



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 27 de fevereiro de 2018¹

Processo C-135/16

**Georgsmarienhütte GmbH,
Stahlwerk Bous GmbH,
Schmiedag GmbH,
Harz Guss Zorge GmbH
contra
Bundesrepublik Deutschland**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main, Alemanha)]

«Questão prejudicial de apreciação de validade — Decisão (UE) 2018/1585 da Comissão de 25 de novembro de 2014, relativa ao regime de auxílio SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Auxílio alemão às energias de origem renovável — Limitação da sobretaxa EEG a favor das empresas grandes consumidoras de energia — Admissibilidade da questão prejudicial — Aplicação da jurisprudência TWD — Conceito de auxílio de Estado — Vantagem — Seletividade do auxílio — Transferência de recursos estatais — Fluxos financeiros entre operadores privados controlados por autoridades públicas»

1. A legislação alemã em vigor desde 1 de janeiro de 2012 estabeleceu um mecanismo de promoção da eletricidade com origem em fontes renováveis (a seguir «eletricidade EEG»). Concretamente, estabeleceu um regime de auxílio a favor dos produtores desse tipo de energia, aos quais garantia, mediante tarifas reguladas e prémios de mercado, a obtenção de um preço superior ao da eletricidade vendida no mercado.
2. Para financiar esse regime de auxílio foi aprovada uma taxa (a seguir «sobretaxa EEG») que, na prática, teria de ser paga pelos consumidores finais. As empresas de transporte ferroviários e as empresas consumidoras de grandes quantidades de eletricidade (a seguir «empresas energívoras») ² também estavam, em princípio, sujeitas à sobretaxa EEG. Ora, o legislador alemão optou por reduzir o seu montante, como medida que contribuiria para diminuir os seus custos e, portanto, para a manutenção da sua competitividade.
3. Em 25 de novembro de 2014, a Comissão Europeia considerou que a redução da sobretaxa EEG, aplicada às referidas empresas, constituía um auxílio de Estado apenas compatível com o mercado interno em determinadas condições, previstas no artigo 3.º da Decisão (UE) 2015/1585 relativa ao regime de auxílio SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [concedido pela Alemanha para apoiar a eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e os grandes consumidores de energia] ³.

1 Língua original: espanhol.

2 Utilizei este neologismo, decorrente da terminologia italiana, nas Conclusões do processo IRCCS — Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2016:287). Embora o regime italiano objeto do referido reenvio prejudicial tenha elementos semelhantes ao deste reenvio, no primeiro não eram suscitados os problemas relativos à sua qualificação de auxílio de Estado.

3 JO 2015, L 250, p. 122.

4. Os auxílios (na sua modalidade de redução da sobretaxa EEG) que não se adaptaram às condições previstas na Decisão 2015/1585 foram declarados incompatíveis com o mercado interno. Como esta situação se verificava com algumas das empresas do grupo Georgsmarienhütte GmbH, as autoridades alemãs exigiram-lhes, de imediato, em cumprimento da referida decisão, o reembolso dos respetivos montantes.

5. Algumas das empresas obrigadas a proceder ao reembolso do montante dos auxílios impugnaram a decisão das autoridades alemãs no tribunal de reenvio, alegando que a Decisão 2015/1585 não era válida. Por seu turno, o Governo alemão interpôs um recurso de anulação (processo T-47/15) dessa mesma decisão, no Tribunal Geral, recurso ao qual negou provimento no seu Acórdão de 10 de maio de 2016⁴.

6. O tribunal *a quo*, recetivo ao argumento das empresas que nele recorreram da Decisão 2015/1585, submete uma questão prejudicial de apreciação de validade da referida decisão, reenvio que apresenta dificuldades particulares, tanto do ponto de vista processual como do ponto de vista substantivo.

7. Do ponto de vista processual, o Tribunal de Justiça deverá pronunciar-se relativamente à aplicação da jurisprudência TWD Textilwerke Deggendorf⁵ num processo como este, em que várias empresas tendem a recorrer, nos órgãos jurisdicionais nacionais, das decisões nacionais de recuperação dos auxílios declarados ilegais pela Comissão.

8. O Tribunal de Justiça terá de esclarecer, designadamente: a) se privilegia o recurso direto de anulação e declara inadmissíveis as questões prejudiciais de conteúdo semelhante; ou b) se, pelo contrário, confere margem às empresas para que recorram aos órgãos jurisdicionais nacionais, para que submetam uma questão prejudicial de apreciação de validade relativa à decisão da Comissão que declara o auxílio ilegal.

9. Do ponto de vista substantivo, o litígio soma-se ao vasto conjunto de processos relativos a auxílios de Estado no setor energético. A redução da sobretaxa EEG a determinadas empresas energívoras situa-se na intersecção entre as medidas analisadas na jurisprudência PreussenElektra⁶ e na jurisprudência Association Vent De Colère! e o.⁷ O Tribunal de Justiça deverá, neste caso, decidir a questão relativa ao maior ou menor controlo estatal dos recursos utilizados por operadores privados, como elemento definidor do conceito de auxílio de Estado.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União Europeia: Decisão 2015/1585

10. Nos termos do artigo 1.º:

«O auxílio estatal para apoiar a produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis e de gás de extração, incluindo o seu mecanismo de financiamento, concedido com base na *Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012* (Lei EEG 2012), ilegalmente concedido pela Alemanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado, é compatível com o mercado interno, sob reserva da execução, pela Alemanha, do compromisso previsto no anexo I.»

4 Acórdão Alemanha/Comissão (T-47/15, EU:T:2016:281). O Governo alemão interpôs recurso desse acórdão, pendente no Tribunal de Justiça (processo C-405/16 P, Alemanha/Comissão).

5 Acórdão de 9 de março de 1994 (C-188/92, a seguir «Acórdão TWD», EU:C:1994:90).

6 Acórdão de 13 de março de 2001 (C-379/98, EU:C:2001:160).

7 Acórdão de 19 de dezembro de 2013 (C-262/12, EU:C:2013:851).

11. Nos termos do artigo 3.º:

«1. O auxílio estatal constituído por reduções da sobretaxa para o financiamento do apoio à eletricidade produzida a partir de fontes renováveis (sobretaxa EEG) nos anos de 2013 e 2014 a favor dos grandes consumidores de energia (*Besondere Ausgleichsregelung*, BesAR), ilegalmente concedido pela Alemanha em violação do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado, é compatível com o mercado interno na medida em que se inclua numa das quatro categorias definidas no presente número.

Quando o auxílio estatal tenha sido concedido a uma empresa que pertence a um setor enumerado no anexo 3 das Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (“Orientações de 2014”), o auxílio é compatível com o mercado interno se a empresa tiver pago, pelo menos, 15% dos custos adicionais suportados pelos fornecedores de eletricidade devido a obrigações de compra de energia renovável, posteriormente transferidos para os seus clientes. Se a empresa tiver pago menos de 15% desses custos adicionais, o auxílio estatal é, ainda assim, compatível, se a empresa tiver pago um montante que corresponde a, pelo menos, 4% do seu valor acrescentado bruto ou, para empresas com uma eletrointensidade de, pelo menos, 20%, pelo menos, 0,5% do seu valor acrescentado bruto.

Quando o auxílio estatal tenha sido concedido a uma empresa que não pertence a um setor enumerado no anexo 3 das Orientações de 2014 mas que tinha uma eletrointensidade de, pelo menos, 20% em 2012 e pertencia, nesse ano, a um setor com uma intensidade de comércio de, pelo menos, 4% a nível da União, o referido auxílio é compatível com o mercado interno se a empresa tiver pago, pelo menos, 15% dos custos adicionais suportados pelos fornecedores de eletricidade devido a obrigações de compra de energia renovável, posteriormente transferidos para os consumidores de eletricidade. Se a empresa tiver pago menos de 15% desses custos adicionais, o auxílio estatal é, ainda assim, compatível, se a empresa tiver pago um montante que corresponde a, pelo menos, 4% do seu valor acrescentado bruto ou, para empresas com uma eletrointensidade de, pelo menos, 20%, pelo menos, 0,5% do seu valor acrescentado bruto. Quando o auxílio estatal tenha sido concedido a uma empresa que pode beneficiar de um auxílio estatal compatível ao abrigo do segundo ou terceiro parágrafos, mas o montante da sobretaxa EEG paga por esta empresa não tenha atingido o nível exigido nesses parágrafos, são compatíveis as seguintes partes do auxílio:

- a) para 2013, a parte do auxílio que ultrapassa 125% da sobretaxa que a empresa efetivamente pagou em 2013;
- b) para 2014, a parte do auxílio que ultrapassa 150% da sobretaxa que a empresa efetivamente pagou em 2013.

Quando o auxílio estatal tenha sido concedido a uma empresa que não pode beneficiar de um auxílio estatal compatível ao abrigo do segundo ou terceiro parágrafos, e quando a empresa tenha pago menos de 20% dos custos adicionais da sobretaxa sem redução, são compatíveis as seguintes partes do auxílio:

- a) para 2013, a parte do auxílio que ultrapassa 125% da sobretaxa que a empresa efetivamente pagou em 2013;
- b) para 2014, a parte do auxílio que ultrapassa 150% da sobretaxa que a empresa efetivamente pagou em 2013.

2. Qualquer auxílio que não se encontre abrangido pelo disposto no n.º 1 é incompatível com o mercado interno.»

12. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1:

«A Alemanha deve proceder junto dos beneficiários à recuperação dos auxílios incompatíveis referidos no artigo 3.º, n.º 2, de acordo com o método descrito no anexo III.»

13. O artigo 7.º impõe à Alemanha a recuperação imediata e efetiva dos auxílios incompatíveis com o mercado interno, que deverá ser aplicada num prazo de quatro meses, a contar da data da notificação da decisão.

B. Direito alemão: Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien⁸

14. O § 40 dispõe:

«O Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle limita, a pedido relativo a um ponto de fornecimento, a sobretaxa EEG que é repercutida pelas empresas fornecedoras de eletricidade nos consumidores finais que sejam empresas com utilização intensiva de energia do setor industrial ou empresas ferroviárias, nos termos dos §§ 41 e 42. A limitação destina-se a reduzir os custos energéticos destas empresas e a preservar, assim, a sua competitividade internacional e intermodal, desde que tal não comprometa os objetivos da presente lei e que a limitação seja compatível com os interesses da totalidade dos consumidores de energia.»

15. Nos termos do § 41:«(1) No caso de uma empresa do setor industrial, a limitação só é concedida, se esta fizer prova de que:

1. No último exercício encerrado

- a) A eletricidade adquirida a uma empresa fornecedora de energia e utilizada para consumo próprio num ponto de fornecimento ascendeu a, pelo menos, um gigawatt/hora,
- b) A relação entre os custos energéticos suportados pela empresa [...] e o valor acrescentado bruto da empresa ascendeu a, pelo menos, 14%,
- c) A sobretaxa EEG foi proporcionalmente transferida para a empresa.

2. Foi efetuada uma certificação, com vista a determinar e calcular o consumo de energia e as potencialidades de redução do consumo de energia; o mesmo não se aplica a empresas com um consumo de energia inferior a 10 gigawatt/hora .

(2) O cumprimento dos requisitos previstos no ponto 1 do n.º 1 é comprovado pelos contratos de fornecimento de eletricidade e pelas faturas de eletricidade relativas ao último exercício encerrado, bem como pela certificação, por parte de um técnico oficial de contas, de uma empresa de contabilidade, de um revisor de contas ou de uma empresa de auditoria, com base nas contas do último ano encerrado. [...]. O cumprimento dos requisitos previstos no ponto 2 do n.º 1 é comprovado pelo documento emitido pelo organismo de certificação.

[...]

(3) Para empresas cuja aquisição de eletricidade nos termos da alínea a) do ponto 1 do n.º 1

⁸ Lei que estabelece uma nova regulação do quadro jurídico da promoção da eletricidade gerada a partir de energias renováveis, de 28 de julho de 2011 (BGBl. 2011 I, p. 1634; a seguir «Lei EEG de 2012»).

1. Ascende a, pelo menos, 1 gigawatt/hora, a sobretaxa EEG relativa à eletricidade utilizada para consumo próprio no ponto de fornecimento, no período de referência
 - a) Não é limitada no que respeita à quota de eletricidade inferior a 1 gigawatt/hora,
 - b) É limitada, no que respeita à quota de eletricidade compreendida entre 1 e 10 gigawatt/hora, em 10% da sobretaxa EEG aplicável nos termos do § 37, n.º 2,
 - c) É limitada, no que respeita à quota de eletricidade compreendida entre 10 e 100 gigawatt/hora, em 1% da sobretaxa EEG aplicável nos termos do § 37, n.º 2, e
 - d) É limitada, no que respeita à quota de eletricidade superior a 100 gigawatt/hora, no valor de 0,05 cêntimos por gigawatt/hora, ou
2. Ascende a, pelo menos, 100 gigawatt/hora, e cuja relação entre os custos energéticos e o valor acrescentado bruto é superior a 20%, a sobretaxa EEG calculada nos termos do § 37, n.º 2, é limitada a 0,05 cêntimos por gigawatt/hora.

As provas devem ser apresentadas nos termos do n.º 2.

(4) Um ponto de fornecimento corresponde à soma de todos os equipamentos elétricos de uma empresa que apresentem interdependência geográfica e espacial, que se encontrem em instalações industriais fechadas e estejam ligados à rede do operador da rede através de um ou mais pontos de abastecimento.»

16. O § 43 dispõe:«(1) O pedido nos termos do § 40, n.º 1, conjugado com o § 41 ou o § 42, acompanhado de todos os documentos exigidos, deve ser apresentado até 30 de junho do ano em curso (prazo substantivo de caducidade). A decisão produz efeitos em relação ao requerente, à empresa fornecedora de energia e ao operador da rede de transportes legalmente responsável. Produz efeitos a partir de 1 de janeiro do ano seguinte e é válida por um ano. Os efeitos produzidos por uma decisão anterior não são tomados em consideração no cálculo da relação entre os custos energéticos e o valor acrescentado bruto nos termos do § 41, n.º 1, ponto 1, alínea b), e n.º 3.

[...]

(3) O direito do operador da rede de transportes legalmente responsável pelo ponto de fornecimento em causa ao pagamento da sobretaxa EEG relativamente às empresas fornecedoras de energia é limitado nos termos da decisão do Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle; os operadores das redes de transportes estão obrigados a respeitar esta limitação nos termos do § 36.»

17. As modalidades da sobretaxa EEG foram previstas, designadamente, na Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Regulamento relativo ao mecanismo de compensação), de 17 de julho de 2009⁹, na sua versão alterada pelo § 2 da Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien (Lei que altera o quadro jurídico aplicável à energia solar e que altera a Lei relativa às energias renováveis), de 17 de agosto de 2012¹⁰, bem como na Verordnung zur Ausführung der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (Regulamento de

9 BGBl. 2009 I, p. 2101.

10 BGBl. 2012 I, p. 1754.

aplicação do Regulamento relativo ao mecanismo de compensação), de 22 de fevereiro de 2010¹¹, na sua versão alterada pela *Zweite Verordnung zur Änderung der Ausgleichsmechanismus-Ausführungsverordnung* (Segundo Regulamento que altera o Regulamento de aplicação relativo ao mecanismo de compensação), de 19 de fevereiro de 2013¹².

II. Litígio nacional, recursos no Tribunal Geral e questões prejudiciais

18. Em 18 de dezembro de 2013, a Comissão notificou a República Federal de Alemanha da sua decisão de dar início ao procedimento do artigo 108.º, n.º 2, TFUE no que diz respeito à medida de auxílio à eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e à sobretaxa EEG reduzida para grandes consumidores de energia¹³.

19. Nove empresas do grupo Georgsmarienhütte interpuseram, no Tribunal Geral, recursos de anulação da referida decisão (inicial)¹⁴.

20. Por Despachos de 9 de junho de 2015, o Tribunal Geral:

- Arquivou cinco destes recursos¹⁵, por falta de objeto uma vez que, na Decisão 2015/1585, a Comissão tinha entendido que os auxílios concedidos pela Alemanha às respetivas empresas recorrentes eram compatíveis com o mercado interno.
- Arquivou, também, os outros quatro recursos¹⁶, igualmente por falta de objeto, uma vez que, nos termos da Decisão 2015/1585, as empresas recorrentes tinham recebido auxílios parcialmente ilegais que deviam devolver. Nesses quatro despachos, o Tribunal Geral declarou inadmissível o pedido das empresas recorrentes, que pretendiam a ampliação das suas ações para pôr em causa a legalidade da Decisão 2015/1585. O Tribunal Geral recordou às referidas empresas que tinham a possibilidade de apresentar um recurso de anulação da referida decisão, tal como elas próprias tinham alegado para a eventualidade de ser negado provimento aos seus pedidos de ampliação da ação¹⁷.

11 BGBl. 2010 I, p. 134.

12 BGBl. 2013 I, p. 310.

13 Auxílio estatal — Alemanha — Auxílio estatal SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) — Apoio à produção de eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e redução da sobretaxa EEG para os grandes consumidores de energia — Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2014, C 37, p. 73).

14 Despachos de 9 de junho de 2015, *Stahlwerk Bous/Comissão* (T-172/14, não publicado, EU:T:2015:402); *WeserWind/Comissão* (T-173/14, não publicado, EU:T:2015:416); *Dieckerhoff Guss/Comissão* (T-174/14, não publicado, EU:T:2015:415); *Walter Hundhausen/Comissão* (T-175/14, não publicado, EU:T:2015:423); *Georgsmarienhütte/Comissão* (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414); *Harz Guss Zorge/Comissão* (T-177/14, não publicado, EU:T:2015:395); *Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/Comissão* (T-178/14, não publicado, EU:T:2015:409); *Schmiedewerke Gröditz/Comissão* (T-179/14, não publicado, EU:T:2015:401); e *Schmiedag/Comissão* (T-183/14, não publicado, EU:T:2015:396).

15 Despachos de 9 de junho de 2015, *WeserWind/Comissão* (T-173/14, não publicado, EU:T:2015:416); *Dieckerhoff Guss/Comissão* (T-174/14, não publicado, EU:T:2015:415); *Walter Hundhausen/Comissão* (T-175/14, não publicado, EU:T:2015:423); *Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/Comissão* (T-178/14, não publicado, EU:T:2015:409); e *Schmiedewerke Gröditz/Comissão* (T-179/14, não publicado, EU:T:2015:401).

16 Despachos de 9 de junho de 2015, *Stahlwerk Bous/Comissão* (T-172/14, não publicado, EU:T:2015:402); *Georgsmarienhütte/Comissão* (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414); *Harz Guss Zorge/Comissão* (T-177/14, não publicado, EU:T:2015:395); e *Schmiedag/Comissão* (T-183/14, não publicado, EU:T:2015:396).

17 Despacho de 9 de junho de 2015, *Georgsmarienhütte/Comissão* (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414, n.º 24). Os outros três despachos têm um número idêntico.

21. Estas quatro empresas do grupo Georgsmarienhütte, que se dedicam à produção, fundição e processamento de aço, não interpuseram recurso no Tribunal de Justiça dos Despachos do Tribunal Geral de 9 de junho de 2015. Também não interpuseram recurso de anulação no Tribunal Geral da Decisão 2015/1585, ao contrário do que fizeram outras empresas que se encontravam na mesma situação¹⁸ e do que fez o próprio Governo alemão¹⁹.

22. A estratégia processual das quatro empresas do grupo Georgsmarienhütte consistiu em recorrer aos tribunais alemães para impugnar os atos administrativos (nacionais) que, em aplicação da Decisão 2015/1585, lhes impunham a devolução do montante dos auxílios considerado ilegal.

23. Durante 2012 e 2013, por decisões administrativas relativas a essas quatro empresas, tinha-lhes sido determinada a redução da sobretaxa EEG, por se tratarem de grandes consumidoras de energia. Essas decisões foram parcialmente revogadas, com efeitos retroativos, por outras decisões de 25 de novembro de 2014 (ou seja, o mesmo dia em que foi adotada a Decisão 2015/1585), ao mesmo tempo que as autoridades alemãs exigiram às empresas a devolução dos auxílios, na parte considerada ilegal pela Comissão²⁰.

24. As recorrentes no processo principal apresentaram recurso das decisões de revogação parcial no Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Serviço Federal da Economia e do Controlo das Exportações; a seguir «BAFA»). Como não obtiveram resposta expressa ao seu pedido, interpuseram, em 26 de março de 2015, recurso no Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main, Alemanha), órgão jurisdicional que submete a seguinte questão prejudicial de apreciação de validade:

«A Decisão da União Europeia, de 25 de novembro de 2014 (Decisão (UE) 2015/1585 da Comissão, de 25 de novembro de 2014, relativa ao regime de auxílio SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [concedido pela Alemanha para apoiar a eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e os grandes consumidores de energia]) viola o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na medida em que a Comissão qualifica a limitação da sobretaxa EEG de auxílio na aceção do artigo 107.º TFUE?»

25. Apresentaram observações escritas as empresas do grupo Georgsmarienhütte, o Governo alemão e a Comissão, que também participaram na audiência realizada em 5 de dezembro de 2017. O processo foi atribuído à Grande Secção do Tribunal de Justiça.

III. Quanto à admissibilidade da questão prejudicial

26. A Comissão alega que a questão prejudicial é inadmissível, por dois motivos:

- Em primeiro lugar, é aplicável a jurisprudência TWD, segundo a qual a possibilidade de um particular alegar, no órgão jurisdicional nacional, a invalidade de um ato da União implica que não tenha exercido o direito a apresentar um recurso direto desse ato, em conformidade com o artigo 263.º TFUE.

18 Processos T-103/15, T-108/15, T-109/15, T-294/15, T-319/15, T-605/15, T-737/15, T-738/15 e T-743/15.

19 Processo T-47/15, Alemanha/Comissão.

20 Embora o Governo alemão tenha impugnado a Decisão 2015/1585 no Tribunal Geral, o BAFA entendeu que era obrigado a executá-la, dado o seu caráter vinculativo, em conformidade com o artigo 288.º TFUE, e dado que um auxílio contrário ao direito da União concedido mediante um ato administrativo devia ser anulado, não dando lugar à proteção da confiança legítima do beneficiário, nos termos do § 48, n.º 2, do *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Código do Procedimento Administrativo).

– Em segundo lugar, é também aplicável a jurisprudência *Adiamix*²¹, segundo a qual o órgão jurisdicional de reenvio deve explicitar, na decisão de reenvio, as dúvidas relativas à validade da norma da União, não se limitando a uma simples remissão para os argumentos nele invocados pelas partes do litígio.

27. O Governo alemão e as empresas do Georgsmarienhütte opõem-se a estes argumentos da Comissão e entendem, pelo contrário, que a questão prejudicial é admissível.

A. Aplicação da exceção TWD

28. A «exceção TWD» restringe as possibilidades de os litigantes instarem os órgãos jurisdicionais nacionais a utilizar a via prejudicial para pôr em causa a validade dos atos da União Europeia. Antes de examinar se este processo é abrangido pela referida exceção, creio ser necessário realizar a análise das suas características essenciais.

1. Reflexão preliminar

29. No âmbito de um recurso apresentado nos tribunais de um Estado-Membro, qualquer pessoa pode pedir-lhes que se dirijam ao Tribunal de Justiça para que se pronuncie, a título prejudicial, relativamente à «validade [...] dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União», quando estes tenham constituído fundamento para as decisões das autoridades nacionais objeto do referido recurso.

30. A iniciativa do pedido de decisão prejudicial constitui uma competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional²², a quem é permitido declarar a validade de um ato da União, mas não a sua invalidade²³.

31. No Acórdão TWD, o Tribunal de Justiça afirmou que «as [...] exigências de segurança jurídica conduzem à exclusão da possibilidade, para o beneficiário de um auxílio, objeto de uma decisão da Comissão adotada com base no artigo 93.º do Tratado, que teria podido impugnar a decisão e que deixou expirar o prazo imperativo previsto para esse efeito no terceiro parágrafo do artigo 173.º do Tratado, de pôr em causa a legalidade dessa decisão perante os órgãos jurisdicionais nacionais aquando de um recurso dirigido contra as medidas de execução dessa decisão tomadas pelas autoridades nacionais»²⁴.

32. Desde 1994, o Tribunal de Justiça tem confirmado repetidamente a aplicabilidade da jurisprudência TWD. A sua última confirmação e a sua delimitação encontram-se no Acórdão A e o., proferido pela Grande Secção²⁵, que reitera, no essencial, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos acórdãos anteriores.

21 Despacho de 18 de abril de 2013 (C-368/12, não publicado, EU:C:2013:257, n.ºs 21 e 22).

22 Artigo 267.º TFUE. V., a este propósito, Acórdão de 27 de novembro de 2012, *Pringle* (C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 39 e jurisprudência aí referida).

23 Acórdão de 22 de outubro de 1987, *Foto Frost* (314/85, EU:C:1987:452, n.ºs 14 e 15). V., também, Acórdãos de 10 de janeiro de 2006, *IATA e ELFAA* (C-344/04, EU:C:2006:10, n.ºs 27 e 30), e de 3 de outubro de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho* (C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 95).

24 Acórdão TWD, n.º 17.

25 Acórdão de 14 de março de 2017 (C-158/14, EU:C:2017:202, n.º 70), que refere o Acórdão TWD, n.º 18, e Acórdão de 15 de fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101). Segundo o seu n.º 70, «[...] um pedido de decisão prejudicial relativo à validade de um ato da União só pode ser indeferido na hipótese de, apesar de o recurso de anulação de um ato da União ser manifestamente admissível, a pessoa singular ou coletiva suscetível de interpor tal recurso se ter absterido de o fazer no prazo previsto e invocar a ilegalidade desse ato no âmbito de um processo nacional para incitar o órgão jurisdicional nacional a submeter ao Tribunal de Justiça o pedido de decisão prejudicial em questão, relativo à validade do referido ato, contornando assim o caráter definitivo que reveste a esse respeito o referido ato após o termo do prazo de recurso».

33. A jurisprudência TWD estabelece, assim, um limite à possibilidade de pôr em causa a legalidade dos atos da União que produzem efeitos jurídicos, a fim de salvaguardar a segurança jurídica²⁶. O mesmo limite é também aplicável aos Estados-Membros²⁷. Deste modo, não se exclui a possibilidade de impugnação dos atos da União, reconduzindo-se o exercício deste direito aos seus trâmites específicos: quem tem legitimidade inequívoca para os impugnar, terá de o fazer no prazo previsto (em princípio, dois meses) e no órgão competente para declarar a sua nulidade (o Tribunal Geral)²⁸.

34. O âmbito da jurisprudência TWD limita-se, portanto, aos casos em que o recurso de anulação do particular tivesse sido manifestamente admissível no Tribunal Geral. Esta circunstância verificou-se, até ao momento, em poucas situações²⁹, certamente resultantes das restrições que o artigo 263.º TFUE³⁰ impõe à legitimidade ativa dos particulares³¹ para interpor recursos de anulação no Tribunal Geral. Quando a legitimidade ativa dos recorrentes não é clara, evidente e manifesta, o Tribunal de Justiça rejeita a aplicação da exceção TWD³².

35. Quero também sublinhar o facto de, no Acórdão Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português³³, o Tribunal de Justiça não ter julgado corretamente improcedente a invocação do que se poderia qualificar de uma exceção TWD inversa. No referido processo, o Estado português não interpôs recurso de anulação da Decisão 2011/346/UE no Tribunal Geral³⁴, tendo apenas recorrido (sem êxito)³⁵ duas instituições bancárias privadas, mas invocou, no referido Tribunal, no âmbito da questão prejudicial submetida no litígio nacional³⁶, tanto o caráter definitivo da decisão como a exceção TWD.

26 Acórdão TWD, n.º 16: «[os prazos de recurso] [...] destinam[-se] a salvaguardar a segurança jurídica, evitando que sejam indefinidamente postos em causa atos comunitários que produzem efeitos jurídicos». V., nesse sentido, Acórdãos de 30 de janeiro de 1997, *Wiljo* (C-178/95, EU:C:1997:46, n.º 19), e de 15 de fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101, n.º 29).

27 Acórdão de 22 de outubro de 2002, *National Farmers' Union* (C-241/01, EU:C:2002:604, n.º 36).

28 Acórdão TWD, n.º 18: «[...] admitir que, em semelhantes circunstâncias, o interessado se possa opor, perante o órgão jurisdicional nacional, à execução da decisão invocando a sua ilegalidade traduzir-se-ia em reconhecer-lhe a faculdade de contornar o caráter definitivo que em relação a ele a decisão reveste após a expiração do prazo de recurso». No mesmo sentido, v. Acórdãos posteriores de 15 de fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101, n.º 30); de 27 de novembro de 2012, *Pringle* (C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 41); e de 5 de março de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português* (C-667/13, EU:C:2015:151, n.ºs 28 e 30).

29 Acórdãos TWD, n.ºs 17 a 25; de 30 de janeiro de 1997, *Wiljo* (C-178/95, EU:C:1997:46, n.ºs 15 a 25); e de 15 de fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101, n.ºs 29 a 40).

30 O texto do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, decorrente do Tratado de Lisboa, pretendeu reforçar a tutela jurisdicional das pessoas singulares ou coletivas perante os atos da União, alargando os critérios de admissibilidade do recurso de anulação aos atos regulamentares que afetem diretamente os particulares e que não incluam medidas de execução. Contudo, o Tribunal de Justiça entendeu que este alargamento dos critérios de admissibilidade não implica a eliminação da exceção TWD. V., neste sentido, Acórdãos de 9 de junho de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão* (C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368); e de 14 de março de 2017, *A e o.* (C-158/14, EU:C:2017:202), cujo n.º 69 afirma: «esse alargamento das condições de admissibilidade do recurso de anulação não tem como contrapartida a impossibilidade de pôr em causa, num órgão jurisdicional nacional, a validade de um ato da União, uma vez que o recurso de anulação que uma das partes no litígio nesse mesmo órgão jurisdicional tinha interposto no Tribunal Geral não tinha sido manifestamente admissível».

31 Estas restrições não se verificam quando o litigante é um Estado-Membro, que tem sempre legitimidade ativa para interpor recursos de anulação.

32 V., designadamente, Acórdãos de 23 de fevereiro de 2006, *Atzeni e o.* (C-346/03 e C-529/03, EU:C:2006:130, n.ºs 30 a 34); de 8 de março de 2007, *Roquette Frères* (C-441/05, EU:C:2007:150, n.ºs 35 a 48); de 29 de junho de 2010, *E e F* (C-550/09, EU:C:2010:382, n.ºs 37 a 52); de 18 de setembro de 2014, *Valimar* (C-374/12, EU:C:2014:2231, n.ºs 24 a 38); de 5 de março de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português* (C-667/13, EU:C:2015:151, n.ºs 27 a 32); de 28 de abril de 2016, *Borealis Polyolefine e o.* (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 57); e de 14 de março de 2017, *A e o.* (C-158/14, EU:C:2017:202, n.ºs 71 a 75).

33 O Acórdão de 5 de março de 2015, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português* (C-667/13, EU:C:2015:151), no seu n.º 30, afirma que a exceção TWD «[...] só se aplica relativamente a uma parte que invoque em seu benefício a ilegalidade de um ato da União Europeia perante um órgão jurisdicional nacional, embora — sem qualquer dúvida — tivesse podido interpor um recurso de anulação nos termos do artigo 263.º TFUE desse ato, mas não o fez no prazo estabelecido. Consequentemente, o facto de o Estado português, que não contesta a legalidade da Decisão 2011/346 perante o órgão jurisdicional nacional, não ter interposto recurso de anulação desta decisão no Tribunal Geral não é pertinente para apreciar a admissibilidade das questões relativas à validade da referida decisão».

34 Decisão da Comissão, de 20 de julho de 2010, relativa ao auxílio estatal C 33/09 (ex NN 57/09, CP 191/09) executado por Portugal sob a forma de uma garantia estatal a favor do BPP (JO 2011, L 159, p. 95).

35 Acórdão de 12 de dezembro de 2014, *Banco Privado Português e Massa Insolvente do Banco Privado Português* (T-487/11, EU:T:2014:1077).

36 O litígio dizia respeito ao registo do crédito do Estado português no passivo da liquidação do BPP, num montante de 24 462 921,24 euros, acrescido dos juros devidos, que corresponde ao montante da recuperação do auxílio, supostamente ilegal, concedido ao BPP, a quem o Estado tinha garantido um crédito de 450 milhões de euros.

36. A exceção TWD não impede os órgãos jurisdicionais nacionais de suscitar, a título prejudicial, a qualquer momento, oficiosamente ou a pedido de outras partes (sem legitimidade ativa manifesta para interpor recurso de anulação), as suas dúvidas relativas à validade de um ato da União³⁷. A lógica da exceção consiste em evitar o abuso dos meios processuais postos à disposição dos litigantes pelo direito da União.

37. Entendida deste modo, a jurisprudência TWD não impede, repito, o órgão jurisdicional nacional de submeter questões prejudiciais, quando o próprio órgão jurisdicional tenha dúvidas sobre a validade de um ato da União, cujas medidas nacionais de aplicação tenha de apreciar³⁸. Não existe motivo para que a exceção TWD enfraqueça o mecanismo *ordinário* de cooperação, mediante a via prejudicial, do órgão jurisdicional nacional com o Tribunal de Justiça.

38. Em resumo, a exceção TWD requer: i) um ato da União; ii) a ausência de recurso de anulação; iii) legitimidade ativa manifesta e indubitável do particular para interpor recurso de anulação do ato da União no Tribunal Geral; e iv) medidas nacionais de execução contra as quais se dirige uma ação jurisdicional interna, em que é suscitada a invalidade do ato da União.

39. Configurada deste modo, e apesar das críticas que suscitou³⁹, creio que a exceção TWD tem todo o sentido e não encontro motivos para sugerir ao Tribunal de Justiça que a abandone. Pelo contrário, parece-me que se trata de uma jurisprudência em que o princípio *stare decisis* adquire toda a sua pertinência.

40. A exceção TWD responde, na minha opinião, a dois objetivos coincidentes:

- Por um lado, obriga à utilização do recurso de anulação (por parte de quem tenha legitimidade ativa manifesta), porque é necessário estabelecer um limite temporal à possibilidade de pôr em causa a legalidade dos atos da União que produzem efeitos jurídicos⁴⁰ e para salvaguardar a segurança jurídica⁴¹.
- Por outro lado, estabelece uma relação lógica entre o recurso de anulação e a questão prejudicial de apreciação de validade. O primeiro constitui a via processual *idónea* para a apreciação da legalidade de um ato da União, uma vez que o artigo 263.º TFUE confere aos particulares legitimidade para o exercício da proteção jurisdicional plena.

37 O Tribunal de Justiça chegou a esta conclusão no Acórdão de 10 de janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, EU:C:2006:8, n.ºs 72 e 74), ao afirmar que a questão prejudicial tinha sido suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio *motu proprio* e não a pedido de uma das partes no processo nacional que, tendo tido a possibilidade de interpor um recurso de anulação dessa decisão, não o tinha feito. O advogado-geral F.G. Jacobs acrescentava nas suas Conclusões no processo Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, EU:C:2005:655, n.º 63), que «[n]ão existe, portanto, o potencial abuso de processo por parte de quem deveria ter impugnado a decisão diretamente perante o Tribunal de Justiça e não o fez, que constitui, na minha opinião, o ponto fulcral da jurisprudência decorrente do Acórdão TWD».

38 O órgão jurisdicional nacional pode aplicar, por si próprio, a exceção TWD para não submeter a questão. No Acórdão de 18 de julho de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, n.º 56), o Tribunal de Justiça afirmou que «foi corretamente que o órgão jurisdicional de reenvio recusou colocar ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à validade da Decisão 90/555, decisão que a Lucchini poderia ter impugnado no prazo de um mês a contar da publicação desta por força do artigo 33.º do Tratado CECA, o que não fez».

39 Barav, A., «Déviation préjudicielle», *Le renvoi préjudicielle dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 217 a 282; Ritleng, D., «Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective», *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, tomo 2, p. 735; Martínez Capdevila, C., «The action for annulment, the preliminary reference on validity and the plea of illegality: Complementary or alternative means?», *Yearbook of European Law*, 2006, vol. 25, p. 451; Schwensfeier, R., «The TWD principle post-Lisbon», *European Law Review*, 2012, p. 156.

40 Acórdão de 15 de fevereiro de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

41 Acórdão TWD, n.º 16.

41. Num recurso direto, após a troca dos documentos processuais do demandante com o órgão, organismo ou instituição da União autor do ato, inicia-se um processo contraditório no Tribunal Geral, com amplas possibilidades de adoção de medidas instrutórias. Este mecanismo fornece os meios de prova para determinar com precisão os factos, além de permitir a intervenção de outras partes como intervenientes (por exemplo, as empresas concorrentes que não tenham beneficiado do auxílio)⁴².

42. Nos litígios relativos aos auxílios de Estado, que geralmente têm uma grande complexidade fáctica e técnica, as vantagens do recurso de anulação são ainda mais evidentes⁴³. Neles, concretiza-se a finalidade da lógica da exceção TWD (que por algum motivo foi proferida num processo relativo a auxílios de Estado), isto é, a de obrigar o particular com legitimidade ativa manifesta a utilizar o referido tipo de recurso. Deste modo, as partes beneficiam da garantia adicional da dupla instância, uma vez que o acórdão do Tribunal Geral é suscetível de recurso para o Tribunal de Justiça.

43. Atrevo-me mesmo a dizer que nesta matéria específica de auxílios de Estado (e noutras semelhantes, às quais se refere a Comissão nas suas observações)⁴⁴, o reenvio prejudicial pode dar origem a mais problemas dos que os que pretende resolver. Quando tenha de apreciar a validade de uma decisão específica (não tanto de normas de âmbito geral), cuja ponderação implique uma análise complexa de factos e de provas, com componentes técnicos incontornáveis, o processo nacional é insuficiente para que, sem a presença da instituição autora do ato da União, o órgão jurisdicional nacional defina «com suficiente precisão», antes do reenvio, o resultado da referida análise⁴⁵.

44. Poderia responder-se afirmando que essas deficiências são sanáveis no âmbito de um reenvio prejudicial no Tribunal de Justiça. É certamente assim, mas à custa da conversão da sua função própria na que, segundo a arquitetura jurisdicional da União, tenha sido atribuída ao Tribunal Geral. Tal como recorda acertadamente a Comissão, ao instituir-se o Tribunal Geral pretendia-se que assumisse as «ações que exijam um exame aprofundado de factos complexos, [relativamente aos quais] a criação de um segundo tribunal vem melhorar a proteção judiciária dos interessados». Essa criação, acrescentava-se, permitiria «que o Tribunal concentre a sua atividade na função essencial que consiste em assegurar a interpretação uniforme do direito comunitário»⁴⁶.

45. As críticas à jurisprudência TWD centradas no direito dos particulares à proteção jurisdicional efetiva não me parecem, sob essa perspetiva, convincentes. Os particulares não têm, na realidade, *direito* a que o órgão jurisdicional nacional submeta a questão prejudicial, mas sim — repito, quando tenham legitimidade ativa indiscutível — a impugnar o ato da União Europeia no Tribunal Geral, isto é, no foro *natural* que lhes confere a referida proteção.

42 No Despacho de 10 de outubro de 2017, Greenpeace Energy/Comissão (C-640/16 P, não publicado, EU:C:2017:752, n.ºs 61 a 63), o Tribunal de Justiça afirma que os particulares que não tenham sido direta e individualmente afetados por uma decisão da Comissão relativa a auxílios de Estado podem pôr em causa a sua validade nos tribunais nacionais e pedir-lhes que utilizem a via prejudicial. Daqui se pode concluir que a questão prejudicial de apreciação de validade tem um carácter subsidiário relativamente ao recurso de anulação e que este constitui o meio adequado para que os particulares direta e individualmente afetados impugnem as decisões da Comissão.

43 Assim o tinha afirmado o advogado-geral F.G. Jacobs nas suas Conclusões no processo TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1993:358, n.ºs 17 a 20).

44 A Comissão apresenta como exemplos as decisões de política comercial (*antidumping*), as medidas restritivas, os atos em matérias ambientais, químicas e médicas, bem como os adotados no âmbito das políticas agrícolas e de pesca.

45 Segundo o Tribunal de Justiça nas suas Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (JO 2016, C 439, p. 1), «é necessário que a decisão de efetuar um reenvio prejudicial seja tomada numa fase do processo em que o órgão jurisdicional de reenvio esteja em condições de definir, com precisão suficiente, o quadro jurídico e factual do processo principal, bem como as questões jurídicas que este suscita».

46 Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de outubro de 1988, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (JO 1988, L 319, p. 1), terceiro e quarto considerandos.

46. Também não concordo com a ideia de que as partes devem ter a liberdade de escolher a estratégia processual que preferirem, de modo que, no prazo do artigo 263.º TFUE, possam optar entre: a) a interposição do recurso de anulação no Tribunal Geral; e b) a invocação da invalidade do ato nos órgãos jurisdicionais nacionais, pedindo-lhes que submetam ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial.

47. Creio que esta liberdade de escolha de foro não é desejável nem respeita a precedência do recurso de anulação, enquanto meio idóneo, previsto no artigo 263.º TFUE, para apreciar a validade dos atos da União impugnados por recorrentes que têm legitimidade ativa manifesta. Esta opção favoreceria a multiplicação de situações processualmente complexas (como a destes autos), que prejudicam o funcionamento do sistema de recursos previsto no direito da União⁴⁷.

2. Relevância do prazo na jurisprudência TWD

48. A exceção TWD não tem apenas por finalidade impedir a elisão do prazo de interposição dos recursos de anulação. O seu objetivo, sublinho, consiste também em privilegiar o recurso de anulação relativamente ao incidente prejudicial, enquanto via de impugnação *ordinária* dos atos da União Europeia, quando, em abstrato, o particular tem a possibilidade de utilizar ambos.

49. Sob esta perspetiva, o momento em que o particular recorre nos órgãos jurisdicionais nacionais sugerindo-lhes a apresentação de uma questão prejudicial, como alternativa ao recurso de anulação, não constitui o único fator relevante. Nos processos TWD e *Nachi Europe*⁴⁸, os recorrentes recorreram aos órgãos jurisdicionais nacionais *depois de ter expirado o prazo* de interposição do recurso de anulação, o que constitui a situação habitual de aplicação da jurisprudência TWD. Mas, na minha opinião, esta será também aplicável quando o particular recorre aos órgãos jurisdicionais nacionais pondo em causa, indiretamente, a validade do ato da União *durante o prazo* em que poderia ter utilizado o recurso de anulação no Tribunal Geral para impugnar o referido ato.

50. Não faria sentido que a exceção TWD dependesse do momento em que os particulares com legitimidade ativa manifesta queiram recorrer aos órgãos jurisdicionais nacionais, nem da maior ou menor celeridade administrativa das autoridades nacionais em adotar as suas decisões de aplicação do ato da União. Determinante será o facto de os referidos particulares terem omitido a interposição do seu recurso no Tribunal Geral, sabendo que este era o foro ao qual, em conformidade com o artigo 263.º TFUE, deveriam recorrer.

3. Aplicação da exceção TWD a este processo

51. A Georgsmarienhütte e as outras três empresas recorreram das decisões do BAFA de 3 de dezembro de 2014 (nas quais lhes era exigida a recuperação dos auxílios) para o tribunal de reenvio quando não tinha ainda sido apreciada a sua reclamação no referido organismo. Utilizando as possibilidades processuais disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para reagir ao silêncio da Administração, o seu recurso jurisdicional como que se *adiantou*, em 26 de março de 2015, e nele invocaram a invalidade da Decisão 2015/1585. Foi já explicado que não interpuseram recurso de anulação dessa decisão, embora tivessem impugnado, anteriormente, no Tribunal Geral, a decisão de abertura do procedimento de auxílios de Estado (passo prévio, como é óbvio, à decisão final).

47 O Tribunal de Justiça tem de apreciar a mesma questão quanto ao mérito (se a redução da sobretaxa EEG para as empresas energívoras constitui um auxílio de Estado) em dois litígios diferentes e com uma configuração processual distinta: a) nesta questão prejudicial; e b) no recurso da República Federal da Alemanha contra o acórdão do Tribunal Geral que confirmou a legalidade da decisão da Comissão (processo C-405/16 P). Se, tal como entendo, a Georgsmarienhütte e as outras três empresas tivessem legitimidade ativa manifesta para interpor o recurso de anulação, a dualidade de vias processuais é disfuncional. A exceção TWD impede esta disfunção e permite que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a legalidade da Decisão 2015/1585 apenas no âmbito do recurso do acórdão *piloto* do Tribunal Geral (que suspendeu a instância nos restantes recursos de anulação, até à prolação do acórdão do Tribunal de Justiça em sede de recurso).

48 Acórdão de 15 de fevereiro de 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, EU:C:2001:101).

52. Esta sequência de factos (e de omissões) obriga a focar a atenção em dois fatores: a) a legitimidade ativa das referidas empresas; e b) a relevância do prazo para a impugnação da Decisão 2015/1585 no Tribunal Geral.

a) A legitimidade das empresas recorrentes

53. Tinham a Georgsmarienhütte e as outras três empresas legitimidade ativa manifesta para interpor um recurso de anulação da Decisão 2015/1585?

54. A destinatária da Decisão 2015/1585 é, nos termos do seu artigo 10.º, a República Federal da Alemanha. Em conformidade com o artigo 262.º, quarto parágrafo, TFUE, uma pessoa singular ou coletiva só pode interpor recurso de anulação de um ato do qual não seja destinatária se este a afetar direta e individualmente. Consequentemente, é necessário determinar se se verifica esta situação nas empresas recorrentes.

55. Em primeiro lugar, as empresas recorrentes no processo principal serão *diretamente* afetadas pela Decisão 2015/1585 se esta, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça⁴⁹, produzir efeitos diretos na situação jurídica do particular e não deixar nenhum poder de apreciação ao seu destinatário (a República Federal da Alemanha) encarregado da sua implementação, já que esta é de caráter puramente automático e sem aplicação de outras regras intermediárias.

56. Ora, os artigos 6.º e 7.º da Decisão 2015/1585 impõem à República Federal da Alemanha a obrigação de recuperar a parte da sobretaxa EEG não paga, que é qualificada de auxílio ilegal, nos termos que acabo de expor. As duas disposições referidas estabelecem o método de recuperação (com remissão para o anexo III), o pagamento de juros e a sua forma de cálculo, e obrigam a República Federal da Alemanha a uma recuperação imediata e plena, que deve efetuar num prazo máximo de quatro meses a partir da notificação da decisão. O Estado alemão não tem nenhuma margem de apreciação e a Decisão 2015/1585 produz os seus efeitos nas empresas por simples aplicação administrativa pelas autoridades nacionais.

57. Em segundo lugar, tem de se determinar se as referidas empresas são *individualmente* afetadas pela Decisão 2015/1585, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual:

- «os sujeitos que não sejam os destinatários de uma decisão só preenchem o pressuposto da afetação individual se a decisão os afetar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e, assim, os individualiza de maneira análoga à do destinatário»⁵⁰.
- «quando a decisão diz respeito a um grupo de pessoas que estavam identificadas ou eram identificáveis no momento em que esse ato foi adotado, em função de critérios próprios aos membros desse grupo, esse ato pode dizer individualmente respeito a essas pessoas, na medida em que fazem parte de um círculo restrito de operadores económicos, e tal pode ser o caso, designadamente, quando a decisão altere os direitos adquiridos pelo particular antes da sua adoção»⁵¹.

49 Acórdãos de 5 de maio de 1998, Dreyfus/Comissão (C-386/96 P, EU:C:1998:193, n.º 43), e de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556, n.º 48).

50 Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 51), com referência aos Acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão (25/62, EU:C:1963:17); e de 28 de abril de 2015, T & L Sugars e Sidul Açúcares/Comissão (C-456/13 P, EU:C:2015:284, n.º 63).

51 Acórdão de 28 de abril de 2016, Borealis Polyolefine e o. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 e C-391/14 a C-393/14, EU:C:2016:311, n.º 53), com referência ao Acórdão de 27 de fevereiro de 2014, Stichting Woonpunt e o./Comissão (C-132/12 P, EU:C:2014:100, n.º 59).

58. No caso dos auxílios de Estado, uma empresa não pode, em princípio, impugnar uma decisão da Comissão que proíbe um regime de auxílios setorial se apenas for afetada por essa decisão em virtude de pertencer ao setor em questão e da sua qualidade de potencial beneficiário do referido regime⁵². Contudo, para o Tribunal de Justiça:

- «os beneficiários efetivos de auxílios individuais concedidos ao abrigo de um regime de auxílios cuja recuperação tenha sido ordenada pela Comissão são, por este motivo, individualmente afetados na aceção do artigo [263.º, quarto parágrafo, TFUE]».
- «a injunção de recuperação diz individualmente respeito a todos os beneficiários do regime em causa, na medida em que, desde o momento da adoção da decisão controvertida, ficam expostos ao risco de os auxílios que receberam virem a ser recuperados, encontrando-se assim afetados na sua situação jurídica. Por conseguinte, os beneficiários fazem parte de um círculo restrito»⁵³.

59. As quatro empresas recorrentes no processo principal, enquanto beneficiárias singulares de reduções da sobretaxa EEG, que o BAFA lhes tinha reconhecido, deviam devolver o seu montante uma vez que a Decisão 2015/1585 declarou parcialmente ilegal, como auxílio de Estado, essas reduções e ordenou a sua recuperação (em conformidade com os seus artigos 6.º e 7.º). As autoridades alemãs, que atuaram com grande diligência, adotaram as medidas de recuperação subseqüentes, decorrentes da Decisão 2015/1585. Por conseguinte, estas quatro empresas eram individualmente afetadas, na aceção acima exposta, por esta última decisão, o que lhes conferia, de modo manifesto, legitimidade ativa para a impugnar no Tribunal Geral.

60. Estas empresas não podiam ter nenhuma dúvida a esse respeito e constitui evidência desse facto a interposição, em devido tempo, de recursos de anulação da decisão da Comissão que iniciou o procedimento de verificação da legalidade dos auxílios. Além disso, tentaram ampliar os seus pedidos iniciais, para que abrangessem também a impugnação da decisão definitiva da Comissão⁵⁴ uma vez adotada. Paradoxalmente, não interpuseram recurso de anulação da Decisão 2015/1585, como lhes sugeriu o Tribunal Geral⁵⁵. Já as restantes empresas energívoras que se encontravam em situação semelhante submeteram os referidos recursos de anulação, ainda pendentes no Tribunal Geral, aguardando a apreciação definitiva do processo *piloto* Alemanha/Comissão.

61. Neste contexto, entendo que a exceção TWD é aplicável às quatro empresas que não interpuseram o recurso de anulação da Decisão 2015/1585 no Tribunal Geral, quando tinham legitimidade clara e manifesta para o fazer.

b) O prazo para intentar recurso da anulação da Decisão 2015/1585

62. Na audiência ficou comprovado que «o texto completo e definitivo» da Decisão 2015/1585 foi posto à disposição das empresas recorrentes em 6 de janeiro de 2015, no decurso do processo seguido no Tribunal Geral de impugnação do procedimento de auxílios de Estado⁵⁶.

52 Acórdãos de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardegnia Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, EU:C:2000:570, n.º 33), e de 17 de setembro de 2009, Comissão Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556, n.º 53).

53 Acórdãos de 19 de outubro de 2000, Itália e Sardegnia Lines/Comissão (C-15/98 e C-105/99, EU:C:2000:570, n.º 34); de 17 de setembro de 2009, Comissão/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, n.º 54); e de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão (C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368, n.ºs 53 e 56).

54 Despachos de 9 de junho de 2015, Stahlwerk Bous/Comissão (T-172/14, não publicado, EU:T:2015:402); Georgsmarienhütte/Comissão (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414); Harz Guss Zorge/Comissão (T-177/14, não publicado, EU:T:2015:395); e Schmiedag/Comissão (T-183/14, não publicado, EU:T:2015:396).

55 Despacho de 9 de junho de 2015, Georgsmarienhütte/Comissão (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414, n.º 24). Nos outros três despachos há um número idêntico.

56 Em 10 de dezembro de 2014, o Tribunal Geral tinha pedido à Comissão a apresentação do texto da Decisão 2015/1585, para conhecimento das empresas recorrentes, pedido a que acedeu em 6 de janeiro de 2015. Nesse mesmo dia, o Tribunal Geral pediu às partes que se pronunciassem sobre as consequências da adoção da referida decisão. V. Despacho de 9 de junho de 2015, Georgsmarienhütte/Comissão (T-176/14, não publicado, EU:T:2015:414, n.ºs 13 a 16).

63. Uma vez que a publicação (muito tardia, relativamente à data da sua adoção) da Decisão 2015/1985 não constituía uma condição para a sua eficácia, sendo suficiente que as empresas afetadas direta e individualmente tivessem tido conhecimento fidedigno da mesma, tal como se verificou neste caso, o prazo para a sua impugnação teve início, para as referidas empresas, em 6 de janeiro de 2015, segundo elemento comprovado na audiência⁵⁷.

64. Partindo desse pressuposto, as referidas empresas tinham esgotado o prazo imperativo de dois meses do artigo 263.º TFUE (mais dez dias, tendo em consideração as distâncias)⁵⁸ quando apresentaram, em 26 de março de 2015, o seu recurso jurisdicional no tribunal de reenvio. Uma vez expirado esse prazo, não podiam «contornar o caráter definitivo que em relação a [elas]»⁵⁹ tinha a Decisão 2015/1585, mediante um recurso nos tribunais nacionais para pôr em causa a validade dessa decisão.

65. A exceção TWD seria aplicável, mesmo se o referido prazo não tivesse sido ultrapassado, de acordo com as considerações que acima expus. Já referi o facto de as autoridades alemãs terem sido extremamente céleres ao decidirem as medidas nacionais de recuperação dos auxílios no mesmo dia da adoção da decisão, em 25 de novembro de 2014. Não me parece que faça muito sentido aceitar que a exceção TWD também seria aplicável a estas empresas se tivessem recorrido aos tribunais alemães dois meses depois de terem tido conhecimento fidedigno da Decisão 2015/1585, e não o aceitar se o seu recurso tivesse sido apresentado nesses tribunais, dada a rapidez da atuação administrativa nacional, antes de expirar o referido prazo.

66. Em suma, considero a jurisprudência assente no Acórdão TWD aplicável a este reenvio, pelo que defendo a sua inadmissibilidade.

B. Aplicação da jurisprudência Adiamix

67. A Comissão alega, como fundamento da sua segunda objeção de inadmissibilidade, a jurisprudência Adiamix⁶⁰. Em sua opinião, o tribunal de reenvio não analisou de modo autónomo nem explicou os motivos pelos quais tem dúvidas quanto à validade da Decisão 2015/1585, dado que apenas remeteu para as alegações das recorrentes.

68. Segundo o Tribunal de Justiça, «é importante que o tribunal nacional indique em particular as razões precisas que o levaram a interrogar-se sobre a validade de certas disposições do direito da União e exponha as causas de invalidade que, conseqüentemente, entende poderem ser declaradas (v., neste sentido, nomeadamente, Acórdãos Greenpeace France e o., C-6/99, EU:C:2000:148, n.º 55, e Despacho Adiamix, C-368/12, EU:C:2013:257, n.º 22). Essa exigência resulta igualmente do artigo 94.º, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça»⁶¹.

69. Além disso, segundo jurisprudência constante, as informações fornecidas nas decisões de reenvio não servem apenas para permitir ao Tribunal de Justiça dar respostas úteis, mas também para dar aos Governos dos Estados-Membros e às demais partes interessadas, a possibilidade de apresentarem observações nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Compete ao Tribunal de Justiça velar pela salvaguarda desta possibilidade, tendo em conta que, nos termos dessa disposição, só as decisões de reenvio são notificadas às partes interessadas, acompanhadas de uma tradução na língua oficial de cada Estado-Membro, com exceção dos autos do processo nacional

57 Na audiência foi também confirmado o facto de as empresas recorrentes terem podido ter acesso a uma versão não confidencial, em inglês, da Decisão 2015/1585, publicada em dezembro de 2014 na página *web* da Comissão.

58 Artigo 60.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

59 Acórdão TWD, n.º 18.

60 Despacho de 18 de abril de 2013 (C-368/12, não publicado, EU:C:2013:257).

61 Acórdão de 4 de maio de 2016, Philip Morris Brand e o. (C-547/14, EU:C:2016:325, n.º 48).

eventualmente transmitidos ao Tribunal de Justiça pelo tribunal de reenvio⁶². Assim, o facto de o órgão jurisdicional nacional remeter para as observações das partes no processo principal, que podem variar em função dos seus interesses, não garante aos governos, às instituições da União e aos restantes interessados a apresentação de observações adequadas nos pedidos de decisão prejudicial⁶³.

70. Neste processo, o tribunal de reenvio não expõe as suas próprias dúvidas sobre a validade da Decisão 2015/1985, limitando-se a afirmar a este respeito o seguinte:

«As [recorrentes] suscitaram dúvidas quanto à interpretação do direito da União (artigos 107.º e 108.º TFUE) levada a cabo pela Comissão [...]

Devido ao carácter pormenorizado da argumentação das [recorrentes] e com vista a evitar repetições, o tribunal remete para as considerações expostas na petição inicial de 26 de maio de 2015 [...]

As [recorrentes] suscitaram sérias dúvidas a este título, o que se afigura suficiente para submeter a questão ao TJUE para obtenção de uma decisão prejudicial [...]

Logo, não é necessário que este tribunal partilhe das dúvidas expressas pelas [recorrentes] em relação à interpretação dos artigos 107.º e 108.º TFUE por parte da Comissão. No entanto, este tribunal considera pertinentes as dúvidas apresentadas pelas [recorrentes] a propósito da decisão da Comissão»⁶⁴.

71. Após a leitura deste trecho do despacho de reenvio, creio que uma aplicação estrita da jurisprudência resumida nos pontos anteriores conduziria à inadmissibilidade da questão prejudicial, dadas as insuficiências de fundamentação *própria* em que incorre.

72. Contudo, reconheço que, noutras ocasiões, o Tribunal de Justiça aplicou com mais flexibilidade esta jurisprudência, atendendo ao facto de o mecanismo prejudicial se inspirar no conceito de «cooperação jurisdicional». Sob esta perspetiva, a exceção de inadmissibilidade poderia ser indeferida, tendo em conta que o despacho de reenvio *assume*, como dúvidas, os argumentos das partes sobre a invalidade da Decisão 2015/1585.

IV. Quanto ao mérito

73. Subsidiariamente, caso o Tribunal de Justiça entenda que o reenvio prejudicial deve ser admitido, analisarei se a Decisão 2015/1585 não é válida por qualificar a limitação da sobretaxa EEG de auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º TFUE.

74. O artigo 107.º, n.º 1, TFUE declara incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

62 V. Acórdão de 13 de abril de 2000, Lehtonen e Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, n.º 23); Despacho de 18 de abril de 2013, Adiamix (C-368/12, não publicado, EU:C:2013:257, n.º 24); e Acórdão de 4 de maio de 2016, Philip Morris Brand e o. (C-547/14, EU:C:2016:325, n.º 49).

63 Despacho de 18 de abril de 2013, Adiamix (C-368/12, não publicado, EU:C:2013:257, n.º 25).

64 Despacho de reenvio, p. 11.

75. São, portanto, quatro os requisitos que têm de estar preenchidos para que se declare a incompatibilidade do auxílio: a) tem de ser concedido pelo Estado ou por recursos estatais; b) essa intervenção deve ser passível de afetar as trocas entre os Estados-Membros; c) tem de conferir uma vantagem para quem dele beneficie; e d) tem de falsear ou ameaçar falsear a concorrência⁶⁵.

76. Não parece estar em causa que a limitação da sobretaxa EEG a favor das empresas energívoras preencha o segundo (afetar potencialmente as trocas entre os Estados-Membros) e o quarto (falsear ou ameaçar falsear a concorrência) requisitos. Pelo contrário, os outros dois requisitos são controvertidos, o que implica que se determine se a referida redução constitui uma vantagem seletiva para as empresas beneficiárias e, sobretudo, se a medida é imputável ao Estado e implica a utilização de recursos estatais.

77. Na ausência de considerações *próprias* do tribunal de reenvio relativas a alguns dos pontos essenciais em causa (designadamente, relativas às funções de fiscalização e supervisão das autoridades alemãs no que diz respeito à gestão dos recursos resultantes da sobretaxa EEG), importa respeitar o disposto na Decisão 2015/1585, exceto se se demonstrar de modo claro o erro da Comissão ao proferi-la.

A. Quanto à existência de uma vantagem seletiva

78. Uma vantagem, no contexto que ora importa, consiste em qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, ou seja, sem intervenção estatal⁶⁶. Há uma vantagem se a situação financeira de uma empresa melhora como resultado direto da atuação estatal e não pelo funcionamento do mercado livre.

79. No conceito de «auxílio de Estado» incluem-se tanto as vantagens positivas (por exemplo, um subsídio) como as medidas estatais que aliviem ou desonerem uma empresa dos encargos que normalmente oneram o seu orçamento⁶⁷.

80. Na minha opinião, ao reduzir a sobretaxa EEG exigível às empresas grandes consumidoras de energia, as autoridades alemãs concedem-lhes uma vantagem inegável, em termos económicos, uma vez que impedem os gestores de redes de transporte (a seguir «GRT») e os fornecedores de eletricidade de recuperar os custos adicionais da eletricidade EEG consumida pelas referidas empresas, que, de outro modo, deviam cobrir.

81. O § 40 da Lei EEG de 2012 estabelece a limitação do montante da sobretaxa EEG que os fornecedores de eletricidade podem fazer repercutir nos grandes consumidores de energia: a pedido prévio, o BAFA emite um documento administrativo que proíbe o fornecedor de eletricidade de repercutir a totalidade da sobretaxa EEG num utilizador final, quando este último é uma empresa energívora. O § 41 da Lei EEG de 2012 condiciona a redução ao facto de as referidas empresas preencherem determinados requisitos, essencialmente ligados ao volume do seu consumo de energia.

65 Acórdãos de 17 de março de 1993, *Slooman Neptun* (C-72/91 e C-73/91, EU:C:1993:97, n.º 18); de 15 de julho de 2004, *Pearle e o.* (C-345/02, EU:C:2004:448, n.º 33); de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère! e o.* (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 15); de 16 de abril de 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias* (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 17); de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 40); de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 38); e de 13 de setembro de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 17).

66 Acórdãos de 11 de julho de 1996, *SFEI e o.* (C-39/94, EU:C:1996:285, n.º 60); de 29 de abril de 1999, *Espanha/Comissão* (C-342/96, EU:C:1999:210, n.º 41); de 17 de julho de 2008, *Essent Netwerk Noord e o.* (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 79); de 16 de abril de 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias* (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 20); e de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 65).

67 Acórdãos de 15 de março de 1994, *Banco Exterior de España* (C-387/92, EU:C:1994:100, n.º 13); de 19 de maio de 1999, *Itália/Comissão* (C-6/97, EU:C:1999:251, n.º 15); de 19 de setembro de 2000, *Alemanha/Comissão* (C-156/98, EU:C:2000:467, n.º 25); de 3 de março de 2005, *Heiser* (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 36); e de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 66).

82. O Governo alemão reconhece que o regime derogatório destes artigos pretende restringir a sobrecarga económica que, para as empresas energívoras, decorre do auxílio à produção de eletricidade EEG. Com ele pretende-se, assim, reduzir um dos encargos que normalmente oneram o orçamento das referidas empresas.

83. As recorrentes e o Governo alemão alegam, contudo, que a limitação da sobretaxa EEG, mais do que conferir uma *vantagem* às empresas energívoras, compensa a sua *desvantagem* competitiva relativamente às empresas de outros Estados-Membros.

84. O argumento não impede a qualificação da medida de vantagem, embora seja contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça: a circunstância de um Estado-Membro procurar aproximar, através de medidas unilaterais, as condições de concorrência de um determinado setor económico das existentes noutros Estados-Membros não retira a estas medidas a natureza de auxílio⁶⁸.

85. Além disso, a Comissão forneceu dados⁶⁹ que contrariam o pressuposto fáctico em que se fundamenta o referido argumento: não parece que os preços da eletricidade suportados na Alemanha por estas empresas sejam, apesar da sobretaxa EEG, superiores aos correspondentes à média dos Estados-Membros. A suposta *desvantagem* competitiva das referidas empresas não estaria, portanto, comprovada.

86. As recorrentes afirmam, também, que, por «condições normais de mercado», se deveriam entender as existentes em condições de total ausência de sobretaxa EEG e não as criadas após a introdução desta. Se assim fosse, a redução da sobretaxa EEG para as próprias desapareceria como vantagem, porque não existiria sobretaxa EEG limitável.

87. Esta alegação também não é convincente. A sobretaxa EEG é um mecanismo que impõe encargos a todos os operadores do sistema elétrico alemão, de modo que, entre as condições normais do mercado, para determinar se existe vantagem, têm de se incluir também as que resultam da implantação da sobretaxa EEG. A redução deste encargo para as empresas energívoras constitui um regime excecional, que lhes confere uma vantagem específica, uma vez que reduz o preço que, de outro modo, teriam de pagar pela eletricidade que consomem.

88. Para que exista auxílio de Estado, por outro lado, é imprescindível que a vantagem conferida às empresas seja *seletiva*. As recorrentes alegam que a limitação do encargo não tem este carácter, no que a elas diz respeito, porque está objetivamente justificada e é necessária para a preservação dos direitos fundamentais.

89. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷⁰, este argumento também não é sustentável. Concordo com a Comissão no que diz respeito ao facto de a limitação da sobretaxa EEG ter um carácter seletivo, uma vez que favorece apenas algumas empresas consumidoras de quantidades consideráveis de energia no setor industrial.

90. A seletividade de uma vantagem determina-se com maior facilidade perante medidas positivas que beneficiem uma ou várias empresas nominalmente identificadas. Pelo contrário, é mais difícil aferi-la quando os Estados-Membros adotam regras aplicáveis a quem preencha determinados critérios, cujos encargos económicos são aliviados em resultado das referidas regras. A limitação da sobretaxa EEG para as empresas energívoras enquadra-se nesta (segunda) hipótese.

68 Acórdão de 3 de março de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 54 e jurisprudência aí referida).

69 Anexo III do documento da Comissão com a epígrafe «Energy Prices and Costs in Europe», SWD(2014) 20 final. Os dados do Eurostat quando foi adotada a Decisão 2015/1585 mostravam que os preços da eletricidade na Alemanha para os clientes industriais eram os oitavos mais baixos da União, e para os consumidores eram mais baixos que a média da União.

70 Acórdão de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

91. Nestes casos, a análise da seletividade é geralmente feita em três etapas:

- em primeiro lugar, deve identificar-se o regime jurídico de referência.
- em segundo lugar, importa analisar se uma determinada medida constitui uma exceção no âmbito do referido regime, por estabelecer diferenças entre operadores económicos que, tendo em conta os objetivos intrínsecos ao sistema, se encontrem numa situação fáctica e jurídica comparável. A existência de uma exceção será o elemento essencial que permitirá determinar se a medida é *a priori* seletiva.
- em terceiro lugar, se a medida constituir uma exceção, terá que se determinar se se justifica na natureza ou na sistemática geral do regime de referência⁷¹.

92. No esquema que inspira a Lei EEG de 2012, o regime geral consiste no facto de a sobretaxa EEG ser suportada por todos os consumidores de energia elétrica (na realidade, o que a lei prevê é a possibilidade de que se repercute sobre eles a referida taxa, como invariavelmente acontece na prática).

93. A diminuição da sobretaxa EEG para algumas empresas do setor industrial, como as recorrentes, constitui uma exceção a esse regime geral, que beneficia apenas as referidas empresas e não as empresas consumidoras de energia noutros setores produtivos. A limitação da sobretaxa EEG para essas empresas energívoras é, por conseguinte, seletiva.

94. As recorrentes alegam que a redução da sobretaxa EEG que têm de pagar contribui para a proteção do clima e do meio ambiente, bem como para o desenvolvimento sustentável e para a garantia do fornecimento de energia. Mas esses motivos de interesse geral apenas seriam atribuíveis, por maioria de razão, ao regime geral da sobretaxa EEG, e não à sua redução para uma categoria específica de operadores industriais. Além disso, acontece que ao exonerar esse operadores (parcialmente) do encargo geral que a sobretaxa EEG implica, incentiva-se simultaneamente o aumento do consumo de energia por parte dessa categoria de operadores económicos e diminuem-se os rendimentos disponíveis para financiar as fontes de energia renovável. Este não é, portanto, um motivo que fundamente a exceção, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁷².

95. Também não constitui fundamento para a medida a pretendida salvaguarda dos direitos fundamentais, invocada pelas empresas recorrentes. Segundo elas, o pagamento completo da sobretaxa EEG implicaria um aumento tal dos seus custos de produção que impediria o desenvolvimento das suas atividades económicas, violando o artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que garante o direito de empresa.

96. Além de constituir um motivo de interesse geral externo e não inerente ao regime geral da sobretaxa EEG, nem as empresas nem o Governo alemão forneceram elementos precisos para fundamentar o facto de o pagamento da referida sobretaxa, nas condições estabelecidas pela Decisão 2015/1585, tornar a sua existência inviável. Esta ausência de prova é suficiente para enfraquecer a alegação correspondente, não sendo necessário aprofundar a análise da relação entre a liberdade de empresa e o conteúdo das medidas de regulação setorial.

71 Acórdãos de 9 de outubro de 2014, Ministerio de Defensa y Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, n.ºs 42 e 43); de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.º 19); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551, n.º 62); de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.ºs 49 e segs.); e de 8 de novembro de 2001, Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, n.º 48).

72 Acórdãos de 8 de setembro de 2011, Paint Graphos e o. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, n.ºs 69 e 70); de 6 de setembro de 2006, Portugal/Comissão (C-88/03, EU:C:2006:511, n.º 81); de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos (C-279/08 P, EU:C:2011:551); de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão (C-487/06 P, EU:C:2008:757); e de 18 de julho de 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, n.ºs 27 e segs.).

97. Por último, importa não esquecer que, na Decisão 2015/1585, a Comissão Europeia admitiu que se poderia autorizar o auxílio consagrado na Lei EEG de 2012 (isto é, a redução dos custos decorrentes do auxílio à EEG) se forem cumpridos «os critérios de elegibilidade estabelecidos nos pontos 185, 186 e 187 das Orientações de 2014»⁷³ e a referida redução for «proporcionada, de acordo com os critérios estabelecidos nos pontos 188 e 189 das Orientações 2014»⁷⁴.

98. Deste modo, reconhece-se que, se a sobretaxa EEG pusesse realmente em risco a posição concorrencial das empresas que utilizam a energia elétrica de modo intensivo, dentro dos limites estabelecidos pelas Orientações de 2014, a sua redução seria compatível com o mercado interno. Não se trata, portanto, de uma proibição absoluta de redução deste custo, mas sim de o reduzir mais do que as referidas orientações autorizam. No incidente prejudicial não foi demonstrado que as condições impostas pela Decisão 2015/1585 não respeitem este critério.

99. Em suma, a diminuição da sobretaxa prevista pela Lei EEG de 2012 confere uma vantagem seletiva às empresas beneficiárias deste regime de exceção, relativamente ao regime geral aplicável aos restantes consumidores.

B. Quanto à existência de uma intervenção de Estado ou de uma transferência de recursos estatais

100. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para que uma vantagem seletiva possa ser qualificada de «auxílio» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, é indispensável, por um lado, que seja concedida direta ou indiretamente através de recursos estatais e, por outro, que seja imputável ao Estado⁷⁵. São duas condições cumulativas⁷⁶ que, no entanto, são geralmente analisadas conjuntamente ao avaliar uma medida no contexto da referida disposição.

101. As empresas recorrentes e o Governo alemão entendem, em substância, que a limitação da sobretaxa EEG da qual as referidas empresas beneficiam não é imputável ao Estado nem implica transferência de recursos estatais.

1. Imputação da medida ao Estado

102. Para apreciar se uma medida é imputável ao Estado, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve analisar-se, em primeiro lugar, se as autoridades públicas intervieram na sua adoção. Tal verifica-se, de forma evidente, quando as vantagens seletivas para uma categoria de empresas tenham sido estabelecidas por lei⁷⁷.

103. Tanto a sobretaxa EEG como a sua redução a favor de determinadas empresas energívoras do setor industrial foram consagradas na Lei EEG de 2012 (§§ 40 a 44). A redução não é concedida *espontaneamente* a essas empresas pelas empresas fornecedoras de eletricidade, decorrendo de atos legislativos e regulamentares, adotados pelo Estado alemão, que regulam o seu regime jurídico. Parece-me, assim, inegável, que a concessão desta vantagem é imputável ao referido Estado.

73 Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (JO 2014, C 200, p. 1).

74 Considerando 215 da Decisão 2015/1585.

75 Acórdãos de 16 de maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 24); de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 16); e de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 20).

76 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 24).

77 Acórdãos de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 18); de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 22); e Despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.º 23).

2. Transferência de recursos estatais a favor de determinadas empresas

104. Além da imputação ao Estado, é necessário que a medida implique a transferência de recursos estatais para as empresas beneficiárias.

105. O Tribunal de Justiça interpretou de forma ampla o conceito de «recursos estatais», que abrange não apenas os do setor público, em sentido estrito, mas também alguns de organismos privados, em determinadas circunstâncias.

106. A redução indireta das receitas do Estado decorrente da adoção de legislação ou medidas nacionais não constitui uma transferência de recursos estatais, quando a referida repercussão é a elas inerente⁷⁸. Assim, uma exceção às disposições do direito laboral que altere o quadro das relações contratuais entre empresas e trabalhadores não é considerada transferência de recursos estatais, embora possa reduzir as contribuições para a segurança social ou os impostos a pagar ao Estado pelas empresas e pelos trabalhadores⁷⁹.

107. As maiores dificuldades para saber se houve ou não transferência de recursos estatais surgem quando os Estados aprovam mecanismos de intervenção na vida económica, em resultados dos quais certas empresas podem obter uma vantagem seletiva. Concretamente, a zona *cinzenta* corresponde a casos de intervenção do Estado que, indo além da adoção de uma simples legislação geral reguladora do setor, não se chegam a traduzir numa transferência direta de recursos. Neste reenvio é suscitado um destes casos, para cuja solução é necessário considerar, previamente, a complexa (e nem sempre linear) jurisprudência do Tribunal de Justiça a este respeito.

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a transferências indiretas de recursos estatais: do Acórdão PreussenElektra ao Acórdão Association Vent De Colère! e o.

108. A intervenção do Estado ou mediante recursos estatais abrange tanto os auxílios conferidos diretamente pelo Estado como os conferidos por organismos públicos ou privados instituídos ou por ele designados para gerir o auxílio⁸⁰. O direito da União não pode admitir que o simples facto de criar instituições autónomas encarregadas da distribuição destes auxílios permita contornar as regras relativas aos auxílios de Estado⁸¹.

109. Uma medida da autoridade pública que beneficie certas empresas ou certos produtos não perde o seu carácter de vantagem gratuita pelo facto de ser parcial ou totalmente financiada por contribuições impostas pela autoridade pública e cobradas às empresas interessadas⁸².

110. Com efeito, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE, abrange todos os meios pecuniários que as autoridades públicas podem efetivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que esses meios pertençam ou não de modo permanente ao património do Estado. Mesmo se as quantias correspondentes à medida em causa não se encontrarem 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»⁸³.

78 Acórdão de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, n.º 62).

79 Acórdãos de 7 de maio de 1998, Viscido e o. (C-52/97, C-53/97 e C-54/97, EU:C:1998:209, n.ºs 13 e 14), e de 30 de novembro de 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, EU:C:1993:907, n.ºs 17 e 18).

80 Acórdãos de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, n.º 21); de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, n.º 58); e de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 23).

81 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 23).

82 Acórdão de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, n.º 22).

83 Acórdãos de 16 de maio de 2002, França/Comissão (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 37); de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 70); de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 21); e de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 25).

111. No que diz respeito ao setor da eletricidade, no Acórdão de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère! e o.*, o Tribunal de Justiça afirmou que «os fundos alimentados por contribuições obrigatórias impostas pela legislação de um Estado-Membro, geridas e repartidas de acordo com essa legislação, podem ser considerados recursos estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, mesmo que sejam geridos por entidades distintas da autoridade pública»⁸⁴.

112. Desta jurisprudência resulta que o determinante para comprovar se os recursos controvertidos são estatais, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, é o grau de intervenção e de controlo das autoridades públicas sobre eles.

113. A ausência de controlo das autoridades públicas explica o facto de o Tribunal de Justiça não considerar auxílios, por exemplo, os casos em que os recursos dos membros de uma associação profissional se destinam a financiar uma finalidade específica no interesse desses membros, que decide uma organização privada e tem propósitos puramente comerciais, relativamente aos quais o Estado atua simplesmente como veículo para conferir caráter obrigatório às contribuições introduzidas pelas organizações comerciais. Os processos *Pearle*⁸⁵ e *Doux Élevages*⁸⁶ constituem exemplos destes casos.

114. A ausência de controlo estatal sobre as transferências de recursos também explica o facto de o Tribunal de Justiça não considerar auxílios as legislações das quais resultam a redistribuição financeira de uma entidade privada para outra, sem intervenção adicional do Estado. Em princípio, não há transferência de recursos estatais se os recursos passam diretamente de uma entidade privada para outra, sem transitar por um organismo público ou privado designado pelo Estado para gerir a transferência⁸⁷.

115. Também não haverá transferência de recursos estatais quando as empresas, maioritariamente privadas, não tenham sido encarregadas pelo Estado-Membro de gerir um recurso estatal, mas tenham apenas uma obrigação de compra utilizando os seus próprios recursos financeiros⁸⁸. É esta a situação do Acórdão *PreussenElektra*, segundo o qual que a obrigação, imposta por um Estado-Membro às empresas privadas de fornecimento, de comprar a preços mínimos fixos a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não engendra nenhuma transferência direta ou indireta de recursos estatais para as empresas produtoras deste tipo de eletricidade, não alterando esta circunstância o facto de os menores rendimentos das empresas sujeitas a essa obrigação causarem, provavelmente, uma diminuição de receitas fiscais, dado que esta consequência é inerente à medida⁸⁹. No referido caso, as empresas afetadas (ou seja, os fornecedores privados de eletricidade) estavam ligadas por uma obrigação de adquirir um tipo específico de eletricidade com os seus próprios recursos financeiros, mas não tinham sido designadas pelo Estado para gerir um regime de auxílios.

84 Acórdãos de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère! e o.* (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 25) e de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão* (173/73, EU:C:1974:71, n.º 35).

85 Acórdão de 15 de julho de 2004, *Pearle e o.* (C-345/02, EU:C:2004:448, n.º 41). Nesse processo, relativo ao financiamento de uma campanha publicitária a favor de empresas do setor dos produtos óticos, as receitas para pagar essa publicidade eram obtidas a partir de empresas privadas, através de um organismo profissional de direito público. O Tribunal de Justiça recusou que se tratava de «recursos estatais», porque o referido organismo «não [tinha tido], em momento algum, o poder de dispor livremente» das contribuições, «afetadas obrigatoriamente ao financiamento da [...] campanha [publicitária]».

86 Acórdão de 30 de maio de 2013, *Doux Élevage e Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348, n.º 36). Neste processo, relativo a uma decisão que alargava um acordo a todos os profissionais, celebrado no seio de uma organização interprofissional (ramo agrícola da produção e da criação de perus), que instituía uma quotização destinada a financiar as ações comuns decididas pela referida organização, não foi detetada a existência de recursos estatais. As autoridades nacionais não podiam efetivamente utilizar os recursos provenientes das quotizações em causa no processo principal para apoiar determinadas empresas, recursos cuja utilização era decidida pela organização interprofissional em causa, que são integralmente consagrados a objetivos determinados por ela própria. Estes recursos não estavam constantemente sob controlo público e não estavam à disposição das autoridades estatais.

87 Acórdão de 24 de janeiro de 1978, *Van Tiggele* (82/77, EU:C:1978:10, n.ºs 25 e 26).

88 Acórdãos de 17 de julho de 2008, *Essent Netwerk Noord e o.* (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 74); de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère! e o.* (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 35); e de 13 de setembro de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 26).

89 Acórdão de 13 de março de 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, EU:C:2001:160, n.ºs 59 a 62). V. também Acórdão de 5 de março de 2009, *UTECA* (C-222/07, EU:C:2009:124, n.ºs 43 a 47), no que respeita às contribuições obrigatórias impostas aos radiodifusores para a produção cinematográfica, que não implicam uma transferência de recursos estatais.

116. O Tribunal de Justiça também não considerou que houvesse controlo estatal (e, portanto, transferência de recursos estatais) no mecanismo polaco que impunha aos fornecedores a obrigação de vender uma parte de energia elétrica de cogeração, equivalente a 15% das suas vendas anuais, aos consumidores finais⁹⁰.

117. Contudo, o controlo estatal reaparece e terá transferência de recursos estatais quando os montantes pagos pelos particulares passam através de uma instituição pública ou privada designada para as canalizar para os beneficiários. Assim sucedia no processo *Essent Netwerk Noord*, em que uma instituição privada recebia a função, por via legal, de cobrar um suplemento do preço (tarifa) da energia elétrica, em nome do Estado, com a obrigação de o canalizar para os beneficiários, não estando autorizada a utilizar o seu montante para fins diferentes dos previstos na lei. O montante global deste suplemento (que o Tribunal de Justiça qualificou de imposto) encontrava-se sob controlo público, o que era suficiente para o classificar de recurso estatal⁹¹.

118. O Tribunal de Justiça também não considerou que existisse controlo estatal no processo *Vent de Colère! e o.*, no qual havia um mecanismo, financiado por todos os consumidores finais, que compensava integralmente os custos adicionais impostos às empresas sujeitas a uma obrigação de compra da energia elétrica de origem eólica (a um preço superior ao preço de mercado). Havia intervenção mediante recursos estatais, mesmo quando este mecanismo se baseava, parcialmente, numa transferência direta de recursos entre entidades privadas⁹².

119. Nesta mesma linha integra-se o despacho do Tribunal de Justiça no processo *Elcogás*, no qual se discutia «se constituem uma intervenção do Estado ou mediante recursos estatais os montantes atribuídos a uma empresa privada produtora de energia elétrica que se financiam pelo conjunto dos utilizadores finais da energia elétrica estabelecidos no território nacional»⁹³.

120. O Tribunal de Justiça respondeu que o mecanismo de compensação dos custos adicionais de que a referida empresa beneficiava (financiado mediante a tarifa final de eletricidade aplicada ao conjunto dos consumidores espanhóis e aos utilizadores das redes de transporte e de distribuição no território nacional) devia ser considerada uma intervenção do Estado ou mediante recursos estatais, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. A esse respeito, não era «pertinente [...] o facto de os montantes destinados a compensar os custos adicionais não resultarem de um suplemento específico da tarifa de eletricidade e de o mecanismo de financiamento considerado não pertencer, em sentido estrito, à categoria de imposto, taxa ou taxa parafiscal nos termos do direito nacional»⁹⁴.

90 Acórdão de 13 de setembro de 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671, n.ºs 27 a 30). A autoridade polaca competente aprovava as tarifas máximas de venda da energia elétrica aos consumidores finais, de modo que os encargos financeiros resultantes da obrigação de aquisição não podiam ser sistematicamente repercutidos pelas empresas nos consumidores. Por isso, em determinadas circunstâncias, os fornecedores de eletricidade adquirem a energia elétrica de cogeração a um preço superior ao praticado no âmbito da venda aos consumidores finais, o que induzia um custo adicional para eles. A ausência de repercussão integral desse custo adicional para o consumidor final, do seu financiamento por uma contribuição obrigatória imposta pelo Estado-Membro ou ainda de um mecanismo de compensação integral, levou o Tribunal de Justiça a decidir que as empresas fornecedoras não são mandatadas pelo Estado para gerirem recursos estatais, mas estão vinculadas por uma obrigação de compra através dos seus recursos financeiros.

91 Acórdão de 17 de julho de 2008, *Essent Netwerk Noord* (C-206/06, EU:C:2008:413, n.ºs 69 a 75).

92 Acórdão de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent de Colère! e o.* (C-262/12, EU:C:2013:851, n.ºs 25 e 26).

93 Despacho de 22 de outubro de 2014, *Elcogás* (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.º 20).

94 Despacho de 22 de outubro de 2014, *Elcogás* (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.ºs 30 e 31). Esta última clarificação pode ser relevante para afastar a objeção (referida no considerando 116 da Decisão 2015/1585) nos termos da qual «a sobretaxa EEG não constituía uma contribuição especial (*Sonderabgabe*) na aceção do direito constitucional alemão, uma vez que o produto da sobretaxa EEG não era afetado ao orçamento de Estado e que as autoridades públicas não tinham os fundos à sua disposição, nem mesmo indiretamente».

121. Este controlo público também está presente, sendo, por esse motivo, considerados recursos estatais pelo Tribunal de Justiça as receitas geradas, segundo o regime dinamarquês, para compensar a sociedade pública (TV2 Reklame) pelo auxílio que gere e que consiste no direito a comercializar os espaços publicitários de TV2⁹⁵.

b) A transferência de recursos estatais neste processo

122. Segundo o Governo alemão e as empresas recorrentes, a sobretaxa EEG e a sua limitação para determinadas empresas energívoras são mecanismos instituídos por lei, mas não implicam transferência de recursos estatais nem estão sujeitos ao controlo das autoridades alemãs. Em sua opinião, este mecanismo enquadra-se na jurisprudência PreussenElektra, porque a Lei EEG de 2012 não determinou alterações substanciais no que diz respeito à legislação alemã de 1990, que o Tribunal de Justiça não considerou auxílio de Estado.

123. Pelo contrário, a Comissão (tal como tinha feito na Decisão 2015/1585) defende que há transferência de recursos a favor das empresas de elevado consumo energético, sob controlo das autoridades alemãs. Em sua opinião, trata-se de um mecanismo de promoção das energias renováveis distinto do analisado no Acórdão PreussenElektra, sendo semelhante aos utilizados noutros Estados-Membros (Bélgica, França, Espanha, Áustria), que o Tribunal de Justiça classificou de auxílios de Estado por implicar um fluxo de receitas sob controlo das Administrações a favor de determinadas empresas⁹⁶.

124. A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a esta matéria leva-me a concordar com a posição da Comissão. Como ponto de partida, recorro que a sobretaxa EEG, recebida e administrada pelos GRT, foi estabelecida pelas autoridades alemãs para cobrir os custos decorrentes das tarifas reguladas e o prémio de mercado, previstos pela Lei EEG de 2012, que garantiam aos produtores de eletricidade verde (EEG) um preço superior ao de mercado. Por conseguinte, a sobretaxa EEG faz parte de uma política do Estado alemão orientada para o auxílio aos produtores de eletricidade EEG, estabelecida pela Lei EEG de 2012 e pelas suas normas complementares. Com a redução da referida sobretaxa a favor de determinadas empresas energívoras do setor industrial procurava-se minimizar o impacto do custo do referido apoio nos seus respetivos orçamentos.

125. Os principais elementos que evidenciam o controlo das autoridades alemãs sobre os recursos gerados pela sobretaxa EEG (incluindo a sua redução a favor de determinadas empresas energívoras) e, portanto, a sua natureza de «recursos estatais» são:

- o carácter público destes recursos;
- a gestão da sobretaxa EEG pelos GRT, decorrente de uma imposição legal; e
- o controlo administrativo das autoridades alemãs sobre a sobretaxa EEG e sobre a sua limitação para determinadas empresas energívoras.

95 Acórdão de 9 de novembro de 2017, Comissão/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, n.ºs 59 e 63). Neste processo, duas empresas públicas (TV2 Reklame e o Fundo TV2) tinham sido criadas, controladas e encarregadas de gerir as receitas resultantes da comercialização dos espaços publicitários de outra empresa pública (TV2/Danmark) pelo Estado dinamarquês. Essas receitas estavam sempre sob controlo e à disposição do Estado, cujo Ministério da Cultura tinha a possibilidade de decidir que se dedicariam a outros fins, diferentes da sua transferência para o Fundo TV2.

96 Acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413); de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851); Despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314); e Acórdão do Tribunal Geral de 11 de dezembro de 2014, Áustria/Comissão (T-251/11, EU:T:2014:1060).

1) *Caráter público dos recursos obtidos com a sobretaxa EEG e a redução do seu montante para as empresas energívoras*

126. Os produtores de eletricidade gerada a partir de fontes renováveis têm garantida a compra preferencial da mesma, bem como a receção do seu montante (mediante prémios legalmente previstos) pelos operadores de redes de distribuição local. Estes transferem a eletricidade procedente de energias renováveis para os GRT, que estão obrigados a pagar-lhes os prémios que tenham pagado. A sobretaxa EEG é calculada em função da comercialização da eletricidade na bolsa elétrica. Assim, a sobretaxa EEG é distribuída de forma meramente financeira entre os GRT e estes repercutem-na nas empresas que fornecem energia elétrica aos consumidores finais.

127. A repercussão da sobretaxa EEG é uma decisão empresarial das empresas fornecedoras, mas realiza-se *de facto* de modo sistemático e é consistente com o objetivo subjacente à Lei EEG de 2012. A limitação da sobretaxa para determinadas empresas energívoras é compensada com um aumento correspondente para os restantes dos consumidores⁹⁷, ou seja, para os que não beneficiam da referida limitação.

128. Segundo o Governo alemão e as empresas recorrentes, a sobretaxa EEG (e, por conseguinte, a sua limitação) implicam apenas a mobilização de recursos privados entre empresas também privadas, cujas relações estão submetidas ao direito civil, com um fundamento simplesmente contratual. Tratar-se-ia de um sistema de fixação, por lei, de um preço mínimo de venda de um produto por parte de empresas privadas.

129. Não concordo com este argumento, porque a sobretaxa EEG não resulta de uma mera iniciativa dos GRT, mas sim da aplicação da legislação alemã, que identificou os beneficiários da vantagem (produtores de eletricidade EEG e determinadas empresas energívoras), os denominados «critérios de elegibilidade» e o nível do auxílio, com a finalidade de obter os recursos financeiros para cobrir as despesas de auxílio à eletricidade EEG.

130. Os GRT não têm liberdade para impor a sobretaxa EEG que desejem e as autoridades alemãs supervisionam a sua forma de cálculo, a sua cobrança e a sua gestão, bem como a limitação aplicável às empresas energívoras, que depende de um ato administrativo prévio. As disposições que regulam a referida sobretaxa garantem que, com ela, se obtém a cobertura financeira suficiente para pagar o auxílio à eletricidade EEG, incluindo a redução a favor das empresas energívoras. Estas disposições não permitem a cobrança de receitas adicionais, além da cobertura destes custos, e os GRT não podem utilizar a sobretaxa EEG para financiar outro tipo de atividade.

131. O financiamento e a limitação da sobretaxa EEG foram concebidos de modo a que os custos de auxílio à produção de eletricidade EEG se repercutam em cascada sobre os operadores do mercado elétrico alemão. Tal como já afirmei, a lógica do sistema consiste no facto de:

- os consumidores finais de eletricidade pagarem a sobretaxa EEG, com a minimização do seu impacto a favor de determinadas empresas energívoras;
- os produtores de eletricidade verde receberem o auxílio financeiro correspondente; e
- as empresas distribuidoras locais, os GRT e as empresas fornecedoras se encarregarem de repercutir o montante da sobretaxa EEG, sempre sob o controlo das autoridades alemãs.

⁹⁷ Tal é afirmado no considerando 54 da Decisão 2015/1585: «a Associação Alemã dos Consumidores de Energia (Bund der Energieverbraucher), que esteve na origem da denúncia à Comissão sobre a Lei EEG 2012, alegou que as reduções da sobretaxa EEG constituem, efetivamente, um auxílio estatal [...] a favor dos grandes consumidores de energia, e que prejudicam as empresas e os consumidores alemães que têm de pagar uma sobretaxa EEG mais elevada sem beneficiar dessas reduções».

132. A natureza da sobretaxa EEG é, portanto, a própria de recursos estatais com os quais se auxilia a produção de eletricidade verde, e não a de meros recursos privados das empresas e dos consumidores, que as primeiras e estes possam negociar entre si.

133. Não obsta a esse carácter o facto de não haver, na Alemanha, um organismo público especificamente concebido para gerir os referidos recursos (função que é atribuída aos operadores do mercado elétrico, designadamente, de modo coletivo, aos GRT). Tal como já recordei, segundo o Tribunal de Justiça, para que haja transferência de recursos estatais, para efeitos do artigo 107.º TFUE, não é necessário que tenham origem no orçamento ou no património do Estado, ou que sejam cobrados, redirigidos e geridos por um organismo público.

134. Para atribuir o carácter de recursos estatais, é suficiente que tenham de ser transferidos de uns particulares para outros, para os fazer chegar aos beneficiários finais dos auxílios, mesmo sob a gestão de entidades distintas da autoridade pública, sempre que a transferência de recursos económicos (neste caso, desde os consumidores finais até às empresas produtoras de eletricidade verde) decorra de uma imposição legal e sob o controlo administrativo. Este é o mecanismo de auxílios previsto na Lei EEG de 2012, que me parece comparável aos que deram lugar à jurisprudência *Association Vent De Colère!* e o.⁹⁸

135. O desenho do esquema de auxílios foi da competência do legislador alemão, de modo que não estamos num contexto comparável ao do Acórdão *Doux Élevage*⁹⁹. Além disso, esses montantes têm um destino estabelecido pelo próprio legislador (o auxílio à produção de eletricidade EEG) e a sua utilização não é decidida discricionariamente pelos GRT¹⁰⁰.

136. Ao contrário do que alegam o Governo alemão e as empresas recorrentes, a situação ora analisada não é equiparável à do Acórdão *PreussenElektra*. Neste último, o Tribunal de Justiça considerou que a possibilidade, prevista na legislação alemã, de as empresas produtoras de eletricidade com origem em fontes renováveis a venderem a um preço superior ao de mercado não implicava a mobilização de recursos estatais. As diferenças básicas entre ambos os processos são, na minha opinião, as seguintes:

- no processo *PreussenElektra*, as empresas privadas não estavam encarregadas por lei de gerir recursos estatais, tendo antes uma obrigação de compra de energia utilizando os seus próprios recursos financeiros¹⁰¹. Pelo contrário, a obrigação de remuneração adicional dos produtores de eletricidade EEG, que onera os GRT, não é cumprida com recursos financeiros próprios, mas sim através da sobretaxa EEG, cujo montante é exclusivamente adstrito ao financiamento dos regimes de auxílio e de compensação criados pela Lei EEG de 2012.
- não existia, no mecanismo examinado no processo *PreussenElektra*, um sistema de compensação, enquanto que, com a Lei EEG de 2012, o Estado assegura aos operadores privados que produzem eletricidade verde a cobertura integral dos custos adicionais em que incorrem e permite que estes sejam assumidos integralmente pelos consumidores.
- a Lei EEG de 2012 estabelece a sobretaxa EEG (com a limitação para determinadas empresas energívoras do setor industrial), prevendo a sua repercussão em cascata, garantida pelos GRT, de modo que o seu montante global é pago, *de facto*, pelos consumidores nas suas faturas e recebido pelos produtores de eletricidade EEG. Pelo contrário, esta circunstância não estava presente no processo *PreussenElektra*.

98 Acórdãos de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère!* e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 25); de 17 de julho de 2008, *Essent Netwerk Noord* e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 70); e Despacho de 22 de outubro de 2014, *Elcogás* (C-275/13, EU:C:2014:2314, n.º 32).

99 Acórdão de 30 de maio de 2013, *Doux Élevage* e *Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348).

100 Acórdão de 15 de junho de 2006, *Air Liquide Industries Belgium* (C-393/04 e C-41/05, EU:C:2006:403, n.º 46 e jurisprudência aí referida).

101 V., nesse sentido, Acórdão de 19 de dezembro de 2013, *Association Vent De Colère!* e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 35).

137. Estas características do sistema controvertido implicam que não se possa qualificar de simples mecanismo de fixação do preço mínimo de venda de um produto (eletricidade EEG) entre empresas privadas, na aceção dos Acórdãos PreussenElektra e Van Tiggele. Trata-se, pelo contrário, de um regime mais global de promoção das energias renováveis a cujos produtores é assegurado um fluxo de recursos estatais, resultantes, em última instância, dos consumidores finais, que gerem de modo centralizado os GRT sob o controlo e a vigilância de três autoridades alemãs, designadamente, a Bundesnetzagentur (Agência Federal de Redes, Alemanha, a seguir «BNetzA»), o BAFA e o Umweltbundesamt (Agência do Ambiente, Alemanha). Referir-me-ei a estas funções posteriormente.

2) A imposição legal de os GRT gerirem a sobretaxa EEG e a sua redução para empresas energívoras

138. O Governo alemão e as empresas recorrentes refutam, contra a apreciação contida na Decisão 2015/1585, que os GRT tenham sido designados coletivamente para gerir um recurso estatal. Em sua opinião, os diferentes operadores afetados pela Lei EEG de 2012, tal como os restantes operadores económicos, limitam-se a liquidar entre si os créditos privados que resultam dos direitos que lhes são reconhecidos pela legislação. Neste aspeto, distinguem-se dos organismos públicos ou privados cuja intervenção em mecanismos de auxílio à eletricidade EEG foi analisada no Acórdão Association Vent De Colère! e o.

139. Creio, pelo contrário, que os GRT estão necessariamente obrigados a gerir a sobretaxa EEG (incluindo a sua redução para as empresas energívoras) por força da imposição da Lei EEG de 2012, convertendo-se num ponto central do funcionamento do sistema de auxílio à eletricidade EEG. Tal decorre das funções previstas, designadamente, pelos §§ 34 a 39 da EEG de 2012¹⁰².

140. A sobretaxa EEG traduz-se em recursos adstritos a fins que foram prévia e exclusivamente definidos pelo legislador alemão, cuja cobrança exige a intervenção de determinados intermediários, encarregados da sua receção e da sua gestão. São montantes objeto de uma contabilidade separada, que não são incluídos no orçamento geral dos GRT nem são deixados à sua livre disposição. Os GRT

¹⁰² Nos termos do considerando 106 da Decisão 2015/1585, compete aos GRT:

«— adquirir a eletricidade EEG produzida na sua área, quer diretamente junto do produtor, quando este estiver diretamente ligado à linha de transporte, quer dos operadores de redes de distribuição (ORD) a tarifas de aquisição, ou pagar o prémio de mercado. Por conseguinte, a eletricidade EEG, bem como os encargos financeiros do apoio previsto pela Lei EEG 2012, encontram-se centralizados a nível de cada um dos quatro GRT,

aplicar o “privilégio da eletricidade verde” aos fornecedores que o solicitem e preencham as condições pertinentes, definidas no artigo § 39, n.º 1 da Lei EEG de 2012,

repartir entre si a quantidade de eletricidade EEG, de modo a que cada um adquira a mesma proporção de eletricidade EEG,

vender a eletricidade EEG no mercado à vista, de acordo com as regras definidas na Lei EEG 2012 e nas respetivas disposições de execução, o que podem fazer em conjunto,

calcular, em conjunto, a sobretaxa EEG, que deve ser idêntica para cada kWh consumido na Alemanha, como a diferença entre as receitas decorrentes da venda de eletricidade EEG e as despesas relacionadas com a aquisição de eletricidade EEG,

publicar, em conjunto, a sobretaxa EEG num formato específico num sítio *Web* comum,

publicar, igualmente, informações agregadas sobre a eletricidade EEG,

comparar a sobretaxa EEG prevista com a que deveria ter sido efetivamente aplicada num determinado ano e adaptar a sobretaxa para o ano seguinte,

publicar previsões com vários anos de antecedência,

cobrar a sobretaxa EEG aos fornecedores de eletricidade,

manter (individualmente) registos de todos os fluxos financeiros (despesas e receitas) relacionados com a Lei EEG 2012 em contas bancárias distintas.»

são encarregados precisamente, por força de uma determinação estatal, de possibilitar o fluxo financeiro desde os consumidores finais aos produtores, no âmbito de uma obrigação que lhes foi legalmente imposta. Assim, não liquidam créditos privados, mas administram, sob a supervisão estatal, uma sobretaxa cuja natureza é de direito público.

3) O controlo das autoridades alemãs sobre a sobretaxa EEG

141. O Governo alemão e as empresas recorrentes alegam que as atribuições das autoridades públicas, designadamente, a BNetzA e o BAFA, são demasiado reduzidas para que possam exercer um controlo significativo sobre a sobretaxa EEG (e, conseqüentemente, sobre a limitação a favor das empresas energívoras). Segundo a Governo alemão, as normas da Lei EEG de 2012 relativas ao método de cálculo da sobretaxa, os requisitos de transparência e a supervisão realizada pela BNetzA têm apenas por finalidade evitar o enriquecimento ilegal de algum dos operadores privados ao longo da linha de pagamento.

142. Contudo, as autoridades alemãs não supervisionam apenas a legalidade das atuações dos operadores envolvidos na receção da sobretaxa EEG mas também, sendo necessário, sancionam (BNetzA) ou verificam o direito de uma empresa energívora a beneficiar de uma redução da sobrecarga (BAFA). O controlo e a supervisão administrativa da sobretaxa EEG são, na minha opinião, inegáveis.

143. Concretamente, nos termos do § 61 da EEG de 2012, compete à BNetzA o dever de controlar, no âmbito das suas missões de supervisão, se os GRT comercializam a eletricidade EEG em conformidade com o previsto no § 37 da mesma lei e se determinam, fixam, publicam e cobram a sobretaxa EEG aos fornecedores de eletricidade respeitando as disposições legais e regulamentares. Por outro lado, nos termos do § 48 da EEG de 2012, os GRT fornecem à BNetzA os dados utilizados pelo mecanismo de compensação¹⁰³.

144. A BNetzA tem poderes de execução e funções relacionadas com os diferentes custos e receitas que os GRT estão autorizados a incluir no cálculo da sobretaxa EEG. A referida agência pode adotar decisões executivas para corrigir o nível da sobretaxa EEG e aplicar sanções pecuniárias aos operadores envolvidos no sistema, com a finalidade de fazer cumprir a Lei EEG de 2012.

145. No que diz respeito às empresas energívoras, a atuação administrativa é igualmente relevante: essas empresas devem fornecer ao Ministério competente a informação necessária para este poder determinar se cumprem os objetivos prosseguidos no âmbito do § 40 da Lei EEG 2012. A BNetzA deve assegurar que a sobretaxa EEG seja apenas reduzida a fornecedores de eletricidade que cumpram as condições do § 39 da Lei EEG de 2012. Além disso, o BAFA decide se as empresas energívoras que o tenham requerido são autorizadas a pagar apenas uma sobretaxa EEG limitada, decisão que é impugnável nos tribunais alemães da jurisdição administrativa e não da jurisdição civil.

146. Considerando esta enumeração, não taxativa, dos poderes de supervisão e de controlo das autoridades alemãs sobre os recursos recebidos a título de sobretaxa EEG, não encontro motivos suficientes para defender que a Decisão 2015/1585 seja inválida por afirmar que os referidos recursos estão sob controlo das referidas autoridades estatais.

103 Nos termos do considerando 39 da Decisão 2015/1585, compete à BNetzA garantir que:

«— os GRT vendem no mercado à vista a eletricidade em relação à qual são pagas tarifas de aquisição em conformidade com as regras aplicáveis [...]

os GRT determinam, fixam e publicam corretamente a sobretaxa EEG,

os GRT cobram corretamente a sobretaxa EEG aos fornecedores de eletricidade,

os operadores das redes cobram corretamente as tarifas de aquisição e os prémios aos GRT.
[...]

147. Entendo, portanto, que a limitação da sobretaxa EEG, tal como foi aplicada às empresas recorrentes, implica uma transferência de recursos estatais a seu favor, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

V. Conclusão

148. Atendendo às considerações efetuadas, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- «1) Declare inadmissível a questão prejudicial suscitada pelo Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main, Alemanha).
- 2) Subsidiariamente, decida que, neste processo, não foram fornecidos elementos que permitam declarar a invalidade da Decisão (UE) 2015/1585 da Comissão Europeia, de 25 de novembro de 2014, relativa ao regime de auxílio SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) [concedido pela Alemanha para apoiar a eletricidade produzida a partir de fontes renováveis e os grandes consumidores de energia], no que diz respeito à redução, a favor de determinadas empresas que consomem grandes quantidades de energia elétrica, da sobretaxa geral estabelecida pela legislação alemã.»