

Processo C-91/22**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:**

9 de fevereiro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália)

Data da decisão de reenvio:

25 de janeiro de 2022

Recorrente:

Fenice – Qualità per l'ambiente SpA

Recorridos:

Ministero della Transizione Ecologica (Ministério para a Transição Ecológica)

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministério do Desenvolvimento Económico)

Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto (Comissão Nacional para a gestão da Diretiva 2003/87/CE e para o apoio à gestão das atividades baseadas em projetos do Protocolo de Quioto)

Sendo intervenientes:

Hera SpA, Fca Italy SpA

[...][...]

Objeto do processo principal

Recurso de anulação da Decisão do Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto (Comissão Nacional para a gestão da Diretiva 2003/87/CE e

para o apoio à gestão das atividades baseadas em projetos do Protocolo de Quioto, Itália) (a seguir «Comissão ETS») de 12 de abril de 2021, de não atribuir a uma instalação explorada pela recorrente nenhuma licença de emissão de CO² a título gratuito para o período 2021-2025.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

1) Pode a decisão adotada pelo Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto (Comissão Nacional para a gestão da Diretiva 2003/87/CE e para o apoio à gestão das atividades baseadas em projetos do Protocolo de Quioto, Itália), tendo em conta o procedimento de adoção e, em especial, o mecanismo de diálogo com a Comissão Europeia previsto no Regulamento Delegado (UE) 2019/331 no que respeita à inclusão das instalações na lista de atribuição de licenças de emissão de CO², ser objeto de recurso autónomo para o Tribunal Geral da União Europeia ao abrigo do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, quando o ato impugnado produz efeitos jurídicos vinculativos e diz diretamente respeito ao operador económico recorrente?

2) De contrário, pode o operador económico particular diretamente lesado pela exclusão das atribuições de licenças de emissão de CO² com base na instrução conduzida conjuntamente pela Comissão Europeia e pelo Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto impugnar no Tribunal Geral da União Europeia nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, a decisão tomada pela Comissão Europeia de rejeitar a inclusão da instalação na lista prevista no artigo 14.º, n.º 4, do Regulamento Delegado (UE) 2019/331?

3) O conceito de «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87/CE, conforme resulta do Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 20 de junho de 2019, no processo C-682/17, ExxonMobil Production Deutschland GmbH/Bundesrepublik Deutschland, que tem por objeto o pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 267.º, TFUE, pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha), por Decisão de 28 de novembro de 2017, abrange também situações em que a instalação produz, em quantidade mínima, eletricidade de cogeração de baixo rendimento, caracterizando-se por uma pluralidade de fontes de energia térmica diferentes da cogeração que têm as características para o reconhecimento das licenças de emissão a título gratuito?

4) Essa interpretação da definição de «produtor de eletricidade» é compatível com os princípios gerais do direito da União do respeito pelas condições

concorrenciais entre operadores em caso de concessão de incentivos e da proporcionalidade da medida, nos casos em que exclui totalmente uma instalação que se caracteriza por uma pluralidade de fontes de energia, sem separar os valores de emissão relativos às fontes de calor diferentes da cogeração, que são plenamente elegíveis para receber os benefícios previstos?

Disposições e jurisprudência do direito da União invocadas

TFUE: Artigo 263.º, quarto parágrafo.

Diretiva 2003/87/CE (Diretiva ETS), conforme alterada pela Diretiva 2009/29/UE e, mais recentemente, pela Diretiva (UE) 2018/410.

A Diretiva ETS regula o sistema de comércio de licenças de emissão da União Europeia (*European Union Emissions Trading Scheme – EU ETS*), um instrumento essencial para combater as alterações climáticas e reduzir as emissões de gases com efeito de estufa de maneira economicamente eficiente. Este sistema funciona de acordo com o princípio da limitação e do comércio de licenças de emissão: é fixado um limite para a quantidade total de alguns gases com efeito de estufa e este limite é reduzido ao longo do tempo, de modo a que as emissões totais diminuam. Dentro deste limite, as empresas recebem ou compram licenças de emissão que, se necessário, podem trocar. No final de cada ano, as sociedades devem restituir um número suficiente de licenças que cubram as suas emissões para evitar a aplicação de sanções pecuniárias pesadas. Se uma empresa reduz as suas emissões, pode manter as licenças não utilizadas para suprir necessidades futuras ou vendê-las a outra empresa. A Diretiva ETS estabelece que, a partir de 2013, as instalações de produção de eletricidade e as instalações que realizam atividades de captura, transporte e armazenamento de carbono devem adquirir licenças de emissão em leilão para a totalidade das suas necessidades (atribuição a título oneroso). Pelo contrário, as instalações relacionadas com os setores transformadores têm direito à atribuição de licenças a título gratuito, com base no seu nível de atividade e padrões de referência (*benchmark*) desenvolvidos pela Comissão Europeia e válidos a nível europeu.

Diretiva 2012/27/UE, que define, entre outras, as instalações de cogeração de elevada eficiência (*High Efficiency CHP*).

Regulamento Delegado (UE) 2019/331 da Comissão, de 19 de dezembro de 2018, que estabelece, entre outras, as informações pedidas no que respeita às instalações abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva, bem como as regras e os procedimentos de envio dos dados à Comissão pelos Estados-Membros através das respetivas autoridades nacionais competentes. (Em Itália, é a Comissão ETS que determina a quantidade anual de licenças de emissão a atribuir a título gratuito aos operadores elegíveis e que envia à Comissão a lista que contém essas informações para cada instalação relativamente à qual é pedida a atribuição de licenças de emissão a título gratuito). A Comissão examina os dados comunicados e pode solicitar ao Estado-Membro documentação adicional.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de junho de 2019, C-682/17.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 2019, C-414/18.

Disposições de direito nacional invocadas

Decreto Legislativo del 4 aprile 2006, n.º 216 (Decreto Legislativo n.º 216, de 4 de abril de 2006) e Decreto Legislativo del 13 marzo 2013, n.º 30 (Decreto Legislativo n.º 30, de 13 de março de 2013), que, entre outros aspetos, indicam a Comissão ETS como a autoridade nacional competente para a execução do sistema ETS.

Decreto Legislativo del 9 giugno 2020, n.º 47 (Decreto Legislativo n.º 47, de 9 de junho de 2020), que estabelece, entre outros aspetos, que a Comissão ETS tem também a função de determinar a quantidade anual de licenças a atribuir a título gratuito em conformidade com as normas do direito da União.

Legge del 7 agosto 1990, n.º 241 (Lei n.º 241, de 7 de agosto de 1990): artigos 3.º e 10.º-*bis*.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A sociedade FENICE – Qualità per l’ambiente SpA, operador no setor das atividades ambientais e das energias alternativas, explora três instalações com uma potência térmica nominal total superior a 20 MW, que servem instalações industriais de terceiros, abrangidas pelo âmbito de aplicação do sistema ETS; uma das instalações é objeto do presente pedido de decisão prejudicial, enquanto as outras duas são objeto dos pedidos de decisão prejudicial C-92/22 e C-93/22.
- 2 No mês de junho de 2019, a recorrente enviou à Comissão ETS a documentação relativa ao pedido de atribuição de licenças de emissão a título gratuito para o período 2021-2025. Seguiu-se um pedido da Comissão à recorrente no sentido de esclarecer se a instalação em causa, que foi qualificada de produtora de eletricidade, era de cogeração de elevada eficiência (*High Efficiency CHP*) segundo a Diretiva 2012/27. A recorrente precisou que na instalação existe uma pluralidade de fontes de energia térmica diferentes da cogeração que, enquanto tais, deveriam beneficiar da atribuição das respetivas licenças de emissão, sendo a componente de produção de eletricidade absolutamente marginal e, em todo o caso, separável das outras fontes de combustão. Na sequência das diligências efetuadas com o acordo da Comissão Europeia, a Comissão ETS comunicou à recorrente que a instalação em causa não era elegível para beneficiar das licenças de emissão a título gratuito, pelo que não lhe atribuiu nenhuma dessas licenças.
- 3 A recorrente lamentou não ter beneficiado, injustamente, de nenhuma licença de emissão a título gratuito e interpôs recurso, alegando vários fundamentos relativos, nomeadamente, à violação, no que respeita ao direito interno, da legge

241/1990 (Lei n.º 241/1990) (artigos 3.º e 10.º-*bis*) e do decreto legislativo n.º 47/2020 (Decreto Legislativo n.º 47/2020), bem como, no que respeita ao direito da União, das Diretivas 2003/87 e 2018/410.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 4 A **recorrente**, a quem não foi atribuída nenhuma licença de emissão a título gratuito, considera, em primeiro lugar, quanto ao mérito, que essa circunstância se deve à incorreta consideração da situação de facto em que se encontra a instalação por si explorada. Com efeito, o artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 foi aplicado à instalação da recorrente com base numa interpretação errada do Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de junho de 2019, processo C-682/17, no qual se forneceu a interpretação do conceito de «produtor de eletricidade», que se caracteriza por injetar continuamente, mediante remuneração, uma parte, ainda que reduzida, da eletricidade produzida, na rede elétrica pública. A instalação em causa neste processo não pode considerar-se um produtor de eletricidade nessa aceção, na medida em que se trata de uma instalação em que várias fontes estão conjuntamente presentes, e este tipo de instalação não foi tido em consideração. A recorrente precisou ainda que a instalação em causa beneficiou da atribuição de licenças de emissão a título gratuito no período 2013-2020. A Comissão Europeia e a Comissão ETS deviam, por conseguinte, ter distinguido a energia térmica produzida pela central térmica (que podia ter recebido licenças de emissão a título gratuito) daquela produzida pela instalação de cogeração de baixo rendimento. Esta divisão era facilmente verificável e identificável nos vários documentos na sua posse.
- 5 Em segundo lugar, no que diz respeito à possível inadmissibilidade do recurso por incompetência do órgão jurisdicional, suscitada oficiosamente pelo órgão jurisdicional de reenvio, a recorrente alega que é a Comissão ETS, um órgão interministerial, que determina a inclusão de uma instalação na lista e decide sobre a atribuição final das licenças de emissão a título gratuito a cada uma das instalações incluídas nessa lista. A Comissão ETS atua como órgão do Ministero della Transizione Ecologica (Ministério para a Transição Ecológica, Itália) e, tratando-se de um órgão nacional e não da União, todos os atos por si praticados, têm a mesma eficácia de um ato administrativo e, portanto, cabe ao Estado-Membro – e neste caso ao órgão jurisdicional administrativo – fiscalizar a sua legalidade. A fiscalização da legalidade dos atos dos órgãos dos Estados-Membros é expressamente vedada ao Tribunal de Justiça, salvo se o ato for apenas formalmente adotado por um órgão nacional, mas, na realidade, resultar substancialmente de uma decisão ao nível da União, caso em que, como foi afirmado no Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 2019, C-414/18, o particular que se veja lesado por esse ato pode impugná-lo perante o Tribunal Geral da União Europeia, à semelhança de um ato adotado diretamente pelos órgãos da União.

- 6 O **Ministero della Transizione Ecologica** (Ministério para a Transição Ecológica) pede que seja negado provimento ao recurso por falta de fundamento.
- 7 Em primeiro lugar, quanto ao mérito, não estão preenchidos os pressupostos para a atribuição de licenças de emissão a título gratuito, uma vez que a instalação em causa não se enquadra nas situações excepcionais em que é possível reconhecer essas licenças a produtores de eletricidade. Para compreender o mérito da decisão da Comissão Europeia, deve partir-se do Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de junho de 2019, C-682/17, no qual se lê que uma instalação que, no âmbito da sua atividade de «combustão de combustíveis em instalações com uma potência térmica nominal total superior a 20 MW», referida no anexo I desta diretiva, produz eletricidade destinada essencialmente a ser utilizada para as suas próprias necessidades, deve ser considerada um «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), da diretiva (*electricity generator*), uma vez que essa instalação, por um lado, exerce simultaneamente uma atividade não abrangida pelo âmbito de aplicação ETS e, por outro, injeta continuamente, mediante remuneração, uma parte, ainda que reduzida, da eletricidade produzida, na rede elétrica pública, à qual a referida instalação deve estar ligada em permanência por razões técnicas. A consequência da qualificação de uma instalação de «*electricity generator*» (produtor de eletricidade) é a perda do direito à atribuição de licenças de emissão a título gratuito para qualquer eventual subinstalação, com exceção de alguns casos expressamente previstos na própria diretiva. Também se lê nesse acórdão que uma instalação que deve ser considerada um «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, não tem direito à atribuição de licenças de emissão a título gratuito para o calor produzido no âmbito da sua atividade de combustão de combustíveis em instalações com uma potência térmica nominal total superior a 20 MW, referida no anexo I desta diretiva, quando esse calor seja utilizado para fins distintos da produção de eletricidade, desde que tal instalação não preencha os requisitos previstos no artigo 10.º-A, n.ºs 4 e 8, da referida diretiva. As consequências deste acórdão são que uma instalação qualificável de «*electricity generator*» (produtor de eletricidade), como a do processo principal, não tem direito às licenças de emissão a título gratuito, pois não se enquadra em nenhum dos casos que admitem exceções a essa exclusão. À luz do exposto e na sequência de pedidos de esclarecimentos posteriores, a Comissão Europeia considerou que, não se tratando de uma instalação de cogeração de alta eficiência, não se verifica nenhuma das situações que, nos termos do artigo 10.º-A, n.º 3, constituem exceções à regra que proíbe a atribuição de licenças a título gratuito aos «*electricity generator*» (produtores de eletricidade).
- 8 Em segundo lugar, dado que a recorrente participou ativamente na recolha de dados que precedeu a decisão de exclusão, esta última foi o resultado de avaliações da Comissão Europeia, às quais a decisão da Comissão ETS está vinculada. Além disso, como resulta da troca de comunicações que teve lugar na plataforma disponibilizada pela Comissão Europeia para o carregamento dos dados, a recorrente não só participou ativamente na instrução, exercendo o contraditório com a Comissão ETS e indiretamente com a Comissão Europeia,

como teve ocasião de responder aos pontos críticos identificados pela Comissão Europeia e teve perfeito conhecimento das razões pelas quais a Comissão Europeia decidiu finalmente não a incluir entre as instalações beneficiárias da atribuição de licenças de emissão a título gratuito. Portanto, a Comissão Europeia conserva legalmente um poder de avaliação conclusiva vinculativa para os Estados-Membros. No presente caso, foi a Comissão Europeia que solicitou a anulação da atribuição a título gratuito à instalação da recorrente e a Comissão ETS teve de dar seguimento a esse pedido, através de um ato totalmente vinculado. Daqui decorre que o órgão jurisdicional administrativo italiano não é competente para decidir o litígio, competência essa que cabe, ao invés, ao Tribunal de Justiça; a impugnação dos atos da Comissão ETS, sem uma censura autónoma das avaliações feitas pela Comissão Europeia (que seria da competência do Tribunal de Justiça), deve considerar-se, em qualquer caso, inadmissível.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 Tendo em conta a importância dos interesses envolvidos e a complexidade dos valores em jogo, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais acima reproduzidas, relativas à interpretação do direito da União.