



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)

de 20 de junio de 2019*

«Procedimiento prejudicial — Medio ambiente — Directiva 2003/87/CE — Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero — Instalación de tratamiento de gas natural — Recuperación de azufre — “Proceso Claus” — Producción de electricidad en un dispositivo accesorio — Producción de calor — Emisión de dióxido de carbono (CO₂) inherente — Artículo 2, apartado 1 — Ámbito de aplicación — Anexo I — Actividad de “combustión de combustibles” — Artículo 3, letra u) — Concepto de “generador de electricidad” — Artículo 10 *bis*, apartados 3 y 4 — Régimen transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión — Decisión 2011/278/UE — Ámbito de aplicación — Artículo 3, letra c) — Concepto de “subinstalación con referencia de calor”»

En el asunto C-682/17,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania) mediante resolución de 28 de noviembre de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de diciembre de 2017, en el procedimiento entre

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

y

Bundesrepublik Deutschland,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. E. Regan (Ponente), Presidente de Sala, el Sr. K. Lenaerts, Presidente del Tribunal de Justicia, en funciones de Juez de la Sala Quinta, y los Sres. C. Lycourgos, E. Juhász e I. Jarukaitis, Jueces;

Abogado General: Sr. H. Saugmandsgaard Øe;

Secretario: Sr. D. Dittert, jefe de unidad;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de noviembre de 2018;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de ExxonMobil Production Deutschland GmbH, por el Sr. S. Altenschmidt, Rechtsanwalt;
- en nombre de la Bundesrepublik Deutschland, por el Sr. M. Fleckner, en calidad de agente;

* Lengua de procedimiento: alemán.

- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. A.C. Becker y el Sr. J.-F. Brakeland, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 28 de febrero de 2019;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3, letra u), del artículo 10 *bis* y del anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DO 2003, L 275, p. 32), en su versión modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO 2009, L 140, p. 63) (en lo sucesivo, «Directiva 2003/87»), así como del artículo 3, letras c) y h), de la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 (DO 2011, L 130, p. 1).
- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre ExxonMobil Production Deutschland GmbH (en lo sucesivo, «ExxonMobil») y la Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania), en relación con una solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (en lo sucesivo, «derechos de emisión») a una instalación de tratamiento de gas natural en la que se desarrolla, en particular, una actividad de recuperación de azufre, en el marco de la cual genera, mediante combustión de combustibles, electricidad y calor liberando dióxido de carbono (CO₂) a la atmósfera.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2003/87

- 3 El considerando 8 de la Directiva 2003/87 está redactado en los siguientes términos:

«Al asignar los derechos de emisión, los Estados miembros deben tener en cuenta el potencial de reducción de las emisiones de los procesos industriales.»
- 4 El artículo 1 de esta Directiva, titulado «Objeto», preceptúa:

«La presente Directiva establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el interior de la Comunidad [...] a fin de fomentar reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente.

[...]»

- 5 Bajo el título «Ámbito de aplicación», el artículo 2, apartado 1, de dicha Directiva dispone:
- «La presente Directiva se aplicará a las emisiones generadas por las actividades a que se refiere el anexo I y a los gases de efecto invernadero que figuran en el anexo II.»
- 6 A tenor del artículo 3 de esta Directiva, titulado «Definiciones»:
- «A efectos de la presente Directiva serán de aplicación las siguientes definiciones:
- [...]
- b) “emisión”: la liberación a la atmósfera de gases de efecto invernadero a partir de fuentes situadas en una instalación [...]
- [...]
- t) “combustión”: toda oxidación de combustibles, cualquiera que sea el uso del calor o de la energía eléctrica o mecánica producidos por este proceso, y cualquier otra actividad directamente asociada, incluido el lavado de gases residuales;
- u) “generador de electricidad”: una instalación que, a partir del 1 de enero de 2005, haya producido electricidad para venderla a terceros y en la que no se realiza ninguna actividad del anexo I, con excepción de la de “combustión de combustibles”.»
- 7 El artículo 10 de la Directiva 2003/87, titulado «Subasta de derechos de emisión», prevé en su apartado 1:
- «A partir de 2013, los Estados miembros subastarán todos los derechos de emisión que no se asignen de forma gratuita con arreglo a los artículos 10 *bis* y 10 *quater*. [...]»
- 8 El artículo 10 *bis* de esta Directiva, titulado «Normas comunitarias de carácter transitorio para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión», preceptúa lo siguiente:
- «1. Antes del 31 de diciembre de 2010, la Comisión adoptará medidas de desarrollo a escala comunitaria, totalmente armonizadas, para la asignación de los derechos de emisión [...]
- [...]
- Las medidas a que se refiere el párrafo primero determinarán, en la medida de lo posible, parámetros de referencia *ex ante* a escala comunitaria a fin de asegurar que los derechos de emisión se asignen de tal forma que se incentiven las reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero y las técnicas de eficiencia energética, teniendo en cuenta las técnicas más eficaces, los productos de sustitución, los procedimientos alternativos de producción, la cogeneración de alta eficiencia, la recuperación energética eficaz de gases residuales, la utilización de biomasa y la captura, el transporte y el almacenamiento de CO₂, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias, y que no se ofrezca ningún incentivo para aumentar emisiones. No se asignará ningún derecho de forma gratuita a la producción de electricidad, excepto en los casos cubiertos por el artículo 10 *quater* y en el caso de la electricidad producida con gases residuales.
- [...]

3. Sin perjuicio de los apartados 4 y 8 y no obstante lo dispuesto en el artículo 10 *quater*, no se asignará ningún derecho de forma gratuita a los generadores de electricidad, a las instalaciones de captura de CO₂, a las conducciones para el transporte de CO₂ ni a los emplazamientos de almacenamiento de CO₂.

4. Se asignarán derechos de emisión de forma gratuita a la calefacción urbana y a la cogeneración de alta eficiencia, respecto de la producción de calor o refrigeración, tal como se define en la Directiva 2004/8/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE (DO 2004, L 52, p. 50),] con objeto de satisfacer una demanda justificada desde el punto de vista económico. En cada uno de los años siguientes a 2013, la asignación total a ese tipo de instalaciones para la producción de calor se adaptará utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.

5. La cantidad máxima anual de derechos de emisión que constituye la base para el cálculo de los derechos de emisión asignados a las instalaciones no cubiertas por el apartado 3 que no sean nuevos entrantes no será superior a la suma de:

- a) la cantidad total anual a escala comunitaria determinada con arreglo al artículo 9, multiplicada por la cuota de emisiones de instalaciones no cubiertas por el apartado 3 de la media total de emisiones verificadas en el período 2005-2007 de instalaciones cubiertas por el régimen comunitario en el período 2008-2012, y
- b) la media total de emisiones verificadas de 2005 a 2007 de instalaciones incluidas en el régimen comunitario solo a partir de 2013 y que no estén cubiertas por el apartado 3, adaptada utilizando el factor lineal a que se refiere el artículo 9.

Si resulta necesario, se aplicará un factor de corrección uniforme intersectorial.

[...]

7. [...]

No se asignará ningún derecho de forma gratuita a ningún tipo de producción de electricidad por los nuevos entrantes.

[...]

8. Hasta el 31 de diciembre de 2015 estarán disponibles hasta 300 millones de derechos de emisión en la reserva de nuevos entrantes para ayudar a fomentar la construcción y utilización de hasta 12 proyectos comerciales de demostración destinados a la captura y el almacenamiento geológico de CO₂, en condiciones de seguridad para el medio ambiente, así como para proyectos de demostración de tecnologías innovadoras de energía renovable, en el territorio de la Unión.

Los derechos de emisión se pondrán a disposición para apoyar proyectos de demostración que incluyan el desarrollo, en lugares geográficamente equilibrados, de un amplio abanico de tecnologías de captura y almacenamiento de carbono y de tecnologías innovadoras de energía renovable que aún no sean rentables desde el punto de vista comercial. Su asignación dependerá de la cantidad verificada de emisiones de CO₂ evitadas.

[...]

11. A reserva del artículo 10 *ter*, la cantidad de derechos de emisión asignados de forma gratuita de acuerdo con los apartados 4 a 7 del presente artículo en 2013 será el 80 % de la cantidad determinada de acuerdo con las medidas a que se refiere el apartado 1. A continuación, los derechos de emisión asignados de forma gratuita se reducirán cada año en la misma cantidad, hasta llegar en 2020 a una situación en la que se asigne un 30 % de derechos de forma gratuita, con el objetivo de que en 2027 no se asigne ningún derecho de emisión de forma gratuita.

12. A reserva del artículo 10 *ter*, en 2013 y en cada uno de los años siguientes hasta 2020, las instalaciones de sectores o subsectores expuestas a un riesgo significativo de fuga de carbono recibirán, conforme al apartado 1, derechos de emisión de forma gratuita, al 100 % de la cantidad determinada de acuerdo con las medidas a que se refiere el apartado 1.

[...]

14. A fin de determinar los sectores o subsectores a que se refiere el apartado 12, la Comisión evaluará, a escala comunitaria, en qué medida es posible que el sector o subsector considerado, al correspondiente nivel de desagregación, repercuta el coste directo de los derechos de emisión necesarios y los costes indirectos derivados de los precios de la electricidad más elevados resultantes de la aplicación de la presente Directiva sobre los precios de los productos sin una pérdida significativa de cuota de mercado a favor de instalaciones fuera de la Comunidad que tengan un comportamiento peor desde el punto de vista de las emisiones de carbono. [...]

[...]»

- 9 El artículo 10 *quater* de la Directiva 2003/87 concede a los Estados miembros la opción, previa solicitud dirigida a la Comisión, de asignar derechos de emisión de forma gratuita para la modernización de la producción de electricidad.
- 10 El anexo I de esta Directiva contiene, como indica su título, un cuadro en el que se enumeran las categorías de actividades a las que se aplica esta Directiva. Entre estas actividades figura la «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 [megavatios (MW)] (excepto las instalaciones de incineración de residuos peligrosos o urbanos)».
- 11 El anexo II de la citada Directiva, titulado «Gases de efecto invernadero contemplados en los artículos 3 y 30», menciona, entre otros, el CO₂.

Directiva 2009/29

- 12 Los considerandos 15 y 19 de la Directiva 2009/29 presentan la siguiente redacción:

«(15) El esfuerzo adicional que debe hacer la economía comunitaria requiere, entre otras cosas, que el régimen comunitario revisado funcione con el mayor grado posible de eficiencia económica y sobre la base de unas condiciones de asignación plenamente armonizadas en la Comunidad. La subasta debe ser, por tanto, el principio básico para la asignación, ya que es el sistema más sencillo y, en general, se considera el más eficiente desde el punto de vista económico. La subasta debe además acabar con las ganancias inmerecidas y situar a los nuevos entrantes y a las economías con un crecimiento superior a la media en pie de igualdad con las instalaciones existentes desde el punto de vista de la competencia.

[...]

- (19) Por consiguiente, la venta completa en subasta debería ser la norma a partir de 2013 para el sector eléctrico, teniendo en cuenta su capacidad de repercutir el coste aumentado del CO₂, y no debe asignarse ningún derecho de forma gratuita para las actividades de captura y almacenamiento de carbono, ya que los incentivos para esas actividades residen en los derechos de emisión que no es necesario entregar en relación con las emisiones que se almacenan. Para evitar distorsiones de la competencia, los generadores de electricidad pueden recibir derechos de emisión de forma gratuita por los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración y por el calor y la refrigeración producidos mediante la cogeneración de alta eficiencia como se define en la Directiva [2004/8], en caso de que ese tipo de calor generado por instalaciones de otros sectores recibiera derechos de emisión gratuitos.»

Decisión 2011/278

- 13 A tenor del considerando 31 de la Decisión 2011/278:

«Puesto que, a partir de 2013, la venta completa en subasta será la norma en el sector eléctrico, teniendo en cuenta su capacidad de repercutir el aumento del coste del [CO₂], y que no debe asignarse ningún derecho de forma gratuita a las actividades de producción de electricidad, a excepción de la asignación transitoria gratuita de derechos de emisión para la modernización de instalaciones de generación de electricidad y la electricidad producida a partir de gases residuales, la presente Decisión no debe cubrir la asignación gratuita de derechos de emisión relativos a la producción o al consumo de electricidad. [...]»

- 14 El artículo 3 de esta Decisión establece:

«A los efectos de la presente Decisión, se aplicarán las siguientes definiciones:

[...]

- c) “subinstalación con referencia de calor”: las entradas, salidas y emisiones correspondientes, fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto, ligadas a la producción de calor medible —o a su importación desde una instalación u otra entidad incluida en el régimen de la Unión, o a ambas—:

- consumido dentro de los límites de la instalación para la producción de productos, para la producción de energía mecánica distinta de la utilizada para la producción de electricidad, para calefacción o refrigeración a excepción del consumo para la producción de electricidad, o
- exportado a una instalación u otra entidad no incluida en el régimen de la Unión, a excepción de la exportación para la producción de electricidad;

[...]

- h) “subinstalación con emisiones de proceso”: [...] las emisiones de [CO₂] que se producen fuera de los límites del sistema de una referencia de producto contemplada en el anexo I, como resultado de alguna de las actividades y emisiones que figuran a continuación [...]:

[...]

- v) el uso de aditivos o materias primas que contienen carbono para una finalidad primaria distinta de la generación de calor,

[...]».

15 El artículo 6 de la citada Decisión, titulado «División en subinstalaciones», establece:

«1. A los efectos de la presente Decisión, los Estados miembros dividirán cada instalación que pueda optar a la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva [2003/87] en una o varias de las subinstalaciones que figuran a continuación, según proceda:

- a) una subinstalación con referencia de producto;
- b) una subinstalación con referencia de calor;
- c) una subinstalación con referencia de combustible;
- d) una subinstalación con emisiones de proceso.

[...]»

16 El artículo 10 de la referida Decisión, titulado «Asignación a las instalaciones», dispone:

«1. Sobre la base de los datos recogidos de conformidad con el artículo 7, los Estados miembros calcularán, para cada año, la cantidad de derechos de emisión asignados gratuitamente en su territorio a cada instalación existente a partir de 2013 de conformidad con los apartados 2 a 8.

2. A los efectos de este cálculo, los Estados miembros determinarán, en primer lugar, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a cada subinstalación por separado del modo siguiente:

[...]

b) respecto a:

- i) la subinstalación con referencia de calor, la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente en un año dado corresponderá al valor de la referencia de calor aplicable al calor medible indicado en el anexo I, multiplicado por el nivel histórico de actividad en relación con el calor aplicable al consumo de calor medible,

[...]».

Reglamento (UE) n.º 601/2012

17 El Reglamento (UE) n.º 601/2012 de la Comisión, de 21 de junio de 2012, sobre el seguimiento y la notificación de las emisiones de gases de efecto invernadero en aplicación de la Directiva 2003/87 (DO 2012, L 181, p. 30), define en su artículo 3, punto 40, el «CO₂ inherente» como «el CO₂ que forma parte de un combustible».

18 A tenor del artículo 48, apartado 1, de este Reglamento:

«El CO₂ inherente transferido a una instalación, en particular el contenido en el gas natural o en un gas residual, incluyendo el de alto horno o de coquería, se incluirá en el factor de emisión del combustible correspondiente.»

Derecho alemán

- 19 El artículo 9 de la Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Ley sobre el Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero), de 21 de julio de 2011 (BGBl 2011 I, p. 1475; en lo sucesivo, «TEHG»), está redactado en los siguientes términos:
- «(1) Los operadores de instalaciones recibirán una asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo a los principios enunciados en el artículo 10 *bis* [...] de la Directiva 2003/87 [...] en su versión vigente y a los enunciados en la Decisión 2011/278 [...]
- [...]
- (6) La cantidad definitiva de derechos de emisión asignados a la instalación equivaldrá al producto de la cantidad preliminar de derechos de emisión asignada a la instalación calculada con arreglo a los apartados 1 a 5 y del factor de corrección intersectorial fijado por la Comisión Europea conforme al artículo 15, apartado 3, de las normas de la Unión Europea para la armonización de la asignación. En el marco de la asignación por el calor producido por los generadores de electricidad, el factor lineal previsto en el artículo 10 *bis*, apartado 4, de la Directiva [2003/87] sustituirá al factor de corrección mencionado en la primera frase, y el cálculo se basará en el número anual preliminar de derechos que han de asignarse gratuitamente al generador de electricidad de que se trate para el año 2013.»
- 20 El anexo 1, parte 2, de la TEHG, titulado «Actividades», menciona, por un lado, en su punto 1, entre las instalaciones cuyas emisiones están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las «unidades destinadas a la combustión de combustibles con una potencia térmica total de combustión igual o superior a 20 MW en una instalación, salvo si están comprendidas en alguno de los puntos siguientes». Por otro lado, el anexo 1, parte 2, enumera, en sus puntos 2 a 4, diversos tipos de «instalaciones destinadas a la producción de electricidad, vapor, agua caliente, calor de proceso o gas de escape calentado» cuyas emisiones están asimismo incluidas en el ámbito de aplicación de la TEHG.
- 21 El artículo 2 del Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 *bis* 2020 (Reglamento de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el período de comercio 2013-2020), de 26 de septiembre de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1921; en lo sucesivo, «ZuV 2020»), define en su punto 21 al «generador de electricidad» como la «instalación que ha producido electricidad y la ha vendido a terceros después del 31 de diciembre de 2004 y en la que se ejerce exclusivamente una de las actividades mencionadas en el anexo 1, parte 2, puntos 1 a 4, [de la TEHG]».
- 22 El artículo 2, puntos 29 y 30, del ZuV 2020 define los conceptos de «subinstalación con emisiones de proceso» y de «subinstalación con referencia de calor» en términos análogos a los del artículo 3, letras h) y c), de la Decisión 2011/278. Así, el artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), del ZuV 2020 reproduce el tenor del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/278.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 23 ExxonMobil explotó, hasta el año 2013 inclusive, una instalación de tratamiento de gas natural situada en Steyerberg (Alemania) (en lo sucesivo, «instalación del litigio principal»). Esta instalación estaba compuesta por dispositivos de desulfuración y de deshidratación de gas natural, dispositivos de recuperación de azufre (denominados «dispositivos Claus»), dispositivos de lavado de gases residuales y otros dispositivos accesorios. Estos últimos incluían una caldera de vapor, un dispositivo de motores de gas, unos dispositivos de antorcha de emergencia y una central térmica de condensación.

- 24 Esta central térmica estaba conectada a la red eléctrica pública, en la que se inyectaban de manera constante pequeñas cantidades de corriente eléctrica a fin de garantizar la alimentación eléctrica continua de la instalación en caso de avería de los dispositivos Claus, la cual habría ocasionado la pérdida de cierta cantidad de vapor. Del balance de energía eléctrica en el que figuran los datos de producción, importación, exportación y consumo de electricidad en la instalación del litigio principal correspondientes a los años 2005 a 2010 se desprende que, en algunos de estos años, la instalación consumió más electricidad de la que produjo.
- 25 Mediante resolución de 24 de febrero de 2014, el Deutsche Emissionshandelsstelle (Servicio Alemán de Comercio de Derechos de Emisión; en lo sucesivo, «DEHSt») asignó gratuitamente a ExxonMobil 1 179 523 derechos de emisión para el período de comercio 2013-2020. Dicha asignación era el resultado de aplicar, en parte, la referencia de calor y, en parte, la referencia de combustible. Al calcular esa asignación se tuvo asimismo en cuenta la existencia de un riesgo de fuga de carbono en el sector en cuestión. En cambio, el DEHSt rehusó asignar a ExxonMobil los derechos de emisión gratuitos adicionales que solicitaba por las emisiones de proceso. Mediante resolución del mismo día, el DEHSt revocó su resolución de asignación con efectos desde el 1 de enero de 2014 por el cese de actividades declarado por ExxonMobil a partir de esa fecha. Esta revocación no es objeto de controversia.
- 26 Mediante resolución de 12 de febrero de 2016, el DEHSt desestimó la reclamación presentada por ExxonMobil en relación con la denegación de su solicitud de asignación gratuita de derechos de emisión por las emisiones de proceso para el año 2013.
- 27 De la motivación de esta última resolución del DEHSt se desprende que la citada solicitud de asignación por emisiones de proceso se refería a la emisión del CO₂ que forma parte del gas natural —es decir, un «CO₂ inherente», en el sentido del artículo 3, punto 40, del Reglamento n.º 601/2012— que tenía lugar al término del proceso desarrollado en los dispositivos Claus (en lo sucesivo, «proceso Claus»). El DEHSt afirmó que el proceso Claus consiste en una reacción química exotérmica por medio de la cual el sulfuro de hidrógeno (H₂S) se transforma en azufre elemental. Las calderas de recuperación captan el calor que se desprende de esta reacción antes de utilizarse en la instalación del litigio principal. La utilización de ese calor dio lugar a la asignación gratuita de derechos de emisión en virtud de la aplicación de la referencia de calor. Al término del proceso Claus, el CO₂ inherente se libera a la atmósfera a través de una chimenea. Este proceso no genera más CO₂ que el que el gas natural ya contiene de manera inherente.
- 28 El DEHSt consideró que, en esas circunstancias, no podían asignarse de forma gratuita derechos de emisión por «subinstalación con emisiones de proceso», en el sentido del artículo 2, punto 29, letra b), inciso ee), del ZuV 2020, precepto que transpone al Derecho alemán el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión 2011/78. A juicio del DEHSt, no se cumplía el requisito previsto en estas disposiciones de que las emisiones se deriven del uso de una materia prima que contenga carbono. En efecto, las emisiones de CO₂ inherente no eran resultado del proceso Claus, ya que ese CO₂ no intervenía en la reacción química característica de este proceso ni, menos aún, era necesaria para esta reacción química. Según el DEHSt, el H₂S era la única materia prima usada para producir azufre y el CO₂ debía considerarse un mero gas asociado al H₂S.
- 29 El 10 de marzo de 2016, ExxonMobil interpuso recurso ante el órgano jurisdiccional remitente, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, Alemania), contra la resolución del DEHSt de 12 de febrero de 2016.
- 30 ExxonMobil reivindica mediante ese recurso una asignación gratuita de derechos de emisión por subinstalación con emisiones de proceso para el año 2013, por considerar que las emisiones de CO₂ generadas en el marco de la producción de azufre fueron resultado del uso de una materia prima que contiene carbono en forma de CO₂. Según ExxonMobil, no es el H₂S considerado aisladamente, sino el gas ácido —que contiene, aparte del H₂S, metano (CH₄), CO₂ y vapor de agua—, lo que constituía la

materia prima utilizada para producir azufre. Si no se hubiera utilizado este gas ácido en el proceso Claus, el CO₂ inherente, que forma parte integrante del gas natural, no habría sido liberado a la atmósfera. Además, era necesario extraer el CO₂ del gas ácido por medio de este proceso para obtener azufre puro a partir de este gas. Es irrelevante que el CO₂ ya estuviera presente en la materia prima y no interviniera en la reacción química. Por lo demás, dichas emisiones de CO₂ no podrían haberse evitado ni cambiando de combustible ni empleando unas técnicas más eficaces.

- 31 Por otra parte, ExxonMobil alega que el hecho de que los derechos de emisión asignados de forma gratuita lo fueran aplicando la referencia de calor respecto al calor medible producido en la instalación del litigio principal, como efecto colateral de la reacción química característica del proceso Claus, no impide que se conceda la asignación adicional solicitada. Si bien el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros (C-180/15, EU:C:2016:647), que la asignación sobre la base de una referencia de producto prevalece sobre los tres enfoques alternativos, a saber, las asignaciones sobre la base de la referencia de calor, de la referencia de combustible y de las emisiones de proceso, no existe ninguna jerarquía entre estos tres enfoques.
- 32 El DEHSt aduce, por primera vez ante el órgano jurisdiccional remitente, que la producción de azufre no es una actividad sujeta a la obligación de comercio de derechos de emisión y que la instalación del litigio principal debe ser calificada de «generador de electricidad», puesto que, por un lado, en ella se produjo y vendió corriente eléctrica a terceros con posterioridad al 31 de diciembre de 2004 y, por otro lado, en la misma solo se desarrollaba la actividad de «combustión de combustibles» que se menciona en el anexo 1, parte 2, puntos 1 a 4, de la TEHG. Según el DEHSt, ExxonMobil solicitó y obtuvo una asignación de derechos de emisión destinada a los generadores de electricidad, que fue reducida al aplicar el factor lineal correspondiente a los mismos, con arreglo al artículo 9, apartado 6, de la TEHG; una asignación gratuita de derechos de emisión a los generadores de electricidad únicamente habría estado permitida en caso de que concurriesen los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87.
- 33 Según el DEHSt, un producto, como el azufre, que no está sujeto a la obligación de comercio de derechos de emisión no puede ser tenido en cuenta a este respecto, so pena de ampliar ilícitamente el ámbito de aplicación del régimen de comercio. Una asignación en función de las emisiones de proceso, de conformidad con el artículo 2, punto 29, letra b), del ZuV 2020, solamente sería posible si las normas de asignación por calor previeran asimismo una asignación por emisiones de proceso. Pues bien, no es este el caso. Además, de la solicitud de asignación de ExxonMobil se desprende que la reacción química resultante del proceso Claus no genera emisiones de CO₂. En consecuencia, dicho proceso no usa una materia prima con contenido de carbono, pues el carbono no interviene ni en el procedimiento aplicado ni en la reacción.
- 34 Por lo demás, el DEHSt rechaza la alegación de ExxonMobil de que las emisiones en cuestión eran inevitables. Aduce además que existe una jerarquía entre los elementos de la asignación: en primer lugar, la referencia de calor, seguida de la referencia de combustible, y, por último, las emisiones de proceso.
- 35 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas, en primer lugar, acerca de si la instalación del litigio principal debe ser calificada de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87. En efecto, en caso afirmativo, la asignación gratuita de derechos de emisión concedida a ExxonMobil con base en las referencias de calor y de combustible sería en principio ilegal. Esta conclusión se desprende del hecho de que los generadores de electricidad solo pueden obtener derechos de emisión de forma gratuita en los supuestos previstos en el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, y en el artículo 10 *bis*, apartados 3 y 4, de la Directiva 2003/87, referidos esencialmente a la combustión de gases residuales, la calefacción urbana y la cogeneración de alta eficiencia. Pues bien, el proceso Claus no encaja en ninguno de estos supuestos.

- 36 El órgano jurisdiccional remitente considera que el concepto de «generador de electricidad» debe ser interpretado restrictivamente, ya que el tenor del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 tiene un alcance más amplio que el que corresponde al espíritu y la finalidad de esta Directiva. En el caso de autos resulta además dudoso que la electricidad producida en la instalación del litigio principal estuviera destinada a «venderla a terceros», en el sentido de esa disposición. En efecto, esa electricidad se destinaba principalmente al autoconsumo en la instalación y estaba conectada a la red pública exclusivamente para garantizar el suministro de electricidad en caso de avería de la instalación.
- 37 Según el órgano jurisdiccional remitente, una interpretación amplia del concepto de «generador de electricidad» llevaría a dispensar un trato diferente a una instalación, como la del litigio principal, a la que se calificaría de «generador de electricidad», frente a otra instalación que también produjera electricidad pero en la que, además de la actividad de «combustión de combustibles» que figura en el anexo 1, parte 2, puntos 1 a 4, de la TEHG, se desarrollara otra actividad sujeta a la obligación de comercio de derechos de emisión, pues a esta última instalación no se la calificaría de «generador de electricidad». Pues bien, tal diferencia de trato sería incoherente, ya que ninguno de estos dos tipos de instalaciones pertenece al «sector eléctrico clásico» al que se hace referencia en el considerando 31 de la Decisión 2011/278.
- 38 Dicho órgano jurisdiccional considera, por tanto, que el concepto de «generador de electricidad» debe reservarse en exclusiva a las instalaciones que producen y venden electricidad a terceros y que desarrollan únicamente la actividad de «combustión de combustibles», con exclusión de cualquier otra actividad, figure o no en el anexo 1 de la TEHG.
- 39 A continuación, en el supuesto de que no pudiera acogerse esta interpretación, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta por la posibilidad de soslayar las restricciones derivadas de la Directiva 2003/87 con respecto a la asignación gratuita de derechos de emisión a los generadores de electricidad buscando apoyo en la definición del concepto de «subinstalación con referencia de calor» que figura en el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, que no contiene tales restricciones.
- 40 Por último, dicho órgano jurisdiccional desea que se dilucide si las emisiones resultantes del proceso Claus pueden dar lugar a una asignación gratuita de derechos por «subinstalación con emisiones de proceso», en el sentido del artículo 3, letra h), de la referida Decisión. Dado que el calor generado mediante este proceso también puede recibir una asignación por aplicación de la referencia de calor, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si alguno de estos dos tipos de asignación prevalece sobre el otro.
- 41 En tales circunstancias, el Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Es un generador de electricidad en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva [2003/87] una instalación que fabrica un producto cuya fabricación no está comprendida entre las actividades mencionadas en el anexo I de dicha Directiva (en este caso, la fabricación de azufre) y en la cual se desarrolla al mismo tiempo la actividad de “combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW”, sujeta al comercio de derechos de emisión con arreglo al anexo I de la misma Directiva, cuando en un dispositivo accesorio de dicha instalación también se produce electricidad para esta última y una (pequeña) parte de la electricidad producida se entrega a título oneroso a la red eléctrica pública?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

Si la instalación descrita en la primera cuestión es un “generador de electricidad” en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva [2003/87], ¿puede dicha instalación obtener una asignación por calor con arreglo a la Decisión [2011/278], aunque el calor reúna los requisitos del artículo 3,

letra c), de dicha Decisión [2011/278] pero no esté comprendido en las categorías mencionadas en el artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, 3 y 4, de la Directiva [2003/87] (calor derivado de la combustión de gases residuales y utilizado para producir electricidad, calefacción urbana y cogeneración de alta eficiencia)?

- 3) En caso de que, conforme a la respuesta a las dos primeras cuestiones prejudiciales, se considere posible la asignación por el calor producido en la instalación de la recurrente [en el litigio principal]:

¿El CO₂ liberado a la atmósfera en el tratamiento del gas natural (en forma de gas ácido) mediante el “proceso Claus”, a través de la separación del CO₂ inherente al gas natural de la mezcla de gases, constituye una emisión resultante del proceso mencionado en el artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión [2011/278] en el sentido del artículo 3, letra h), primera frase, de dicha Decisión?

- a) ¿Pueden las emisiones de CO₂ ser “resultado” —en el sentido del artículo 3, letra h), primera frase, de la Decisión [2011/278]— de un proceso en que el CO₂ inherente a la materia prima se separa físicamente de la mezcla de gases y se libera a la atmósfera sin que en el correspondiente proceso se genere CO₂ adicional? ¿O exige dicha disposición necesariamente que el CO₂ liberado a la atmósfera se produzca *ex novo* como resultado del proceso?
- b) ¿Se “usa” en el sentido del artículo 3, letra h), inciso v), de la Decisión [2011/278] una materia prima que contiene carbono cuando en el “proceso Claus” el gas natural existente de forma natural se utiliza para producir azufre, liberándose a la atmósfera el CO₂ inherente al gas natural, sin que dicho CO₂ intervenga en la reacción química que tiene lugar en el proceso? ¿O el concepto de “uso” exige necesariamente que el carbono intervenga en la reacción química o que sea incluso necesario para la misma?
- 4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión: cuando una instalación sujeta al comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero reúne los requisitos materiales para constituir tanto una subinstalación con referencia de calor como una subinstalación con emisiones de proceso, ¿cuál será la referencia que se tome para la asignación gratuita de derechos de emisión? ¿Prevalece el derecho de asignación por la referencia de calor sobre el derecho de asignación por las emisiones de proceso? ¿O, en virtud del criterio de especialidad, el derecho de asignación por las emisiones de proceso prevalece sobre el derecho de asignación por referencia de calor y referencia de combustible?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observaciones preliminares

- 42 Mediante sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pretende fundamentalmente que se determine si —y en caso afirmativo en qué medida— una instalación como la del litigio principal, que desarrolla actividades de desulfuración de gas natural y de recuperación de azufre aplicando el proceso Claus, puede reclamar que se le asignen gratuitamente derechos de emisión respecto del CO₂ emitido en el marco de esas actividades en el período de comercio 2013-2020.
- 43 En consecuencia, estas cuestiones parten de la premisa, que el órgano jurisdiccional remitente considera acreditada en su resolución de remisión, de que una instalación de estas características está comprendida en el régimen de comercio de derechos de emisión establecido en la Directiva 2003/87.

- 44 En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, ExxonMobil y la Comisión pusieron en tela de juicio esta premisa, alegando que una instalación como la del litigio principal no está comprendida en dicho régimen de comercio, dado que el CO₂ que emite tiene carácter inherente, pues este gas de efecto invernadero ya se encuentra presente de manera natural en la materia prima —en el caso de autos, en el gas ácido— que se trata en esta instalación.
- 45 Si así fuera, como ha señalado el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas carecería de pertinencia para resolver el litigio principal y, por lo tanto, la presente petición de decisión prejudicial tendría carácter hipotético. En efecto, solo las instalaciones a cuya actividad resulte aplicable, de acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2003/87, el régimen de comercio de derechos de emisión pueden obtener la asignación gratuita de tales derechos (sentencia de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 68).
- 46 Por consiguiente, procede examinar si una instalación como la del litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 y, por tanto, en el régimen de comercio de derechos de emisión que la misma establece.
- 47 A este respecto, procede recordar que, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/87, que define su ámbito de aplicación, esta se aplica a las «emisiones» de gases de efecto invernadero que figuran en el anexo II de la misma, entre los que está el CO₂, «generadas por las actividades a que se refiere el anexo I» de dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de julio de 2016, Vattenfall Europe Generation, C-457/15, EU:C:2016:613, apartado 28; de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartados 42, 45 y 46, y de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, apartado 31), anexo I que incluye, en particular, con respecto a la emisión de CO₂, la actividad de combustión de combustibles en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW.
- 48 De acuerdo con el artículo 3, letra b), de la Directiva 2003/87, la «emisión», a los efectos de la Directiva, supone la liberación a la atmósfera de un gas de efecto invernadero a partir de fuentes situadas en una instalación.
- 49 En el caso de autos, no se discute que una instalación como la del litigio principal desarrolla una actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», en el sentido del anexo I de la Directiva 2003/87, habida cuenta de que tanto la reacción de oxidación generadora de calor que experimenta el H₂S durante el proceso Claus como el proceso posterior de postcombustión de los gases que abandonan los dispositivos Claus, mencionado por el Gobierno alemán en sus observaciones escritas y en la vista, constituyen una actividad de estas características a la luz del artículo 3, letra t), de la referida Directiva.
- 50 Además, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia, que no ha puesto en tela de juicio ninguno de los interesados que han presentado observaciones o participado en la vista ante el Tribunal de Justicia, se desprende que la actividad de «combustión de combustibles» desarrollada en la instalación del litigio principal genera «emisiones», concretamente de CO₂, en el sentido de los artículos 2, apartado 1, y 3, letra b), de la Directiva 2003/87, pues en esa instalación se libera dicho gas de efecto invernadero a la atmósfera a partir de dispositivos situados en ella.
- 51 Es cierto que, como han señalado ExxonMobil y la Comisión, el CO₂ que se emite a resultas de esta actividad de combustión de combustibles es un «CO₂ inherente», en el sentido del artículo 3, punto 40, del Reglamento n.º 601/2012, habida cuenta de que este gas de efecto invernadero forma parte de la composición del gas ácido tratado por la instalación del litigio principal.
- 52 Sin embargo, esta circunstancia no excluye a tales instalaciones del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87.

- 53 En efecto, como se desprende del apartado 47 de la presente sentencia y como ha señalado el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, de acuerdo con el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/87, cuyo tenor carece de ambigüedad a este respecto, esta se aplica a las «emisiones generadas por las actividades a que se refiere el anexo I» de esta Directiva, sin exigir en modo alguno que el gas de efecto invernadero emitido se genere en el transcurso de esas actividades. Del mismo modo, el artículo 3, letra t), de dicha Directiva tampoco circunscribe el concepto de «combustión» exclusivamente a las reacciones de oxidación que generan gases de efecto invernadero.
- 54 Las reglas de seguimiento que establece el Reglamento n.º 601/2012 corroboran esta interpretación. En efecto, el artículo 48, apartado 1, de este Reglamento prevé expresamente que el CO₂ inherente, como se define en su artículo 3, punto 40, deberá incluirse en el factor de emisión del combustible correspondiente cuando esté contenido en el gas natural.
- 55 Esta interpretación también está en consonancia con la finalidad de la Directiva 2003/87, que, a tenor de su artículo 1, no es otra que fomentar reducciones de las emisiones de gases de efecto invernadero de una forma eficaz en relación con el coste y económicamente eficiente (véanse, en particular, las sentencias de 12 de abril de 2018, PPC Power, C-302/17, EU:C:2018:245, apartado 18, y de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, apartado 41).
- 56 En efecto, como en particular se infiere del considerando 8 de dicha Directiva, la realización de ese objetivo implica la inclusión en dicho régimen de actividades que presenten cierto potencial de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (sentencia de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, apartado 42).
- 57 Pues bien, los debates que se mantuvieron en la vista ante el Tribunal de Justicia pusieron de manifiesto que, aunque el CO₂ forma parte de la composición del gas ácido, la actividad de combustión de combustibles que desarrolla una instalación como la del litigio principal con el objeto de desulfurar el gas natural y recuperar el azufre siguiendo el proceso Claus presenta cierto potencial de reducción de las emisiones de CO₂ ya que el contenido de CO₂ en el gas ácido puede variar dependiendo del depósito. En contra de lo alegado por ExxonMobil, es irrelevante a este respecto que ese contenido no sea sistemáticamente previsible.
- 58 De ello se sigue que una instalación como la del litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87 y, en consecuencia, en el régimen de comercio de derechos de emisión que la misma establece, sin que importe que el CO₂ procedente de la actividad de esta instalación forme parte de la composición o no de la materia prima que en ella se trata.
- 59 En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 60 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 debe interpretarse en el sentido de que una instalación como la del litigio principal, que en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», en el sentido del anexo I de esta Directiva, produce electricidad que se destina fundamentalmente a satisfacer sus necesidades propias debe ser considerada «generador de electricidad», en el sentido de esta disposición, cuando, por una parte, desarrolla simultáneamente una actividad de fabricación de un producto que no figura en dicho anexo y, por otra parte, inyecta de manera continua a título oneroso una pequeña parte de la electricidad que produce en la red eléctrica pública, a la que dicha instalación debe estar permanentemente conectada por razones técnicas.

- 61 De la resolución de remisión se desprende que esta cuestión se plantea con el objeto de que se determine si, en el caso de autos, la instalación puede reclamar que se le asignen gratuitamente derechos de emisión con respecto a las emisiones de CO₂ resultantes de esta actividad de combustión de combustibles, que se desarrolla con el objeto de desulfurar gas natural y recuperar azufre siguiendo el proceso Claus.
- 62 Es necesario recordar a este respecto que el objeto de la Directiva 2003/87 es el establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión que persigue la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático y cuyo objetivo último es la protección del medio ambiente (véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange y Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, apartado 24; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 26, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 39).
- 63 Este régimen se basa en una lógica económica que estimula a cualquiera de sus participantes a emitir una cantidad de gases de efecto invernadero inferior a los derechos de emisión que inicialmente le fueron asignados, con el fin de transmitir el excedente a otro participante que haya producido una cantidad de emisiones superior a los derechos de emisión asignados (véanse, en particular, las sentencias de 8 de marzo de 2017, ArcelorMittal Rodange y Schifflange, C-321/15, EU:C:2017:179, apartado 22; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 27, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 40).
- 64 De esta manera, con la Directiva 2003/87 se pretende reducir para el año 2020 las emisiones globales de gases de efecto invernadero de la Unión al menos un 20 % respecto a los niveles del año 1990, y hacerlo de una forma eficaz en relación con el coste (sentencias de 8 de septiembre de 2016, E.ON Kraftwerke, C-461/15, EU:C:2016:648, apartado 23; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 28, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 41).
- 65 A tal fin, el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 ha instaurado un régimen transitorio que, para evitar la pérdida de competitividad de las empresas como consecuencia del establecimiento de un régimen para el comercio de derechos de emisión (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 2015, ŠKO-Energo, C-43/14, EU:C:2015:120, apartado 28, y de 12 de abril de 2018, PPC Power, C-302/17, EU:C:2018:245, apartado 20), prevé que se asignen gratuitamente a las instalaciones pertenecientes a determinados sectores de actividad derechos de emisión, cuya cantidad, a tenor del apartado 11 de esta disposición, se reduce gradualmente a lo largo del período 2013-2020, con el objetivo de lograr su total supresión en 2027 (sentencias de 8 de septiembre de 2016, E.ON Kraftwerke, C-461/15, EU:C:2016:648, apartado 24; de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros, C-506/14, EU:C:2016:799, apartado 46; de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 29, y de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 67).
- 66 Como, en particular, se desprende del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2003/87 y del considerando 15 de la Directiva 2009/29, se persigue que la asignación de derechos de emisión, con la finalidad de conseguir una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, tienda gradualmente a basarse en exclusiva en el principio de subasta, que, según el legislador de la Unión, se considera generalmente el sistema más eficaz desde el punto de vista económico.
- 67 En virtud de lo establecido en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, no se asignará ningún derecho de emisión de forma gratuita a los «generadores de electricidad» a menos que cumplan los requisitos establecidos en los apartados 4 y 8 del citado artículo, referidos, el primero, a la producción de calor o refrigeración que se destine a los servicios de calefacción urbana o que se obtenga mediante cogeneración de alta eficiencia, como se define en la Directiva 2004/8, y, el

segundo, a los nuevos entrantes. El artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 se aplica, por otra parte, sin perjuicio de la aplicación del artículo 10 *quater* de la misma, que permite a los Estados miembros conceder derechos de emisión de forma gratuita para la modernización de la producción de electricidad.

- 68 En consecuencia, desde 2013 la subasta de los derechos de emisión ha pasado a ser, conforme a la voluntad manifestada por el legislador en los considerandos 15 y 19 de la Directiva 2009/29, la norma para los generadores de electricidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 2013, Iberdrola y otros, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11, EU:C:2013:660, apartado 40, y de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartado 82).
- 69 Por consiguiente, para determinar en qué medida una instalación como la del litigio principal está excluida de la concesión de derechos emisión de forma gratuita en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, debe examinarse si esa instalación debe tener la consideración de «generador de electricidad» en el sentido de esta Directiva.
- 70 Ha de señalarse a este respecto que el concepto de «generador de electricidad» que figura en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 se encuentra definido en el artículo 3, letra u), de la misma.
- 71 Pues bien, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véase, en particular, la sentencia de 31 de mayo de 2018, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag y otros, C-542/16, EU:C:2018:369, apartado 39).
- 72 Del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 resulta que una instalación que, por una parte, ha producido electricidad «para venderla a terceros» en cualquier momento a partir del 1 de enero de 2005 y en la que, por otra parte, no se realiza ninguna de las actividades del anexo I de dicha Directiva, con excepción de la de combustión de combustibles con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW, debe ser calificada de «generador de electricidad» (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 33, y de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros, C-506/14, EU:C:2016:799, apartado 23).
- 73 No se discute que una instalación como la del litigio principal cumple este segundo requisito. En efecto, como ya se ha señalado en el apartado 49 de la presente sentencia, esta instalación desarrolla una actividad de combustión de combustibles, en el sentido del citado anexo I. Por otra parte, como se desprende de la redacción misma de la primera cuestión prejudicial, esta instalación no desarrolla ninguna otra actividad recogida en el citado anexo. En efecto, ni la producción de azufre ni tampoco el tratamiento del gas natural figuran en la lista de las actividades que ahí se recogen.
- 74 En cuanto al primero de los requisitos establecidos en el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, producir electricidad «para venderla a terceros», procede señalar que de la redacción de la primera cuestión prejudicial se desprende asimismo que la instalación del litigio principal cumple también dicho requisito, ya que inyecta de manera continua a título oneroso en la red eléctrica pública una parte de la electricidad que produce para sus propias necesidades.
- 75 Es cierto que, en el caso de autos, solo se vende a terceros una pequeña parte de esta producción de electricidad, habida cuenta de que su inyección en la red eléctrica pública viene justificada por razones técnicas que tienen por objeto garantizar la alimentación continua de electricidad de la instalación en caso de avería de los dispositivos Claus.

- 76 Sin embargo, del tenor del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 no se desprende que, para que una instalación sea considerada «generador de electricidad», la electricidad que produce deba destinarse exclusivamente, o siquiera principalmente, al suministro de terceros.
- 77 En particular, debe observarse a este respecto que esa disposición no supedita la condición de generador de electricidad a ningún umbral de producción de electricidad; además, como ha señalado el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, esa condición se atribuye con independencia de cualquier fluctuación en el tiempo en la relación entre la cantidad de electricidad vendida y la cantidad de electricidad producida para las necesidades propias del generador de que se trate.
- 78 En consecuencia, debe considerarse que, aun cuando el grueso de la electricidad que produce se destina a sus necesidades propias, una instalación como la del litigio principal cumple también el primer requisito establecido en el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, pues ha vendido una parte de su producción de electricidad, aunque sea pequeña, a terceros, inyectándola de manera continua y a título oneroso en la red eléctrica pública.
- 79 En consecuencia, del tenor mismo del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 resulta que una instalación como la del litigio principal debe ser calificada de «generador de electricidad», en el sentido de esa disposición, cuando desarrolla como única actividad de las incluidas en el anexo I de la Directiva 2003/87 la de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW» y vende a terceros una parte de su producción de electricidad.
- 80 Corrobora esta interpretación el objetivo perseguido por la Directiva 2003/87 y su estructura general.
- 81 No cabe duda de que, como subrayó ExxonMobil en sus observaciones escritas, la prohibición general que figura en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 de que los Estados miembros asignen derechos de emisión de forma gratuita fue establecida, como se desprende de los considerandos 15 y 19 de la Directiva 2009/29, con la finalidad de acabar con la posibilidad utilizada por los generadores de electricidad hasta el año 2013 consistente en obtener ganancias inmerecidas repercutiendo, a falta de una presión competitiva suficiente, el valor de los derechos de emisión gratuitos en el precio de la electricidad pagada por el consumidor (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2013, Iberdrola y otros, C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 y C-640/11, EU:C:2013:660, apartado 40).
- 82 No obstante, procede comenzar por recordar que, como se desprende de los apartados 65 y 66 de la presente sentencia, la asignación gratuita de derechos de emisión establecida en el artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87 se inscribe en el marco del régimen específico de reglas transitorias, que establece una excepción al principio de que los derechos de emisión deben asignarse conforme al mecanismo de subasta instituido en el artículo 10 de la referida Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 36).
- 83 Habida cuenta de que la regla establecida en el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87 lleva a asignar, en principio, los derechos de emisión a los «generadores de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de esta Directiva, de acuerdo con el referido mecanismo de subasta, excluyendo cualquier derecho de emisión de forma gratuita, no puede ser interpretada restrictivamente. Así pues, el concepto de «generador de electricidad» que figura en el artículo 3, letra u), de dicha Directiva debe ser interpretado de manera amplia.
- 84 Además, ha de observarse que el artículo 10 *bis*, apartados 1, 3 y 5, de la Directiva 2003/87 consagra la dicotomía en la que se basan las disposiciones de la misma, consistente en distinguir entre las instalaciones comprendidas en el apartado 3 de este artículo, entre las que se incluye a los «generadores de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de esta Directiva, y las demás instalaciones que emiten gases de efecto invernadero, comúnmente denominadas «instalaciones

industriales» (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otras, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartado 70, y de 28 de julio de 2016, Vattenfall Europe Generation, C-457/15, EU:C:2016:613, apartados 40 y 41).

- 85 Pues bien, esa distinción entre las instalaciones comprendidas en el concepto de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, y las demás instalaciones que emiten gases de efecto invernadero influye de manera directa en el cálculo del «factor de corrección uniforme intersectorial» que se establece en el artículo 10 *bis*, apartado 5, de esta Directiva, cuya aplicación a la cantidad anual preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente calculada por los Estados miembros determina la cantidad anual definitiva de esos derechos que estos deben asignar a las instalaciones industriales que pueden optar a ellos (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartado 71).
- 86 En efecto, en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, cuando la cantidad preliminar de derechos de emisión asignados gratuitamente a las instalaciones que no están cubiertas por el artículo 10 *bis*, apartado 3, de esta Directiva supera el límite máximo impuesto a la industria correspondiente a la cantidad máxima anual de derechos establecida en el apartado 5 de ese mismo artículo, los Estados miembros deben reducir proporcionalmente esa cantidad preliminar aplicando el «factor de corrección uniforme intersectorial» previsto en esa disposición, que corresponde a la relación entre dicha cantidad preliminar y el referido límite máximo (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartados 62 y 63, y de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 37).
- 87 Pues bien, como se desprende de los expresos términos del artículo 10 *bis*, apartado 5, de la Directiva 2003/87, las emisiones de los generadores de electricidad no se tienen en cuenta al calcular ese factor, pues están excluidas de la cantidad máxima anual de derechos definida en esa disposición, que se limita a las emisiones de las «instalaciones no cubiertas por el apartado 3 [de este artículo]» (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartados 64, 68, 72, 74, 75 y 83, y de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros, C-506/14, EU:C:2016:799, apartados 24, 26 y 32).
- 88 En estas circunstancias, si la condición de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, debiera depender de si las ventas de electricidad de una instalación constituyen su actividad principal o una actividad accesoria de esta, la determinación de la cantidad definitiva de los derechos de emisión que han de asignarse gratuitamente a las instalaciones que pueden optar a ellos se basaría, ante la falta de umbral establecido por el legislador de la Unión, en criterios cuyo contenido no sería lo suficientemente claro y previsible y que, por tanto, podrían menoscabar la seguridad jurídica, dado que podrían dar lugar a una posterior impugnación de los derechos de emisión asignados.
- 89 ExxonMobil alega no obstante que esta interpretación es contraria al principio general de igualdad de trato, pues lleva a dispensar un trato diferente a una instalación que, como la del litigio principal, desarrolla como única actividad incluida en el anexo I de la Directiva 2003/87 la de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», respecto de otra instalación que desarrolla simultáneamente esta actividad y otra actividad recogida en ese anexo.
- 90 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de no discriminación, como principio general de Derecho de la Unión, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato

esté objetivamente justificado (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 23, y de 29 de marzo de 2012, Comisión/Estonia, C-505/09 P, EU:C:2012:179, apartado 64).

- 91 Pues bien, procede hacer constar que las instalaciones generadoras de electricidad que desarrollan como única actividad incluida en el anexo I de la Directiva 2003/87 la de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW» no se encuentran en una situación comparable, en cuanto respecta al régimen de comercio de derechos de emisión, a la de las instalaciones generadoras de electricidad que, además de esta actividad de combustión, desarrollan una o varias actividades más de las recogidas en dicho anexo.
- 92 En efecto, como se desprende del apartado 58 de la presente sentencia, una instalación como la del litigio principal solamente está incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva con respecto a las emisiones de CO₂ derivadas de dicha actividad de combustión de combustibles. Por lo tanto, solo está sujeta al régimen de comercio de derechos de emisión con respecto a esa actividad, con exclusión de otras actividades que no figuran en el anexo I de dicha Directiva. En cambio, una instalación que desarrolla simultáneamente una actividad de combustión de combustibles y una o varias actividades más de las incluidas en dicho anexo está sujeta al citado régimen de comercio con respecto a la totalidad de sus actividades generadoras de emisiones de CO₂. Por ello, aunque ambos tipos de instalaciones producen electricidad, una instalación del segundo tipo, que está incluida en dicho régimen con respecto a todas sus emisiones de CO₂ derivadas de tales actividades, puede obtener gratuitamente derechos de emisión respecto de dichas emisiones, a diferencia de una instalación del primer tipo, que, al estar sujeta a ese régimen solamente con respecto a las emisiones de CO₂ derivadas de la actividad de combustión de combustibles, no puede recibir tales derechos.
- 93 Por último, contrariamente a lo que sostiene ExxonMobil, esta interpretación del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 no es incompatible con la inclusión, en el punto 1.4 del anexo de la Decisión 2010/2/UE de la Comisión, de 24 de diciembre de 2009, por la que se determina, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono (DO 2010, L 1, p. 10), de la extracción del gas natural en dicha lista.
- 94 En efecto, por un lado, como resulta del artículo 10 *bis*, apartado 12, de la Directiva 2003/87, la inclusión de un sector o de un subsector en la referida lista no tiene en modo alguno por objeto establecer una excepción al apartado 3 de ese artículo, sino la sola consecuencia de que, en el período de comercio 2013-2020, las instalaciones de los sectores o de los subsectores expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono reciban una cantidad de derechos de forma gratuita al 100 % de la cantidad determinada de acuerdo con las medidas a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 2016, Yara Suomi y otros, C-506/14, EU:C:2016:799, apartado 47).
- 95 Por otro lado, es preciso subrayar, al igual que el Abogado General en el punto 83 de sus conclusiones, que la inclusión de un sector o subsector en dicha lista implica, como se desprende del artículo 10 *bis*, apartado 14, de la Directiva 2003/87, que la incapacidad para repercutir los costes de los derechos en los precios se demuestre no, como defiende ExxonMobil, con respecto a cada una de las instalaciones pertenecientes al sector o subsector de que se trate, sino tras una apreciación de conjunto efectuada por la Comisión de la totalidad de las actividades, a escala de la Unión, de las instalaciones pertenecientes al mismo.
- 96 En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87 debe interpretarse en el sentido de que una instalación, como la del litigio principal, que, en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», recogida en el anexo I de esta Directiva, produce electricidad que se destina fundamentalmente a satisfacer sus necesidades propias debe ser considerada

«generador de electricidad», en el sentido de esta disposición, cuando, por un lado, desarrolla simultáneamente una actividad de fabricación de un producto que no figura en dicho anexo y, por otro lado, inyecta de manera continua a título oneroso una parte, aunque sea pequeña, de la electricidad que produce en la red eléctrica pública, a la que dicha instalación debe estar permanentemente conectada por razones técnicas.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 97 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 debe interpretarse en el sentido de que una instalación como la del litigio principal, en la medida en que deba ser considerada «generador de electricidad» en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, puede reclamar que se le asignen derechos de emisión de forma gratuita por el calor producido en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», incluida en el anexo I de dicha Directiva, cuando ese calor se utiliza para fines distintos de la producción de electricidad.
- 98 Ha de señalarse con carácter preliminar que esta cuestión resulta de una apreciación efectuada de oficio por el órgano jurisdiccional remitente, en la medida en que las partes del litigio principal no han puesto en tela de juicio la validez de los derechos de emisión asignados gratuitamente a ExxonMobil por el calor producido en el marco de su actividad de combustión de combustibles.
- 99 De la petición de decisión prejudicial parece desprenderse que, en virtud del Derecho nacional y en el contexto de esta apreciación, el órgano jurisdiccional remitente puede declarar la ilegalidad de todos los derechos de emisión asignados de forma gratuita a ExxonMobil.
- 100 En estas circunstancias, y como se desprende de la resolución de remisión, esta cuestión prejudicial tiene por objeto determinar si la instalación del litigio principal puede obtener derechos de emisión de forma gratuita teniendo en cuenta que su actividad de combustión de combustibles da lugar a la producción no solo de electricidad, sino también, y esencialmente, de calor, por efecto de la reacción química característica del proceso Claus, calor que se capta en esa instalación para destinarlo a sus actividades de desulfuración del gas natural y de recuperación del azufre siguiendo el citado proceso.
- 101 Es preciso recordar que, de conformidad con el artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Directiva 2003/87, la Comisión ha establecido, mediante la Decisión 2011/278, las normas armonizadas a escala de la Unión para la asignación gratuita de derechos de emisión. Tales normas armonizadas concretan la exigencia esencial de minimizar las distorsiones de la competencia en el mercado interior (sentencias de 22 de junio de 2016, DK Recycling und Roheisen/Comisión, C-540/14 P, EU:C:2016:469, apartado 53; de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 26, y de 22 de febrero de 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, apartado 30).
- 102 Así, en virtud del artículo 10 *bis*, apartado 2, de la Directiva 2003/87, la Comisión determina en ese marco los parámetros de referencia por sector o subsector (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 60, y de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 27).
- 103 En este contexto, el artículo 10, apartados 1 y 2, de la Decisión 2011/278 prevé que los Estados miembros calculen la cantidad anual preliminar de derechos de emisión que deben asignarse de forma gratuita multiplicando esas referencias por el nivel de actividad histórica de cada instalación. A estos efectos, deben distinguir, conforme al artículo 6 de la citada Decisión, las subinstalaciones en función de su actividad, para poder determinar si procede aplicar una «referencia de producto», una «referencia de calor» o una «referencia de combustible», o bien un factor específico para las

- «subinstalaciones con emisiones de proceso» (sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 61, y de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 28).
- 104 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha señalado que las definiciones, que figuran en el artículo 3 de la Decisión 2011/278, de las subinstalaciones con referencia de producto, referencia de calor, referencia de combustible y emisiones de proceso se excluyen mutuamente (sentencias de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartado 62, y de 18 de enero de 2018, INEOS, C-58/17, EU:C:2018:19, apartado 29).
- 105 El artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 define las subinstalaciones con referencia de calor como las entradas, salidas y emisiones correspondientes, fuera del ámbito de una subinstalación con referencia de producto, ligadas a la producción de calor medible o a su importación desde una instalación u otra entidad incluida en el régimen de la Unión, o a ambas. Esta disposición precisa que ese calor debe ser consumido para la fabricación de productos o exportado a otra instalación u entidad no incluida en el régimen de la Unión, a excepción de la exportación para la producción de electricidad (sentencia de 8 de septiembre de 2016, Borealis y otros, C-180/15, EU:C:2016:647, apartados 64 y 116).
- 106 Así, de los expresos términos del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 se desprende que esta disposición prohíbe la asignación gratuita de derechos de emisión por el calor generado para producir electricidad.
- 107 De este modo, como señaló acertadamente ExxonMobil en sus observaciones escritas, esta disposición aplica el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, segunda frase, y el artículo 10 *bis*, apartado 7, párrafo tercero, de la Directiva 2003/87, que excluyen la asignación gratuita de derechos de emisión a la producción de electricidad, excepto, por una parte, en ciertos casos recogidos en el artículo 10 *quater* de esta Directiva, que ofrece a los Estados la posibilidad de conceder derechos de emisión gratuitos para la modernización de la producción de electricidad y, por otra parte, en el caso de la electricidad producida a partir de gases residuales (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de julio de 2017, ArcelorMittal Atlantique et Lorraine, C-80/16, EU:C:2017:588, apartado 20).
- 108 Sin embargo, como se desprende del propio tenor de la segunda cuestión prejudicial, la instalación del litigio principal pretende obtener derechos de emisión de forma gratuita, no respecto de la producción de electricidad, sino respecto de la producción de calor medible.
- 109 Pues bien, procede señalar en relación con esto que el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 no excluye expresamente la asignación de derechos de emisión de forma gratuita por calor producido por los generadores de electricidad para fines distintos de la producción de electricidad.
- 110 Ahora bien, procede recordar que de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial se desprende que el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, en relación con su artículo 3, letra u), impide la asignación gratuita de derechos de emisión a los generadores de electricidad a menos que reúnan los requisitos establecidos en los apartados 4 y 8 del citado artículo, que se refieren a la producción de calor o refrigeración destinada a los servicios de calefacción urbana u obtenida mediante cogeneración de alta eficiencia, como se define en la Directiva 2004/8, y a los nuevos entrantes, y ello sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo 10 *quater* de la citada Directiva. Pues bien, consta que la instalación del litigio principal no reúne los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de la Directiva 2003/87 y que la República Federal de Alemania no ha hecho uso de la opción que ofrece el artículo 10 *quater* de esta Directiva.

- 111 De este modo, el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, en cuanto instaura la prohibición, sin perjuicio de las normas establecidas por otras disposiciones, de asignar derechos de emisión de forma gratuita a los generadores de electricidad, consagra una norma general (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine y otros, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, apartado 66).
- 112 Pues bien, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Decisión 2011/278 debe interpretarse de conformidad con lo dispuesto en esa Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de enero de 2017, Schaefer Kalk, C-460/15, EU:C:2017:29, apartados 40 a 42; de 28 de febrero de 2018, Trinseo Deutschland, C-577/16, EU:C:2018:127, apartado 68, y de 17 de mayo de 2018, Evonik Degussa, C-229/17, EU:C:2018:323, apartado 29).
- 113 De ello resulta que una instalación que debe tener la consideración de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, solamente puede obtener derechos de emisión de forma gratuita por el calor producido en ella, por «subinstalación con referencia de calor», en el sentido del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278, si se reúnen los requisitos previstos en el artículo 10 *bis*, apartados 1, párrafo tercero, 4 y 8, de la Directiva.
- 114 A este respecto, no puede sostenerse que el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, salvo cuando se cumplen los requisitos previstos en los apartados 4 y 8 del citado artículo, solamente prohíbe la asignación gratuita de derechos de emisión a un generador de electricidad con respecto a la producción de electricidad.
- 115 En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 94 de sus conclusiones, tal interpretación privaría de efecto útil al artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva, pues el artículo 10 *bis*, apartado 1, párrafo tercero, segunda frase, de la misma prohíbe ya de manera expresa, al menos en principio, la asignación gratuita de derechos de emisión respecto de la producción de electricidad.
- 116 Además, procede señalar que la prohibición de asignar derechos de emisión de forma gratuita a los generadores de electricidad por el calor producido se ajusta plenamente al objetivo perseguido por el artículo 10 *bis*, apartado 3, de la Directiva 2003/87, recordado en el apartado 68 de la presente sentencia, consistente en asignar, en principio, los derechos de emisión a esos productores conforme a un mecanismo de subasta.
- 117 De ello resulta que una instalación como la del litigio principal —en la medida en que en el presente caso consta, como se desprende de la redacción misma de la segunda cuestión prejudicial, que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de la Directiva 2003/87— no puede ampararse en las disposiciones de la Decisión 2011/278 para reivindicar que se le asignen derechos de emisión de forma gratuita por su actividad de producción de calor.
- 118 Cualquier otra interpretación sería contraria a los objetivos de la Directiva 2003/87, al tiempo que atribuiría a la Comisión facultades carentes de todo fundamento jurídico (véase, por analogía, la sentencia de 29 de marzo de 2012, Comisión/Estonia, C-505/09 P, EU:C:2012:179, apartado 82).
- 119 El Gobierno alemán ha alegado no obstante que la interpretación que figura en el apartado 113 de la presente sentencia contravendría el principio de igualdad de trato y el objetivo perseguido por la Directiva 2003/87 de evitar distorsiones de la competencia, habida cuenta de que se conceden derechos de emisión gratuitos respecto del calor que producen instalaciones comparables de otros sectores. En particular, existen diferentes formas de cogeneración que, aunque no cumplen las exigencias de alta eficiencia definidas en la Directiva 2004/8, resultan ser bastante más eficaces que las instalaciones que únicamente producen calor.

- 120 Sin embargo, como ya se desprende de los apartados 91 y 92 de la presente sentencia, las instalaciones que, como la del litigio principal, producen calor desarrollando como única actividad incluida en el anexo I de la Directiva 2003/87 la de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW» no se encuentran en una situación comparable a la de las instalaciones que producen calor desarrollando, además, otra actividad incluida en dicho anexo. Por lo tanto, en el régimen para el comercio de derechos de emisión, no puede considerarse que tal diferencia de trato falsee la competencia entre esas instalaciones (véase, por analogía, la sentencia de 19 de enero de 2017, Schaefer Kalk, C-460/15, EU:C:2017:29, apartado 47).
- 121 Lo mismo puede decirse de la diferencia de trato que se ha alegado entre las instalaciones que producen calor obtenido mediante cogeneración de alta eficiencia, definida en la Directiva 2004/8, y las demás instalaciones productoras de electricidad y de calor. En efecto, dado que estas últimas no reúnen los requisitos establecidos por dicha Directiva, tampoco se encuentran en una situación comparable a la de las primeras.
- 122 ExxonMobil tampoco puede sostener que la interpretación del artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 que figura en el apartado 113 de la presente sentencia dé lugar a que se trate de manera discriminatoria a las instalaciones que producen su propia electricidad con respecto a aquellas que la obtienen de terceras instalaciones, como instalaciones de cogeneración de alta eficiencia.
- 123 En efecto, por un lado, una instalación que produce su propia electricidad solamente está excluida del beneficio de los derechos de emisión gratuitos por la producción de calor si, además, tiene la condición de «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87. Pues bien, como se desprende de los apartados 91, 92 y 120 de la presente sentencia, una instalación que tiene esta condición no se encuentra en una situación comparable a la de las instalaciones industriales. Por otro lado, una instalación que adquiere electricidad a terceros está, de la misma manera, excluida del beneficio de dichos derechos de emisión cuando tiene la condición de generador de electricidad.
- 124 De todo lo anterior se desprende que una instalación como la del litigio principal, en la medida en que debe ser considerada «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, no puede obtener derechos de emisión gratuitos con arreglo al artículo 10 *bis* de esta Directiva y de las disposiciones de la Decisión 2011/278.
- 125 Por lo tanto, tal instalación, que, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/87, está sujeta al régimen para el comercio de derechos de emisión establecido por la misma, en la medida en que desarrolla una actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», recogida en el anexo I de la Directiva 2003/87, que genera emisiones de CO₂, está obligada a obtener derechos de emisión con arreglo al mecanismo de subasta.
- 126 En consecuencia, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278 debe interpretarse en el sentido de que una instalación como la del litigio principal, en la medida en que debe ser considerada «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, no puede obtener derechos de emisión gratuitos por el calor producido en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW», recogida en el anexo I de esa Directiva, cuando ese calor se utiliza para fines distintos de la producción de electricidad, pues tal instalación no reúne los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de dicha Directiva.

Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta

- 127 Habida cuenta de la respuesta que se ha dado a las dos primeras cuestiones prejudiciales, no procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta.

Sobre la limitación de los efectos en el tiempo de la sentencia

- 128 ExxonMobil solicita al Tribunal de Justicia que limite los efectos en el tiempo de la presente sentencia en caso de que dé una respuesta negativa a la segunda cuestión prejudicial.
- 129 Ha de recordarse a este respecto que solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias de 27 de febrero de 2014, Transportes Jordi Besora, C-82/12, EU:C:2014:108, apartado 41, y de 19 de abril de 2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, apartado 57).
- 130 Pues bien, debe señalarse que ExxonMobil no ha aportado ningún dato concreto que justifique la procedencia de su solicitud, sino que se ha limitado a alegar, de manera general, que desde 2013 se han asignado derechos de emisión gratuitos a un gran número de instalaciones generadoras de electricidad por su producción de calor.
- 131 Dadas estas circunstancias, no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

Costas

- 132 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes en el litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

- 1) **El artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, debe interpretarse en el sentido de que una instalación, como la del litigio principal, que, en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 [megavatios (MW)]», recogida en el anexo I de esta Directiva, produce electricidad que se destina fundamentalmente a satisfacer sus necesidades propias debe ser considerada «generador de electricidad», en el sentido de esta disposición, cuando, por un lado, desarrolla simultáneamente una actividad de fabricación de un producto que no figura en dicho anexo y, por otro lado, inyecta de manera continua a título oneroso una parte, aunque sea pequeña, de la electricidad que produce en la red eléctrica pública, a la que dicha instalación debe estar permanentemente conectada por razones técnicas.**
- 2) **El artículo 3, letra c), de la Decisión 2011/278/UE de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 *bis* de la Directiva 2003/87, debe interpretarse en el sentido de que una instalación como la del litigio principal, en la medida en que debe ser considerada «generador de electricidad», en el sentido del artículo 3, letra u), de la Directiva 2003/87, no puede obtener derechos de emisión gratuitos por el calor producido en el marco de su actividad de «combustión [de combustibles] en instalaciones con una potencia térmica nominal total superior a 20 MW»,**

recogida en el anexo I de esa Directiva, cuando ese calor se utiliza para fines distintos de la producción de electricidad, pues tal instalación no reúne los requisitos establecidos en el artículo 10 *bis*, apartados 4 y 8, de dicha Directiva.

Firmas