

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PAOLO MENGOZZI

apresentadas em 24 de Janeiro de 2008¹

1. Por sentença de 19 de Abril de 2006, o *Rechtbank Groningen* (Países Baixos) submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, duas questões prejudiciais, a primeira relativa à interpretação dos artigos 25.º e 90.º CE e a segunda à interpretação do artigo 87.º, n.º 1, CE.

2. Estas questões surgiram no âmbito de uma acção intentada pela *Essent Netwerk Noord B.V.* (a seguir «*Essent*») contra a *Aluminium Delfzijl B.V.* (a seguir «*Aldel*»), destinada a obter o pagamento de um montante calculado com base na quantidade de electricidade transportada pela demandante para a demandada, cuja cobrança é imposta por uma disposição legal e que se destina a cobrir os custos não recuperáveis suportados pelas empresas nacionais produtoras de electricidade durante o período anterior ao início do processo de liberalização do mercado da electricidade nos Países Baixos.

I — Quadro jurídico e normativo

A — Direito comunitário

3. O artigo 25.º CE dispõe o seguinte:

«São proibidos entre os Estados-Membros os direitos aduaneiros de importação e de exportação ou os encargos de efeito equivalente. Esta proibição é igualmente aplicável aos direitos aduaneiros de natureza fiscal».

4. Nos termos do artigo 90.º CE:

«Nenhum Estado-Membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, directa ou indirectamente, sobre produtos nacionais similares.

1 — Língua original: italiano.

Além disso, nenhum Estado-Membro fará incidir sobre os produtos dos outros Estados-Membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções».

B — *Legislação nacional*

5. Até à entrada em vigor, em 1 de Agosto de 1998, da lei sobre a electricidade de 1998 (Elektricitetswet 1998), que deu início ao processo de liberalização do sector eléctrico, em cumprimento da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade², a oferta de electricidade nos Países Baixos estava sujeita à regulamentação da lei sobre a electricidade de 1989 (Elektricitetswet 1989).

6. Durante o período relevante para o processo principal, compreendido entre 1 de Agosto e 31 de Dezembro de 2000, a produção, a importação e o transporte de electricidade eram assegurados por quatro empresas produtoras (a seguir «EPE»)³ e pela sua filial comum, a N.V. Samenwerkende

2 — JO L 27, p. 20.

3 — As quatro EPE eram as seguintes: a N.V. Elektriciteits-Produktie maatschappij Oost-en Noord-Nederland (EPON), a N.V. Elektriciteits-Produktie maatschappij Zuid-Nederland (EPZ), a N.V. Elektriciteitsproduktie maatschappij Zuid-Nederland (EZH) e a N.V. Energieproductiebedrijf UNA (UNA).

elektricitetsproductiebedrijven (SEP)⁴. Segundo o que é referido na decisão de reenvio, até 1999 todas as EPE eram controladas por municípios e províncias, ao passo que durante o período relevante só a EPZ se mantinha, indirectamente, sob controlo público, através dos seus accionistas, Essent e Delta⁵. As EPE e a SEP operavam conjuntamente, nos termos de um «Acordo de cooperação»⁶.

7. Na vigência da Elektriciteitswet de 1989, a SEP, isoladamente ou conjuntamente com as EPE, realizou alguns investimentos a longo prazo, impostos pelas autoridades públicas, no âmbito de opções de política energética e/ou ambiental, entre os quais se inclui, em especial, a conclusão de acordos no âmbito de projectos de aquecimento urbano e a construção de uma instalação experimental de gaseificação de carvão (Demkolec). Estes investimentos geraram custos não recuperáveis num regime aberto à concorrência (os chamados «stranded costs» ou «custos não recuperáveis»; a seguir «custos NR»).

8. Perante a liberalização iminente e com a finalidade de permitir ao sector da produção de electricidade, recuperar os referidos custos em 21 de Janeiro de 1997 a SEP e as EPE

4 — A SEP, constituída em Junho de 1949, era uma sociedade anónima incumbida, inicialmente, de organizar a assistência mútua entre os produtores em caso de falhas de abastecimento, utilizando da melhor forma possível as ligações entre redes nacionais e internacionais (v. Decisão 91/50/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1991, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE, IV/32.732-Ijsselcentrale e o.). Em 29 de Dezembro de 2000 a SEP passou a B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (NEA).

5 — Em Novembro de 1999 a EPON foi adquirida pelo grupo belga Electrabel e a EZH pela sociedade alemã Preussen Elektra. Também em 1999, a UNA foi comprada pela norte-americana Reliant, tendo em 2002 passado para a NUON, controlada por províncias e municípios.

6 — Nos termos do artigo 2.º da Elektriciteitswet 1989, a SEP, na qualidade de «sociedade designada», esta incumbida, conjuntamente com as EPE, de uma missão de interesse económico geral, que consistia em assegurar o fornecimento público de electricidade a nível nacional, ao custo mais baixo possível [v. acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Países Baixos (C-157/94, Colect., p. I-5699)].

celebraram com as empresas de distribuição de electricidade⁷ um protocolo de acordo relativo ao fornecimento durante o período 1997-2000 (a seguir «protocolo»). Com base neste protocolo, as empresas de distribuição obrigavam-se a pagar à SEP, anualmente, 400 milhões de NLG, a título de cobertura dos custos NR, repartidos em função da quantidade de electricidade fornecida pela SEP a cada empresa. Estes montantes seriam financiados através de um aumento das tarifas de electricidade cobradas pelas empresas de distribuição a certas categorias de utentes (pequenos, médios e grandes «clientes normais»).

9. O artigo 97.º da Elektriciteitswet 1998 impôs o respeito do protocolo até 1 de Janeiro de 2001, data em que devia ficar concluído o processo de liberalização do mercado da electricidade nos Países Baixos.

10. Porém, quanto a 2000, devido à entrada em vigor de novas disposições tarifárias que impunham às empresas de distribuição a facturação separada das taxas relativas ao fornecimento de energia eléctrica e das relativas ao transporte, estas empresas viram-se impossibilitadas de imputar aos consumidores finais os montantes que, por força do protocolo, eram obrigadas a pagar à SEP, para cobrir os custos NR.

11. Foi neste contexto que, em 21 de Dezembro de 2000, foi adoptada a lei transitória sobre o sector da produção de electricidade [Overgangswet Elektriciteitsproductiesector (lei tributária relativa ao sector da produção de energia eléctrica), a seguir «OEPS»], cujo artigo 9.º, sobre o qual o órgão jurisdicional de reenvio se interroga, dispõe o seguinte:

«1. Cada cliente, que não seja um cliente tutelado, para além do que está obrigado a pagar, por força do acordo, ao explorador da rede do território em que está estabelecido, deve pagar ao mesmo explorador 0,0117 NLG por kWh, calculado com base na quantidade total de electricidade que o explorador da rede transportou para a ligação do cliente entre 1 de Agosto de 2000 e 31 de Dezembro de 2000 inclusive.

2. Cada cliente tutelado, para além do que está obrigado a pagar, por força do acordo, ao titular da licença do território em que está estabelecido, deve pagar ao mesmo titular 0,0117 NLG por kWh, calculado com base na quantidade total de electricidade que o titular da licença lhe forneceu entre 1 de Agosto de 2000 e 31 de Dezembro de 2000, inclusive.

3. [...]

4. Os exploradores de rede ou, antes de 1 de Julho de 2001, o titular da licença, pagarão à sociedade designada⁸ a receita dos

7 — A Essent contesta, porém, que as sociedades de distribuição fossem, enquanto tais, partes no acordo.

8 — Trata-se da SEP.

montantes devidos pelos clientes nos termos dos n.ºs 1 e 2.

5. A sociedade designada dará conhecimento ao Ministro do valor da receita referida nos termos do n.º 4 e juntará, nos termos do artigo 393.º, n.º 1, do Livro 2 do Código Civil, uma declaração de um contabilista atestando a veracidade da declaração. Se a receita total ultrapassar os 400 000 000 de NLG, a sociedade designada pagará o excesso ao Ministro, que afectará esse montante ao reembolso dos custos previsto no artigo 7.º».

12. Em conformidade com o artigo 25.º da OEPS, as disposições acima referidas entraram em vigor em 29 de Dezembro de 2000 e foram aplicadas retroactivamente a partir de 1 de Agosto de 2000. Segundo o que refere o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 9.º da OEPS não foi objecto de notificação separada à Comissão. No entanto, por carta de 30 de Agosto de 2000, as autoridades dos Países Baixos transmitiram à Comissão o texto integral do projecto de lei da OEPS, incluindo o artigo 9.º

13. Há ainda que recordar as vicissitudes associadas à elaboração dos artigos 6.º a 8.º da OEPS, apesar de não serem directamente relevantes no processo principal.

14. No texto do projecto de lei da OEPS estes artigos definiam o processo de financiamento

destinado à cobertura dos custos NR no período posterior a 1 de Janeiro de 2001. Este processo previa a fixação pelo governo, anualmente, de um suplemento a cargo de todos os clientes, com excepção dos exploradores da rede, expresso numa percentagem sobre o montante devido pelo transporte da electricidade e serviços conexos. Estes artigos foram notificados à Comissão pela primeira vez em 20 de Fevereiro de 1998, com base no artigo 24.º da Directiva 96/92, e pela segunda vez em 16 de Outubro de 1998, com base nos artigos 87.º CE e 88.º CE. Por decisão de 8 de Julho de 1999, a Comissão informou o Governo dos Países Baixos de que as disposições notificadas não continham medidas derogatórias na acepção do artigo 24.º da referida directiva, mas deviam ser examinadas à luz do artigo 87.º, n.º 3, alínea c), CE.

15. Em 30 de Agosto de 2000 os Países Baixos informaram a Comissão de que foram introduzidas algumas alterações às disposições em questão. Nesta ocasião, como já foi referido, foi transmitida à Comissão a totalidade do texto da OEPS, contendo as referidas alterações. Os artigos 6.º a 8.º da OEPS foram posteriormente alterados e o mecanismo por eles previsto foi substituído por um sistema de financiamento através de fundos públicos (actuais artigos 7.º e 8.º da OEPS). Por decisão de 25 de Julho de 2001, a Comissão autorizou as novas medidas, nos termos do artigo 87.º, n.º 3, alínea c), CE.

II — Matéria de facto e questões prejudiciais

16. Em Dezembro de 1996, utilizando a possibilidade de celebrar contratos especiais de fornecimento com grandes clientes industriais, concedida à sociedade designada pelo artigo 32.º da Elektriciteitswet 1989, a SEP, uma das EPE (a Epon) e a sociedade de distribuição Edon⁹ acordaram com a Aldel, demandada no processo principal, um «contrato de autorização do uso de potência eléctrica, de fornecimento de energia eléctrica e de gestão da carga energética ('load management')». Este contrato estabelecia um preço único para os diferentes serviços prestados, que não incluía os custos NR.

17. A partir de 1 de Janeiro de 2000 o transporte de electricidade para a Aldel foi assegurado pela Essent, na sua qualidade de exploradora da rede local¹⁰, demandante no processo principal, que surgiu da separação das actividades da sociedade de distribuição Edon. A Essent não é parte no contrato de fornecimento acima referido. Tanto a Essent como a Aldel têm sede nos Países Baixos.

18. No período decorrido entre 1 de Agosto e 31 de Dezembro de 2000 a Essent transportou 717 413 761 kWh de electricidade para uso da Aldel. Pelos serviços prestados à Aldel no referido período a Essent facturou um montante total que incluía o suplemento a que se refere o artigo 9.º da OEPS.

19. Perante a recusa da Aldel de pagar os montantes relativos a tal suplemento, a Essent intentou uma acção no Rechtbank Groningen, perante o qual a Aldel invocou a incompatibilidade do artigo 9.º da OEPS¹¹ com o direito comunitário.

20. O juiz ao qual o processo foi submetido considerou necessário, para a solução do litígio, apresentar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Os artigos 25.º e 90.º do Tratado CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma lei com base na qual os consumidores internos de electricidade são obrigados, durante um período transitório (31 de Agosto de 2000 a 31 de Dezembro de 2000), a pagar ao respectivo explorador de rede um suplemento tarifário sobre a quantidade de energia transportada para seu uso, quando o explorador de rede tiver de pagar esse suplemento a uma sociedade designada pelo legislador para compensar os custos não conformes com o mercado, resultantes das obrigações assumidas ou dos investimentos efectuados por essa sociedade antes da liberalização do mercado da energia eléctrica, e quando essa sociedade:

— for a filial comum das quatro empresas produtoras nacionais;

9 — A NEA, a Elektrabel Groep BV e a Edon Groep BV sucederam no contrato, respectivamente, à SEP, à Epon e à Edon.

10 — Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea k), da Elektriciteitswet 1998.

11 — No processo principal a Essent requereu a intervenção da SEP e da Saranne, ao passo que a Aldel requereu a intervenção do Estado.

- for a única responsável pelos custos não conformes com o mercado produzidos durante o período em causa (ano 2000);
- 22. A Essent, a Aldel, a NEA, o Governo dos Países Baixos e a Comissão foram convidados pelo Tribunal de Justiça a responder a algumas questões escritas antes da audiência.

- necessitar manifestamente de um montante de 400 milhões de NLG (181 512 086,40 Euros) para cobrir os custos desse ano; e

IV — Análise jurídica

- na medida em que o lucro gerado pelo suplemento tarifário ultrapasse aquela quantia, deve pagar o excesso ao Ministério?

A — Quanto à primeira questão prejudicial

1. Observações preliminares

- 2) O regime referido na primeira questão preenche os requisitos de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado CE?»

23. Através da primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se os artigos 25.º e 90.º CE se opõem à aplicação de um suplemento tarifário como o previsto pelo artigo 9.º da OEPS.

III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

21. A Essent, a Aldel, a NEA (anteriormente SEP), o Governo dos Países Baixos e a Comissão apresentaram observações nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e foram ouvidos na audiência realizada em 10 de Maio de 2007.

24. Há que observar, a título preliminar, que não resulta com clareza da decisão de reenvio a importância dessa questão para efeitos da solução do processo principal. Com efeito, não se deduz das informações fornecidas ao Tribunal de Justiça se, e em que medida, a electricidade transportada para a Aldel no período decorrido entre 1 de Agosto e 31 de Dezembro de 2000 era importada de outros Estados-Membros.

25. Ora, cabe salientar que uma eventual declaração de ilegitimidade do suplemento tarifário em litígio, por incompatibilidade com o artigo 25.º CE ou 90.º CE, respeitaria apenas aos montantes cobrados sobre a electricidade importada. Por outras palavras, tal declaração só permitiria à Aldel opor-se à cobrança dos encargos sobre tal produto e apenas na medida em que tenha sido declarada a sua incompatibilidade com as disposições do Tratado.

26. Daqui resulta que no caso de se verificar que a electricidade transportada para uso da Aldel era de origem exclusivamente nacional, a resposta do Tribunal de Justiça à primeira questão prejudicial não teria qualquer relevo para efeitos da procedência ou improcedência do pedido apresentado pela Essent contra a Aldel no processo principal¹².

27. Porém, segundo jurisprudência assente, no âmbito do processo de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, instituído pelo artigo 234.º CE, compete aos primeiros apreciar tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para a solução dos litígios que lhes tenham sido submetidos, como a pertinência

das questões que colocam ao Tribunal de Justiça, só podendo este refutar tal apreciação quando for *manifesto* que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal¹³.

28. Não correspondendo o caso em apreço a esta hipótese, proponho ao Tribunal de Justiça que proceda ao exame da primeira questão prejudicial, embora a utilidade da resposta dele resultante dependa de verificações posteriores que competem ao órgão jurisdicional nacional.

2. Apreciação

a) Breves notas sobre a jurisprudência

29. No sistema do Tratado, os artigos 25.º CE e 90.º CE, que estabelecem, respectivamente, a proibição de direitos aduaneiros e de encargos de efeito equivalente e a proibição de imposições internas discriminatórias, prosseguem, com funções complementares, o objectivo de impedir qualquer legislação fiscal nacional susceptível de discriminar os produtos provenientes de outros Estados-Membros ou a eles destinados, entravando a livre circulação dentro

12 — Na vigência da Elektriciteitswet de 1998, a SEP, na qualidade de sociedade designada, gozava do monopólio da importação da electricidade destinada a uso público e de voltagem superior a 500 V (v. acórdão de 27 de Abril de 1994, Almelo, C-393/92, Colect., p. I-1477). Um utilizador privado como a Aldel tinha já o direito, portanto, com base nessa lei, de importar electricidade para uso próprio. Além disso, em 1 de Janeiro de 2000, ficou concluída a primeira fase da liberalização do mercado da electricidade neerlandês, em aplicação da Directiva 96/92, com a abertura ao mercado do sector dos grandes consumidores. A questão de saber se, durante o período de aplicação do suplemento em litígio, correspondia a tal faculdade uma possibilidade efectiva de a Aldel importar electricidade depende quer das relações contratuais que a vinculavam, nessa altura, às empresas produtoras nacionais, quer dos comportamentos no mercado destas últimas e da SEP (v., a este respeito, a Decisão 91/50/CEE da Comissão, referida na nota 4).

13 — V., em especial, os acórdãos de 15 de Junho de 1999, Tarantik (C-421/97, Colect., p. I-3633, n.º 33); de 22 de Janeiro de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Colect., p. I-607, n.º 19), e de 15 de Junho de 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 e C-41/05, Colect., p. I-5293, n.º 24).

da Comunidade em condições normais de concorrência.

30. Reconhecendo embora, em princípio, a sua complementaridade¹⁴, a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem mantido a distinção formal entre as duas proibições previstas pelo Tratado, precisando em várias ocasiões que os artigos 25.º CE e 90.º CE não podem ser aplicados cumulativamente¹⁵; consequentemente, a legitimidade de um regime fiscal nacional abrangido pelo âmbito de aplicação do primeiro não pode, no contexto do Tratado, ser apreciada por referência ao segundo¹⁶.

31. A distinção entre encargos de efeito equivalente e imposições internas foi estabelecida pela jurisprudência, considerando que os primeiros oneram apenas os produtos importados e não os produtos nacionais semelhantes ou concorrentes, ao passo que as segundas abrangem uns e outros.

32. Com base na definição dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, constitui um encargo de efeito equivalente, na acepção

do artigo 25.º CE, qualquer encargo pecuniário unilateralmente imposto, ainda que mínimo, sejam quais forem as suas designação e técnica, que incida sobre mercadorias nacionais ou estrangeiras por passarem a fronteira, ainda que não seja cobrado em benefício do Estado, que não tenha qualquer efeito discriminatório ou proteccionista e que o produto sobre o qual incide não esteja em concorrência com um produto nacional¹⁷. Segundo o Tribunal de Justiça, um encargo deste tipo, que onere especificamente os produtos importados, com exclusão dos produtos nacionais similares, alterando o seu preço, produz o mesmo efeito restritivo sobre a circulação das mercadorias que um direito aduaneiro¹⁸.

33. Os encargos resultantes de um regime geral de imposições internas que onerem sistematicamente, segundo os mesmos critérios, os produtos nacionais e os produtos importados estão abrangidos, pelo contrário, pelas disposições do artigo 90.º CE¹⁹.

34. O Tribunal de Justiça precisou, porém, que, para efeitos da qualificação e da apreciação jurídica de imposições que onerem indistintamente produtos nacionais e importados, pode ser necessário tomar em consideração o destino do montante da imposição, uma vez que é precisamente em função desse destino que as imposições formalmente neutras quanto à sua estrutura e às suas modalidades de cobrança podem assumir

14 — V., neste sentido, o acórdão de 5 de Maio de 1982, *Schul Douane Expeditieur* (15/81, Recueil, p. 1409, n.º 26), v. também o acórdão de 14 de Dezembro de 1962, *Comissão/Luxemburgo e Bélgica* (2/62 e 3/62, Colect. 1962-1964, p. 147).

15 — V., neste sentido, desde logo, os acórdãos de 8 de Julho de 1965, *Deutschmann* (10/65, Recueil, p. 601, Colect. 1965-1968, p. 157) e de 16 de Junho de 1966, *Lütticke* (57/65, Colect. 1965-1968, p. 361), que deram origem a muitas outras decisões.

16 — Em praticamente todos os casos em que o Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar os referidos artigos relativamente a um determinado regime fiscal nacional, ou a apreciar a legitimidade do mesmo com base nas disposições neles contidas, considerou necessário pronunciar-se sobre a inclusão do imposto no âmbito de aplicação de um dos dois artigos. O Tribunal de Justiça seguiu uma abordagem menos dicotómica no seu acórdão de 3 de Fevereiro de 2000, *Dounias* (C-228/98, Colect., p. I-577, n.º 50).

17 — V., nomeadamente, os acórdãos de 1 de Julho de 1969, *Comissão/Itália* (24/68, Recueil, p. 193, n.º 9, Colect. 1969-1970, p. 57); de 9 de Novembro de 1983, *Comissão/Dinamarca* (158/82, Recueil, p. 3573, n.º 18), e de 17 de Setembro de 1997, *UCAL* (C-347/95, Colect., p. I-4911, n.º 18).

18 — V. acórdãos *Comissão/Luxemburgo e Bélgica*, já referido na nota 14, p. ???; de 18 de Junho de 1975, *IGAV* (94/74, Colect., p. 241, n.º 10) e de 25 de Maio de 1977, *Cucchi* (77/76, Colect., p. 353, n.º 13).

19 — V., nomeadamente, o acórdão *UCAL*, já referido na nota 17, n.º 19.

uma incidência económica real diferente sobre as duas categorias de produtos.

35. Com efeito, quando o montante de tal imposição fiscal cobrada tanto sobre produtos importados como sobre produtos nacionais se destinar a financiar actividades que beneficiem especialmente estes últimos, o encargo fiscal sobre os produtos nacionais é compensado, em maior ou menor medida, pelos benefícios obtidos, ao passo que para os produtos importados representa um encargo sem compensação²⁰.

36. Consequentemente, ao verificar a compatibilidade de um encargo para-fiscal com os artigos 25.º CE e 90.º CE, há, segundo jurisprudência assente, que apreciar em que medida os encargos cobrados sobre o produto nacional são compensados pelos benefícios financiados pelo montante da imposição.

37. Se a compensação for integral, o encargo constitui um encargo de efeito equivalente, uma vez que onera, de facto, apenas os produtos importados e deve ser considerado totalmente ilegal; pelo contrário, se a compensação for apenas parcial, o encargo é qualificado como imposição interna discriminatória, uma vez que incide em maior medida sobre os produtos importados do que sobre os produtos

nacionais devendo, consequentemente, ser objecto de uma redução proporcional²¹.

38. Além disso, é pacífico na jurisprudência que tal apreciação compete ao órgão jurisdicional nacional, que é o único que dispõe de todos os elementos, incluindo os elementos de facto, necessários para proceder à mesma²². Para este efeito, deve verificar, antes de mais, se há identidade entre o produto tributado e o produto nacional beneficiário²³. Além disso, deve determinar se, durante um determinado período de tempo, se verifica uma equivalência pecuniária entre os montantes cobrados sobre os produtos nacionais a título da taxa e as vantagens de que estes produtos beneficiam em exclusivo. O Tribunal de Justiça precisou, a este respeito, que esta apreciação dispensa qualquer outro parâmetro, além da equivalência pecuniária — tal como a natureza, a importância ou o carácter indispensável dos referidos benefícios — que foram considerados insuficientemente objectivos para avaliar a compatibilidade de uma medida fiscal nacional com as disposições do Tratado²⁴.

39. Depois deste breve resumo da jurisprudência, parece-me útil observar, como vários advogados-gerais o fizeram antes de mim, que a jurisprudência ora referida, ao pedir aos órgãos jurisdicionais nacionais que procedam a apreciações de carácter económico, frequentemente complexas e aleatórias, apresenta dificuldades de aplicação indis-

20 — V., nomeadamente, os acórdãos de 21 de Maio de 1980, Comissão/Itália (73/79, Recueil, p. 1533, n.º 15); de 11 de Março de 1992, Compagnie commerciale de l'Ouest e o. (C-78/90 a C-83/90, Colect., p. I-1847, n.º 26), e UCAL, já referido na nota 17, n.º 21.

21 — V. acórdãos de 16 de Dezembro de 1992, Lornoy e o. (C-17/91, Colect., p. I-6523, n.º 21); de 27 de Outubro de 1993, Scharbatke (C-72/92, Colect., p. I-5509, n.º 10); Compagnie commerciale de l'Ouest e o., já referido na nota 20, n.º 27, e UCAL, já referido na nota 17, n.º 22.

22 — V., nomeadamente, os acórdãos Compagnie commerciale de l'Ouest e o., já referido na nota 20, n.º 28, e Lornoy e o., já referido na nota 21, n.º 22.

23 — V. acórdãos de 25 de Maio de 1977, Interzuccheri (105/76, Recueil, p. 1029, n.º 12, Colect., p. 383), e Cucchi, já referido na nota 18, n.º 19.

24 — V. acórdão de 2 de Agosto de 1993, CELBI (C-266/91, Colect., p. I-4337, n.º 18).

tíveis²⁵, apesar de ser clara nas suas linhas essenciais²⁶. Perante tais dificuldades, há que recordar que, ao avaliar a legitimidade, com base no direito comunitário, de um encargo parafiscal cujo produto se destina a financiar um regime estatal de incentivos à produção nacional, o recurso às proibições previstas nos artigos 25.º CE e 90.º CE pode ser considerado uma simples alternativa à aplicação das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado²⁷.

b) Quanto à questão de saber se o suplemento instituído pelo artigo 9.º, n.º 1, da OEPS constitui um encargo de efeito equivalente, na acepção do artigo 25.º CE ou uma imposição interna discriminatória, prevista no artigo 90.º CE

40. A este respeito, há que examinar, a título preliminar, alguns dos argumentos invocados

25 — Estas dificuldades são confirmadas, além disso, pelo número de questões prejudiciais apresentadas quanto a esta matéria, perante uma jurisprudência inequívoca.

26 — O advogado-geral Roemer, nas conclusões que apresentou no processo Capolongo (77/72, Recueil, 1973, p. 253, em especial p. 632), em cujo acórdão se encontra a primeira afirmação jurisprudencial do critério da compensação, tinha já expresso dúvidas quanto à complexidade das apreciações exigidas para verificar o valor da compensação. Alguns anos depois, o advogado-geral Trabucchi, nas conclusões relativas ao processo IGAV (já referido na nota 18), e o advogado-geral Reischl, no processo Cucchi (já referido na nota 18), propunham uma aplicação restritiva de tal critério, considerando que a jurisprudência do acórdão Capolongo se devia aplicar apenas aos casos de «grave fraude à lei». Os advogados-gerais Mayras (processo ICAP, 222/78, ICAP, Recueil 1979, p. 1163) e Gulmann (processo CELBI, já referido na nota 24, n.º 15) apresentaram observações abertamente críticas. Por fim, o advogado-geral Tesauero salientou, em várias ocasiões, as dificuldades de aplicação do critério da compensação aos casos concretos (v., por exemplo, as conclusões que apresentou no processo UCAL, já referido na nota 17).

27 — V., neste sentido, as conclusões do advogado-geral Gulmann no processo CELBI, já referido na nota 24, n.º 15, e, antes dele, as conclusões do advogado-geral Mayras no processo ICAP, já referido na nota 24.

pela SEP e pelo Governo dos Países Baixos, na medida em que parecem colocar em questão a própria natureza tributária do suplemento em causa. Em especial, segundo a SEP, o artigo 9.º da OEPS é apenas um instrumento através do qual se permitiu às sociedades produtoras repercutir nos seus clientes as contribuições que se comprometeram a pagar nos termos do protocolo. Também os Países Baixos salientam que o suplemento em questão é justificado pelo protocolo e insiste no facto de o mesmo constituir um elemento do preço devido pelos serviços de transporte.

41. Não me parece que tais argumentos permitam concluir que o suplemento em questão, que embora apresente características que o distinguem de um imposto clássico, não se enquadra no conceito de encargo de efeito equivalente, na acepção do artigo 25.º CE, ou de imposição interna, na acepção do artigo 90.º CE.

42. Em primeiro lugar, como já foi referido, o conceito de encargo de efeito equivalente é definido pela jurisprudência em termos particularmente amplos. Resulta de tal definição que a essência do referido conceito jurídico reside nos efeitos que um determinado encargo pecuniário produz no comércio entre os Estados-Membros. Pelo contrário, os aspectos formais, como a denominação, o montante, a estrutura, a modalidade de cobrança, o destino, o beneficiário do produto e os objectivos prosseguidos, não têm qualquer relevo para a qualificação como encargo de efeito equivalente, quando o encargo em questão seja juridicamente

obrigatório («unilateralmente imposto»)²⁸. Ora, no caso em apreço, a obrigatoriedade do encargo, devido por todos os utilizadores que satisfaçam as condições previstas no artigo 9.º, n.º 1, da OEPS, não é questionada, sendo também pacífica a obrigatoriedade do recurso aos serviços do explorador da rede do local em que o utilizador está estabelecido.

43. Igualmente ampla é a noção de imposição interna, na acepção do artigo 90.º CE²⁹.

44. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça teve já ocasião de apreciar, à luz dos artigos 25.º CE e 90.º CE, encargos pecuniários que se apresentavam como elementos de uma tarifa ou de um preço regulamentado por lei³⁰.

45. Ainda a título preliminar, há que examinar o argumento invocado pela SEP, segundo o qual o artigo 25.º CE não é aplicável, uma vez que o suplemento em litígio

respeita à tarifa do serviço de transporte e não ao preço da energia eléctrica. A SEP observa, além disso, que tal serviço é prestado por exploradores de rede neerlandeses no território dos Países Baixos.

46. Como é sabido, o artigo 25.º CE respeita apenas aos encargos que oneram mercadorias. A adoptar a tese da SEP, a aplicação desta disposição ficaria, assim, excluída, no caso em apreço, pela simples razão de não haver qualquer *produto* onerado.

47. A este respeito, há que observar, antes de mais, que o Tribunal de Justiça teve já ocasião de afirmar que a electricidade constitui uma mercadoria, na acepção das disposições do Tratado em matéria de livre circulação das mercadorias³¹. Pronunciando-se numa acção por incumprimento, por violação do artigo 31.º CE, o Tribunal de Justiça precisou, além disso, que «os serviços necessários à importação ou à exportação de electricidade e ao seu transporte e distribuição são meros instrumentos do fornecimento ao utente de uma mercadoria na acepção do Tratado»³², reconhecendo, portanto, o carácter acessório destes serviços relativamente ao objecto do fornecimento.

28 — Assim, por exemplo, no âmbito de uma acção por incumprimento contra a Itália, o Tribunal de Justiça excluiu que uma tarifa estabelecida por uma ordem profissional e imposta por lei pudesse constituir um encargo de efeito equivalente, uma vez que o recurso aos serviços aos quais a referida tarifa se aplicava não era obrigatório, v. o acórdão de 9 de Fevereiro de 1994, Comissão/Itália (C-119/92, Colect., p. I-393, n.ºs 46 e 47).

29 — V., por exemplo, o acórdão de 16 de Fevereiro de 1977, Schöttle (20/76, Colect., p. 87, n.ºs 12 e 13).

30 — V., nomeadamente, o processo Interzuccheri, já referido na nota 23, em que estavam em causa dois acréscimos distintos do preço do açúcar, estabelecidos pelo Comitato interministeriale prezzi, para financiar uma caixa de perequação para o açúcar. No caso em apreço, resulta das observações apresentadas pela SEP ao Tribunal de Justiça que, durante o período de aplicação do suplemento em litígio, a tarifa do transporte de energia eléctrica era estabelecida por um organismo público.

31 — V. o acórdão de 15 de Julho de 1964, Costa ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549), onde se afirma que a energia eléctrica pode estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 31.º CE em matéria de monopólios nacionais de natureza comercial, e os acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Itália (C-158/94, Colect., p. I-5789, n.º 17), e Almelo, já referido na nota 12, n.º 28, em que o Tribunal de Justiça considera pacífico que a energia eléctrica constitui uma mercadoria, para efeitos do artigo 28.º CE. No acórdão de 2 de Abril de 1998, Outokumpu (C-213/96, Colect., p. I-1777), o Tribunal de Justiça apreciou a compatibilidade com os artigos 25.º CE e 90.º CE de um imposto sobre a produção de energia eléctrica.

32 — V. acórdão Comissão/Itália, C-158/94, já referido na nota 18.

48. Seguidamente, há que recordar que é possível integrar na noção de encargo de efeito equivalente quaisquer encargos que incidam sobre as mercadorias nacionais ou estrangeiras em razão da passagem da fronteira, independentemente das suas modalidades de cobrança. Estas condições verificam-se em encargos cujo facto gerador consiste não na importação ou exportação de um bem mas na prestação de um serviço necessário ou associado à realização de tais operações³³, quando seja, em qualquer caso, susceptível de incidir sobre a circulação do bem em questão dentro da Comunidade. Ora, parece-me manifesto que um encargo cobrado sobre a prestação do serviço de transporte e determinado em função da quantidade do bem transportado, onerando, indirectamente, este último, é, em princípio, susceptível de implicar tal incidência.

49. O Tribunal de Justiça teve já, aliás, ocasião de se pronunciar sobre uma questão análoga à do caso em apreço, embora apenas em relação ao artigo 90.º CE. No acórdão Schöttle³⁴, invocado pela Comissão nas suas observações, foram submetidas ao Tribunal de Justiça certas questões relativas à interpretação da referida disposição, relativamente a um encargo sobre o transporte rodoviário de mercadorias, em vigor na Alemanha. Rejeitando a argumentação invocada pelo Governo alemão, que considerava que o encargo em questão não se inseria no âmbito de aplicação do artigo 90.º CE, uma vez que não incidia sobre o produto enquanto tal, o Tribunal de Justiça considerou que um encargo como o em apreço naquele processo, «cobrado sobre os transportes internacionais rodoviários de mercadorias em função da

distância percorrida no território nacional e do peso das mercadorias em causa»³⁵, devia ser qualificado «como uma imposição interna que incide, embora indirectamente, sobre os produtos transportados»³⁶. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que «uma vez que uma imposição deste tipo se repercute imediatamente sobre o custo dos produtos nacionais e dos importados, o artigo 9[0].º exige que a mesma seja aplicada de modo a não discriminar os produtos importados»³⁷.

50. Pelas razões atrás expostas não considero que se pode excluir a legalidade do encargo em litígio à luz do artigo 25.º CE, pela simples circunstância de o facto gerador de tal encargo consistir num serviço (o de transporte) necessário à comercialização do bem em questão.

51. Esclarecidos todos estes aspectos, há que examinar as características do suplemento tarifário em litígio, para verificar se o mesmo se insere na proibição prevista no artigo 25.º CE ou na prevista no artigo 90.º CE.

52. É pacífico que o encargo em questão onera indistintamente a electricidade produzida nos Países Baixos e a importada, segundo as mesmas modalidades de cobrança. A sua aparente neutralidade parece, portanto, excluir a aplicação do artigo 25.º CE, apontando para uma apreciação à luz do artigo 90.º CE.

33 — Como, por exemplo, nos casos em que o encargo é constituído pelo preço da emissão de licenças de importação ou da realização de controlos sanitários.

34 — Acórdão Schöttle, já referido na nota 29.

35 — N.º 16.

36 — Parte decisória.

37 — N.º 15.

53. Porém, em conformidade com a jurisprudência atrás recordada³⁸, há que verificar, antes de chegar a tais conclusões, se a neutralidade cessa, tendo em conta o destino do montante cobrado. Com efeito, se o encargo que incide sobre o produto nacional for integralmente compensado por vantagens de que este eventualmente beneficia, em função do destino do montante da aplicação do suplemento em litígio, é o artigo 25.º CE e não o artigo 90.º CE que é aplicável, uma vez que, apesar das aparências, o suplemento incide apenas, na realidade, sobre o produto importado.

54. Embora, segundo jurisprudência constante, esta verificação seja da competência do órgão jurisdicional nacional, parece-me, ainda assim, oportuno que o Tribunal de Justiça, dentro dos limites da sua competência, forneça algumas indicações quanto à questão, tendo em conta, em particular, os argumentos invocados pelas partes no processo principal.

55. É nesta perspectiva que exponho as observações que se seguem.

56. Decorre da legislação nacional em questão e da decisão de reenvio que os montantes cobrados pelos exploradores da rede, em aplicação do artigo 9.º, n.º 1, da OEPS, deviam ser por eles entregues à SEP. Estes montantes, juntamente com os cobrados com base no n.º 2 do mesmo artigo,

deviam destinar-se, até ao limite de 400 milhões de NLG, a cobrir os custos NR relativos a 2000, devendo o eventual excesso ser entregue pela SEP ao Ministro da Economia, destinando-se a financiar a cobertura dos custos NR a que se refere o artigo 7.º da OEPS para os anos seguintes (artigo 9.º, n.º 5, *in fine*).

57. Com base neste mecanismo, *a totalidade dos montantes cobrados era afecta à cobertura dos custos NR* e devia ser paga à SEP (ou às EPE) em aplicação, respectivamente, do artigo 9.º, n.º 4, da OEPS ou, quanto aos montantes superiores a 400 milhões de NLG, do artigo 7.º da OEPS.

58. Assim, no caso de se verificar que os pagamentos previstos nessas disposições foram realmente feitos e que os respectivos montantes foram efectiva e integralmente utilizados em benefício dos produtores nacionais de electricidade — de modo tal que daí resulte uma equivalência pecuniária entre os encargos e os benefícios — parece-me lógico concluir³⁹, como a Comissão faz nas suas observações, que a incidência económica do suplemento em litígio sobre a electricidade nacional foi totalmente neutralizada.

38 — V. *supra*, n.ºs 34 a 37.

39 — Parece possível chegar a esta conclusão mesmo na falta de dados relativos ao montante total dos valores resultantes da aplicação do suplemento em questão e à percentagem de electricidade importada de outros Estados-Membros e fornecida — quer directamente, quer indirectamente através da SEP — durante o período de vigência do referido suplemento, às entidades obrigadas ao seu pagamento.

59. Todavia, para poder chegar a tal conclusão, o órgão jurisdicional de reenvio deve, antes de tudo, determinar se: i) os montantes provenientes da cobrança do suplemento em questão se destinam efectivamente a uma utilização que *beneficie especificamente* o produto nacional e ii) se existe «identidade entre o produto tributado e o produto nacional beneficiário».

60. No que respeita à questão da alínea i), o órgão jurisdicional de reenvio deverá determinar se, e em que medida, na falta da cobertura assegurada pelo produto do suplemento tarifário em litígio ou de qualquer outra intervenção pública, os custos NR em questão teriam onerado, directa ou indirectamente, o balanço das EPE.

61. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio parece partir do pressuposto de que tais custos eram da exclusiva responsabilidade da SEP⁴⁰, essa apreciação implica, essencialmente, a tomada em consideração dos mecanismos financeiros através dos quais se realizava, por intermédio da SEP, a cooperação regulamentada entre as quatro

EPE durante o período de imputação dos custos em questão⁴¹.

62. Não se pode excluir, aliás, que o órgão jurisdicional de reenvio deve, na sua apreciação, tomar também em consideração o protocolo, para verificar em que termos foi prevista a transferência substancial dos custos NR para as sociedades de distribuição (ou para as entidades obrigadas a cobrar o suplemento em litígio)⁴². Observe-se, a este respeito, que, segundo o que a SEP sustenta, a Essent tinha procedido ao pagamento do montante devido com base no protocolo para 2000 ainda antes da entrada em vigor do artigo 9.º da OEPS. O suplemento previsto pelas disposições deste artigo parece, portanto, beneficiar em primeiro lugar o sector da distribuição⁴³, permitindo a cada sociedade recuperar junto dos consumidores o que já tenham pago ou que devam à SEP; compete, assim, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no caso de tal recuperação não ser possível, estas sociedades continuam obrigadas ao pagamento previsto pelo protocolo.

40 — Resulta, porém, da decisão da Comissão de 25 de Julho de 2001 bem como do relatório que precede o texto da OEPS que as obrigações que decorrem dos contratos de aquecimento urbano continuam a cargo da empresa que as assumiu. Da resposta às questões escritas do Tribunal de Justiça parece resultar, pelo contrário, que a responsabilidade pela totalidade dos custos era, até ao fim de 2000, da SEP. A partir de 1 de Janeiro de 2001, a responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos contratos de aquecimento urbano foram transferidas para as EPE, com base em determinadas percentagens, ao passo que a relativa aos custos originados pela Demkolec continuou a cargo da SEP (através da NV Demkolec, filial a 100% da SEP), proprietária da central, até à data da transferência desta última para a NUON.

41 — Da leitura das respostas das partes às questões escritas colocadas pelo Tribunal de Justiça parece pacífico que, durante o período de referência, as quatro EPE continuavam a operar com base no acordo de cooperação de 1986, que atribuía à SEP a missão de proceder à comercialização da totalidade da electricidade produzida pelas EPE e implicava, nomeadamente, a colocação em comum dos custos de produção bem como a sua repartição entre as EPE em função de percentagens que reflectiam a participação de cada uma delas no capital da SEP. Verifica-se, além disso, que o papel activo da SEP no sector do abastecimento de electricidade cessou com a sua transformação, em 1 de Janeiro de 2001, na NEA, à qual incumbe apenas a missão de concluir as operações iniciadas antes de 2001.

42 — Nas respostas às questões escritas colocadas pelo Tribunal de Justiça, a Essent salienta que, ao abrigo do protocolo, o sector da produção teria o direito de exigir ao da distribuição o montante de 400 milhões de NLG quanto ao ano 2000, presumivelmente também no caso de as empresas de distribuição não terem a possibilidade de recuperar tal montante através das tarifas de transporte ou de fornecimento.

43 — Observe-se, porém, que resulta das respostas às questões escritas colocadas pelo Tribunal de Justiça que a Essent se tornou, após a fusão, numa das quatro accionistas da NEA (antiga SEP) e opera também no sector da produção.

63. Se resultar desse exame — que, a julgar pelas respostas das partes às questões escritas do Tribunal de Justiça, não se adivinha fácil — que, no período decorrido entre 1 de Agosto e 31 de Dezembro de 2000, as EPE eram, directamente ou através da sua participação financeira a SEP, a título principal ou subsidiário, responsáveis pelos custos NR em questão, pode considerar-se preenchido o requisito relativo à existência de um benefício específico a favor da produção nacional, para efeitos da aplicação do critério da compensação. Pelo contrário, não me parece que a mera circunstância de os pagamentos previstos pelo artigo 9.º, n.º 4, e 7.º da OEPS serem feitos a favor da SEP e não das EPE seja susceptível de excluir à partida, como o Governo dos Países Baixos e a SEP sustentam, a existência de tal benefício, desde que, em qualquer caso, seja possível determinar que os montantes pagos foram efectiva e integralmente utilizados para a cobertura de custos que, directa ou indirectamente, eram suportados por estas últimas.

64. O Governo dos Países Baixos contesta, além disso, a existência de uma vantagem a favor do produto nacional, por os pagamentos previstos à SEP pelo artigo 9.º, n.º 4, da OEPS não terem correspondido a uma redução do preço da electricidade de produção nacional.

65. A este respeito, bastará observar que, segundo a jurisprudência, não se exige que o montante da imposição seja utilizado para cobrir os custos de produção, podendo os encargos pecuniários que decorrem, para o produto nacional, da aplicação dessa imposição ser compensados através do

financiamento, por exemplo, de actividades de promoção ou de investigação que, embora beneficiem o produto nacional, não implicam vantagens susceptíveis de ser imediatamente repercutidas no preço de venda.

66. No que respeita à questão atrás enunciada no n.º 59, alínea ii), compete, em primeiro lugar, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a necessária identidade entre o produto tributado e o produto beneficiário é afastada pelas modalidades de cobrança do suplemento em litígio e, em especial, pelo facto de o mesmo não ser pago pelos produtores de electricidade, sendo facturado aos consumidores finais. Segundo a Essent e o Governo dos Países Baixos, esta circunstância exclui a possibilidade de compensação, na acepção exigida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

67. Estas teses não se afiguram completamente infundadas.

68. É certo, com efeito, que um suplemento tarifário ou um acréscimo do preço facturado ao consumidor final pode, num regime aberto à concorrência, resultar num encargo para o produto directa ou indirectamente afectado, na medida em que incide sobre o seu custo de mercado. Não obstante, pode levantar-se a questão de saber se tal encargo pode ser tomado em conta para verificar se existe compensação, na acepção da jurisprudência atrás invocada, uma vez que, como já se viu, esta apreciação é baseada numa comparação entre despesa e benefícios em termos *exclusivamente pecuniários*.

69. Além disso, pode ser legítimo levantar a questão de saber se, tendo em conta o facto de o suplemento em litígio ser cobrado ao consumidor, ser integrado na tarifa de transporte e não no preço da electricidade e ser aplicado segundo modalidades não discriminatórias, é possível afirmar concretamente que o *produto importado* é onerado com um encargo financeiro ou que a circulação do produto é de algum modo alterada, ou ainda que o mesmo sofre, em resultado da aplicação do referido suplemento, um prejuízo concorrencial concreto, *distinto* do que resulta da aplicação do montante do suplemento ao financiamento de intervenções em benefício dos produtores nacionais (censurável à luz das disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado).

70. Todavia, a tese da Essent e do Governo dos Países Baixos não parece resistir ao exame da jurisprudência, que exige uma identidade não entre os sujeitos obrigados ao pagamento da taxa e os beneficiários das actividades financiadas pelo montante da mesma, mas apenas entre o produto (nacional) onerado e o produto beneficiário, de modo a excluir a possibilidade de compensação no caso de os montantes da cobrança serem utilizados em benefício de uma actividade produtiva diversa da onerada. Verificando-se identidade entre os produtos, parece indiferente, portanto, que a cobrança em questão seja feita sobre a *produção* (e sobre a importação) ou sobre o *consumo* de um bem.

71. Por outro lado, a situação em que o consumidor é *sujeito passivo* de uma taxa e aquela em que, pelo contrário, é o sujeito no qual a taxa, *cobrada junto do produtor e*

do importador, se repercute, através de um aumento do preço de venda do bem afectado, não me parecem ser substancialmente diferentes do ponto de vista económico, uma vez que em ambos os casos os encargos financeiros resultantes da imposição são suportados por sujeitos que não são o produtor e o importador. Todavia, no segundo caso, a jurisprudência admite a possibilidade de compensação⁴⁴.

72. Se, ao terminar a sua apreciação, o órgão jurisdicional de reenvio chegar à conclusão de que o montante do suplemento em litígio se destinou, concretamente, ao financiamento de custos que oneravam directa ou indirectamente a electricidade nacional, e que tal permitiu aos seus produtores compensar encargos efectivamente suportados em aplicação do suplemento, deverá verificar se a compensação foi integral, como parece decorrer do teor do artigo 9.º da OEPS, ou apenas parcial. No primeiro caso, o suplemento em questão deve ser qualificado como encargo de efeito equivalente, na acepção do artigo 25.º CE; no segundo como imposição interna discriminatória, nos termos do artigo 90.º CE.

73. No caso de o órgão jurisdicional de reenvio, pelo contrário, chegar à conclusão de que não se verificou compensação, nenhum desses artigos será aplicável, dado que o suplemento em litígio se aplicou indistintamente ao produto nacional e ao importado, segundo modalidades não discriminatórias.

44 — V. acórdão Interzuccheri, já referido na nota 23, n.º 15.

c) Conclusões quanto à primeira questão prejudicial

74. Tendo em conta todas as considerações anteriores, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à primeira questão prejudicial:

«O suplemento tarifário referido na questão prejudicial, cobrado indistintamente e nas mesmas condições sobre o transporte de electricidade nacional ou importada, constitui um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, proibido pelo artigo 25.º CE, se o seu montante se destinar a financiar actividades de que só a produção nacional de electricidade beneficia, e se as vantagens que daí resultem compensarem integralmente o encargo que incide sobre essa produção; se essas vantagens compensarem apenas parcialmente o encargo que incide sobre a produção nacional, esse suplemento constitui uma imposição interna discriminatória, proibida pelo artigo 90.º CE.

Compete ao órgão jurisdicional nacional proceder às verificações necessárias para determinar a qualificação jurídica da taxa em questão. Nesse contexto, o órgão jurisdicional nacional deve verificar se, e em que medida, os custos a cuja cobertura se destina o montante do suplemento tarifário em questão oneram directa ou indirectamente os produtores nacionais de electricidade».

B — Quanto à segunda questão prejudicial

1. Observações preliminares

75. Através da segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional pergunta se o regime instituído pelo artigo 9.º, n.º 1, da OEPS constitui um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

76. Recorde-se, a este respeito, que o órgão jurisdicional nacional pode ser levado a interpretar o conceito de auxílio, previsto no artigo 87.º, n.º 1, CE, em virtude do efeito directo reconhecido pela jurisprudência ao artigo 88.º, n.º 3, último período, CE⁴⁵. Segundo jurisprudência constante, compete, com efeito, aos órgãos jurisdicionais nacionais proteger os direitos dos particulares face a uma eventual violação, por parte das autoridades nacionais, da proibição de pôr em execução as medidas de auxílio proibidas por tal disposição⁴⁶.

77. Quanto às medidas que podem ou devem ser tomadas para assegurar essa protecção jurisdicional, o Tribunal de Justiça precisou

45 — V., nomeadamente, os acórdãos de 22 de Março de 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Colect., p. 203, n.º 14); de 30 de Novembro de 1993, *Kirsammer-Hack* (C-189/91, Colect., p. I-6185, n.º 14).

46 — V., nomeadamente, os acórdão de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (C-354/90, Colect., p. I-5505, n.º 12) e de 16 de Dezembro de 1992, *Lornoy e o.*, já referido na nota 21, n.º 30).

que «compete ao órgão jurisdicional nacional retirar todas as consequências dessa violação, invocada pelos particulares, em conformidade com as vias processuais nacionais, no que diz respeito tanto à validade dos actos que envolvem a execução de medidas de auxílio como à recuperação dos apoios financeiros concedidos em violação do artigo 88.º, n.º 3, CE»⁴⁷.

78. Embora o órgão jurisdicional de reenvio não tenha submetido qualquer questão a este respeito, será útil, em todo o caso, recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o exame de uma medida de auxílio não pode ser separado da apreciação dos efeitos do seu modo de financiamento, no caso de este fazer parte integrante de tal medida⁴⁸. As modalidades de financiamento de um auxílio podem, com efeito, torná-lo incompatível com o mercado comum, mesmo que satisfaçam os requisitos estabelecidos por outras disposições do Tratado, em especial as dos artigos 25.º e 90.º CE⁴⁹.

79. No acórdão Van Calster, o Tribunal de Justiça esclareceu, além disso, que, em tais casos, «para assegurar o efeito útil da obrigação de notificação bem como um exame apropriado e completo de um auxílio de Estado pela Comissão, o Estado-Membro é obrigado, para respeitar a referida obrigação,

a notificar não só o projecto de auxílio propriamente dito mas também o seu modo de financiamento, na medida em que este faz parte integrante da medida prevista»⁵⁰. Aliás, segundo o Tribunal de Justiça, «[c]omo a obrigação de notificação abrange igualmente o modo de financiamento do auxílio, as consequências que decorrem do desrespeito, por parte das autoridades nacionais, do artigo [88.º, n.º 3, último período, CE] também se devem aplicar a este aspecto da medida de auxílio»⁵¹. Daqui resulta que «quando uma medida de auxílio da qual o respectivo modo de financiamento faz parte integrante tiver sido posta em execução com desrespeito da obrigação de notificação, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados, em princípio, a ordenar o reembolso dos encargos ou contribuições especificamente cobrados para financiar esse auxílio»⁵².

80. No acórdão Streekgewest o Tribunal de Justiça precisou que «[p]ara que se possa considerar que uma taxa, ou uma parte de uma taxa, faz parte integrante de uma medida de auxílio, deve necessariamente existir uma relação de afectação obrigatória entre a taxa e o auxílio por força da legislação nacional pertinente, no sentido de o produto da taxa ser necessariamente destinado ao financiamento do auxílio» e influenciar directamente a importância do auxílio e, por consequência, a apreciação da sua compatibilidade com o mercado comum⁵³.

47 — V. acórdão *Air Liquide*, já referido na nota 13, n.º 42. V. também os acórdãos de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, já referido na nota 46, n.º 12, e de 13 de Janeiro de 2005, *Streekgewest* (C-174/02, Colect., p. I-85, n.º 17).

48 — V. acórdãos de 21 de Outubro de 2003, *Van Calster e o.* (C-261/01 e C-262/01, Colect., p. I-12249, n.º 49); de 27 de Novembro de 2003, *Enirisorse* (C-34/01 a C-38/01, Colect., p. I-14243, n.º 44).

49 — V. acórdão *Van Calster e o.*, já referido na nota 48, n.º 47; v., neste sentido, o acórdão de 25 de Junho de 1970, *França/Comissão* (47/69, Colect. 1969-1970, p. 391, n.º 13).

50 — V. acórdão *Van Calster e o.*, já referido na nota 48, n.º 51.

51 — *Ibidem.*, n.º 52.

52 — *Ibidem.*, n.º 54.

53 — V. acórdão *Streekgewest*, já referido na nota 47, n.º 26; v. também, no mesmo sentido, os acórdãos de 27 de Outubro de 2005, *Casino France e o.* (C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e C-321/04 a C-325/04, Colect., p. I-9481, n.º 40), e *Air Liquide*, já referido na nota 13, n.º 46.

81. No caso em apreço, o suplemento em questão é cobrado específica e exclusivamente para permitir à SEP e/ou às EPE a cobertura dos custos NR que efectuaram. Parece-me que existe, no presente processo, o vínculo da afectação, exigido pelo Tribunal de Justiça, entre o produto da taxa e o financiamento da medida pública em causa, competindo ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a mesma constitui um auxílio de Estado.

82. Segundo a jurisprudência atrás referida, as pretensões avançadas pela Essent relativamente à Aldel, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da OEPS poderiam, portanto, ser rejeitadas, no caso de se apurar que o regime instituído por este artigo implica uma medida de auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e que tal medida não foi notificada à Comissão.

83. Passo, portanto, a examinar sucessivamente estes dois aspectos.

2. Quanto à questão de saber se as disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 4 do artigo 9.º da OEPS consistem numa medida de auxílio, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE

84. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para apreciar se uma medida pública constitui um auxílio de Estado, há que verificar se estão reunidos quatro requisitos cumulativos, a saber, a existência de uma vantagem para uma empresa, a

selectividade da medida, o seu financiamento pelo Estado ou através de recursos do Estado, bem como os efeitos da mesma nas trocas comerciais entre os Estados-Membros e a distorção de concorrência dela resultante⁵⁴.

85. No que respeita ao primeiro e ao segundo destes requisitos, parece-me manifesto que a medida contestada implica uma vantagem para a SEP e/ou para as EPE e que essa vantagem, sendo limitada ao sector da produção de electricidade, tinha carácter selectivo.

86. Não me parece que a circunstância invocada pelo Governo dos Países Baixos de os exploradores da rede serem, em qualquer caso, obrigados a contribuir para a cobertura dos custos NR, por força do protocolo de acordo, tenha uma importância decisiva. Com efeito, o artigo 9.º da OEPS faz surgir na esfera dos sujeitos obrigados à cobrança do suplemento uma obrigação jurídica de entregar o respectivo montante à SEP, obrigação esta que é autónoma e independente da que eventualmente incumbe aos mesmos sujeitos por força do protocolo de acordo⁵⁵. Além disso, o mecanismo previsto pelo artigo 9.º da OEPS permite à SEP esperar uma maior segurança dos pagamentos, cujos fundos provêm da cobrança de encargos parafiscais, e reduzir ou excluir, portanto, o

54 — V., nomeadamente, o acórdão *Air Liquide Industries Belgium*, já referido na nota 13, n.º 28.

55 — Embora, como o Governo neerlandês observa e como resulta da própria decisão de reenvio, a imposição de tal obrigação *pressuponha* a existência do protocolo de acordo e a cobrança do suplemento seja adequada à execução do mesmo, permitindo ao sector da distribuição repercutir sobre os consumidores os encargos que daí decorrem. O artigo 9.º da OEPS não prevê, aliás, expressamente qualquer mecanismo de compensação no caso de a SEP já ter recebido, na totalidade ou em parte, os pagamentos que os exploradores da rede (ou os fornecedores) são obrigados a efectuar, nos termos do protocolo.

risco de um eventual incumprimento ou de uma impossibilidade de execução por parte dos sujeitos vinculados pelo protocolo⁵⁶.

87. Porém, no caso de se apurar que, no momento em que foram efectuados os pagamentos previstos pelo artigo 9.º, n.º 4, da OEPS, a SEP já tinha recebido, no todo ou em parte, a título de execução do protocolo de acordo, os 400 milhões de NLG previstos pelo n.º 5 de tal artigo⁵⁷, a vantagem que resulta para a SEP e/ou para as EPE do regime em questão seria reduzida, de modo correspondente, a fim de ser, eventualmente, limitada apenas ao excedente⁵⁸.

88. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio proceder às respectivas verificações.

89. Parece-me que pode também considerar-se satisfeito o quarto requisito, relativo aos efeitos da medida em causa na concorrência e à sua incidência sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Limito-me, a este respeito, a observar que a abordagem do Tribunal de Justiça nesta

matéria é particularmente ampla. Com efeito, segundo jurisprudência constante, «a Comissão deve provar não uma incidência real desses auxílios sobre as trocas comerciais entre Estados-Membros e uma distorção efectiva da concorrência, mas apenas deve examinar se esses auxílios são susceptíveis de afectar estas trocas comerciais ou de falsear a concorrência»⁵⁹. Em particular, quando um auxílio concedido por um Estado-Membro reforça a posição de uma empresa em relação a outras empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias, deve considerar-se que estas últimas são influenciadas por esse auxílio⁶⁰.

90. Ora, embora não estivesse directamente implicada na actividade de produção de electricidade, a SEP procedia, enquanto filial comum das quatro EPE, à comercialização da energia por estas produzida e por ela importada. Operava, pelo menos formalmente, em regime de concorrência no mercado da importação de electricidade para uso público⁶¹, geria a estação de gaseificação de carvão Demkolec e operava no sector do aquecimento urbano. No que respeita aos efeitos da medida em questão sobre as trocas comerciais intracomunitárias, resulta do que acabo de referir que a actividade da SEP não se limitava apenas ao âmbito nacional, participando nas trocas comerciais transfronteiriças.

56 — Observe-se, de passagem, que o artigo 97.º da Elektriciteitswet tornou, porém, a execução do protocolo obrigatória por lei. Embora não tenha sido directamente tomada em consideração pelo órgão jurisdicional de reenvio, esta disposição, que não parece ter sido notificada à Comissão, poderia, por si só, implicar uma medida de auxílio cujas modalidades de financiamento são previstas pelo artigo 9.º da OEPS.

57 — Não é possível saber se os exploradores da rede e/ou os fornecedores, caso já tivessem dado execução ao protocolo, seriam dispensados dos pagamentos a que se refere o artigo 9.º, n.º 4, da OEPS, pelos montantes correspondentes à sua participação nos custos NR, ou se continuariam, em qualquer caso, obrigados aos mesmos, sem prejuízo de obterem posteriormente da SEP a repetição dos referidos montantes.

58 — Nos termos do artigo 9.º, n.º 5, da OEPS, este excedente destina-se à cobertura dos custos NR.

59 — V., nomeadamente, os acórdãos de 29 de Abril de 2004, Itália/Comissão (C-372/97, Colect., p. I-3679, n.º 44) e Air Liquide Industries Belgium, já referido na nota 13, n.º 34.

60 — V. acórdãos de 15 de Dezembro de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Colect., p. I-11137, n.º 56 e jurisprudência aí citada), e Air Liquide Industries Belgium, já referido, n.º 35.

61 — Com base na Elektriciteitswet 1989, v. acórdão Almelo, já referido na nota 12, n.ºs 13 e segs.

91. Compete, em qualquer caso, ao órgão jurisdicional de reenvio proceder às respectivas verificações⁶².

92. Mais complexo é, pelo contrário, o raciocínio sobre a existência do terceiro requisito relativo ao financiamento da medida através de recursos públicos. Esta questão foi amplamente debatida tanto perante o órgão jurisdicional de reenvio como perante o Tribunal de Justiça. Passo, portanto, a verificar se esse requisito está cumprido.

93. Deliberadamente, não me debruçarei, nesta apreciação, sobre o mérito da discussão alimentada, nomeadamente, por algumas decisões mais antigas do Tribunal de Justiça⁶³, relativas à indispensabilidade do financiamento público para efeitos da qualificação de uma medida estatal como auxílio, na acepção do artigo 87.º CE. Limiteme, a este respeito, a observar que a partir do acórdão *Sloman Neptun*⁶⁴ o Tribunal de Justiça tem repetidamente, e sem hesitação, afirmado o princípio de que um auxílio tem de ser *financiado directa ou indirectamente através de recursos estatais*⁶⁵, demonstrando, assim, que considera que tal requisito é um dos elementos constitutivos da noção de auxílio.

62 — V. acórdão *Air Liquide Industries Belgium*, já referido, n.º 37.

63 — V. os acórdãos de 30 de Janeiro de 1985, Comissão/França (290/83, Recueil, p. 439, n.ºs 13 e 14); de 2 de Fevereiro de 1988, *Kwekerij van der Kooy e o./Comissão* (67/85, 68/85 e 70/85, Colect., p. 219, n.ºs 32 a 38), e de 7 de Junho de 1988, *Grécia/Comissão* (57/86, Colect., p. 2855, n.º 12), bem como as conclusões dos advogados-gerais VerLoren van Themaat, nos processos *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e o.* (213/81 a 215/81, acórdão de 13 de Outubro de 1982, Recueil, p. 3583); *Slynn*, no processo *Comissão/Grécia*, já referido, e *Darmon*, nos processos *Sloman Neptun* (C-72/91 e C-73/91, acórdão de 17 de Março de 1993, Colect., p. I-887).

64 — Já referido.

65 — Esta formulação tinha já sido utilizada no acórdão de 24 de Janeiro de 1978, *van Tiggele* (82/77, Colect., p. 15, n.º 25).

94. Este princípio foi reconfirmado⁶⁶ no acórdão *PreussenElektra*⁶⁷, em que o Tribunal de Justiça considerou que uma regulamentação estatal que, por um lado, obrigava as empresas privadas de fornecimento de electricidade a comprar electricidade produzida a partir de fontes renováveis a preços mínimos superiores ao valor económico desse tipo de energia e, por outro, repartia o encargo financeiro resultante dessa obrigação entre as referidas empresas de fornecimento de electricidade e os exploradores privados das redes de electricidade situadas a montante, não constituía um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Segundo o Tribunal de Justiça, não havendo qualquer transferência directa ou indirecta de recursos estatais, o facto de tal regulamentação conferir uma vantagem económica incontestável às empresas produtoras de electricidade a partir de fontes renováveis e de tal vantagem ser consequência da intervenção das autoridades públicas não era suficiente para qualificar a medida em questão como auxílio⁶⁸.

95. Mais recentemente, no acórdão *Pearle*⁶⁹, o Tribunal de Justiça considerou que os regulamentos adoptados por um organismo de direito público a fim de financiar uma campanha publicitária colectiva decidida pelos seus próprios membros, através de recursos cobradas aos referidos membros e afectados obrigatoriamente a tal fim, não constituíam medidas de auxílio, quando se provasse que este financiamento tinha sido realizado através de recursos de que este

66 — Nessa ocasião, o Tribunal de Justiça foi expressamente convidado pela Comissão a reconsiderar a sua jurisprudência, em especial à luz dos recentes desenvolvimentos do direito comunitário.

67 — Acórdão de 13 de Março de 2001 (C-379/98, Colect., p. I-2099).

68 — N.ºs 59 e 61.

69 — Acórdão de 15 de Julho de 2004, *Pearle e o.* (C-345/02, Colect., p. I-7139).

organismo de direito público não teve, em momento algum, o poder de dispor livremente. O Tribunal de Justiça deu particular importância ao facto de os custos suportados pelo organismo público para os fins da campanha publicitária terem sido inteiramente compensados pelas contribuições impostas às empresas beneficiárias. Daí resultava, segundo o Tribunal de Justiça, que a intervenção de tal organismo «não se destinou a criar uma vantagem que constituísse um encargo suplementar para o Estado ou para este organismo»⁷⁰, que servia «unicamente de instrumento para a cobrança e a afectação dos recursos obtidos a favor de um objectivo puramente comercial fixado previamente pelo meio profissional em questão e que não se inscreve, de forma alguma, no âmbito de uma política definida pelas autoridades neerlandesas»⁷¹.

96. É sobretudo à luz dos princípios estabelecidos e das soluções adoptadas pelo Tribunal de Justiça nesses dois acórdãos que se deve apreciar se a medida estabelecida pela legislação nacional em questão a favor da SEP preenche o requisito do financiamento através de recursos estatais. Os Países Baixos, em especial, sustentam que tal apreciação só pode conduzir a uma resposta negativa, à luz do que o Tribunal de Justiça afirmou naqueles acórdãos.

97. Observe-se a este propósito, a título preliminar, que a decisão do Tribunal de Justiça no processo PreussenElektra é susceptível de gerar um impacto particularmente importante nos mercados em fase de desregulamentação em que os custos não recuperáveis gerados pela liberalização são

especialmente significativos, sendo este o caso, em especial, do mercado da electricidade. Nesta matéria, os poderes de controlo da Comissão relativamente a medidas nacionais de apoio às empresas oneradas com tais custos são significativamente reduzidos pela aplicação rígida do requisito relativo ao financiamento através de recursos estatais, especialmente tendo em conta que tais medidas são frequentemente concebidas de modo a fazer recair sobre os consumidores finais o peso económico da reintegração dos referidos custos, muitas vezes através da instituição de encargos parafiscais⁷². Existe, portanto, o risco de que as medidas estatais susceptíveis de incidir também sensivelmente nos resultados dos processos de liberalização em curso nos Estados-Membros não sejam sujeitas, de facto, a qualquer controlo à luz das disposições comunitárias em matéria de auxílios, escapando ao rígido enquadramento a que estão, pelo contrário, sujeitas as medidas submetidas a tal controlo, em aplicação das orientações relativas à análise dos auxílios ligados a custos NR, adoptadas pela Comissão⁷³.

98. É principalmente por este motivo que considero que não se deve estender a solução seguida pelo Tribunal de Justiça no acórdão PreussenElektra para além das circunstâncias de facto específicas que justificaram a sua adopção.

72 — Assim, por exemplo, citando o acórdão PreussenElektra, a Comissão absteve-se de apreciar, à luz do artigo 87.º, n.º 1, CE, a imposição no Reino Unido de um encargo parafiscal (a *Competitive Transition Charge*) cobrado aos consumidores finais e entregue directamente aos fornecedores de electricidade (decisão de 27 de Fevereiro de 2002 no processo de auxílios de Estado n.º 661/99).

73 — Comunicação da Comissão relativa à metodologia de análise dos auxílios estatais ligados a custos não recuperáveis, adoptada em 26 de Julho de 2001.

70 — N.º 36.

71 — N.º 37.

99. Ora, um dos elementos que o Tribunal de Justiça demonstrou considerar essencial para efeitos da sua decisão no processo PreussenElektra consiste na natureza privada dos sujeitos a quem incumbem as obrigações impostas pela *Stromeinspeisungsgesetz*. A importância desta circunstância resulta claramente não só da parte decisória como também dos n.ºs 55 e 56 do acórdão, em que o Tribunal de Justiça, perante os dados fornecidos pelo Governo alemão sobre a composição do capital das empresas envolvidas (a PreussenElektra e a Schlesweg), reformulou a questão prejudicial submetida pelo Landgericht Kiel no sentido de pretender, essencialmente, saber se as obrigações impostas pela regulamentação alemã (obrigação de compra a um preço pré-fixado e repartição dos respectivos encargos) a *empresas privadas* de fornecimento de electricidade e aos *exploradores privados* de redes de electricidade situados a montante constituía um auxílio de Estado⁷⁴. Além disso, o mecanismo da *Stromeinspeisungsgesetz* não previa a intervenção de intermediários, com funções de cobrança ou gestão dos montantes a atribuir à subvenção; uma vez que a vantagem que de gozavam as empresas beneficiárias consistia na garantia de venda da electricidade por elas produzida e na diferença entre o valor económico da mesma e o seu preço, superior a tal valor, estabelecido por lei, tal vantagem era automaticamente atribuída no momento da celebração dos contratos de fornecimento e do pagamento do preço.

100. Com base em tais elementos pode considerar-se, portanto, que o alcance do acórdão PreussenElektra se limita aos casos em que uma subvenção concedida pelas autoridades públicas a determinadas empresas seja exclusivamente financiada através da imposição de obrigações a *operadores privados* e seja entregue aos beneficiários *directamente* por tais operadores.

101. Pelo contrário, a decisão do Tribunal de Justiça não deve respeitar i) aos casos em que a subvenção é financiada através de imposição de encargos a empresas públicas ou através de fundos à disposição de tais empresas nem ii) aos casos em que os recursos destinados ao financiamento da subvenção, resultantes de encargos impostos a sujeitos privados (por exemplo taxas parafiscais), passem por empresas ou organismos que intervêm como intermediários, antes de serem atribuídos aos beneficiários.

102. Nestes casos, a subvenção em questão pode ser abrangida pelo conceito de auxílio, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, se se verificar que é financiada através de recursos estatais. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta condição verifica-se se os recursos utilizados estiverem directa ou indirectamente sob o controlo do Estado. No acórdão dito «Ladbroke Racing»⁷⁵ e, mais recentemente, no acórdão dito

74 — Esta reformulação permitiu ao Tribunal de Justiça limitar o alcance da questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio — que abrangia a apreciação de todo o sistema de medidas de apoio à produção de energia a partir de fontes renováveis, previsto na legislação em causa — limitando-a ao exame das obrigações impostas às partes no processo principal em aplicação da referida legislação.

75 — Acórdão de 16 de Maio de 2000, França/Ladbroke Racing e Comissão (C-83/98 P, Colect., p. I-3271), que confirmou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Janeiro de 1998, Ladbroke Racing/Comissão (T-67/94, Colect., p. II-1).

«Stardust»⁷⁶, o Tribunal de Justiça afirmou expressamente que o conceito de recursos estatais, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE «abrange todos os meios financeiros que o sector público pode efectivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que esses meios pertençam ou não de modo permanente ao património do referido sector». Consequentemente, «mesmo que as quantias correspondentes à medida em causa não se encontrem de modo permanente na posse do Tesouro Público, o facto de estarem constantemente sob controlo público, e portanto à disposição das autoridades nacionais competentes, é suficiente para que sejam qualificadas de recursos estatais»⁷⁷.

103. No que respeita, mais especificamente, à hipótese atrás enunciada, no n.º 101, alínea i), de uma medida subvencionada através da imposição de encargos a empresas públicas ou através do recurso a fundos provenientes de tais empresas, o Tribunal de Justiça precisou, no acórdão Stardust, já referido, que esses fundos devem ser considerados recursos estatais, se o Estado puder, «através do exercício da sua influência dominante sobre aquelas empresas, [...] orientar a utilização dos respectivos recursos para financiar, eventualmente, benefícios específicos a favor de outras empresas»⁷⁸. Para este efeito, não é necessário provar que se tenha verificado uma transferência do Estado para tais empresas de dotações específicas com vista ao financiamento da medida de auxílio.

104. A natureza pública de um organismo não implica, porém, que os recursos que estão à sua disposição devam ser automaticamente qualificados como «estatais», na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, como já se viu atrás⁷⁹, esta qualificação pode ser afastada, por exemplo, no caso de tal organismo ter servido «unicamente de instrumento para a cobrança e a afectação dos recursos obtidos» e de a sua intervenção não se ter destinado «a criar uma vantagem que constituísse um encargo suplementar para o Estado».

105. Além disso, para que uma medida executada por uma empresa pública possa ser considerada um auxílio, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, é necessário que seja imputável ao Estado, no sentido de resultar de um acto das autoridades públicas⁸⁰.

106. No que respeita, pelo contrário, à hipótese atrás enunciada, no n.º 101, alínea ii), em que os fundos necessários ao financiamento da subvenção são cobrados a sujeitos privados e atribuídos aos respectivos beneficiários através de empresas ou organismos intermediários, há que recordar, antes de mais, que resulta de jurisprudência constante que não se deve fazer a distinção entre as hipóteses em que o auxílio é concedido directamente pelo Estado daquelas em que é concedido através de um organismo público ou privado, designados ou instituídos pelo próprio Estado⁸¹.

76 — Acórdão de 16 de Maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, Colect., p. I-4397). V. também as conclusões do advogado-geral Jacobs.

77 — N.º 50 do acórdão França/Ladbroke Racing e Comissão, já referido, e n.º 37 do acórdão Stardust, já referido. Este princípio tinha sido previamente estabelecido pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 12 de Dezembro de 1996, Air France/Comissão (T-358/94, Colect., p. II-2109, n.º 67).

78 — N.º 38.

79 — N.º 95.

80 — No seu acórdão Stardust, já referido na nota 76, o Tribunal de Justiça explicitou os critérios com base nos quais essa imputabilidade deve ser aferida.

81 — V. acórdão PreussenElektra, já referido na nota 67, n.º 58, e a jurisprudência aí citada.

107. Seguidamente, há que fazer referência, mais especificamente, à jurisprudência relativa às medidas de auxílio financiadas através de encargos parafiscais ou contribuições obrigatórias. Segundo esta jurisprudência, os «fundos que sejam alimentados por contribuições obrigatórias impostas por lei e sejam geridos e repartidos [...] de acordo com a legislação do Estado, [...] devem ser considerados recursos estatais na acepção do artigo [87.º, n.º 1, CE], ainda que sejam administrados por entidades distintas dos órgãos estatais»⁸².

108. Pode argumentar-se, é certo, que esta jurisprudência foi implicitamente ultrapassada pelo acórdão PreussenElektra, pelo menos nos casos em que o papel desempenhado pelo intermediário seja exclusivamente o de cobrança da contribuição, ou se limite a um controlo meramente contabilístico dos fundos cobrados, excluindo, assim, o exercício de qualquer margem de apreciação na utilização e no destino dos fundos. Com efeito, do ponto de vista económico, esta situação é, objectivamente, difícil de distinguir da situação em que os montantes destinados ao financiamento da medida de apoio são transferidos directamente dos sujeitos sobre os quais recai a obrigação de contribuição para as empresas beneficiárias da medida⁸³.

109. Considero, porém, que esta objecção pode ser ultrapassada, se se considerar que a intervenção de um intermediário designado

pelo Estado, ainda que seja simplesmente incumbido da cobrança ou de um controlo meramente contabilístico, pode interromper o fluxo directo dos fundos da esfera dos sujeitos passivos para a dos beneficiários, permitindo identificar o momento em que tais fundos estão, pelo menos indirectamente, sob o controlo do Estado, na medida em que estão vinculados quanto ao seu destino, adquirindo, assim, o carácter de recursos públicos. Essa interpretação parece-me possível, em especial, pelo menos em duas situações, a saber, quando o intermediário é público e quando as contribuições obrigatórias a cargo de empresas ou particulares sejam depositadas num fundo, público ou privado, instituído ou designado pelo Estado, com a finalidade de atribuir o auxílio em conformidade com a lei, independentemente do grau de autonomia de tal fundo na gestão e na repartição dos montantes recebidos.

110. Não me parece que o acórdão Pearle, atrás referido, possa ser considerado um obstáculo a esta posição. Como já se viu, o Tribunal de Justiça excluiu, nessa ocasião, que os fundos resultantes de contribuições obrigatórias pagas a um organismo profissional pelos seus próprios membros, cuja imposição se tornou possível através do regime jurídico aplicável a tal organismo e cuja cobrança se destinava ao financiamento de uma campanha publicitária colectiva a favor de tais membros, tivessem natureza de recursos públicos. Ora, entre os vários elementos aduzidos pelo Tribunal de Justiça para fundamentar tal conclusão (o facto de organismo não poder dispor dos fundos, o seu papel limitado à cobrança das contribuições, a atribuição de uma vantagem sem o correspondente encargo para o Estado ou para o organismo público implicado) parece-me que a circunstância de a iniciativa de promover a campanha publicitária em questão e a de a proposta relativa às modalidades de repartição dos respectivos

82 — Acórdão de 2 de Julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, Colect., p. 357, n.º 35). V. também o acórdão Steinike & Weinling, já referido na nota 45.

83 — V., neste sentido, a decisão da Comissão de 31 de Outubro de 2001, no processo N/6/A/2001.

encargos provirem do sector comercial interessado e não das autoridades públicas é de carácter decisivo, na economia do raciocínio do Tribunal de Justiça, na medida em que é susceptível de excluir a própria imputação da medida em questão ao Estado⁸⁴.

111. À luz das considerações anteriores cabe levantar a questão de saber se os pagamentos feitos à SEP, em aplicação das disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 4 do artigo 9.º da OEPS, implicam a utilização de «recursos estatais», na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

112. Como foi referido, o mecanismo previsto pela disposição nacional em questão previa a imposição de um suplemento sobre o serviço de transporte a cargo dos consumidores de energia eléctrica, a cobrança desse suplemento pelos exploradores da rede e a transferência do respectivo montante para a «sociedade designada» (SEP), incumbida de um controlo contabilístico sobre os fundos transferidos e obrigada a entregar ao Ministro das Finanças os montantes que eventualmente excedessem os 400 milhões de NLG. O litígio pendente no órgão jurisdicional de reenvio respeita, designadamente, aos montantes devidos por um utilizador privado, a Aldel, em aplicação do referido suplemento, ao explorador da rede do território em que está estabelecido, a Essent.

113. Há que observar, em primeiro lugar, que, em resposta a uma questão escrita do Tribunal de Justiça, a Essent precisou que, durante o período de referência, ou seja, entre 1 de Agosto e 31 de Dezembro de 2000, o seu capital era controlado a 100% pela Essent NV, cujo capital era, por sua vez, detido a 100% por municípios e províncias sendo, como tal, integralmente público. Daqui resulta, como a Comissão sustentou, com razão, nas suas observações, que a Essent era durante esse período uma empresa pública, na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas⁸⁵.

114. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, os recursos à disposição da Essent⁸⁶ devem, portanto, em princípio, ser considerados recursos públicos. Quanto à objecção suscitada pelo Governo dos Países Baixos, relativamente ao papel de mera cobrança de impostos desempenhado pela Essent, remeto para o que foi exposto atrás, nos n.ºs 108 a 110⁸⁷.

85 — JO L 195, p. 35; EE 8 F2, p. 75.

86 — A situação não parece ser diferente quanto aos outros exploradores da rede, também detidos por entidades públicas.

87 — Observe-se aliás que, se é certo que, nos termos do artigo 9.º, n.ºs 1 e 4, da OEPS, competia apenas à Essent cobrar o suplemento em questão e entregá-lo à SEP, aquela sociedade era, porém, obrigada por lei, por força do artigo 97.º da Elektriciteitswet 1998, que tornava obrigatória a execução do protocolo de acordo, a efectuar à SEP os pagamentos que lhe incumbiam em aplicação do referido protocolo. A questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio não se refere à possibilidade de o artigo 97.º da Elektriciteitswet conter uma medida de auxílio, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. Não é necessário, portanto, proceder a tal exame.

84 — V. também, neste sentido, as conclusões do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer.

115. Em segundo lugar, parece-me que é relevante a circunstância de a SEP ser obrigada a um controlo contabilístico dos montantes provenientes do produto do suplemento em causa, de que devia prestar contas ao Ministro da Economia. Presumivelmente, era só após esse controlo que os montantes em questão eram colocados à disposição da SEP, que era, porém, obrigada a utilizá-los para fins específicos, ou seja, para a cobertura dos custos decorrentes de investimentos efectuados por vontade das autoridades públicas.

116. Por fim, igualmente relevante é a circunstância de, por força do n.º 5 do artigo 9.º da OEPS, os montantes que ultrapassassem os 400 milhões de NLG deverem ser entregues pela SEP ao Ministério da Economia.

117. Com base nas considerações anteriores, parece-me possível concluir que os pagamentos feitos à SEP por força das disposições conjugadas dos n.ºs 1 e 4 do artigo 9.º da OEPS implicam a utilização de «recursos estatais», na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

118. À luz de todas as considerações anteriores, sugiro, portanto, ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à segunda questão prejudicial:

«Uma legislação nacional nos termos da qual o montante de um suplemento tarifário

imposto a título transitório sobre o consumo de electricidade e cobrado pelos exploradores da rede é por estes pago a uma sociedade que é a filial comum dos produtores nacionais de electricidade e que é obrigada, por força da referida legislação, a afectar uma parte desse montante à cobertura dos custos não recuperáveis decorrentes de investimentos realizados pela mesma sociedade ou pelas empresas produtoras antes da abertura do mercado à concorrência, bem como a entregar ao Estado o eventual excedente, igualmente destinado à cobertura dos referidos custos, pode comportar um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se se verificam as condições de aplicação deste artigo».

3. Quanto ao cumprimento do dever de notificação

119. Embora o órgão jurisdicional de reenvio não questione o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 88.º, n.º 3, CE, partindo do pressuposto de que a obrigação de notificação estabelecida por esta disposição não foi cumprida pelos Países Baixos, parece-me útil, ainda assim, dedicar umas breves reflexões aos argumentos invocados pelo Governo neerlandês para contestar o incumprimento que lhe é imputado.

120. Os Países Baixos sustentam «ter levado ao conhecimento» da Comissão, *no*

âmbito do processo de auxílios N 597/1998, o texto integral do projecto de lei da OEPS. Essa comunicação terá sido feita por carta de 30 de Agosto de 2000, em que os Países Baixos terão especificamente chamado a atenção da Comissão para o texto do artigo 9.º desse projecto. A Comissão não contesta que a totalidade do projecto de lei figura como anexo à carta de 30 de Agosto de 2000. Além disso, resulta dessa carta, apresentada pelo Governo dos Países Baixos a pedido do Tribunal de Justiça, que este governo nela faz referência explícita ao artigo 9.º da OEPS, embora apenas no parágrafo intitulado «informações complementares sobre o protocolo para efeitos de aplicação do artigo 24.º da Directiva 92/96».

121. Observe-se que o processo N 597/1998 foi concluído com a decisão de 25 de Julho de 2001.

122. Ora, o regime previsto no artigo 9.º da OEPS entrou em vigor em 29 de Dezembro de 2000 e previa que o montante do suplemento cobrado nos termos do n.º 1 de tal artigo devia ser pago à SEP pelos exploradores da rede até 1 de Julho de 2001 (n.º 4 do artigo 9.º). Os Países Baixos deram, portanto, execução ao referido regime, sem esperarem pela decisão através da qual a Comissão pôs termo ao procedimento no âmbito do qual a

disposição que o estabelecia foi comunicada a esta instituição.

123. Além disso, no âmbito dessa execução, foi prevista a cobrança do suplemento a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, da OEPS com efeitos retroactivos a 1 de Agosto 2000, ou seja, a uma data anterior à da carta pela qual se comunicavam à Comissão as medidas previstas pelo referido artigo. A este respeito, pode ser útil recordar que, no acórdão Van Calster, já referido, o Tribunal de Justiça considerou ilegais os encargos parafiscais destinados ao financiamento de medidas de apoio em benefício de alguns sectores agrícolas que tinham sido cobrados com efeitos retroactivos a um período anterior à decisão da Comissão que tinha decidido da compatibilidade das referidas medidas. Segundo o Tribunal de Justiça, ao estabelecer o efeito retroactivo da imposição de tais contribuições, o Estado interessado violou a obrigação de notificação prévia à execução do auxílio.

124. Daqui resulta que, ainda que se considerasse a comunicação contida da carta de 30 de Agosto de 2000 como notificação, na acepção do artigo 88.º, n.º 3, CE, isso não é suficiente para considerar cumprida a obrigação prevista nessa disposição.

V — Conclusões

125. À luz das considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

«1) O suplemento tarifário como o previsto pelo artigo 9.º da *Overgangswet Elektriciteitsproductiesector*, cobrado indistintamente e nas mesmas condições sobre o transporte de electricidade nacional e importada, constitui um encargo de efeito equivalente a um direito aduaneiro, proibido pelo artigo 25.º CE, se o seu montante se destinar a financiar actividades de que só a produção nacional de electricidade beneficia, e se as vantagens que daí resultem compensarem integralmente o encargo que incide sobre essa produção; se essas vantagens compensarem apenas parcialmente o encargo que incide sobre a produção nacional, esse suplemento constitui uma imposição interna discriminatória, proibida pelo artigo 95.º do Tratado CE.

Compete ao órgão jurisdicional nacional proceder às verificações necessárias para determinar a qualificação jurídica da taxa em questão. Nesse contexto, o órgão jurisdicional nacional deve verificar se, e em que medida, os custos a cuja cobertura se destina o montante do suplemento tarifário em questão oneram directa ou indirectamente os produtores nacionais de electricidade.

2) Uma legislação nacional nos termos da qual o montante de um suplemento tarifário imposto a título transitório sobre o consumo de electricidade e cobrado pelos exploradores da rede é por estes pago a uma sociedade que é a filial comum dos produtores nacionais de electricidade e que é obrigada, por força da referida legislação, a afectar uma parte desse montante à cobertura dos custos não recuperáveis decorrentes de investimentos realizados pela mesma sociedade ou pelas empresas produtoras antes da abertura do mercado à concorrência, bem como a entregar ao Estado o eventual excedente, igualmente destinado à cobertura dos referidos custos, pode comportar um auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se se verificam as condições de aplicação deste artigo.»