos níveis históricos de capacidade, determinados em conformidade com o n.º 1, e os níveis históricos da capacidade adicionada, determinados em conformidade com o n.º 2, equivale aos níveis históricos de capacidade adicional da instalação existente alargada.
- 17 Caso esta disposição deva ser entendida no sentido de que apenas são tidas em conta as extensões da capacidade que se verificaram após o início do período relevante nos termos do n.º 1, não é possível ter em consideração no âmbito do artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 2011/78/UE extensões da capacidade que – tal como no caso em apreço – se verificaram no período de referência de 2005 a 2008, caso o período de 2009 a 2010 seja o período de referência pertinente para a formação do valor mediano (v., a este respeito, a segunda e a terceira questões).

- 18 O Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) considera que se deve responder a esta questão no sentido de que apenas devem ser tidas em consideração extensões da capacidade realizadas durante o período de referência pertinente («após o início»). O teor do artigo 9.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278/UE aponta neste sentido, mas não é, no entanto, inequívoco a este respeito. Apesar de remeter para os períodos de referência do n.º 1, não é explícito quanto à questão de saber se a extensão se deve realizar no período de referência pertinente nos termos do n.º 1.
- 19 A terceira frase do décimo sexto considerando da Decisão 2011/278/UE também não é clara. Apesar de permitir reconhecer o objetivo de ter em consideração cada extensão significativa da capacidade durante esse período, o referido considerando não esclarece como se deve proceder numa situação como a que está aqui em causa.
- 20 A favor da tese de que apenas devem ser tidas em consideração extensões da capacidade durante o período de referência previsto no artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 2011/278/UE deve ser apontado o facto de a extensão do volume de produção ocorrida antes do período de referência estar incluída, enquanto parte da capacidade total instalada, no valor mediano do período de referência posterior, sendo por conseguinte tida em consideração no âmbito da atribuição. Uma nova contabilização no âmbito do artigo 9.º, n.º 9, da Decisão 2011/278/UE conduziria a uma dupla consideração da extensão da capacidade. O mesmo se aplicaria no caso da redução da capacidade.
- 21 No caso de extensões significativas da capacidade entre 1 de janeiro de 2005 e 30 de junho de 2011, o regulamento nacional ZuV 2020 parte do princípio de que o § 8, n.º 8, primeira frase, do ZuV 2020 não se aplica a modificações significativas da capacidade antes do período de referência escolhido em conformidade com o n.º 1 [omissis]. O § 8, n.º 8, primeira frase, do ZuV 2020 remete para os n.ºs 2 a 5, os quais, por sua vez, se referem ao período de referência escolhido nos termos do § 8, n.º 1, do ZuV 2020. Neste sentido, o valor mediano determinado nos termos do § 8, n.ºs 2 a 5, do ZuV 2020 depende do período de referência que foi escolhido. Nos termos do § 8, n.º 8, frase 1, do ZuV 2020, o nível de atividade total corresponde à soma do valor mediano do elemento de atribuição, determinado nos termos dos n.ºs 2 a 5, sem a extensão significativa da capacidade e o nível de atividade da capacidade adicionada. O facto de o § 8, n.º 8, primeira frase, do ZuV 2020 se referir à capacidade adicionada serve para determinar a relação entre a capacidade adicionada e a capacidade inicial, em relação à qual foi escolhido um período de referência ao abrigo do § 8, n.º 1, do ZuV 2020. Neste sentido, o § 8, n.º 8, do ZuV 2020 apenas se aplica no caso de uma extensão significativa da capacidade ter ocorrido após o início do período de referência pertinente.
- 22 Quanto à segunda questão:

Esta questão é relevante para a decisão caso a consideração da extensão significativa da capacidade não dependa da determinação do período de referência nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE. O pedido de decisão prejudicial levanta a questão relativa à consideração da extensão significativa da capacidade para calcular o nível de atividade total de uma extensão significativa da capacidade no período de referência compreendido entre 1 de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2008, no âmbito da determinação do nível histórico de atividade do período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010. No caso em apreço, a extensão significativa da capacidade ocorreu em 2 de maio de 2008, ou seja, durante o período compreendido entre 1 de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2008. No entanto, de acordo com a demandada e o Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo), o período de referência pertinente situa-se entre 1 de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2010. Tal como já foi referido no âmbito da primeira questão, neste caso a inclusão da capacidade adicionada levaria a uma dupla consideração da extensão da capacidade. Caso a extensão significativa da capacidade ocorresse antes do início do período de referência, os valores medianos incluiriam desde o início também os volumes de produção da extensão.

23 Quanto à terceira questão:

a) A alínea a) da terceira questão é relevante para a decisão caso a consideração da extensão significativa da capacidade dependa da determinação do período de referência pelo Estado-Membro nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE. Nos termos do § 8, n.º 1, do ZuV 2020, o nível de atividade é determinado uniformemente de acordo com a escolha do requerente para todos os elementos de atribuição da instalação, com base ou no período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008, inclusive, ou no período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010, inclusive. De acordo com a demandada, o requerente está vinculado à escolha [v., a este respeito, alínea b) da terceira questão].

24 Em contrapartida, a Decisão 2011/278/UE refere no artigo 9.º, n.º 1, que «os Estados-Membros» devem determinar os níveis históricos de atividade de cada instalação com base no período de referência de 1 de janeiro de 2005 a 31 de dezembro de 2008, ou, caso sejam mais elevados, para o período de referência de 1 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2010. Esta formulação sugere que apenas as autoridades do Estado-Membro são responsáveis pela determinação e que não existe um direito de escolha do requerente. No entanto, também há elementos indicativos que podem fundamentar uma leitura diferente. Neste sentido, na primeira frase do anexo IV da Decisão 2011/278, para fins da recolha dos dados de base referidos no artigo 7.º, n.º 1, os Estados-Membros devem exigir ao operador que apresente, pelo menos, os seguintes dados relativamente a todos os anos civis do período de referência escolhido nos termos do artigo 9.º, n.º 1 (2005-2008 ou 2009-2010). Tal permitiria conferir à formulação «os Estados-Membros devem determinar», constante do artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE, o significado de o próprio operador definir o período de referência.

Também o formulário modelo publicado pela Comissão Europeia para a recolha de dados do pedido se refere, na página 5, ponto 2, a), à escolha do período de referência pelo operador: «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». Neste sentido, esta formulação pode ser considerada como um indício da vontade da Comissão quanto à escolha do período de referência pertinente pelo operador. Nos pontos 6.1 e 6.4, o «Guidance Document n.º 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012)» parte igualmente do princípio de uma possibilidade de escolha («The chosen baseline period[...]» e «[...] the operator needs to determine[...]»), esclarecendo no ponto 6.1 que, em princípio, deve ser escolhido o período de referência que conduz a um nível de atividade mais elevado, o que poderia ser apontado como contrário ao direito de escolha livre. O «Guidance Document n.º 2», por seu lado, não é juridicamente vinculativo e não reflete a posição oficial da Comissão (p. 3, ponto 1.1; v., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2016, C-180/15 [ECLI:EU:C:2016:647], Borealis e o., n.º 75, relativo ao «Guidance Document n.º 6», e n.º 105 quanto ao «Guidance Document n.º 8»).

- 25 b) A terceira questão, alínea b), diz respeito ao caso em que o operador pode escolher entre os períodos de referência, mas possivelmente adota uma decisão economicamente desfavorável. Neste âmbito, coloca-se a questão de saber se o Estado-Membro pode, mesmo assim, basear-se no período de referência que conduz ao nível histórico de atividade mais elevado. A favor desta ideia pode apontar-se o facto de tanto o artigo 9.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE como o décimo sexto considerando, segunda frase, da decisão pretenderem atingir o objetivo de considerar pertinente o nível histórico de atividade mais elevado. O ponto 6.1 do «Guidance Document n.º 2» [ver *supra*, questão 3, a)] utiliza termos análogos. Neste sentido, é duvidoso que da Decisão 2011/278/UE seja possível deduzir uma obrigação de optar pelo «regime mais vantajoso», uma vez que o artigo 9.º, n.º 1 da decisão se refere expressamente aos «dados recolhidos nos termos do artigo 7.º». No entanto, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Decisão 2011/278/UE, os Estados-Membros apenas têm de recolher dados em relação a um dos dois períodos de referência, mesmo que o formulário utilizado na Alemanha solicite informações relativas aos dois períodos de referência. Caso não exista qualquer obrigação imposta aos Estados-Membros de recolha de dados relativos aos dois períodos de referência, o Bundesverwaltungsgericht considera que tal se opõe a uma obrigação das autoridades do Estado-Membro de verificar se o operador escolheu o período de referência correto, apesar de estes dados existirem efetivamente. No entanto, a renúncia ao direito a uma avaliação oficiosa estaria de certo modo em contradição com o objetivo da Decisão 2011/278/UE, expresso no artigo 9.º, alínea l), e na segunda frase do décimo sexto considerando, de garantir que o período de referência seja o mais possível representativo dos ciclos da indústria através da consideração do nível histórico de atividade mais elevado.

26 Quanto à quarta questão:

A quarta questão é relevante para a decisão caso o recurso seja considerado procedente quanto ao mérito.

27 No seu Acórdão de 28 de abril de 2016, C-191/14 e o. [ECLI:EU:C:2016:311], Borealis Polyolefine GmbH, o Tribunal de Justiça concluiu pela invalidade do artigo 4.º e do anexo II da 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. Os efeitos da declaração de invalidade do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448 são limitados no tempo de modo a que, por um lado, esta declaração só produza efeitos após o termo de um período de dez meses a contar da data da prolação do referido acórdão, a fim de permitir que a Comissão proceda à adoção das medidas necessárias, e, por outro, as medidas adotadas até essa data com fundamento nas disposições declaradas inválidas não possam ser postas em causa. Consequentemente, a Comissão alterou a sua Decisão 2013/448/UE, no que se refere ao estabelecimento de um fator de correção transetorial uniforme no artigo 1.º da Decisão (UE) 2017/126 de 24 de janeiro de 2017, com efeitos a partir de 1 de março de 2017 (artigo 2.º), e redefiniu no artigo 4.º e no anexo II da Decisão 2013/448/UE o fator de correção transetorial uniforme para a atribuição a título gratuito de licenças em relação aos anos de 2013 a 2020. No décimo segundo considerando da Decisão (UE) 2017/126, a Comissão reproduziu os limites temporais em conformidade com o Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de abril de 2016. O décimo terceiro considerando refere-se a esta situação. Nos termos do mesmo, continuam a ser válidas as medidas adotadas pelos Estados-Membros em matéria de atribuição de licenças de emissão para o período de 2013 a 2020, bem como eventuais alterações e aditamentos subsequentes a essas medidas efetuados até à entrada em vigor da presente decisão. Além disso, o fator de correção transetorial deve aplicar-se nas decisões adotadas a partir de 1 de março de 2017 relacionadas com a criação ou modificação dos direitos de atribuição e que requeiram, para a sua determinação, a aplicação do fator de correção transetorial.

28 Neste sentido, a Secção competente considera que na versão original do artigo 4.º e do anexo II da Decisão 2013/448/UE o fator de correção transetorial deve ser aplicável a atribuições anteriores a 1 de março de 2017 para os anos de 2013 a 2020. Caso as atribuições tenham ocorrido antes de 1 de março de 2017, não se deveria considerar a possibilidade de um agravamento retroativo do fator de correção para os anos de 2013 a 2020. Esta é também a posição da Comissão na «Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee», de 13 de fevereiro de 2017 [Ref. Ares(2017)770188 – 13/02/2017], quanto à implementação dos valores revistos para o fator de correção transetorial. Neste sentido, as decisões de atribuição tomadas até ao momento devem permanecer inalteradas, devendo aplicar-se o fator de correção transetorial a todas as decisões adotadas até 28 de fevereiro de 2017. Além disso, as normas existentes devem

ainda ser válidas até 28 de fevereiro de 2017, designadamente em determinadas apresentações oficiais por um Estado-Membro.

- 29 Importa igualmente esclarecer se o fator de correção transetorial para atribuições adicionais de licenças de emissão concedidas por decisão judicial após 28 de fevereiro de 2017 deve ser aplicado, em conformidade com a Decisão 2017/126/UE, ao total das atribuições adicionais para os anos de 2013 a 2020 ou apenas à atribuição adicional para os anos de 2018 a 2020.

[omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO