



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 28 de fevereiro de 2019¹

Processo C-682/17

ExxonMobil Production Deutschland GmbH
contra
Bundesrepublik Deutschland

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Berlim (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Ambiente — Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa — Instalação de tratamento de gás natural — Recuperação de enxofre — Produção de eletricidade numa unidade acessória — Diretiva 2003/87/CE — Artigo 2.º, n.º 1 — Âmbito de aplicação — Anexo I, ponto 6 — Atividade de “combustão de combustíveis” — Artigo 3.º, alínea t) — Conceito de “combustão” — Artigo 3.º, alínea u) — Conceito de “produtor de eletricidade” — Artigo 10.º-A, n.ºs 3 e 4 — Regime transitório de atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito — Restrição à atribuição gratuita de licenças de emissão relativas aos produtores de eletricidade — Decisão 2011/278/UE — Artigo 3.º, alínea c) — Conceito de “subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor” — Artigo 3.º, alínea h) — Conceito de “subinstalação com emissões de processo”»

I. Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha) tem por objeto a interpretação do artigo 3.º, alínea u), do artigo 10.º-A e do anexo I da Diretiva 2003/87/CE², relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União Europeia (a seguir «regime de comércio de licenças de emissão»), e do artigo 3.º, alíneas c) e h), da Decisão 2011/278/EU³, que prevê regras transitórias relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito.

2. Este pedido inscreve-se no âmbito de um litígio que opõe a ExxonMobil Production Deutschland GmbH (a seguir «ExxonMobil») à República Federal da Alemanha, representada pela Umweltbundesamt (Agência Federal do Ambiente, Alemanha), relativo à recusa de atribuição, a uma instalação de tratamento de gás natural explorada pela ExxonMobil, de uma parte das licenças de emissão a título gratuito pedidas para 2013.

¹ Língua original: francês.

² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO 2003, L 275, p. 32), conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009 (JO 2009, L 140, p. 63).

³ Decisão da Comissão, de 27 de abril de 2011, sobre a determinação das regras transitórias da União relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva [2003/87] (JO 2011, L 130, p. 1).

3. Em conformidade com o pedido do Tribunal de Justiça, as presentes conclusões serão orientadas para a primeira e segunda questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Estas questões dizem respeito ao alcance do conceito de «produtor de eletricidade» na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 e às consequências que decorrem da qualidade de produtor de eletricidade de uma instalação quanto à atribuição de licenças de emissão a título gratuito à qual tem direito nos termos do artigo 10.º-A desta diretiva.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2003/87

4. O artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 define o conceito de «[p]rodutor de eletricidade» como «uma instalação que, a partir de 1 de janeiro de 2005, produza eletricidade para venda a terceiros e na qual não seja desenvolvida qualquer atividade enumerada no anexo I para além da “combustão de combustíveis”».

5. Na sua versão em vigor à data dos factos pertinentes⁴, o artigo 10.º-A desta diretiva tinha a seguinte redação:

«1. Até 31 de dezembro de 2010, a Comissão aprova medidas de execução a nível comunitário plenamente harmonizadas para a atribuição das licenças de emissão [...]

[...]

[...] Não podem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito para a produção de eletricidade, salvo nos casos abrangidos pelo artigo 10.º-C e no caso da eletricidade produzida a partir de gases residuais.

[...]

3. Sem prejuízo dos n.ºs 4 e 8 e não obstante o disposto no artigo 10.º-C, não podem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito a produtores de eletricidade [...].

4. A atribuição gratuita deve beneficiar o aquecimento urbano e a cogeração com elevado nível de eficiência, na aceção da Diretiva 2004/8/CE [⁵] para uma procura economicamente justificável, no que diz respeito à produção de calor ou de frio. Após 2013, a atribuição total de licenças de emissão a essas instalações no que diz respeito à produção do referido calor deve ser anualmente ajustada pelo fator linear referido no artigo 9.º

[...]»

⁴ Determinadas disposições do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 foram, entretanto, alteradas pela Diretiva (UE) 2018/410 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2018, que altera a Diretiva [2003/87] para reforçar a relação custo-eficácia das reduções de emissões e o investimento nas tecnologias hipo carbónicas, e a Decisão (UE) 2015/1814 (JO 2018, L 76, p. 3).

⁵ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, relativa à promoção da cogeração com base na procura de calor útil no mercado interno da energia e que altera a Diretiva 92/42/CEE (JO 2004, L 52, p. 50).

2. Decisão 2011/278

6. O artigo 3.º da Decisão 2011/278 dispõe:

«Para efeitos da presente decisão, entende-se por:

[...]

c) «Subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor», os fatores de produção, rendimentos e emissões correspondentes não cobertos por uma subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo a produtos no que diz respeito à produção ou à importação a partir de uma instalação ou de outra entidade abrangida pelo regime da União, ou a ambas, de calor mensurável que é:

- consumido dentro dos limites da instalação com vista à produção de produtos, à produção de energia mecânica com exceção da utilizada para a produção de eletricidade e ao aquecimento ou arrefecimento com exceção do consumo para a produção de eletricidade, ou
- exportado para uma instalação ou outra entidade não abrangida pelo regime da União, com exceção da exportação para a produção de eletricidade;

[...]

h) «Subinstalação com emissões de processo», [...] as emissões de dióxido de carbono [CO₂] que ocorrem fora dos limites do sistema de um parâmetro de referência relativo a produtos enumerado no anexo I em resultado de qualquer uma das seguintes atividades [...]:

[...]

- v) utilização de matérias-primas ou aditivos carbonados para um fim primário que não seja a produção de calor;

[...]»

B. Direito alemão

7. O § 9 da Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (Lei do comércio de direitos de emissão de gases com efeito de estufa), de 21 de julho de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1475, a seguir «TEHG»), está redigido nos seguintes termos:

«(1) Os operadores de instalações têm direito à atribuição de direitos de emissão a título gratuito, em conformidade com os princípios enunciados no artigo 10.º-A [...] da Diretiva [2003/87] [...] e na Decisão [2011/278] [...]

[...]

(6) A quantidade definitiva de licenças de emissão atribuída à instalação é igual ao produto da quantidade provisória de licenças de emissão calculado nos termos dos n.ºs 1 a 5 e do fator de correção transetorial definido pela Comissão Europeia, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 3, das regras de atribuição harmonizadas da União Europeia. No âmbito da atribuição para o calor gerado

pelos produtores de eletricidade, o fator linear referido no artigo 10.º-A, n.º 4, da Diretiva 2003/87/CE substitui o fator de correção referido no primeiro período, sendo o cálculo baseado no número anual provisório de licenças a atribuir a título gratuito ao produtor de eletricidade em causa para o ano de 2013.»

8. O anexo 1, parte 2, da TEHG, intitulado «Atividades», refere, no seu ponto 1, entre as instalações cujas emissões são abrangidas pelo âmbito de aplicação desta lei, as «[u]nidades de combustão de combustíveis cuja potência térmica total de combustão é igual ou superior a 20 [meégawatts (MW)], exceto se estiverem previstas num dos números seguintes». O anexo 1, parte 2, da TEHG enumera, nos seus n.ºs 2 a 4, diversos tipos de «[i]nstalações de produção de eletricidade, de vapor, de água quente, de calor industrial ou de gases de escape aquecidos» cujas emissões são também abrangidas pelo âmbito de aplicação desta lei.

9. O § 2 da Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Regulamento relativo à atribuição de licenças de emissão de gases com efeito estufa para o período de 2013 a 2020), de 26 de setembro de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1921, a seguir «ZuV 2020»), define, no seu n.º 21, o «produtor de eletricidade» como qualquer «[i]nstalação que tenha produzido e vendido eletricidade a terceiros após 31 de dezembro de 2004, e na qual é exclusivamente exercida uma das atividades previstas no anexo I, parte 2, n.ºs 1 a 4, [da TEHG]».

10. O § 2.º da ZuV 2020 define, nos seus n.ºs 29 e 30, os conceitos de «subinstalação com emissões de processo» e de «subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor» em termos idênticos aos do artigo 3.º, alíneas h) e c), da Decisão 2011/278. O § 2.º, ponto 29, alínea b), ee), da ZuV 2020 corresponde ao artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/278.

III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

11. A ExxonMobil explorou, até ao final de 2013, uma instalação de tratamento de gás natural (a seguir «instalação»), situada em Steyerberg (Alemanha). A instalação era composta por unidades de dessulfuração e de secagem do gás natural, por unidades de recuperação de enxofre (designadas «unidades Claus»), por unidades de depuração de efluentes gasosos e por unidades acessórias. Estas últimas incluíam uma caldeira a vapor, uma unidade de motores a gás, unidades de queima de emergência e uma central térmica de condensação.

12. Esta central térmica estava ligada à rede elétrica pública, na qual eram injetadas de forma contínua pequenas quantidades de energia de modo a assegurar o fornecimento contínuo de eletricidade à instalação em caso de falha das unidades Claus, de que resultaria a perda de determinadas quantidades de vapor. A decisão de reenvio contém um balanço do consumo de eletricidade com os dados relativos à produção, à importação, à exportação e ao consumo de eletricidade na instalação relativo aos anos de 2005 a 2010. Esse balanço mostra que, em alguns desses anos, a instalação consumiu mais eletricidade que a que produziu.

13. Em 24 de fevereiro de 2014, a Deutsche Emissionshandelsstelle (Autoridade alemã do comércio de licenças de emissão, a seguir «DEHSt») atribuiu à ExxonMobil, para o período de 2013-2020, 1 179 523 licenças de emissão a título gratuito. Essa atribuição baseava-se, em parte, na aplicação do parâmetro de referência relativo ao calor e, em parte, do parâmetro de referência relativo aos combustíveis. A existência de um risco de fuga de carbono no setor em causa foi tomada em consideração no cálculo da referida atribuição. A DEHSt recusou atribuir à ExxonMobil as licenças de emissão a título gratuito adicionais que esta tinha pedido por emissões de processo. No mesmo dia, a DEHSt revogou a sua decisão de atribuição com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014, devido à cessação de atividade declarada pela ExxonMobil. Essa revogação não é contestada.

14. A ExxonMobil apresentou uma reclamação contra a decisão de atribuição de 24 de fevereiro de 2014. A DEHSt indeferiu essa reclamação em 12 de fevereiro de 2016.

15. Resulta das indicações fornecidas pela DEHSt na sua decisão de 12 de fevereiro de 2016, que o pedido de atribuição relativo às emissões de processo visava as emissões do CO₂ naturalmente contido no gás natural resultantes do processo realizado nas unidades Claus (a seguir «processo Claus»). O processo Claus consistia numa reação química exotérmica pela qual o sulfureto de hidrogénio (H₂S) era transformado em enxofre elementar. O calor produzido durante essa reação era captado por caldeiras de recuperação antes de ser utilizado na instalação. A utilização desse calor deu lugar à atribuição de licenças de emissão a título gratuito por aplicação do parâmetro de referência relativo ao calor. No termo do processo Claus, o CO₂ inerente ao gás natural era expelido através de uma chaminé. Este processo não produzia CO₂ adicional.

16. A DEHSt considerou que não podiam ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito a uma «subinstalação com emissões de processo», na aceção do § 2.º, ponto 29, alínea b), ee), da ZuV 2020, que transpõe para o direito alemão o artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão 2011/78. No parecer da DEHSt, a condição, prevista nestas disposições, segundo a qual as emissões devem resultar da utilização de uma matéria-prima que contenha carbono, não estava preenchida. A DEHSt considerou que as emissões do CO₂ naturalmente contido no gás natural não resultavam do processo Claus dado que esse CO₂ não participava nem era necessário à reação química que caracteriza o processo Claus. Segundo a DEHSt, o H₂S era a única matéria-prima utilizada para a produção do enxofre, não devendo o CO₂ ser considerado um «gás associado» ao H₂S.

17. Em 10 de março de 2016, a ExxonMobil interpôs recurso da decisão de indeferimento da sua reclamação.

18. No seu recurso, a ExxonMobil descreve, antes de mais, as atividades da instalação, recordando que a mesma serviu para tratar o gás natural após a sua extração das jazidas. Assim, o gás natural extraído, denominado gás ácido quando se apresenta sob esta forma, continha H₂S, vapor de água, metano (CH₄) e CO₂. Na instalação, esse gás era dessulfurado e de seguida, após secagem, injetado na rede de abastecimento de gás. O H₂S e o CO₂ separados do gás natural durante o processo de dessulfuração eram encaminhados para as unidades Claus onde o H₂S era transformado em enxofre por efeito de uma reação exotérmica em duas fases.

19. Na primeira fase, cerca de um terço do H₂S era queimado num forno, produzindo essa combustão dióxido de enxofre (SO₂). O SO₂ reagia desde então em parte nesse forno com o H₂S para dar origem a enxofre elementar e água. A fim de manter o processo de oxidação e otimizar o processo, era retirado calor, sob a forma de vapor, através da caldeira de recuperação. O H₂S remanescente reagia por catálise com o SO₂ para gerar enxofre elementar.

20. Na segunda fase, era obtido enxofre adicional em resultado de uma reação exotérmica em dois ou três níveis catalíticos sucessivos. No termo dessa reação, o gás restante, denominado «gás Claus», ainda continha, nomeadamente, CO₂ e vestígios de compostos de enxofre. O gás Claus era então encaminhado para unidades de depuração de gás, ligados a jusante das unidades Claus, onde os compostos de enxofre eram eliminados e o CO₂ era libertado na atmosfera através de uma chaminé.

21. Em seguida, a ExxonMobil reivindica um direito a uma atribuição a título gratuito para uma subinstalação com emissões de processo pelo facto de essas emissões de CO₂ resultarem da utilização de uma matéria-prima que contém carbono sob a forma de CO₂. Segundo esta última, não é o H₂S considerado isoladamente, mas efetivamente o gás ácido que constitui a matéria-prima utilizada na produção de enxofre. Na falta de utilização desse gás durante o processo Claus, o CO₂ inerente ao gás natural não teria sido libertado na atmosfera. Além disso, era necessária a extração do CO₂ do gás

ácido, através desse processo, para a obtenção de enxofre puro a partir desse gás. Não importava que o CO₂ estivesse presente desde o início na matéria-prima e não participasse na reação química acima descrita. De resto, as referidas emissões de CO₂ não teriam podido ser evitadas nem por uma mudança de combustível nem por técnicas mais eficazes.

22. Por outro lado, a ExxonMobil alega que o facto de terem sido atribuídas licenças de emissão a título gratuito por aplicação do parâmetro de referência relativo ao calor para o calor mensurável produzido na instalação, enquanto efeito colateral da reação química que caracteriza o processo Claus, não se opõe à atribuição adicional solicitada. Embora o Tribunal de Justiça tenha declarado, no Acórdão Borealis e o.⁶, que a atribuição com base num parâmetro de referência de um produto prevalece sobre as três abordagens de recurso que constituem as atribuições com base no parâmetro de referência relativo ao calor, no parâmetro de referência relativo aos combustíveis e nas emissões de processo, não existe nenhuma hierarquia entre estas três abordagens de recurso.

23. Por último, a ExxonMobil salienta que o recurso no processo principal constitui um processo-piloto que deve permitir dirimir as questões relativas à atribuição de licenças de emissão a título gratuito para as emissões de CO₂ intervindo no âmbito do processo Claus, que se produz igualmente noutras instalações exploradas por esta última.

24. Na sua contestação, a DEHSt referiu, pela primeira vez, que a produção de enxofre não constitui uma atividade sujeita à obrigação de comércio de licenças de emissão. Alegou, também de forma inédita, que a instalação devia ser qualificada de «produtor de eletricidade», uma vez que aí tinha sido produzida e vendida corrente elétrica a terceiros após 31 de dezembro de 2004 e que na mesma apenas era exercida uma atividade de combustão prevista no anexo I, parte 2, pontos 1 a 4, da TEHG. Segundo a DEHSt, a instalação pediu e obteve uma atribuição destinada aos produtores de eletricidade, que foi reduzida por aplicação do fator linear previsto para estes em conformidade com o § 9.º, n.º 6, da TEHG. Ora, uma atribuição a título gratuito aos produtores de eletricidade só era permitida no respeito das condições fixadas no artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87.

25. Quanto ao restante, a DEHSt reitera a sua posição segundo a qual a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para uma subinstalação com emissões de processo deve ser recusada e contesta a alegação da ExxonMobil segundo a qual as emissões em causa eram inevitáveis. Além disso, a DEHSt invoca uma hierarquia em cascata entre os elementos de atribuição com base no parâmetro de referência relativo ao calor, no parâmetro de referência relativo a combustíveis e nas emissões de processo.

26. Neste contexto, o Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim) considera, antes de mais, que a resolução do litígio do processo principal depende da questão de saber se a instalação deve ser qualificada de produtor de eletricidade na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87. Embora lhe parece que da redação desta disposição resulta uma resposta afirmativa a esta questão, esse órgão jurisdicional questiona-se sobre se essa resposta não lhe conferiria um alcance que excede o pretendido pelo espírito e pela finalidade desta diretiva⁷.

27. Em seguida, o órgão jurisdicional de reenvio observa que a qualificação da instalação enquanto produtor de eletricidade acarreta, em princípio, a ilegalidade da atribuição a título gratuito de que beneficiou. Tal resulta do facto de que os produtores de eletricidade só podem adquirir licenças de emissão a título gratuito nos casos referidos no artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 4, da

6 Acórdão de 8 de setembro de 2016 (C-180/15, EU:C:2016:647).

7 V. n.º 59 e n.ºs 62 a 64 das presentes conclusões.

Diretiva 2003/87 — que não abrangem as emissões em causa. No entanto, esse órgão jurisdicional interroga-se quanto à possibilidade de não ter em conta essa restrição com base na definição do conceito de «subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor» que consta do artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278, a qual não contém semelhante restrição.

28. Por último, o referido órgão jurisdicional pretende saber se as emissões resultantes do processo Claus podem dar lugar a uma atribuição a título gratuito para uma «subinstalação com emissões de processo» na aceção do artigo 3.º, alínea h), dessa decisão. Dado que o calor gerado por esse processo também é suscetível de ser objeto de uma atribuição por aplicação do parâmetro de referência relativo ao calor, esse órgão jurisdicional pergunta se um destes dois tipos de atribuição tem prioridade sobre o outro.

29. Tendo em atenção estas considerações, o Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Uma instalação que fabrica um produto cuja produção não é abrangida pelas atividades referidas no anexo I da Diretiva [2003/87] (como no caso presente: a produção de enxofre) e na qual, ao mesmo tempo, é exercida a atividade de “combustão de combustíveis em instalações com uma potência térmica nominal total superior a 20 MW”, atividade esta sujeita ao sistema de comércio de licenças nos termos do anexo I da Diretiva [2003/87], é um produtor de eletricidade na aceção de artigo 3.º, alínea u), da Diretiva [2003/87], quando numa unidade acessória desta instalação é igualmente produzida eletricidade para a instalação e uma parte (reduzida) dessa eletricidade é entregue, a título oneroso, à rede pública de eletricidade?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

Caso uma instalação como a descrita na primeira questão seja um produtor de eletricidade na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva [2003/87], esta instalação pode beneficiar da atribuição de uma licença de emissão a título de calor ao abrigo da Decisão [2011/278], se o calor preencher os requisitos previstos no artigo 3.º, alínea c), da Decisão [2011/278], mas não for abrangido pelas categorias referidas no artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, n.º 3 e n.º 4, da Diretiva [2003/87] — o calor resultante da combustão de gases residuais para a produção de eletricidade, aquecimento urbano e cogeração de alta eficiência?

3) Se, uma vez decididas as duas primeiras questões prejudiciais, o calor produzido pela instalação da recorrente beneficiar da atribuição de uma licença de emissão:

O CO₂ libertado para a atmosfera na sequência do tratamento do gás natural (sob a forma de gás ácido) no denominado processo Claus, através da separação de CO₂ inerente ao gás natural da mistura de gases, é uma emissão que, no sentido do artigo 3.º, alínea h), primeiro período, da Decisão [2011/278], resulta do processo referido ao abrigo do artigo 3.º, alínea h), ponto v)?

a) As emissões de CO₂ podem, na aceção do artigo 3.º, alínea h), primeiro período, da Decisão [2011/278], “resultar” de um processo em que o CO₂ inerente à matéria-prima é separado da mistura de gases por ação física e libertado para a atmosfera, sem que desse processo resulte dióxido de carbono adicional, ou esta disposição pressupõe necessariamente que o CO₂ libertado para a atmosfera surja pela primeira vez como resultado do processo?

b) É “utilizada” uma matéria-prima carbonada, na aceção do artigo 3.º, alínea h), ponto v), da Decisão [2011/278], quando, no denominado processo Claus, o gás natural em estado livre é usado para a produção de enxofre e o dióxido de carbono inerente ao gás natural é libertado para a atmosfera, sem que o dióxido de carbono inerente ao gás natural participe na reação

química que ocorre nesse processo, ou o conceito de “utilização” pressupõe obrigatoriamente que o carbono participe ou seja mesmo necessário para esse efeito na reação química produzida?

4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão:

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

30. A ExxonMobil, o Governo alemão e a Comissão apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça e estiveram representadas na audiência de alegações realizada em 14 de novembro de 2018.

IV. Análise

A. Considerações preliminares

31. O presente pedido de decisão prejudicial convida o Tribunal de Justiça a determinar essencialmente se e, sendo caso disso, em que medida uma instalação como a que está em causa no processo principal pode obter uma atribuição de licenças de emissão a título gratuito ao abrigo do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87. Os elementos de facto pertinentes que caracterizam a situação da instalação, em que assentará a minha análise, podem ser resumidos nos seguintes termos.

32. Segundo as informações prestadas na decisão de reenvio⁸, na instalação em causa no processo principal era exercida, nomeadamente, uma atividade que consistia em recuperar, através do processo Claus, o enxofre contido, sob a forma de H₂S, no gás ácido extraído das jazidas⁹. Esse processo era iniciado pela combustão de uma parte do gás ácido, que desencadeava uma reação química que libertava calor que era posteriormente utilizado na instalação. Numa unidade acessória, a instalação produzia eletricidade¹⁰. Embora a eletricidade assim produzida fosse principalmente destinada ao seu próprio abastecimento, a instalação injetava de forma contínua uma pequena quantidade na rede pública a título oneroso. Essa injeção visava assegurar a alimentação contínua de eletricidade da instalação. Devido ao processo Claus, o CO₂ naturalmente contido no gás ácido era separado do H₂S. Esse CO₂ era libertado na atmosfera depois de ter transitado pelas unidades Claus e pelas unidades de depuração e — conforme resulta dos autos enviados pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça e das observações do Governo alemão, sem prejuízo de verificação por aquele órgão jurisdicional — de pós-combustão ligadas a jusante daquelas. O processo Claus não produzia CO₂ adicional.

8 O órgão jurisdicional de reenvio expôs as explicações dadas quer pela ExxonMobil quer pela DEHSt quanto ao desenrolar do processo Claus (v. n.ºs 15 a 20 das presentes conclusões), sem ela própria fazer uma apreciação factual a propósito de cada aspeto desse processo. Uma vez que essas explicações são, em larga medida, coincidentes, a minha análise basear-se-á nessa apresentação dos factos, sem prejuízo de verificação por esse órgão jurisdicional, o único competente para apreciar os factos pertinentes [v., nomeadamente, Acórdão de 6 de março de 2018, SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.º 98 e jurisprudência aí referida)].

9 O gás ácido introduzido nas unidades Claus continha, mais precisamente, o H₂S e CO₂ retirados, por meio de um processo prévio de dessulfuração, do gás natural extraído das jazidas para permitir a sua injeção na rede de gás. Assim, o processo Claus permitia simultaneamente eliminar esse H₂S — gás corrosivo e tóxico — e produzir um produto (a saber, enxofre elementar) com valor comercial.

10 Segundo as informações constantes dos autos enviados ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio, as observações orais da ExxonMobil e as observações escritas do Governo alemão, uma parte do calor produzido durante o processo Claus servia para produzir essa eletricidade.

33. Foram atribuídas licenças de emissão a título gratuito à instalação, ao abrigo de uma «subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor» na aceção do artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278, para o calor mensurável produzido durante esse processo¹¹. Em contrapartida, não lhe foram atribuídas licenças de emissão a título gratuito adicionais pedidas para uma «subinstalação com emissões de processo» na aceção do artigo 3.º, alínea h) da Decisão 2011/278. A ExxonMobil considera, em substância, que a atribuição calculada com base no parâmetro de referência relativo ao calor não é suficiente para contabilizar emissões inevitáveis do CO₂ que entra na composição do gás ácido, pelas quais teve de devolver licenças de emissão¹².

34. O recurso no processo principal é interposto contra a decisão pela qual a DEHSt indeferiu esse pedido. No entanto, os argumentos alegados por esta última na sua contestação também suscitam dúvidas quanto à legalidade da atribuição de licenças de emissão a título gratuito de que a instalação beneficiou.

35. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, com a sua primeira e segunda questões, se a instalação deve, tendo em conta o facto de que vendeu a eletricidade à rede pública, ser privada de qualquer atribuição de licenças de emissão a título gratuito. Em caso de resposta negativa, esse órgão jurisdicional submete ao Tribunal de Justiça a sua terceira e quarta questões, para poder determinar se as emissões do CO₂ naturalmente presente no gás ácido podem dar origem a uma atribuição a título gratuito para uma subinstalação com emissões de processo.

36. Como evidenciaram as observações escritas e orais apresentadas no Tribunal de Justiça, tanto os desafios do litígio no processo principal como a utilidade das respostas às questões prejudiciais para a resolução desse litígio dependem, em primeiro lugar, da aplicabilidade da Diretiva 2003/87 a essas emissões.

37. A este propósito, a Comissão, apoiada neste aspeto pela ExxonMobil na audiência, alega essencialmente que as emissões do CO₂ naturalmente contido no gás ácido, objeto do pedido de licenças de emissão gratuitas adicionais, não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva. Por conseguinte, não devem ser declaradas ou fiscalizadas, nem dar lugar à restituição de licenças de emissão, de modo que a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para essas emissões é excluída do procedimento. Em contrapartida, o Governo alemão considera, em substância, que, uma vez que o gás ácido serviu de combustível no âmbito das atividades da instalação, todo o CO₂ que entra na composição desse combustível, libertado na sequência dessas atividades, está sujeito ao regime de comércio de licenças de emissão. Pelas razões a seguir expostas, este último ponto de vista convence-me.

B. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2003/87 às emissões do CO₂ naturalmente presente no gás ácido

38. Nos termos do seu artigo 2.º, n.º 1, a Diretiva 2003/87 aplica-se às emissões provenientes das atividades enumeradas no anexo I desta diretiva e aos gases com efeito de estufa enumerados no seu anexo II, entre os quais figura o CO₂. O anexo I da referida diretiva refere, designadamente, no seu ponto 6, a atividade de «[c]ombustão de combustíveis em instalações com uma potência térmica nominal total superior a 20 MW».

11 Foram atribuídas à instalação licenças de emissão gratuitas ao abrigo de uma «subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo a combustíveis» na aceção do artigo 3.º alínea d), da Decisão 2011/278 para o calor não mensurável produzido no âmbito de atividades diferentes da recuperação de enxofre através do processo Claus.

12 Nos termos do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87, o operador de uma instalação sujeita à obrigação de comércio de licenças de emissão deve, anualmente, devolver um número de licenças de emissão equivalente ao total das emissões provenientes dessa instalação durante o ano civil anterior.

39. Neste caso, as emissões do CO₂ naturalmente contido no gás ácido provenientes da instalação só podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2003/87 na medida em que resultem de uma atividade desse tipo. Com efeito, é pacífico que a instalação não exercia nenhuma outra atividade enumerada no anexo I desta diretiva, que não menciona nem a recuperação de enxofre nem o tratamento do gás natural.

40. O conceito de «combustão de combustíveis», que consta do anexo I, ponto 6, da Diretiva 2003/87, deve ser entendido à luz do artigo 3.º, alínea t), desta diretiva. Esta disposição define o conceito de «combustão» como «qualquer oxidação de combustíveis, independentemente da forma de utilização da energia térmica, elétrica ou mecânica produzida por esse processo e quaisquer outras atividades diretamente associadas, incluindo a depuração de efluentes gasosos».

41. Esta definição abrange, parece-me, a reação de oxidação geradora de calor em que incorria o H₂S durante o processo Claus. Também incluía o processo de pós-combustão dos gases que saem das unidades Claus, de que fazia parte o CO₂ naturalmente presente no gás ácido, conforme descrito nos autos submetidos ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio e nas observações do Governo alemão.

42. Na medida em que esse CO₂ era emitido depois de ter transitado pelas unidades Claus e, sem prejuízo de verificação por esse órgão jurisdicional, pelas unidades de pós-combustão onde se desenrolavam esses processos, essas emissões resultavam, na minha opinião, de atividades de combustão na aceção do anexo I, ponto 6, da Diretiva 2003/87¹³, interpretado à luz do seu artigo 3.º, alínea t).

43. Esta conclusão não é posta em causa, *em primeiro lugar*, pelo facto de os referidos processos só acessoriamente servirem para produzir a energia, dado que o seu principal objetivo era recuperar o enxofre contido no gás ácido e depurar esse gás antes de o lançar na atmosfera.

44. A este propósito, como o testemunham os trabalhos preparatórios à adoção da Diretiva 2009/29/CE¹⁴, que aditou o artigo 3.º, alínea t), da Diretiva 2003/87, esta inserção visava consagrar uma definição ampla do conceito de «combustão». Este conceito devia englobar qualquer oxidação de combustíveis, independentemente da sua finalidade, tenha ela por objetivo produzir energia para terceiros ou participar num processo de produção na instalação em causa¹⁵.

45. O anexo I, ponto 3, da Diretiva 2003/87 reflete o amplo alcance atribuído ao referido conceito, ao precisar que as unidades onde decorrem atividades de combustão incluem, nomeadamente, «todo o tipo de caldeiras, queimadores, turbinas, aquecedores, fornos de recozimento, incineradoras, calcinadores, fornos, fogões, secadores, motores, células de combustível, unidades químicas de combustão, motores de queima de gases e unidades de pós-combustão térmica ou catalítica». Entre esses dispositivos, alguns, em especial os motores de queima de gases e algumas unidades de pós-combustão, não têm por objetivo o fornecimento de energia¹⁶.

¹³ É pacífico que o limite de capacidade previsto nesta disposição estava ultrapassado no caso em apreço.

¹⁴ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, que altera a Diretiva [2003/87] a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa (JO 2009, L 140, p. 63).

¹⁵ V. Commission staff working document, accompanying document to the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system, Impact assessment, 23 de janeiro de 2008, SEC(2007) 52 (a seguir «análise de impacto»), pp. 17 a 23 e pp. 160 e 161. V., além disso, proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva [2003/87] a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, de 23 de janeiro de 2008, COM(2008) 16 final (a seguir «proposta da Comissão»), p. 4. A inserção da definição do conceito de «combustão» visava codificar a interpretação já preconizada pela Comissão na sua Comunicação de 22 de dezembro de 2005 «Orientações complementares relativas aos planos de atribuição do período 2008-2012 do regime de comércio de licenças de emissão», COM(2005) 703 final, n.ºs 34 a 36 e anexo 8. V., também, neste sentido, Acórdão de 28 de julho de 2016, Vattenfall Europe Generation (C-457/15, EU:C:2016:613, n.º 37).

¹⁶ V. Commission, «Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)», 18 de março de 2010, disponível no endereço https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf, pp. 8 e 9.

46. *Em segundo lugar*, as emissões em causa não se podem subtrair ao âmbito de aplicação dessa diretiva, uma vez que o próprio CO₂ libertado na atmosfera, que já estava contido no gás ácido desde a sua extração, não resultava de uma reação de oxidação provocada durante as atividades de instalação¹⁷.

47. Com efeito, o artigo 3.º, alínea t), da Diretiva 2003/87 não limita o conceito de «combustão» às reações de oxidação que dão origem a um gás com efeito de estufa constante da lista do anexo II dessa diretiva. Basta, tendo em conta a redação desta disposição, que um qualquer elemento que compõem o combustível seja oxidado. Do mesmo modo, o artigo 2.º, n.º 1, da referida diretiva não subordina a aplicabilidade da mesma à condição de que o próprio CO₂ emitido provenha de uma atividade referida no seu anexo I. Apenas as *emissões* desse gás com efeito de estufa, e não o referido gás propriamente dito, devem provir dessa atividade¹⁸.

48. Como salientou o Governo alemão, esta interpretação baseia-se no artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 601/2012 da Comissão relativo à monitorização e comunicação de informações relativas às emissões de gases com efeito de estufa nos termos da Diretiva [2003/87]¹⁹. Nos termos desta disposição, as emissões de «CO₂ inerente» — que está definido no artigo 3.º, ponto 40, deste regulamento como «o CO₂ presente na composição de um combustível» — devem ser incluídas no fator de emissão relativo a esse combustível. O artigo 48.º, n.º 1, do referido regulamento faz, aliás, referência ao CO₂ inerente contido no gás natural.

49. Nesta ótica, a Comissão, num documento intitulado «Frequently Asked Questions Regarding Monitoring and Reporting in the EU ETS»²⁰, refere que as emissões de CO₂ resultantes do tratamento do gás natural estão sujeitas às obrigações decorrentes do regime de comércio de licenças de emissão, na medida em que o CO₂ emitido seja, num qualquer momento dos processos de purificação, introduzido num processo de combustão. Estas emissões devem então ser declaradas e monitorizadas enquanto emissões de CO₂ inerente, por força do artigo 48.º do Regulamento n.º 601/2012. A Comissão refere-se nesse documento, a título de exemplo, às unidades Claus²¹. Embora esse documento não tenha carácter vinculativo, as indicações que contém constituem, na minha opinião, elementos contextuais suscetíveis de esclarecer a interpretação da Diretiva 2003/87 e do Regulamento n.º 601/2012²².

17 De resto, recorde que o calor produzido durante o processo Claus era gerado por uma reação química que não produzia CO₂. Só o CO₂ que entra na composição do gás ácido era libertado no termo desse processo. Se essas emissões tivessem de ser excluídas do âmbito de aplicação dessa diretiva pelo facto de o CO₂ emitido estar naturalmente presente no gás ácido, não seriam na mesma abrangidas na medida em que o referido processo tinha produzido calor utilizado na instalação.

18 Observo que, embora determinadas versões linguísticas do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87, como as em língua francesa e espanhola, utilizem a expressão «resultantes das atividades» ou formulações semelhantes, outras, entre as quais as versões em língua inglesa, dinamarquesa, italiana e neerlandesa, recorrem a uma expressão correspondente aos termos «provenientes das atividades». A interpretação segundo a qual a Diretiva 2003/87 é aplicável às emissões do CO₂ naturalmente presente no combustível gasoso obtido em resultado de uma atividade de combustão, para além de ser coerente com todas estas versões linguísticas, é corroborada pela finalidade desta diretiva. Por força do seu artigo 1.º, esta finalidade consiste em «promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes». O considerando 8 da referida diretiva sublinha a necessidade de ter em consideração o potencial de redução de emissões das atividades associadas a processos industriais. À luz desta finalidade como salientou o Governo alemão, a utilização de combustíveis com baixo teor de CO₂ deve ser incentivada, uma vez que contribui para reduzir as emissões de CO₂. O facto, invocado pela ExxonMobil na audiência, de que nem sempre é possível conhecer após a sua extração a composição do gás ácido que, no caso em apreço, serve de combustível, não põe em causa este princípio.

19 Regulamento de 21 de junho de 2012 (JO 2012, L 181, p. 30). V., relativamente ao método de monitorização das emissões dos processos de combustão ocorridos em terminais de tratamento de gases, anexo IV, ponto 1, alínea B), terceiro parágrafo, do Regulamento n.º 601/2012.

20 Este documento, na sua versão de 16 de dezembro de 2013, está disponível em https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/monitoring/docs/faq_mmr_en.pdf (v. p. 14).

21 A Comissão esclarece: «[T]he H₂S enriched gas flow may still contain a significant concentration of CO₂. If this gas flow is also fed into a combustion unit (e.g. CLAU unit), this CO₂ needs to be monitored and reported as well.»

22 V., por analogia, Acórdão de 18 de janeiro de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, n.º 41).

50. Tendo em conta estas considerações, entendo que as emissões do CO₂ contido naturalmente no gás ácido que são produzidas no processo Claus, como as que estão em causa no processo principal, resultam de uma atividade de «combustão de combustíveis» na aceção do anexo I, ponto 6, conjugado com o artigo 3.º, alínea t), da Diretiva 2003/87. Entendo também que estas emissões são abrangidas pelo âmbito de aplicação desta diretiva, conforme delimitado no seu artigo 2.º, n.º 1.

C. Quanto ao conceito de «produtor de eletricidade» (primeira questão)

51. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a instalação constitui um «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, na medida em que produziu eletricidade no âmbito da sua atividade de «combustão de combustíveis com uma potência superior a 20 [megawatts (MW)]» na aceção do anexo I, ponto 6, dessa diretiva. Esse órgão jurisdicional pergunta, mais especificamente, se é esse o caso tendo em conta as circunstâncias segundo as quais, em primeiro lugar, a instalação exercia simultaneamente uma atividade de fabrico de um produto que não se enquadra em nenhuma outra atividade constante desse anexo e, em segundo lugar, a eletricidade produzida era utilizada para as próprias necessidades da instalação, sendo apenas uma pequena quantidade desta entregue a título oneroso na rede pública, à qual a instalação devia estar permanentemente ligada por razões técnicas.

52. Após uma análise da letra e dos objetivos do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, da economia geral desta diretiva e da génese da adoção desta disposição²³, proporei ao Tribunal de Justiça dar uma resposta afirmativa a esta questão.

1. Interpretação literal

53. Em conformidade com o artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, a qualidade de produtor de eletricidade pressupõe, em primeiro lugar, que a instalação em questão tenha, «a partir de 1 de janeiro de 2005, produz[ido] eletricidade para venda a terceiros». Em segundo lugar, essa qualidade implica que nessa instalação «não seja desenvolvida qualquer atividade enumerada no anexo I para além da “combustão de combustíveis”».

54. Interpretado literalmente, o segundo critério previsto no artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 está, por hipótese, preenchido na situação prevista pela primeira questão, que diz respeito a uma instalação que exerce unicamente, além de uma atividade de combustão, uma atividade não listada no anexo I desta diretiva.

55. Conforme salientou o Governo alemão, esta interpretação corresponde à adotada num documento, publicado pela Comissão, intitulado «Guidance paper to identify electricity generators» (a seguir «documento de orientação relativo à identificação dos produtores de eletricidade»)²⁴. Defende-se aí que uma instalação que exerce, além de uma atividade de combustão, uma atividade que não consta desse anexo preenche o critério acima mencionado. É o que sucederia mesmo quando a eletricidade é produzida para o próprio consumo da instalação para efeitos do exercício desta última atividade. Esse documento, embora não vinculativo, fornece indícios suscetíveis de esclarecer o significado do conceito de «produtor de eletricidade» à luz da economia geral da Diretiva 2003/87 e da Decisão 2011/278²⁵.

²³ V., designadamente, em relação aos elementos a ter em conta para interpretar o direito da União, Acórdão de 10 de dezembro de 2018, Wightman e o. (C-621/18, EU:C:2018:999, n.º 47 e jurisprudência aí referida).

²⁴ Esse documento, datado de 18 de março de 2010, está disponível em https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_electricity_generators_en.pdf (v. p. 4, n.ºs 8 e 9).

²⁵ V., por analogia, Acórdão de 18 de janeiro de 2018, INEOS (C-58/17, EU:C:2018:19, n.º 41). Quanto ao estatuto do documento de orientação relativo à identificação dos produtores de eletricidade e outros documentos de orientação relativos ao período de comércio 2013-2020, v., designadamente, Commission, «Guidance document n.º 1 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012», 14 de abril de 2011, disponível em https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd1_general_guidance_en.pdf, pp. 3 e 4.

56. Relativamente ao primeiro critério enunciado no artigo 3.º, alínea u), desta diretiva, a expressão «para venda a terceiros» pode, como salientou a ExxonMobil, sugerir que a eletricidade não deve simplesmente ser *vendida a terceiros*, mas sim ser *produzida com a finalidade dessa venda*. Nestas condições, qualquer que seja a abordagem adotada quanto a esta questão, nada na redação desta disposição indica que a venda a terceiros deveria constituir o objetivo exclusivo, ou pelo menos o objetivo principal, da produção de eletricidade. Por conseguinte, com base nessa redação, como defendem o Governo alemão e a Comissão, este critério está preenchido quando, como no caso vertente, uma instalação produz eletricidade para o seu próprio abastecimento ao mesmo tempo que projeta injetar, a título oneroso, uma parte, ainda que ínfima, dessa eletricidade na rede.

57. Esta interpretação também resulta do documento de orientação relativo à identificação dos produtores de eletricidade, o qual enuncia que o artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 não prevê qualquer limiar de vendas além do qual uma instalação pode revestir a qualidade de produtor de eletricidade. Nos termos desse documento, essa qualidade também não está subordinada à condição de que a eletricidade seja produzida com a intenção de venda a terceiros²⁶.

58. Acrescento que esta disposição não estabelece nenhum requisito relativo à continuidade da produção de eletricidade e da venda da eletricidade assim produzida. Institui uma regra clara segundo a qual a qualidade de produtor de eletricidade é adquirida desde que a instalação tenha produzido eletricidade para venda a terceiros num qualquer momento a partir de 1 de janeiro de 2005, independentemente de qualquer flutuação no tempo da relação entre a quantidade de eletricidade vendida e a produzida para as próprias necessidades da instalação.

59. Por conseguinte, segundo uma interpretação literal do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, uma instalação como a que está em causa no processo principal reveste a qualidade de produtor de eletricidade. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, como alega a ExxonMobil, esta interpretação não leva a alargar o círculo dos produtores de eletricidade para além das instalações às quais o legislador entendia atribuir essa qualidade. Essa interpretação excederia, então, o necessário para a realização do objetivo prosseguido por esta disposição.

2. *Interpretação teleológica e contextual*

60. Conforme resulta, em especial, do artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87, a qualidade de produtor de eletricidade de uma instalação tem como consequência submetê-la ao princípio da venda exclusivamente através de leilão das licenças de emissão²⁷. Com efeito, só podem ser atribuídas licenças de emissão a título gratuito aos produtores de eletricidade, em circunstâncias limitadas, cuja determinação mais precisa é objeto da segunda questão prejudicial²⁸.

61. A este respeito, a ExxonMobil sublinha, com razão, que o considerando 19 da Diretiva 2009/29, pela qual foram aditados o artigo 3.º, alínea u), e o artigo 10.º-A, da Diretiva 2003/87, revela que esta restrição à atribuição a título gratuito foi instituída em resposta à observação de uma tendência das instalações do «setor da eletricidade» para repercutirem os custos relativos à aquisição de licenças de emissão nos preços da eletricidade. Acresce que estas tinham incluído o valor económico das licenças de emissão a título gratuito nesses preços como «custo de oportunidade», realizando dessa forma «lucros excecionais»²⁹.

26 Documento de orientação relativo à identificação dos produtores de eletricidade, p. 4, ponto 10.

27 V. considerando 19 da Diretiva 2009/29.

28 V. n.ºs 88 a 98 das presentes conclusões. Além disso, a quantidade anual definitiva de licenças de emissão a título gratuito atribuída aos produtores de eletricidade é calculada de forma diferente da atribuída às outras instalações (v. artigo 10.º, n.º 9, da Decisão 2011/278). V., a este propósito, Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 71).

29 V. proposta da Comissão, p. 9. V., também, Acórdão de 17 de outubro de 2013, Iberdrola e o. (C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11 e C-640/11, EU:C:2013:660, n.ºs 33 a 36 e 40).

62. Segundo a ExxonMobil, a qualidade de produtor de eletricidade de uma instalação deveria, consequentemente, ser apreciada à luz da sua capacidade para repercutir os custos do CO₂ nos clientes. Ora, a instalação em causa no processo principal não está investida dessa capacidade. Nesta mesma linha, o órgão jurisdicional de reenvio está inclinado a pensar que o legislador visava, com o aditamento das disposições acima mencionadas, apenas as instalações pertencentes ao «setor clássico» da eletricidade³⁰, de que a instalação em causa no processo principal não faz parte.

63. Nesta ótica, esse órgão jurisdicional tende a aderir ao ponto de vista da ExxonMobil, de acordo com o qual o *segundo critério* referido no artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 exige que a instalação não exerça nenhuma atividade — independentemente do facto de constar ou não do anexo I dessa diretiva — diferente de uma atividade de combustão³¹. O conceito de «produtor de eletricidade» não inclui as instalações que exercem, além de uma atividade de combustão, uma atividade não abrangida por esse anexo — como, no presente caso, a recuperação de enxofre.

64. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto a saber se, como alega a ExxonMobil, o *primeiro critério* previsto nesta disposição implica que a eletricidade produzida seja «principalmente» destinada à venda a terceiros. Não é esse o caso em apreço, uma vez que a eletricidade era produzida para o abastecimento da própria instalação, dado que o fornecimento mínimo de eletricidade à rede pública obedecia apenas a razões técnicas.

65. Sobre esta matéria, a ExxonMobil esclareceu que esse fornecimento visava sincronizar a frequência e a tensão da corrente elétrica interna com a proveniente da rede. Na falta dessa sincronização, a passagem de um funcionamento autónomo para um funcionamento em rede, necessária para garantir a alimentação contínua da instalação, podia ser acompanhada de variações de frequência ou de tensão que causavam danos. O saldo elétrico exposto na decisão de reenvio demonstra a natureza marginal da venda de eletricidade a terceiros.

66. Na minha opinião, não é desprovida de fundamento a alegação de que as instalações que venderam a terceiros uma parte da eletricidade que produziram principalmente para as necessidades da sua atividade não referida no anexo I da Diretiva 2003/87 continuam sem poder recuperar desses terceiros uma parte significativa dos custos das licenças de emissão que têm de restituir. Essa possibilidade depende, parece-me, pelo menos em parte, da proporção de eletricidade fornecida a terceiros em relação à totalidade da eletricidade e do calor produzido na instalação. Não se pode excluir que algumas dessas instalações, em razão do carácter marginal da venda de eletricidade a terceiros em relação à sua produção total de eletricidade e de calor, em especial, quando o fornecimento de eletricidade a terceiros corresponde a razões técnicas³², não tenham podido repercutir nos seus preços de venda uma parte substancial dos custos do CO₂ decorrentes das suas atividades.

67. Todavia, pelos fundamentos desenvolvidos a seguir, estas considerações não justificam uma interpretação que se afastaria da redação do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87.

68. *Em primeiro lugar*, como sublinhou a Comissão, esta disposição deve ser entendida à luz da economia geral e da finalidade global da Diretiva 2003/87 e, em especial, do regime de atribuição a título gratuito previsto no seu artigo 10.º-A.

30 O órgão jurisdicional de reenvio refere-se ao considerando 31 da Decisão 2011/278, que menciona a capacidade do «setor da eletricidade» para «repercutir o aumento dos custos do [CO₂]».

31 O órgão jurisdicional de reenvio observa que a redação da disposição de direito alemão que transpõe o artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 assenta nesta interpretação (v. n.º 9 das presentes conclusões).

32 Naturalmente, numa situação como a que está em causa no processo principal, não é o fornecimento de eletricidade a título oneroso, mas sim a ligação à rede pública de eletricidade que obedece a razões técnicas. Nenhuma razão técnica impedia a instalação de fornecer gratuitamente à rede a quantidade mínima de eletricidade em causa. No entanto, a qualidade de produtor de eletricidade de uma instalação é apreciada à luz da sua produção de eletricidade destinada à venda a terceiros a partir de 1 de janeiro de 2005 — que precede em vários anos a adoção da Diretiva 2009/29. Por conseguinte, as instalações em causa não puderam antecipar essa adoção renunciando, se considerassem ser uma vantagem, à remuneração pela eletricidade fornecida a terceiros a fim de obter uma maior quantidade de licenças de emissão a título gratuito.

69. A este propósito, observo, antes de mais, que este regime derroga o princípio da venda em leilão das licenças de emissão³³, que o legislador considerou ser «a forma mais simples e geralmente considerada como o sistema economicamente mais eficiente»³⁴, à luz do objetivo de «redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes» enunciado no artigo 1.º da Diretiva 2003/87. Esta derrogação constitui apenas uma solução transitória que visa evitar a perda de competitividade das empresas na expectativa de um sistema de venda em leilão da totalidade das licenças de emissão³⁵. Assim, a partir de 2013, a quantidade de licenças de emissão atribuídas a título gratuito diminui em cada ano, com vista à sua supressão inicialmente prevista em 2027³⁶. Ao acompanhar este processo, qualquer restrição à atribuição de licenças de emissão a título gratuito contribui para a realização progressiva do sistema de venda exclusivamente em leilão das licenças de emissão pretendido pelo legislador. Como alegou a Comissão, esta consideração milita a favor de uma interpretação ampla das disposições que limitam a atribuição a título gratuito, entre as quais figura o artigo 3.º, alínea u), desta diretiva, na medida em que define o conceito de «produtor de eletricidade».

70. Em seguida, a delimitação do círculo dos produtores de eletricidade reveste, nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87, uma importância determinante para efeitos de cálculo da atribuição a título gratuito de que beneficiam não só as instalações participantes, mas também as outras instalações (denominadas, por comodidade, «instalações industriais»³⁷). Conforme sublinhou o Governo alemão, esta delimitação influencia o cálculo pela Comissão do fator de correção uniforme transetorial, cuja aplicação à atribuição anual provisória de licenças de emissão a título gratuito para cada instalação industrial determina a atribuição anual definitiva que lhe é concedida³⁸. Esta constatação reforça a necessidade de regras claras que permitam identificar com um suficiente grau de certeza e de previsibilidade as instalações que respondem à definição prevista no artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87.

71. Ora, como afirmou a Comissão, fazer depender a qualidade de produtor de eletricidade da falta de exercício de qualquer outra atividade diferente da produção de eletricidade ou de um critério segundo o qual a venda a terceiros deve constituir o «principal objetivo» da produção de eletricidade tornaria incerta a verificação desta qualidade. Em especial, como foi também sublinhado pelo Governo alemão, tal abordagem seria fonte de confusão na falta de limiares previamente estabelecidos pelo legislador que permitissem distinguir a finalidade principal da finalidade acessória da produção de eletricidade e, assim, identificar as instalações pertencentes ao «setor clássico» da eletricidade³⁹.

33 V. artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2003/87.

34 V. considerando 15 da Diretiva 2009/29.

35 V. Acórdão de 12 de abril de 2018, PPC Power (C-302/17, EU:C:2018:245, n.º 20 e jurisprudência aí referida).

36 Artigo 10.º-A, n.º 11, da Diretiva 2003/87. O princípio da supressão total das licenças gratuitas até 2027 foi, entretanto, posto em causa pelas alterações aos artigos 10.º-A e 10.º-B da diretiva 2003/87, pelo artigo 1.º, ponto 14, alínea k) e ponto 15 da Diretiva 2018/410.

37 V. Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 70).

38 V. artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87 e artigo 10.º, n.º 9, primeiro parágrafo, da Decisão 2011/278. Nos termos do artigo 15.º, n.º 3, desta decisão, o fator de correção transetorial uniforme resulta de uma comparação entre, por um lado, a quantidade total de licenças de emissão atribuídas provisoriamente às instalações industriais em toda a União e, por outro, a quantidade máxima anual de licenças gratuitas disponível para essas instalações calculada em conformidade com o artigo 10.º-A, n.º 5, da Diretiva 2003/87. Esse mecanismo foi descrito no Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.ºs 60 e segs.).

39 Esta conclusão não é posta em causa pela proposta, enunciada no documento de orientação relativo à identificação dos produtores de eletricidade (p. 5, n.º 11), segundo a qual, para evitar investigações demasiado dispendiosas e complexas, um Estado-Membro deve presumir que não foi efetuada nenhuma venda de eletricidade se o consumo total de eletricidade da instalação em causa exceder a sua produção total de eletricidade numa base anual. Esta proposta, de resto não vinculativa, visa no máximo instituir uma presunção simples que deve ser ilidida se se comprovar que a instalação vendeu eletricidade a terceiros.

72. *Em segundo lugar*, a interpretação literal do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 não impede a conformidade com as normas do direito primário e, em particular, com o princípio geral da igualdade de tratamento⁴⁰.

73. O órgão jurisdicional de reenvio e a ExxonMobil alegaram, a este respeito, que esta interpretação leva a tratar diferentemente, por um lado, as instalações que exercem uma atividade de combustão e uma outra atividade enumerada no anexo I desta diretiva e, por outro, as que exercem além de uma atividade de combustão, uma atividade não incluída nesse anexo. Na minha opinião, essa diferença de tratamento não é, contrariamente ao que alega a ExxonMobil, constitutiva de uma discriminação.

74. Em princípio, estas duas categorias de instalações não se encontram, na minha opinião, em situações objetivamente comparáveis à luz dos princípios que regulam a aplicabilidade do regime de comércio de licenças de emissão. Como salientou a Comissão, as instalações da segunda categoria só estão sujeitas a este regime a título das emissões resultantes da sua atividade de combustão. Em contrapartida, as instalações da primeira categoria estão sujeitas a esse regime para todas as suas emissões, quer resultem ou não de uma atividade de combustão.

75. A este respeito, resulta dos trabalhos preparatórios à adoção da Diretiva 2009/29 que a inclusão de atividades diferentes da «combustão de combustíveis» no anexo I da Diretiva 2003/87 visava incluir no seu âmbito de aplicação determinadas emissões, denominadas «emissões de processo», que são provenientes não de um processo de «combustão» — mesmo definindo este conceito de forma lata — mas de determinados processos industriais⁴¹. As atividades específicas aí enumeradas foram fixadas pelo legislador tendo em conta a importância das emissões de processo que as acompanham⁴².

76. Em todo o caso, mesmo admitindo que a situação de uma instalação como a que está em causa no processo principal seja objetivamente comparável à de uma instalação que exerce, além da atividade de combustão, uma atividade referida no anexo I da Diretiva 2003/87⁴³, a diferença de tratamento entre essas instalações parece-me justificada.

77. Como o Tribunal de Justiça já declarou⁴⁴, o legislador dispunha de um amplo poder de apreciação para efeitos da criação e da reestruturação do «sistema complexo», que implica escolhas de natureza política, económica e social baseadas em apreciações e avaliações complexas, que constitui o regime de comércio de licenças de emissão. Para este efeito, era-lhe permitido recorrer a uma abordagem por

40 Segundo jurisprudência assente, um ato da União deve ser interpretado, na medida do possível, de forma a não pôr em causa a sua validade e em conformidade com o direito primário no seu conjunto. V., nomeadamente, Acórdãos de 10 de setembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-61/94, EU:C:1996:313, n.º 52); de 16 de setembro de 2010, Chatzi (C-149/10, EU:C:2010:534, n.º 43); e de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.º 48).

41 V. proposta da Comissão, p. 4 e avaliação de impacto, pp. 18 a 23, e pp. 160 e 161. V., também, Commission, «Guidance on interpretation of Annex I of the EU ETS Directive (excl. aviation activities)», de 18 de março de 2010, disponível em https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf, p. 11.

42 V. análise de impacto, p. 21 e pp. 35 e 36. O legislador não considerou necessário definir o conceito de «emissões de processo» na Diretiva 2003/87, uma vez que esta diretiva é aplicável a todas as emissões de CO₂ que resultam das atividades específicas enumeradas no seu anexo I quer sejam resultantes de processos de combustão ou de outros processos industriais. Em contrapartida, este conceito é definido no artigo 3.º, ponto 30, do Regulamento n.º 601/2012 no sentido de que se refere às «emissões de gases com efeito de estufa, excluindo as emissões de combustão, que resultam de reações intencionais e não intencionais entre substâncias ou da sua transformação [...]». Para evitar qualquer confusão quanto a esta questão, observo que os conceitos de «emissões de processo», na aceção do artigo 3.º, ponto 30, do Regulamento n.º 601/2012, e de «subinstalações com emissões de processo», na aceção do artigo 3.º, alínea h), da Decisão n.º 2011/278 só parcialmente se sobrepõem. As «emissões de processo» são, em grande parte, abrangidas por parâmetros de referência relativos a produtos previstos no anexo I dessa decisão, aplicáveis à «[s]ubinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo a produtos» definida no seu artigo 3.º, alínea b).

43 Assim, nomeadamente, a minha análise não prejudica a questão de saber se emissões de CO₂ inerente que resultem de uma atividade de combustão, como as que estão em causa no processo principal, podem constituir «[e]missões de processo», na aceção do artigo 3.º, ponto 30, do Regulamento n.º 601/2012, e ser atribuídas a uma «subinstalação com emissões de processo» nos termos do artigo 3.º, alínea h), da Decisão 2011/278. Esta problemática é objeto das terceira e quarta questões prejudiciais, que as presentes conclusões não tomam em atenção.

44 Acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Arcelor Atlantique e Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.ºs 57, 60 e 61), e de 21 de junho de 2018, Polónia/Parlamento e Conselho (C-5/16, EU:C:2018:483, n.ºs 112 e 125).

etapas e atuar, nomeadamente, em função da experiência adquirida. Como resulta do Acórdão Arcelor Atlantique e Lorraine e o.⁴⁵, esta escolha devia, todavia, ser baseada em critérios objetivos e adequados à finalidade prosseguida e não produzir resultados manifestamente menos adequados do que os decorrentes de outras medidas igualmente apropriadas.

78. A restrição da atribuição a título gratuito aos produtores de eletricidade procede, precisamente, de uma abordagem por etapas com vista a realizar progressivamente o sistema de venda exclusivamente em leilão das licenças de emissão a título gratuito. Neste contexto, o legislador decidiu que os produtores de eletricidade deviam ser sujeitos ao princípio da venda exclusivamente em leilão das licenças de emissão a partir de 2013, tendo em conta a constatação objetiva de que os custos do CO₂ decorrentes das suas atividades podem geralmente ser repercutidos nos preços da eletricidade. Por outro lado, considerou necessário delimitar o círculo dos produtores de eletricidade através de critérios claramente definidos, tendo em conta, nomeadamente, a importância estrutural desta delimitação na arquitetura do regime de atribuição a título gratuito⁴⁶.

79. Na minha opinião, a interpretação literal do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 não apela à conclusão de que o legislador ultrapassou a margem de apreciação de que dispunha ao definir o conceito de «produtor de eletricidade» segundo os critérios aí enunciados para realizar esses objetivos. É o que sucede mesmo que algumas instalações que respondem a esta definição, consideradas individualmente, não estejam, eventualmente, em condições de recuperar junto dos clientes uma parte significativa dos custos das licenças de emissão relativas às suas atividades⁴⁷.

80. O caráter proporcionado desta opção legislativa também resulta do facto de a qualidade de produtor de eletricidade não privar as instalações em causa de qualquer atribuição de licenças de emissão a título gratuito, uma vez que estas permanecem elegíveis em determinadas condições com vista a incentivar uma maior eficiência energética⁴⁸.

81. Por outro lado, não subscrevo o argumento da ExxonMobil segundo o qual qualificar como produtores de eletricidade as instalações que produzem, a título acessório, eletricidade para as necessidades da sua atividade de produção principal não incluída no anexo I da Diretiva 2003/87 equivaleria a discriminar essas instalações em relação às que compram a terceiros, a eletricidade necessária para esse efeito. Contra esse argumento, basta constatar que as instalações que produzem a sua própria eletricidade para efeitos da sua atividade não incluída nesse anexo não revestem apenas por esse facto a qualidade de produtor de eletricidade. É ainda necessário que vendam uma parte dessa eletricidade a terceiros, o que constitui um critério objetivo e não discriminatório.

82. *Em terceiro lugar*, contrariamente ao que alega a ExxonMobil, a qualificação de uma instalação, como a que está em causa no processo principal, enquanto produtor de eletricidade não pode ser infirmada por uma alegada contradição entre essa qualificação e a inserção do setor da extração de gás natural na lista dos setores e subsectores expostos a um risco significativo de fuga de carbono⁴⁹,

45 Acórdão de 16 de dezembro de 2008 (C-127/07, EU:C:2008:728, n.ºs 58, 59 e 63).

46 V. n.º 70 das presentes conclusões.

47 V. n.º 66 das presentes conclusões.

48 V. n.ºs 88 a 98 das presentes conclusões.

49 O conceito de «risco de fuga de carbono» remete para o risco de deslocalização de atividades significativamente emissoras de gás com efeito de estufa, em consequência dos custos de aplicação do regime de comércio de licenças de emissão, para países terceiros onde não são impostas tais restrições, o que faz aumentar as emissões mundiais. Ver considerandos 24 e 25 da Diretiva 2009/29.

que consta do anexo da Decisão 2010/2/UE⁵⁰. Segundo a ExxonMobil, a instalação não se enquadra no setor da eletricidade — o qual, atendendo à sua capacidade de recuperar os custos das licenças de emissão juntos dos clientes, não está exposto a distorções de concorrência em consequência da aplicação do regime de comércio de licenças de emissão. O setor a que pertence, concretamente, o da extração do gás natural, caracteriza-se, pelo contrário, pela existência dessas distorções acompanhadas de um risco significativo de fuga de carbono, devido à sua incapacidade de repercutir os custos do CO₂ nos seus preços.

83. Na minha opinião, embora, à primeira vista, pareça paradoxal que uma mesma instalação se enquadre simultaneamente num setor considerado capaz de repercutir o custo das licenças de emissão nos preços de venda dos seus produtos e num setor que é notoriamente incapaz de tal, esta contradição é apenas aparente. Com efeito, a classificação de um setor ou subsetor entre os expostos a um risco significativo de fuga de carbono implica que essa incapacidade seja demonstrada à luz de uma apreciação global do conjunto das atividades das instalações abrangidas⁵¹. Essa classificação não pressupõe que cada uma dessas instalações é incapaz de recuperar os custos das licenças de emissão relativas às suas atividades mesmo quando produz eletricidade destinada, pelo menos em parte, à venda a terceiros.

84. Nesta perspetiva, resulta do artigo 10.º-A, n.º 12, da Diretiva 2003/87, conjugado com os n.ºs 1 e 3 deste artigo, que a inclusão de um setor ou subsetor no anexo da Decisão 2010/2 não exige as instalações por ela abrangidas da aplicação do princípio segundo o qual, nos termos do n.º 1, terceiro parágrafo, do referido artigo, nenhuma licença de emissão a título gratuito pode ser atribuída para a produção de eletricidade (com algumas exceções) — quer essas instalações revistam ou não a qualidade de produtor de eletricidade. Esta inclusão também não exonera as instalações que dispõem dessa qualidade das consequências aplicáveis por força do n.º 3 do mesmo artigo⁵².

85. Assim, em conformidade com o artigo 10.º-A, n.º 12, da Diretiva 2003/87, a pertença de uma instalação a um setor ou subsetor exposto a um risco significativo de fuga de carbono tem como consequência, do ponto de vista da atribuição ao abrigo deste artigo, a aplicação, aos seus dados de atividade históricos que devem ser tidos em conta para o cálculo da atribuição provisória de licenças de emissão a título gratuito, do «fator de risco de fuga» que permite uma atribuição provisória mais generosa⁵³. Essa pertença não implica que sejam contabilizados, entre esses dados, os relativos à

50 A Decisão 2010/2/UE da Comissão, de 24 de dezembro de 2009, que estabelece, nos termos da Diretiva [2003/87], uma lista dos setores e subsectores considerados expostos a um risco significativo de fuga de carbono (JO 2010, L 1, p. 10). O ponto 1. 4 do anexo desta decisão, aplicável durante o período pertinente, menciona, entre os setores expostos a um risco significativo de fuga de carbono, a extração de gás natural com base no Código NACE-4 (nomenclatura com quatro dígitos). A Decisão 2010/2 foi revogada pela Decisão 2014/746/UE da Comissão, de 27 de outubro de 2014, que estabelece, nos termos da Diretiva [2003/87], uma lista dos setores e subsectores considerados expostos a um risco significativo de fuga de carbono, para o período 2015-2019 (JO 2014, L 308, p. 114), cujo anexo retoma, no seu ponto 1. 1, o setor da extração de gás natural. Conforme a ExxonMobil alegou na audiência, o código NACE-4 correspondente à extração de gás natural — 1110 à época dos factos pertinentes e atualmente 0620 — inclui a dessulfuração desse gás. V. sítio Internet do Eurostat http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=NACE_REV2&StrLanguageCode=EN&IntPcKey=18495674&StrLayoutCode=e
<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/1965800/1978760/CORRESPONDENCETABLENACEREV.1.1-NACEREV.2.pdf/e8200936-c2f0-4202-8bda-99fbbfc422b4>.

51 O artigo 10.º-A, n.º 14, da Diretiva 2003/87 prevê que a fim de determinar os setores ou subsectores expostos a um risco significativo de fuga de carbono «a Comissão avalia, à escala [da União], em que medida o setor ou subsetor em causa, [...] tem possibilidade de repercutir os custos das licenças de emissão necessárias e os custos indiretos decorrentes dos preços mais elevados da eletricidade em resultado da aplicação da presente diretiva no preço dos produtos sem uma perda significativa de quota de mercado em favor de instalações menos eficientes em termos de emissões de carbono situadas fora da[União]».

52 V. n.ºs 88 a 98 das presentes conclusões.

53 A aplicação deste fator ocorre no momento do cálculo, por parte dos Estados-Membros, da quantidade anual de licenças de emissão a título gratuito atribuídas preliminarmente a cada instalação situada no seu território (a atribuição definitiva é determinada pela Comissão numa fase posterior). Antes de mais, para efeitos deste cálculo, o nível histórico de atividade de cada subinstalação da instalação em causa é multiplicado quer pelo parâmetro de referência de produto, de calor ou de combustível aplicável, quer por um fator de 0,97 se se tratar de uma subinstalação com emissões de processo (v. artigo 10.º, n.º 2, da Decisão 2011/278). De seguida, o valor assim obtido é multiplicado quer por um fator igual a 0,8 em 2013 e diminuindo anualmente até atingir 0,3 em 2020, quer por um fator de 1, quando as atividades da subinstalação em causa pertencem a um setor exposto a um risco significativo de fuga de carbono (v. Artigo 10.º-A, n.ºs 11 e 12, da Diretiva 2003/87). Por último, a soma dos resultados obtidos para cada subinstalação constitui a quantidade total anual preliminar de licenças de emissão a título gratuito para a instalação (v. artigo 10.º, n.º 7, da Decisão 2011/278).

produção de eletricidade que devem ser excluídos nos termos do artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, desta diretiva⁵⁴. Relativamente aos produtores de eletricidade, também não tem o efeito de incluir, nos seus dados de atividade históricos, os relativos à sua produção de calor além do que prevê o artigo 10.º-A, n.º 3, da referida diretiva⁵⁵.

86. *Em quarto lugar*, a génese do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87 corrobora a interpretação literal. Com efeito, os trabalhos preparatórios à adoção da Diretiva 2009/29 mostram que o legislador optou por uma redação que confere um amplo alcance ao conceito de «produtor de eletricidade», não obstante a formulação mais restritiva proposta durante o processo legislativo pela Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia do Parlamento Europeu. Esta última tinha apresentado uma alteração, como assinala o Governo alemão, que visava atribuir a qualidade de produtor de eletricidade apenas às instalações «que fornecessem principalmente as redes públicas de eletricidade»⁵⁶. O facto de a alteração assim proposta ter caído em letra morta fornece, na minha opinião, um indício adicional de que a posição defendida pela ExxonMobil é contrária à intenção do legislador.

87. Tendo em conta tudo o que precede, concluo que o conceito de «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, inclui uma instalação, como a que está em causa no processo principal, que, após de 1 de janeiro de 2005, vendeu à rede pública de eletricidade pequenas quantidades da eletricidade que produziu, no âmbito da sua atividade de combustão de combustíveis, principalmente para as necessidades da sua atividade de fabrico de um produto não incluído no anexo I desta diretiva.

D. Quanto às implicações da qualidade de «produtor de eletricidade» relativamente à atribuição de licenças de emissão a título gratuito (segunda questão)

88. A segunda questão é submetida ao Tribunal de Justiça na hipótese de este adotar, como preconizo, uma interpretação do artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87, que implica que uma instalação como a que está em causa no processo principal tem a qualidade de produtor de eletricidade. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, por força do artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278, essa instalação pode então, no entanto, beneficiar de licenças de emissão a título gratuito para o calor que produz e utiliza para fins diferentes da produção de eletricidade, mesmo fora das situações, não pertinentes no caso em apreço, referidas no artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 4, da Diretiva 2003/87.

89. As dúvidas desse órgão jurisdicional explicam-se pelo facto de o artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278 subordinar a qualidade de «[s]ubinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor» à condição de que o calor produzido não seja utilizado para produzir eletricidade, sem excluir de um modo geral a constituição dessa subinstalação numa instalação produtora de eletricidade. Por outras palavras, embora esta disposição impeça a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para o calor gerado para efeitos da *produção* de eletricidade, não indica em que medida o calor produzido para outros fins pelos *produtores* de eletricidade está excluído desta atribuição.

54 Nos termos do artigo 9.º, n.ºs 4 e 5, da Decisão 2011/278, o nível histórico de atividade das subinstalações com parâmetros de referência relativos a calor ou a combustíveis é determinado sem ter em conta o calor mensurável ou os combustíveis consumidos para produção de eletricidade.

55 V. n.ºs 88 a 98 das presentes conclusões.

56 Parecer da Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia, alteração 22, anexo ao relatório da Comissão do Ambiente, da Saúde Pública e da Segurança Alimentar, de 15 de outubro de 2008, documento parlamentar A6-0406/2008, p. 105. Essa alteração estava fundamentada nos seguintes termos: «[...] As indústrias que não sejam as empresas públicas produtoras de eletricidade devem manter a possibilidade de explorar as suas próprias instalações nas quais já tenham investido. [...] Importa não excluir da distribuição a título gratuito os autoprodutores, que a Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade define como «pessoa singular ou coletiva que produz eletricidade essencialmente para uso próprio».

90. Uma resposta negativa à segunda questão decorre, na minha opinião, de uma interpretação literal, sistemática e teleológica do artigo 10.º-A da Diretiva 2003/87 e do artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278.

91. A este respeito, por um lado, o artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, da Diretiva 2003/87 exclui qualquer atribuição de licenças de emissão a título gratuito para a *produção* de eletricidade, exceto quando é produzida a partir de gases residuais. Aliás, a ExxonMobil não pretende, neste caso, ter direito a uma atribuição a título gratuito para a produção de eletricidade da instalação.

92. Acresce que, por outro lado, o artigo 10.º-A, n.º 3, desta diretiva enuncia a regra segundo a qual não é atribuída nenhuma licença de emissão a título gratuito aos *produtores* de eletricidade fora dos casos mencionados nos n.ºs 4 e 8 deste artigo⁵⁷. O n.º 4 do referido artigo diz respeito à produção de calor ou de frio destinado aos serviços de aquecimento urbano ou obtido por cogeração com elevado nível de eficiência⁵⁸.

93. Por conseguinte, conforme o Tribunal de Justiça já declarou, o artigo 10.º-A, n.º 4, da Diretiva 2003/87 derroga a regra de princípio, enunciada no n.º 3 deste artigo, nos termos da qual os produtores de eletricidade não beneficiam de licenças de emissão a título gratuito⁵⁹. Consequentemente, estes últimos estão, em princípio, privados de licenças de emissão a título gratuito para as suas emissões que resultam não só da sua atividade de produção de eletricidade mas também, sendo caso disso, contrariamente ao que alegam a ExxonMobil e o Governo alemão, da sua atividade de produção de calor. Apenas as hipóteses previstas no artigo 10.º-A, n.ºs 4 e 8, desta diretiva podem justificar a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para o calor gerado pelos produtores de eletricidade.

94. A interpretação contrária privaria de efeito útil o artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87, na medida em que a atribuição de licenças de emissão a título gratuito para a produção de eletricidade — quer a instalação tenha, ou não, a qualidade de produtor de eletricidade — já é excluída pelo artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, desta diretiva.

95. A abordagem que proponho também está em conformidade com o objetivo, prosseguido pelo n.º 3 deste artigo, de consagrar o princípio da venda exclusivamente em leilão das licenças de emissão para os produtores de eletricidade a partir de 2013. Conforme acima exposto, uma vez que este princípio deve ser gradualmente alargado às outras instalações, afigura-se-me justificada uma interpretação ampla das disposições que limitam as possibilidades de atribuição a título gratuito⁶⁰.

96. Acresce que o legislador estava, recordo-o, investido de um amplo poder de apreciação para efeitos de elaboração do regime de comércio de licenças de emissão⁶¹. Na minha opinião, não excedeu os limites ao decidir aplicar o referido princípio, numa primeira fase, apenas aos produtores de eletricidade, sendo estes identificados com base em critérios objetivos e adequados face aos objetivos

57 O artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, e n.º 3, da Diretiva 2003/87 permite também a atribuição a título gratuito nos casos previstos no artigo 10.º-C desta diretiva. Esta disposição autoriza os Estados-Membros a atribuir licenças de emissão a título gratuito com vista à modernização da produção de eletricidade em determinadas situações. Como a Comissão salientou, a Alemanha não se conta entre os Estados-Membros elegíveis para a utilização desta derrogação. V. relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o funcionamento do mercado europeu do carbono, de 1 de fevereiro de 2017 (COM (2017) 48 final, p. 17).

58 O artigo 10.º-A, n.º 8, da Diretiva 2003/87 diz respeito à promoção de determinados projetos de captura e de armazenamento geológico de CO₂, e de projetos de demonstração relativos a tecnologias inovadoras no domínio das energias renováveis

59 Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 66).

60 V, n.º 69 das presentes conclusões.

61 V, n.º 76 das presentes conclusões.

prosseguidos. No âmbito do seu poder de apreciação, o legislador pretendeu, para evitar as distorções de concorrência com outros produtores de calor⁶², abrir aos produtores de eletricidade a possibilidade de beneficiarem de licenças de emissão a título gratuito para o calor que geram, em determinadas condições para incentivar a investigação de uma maior eficiência energética⁶³.

97. Esta interpretação do artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 não pode ser posta em causa com fundamento no artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278. Como a Comissão alegou, tendo em conta a hierarquia normativa existente entre a medida de execução que constitui essa decisão e as disposições de habilitação que constam do artigo 10.º-A desta diretiva⁶⁴, o artigo 3.º, alínea c), da referida decisão deve ser interpretado, se possível, em conformidade com o artigo 10.º-A, n.º 3, da referida diretiva⁶⁵.

98. Tal interpretação conforme pressupõe que o artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278 só permite a atribuição de emissões a uma subinstalação abrangida por um parâmetro de referência relativo ao calor, bem como a correspondente atribuição de licenças de emissão a título gratuito numa instalação qualificada de produtora de eletricidade quando o artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 autoriza essa atribuição — ou seja, apenas nos casos previstos nos n.ºs 4 e 8 deste artigo⁶⁶.

99. Tendo em conta as respostas que proponho dar à primeira e segunda questões, não haverá necessidade de responder à terceira e quarta questões, que o órgão jurisdicional de reenvio só submeteu na hipótese de as respostas do Tribunal de Justiça à primeira e segunda questões implicarem que a instalação pode beneficiar de licenças de emissão a título gratuito relativamente ao calor que produziu.

E. Quanto à limitação no tempo dos efeitos do acórdão a proferir

100. No pressuposto de o Tribunal de Justiça dar à segunda questão a resposta que preconizo, a ExxonMobil pede-lhe para limitar no tempo os efeitos do acórdão a proferir.

101. Segundo jurisprudência assente, a limitação no tempo dos efeitos de um acórdão no qual o Tribunal de Justiça interpreta a título prejudicial uma disposição de direito da União constitui uma medida excecional que pressupõe a reunião de dois critérios essenciais, a saber, a boa-fé dos meios interessados e o risco de perturbações graves⁶⁷. O Tribunal de Justiça só recorreu a esta solução «em circunstâncias bem precisas, nomeadamente quando existia um risco de repercussões económicas graves devidas em especial ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa-fé com fundamento na regulamentação considerada validamente em vigor e quando se verificava que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido incitados a adotar um comportamento não conforme com o direito da União em razão de uma incerteza objetiva e importante quanto ao alcance das disposições do direito da União, incerteza para a qual tinham eventualmente contribuído os próprios comportamentos adotados por outros Estados-Membros ou pela Comissão»⁶⁸.

62 Nos termos do considerando 19 da Diretiva 2009/29, «[a] fim de evitar distorções da concorrência, os produtores de eletricidade podem receber licenças de emissão a título gratuito para o aquecimento e o arrefecimento urbanos e para a produção de calor ou de frio através de cogeração com elevado nível de eficiência [...], sempre que esteja prevista a atribuição de licenças de emissão a título gratuito a essa produção de calor em instalações noutros setores».

63 V. proposta da Comissão, pp. 9 e 27. V., também, artigo 1.º e considerandos 1 e 5 da Diretiva 2004/8.

64 V., neste sentido, Acórdãos de 28 de fevereiro de 2018, Trinseo Deutschland (C-577/16, EU:C:2018:127, n.º 68), e de 17 de maio de 2018, Evonik Degussa (C-229/17, EU:C:2018:323, n.º 29).

65 V., neste sentido, Acórdãos de 24 de junho de 1993, Dr Tretter (C-90/92, EU:C:1993:264, n.º 11); de 26 de fevereiro de 2002, Comissão/Boehringer (C-32/00 P, EU:C:2002:119, n.º 53); e de 19 de julho de 2012, Pie Optiek (C-376/11, EU:C:2012:502, n.º 34).

66 Sem prejuízo do artigo 10.º-C da Diretiva 2003/87 (v. nota 57 das presentes conclusões).

67 V., nomeadamente, Acórdão de 19 de outubro de 2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775, n.º 65 e jurisprudência aí referida).

68 V., nomeadamente, Acórdãos de 20 de setembro de 2001, Grzelczyk (C-184/99, EU:C:2001:458, n.º 53), e de 19 de outubro de 2017, Paper Consult (C-101/16, EU:C:2017:775, n.º 66 e jurisprudência aí referida).

102. No caso em apreço, a ExxonMobil não apresentou nenhum facto concreto suscetível de demonstrar que esses critérios estão preenchidos.

103. Em primeiro lugar, quanto à existência de um risco de perturbações económicas graves, esta última limitou-se a alegar que as autoridades alemãs tinham atribuído desde 2013 licenças de emissão a título gratuito a um grande número de instalações produtoras de eletricidade para a sua produção de calor. Não apresentou esclarecimentos quanto a essas instalações nem às consequências prejudiciais que sofreriam se a interpretação do artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 acima proposta fosse acolhida.

104. Em segundo lugar, esta interpretação parece-me decorrer de forma suficientemente clara da redação dessa disposição e do artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278, lido à luz da referida disposição. De resto, a ExxonMobil invoca unicamente uma interpretação divergente acolhida pelas autoridades alemãs, sem indicar em que é que o comportamento adotado pela Comissão ou outros Estados-Membros contribuiu para dar ao alcance do artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87 uma incerteza objetiva e importante. Nestas condições, nenhuma incerteza desse tipo pôde incentivar a adoção de boa-fé de comportamentos contrários ao direito da União.

105. Por conseguinte, proponho que seja indeferido o pedido de limitação no tempo dos efeitos do acórdão a proferir.

V. Conclusão

106. Tendo em conta todas as considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à primeira e segunda questões prejudiciais submetidas pelo Verwaltungsgericht Berlin (Tribunal Administrativo de Berlim, Alemanha) nos seguintes termos:

- 1) O artigo 3.º, alínea u), da Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho, conforme alterada pela Diretiva 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, deve ser interpretado no sentido de que constitui um «produtor de eletricidade», uma instalação que exerce, simultaneamente, uma atividade de «[c]ombustão de combustíveis [...] com uma potência térmica nominal total superior a 20 [mégawatts (MW)]», na aceção do anexo I, ponto 6, da Diretiva 2003/87, e uma atividade de fabrico de um produto que não é abrangido por nenhuma outra atividade referida neste anexo, quando essa instalação produziu, à data de 1 de janeiro de 2005 ou posteriormente, eletricidade destinada, principalmente, a ser utilizada para o seu próprio abastecimento e, em parte, a ser introduzida a título oneroso na rede pública de eletricidade.
- 2) O artigo 10.º-A, n.º 3, da Diretiva 2003/87/CE e o artigo 3.º, alínea c), da Decisão 2011/278/UE da Comissão, de 27 de abril de 2011, sobre a determinação das regras transitórias da União relativas à atribuição harmonizada de licenças de emissão a título gratuito nos termos do artigo 10.º-A da Diretiva [2003/87], devem ser interpretados no sentido de que uma instalação que reveste a qualidade de «produtor de eletricidade», na aceção do artigo 3.º, alínea u), desta diretiva, só pode beneficiar de uma atribuição a título gratuito de licenças de emissão de gases com efeito de estufa para o calor que produz nos casos referidos no artigo 10.º-A, n.ºs 4 e 8, da referida diretiva, sem prejuízo da aplicação do artigo 10.º-C da mesma diretiva.