

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PEDRO CRUZ VILLALÓN

apresentadas em 21 de Julho de 2011¹**I — Introdução**

1. Com o presente reenvio prejudicial, o Tribunale Administrativo Regionale (Tribunal administrativo regional) da Lombardia pergunta, no essencial, ao Tribunal de Justiça, se determinadas obrigações impostas às companhias eléctricas, titulares das chamadas «instalações essenciais» para o funcionamento do sistema eléctrico italiano no âmbito dos serviços de «despacho e compensação», são compatíveis com o direito da União.

2. O regime de «instalações essenciais» em causa dá resposta às necessidades dos referidos serviços de «despacho e compensação», que, como é sabido, estão intimamente

relacionados com a segurança da rede e com a regularidade do fornecimento. Por conseguinte, nesta perspectiva, este caso é claramente abrangido pelo artigo 11.º da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE². O legislador italiano e as entidades reguladoras alegam, no entanto, que a medida controvertida prossegue igualmente um objectivo mais amplo de controlo dos preços da electricidade paga pelo cliente final. Esta segunda vertente, e as próprias características do referido regime italiano, obrigam a completar a análise com uma referência ao artigo 3.º, n.º 2, daquela directiva, invocado por alguns intervenientes, na medida em que permite aos Estados-Membros impor obrigações de serviço público às empresas eléctricas, em determinados casos e sob determinadas condições. O acórdão de 20 de Abril de 2010, *Federutility*³, primeira aplicação jurisprudencial da regulamentação das obrigações de serviço público no sector energético⁴, constitui um precedente imediato para a interpretação desta disposição. Assim, o presente processo permitirá ao Tribunal de Justiça pronunciar-se a respeito da aplicação desta regulamentação, num contexto claramente diferente do analisado naquele acórdão.

2 — JO L 176, p. 37.

3 — Processo C-265/08, Colect., p. I-3377.

4 — O acórdão tem por objecto o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Directiva 98/30/CE (JO L 176, p. 57), com uma redacção muito semelhante ao artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/54.

1 — Língua original: espanhol.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

3. O artigo 3.º da Directiva 2003/54 regula as chamadas obrigações de serviço público e a protecção dos consumidores. O n.º 2 deste artigo dispõe:

«Tendo plenamente em conta as disposições pertinentes do Tratado, nomeadamente do seu artigo 86.º, os Estados-Membros podem impor às empresas do sector da electricidade, no interesse económico geral, obrigações de serviço público em matéria de segurança, incluindo a segurança do fornecimento, de regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos, assim como de protecção do ambiente, incluindo a eficiência energética e a protecção do clima. Essas obrigações devem ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias, verificáveis e garantir a igualdade de acesso das empresas do sector da energia eléctrica da União Europeia aos consumidores nacionais. Relativamente à segurança do fornecimento, à eficiência energética/gestão da procura e ao cumprimento dos objectivos ambientais referidos no presente número, os Estados-Membros podem instaurar um sistema de planeamento a longo prazo, tendo em conta a possibilidade de terceiros procurarem aceder à rede».

4. Segundo o artigo 3.º, n.º 9, «[a]o darem execução à presente directiva, os Estados-Membros devem informar a Comissão das medidas adoptadas para o cumprimento das obrigações de serviço universal e de serviço público [...]».

5. O artigo 11.º, relativo ao «despacho e compensação»⁵, prevê, no seu n.º 2, que «[o] despacho das instalações de produção e a utilização das interligações deve fazer-se com base em critérios que podem ser aprovados pelo Estado-Membro em causa e que devem ser objectivos, publicados e aplicados de forma não discriminatória, a fim de assegurar o bom funcionamento do mercado interno da electricidade. Tais critérios devem tomar em consideração a prioridade económica da electricidade proveniente das instalações de produção disponíveis ou das transferências através de interligações, e os condicionalismos técnicos da rede». Do mesmo modo, o n.º 6 do mesmo artigo prevê que «[o]s operadores das redes de distribuição devem adquirir a energia que utilizam para cobrir as perdas de energia e reservar capacidade nas suas redes de acordo com procedimentos transparentes, não discriminatórios e baseados nas regras do mercado, sempre que tenham essa função»⁶.

5 — «Appel et équilibrage», na versão francesa; «dispacciamento e bilanciamento», na italiana; «Inanspruchnahme und Ausgleich von Kapazitäten», na alemã; e «dispatching and balancing», na inglesa.

6 — Esta nota diz respeito apenas à versão espanhola das conclusões.

B — Legislação nacional⁷

2. Lei n.º 2/09

1. Decisões n.º 168/03 e n.º 111/06 da AEEG

6. Em 30 de Dezembro de 2003, a Autorità per l'energia elettrica e il gas (a seguir «AEEG») adoptou a Decisão n.º 168/03⁸, na qual são definidas as condições de funcionamento do serviço público de despacho para garantir a satisfação da procura de electricidade em condições de segurança suficientes.

7. A decisão ERG/alt n.º 111/06 da AEEG⁹, adoptada em 9 de Junho de 2009, alterou a decisão n.º 168/03, no sentido de autorizar a Terna Rete Elettrica Nazionale SpA, operadora da rede de transporte de electricidade em Itália responsável pela actividade de despacho em todo o território nacional¹⁰, a determinar quais as «unidades essenciais» para a segurança da rede de electricidade, instrumento que permite a identificação dos recursos necessários para o desempenho do serviço de despacho.

7 — A regulamentação do sector eléctrico italiano está prevista numa multiplicidade de normas de transposição da Directiva 2003/54. Será feita referência directa às decisões da Autorità per l'energia elettrica e il gas relevantes para solução do presente processo e à Lei n.º 2/2009, que faz o enquadramento geral da reforma controvertida.

8 — A seguir «Decisão n.º 168/03» [suplemento ordinário do Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a seguir «GURI») n.º 16, de 30 de Janeiro de 2004].

9 — A seguir «Decisão n.º 111/06» (suplemento ordinário do GURI n.º 153, de 4 de Julho de 2006).

10 — Segundo o Decreto-Lei n.º 79, de 6 de Março de 1999, a seguir «Terna SpA».

8. A Lei n.º 2/09, de 28 de Janeiro de 2009¹¹, introduziu certas alterações ao regime das unidades essenciais previsto na Decisão n.º 111/06. O artigo 3.º, n.º 10, alínea d), faz referência à reforma do mercado dos serviços de despacho, cuja gestão é confiada «ao concessionário do serviço de transporte e de despacho para permitir a selecção das necessidades em recursos necessários para garantir a segurança da rede de electricidade mediante uma avaliação transparente e eficaz do ponto de vista económico. Os serviços de despacho garantem a compra dos recursos necessários pelos operadores habilitados. No mercado de serviços de despacho, o preço da energia é determinado com base nos diferentes preços obrigatoriamente oferecidos por cada utilizador habilitado e aceites pelo concessionário dos serviços de despacho, sendo dada preferência às ofertas cujos preços sejam mais baixos, até completa satisfação das necessidades [...]».

9. O artigo 3.º, n.º 11, da Lei n.º 2/09, prevê que, tendo em conta a excepcional crise económica internacional e os seus efeitos sobre os preços das matérias-primas, assim como «para garantir menores encargos para as famílias e empresas e reduzir o preço da energia eléctrica», a AEEG deverá adaptar os seus

11 — A seguir «Lei n.º 2/09» (GURI n.º 22, de 28 de Janeiro de 2009). Trata-se de uma lei de conversão do Decreto-Lei n.º 185, de 29 de Novembro de 2008, relativa às medidas urgentes de apoio às famílias, às empresas e ao emprego, orientada para a alteração do contexto estratégico nacional através de medidas contra a crise.

acordos, incluindo os que afectam o despacho da energia eléctrica, aos seguintes princípios e orientações:

3. Decisão n.º 52/09 da AEEG

«a) as entidades que disponham, a título individual, de instalações ou grupos de instalações essenciais para a satisfação das necessidades dos serviços de despacho identificadas com base nos critérios estabelecidos pela [AEEG], conforme o disposto neste número, deverão apresentar ofertas nos mercados nas condições estipuladas pela [AEEG], a qual adopta medidas pontuais orientadas para minimizar os encargos para o sistema e a garantir uma remuneração equitativa dos produtores. São, em particular, essenciais para a satisfação das necessidades dos serviços de despacho, apenas durante os períodos em que persistam as circunstâncias a seguir expostas, as instalações técnica e estruturalmente indispensáveis para dar resposta a situações de congestionamento da rede ou para a manutenção dos níveis de segurança adequados na rede de electricidade nacional durante um período de tempo significativo.

10. Em aplicação da Lei n.º 2/09, em 29 de Abril de 2009, a AEEG adoptou a decisão AGR/elt n.º 52/09¹², que altera a anterior Decisão n.º 111/06, introduzindo um novo regime em matéria de «instalações básicas para o funcionamento do sistema eléctrico».

11. De acordo com o artigo 63.º, n.º 9, da Decisão n.º 111/06, conforme alterado pelo artigo 1.º, alínea c), da Decisão n.º 52/09, o operador da rede de transporte e dos serviços de despacho (Terna SpA) deverá estabelecer e publicar anualmente uma lista das instalações e grupos de instalações que são consideradas essenciais para o funcionamento e a segurança do sistema eléctrico, indicando para cada um deles, entre outros dados, as razões que justificam a sua inscrição na lista e os períodos durante os quais a instalação em causa é considerada essencial.

12. Nos termos do artigo 63.º, n.º 2, da Decisão n.º 111/06, a sociedade Terna SpA considera essencial:

«a) qualquer instalação na falta da qual, em especial por razões de exigência de manutenção programada de outras instalações de produção e dos elementos que

[...]

12 — Suplemento ordinário do GURI n.º 133, de 11 de Junho de 2009, a seguir «Decisão n.º 52/09».

compõem a rede, não seja possível, no ano solar seguinte, assegurar parâmetros adequados de gestão da segurança do sistema eléctrico;

para cobrir os custos variáveis reconhecidos a cada unidade de produção, a Terna SpA deverá compensar a diferença aos operadores (artigo 64.º, n.º 8).

- b) qualquer outra instalação que seja parte integrante de um grupo de instalações essenciais, determinado de acordo com o artigo 63.º, n.º 6, independentemente das instalações previstas na alínea a)».

13. A identificação de uma infra-estrutura como sendo essencial, ou como parte de um grupo de infra-estruturas essenciais, obriga os seus titulares a apresentar ofertas na bolsa de electricidade italiana, no mercado do dia anterior, mercado de ajustamento e mercado dos serviços de distribuição «no cumprimento das obrigações e dos critérios definidos pela Terna SpA a respeito de cada mercado» (artigo 64.º, n.º 2). As ofertas apresentadas no mercado do dia anterior e no mercado de ajustamento devem ser «iguais a zero» (artigo 64.º, n.º 5). O preço das ofertas apresentadas no mercado de serviços de despacho corresponde às quantidades relativamente às quais a instalação em questão é considerada essencial para a segurança da rede, e equivale, para cada período em causa, ao preço de venda da electricidade no mercado do dia anterior na zona de localização da instalação de produção (artigo 64.º, n.º 7). Quando a remuneração da energia fornecida em regime vinculativo não seja suficiente

14. A Decisão n.º 52/09 prevê duas vias alternativas ao regime «ordinário» aplicável às instalações essenciais.

15. Por um lado, de acordo com o artigo 63.º, n.º 11, da Decisão n.º 111/06 (na redacção da Decisão n.º 52/09), os titulares de instalações essenciais podem solicitar à AEEG a aplicação do chamado «regime de compensação de custos», que lhes permite receber uma retribuição específica igual à diferença entre os custos de produção reconhecidos à instalação e as receitas obtidas com ela durante o período em que fez parte da lista de instalações básicas (artigo 63.º, n.º 13). Para poderem beneficiar deste regime, os operadores estão sujeitos às obrigações previstas no artigo 65.º

16. Por outro lado, de acordo com o artigo 65.º A (introduzido pela Decisão n.º 52/09), o titular de uma instalação essencial ou de um grupo de instalações essenciais pode não ser incluído no regime «ordinário», próprio daquelas, se celebrar um contrato com a Terna SpA nos termos do qual é colocada à disposição desta entidade uma quantidade pré-estabelecida de energia (gerada através de todas as instalações e não apenas das básicas), em contrapartida de um preço que, de qualquer modo, estará sujeito a ajustamentos (ofertas de venda a um preço igual a zero e ofertas

de compra iguais ao preço da zona do mercado do dia anterior) ou a limites máximos e mínimos.

Directiva 2003/54. Assim, submeteu a seguinte questão prejudicial ao Tribunal de Justiça:

III — Litígio no processo principal e questão prejudicial

17. Na qualidade de empresa produtora de energia eléctrica e titular de instalações classificadas como essenciais, a Enel Produzione SpA (a seguir, «Enel») interpôs recurso da Decisão n.º 52/09 da AEEG no Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, alegando que a mesma é contrária ao artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, da Directiva 2003/54.

18. O referido tribunal administrativo tem dúvidas a respeito da compatibilidade da legislação nacional em questão com as regras do Tratado em matéria de liberdade de estabelecimento, livre prestação de serviços, livre circulação de mercadorias e capitais, bem como a respeito da sua justificação ao abrigo do artigo 86.º CE, n.º 2 (actual artigo 106.º TFUE, n.º 2) e do artigo 3.º, n.º 2, da

«Pergunta-se ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias se os artigos 23.º, 43.º, 49.º e 56.º do Tratado, bem como o artigo 11.º, n.º 2 e n.º 6, e o artigo 24.º da Directiva 54/2003 obstam a um regime nacional que, na falta de notificação à Comissão [Europeia], impõe de forma permanente a determinados produtores de energia eléctrica que, em certas circunstâncias, sejam essenciais para a satisfação das necessidades da procura para os serviços de despacho, apresentem ofertas nos mercados da bolsa da electricidade, segundo programas estabelecidos externamente pelo operador da rede, e que subtrai a remuneração de tais ofertas à livre determinação do produtor, fazendo-a depender de parâmetros não fixados previamente segundo “procedimentos transparentes, não discriminatórios e baseados nas regras do mercado?”»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

19. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 17 de Maio de 2010.

20. Apresentaram observações escritas a Enel, a Terna SpA, os Governos austríaco e italiano e a Comissão.

21. Na audiência, que teve lugar a 11 de Maio de 2011, compareceram para alegações os representantes da Enel, da Terna SpA, da República Italiana e da Comissão.

área de um controlo parcial e efectivamente localizado por parte das autoridades públicas.

V — Análise da questão prejudicial

A — *As funções de «despacho e compensação» do sistema eléctrico na Directiva 2003/54*

22. A regulação dos serviços de «despacho e compensação» prevista no artigo 11.º da Directiva 2003/54 constitui, com o artigo 3.º, n.º 2 da referida directiva, e com os seus décimo sétimo e vigésimo sétimo considerando, uma manifestação concreta do compromisso entre a liberalização e o serviço público, consagrado nesta norma. Efectivamente, o décimo sétimo considerando e o artigo 11.º da Directiva 2003/54 (reproduzidos, *ipsis verbis*, no trigésimo quinto considerando e no artigo 15.º da Directiva 2009/72/CE¹³), sem excluírem a possibilidade de os serviços de despacho e compensação se integrarem no mercado livre, permitem a existência nesta

23. Em termos muito gerais, o artigo 11.º da Directiva 2003/54 permite individualizar as várias tarefas que o serviço de «despacho e compensação» inclui. A primeira tarefa consiste no «despacho» ou «directão da circulação» da energia da rede: o operador da rede, no exercício desta função, vai «chamando» as instalações de produção situadas na sua zona, em função das exigências da procura¹⁴. De acordo com o artigo 11.º, n.º 2, da directiva, essa «chamada» ou «despacho» deve ser feito seguindo a ordem de «prioridade económica» das ofertas provenientes das diferentes instalações, o que equivale a aplicar a programação resultante do mercado do dia anterior e do mercado infradiário¹⁵. A ordem de «prioridade económica» reflectida na programação pode ser pontualmente alterada por duas circunstâncias distintas: em primeiro lugar, caso o Estado-Membro em questão tiver decidido dar preferência às instalações de produção que utilizem «fontes de energia renováveis ou resíduos ou um processo de produção combinada de calor e

14 — A este respeito, v. C. Isidoro, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p. 224; e P. Cameron, *Competition in the energy markets*, Oxford University Press, 2nd edition, 2007, p. 23.

15 — Em conformidade com o artigo 2.º, alínea 16) da Directiva 2003/54, entende-se por «prioridade económica» «o ordenamento das fontes de fornecimento de electricidade segundo critérios económicos».

13 — Directiva 2009/72/CE, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE (JO L 211, p. 55 a 93).

electricidade» (possibilidade prevista no artigo 11.º, n.º 3, da directiva)¹⁶ e, em segundo lugar, caso os «condicionalismos que afectem a rede» não permitirem a sua aplicação estrita (artigo 11.º, n.º 2, da directiva).

24. Em segundo lugar, em consonância com estes condicionalismos da rede, o «despacho» também engloba uma série de tarefas destinadas a resolver restrições técnicas identificadas na programação ou que possam apresentar-se em tempo real, como regular a tensão, gerir os desvios entre geração e consumo ou constituir e manter uma capacidade de reserva. São estes os serviços técnicos de despacho propriamente ditos¹⁷. A eles é feita especificamente referência no n.º 6 do referido artigo 11.º da directiva e, no que respeita às tarefas destinadas a garantir a «compensação» da rede, no n.º 7 do mesmo artigo, o qual, no entanto, não está em questão no caso em apreço. De acordo com o artigo 11.º, n.º 6, a aquisição da energia que o operador da rede utilizar «para cobrir perdas de energia e [...] manter uma capacidade de reserva» deve fazer-se «segundo processos transparentes, não discriminatórios e com base nas regras do mercado»¹⁸.

16 — O artigo 11.º, n.º 4, prevê outra possibilidade semelhante.

17 — V. A. Carbajo, «Los mercados eléctricos y los servicios de ajuste del sistema», *Economía Industrial*, n.º 364, 2007; e de la Cruz Ferrer, «La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico», Marcial Pons Ed., 1999, p. 450.

18 — V. igualmente, n.ºs 5 e 6, do artigo 14.º da Directiva, que reproduzem os mesmos requisitos caso estas funções sejam assumidas pelo operador da rede de distribuição.

B — *O sector eléctrico italiano e a sua regulação. A medida controvertida*

25. As primeiras medidas de abertura do sector eléctrico italiano, impostas pela Directiva 96/92, foram adoptadas em Itália através do chamado «Decreto Bersani»¹⁹. Um elevado número de normas legislativas posteriores completou esta legislação, adaptando o mercado italiano da electricidade às exigências da Directiva 2003/54.

26. De acordo com estas disposições, em termos gerais, a venda de electricidade em Itália pode realizar-se no contexto de uma negociação bilateral livre e antecipada no momento do fornecimento, ou então através da participação no mercado ou bolsa da electricidade que decorrer no momento mais próximo do fornecimento em causa. Este mercado eléctrico é, por sua vez, composto por duas etapas ou mercados sucessivos, o chamado «mercado do dia anterior» e o «mercado infradiário», nos quais podem participar todos os produtores de electricidade. Uma vez encerrada esta primeira fase abre-se o chamado «mercado dos serviços de despacho».

19 — Decreto legislativo de 16 de Março de 1999, n.º 79.

1. Mercados do dia anterior e infradiário

27. Em primeiro lugar, o «mercado do dia anterior» é a sede da negociação das ofertas de compra e venda de electricidade para cada hora do dia do fornecimento. Na realidade, abre nove dias antes deste, e encerra no dia anterior às 9 horas, momento em que, com base na referida negociação, se fixam os programas preliminares de entradas e saídas de electricidade (quem vai produzi-la e quem vai consumi-la) em cada ponto da rede e para cada hora do dia seguinte.

28. O mercado infradiário (antes denominado mercado de ajustamentos) decorre em seguida, sempre no dia anterior ao fornecimento, sendo sede de uma nova negociação que permite aos operadores realizar ajustamentos ou mudanças na programação preliminar resultante do mercado do dia anterior.

2. A função de despacho e compensação: o mercado dos serviços de despacho

29. Não obstante, é praticamente impossível que a programação resultante dos mercados acima referidos se ajuste exactamente às oscilações reais que, no dia do fornecimento,

ocorram em tempo real na oferta e nos pedidos concretos de fornecimento de electricidade. No dia do fornecimento, e na medida em que a energia não é um bem armazenável, a procura tem de ser exactamente equilibrada, a todo o momento, com a correspondente produção.

30. Na sua qualidade de operador da rede de transporte, a empresa Terna SpA assume o «despacho e compensação» das instalações de produção, serviço destinado a assegurar a compensação contínua entre a oferta e a procura de electricidade na rede de transporte nacional e, com isso, a segurança e continuidade do fornecimento eléctrico²⁰.

31. Para a prestação do que qualificámos como serviços técnicos de despacho, o operador italiano da rede de electricidade, Terna SpA, recorre ao já referido «mercado de serviços de despacho». Neste contexto, a procura provém da Terna SpA e a oferta provém dos titulares de instalações previamente qualificadas como «essenciais».

32. No mercado dos serviços de despacho, as entidades que dispõem de unidades essenciais, num determinado momento, aceitam colocar as suas instalações «à disposição» da Terna SpA, que lhes indicará se, nesse momento, têm de injectar na rede mais ou menos electricidade do que a programada. Parece

20 — Informação reunida na página web da Terna SpA: http://www.terna.it/default/Home/SISTEMA_ELETTRICO/dispatchamento.aspx

ser consensual que este tipo de serviços são consideravelmente mais dispendiosos para os produtores de electricidade, dado o carácter imprevisível e quase aleatório dos pedidos e a necessidade de os satisfazer imediatamente e com grande capacidade de reacção. As despesas em que incorre a Terna SpA na aquisição de energia para prestar estes serviços são compensadas pelo chamado *uplift*, facturado a todos os consumidores.

33. Por conseguinte, o mercado de serviços de despacho tem como premissa a identificação de uma série de infra-estruturas que são qualificadas como «essenciais» para o funcionamento e segurança do sistema eléctrico. Esta qualificação acarreta a sujeição a um regime particular de participação nos mercados eléctricos que foi objecto de uma importante reforma em 2009.

3. A reforma de 2009: o novo regime das instalações essenciais

34. A lista de instalações essenciais é elaborada anualmente pela Terna SpA, de acordo com os critérios e o procedimento previstos para o efeito no artigo 63.º da Decisão n.º 111/06 da AEEG, conforme alterado pelo artigo 1.º, alínea c), da Decisão n.º 52/09.

35. Segundo indica a questão prejudicial, o sistema vigente antes da reforma de 2009

revelou-se «pouco eficaz» quer pelo número diminuto de centrais declaradas essenciais quer pelo facto de a condição de «essencial» se referir exclusivamente a instalações individuais e não às empresas que delas eram titulares, pelo que sujeitar uma determinada infra-estrutura ao regime obrigatório poderia não ser suficiente para eliminar a situação de posição dominante no mercado de determinados operadores que, por serem titulares de outras infra-estruturas globalmente indispensáveis para cobrir as necessidades de despacho, podiam, de qualquer modo, determinar de forma unilateral o preço de venda da quantidade marginal de energia necessária em determinadas condições de funcionamento da rede.

36. A importância da reforma é indiscutível em termos da energia eléctrica objecto de intervenção. De acordo com os dados fornecidos pela Enel (não contestados pelos demais intervenientes), antes da Lei n.º 2/09 e da Decisão n.º 52/09, a qualificação como essencial dizia respeito a uma capacidade de produção na ordem dos 500 MW no total, enquanto depois da reforma passaram a ser considerados como essenciais 10413 MW da produção da Enel, acrescidos, com toda a probabilidade, de outras quantidades aqui desconhecidas provenientes das restantes empresas produtoras de electricidade.

37. Por conseguinte, a Terna SpA é competente para, em relação a cada titular de instalações essenciais, determinar o número de

horas e a potência qualificadas como essenciais. As demais horas e potência permanecem «livres» para o produtor, que pode oferecer no mercado a quantidade que desejar, ao preço que desejar. As horas e a potência qualificadas como essenciais, pelo contrário, devem ser objecto de ofertas no mercado do dia anterior, no mercado infradiário e no mercado de serviços de despacho «no cumprimento das obrigações e dos critérios estabelecidos pela Terna SpA no que respeita a cada um destes mercados» (artigo 64.º, n.º 2, da Decisão n.º 111/06).

38. Isto significa que, por um lado, a Terna SpA indica ao titular da instalação essencial a quantidade (horas/potência) de energia eléctrica que deve oferecer no mercado do dia anterior e no mercado infradiário. Essa oferta deve ser feita «a preço zero», com as consequências que em seguida indicarei. Paralelamente, são formuladas ofertas de compra a preço indeterminado (artigo 64.º, n.ºs 5 e 6, da Decisão n.º 111/06). Deste modo, segundo esclareceu o Governo italiano, garante-se que a oferta relativa à instalação essencial será seleccionada pela Terna SpA nos referidos mercados (de acordo com o critério da «prioridade económica»). O mecanismo das chamadas «ofertas a preço zero» também parece dar resposta ao facto de toda esta capacidade de produção essencial vir a ser paga a um preço distinto daquele que seria obtido no mercado livre.

39. Por outro lado, os titulares de instalações essenciais também devem oferecer no

mercado de serviços de despacho a quantidade de energia pré-determinada pela Terna SpA, que a pagará ao preço de venda da electricidade no mercado do dia anterior correspondente àquela zona. Caso esse preço médio seja inferior aos custos variáveis, o produtor será compensado da diferença (artigo 64.º, n.ºs 7 e 8, da Decisão n.º 111/06).

40. Em alternativa, os titulares de instalações essenciais podem solicitar à AEEG a aplicação do chamado «regime de compensação de custos», que permite receber uma retribuição específica igual à diferença entre os custos de produção reconhecidos à instalação essencial (fixos e variáveis) e as receitas obtidas através desta durante o período em que integrou a lista das instalações básicas (artigo 63.º, n.º 13, da Decisão n.º 111/06). Por conseguinte, este regime permite garantir a cobertura dos custos fixos e variáveis das instalações classificadas como essenciais. Em contrapartida, não só a instalação permanece sujeita ao regime ordinário de ofertas das instalações essenciais em relação aos períodos e à capacidade produtiva declarados como tais, como também se sujeita a restrições adicionais relativas às quantidades e períodos essenciais ou «livres»: mais concretamente, as quantidades e períodos em causa devem ser oferecidos em todos os mercados a um preço inferior aos custos variáveis ou, sendo caso disso, a um preço igual a zero (artigo 65.º, n.º 3, da Decisão n.º 111/06).

41. Por último, os titulares de instalações essenciais têm a possibilidade de evitar essa classificação das suas instalações na lista mediante a celebração de um dos contratos previstos no artigo 65.º A da Decisão n.º 111/06 com a Terna SpA. Em ambos os casos, o operador põe à disposição da Terna SpA uma quantidade pré-estabelecida de energia (gerada através de todas as suas instalações e não apenas as que podem ser qualificadas como básicas) a troco de um preço fixo que pode ser igual ao *uplift* (artigo 65.º A, n.º 1) ou de um preço equivalente ao custo fixo anual por MW de uma instalação com tecnologia de ponta. A Enel (à semelhança de outras sociedades recorrentes noutros processos paralelos) optou por este mecanismo alternativo do artigo 65.º A.

4. Resumo

42. Em síntese, a nova legislação italiana pressupõe uma dupla intervenção pública relativamente a toda a capacidade de produção de electricidade qualificada como «essencial».

43. Em primeiro lugar, o produtor não pode aceder livremente aos mercados do dia anterior e infradiário, o que tem como consequência que esta energia não será paga ao preço que se teria oferecido e obtido nos referidos

mercados²¹, sendo paga ao preço médio do mercado correspondente à mesma zona (ao que parece, uma média dos diferentes preços da electricidade ao longo do dia).

44. Em segundo lugar, os titulares das referidas instalações essenciais são obrigados a participar no mercado dos serviços de despacho, que, em certa medida, também é objecto de intervenção: o funcionamento livre deste mercado teria conduzido, como já sucede noutros países, à formação de um preço livre da energia necessária para prestar os serviços técnicos de despacho. Normalmente, esse preço seria superior ao preço médio que actualmente a Terna SpA paga, dadas as características destes serviços e o momento temporal no qual se revelam necessários (como é lógico, no cálculo do preço médio são incluídos preços mais altos e outros mais baixos).

45. Finalmente, no conjunto desta reforma há que destacar o papel fundamental atribuído à Terna SpA no funcionamento do sistema de instalações essenciais que assume um notável protagonismo quer no que respeita à elaboração da lista de instalações essenciais quer na fixação do preço ao qual essa energia é paga.

21 — Que se regem pelo sistema do chamado «preço marginal», diferente para cada momento do dia, e que, num mercado altamente inflexível como o eléctrico, sobe à medida que a procura aumenta, de modo que o preço marginal chega ao máximo nos momentos em que esta é mais elevada.

C — Considerações prévias sobre a questão prejudicial

46. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se o regime de instalações essenciais vigente em Itália, com as características que lhe são atribuídas, é compatível com os artigos 23.º, 43.º, 49.º e 56.º CE e com o artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, e o artigo 24.º da Directiva 2003/54. Tudo isto exige algumas considerações prévias da minha parte.

47. Em primeiro lugar, a referência ao Tratado exige algumas precisões. O artigo 56.º CE (artigo 63.º TFUE), relativo às restrições à livre circulação de capitais não tem, a meu ver, qualquer importância no presente processo. A questão prejudicial não esclarece de que forma esta disposição do Tratado pode ser pertinente para a análise da medida controvertida.

48. Em princípio, não há nada a opor à análise da legislação italiana na óptica dos artigos 23.º CE (artigo 28.º TFUE), 43.º CE (artigo 49.º TFUE) e 49.º CE (artigo 56.º TFUE), que proíbem, respectivamente, restrições à livre circulação de mercadorias, à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

49. De acordo com o quarto considerando da Directiva 2003/54, «as liberdades que o Tratado garante aos cidadãos europeus,

nomeadamente a liberdade de circulação de mercadorias, de prestação de serviços e de estabelecimento, pressupõem um mercado plenamente aberto que permita a todos os consumidores a livre escolha de fornecedores e a todos os fornecedores o livre fornecimento dos seus clientes». Ainda assim, estas liberdades previstas no Tratado não são absolutas; em alguns casos é possível impor-lhes limites por motivos de interesse público, caso estejam preenchidos certos requisitos. Em certa medida, os artigos 3.º, n.º 2, e 11.º, n.º 6, da Directiva 2003/54, prevêem excepções ao regime das liberdades, codificando e harmonizando os requisitos especificamente aplicáveis para garantir a sua legitimidade comunitária, de acordo com as disposições do Tratado, às quais fazem especificamente referência.

50. Atendendo ao acima exposto, e em conformidade com jurisprudência assente²², considero que a medida controvertida deve ser analisada, principalmente, ao abrigo dos preceitos da directiva, interpretando-os, se necessário, à luz da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços

22 — V., neste sentido, acórdão de 12 de Outubro de 1993, Vanacker e Lesage (C-37/92, Colect., p. I-4947), n.º 9: «[...] estando regulamentada pela directiva a questão de recolha dos óleos usados de modo harmonizado ao nível comunitário, qualquer medida nacional nesta matéria deve ser apreciada à luz das disposições desta directiva e não dos artigos 30.º a 36.º do Tratado». No mesmo sentido, os acórdãos de 23 de Novembro de 1989, Parfümerie fabril (C-150/88, Colect., p. 3891), n.º 28; de 24 de Janeiro de 2008, Roby Profumi (C-257/06, Colect., p. I-189), n.º 14; de 13 de Dezembro de 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Colect., p. I-9897), n.º 32; e de 30 de Abril de 2009, Lidl Magyarország (C-132/08, Colect., p. I-3841), n.º 42.

consagradas no Tratado. Como já indiquei, a questão prejudicial faz exclusivamente referência a dois artigos da Directiva 2003/54: artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, e artigo 24.º

51. Contudo, no que respeita a este último, deve desde já assinalar-se que o mesmo se refere às «medidas de salvaguarda» que os Estados-Membros podem adoptar temporariamente «em caso de crise súbita no mercado da energia ou de ameaça à segurança física ou outra de pessoas, equipamentos ou instalações ou à integridade da rede». O órgão jurisdicional de reenvio exclui expressamente a possibilidade de incluir o regime das instalações essenciais na categoria de «medidas de salvaguarda», dado o «carácter duradouro» que, na sua opinião, o referido regime tem. Ainda assim, independentemente do carácter permanente ou transitório da medida controvertida, considero que em nenhum momento a sua adopção respondeu às circunstâncias extraordinárias que, de forma muito directa, exige o artigo 24.º. A sua inaplicabilidade ao caso concreto parece-me inquestionável. Na minha opinião, e independentemente do que se dirá em seguida, tal facto restringe a análise do regime das instalações essenciais à sua comparação com o artigo 11.º da Directiva 2003/54.

52. Finalmente, por outro lado, deve salientar-se que o órgão judicial de reenvio leva a cabo uma descrição um pouco equívoca da

medida controvertida. Em particular, afirma de modo taxativo que o regime das instalações essenciais tem carácter permanente e que a remuneração das suas ofertas depende de «parâmetros não fixados previamente segundo procedimentos transparentes, não discriminatórios e baseados nas regras do mercado», excluindo qualquer possibilidade de aplicação do artigo 11.º, cujos requisitos são precisamente estes, bem como do artigo 3.º, n.º 2, que se refere igualmente à transparência e ao carácter não discriminatório do procedimento para imposição de obrigações de serviço público, além de exigir (implicitamente) o carácter temporário da medida²³.

53. Por conseguinte, caso se aceitem as premissas fixadas na questão prejudicial, a resposta a dar-lhe seria no sentido de que uma medida como a descrita é totalmente contrária ao artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, da directiva. É, todavia, evidente que esta forma de apresentar o caso em apreço pressupõe uma petição de princípio. Trata-se de verificar se o regime italiano tem efectivamente as características que o órgão judicial de reenvio lhe atribui, sem prejuízo da competência do tribunal remetente para interpretar definitivamente o alcance e o sentido da legislação nacional. Em seguida analisar-se-ão essas características à luz da Directiva 2003/54.

23 — Neste sentido, acórdão Federutility, já referido, n.º 35.

D — *O regime das instalações essenciais à luz da Directiva 2003/54*

1. A possibilidade de intervenção no preço no mercado dos serviços de despacho

54. A Enel e o Tribunale Administrativo Regionale per la Lombardia consideram que o artigo 11.º da Directiva 2003/54 estende a liberalização do mercado eléctrico a toda a actividade de produção, incluindo a compra e venda de energia que se realiza no âmbito dos serviços de despacho, ao impor, neste domínio, o critério da «prioridade económica» da electricidade (n.º 2) e da utilização de procedimentos «baseados nas regras do mercado» (n.º 6). Na sua opinião, esta disposição opõe-se, portanto, a qualquer medida que sujeite as relações entre os produtores de electricidade e o operador da rede de transporte a regras distintas da livre contratação no mercado.

55. Na minha opinião esta interpretação da Directiva 2003/54 não é de todo exacta.

56. Com efeito, a actividade de despacho do funcionamento das instalações de produção responde a um evidente interesse público (garantia da segurança da rede e, em geral, do fornecimento de energia eléctrica) e reúne algumas características que poderiam permitir

a sua qualificação como actividade regulada: nos termos do artigo 11.º da Directiva 2003/54, pode ser exclusivamente atribuída ao operador da rede (o que é habitual, dado o seu carácter único) e rege-se por normas de actuação aprovadas pelas autoridades públicas (no caso italiano, os «procedimentos operacionais» de despacho estão previstos no chamado Código da rede²⁴, elaborado pela Terna SpA e controlado pela AEEG e pelo Ministério italiano de actividades produtivas)²⁵.

57. É certo que o artigo 11.º da Directiva começa por submeter a actividade de «despacho do funcionamento das instalações de produção», desempenhada pelo operador da rede, às regras do mercado. O referido despacho deve ser levado a cabo tendo em conta «a prioridade económica da electricidade» (n.º 2), o que, como já tive ocasião de explicar, equivale a dizer que deve ser seguida a ordem da programação decorrente do mercado, dando-se resposta, em primeiro lugar, à oferta economicamente mais vantajosa.

58. Assim sendo, neste caso, a aplicação das regras do mercado está sujeita a algumas limitações, entre as quais a necessidade de ter

24 — Código do transporte, ordenação, desenvolvimento e segurança da rede: http://www.tera.it/default/Home/SISTEMA_ELETTRICO/codice_rete.aspx

25 — V. B. Pajuelo Iglesias, «La gestión técnica del sistema. El operador del sistema. Los procedimientos de operación», en *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, S. Muñoz Machado, Dir., Iustel, 2009, pp. 447 e 463.

em consideração, juntamente com o critério estritamente económico, «condicionalismos que afectem a rede» (artigo 11, n.º 2). Estes eventuais condicionalismos e a segurança técnica da rede explicam que a liberalização não pode, sem mais, estender-se à compra de electricidade destinada a «cobrir as perdas de energia e reservar capacidade» (artigo 11, n.º 6), nem à actividade de compensação da rede de electricidade (artigo 11, n.º 7).

e a retirada de electricidade, evitando colocar a rede em perigo». A meu ver, o considerando em questão está relacionado com o artigo 11.º da directiva, pelo que deve entender-se que com a expressão «tarifas de compensação» se alude à quantidade paga aos produtores para «compensar», ou pagar, os serviços que prestam para garantir o despacho e a compensação da rede, e não, como sugere a Enel, ao *uplift* que os consumidores finais pagam.

59. O décimo sétimo considerando da Directiva 2003/54 reflecte esta ideia de que os serviços de despacho e compensação podem permanecer, ainda que com certas cautelas, à margem do livre funcionamento do mercado. Nos termos deste considerando, «a fim de assegurar o acesso efectivo ao mercado a todos os agentes, incluindo os novos operadores, são necessários mecanismos de compensação não-discriminatórios e que reflectam os custos. Para o conseguir, deverão criar-se, logo que a liquidez do mercado da electricidade o permita, mecanismos transparentes e baseados no mercado para o fornecimento e a compra da electricidade necessária aos requisitos de compensação. Na ausência de mercados em situação de liquidez, as entidades reguladoras nacionais deverão desempenhar um papel activo no sentido de garantir que as tarifas de compensação não sejam discriminatórias e reflectam os custos. Simultaneamente, deverão ser criados os incentivos adequados para manter o equilíbrio entre o aprovisionamento

60. A redacção deste considerando poderia levar a pensar que a excepção à liberalização é transitória e que está subordinada ao facto de o mercado carecer de suficiente liquidez, mas que, uma vez superada essa situação, a actividade de despacho deve ficar integralmente sujeita ao mercado. Ora, mesmo aceitando este pressuposto, deve ter-se em conta que apesar de, no seu conjunto, o mercado eléctrico italiano parecer apresentar um elevado grau de liquidez, em concreto, o mercado dos serviços de despacho parece caracterizar-se por um escasso grau de liquidez²⁶. Por

26 — O grau de liquidez de um mercado mede-se, como explicou a Enel, em função da «possibilidade de executar rapidamente ordens de compra e venda sem conduzir a preços elevados, bem como pela possibilidade de transmitir sinais correctos aos operadores mediante preços transparentes, pouco susceptíveis de flutuações irregulares ligadas a operações particulares ou manipulações». A Enel e a Comissão confirmaram que o mercado eléctrico italiano apresenta estas características, mas o Governo italiano e a Terna SpA precisam que esse não é o caso do mercado de serviços de ordenação no que respeita à liquidez. Na audiência, questionada sobre esta alegação de facto (que aliás constitui a própria razão que justifica o regime das instalações essenciais), a Enel não a desmentiu directamente.

outro lado, o facto de a lista de instalações essenciais ser objecto de uma revisão e ree-laboração anual, juntamente com o facto de a medida ter sido apresentada como um instrumento de luta contra uma situação de crise e de especial concentração no mercado, poderia permitir afirmar que a mesma tem um carácter meramente transitório.

transparência e não discriminação, que no procedimento de compra dessa energia se tenham em certa medida em consideração os critérios económicos que regem o mercado. A expressão «baseados no mercado» permite, na minha opinião, uma maior intervenção.

61. De qualquer modo, duvido que a intenção do legislador da União tenha sido impedir qualquer tipo de intervenção pública relacionada com estes serviços técnicos de despacho, mesmo na hipótese de um mercado suficientemente líquido. O artigo 11.º, n.º 6, da Directiva 2003/54 dispõe que o operador da rede de transporte deverá adquirir a energia que utilizar para cobrir as perdas de energia e manter uma capacidade de reserva «de acordo com procedimentos transparentes, não discriminatórios e baseados nas regras do mercado». Ao contrário da tarefa de estrita «chamada» dos produtores e de «interligação» das ofertas com os pedidos de energia que, de acordo com o artigo 11.º, n.º 2, da directiva, deve ser feita seguindo a ordem de «prioridade económica» estabelecida pelo mercado, o n.º 6 do mesmo artigo, relativo à compra da energia necessária para a prestação dos serviços técnicos de despacho, não prevê o critério estrito da «prioridade económica»²⁷, limitando-se a exigir, além da

62. Partindo desta excepção relativa ao livre funcionamento do mercado, o décimo sétimo considerando atribui aos Estados-Membros uma margem mais ampla de actuação quando se trata do despacho num sector eléctrico cujo mercado carece de liquidez: bastará então garantir que o preço dessa energia «reflecte os custos».

63. É provável que, como alega a Enel, a prestação destes serviços de despacho resulte ser muito mais onerosa para os produtores do que a produção de electricidade que se vende no mercado do dia anterior, cujo preço médio é tido como referência para pagar àqueles produtores, incluindo quando o bem objecto do mercado de serviços de despacho é diferente do que é objecto de compra e venda no mercado do dia anterior e no mercado infradiário (naquele vende-se uma certa «disponibilidade» ou capacidade de produção). Apesar disso, entendo que uma legislação como a italiana, que fixa o preço da energia adquirida pela Terna SpA no mercado de serviços de despacho, referindo-se ao preço da electricidade no mercado do dia anterior, e que garante, em qualquer caso, a cobertura dos custos variáveis, preenche o requisito de acordo com o qual essa retribuição se deve

27 — O n.º 7 do mesmo artigo, relativo aos serviços de compensação da rede, também não o prevê.

basear em critérios de mercado. O mecanismo de «compensação de custos» e a via contratual alternativa do artigo 65.º A da Decisão n.º 111/06 também contribuem para uma maior proporcionalidade da medida, aumentando a vinculação da retribuição aos custos totais da energia.

65. Atendendo ao acima exposto, considero que o artigo 11.º, n.º 6, da Directiva 2003/54, individualmente considerado, autoriza, em princípio, um regime de intervenção nos preços do mercado de serviços de despacho.

66. Ainda assim, o correcto entendimento desta disposição poderia ser desvirtuado caso se verificasse que o objecto e finalidade do regime de instalações essenciais aqui analisado excede o âmbito próprio dos chamados serviços de despacho para passar a prosseguir objectivos de alcance muito diverso. A compatibilidade do regime de instalações essenciais em causa com o artigo 11.º, n.º 6, encontra-se, portanto, sujeita a esta cautela, nos termos a seguir expostos.

64. Por outro lado, independentemente do que se dirá mais adiante, o regime das chamadas instalações essenciais também pode preencher os requisitos de transparência e não discriminação exigidos pelo artigo 11.º, n.º 6. Além disso, a medida controvertida não padece do carácter discriminatório invocado pela Enel: se se trata de manter a segurança da rede, é lógico que a medida seja exclusivamente imposta às empresas e instalações que poderiam colocá-la em perigo com a sua actuação no mercado. Por outro lado, em princípio, o sistema criado pelas autoridades italianas também preenche o requisito da transparência, na medida em que a lista de instalações essenciais é objecto de um processo anual de revisão e de reelaboração, no qual se dá alguma possibilidade de participação aos produtores que podem ser afectados (artigo 63.4 e 63.5 da decisão n.º 111/06), sendo pública e podendo ser judicialmente impugnada.

2. O novo regime de instalações essenciais pode ultrapassar o âmbito dos serviços de despacho em sentido técnico

67. Começo por recordar que o Governo italiano apresentou insistentemente o regime das instalações essenciais como uma medida estritamente necessária para o funcionamento dos serviços técnicos de despacho do sistema eléctrico, ditada, por conseguinte, pelo artigo 11.º da directiva.

68. No entanto, como foi salientado, daqui decorre que as quantidades de energia que são objecto de intervenção por parte da Terna SpA — em princípio com vista ao despacho — tiveram desde 2009 uma súbita e considerável subida a respeito da qual não foi dada uma explicação satisfatória. Assim, antes da reforma controvertida, tal como já se indicou, os serviços de despacho em sentido estrito contavam com 500 MW de todas as empresas produtoras; na sequência da reforma, passaram a qualificar-se como «essenciais», apenas no que respeita à Enel, mais de 10 000 MW. Ainda que no passado tenham ocorrido problemas pontuais e localizados de segurança e compensação da rede²⁸, é difícil vislumbrar que tipo de problemas técnicos ligados aos serviços de despacho podem ter exigido esta multiplicação da quantidade de energia considerada essencial. De qualquer modo, a Terna SpA e o Governo italiano não avançaram uma justificação coerente que explique esta mudança.

69. Por outro lado, esta circunstância deve ser relacionada com o facto de a Lei n.º 2/09 referir expressamente como razão de ser desta nova legislação um objectivo de controlo, em geral, dos preços finais da energia eléctrica.

70. A partir de ambos os dados, parece ser legítimo colocar a questão de saber se a reforma

italiana pretende conseguir indirectamente, através deste mecanismo, um certo controlo geral dos preços da electricidade que os consumidores finais pagam. Com esta finalidade, a reforma teria possibilitado a inclusão no conceito de «instalações essenciais» de algumas instalações que ultrapassam visivelmente as necessidades dos serviços de despacho. E isto, apesar de poderem sê-lo de um ponto de vista económico, na medida em que colocam os seus titulares numa posição de domínio no mercado que lhes permite controlar os preços da electricidade, incluindo os que são pagos pelos serviços de despacho²⁹. Tal circunstância tem como consequência inevitável o facto de poder estar a ser deixado nas mãos do operador da rede, em termos verdadeiramente abertos, o volume de energia que deve ser objecto de intervenção.

71. Nesta situação, há que ter em conta o facto de a Comissão, a Terna SpA e o Governo italiano, provavelmente atendendo às circunstâncias que acabam de ser resumidas, terem alargado a discussão ao artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/54, alegando que a medida

29 — Assim entende o órgão judicial de reenvio na medida em que afirma expressamente que «fazem parte da categoria de instalações essenciais não apenas as instalações “técnica e estruturalmente” indispensáveis à resolução dos congestionamentos ou à manutenção dos níveis de segurança do sistema, mas também as que fazem parte de grupos de instalações essenciais, grupos que sejam definidos como conjuntos de instalações que autorizam determinados produtores a serem decisivos para a satisfação da procura de energia proveniente do operador da rede determinando o respectivo preço na falta de uma efectiva concorrência».

28 — Como foi afirmado na audiência.

controvertida poderia estar coberta pelas previsões desta disposição.

expressamente contemplados no já referido artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/54³⁰.

72. Com efeito, o artigo 3.º, n.º 2, da directiva permite, mediante notificação obrigatória da Comissão, a imposição de obrigações de serviço público às empresas eléctricas «no interesse económico geral», sob condição de que as referidas obrigações sejam claramente definidas, transparentes, não discriminatórias, controláveis e que garantam às empresas eléctricas da União Europeia o acesso, em igualdade de circunstâncias, aos consumidores nacionais, e que a sua imposição se faça no pleno cumprimento das disposições pertinentes do Tratado, em particular, do artigo 106.º TFUE.

73. Além disso, sem prejuízo do respeito destas condições estritas, a disposição faz uma definição relativamente ampla do objecto das obrigações de serviço público, que poderão referir-se a «[...] matéria de segurança, incluindo a segurança do fornecimento, de regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos, assim como de protecção do ambiente, incluindo a eficiência energética e a protecção do clima». Uma intervenção directa nos preços de produção da energia eléctrica, como a que parece ter ocorrido no presente processo, poderia dirigir-se ao controlo do preço da electricidade que o cliente final pagará, e, directa ou indirectamente, à garantia da segurança da rede, objectivos

74. Por último, nada impede que, em princípio, se considere que a eventual medida adoptada pelo Governo italiano prossegue um objectivo «de interesse económico geral», como exige o artigo 3.º, n.º 2. Com efeito, num mercado com pedidos extremamente «não elásticos» como o mercado eléctrico, no qual, além do mais, o bem em questão não pode ser armazenado, não se pode excluir a hipótese de ocorrerem situações de abuso de posição por parte de determinados operadores. Por conseguinte, a intervenção na venda de energia por parte dos produtores que se considera ocuparem a referida posição dominante no mercado, poderia eventualmente constituir um requisito indispensável para garantir a segurança da rede e caracterizar-se, em definitivo, como uma medida «de interesse económico geral».

30 — Neste sentido, não é difícil reconhecer que o facto de a intervenção ocorrer na fase de produção da electricidade pode ser irrelevante. As objecções expressas a este respeito pela Enel e pelo órgão judicial de reenvio parecem decorrer, na minha opinião, de uma certa confusão entre os conceitos de «obrigações de serviço público» e de «serviço universais», todavia bem diferenciadas dentro do próprio artigo 3.º da Directiva 2003/54. A validade da medida controvertida também não pode ser posta em causa pela falta de notificação da mesma à Comissão pois, ainda que o artigo 3.º, n.º 9, da directiva obrigue os Estados-Membros a notificar as medidas adoptadas no seu âmbito, trata-se de um trâmite formal cujo incumprimento poderia eventualmente fundamentar uma acção por incumprimento, mas não a validade da medida nacional em causa (ao contrário, por exemplo, das medidas previstas no artigo 24.º da directiva, pois nesse caso, através da notificação prévia obrigatória, a Comissão tem um certo controlo sobre o conteúdo da decisão nacional).

75. O acima exposto pode explicar que o Governo italiano defenda a aplicabilidade do artigo 3.º, n.º 2, a este processo, com a ajuda de um importante precedente jurisprudencial: o acórdão Federutility, já referido, no qual o Tribunal de Justiça aceitou que a fixação de «preços de referência» para o fornecimento de gás natural podia ser, sob certas condições, uma obrigação de serviço público coberta pelo artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/55 (disposição equivalente, para o sector do gás, à da segunda directiva de electricidade aqui em questão). Assim sendo, o Governo italiano afirma que se este tipo de intervenção é válida num mercado totalmente aberto à concorrência, como o do fornecimento de energia (gás no processo Federutility, electricidade neste processo), por maioria de razão, deveria sê-lo nos serviços de despacho, que constituem uma actividade de interesse público.

76. Não obstante o acima exposto, e pelas razões que passarei a expor, considero que o regime previsto nas disposições nacionais controvertidas não pode aspirar a converter-se num mecanismo de regulação geral dos preços da energia eléctrica.

77. Importa desde já realçar que a decisão do acórdão Federutility não é aplicável no presente processo. No referido acórdão, os chamados «preços de referência» para o fornecimento de gás natural, eram directamente

fixados pela entidade reguladora nacional³¹, a AEEG, que sempre declarou que a medida prosseguia uma diminuição dos preços do referido fornecimento. No presente processo, pelo contrário, é a Terna SpA, a sociedade que assume as funções de operador da rede, quem adopta directamente medidas de intervenção dos preços da energia, em aplicação de uma norma legal nacional que lhe permite actuar no âmbito dos chamados serviços de despacho.

78. É esta eventual «funcionalidade adicional» da medida controvertida que, na minha opinião, não está prevista no artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/54.

79. Como foi indicado, a directiva apenas prevê a intervenção directa do operador da rede (no sentido de intervenção limitadora do mercado) no preciso âmbito dos serviços de despacho (artigo 11.º). Por conseguinte, a atribuição ao referido operador de outro tipo de competências reguladoras ou facultades de intervenção nos mercados da electricidade que ultrapassem esse âmbito pressupõe, *prima facie*, uma «desvirtuação» das funções de despacho e compensação, subvertendo nesta medida a ordem interna da directiva. É óbvio que, pela sua própria configuração, o operador de serviços de despacho normalmente não se encontra em condições de assumir, com a independência e imparcialidade que a situação requer, a determinação do grau de intervenção geral nos preços de

31 — Neste sentido, artigo 23.º, n.º 1, da Directiva 2003/54.

fornecimento, e isto independentemente do facto de as suas decisões poderem ser impugnadas por via judicial.

2003/54 (e, em última instância, do que é «essencial» para a prestação dos serviços de despacho), na prática se pretende actuar como se o legislador nacional estivesse no âmbito das possibilidades singulares que oferece o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2003/54.

80. Em particular, e na minha opinião, esta forma de proceder introduz um elevado grau de confusão, incompatível com a exigência de transparência que o artigo 3.º, n.º 2, da directiva impõe, e, em última instância, com a segurança jurídica.

82. Evidentemente, compete ao juiz nacional avaliar casuisticamente que proporção do total da capacidade de produção qualificada como «essencial» pode responder efectivamente a motivos técnicos de segurança da rede. Em última instância, sendo caso disso, é ele quem deverá apreciar se o regime de unidades essenciais está a ser utilizado com um objectivo claramente incoerente com o que resulta da sua própria configuração, por exemplo, a partir dos dados relativos à quantidade efectivamente utilizada para a prestação dos referidos serviços no passado.

81. Neste sentido, considero que a redacção do artigo 3, n.º 2, exige um duplo requisito de transparência relativamente a estas obrigações de serviço público. Por um lado, ao prever que as mesmas «devem ser claramente definidas» está a fazer referência à transparência no sentido processual clássico: deste ponto de vista, como já foi referido, não há que fazer nenhuma objecção ao sistema italiano. No entanto, em seguida, a disposição prevê que as obrigações de serviço público deverão «ser transparentes», expressão que poderia ser reconduzida ao imperativo de segurança jurídica. As obrigações de serviço público, em definitivo, não devem apenas ser claras e acessíveis mas também devem definir-se e impor-se de forma a não criarem confusão ou erro. Nesta perspectiva, a medida controvertida pode apresentar problemas de transparência se efectivamente se demonstrar que, ainda que apresentada sob a cobertura formal do artigo 11.º da Directiva

83. Face ao exposto, entendo que o artigo 11.º, n.º 6, da Directiva 2003/54 não se opõe a um regime de «instalações essenciais» como o que é objecto da presente questão prejudicial, incumbindo ao juiz nacional, sendo caso disso, apreciar se, na sua aplicação, dele foi feito um uso incoerente com a sua finalidade, em particular, na prossecução de um objectivo que claramente excede as necessidades da gestão adequada dos serviços de «despacho e compensação».

VI — Conclusão

84. Em conclusão, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à pergunta submetida pelo Tribunale Administrativo Regionale per la Lombardia (Itália) nos seguintes termos:

«Os artigos 49.º e 56.º TFUE e o artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE, não se opõem a uma legislação nacional que obriga determinados produtores de energia eléctrica que, em determinadas circunstâncias, sejam essenciais para satisfazer a procura dos serviços de despacho, a apresentar ofertas nos mercados da bolsa de electricidade com base em programas estabelecidos pelo operador da rede de forma independente subtraindo a remuneração dessas ofertas à livre determinação do produtor, sempre que se verifiquem as seguintes condições:

- 1) A remuneração dessa energia, qualificada de essencial, deve estar vinculada a parâmetros pré-determinados tendo por base procedimentos transparentes, não discriminatórios e baseados no mercado. Uma legislação nacional que fixa o preço da energia adquirida pelo operador da rede para a prestação dos serviços de despacho, tendo como referência o preço médio da electricidade no mercado do dia anterior, e que em todo o caso garante a cobertura dos custos variáveis, preenche o requisito de que essa retribuição se deve basear em critérios de mercado.
- 2) o regime obrigatório em causa deve, de qualquer modo, manter a correspondência com a energia indispensável para a prestação dos serviços técnicos de despacho (cobertura das perdas de energia e manutenção da capacidade de reserva). Incumbe, neste caso, ao tribunal nacional determinar se, ou em que medida, a capacidade de produção de electricidade qualificada de essencial pode efectivamente responder a estes motivos.»