



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
JULIANE KOKOTT  
apresentadas em 12 de abril de 2018<sup>1</sup>

**Processo C-561/16**

**Saras Energía SA e o.  
contra  
Administración del Estado**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Diretiva 2012/27/UE — Promoção da eficiência energética — Regime de obrigação de eficiência energética — Outras medidas políticas — Fundo Nacional de Eficiência Energética — Obrigação de contribuição — Distribuidores de energia e/ou empresas de venda de energia a retalho sujeitas a obrigação — Fundamentação»

### I. Introdução

1. A proteção do ambiente não se consegue apenas com a transição para fornecedores de energias renováveis, mas também com a economia de energia. Por isso — e também por outros motivos — a União estabeleceu o objetivo de até 2020 conseguir uma economia de energia de 20%. A Diretiva relativa à eficiência energética<sup>2</sup> deverá contribuir para esse efeito.

2. A introdução de objetivos de economia de energia para distribuidores de energia e/ou empresas de venda de energia a retalho prevista no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética constitui um instrumento de economia de energia. Na origem do presente pedido de decisão prejudicial está a transposição da diretiva nesta matéria para o direito interno espanhol.

3. Estão essencialmente em causa duas questões. Em primeiro lugar, a questão de saber se a Diretiva relativa à eficiência energética permite que as empresas sejam obrigadas a realizar uma contribuição financeira para um fundo de eficiência energética sem que lhes seja permitido, em alternativa, atingir os objetivos de economia de energia por si mesmas. Em segundo lugar, está em causa a questão de saber quais são as empresas que podem ser obrigadas e qual é a justificação para a seleção das empresas sujeitas àquela obrigação.

<sup>1</sup> Língua original: alemão.

<sup>2</sup> Diretiva 2012/27/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa à eficiência energética (JO 2012, L 315, p. 1), com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2013/12/UE do Conselho, de 13 de maio de 2013 (JO 2013, L 141, p. 8).

## II. Quadro jurídico

### A. *Direito da União*

4. Alguns conceitos definidos no artigo 2.º da Diretiva relativa à eficiência energética têm relevância para o presente processo:

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

[...]

14. “Parte sujeita a obrigação”, um distribuidor de energia ou uma empresa de venda de energia a retalho vinculados pelos regimes nacionais de obrigação de eficiência energética a que se refere o artigo 7.º;

[...]

18. “Medida política”, um instrumento regulamentar, financeiro, orçamental ou voluntário ou um meio de informação estabelecido e aplicado formalmente num Estado-Membro para criar estruturas de apoio ou instaurar requisitos ou incentivos que levem os intervenientes no mercado a fornecer e adquirir serviços energéticos e a tomar outras medidas destinadas a melhorar a eficiência energética;

[...]

20. “Distribuidor de energia”, uma pessoa singular ou coletiva, incluindo um operador de rede de distribuição, responsável pelo transporte de energia tendo em vista o seu fornecimento aos consumidores finais ou a estações de distribuição que vendem energia aos consumidores finais;

[...]

22. “Empresa de venda de energia a retalho”, uma pessoa singular ou coletiva que vende energia aos consumidores finais;

[...]»

5. O artigo 7.º da Diretiva relativa à eficiência energética estabelece o regime de obrigação de eficiência energética que é objeto do presente litígio:

«1. Os Estados-Membros estabelecem regimes de obrigação de eficiência energética. Esses regimes asseguram que os distribuidores de energia e/ou as empresas de venda de energia a retalho que forem designados partes sujeitas a obrigação ao abrigo do n.º 4, e que exerçam a sua atividade no território de um Estado-Membro, atinjam um objetivo cumulativo de economias finais de energia até 31 de dezembro de 2020, sem prejuízo do n.º 2.

[...]

(2) [...]

(3) [...]

4. Sem prejuízo do cálculo de economias de energia para o objetivo referido no segundo parágrafo do n.º 1, os Estados-Membros designam, para efeitos do primeiro parágrafo do n.º 1, com base em critérios objetivos e não discriminatórios, de entre as empresas de distribuição e/ou venda de energia a retalho que operam no seu território, as partes sujeitas a obrigação de eficiência energética, nelas podendo incluir os distribuidores ou revendedores de combustível destinado aos meios de transporte que operam no seu território. A quantidade de economias de energia necessária para cumprir a obrigação imposta é alcançada pelas partes sujeitas a obrigação entre os consumidores finais designados, se for caso disso, pelo Estado-Membro em causa [...].

5. — 8.[...]

9. Em alternativa ao estabelecimento de um regime de obrigação de eficiência energética ao abrigo do n.º 1, os Estados-Membros podem optar por tomar outras medidas políticas destinadas a obter economias de energia entre os consumidores finais, desde que essas medidas políticas satisfaçam os critérios previstos nos n.ºs 10 e 11. A quantidade anual de novas economias de energia conseguidas graças a esta abordagem deve ser equivalente à quantidade de novas economias de energia exigidas nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3. Desde que a equivalência se mantenha, os Estados-Membros podem combinar regimes obrigatórios com medidas políticas alternativas, incluindo programas nacionais de eficiência energética. Entre as medidas políticas referidas no primeiro parágrafo podem incluir-se as seguintes medidas ou combinações de medidas:

- a) Taxas sobre a energia ou o dióxido de carbono que tenham por efeito reduzir o consumo final de energia;
- b) Mecanismos e instrumentos de financiamento ou incentivos fiscais que levem à aplicação de tecnologias ou técnicas eficientes do ponto de vista energético e que tenham por efeito reduzir o consumo final de energia;
- c) Disposições regulamentares ou acordos voluntários que levem à aplicação de tecnologias ou técnicas eficientes do ponto de vista energético e que tenham por efeito reduzir o consumo final de energia;
- d) Normas que visem melhorar a eficiência energética dos produtos e serviços, incluindo edifícios e veículos, exceto nos casos em que tenham caráter obrigatório e sejam aplicáveis nos Estados-Membros por força da legislação da União;
- e) Sistemas de rotulagem energética, com exceção dos que tenham caráter obrigatório e sejam aplicáveis nos Estados-Membros por força da legislação da União;
- f) Ações de formação e sensibilização, nomeadamente programas de aconselhamento energético, que levem à aplicação de tecnologias ou técnicas eficientes do ponto de vista energético e que tenham por efeito reduzir o consumo final de energia;

Até 5 de dezembro de 2013, os Estados-Membros notificam a Comissão das medidas políticas que tencionam adotar para efeitos do primeiro parágrafo do presente número e do artigo 20.º, n.º 6, de acordo com o quadro previsto no anexo V, ponto 4, indicando de que modo contam atingir o nível de economias exigido. No caso das medidas políticas referidas no segundo parágrafo do presente número e no artigo 20.º, n.º 6, a notificação feita à Comissão deve indicar de que modo são preenchidos os critérios previstos no n.º 10. No caso de medidas políticas não referidas no segundo parágrafo do presente número ou no artigo 20.º, n.º 6, os Estados-Membros devem explicar de que forma é atingido um nível equivalente de economias, de controlo e de verificação. A Comissão pode apresentar sugestões de alteração no prazo de três meses após a notificação.»

6. O artigo 20.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética regula a criação de um Fundo Nacional de Eficiência Energética:

«4. Os Estados-Membros podem criar um Fundo Nacional de Eficiência Energética. Esse fundo destina-se a apoiar as iniciativas nacionais no domínio da eficiência energética.»

7. O artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética refere que o financiamento será realizado pelas empresas sujeitas à obrigação de economizar energia:

«Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as partes sujeitas a obrigação cumprirem as obrigações estabelecidas no artigo 7.º, n.º 1, mediante contribuições anuais para o Fundo Nacional de Eficiência Energética num montante igual ao dos investimentos necessários para cumprirem essas obrigações.»

8. O Conselho e o Parlamento estão neste momento a discutir uma proposta da Comissão de alteração da Diretiva relativa à eficiência energética<sup>3</sup>.

### ***B. Direito espanhol***

9. O artigo 69.º da Lei 18/2014, de 15 de outubro, que aprova medidas urgentes para o crescimento, a competitividade e a eficiência (Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia) cria um regime nacional de obrigações em matéria de eficiência energética, em conformidade com o artigo 7.º da Diretiva relativa à eficiência energética, aplicável às empresas de distribuição de eletricidade e de gás, a quem é atribuída «uma quota anual de economia energética de âmbito nacional».

10. O artigo 71.º, n.º 1, da Lei 18/2014 prevê como forma principal de cumprimento das obrigações anuais de economia energética a realização de uma contribuição financeira anual para o Fundo Nacional de Eficiência Energética, criado pelo artigo 72.º da Lei 18/2014, nos termos do artigo 20.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética. Apenas em alternativa, o artigo 71.º, n.º 2, prevê a possibilidade de o Governo estabelecer um mecanismo destinado a comprovar a realização efetiva de uma economia energética. Até ao presente, o Governo não fez uso dessa opção legislativa.

11. Em contrapartida, as condições para a cobrança das contribuições foram definidas pelo Despacho IET/289/2015, de 20 de fevereiro de 2015, que estabelece as obrigações de contribuição para o Fundo Nacional de Eficiência Energética para o ano de 2015.

### **III. Matéria de facto e pedido de decisão prejudicial**

12. A Saras Energía, S.A., uma sociedade espanhola do setor da energia, contesta perante o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal espanhol) a adoção do Despacho IET/289/2015. Para este efeito, alega que o despacho viola a referida Diretiva relativa à eficiência energética em dois aspetos. Por um lado, na medida em que a obriga a cumprir as obrigações de economia energética através de uma contribuição para um Fundo de Eficiência Energética, sem lhe permitir fazê-lo através da implementação de medidas de economia e, por outro, ao impor tal obrigação de contribuição apenas às empresas de venda de gás e eletricidade e aos grossistas de produtos petrolíferos e de gases de petróleo liquefeito, e não aos distribuidores de gás e eletricidade e aos retalhistas de produtos petrolíferos e de gases de petróleo liquefeito.

<sup>3</sup> Processo legislativo 2016/0376 (COD).

13. Em 25 de outubro de 2016, o Tribunal Supremo decidiu por isso submeter ao Tribunal de Justiça o seguinte pedido de decisão prejudicial que deu entrada em 7 de novembro de 2016:

- 1) É compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 9, da Diretiva relativa à eficiência energética uma regulamentação de um Estado Membro que estabelece um regime nacional de obrigação de eficiência energética cujo cumprimento primário consiste numa contribuição financeira anual para um Fundo Nacional de Eficiência Energética criado ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 4, da referida Diretiva?
- 2) É compatível com os artigos 7.º, n.º 1, e 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética uma regulamentação nacional que prevê a possibilidade de cumprir as obrigações de economia energética através da certificação da economia conseguida, como uma alternativa à contribuição financeira para um Fundo Nacional de Eficiência Energética?
- 3) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é compatível com os citados artigos 7.º, n.º 1, e 20.º, n.º 6 da Diretiva relativa à eficiência energética a previsão da referida possibilidade alternativa de cumprimento das obrigações de economia energética quando a sua existência efetiva depende de o Governo a implementar discricionariamente por via regulamentar?

E, neste contexto, é tal regulamentação compatível quando o Governo não proceda à implementação da referida alternativa?

- 4) É compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4 da Diretiva relativa à eficiência energética um regime nacional que considera partes sujeitas a obrigação de eficiência energética apenas as empresas de venda de gás e eletricidade e os grossistas de produtos petrolíferos e de gases de petróleo liquefeito, e não os distribuidores de gás e eletricidade e os retalhistas de produtos petrolíferos e de gases de petróleo liquefeito?
- 5) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é compatível com os referidos números do artigo 7.º a designação das empresas de venda de gás e eletricidade a retalho e dos grossistas de produtos petrolíferos e de gases de petróleo liquefeito como partes sujeitas a obrigação, sem determinar os motivos que levam a não considerar como tal os distribuidores de gás e eletricidade e os retalhistas de produtos petrolíferos e gases de petróleo liquefeito?

14. Em 24 de janeiro, 21 de fevereiro e 15 de março de 2017 deram entrada no Tribunal de Justiça as decisões do Tribunal Supremo onde este órgão jurisdicional de reenvio identificou como intervenientes no processo principal a Endesa, S.A., a Endesa Energía, S.A., e a Endesa Energía XXI, S.L.U., a Viesgo Infraestructuras Energéticas, S.L., a Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.U., a Nexus Energía, S.A., e a Nexus Renovables, S.L.U., a Engie España, S.L., a Villar Mir Energía, S.L., e a Enérgya VM Gestión de Energía, S.L.U., a Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, S.A., a Acciona Green Energy Developments, S.L.U., bem como a Fortia Energía, S.L.

15. No processo perante o Tribunal de Justiça, a Acciona Green Energy Developments, a Endesa, a Engie España, a Fortia Energía, a Saras Energía, S.A., a Viesgo Infraestructuras Energéticas, assim como a Villar Mir Energía e a Enérgya VM Gestión de Energía, na qualidade de intervenientes no processo principal, e ainda o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino de Espanha e a Comissão Europeia, apresentaram observações escritas. Os articulados da Nexus Energía e da Nexus Renovables, bem como da Estaciones de Servicio de Guipúzcoa, deram entrada no Tribunal de Justiça fora dos prazos previstos e por esse motivo foram rejeitados por intempestividade. Os mesmos intervenientes que apresentaram observações escritas, com exceção da Endesa, da Fortia Energía e do Luxemburgo, participaram na audiência de 7 de março de 2018.

#### IV. Apreciação jurídica

16. O pedido de decisão prejudicial diz respeito a dois conjuntos de questões, designadamente, por um lado, a questão da compatibilidade com a Diretiva relativa à eficiência energética de uma obrigação de contribuição sem que sejam oferecidas alternativas (ver a este respeito, o ponto B) e, por outro, a questão da seleção das empresas sujeitas à obrigação (ver a este respeito, o ponto C). Contudo, importa começar por tecer umas breves considerações sobre a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial (ver a este respeito, o ponto A).

##### *A. Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial*

###### *1. Quanto às objeções de Espanha*

17. Na audiência, a Espanha contestou a admissibilidade da quarta e quinta questões, na parte em que nelas são referidos outros setores além do dos produtos petrolíferos, uma vez que no processo principal interposto pela Saras Energía estão apenas em causa produtos petrolíferos. As empresas dos outros setores referidos nas questões prejudiciais, ou seja, gás, gás liquefeito e eletricidade, foram apenas admitidas a intervir em apoio da Saras Energía e não podem ampliar o objeto do litígio.

18. Porém, não é necessário declarar a inadmissibilidade parcial do pedido de decisão prejudicial pelos motivos invocados pela Espanha. Com efeito, nem as questões nem a sua fundamentação contêm informações que permitam distinguir os diferentes setores. Consequentemente, a quarta questão prejudicial deve ser entendida no sentido de pretender saber se é compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética a imposição de obrigações em matéria de eficiência energética apenas a determinadas empresas da respetiva cadeia de fornecimento, mas não a outras empresas da mesma cadeia de fornecimento. Com a quinta questão prejudicial pretende-se então esclarecer se o Estado-Membro deve fundamentar a seleção das empresas sujeitas à obrigação.

###### *2. Quanto à pertinência do pedido de decisão prejudicial na sua globalidade*

19. No entanto, poderia haver dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial uma vez que a Diretiva relativa à eficiência energética não proíbe que determinadas empresas sejam obrigadas a contribuir para um Fundo, mas, antes pelo contrário, obriga os Estados-Membros a adotar medidas para alcançar certas economias de energia. Em consequência, as empresas sujeitas à obrigação de contribuir não podem invocar a diretiva para se oporem a esta obrigação. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se a resposta ao pedido de decisão prejudicial é irrelevante para a decisão do processo principal e se, por esse motivo, o pedido de decisão prejudicial é inadmissível.

20. Contudo, numa análise mais precisa, não se pode concluir pela falta de pertinência deste pedido. Com efeito, de acordo com o pedido de decisão prejudicial, as empresas intervenientes não contestam diretamente a obrigação de contribuir, mas invocam a invalidade da legislação que impõe esta obrigação e que se destina a transpor a Diretiva relativa à eficiência energética. Não é, de modo algum, inconcebível que as normas de transposição possam ser contestadas ao abrigo do direito nacional por não cumprirem os requisitos da diretiva que transpõem.

21. No entanto, importa referir que a proteção jurídica nacional contra uma transposição incompleta do direito da União não deveria contribuir para tornar a transposição ainda mais deficiente.<sup>4</sup> Neste sentido, é concebível que a revogação de uma legislação que transpõe uma diretiva apenas parcialmente e, por conseguinte, de forma insuficiente, poderia piorar a situação no que diz respeito aos objetivos da diretiva. Com efeito, uma transposição insuficiente pode aproximar-se mais destes objetivos do que a falta de qualquer transposição.

22. Neste contexto, iremos analisar em seguida, pela ordem de formulação das questões prejudiciais, se disposições legislativas com o teor das disposições espanholas controvertidas são aptas a transpor a Diretiva relativa à eficiência energética, ou seja, se são compatíveis com esta diretiva, mas não se a diretiva é contrária às disposições de direito nacional.

### ***B. Quanto à renúncia ao cumprimento direto das obrigações de economia***

23. Com as suas três primeiras questões, que, à luz do processo principal, devem ser respondidas em conjunto, o Tribunal Supremo pretende saber se é compatível com os artigos 7.º, n.ºs 1 e 9, e 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética obrigar determinadas empresas a alcançar objetivos de economia de energia, mas permitir-lhes apenas cumprir estas obrigações através de contribuições para um Fundo Nacional de Eficiência Energética. Um aspeto acessório deste conjunto de questões é a opção prevista de se poder passar a permitir que as próprias empresas sujeitas à obrigação atinjam os objetivos de economia energética como uma alternativa à contribuição financeira, sendo que esta opção está sujeita à discricionariedade das autoridades espanholas.

24. O artigo 7.º da Diretiva relativa à eficiência energética estabelece duas obrigações diferentes para os Estados-Membros. Em primeiro lugar, estes devem atingir um determinado resultado («obligation de résultat»), designadamente, determinadas economias nas vendas de energia primária a clientes finais, até 2020. E, em segundo lugar, os Estados-Membros devem adotar uma determinada regulamentação relativa aos meios através dos quais este resultado deve ser alcançado («obligation de moyen»).

25. As questões em apreço dizem respeito a esta segunda obrigação dos Estados-Membros. Para este efeito, a Diretiva relativa à eficiência energética refere diversas medidas através das quais os objetivos de economia podem ser alcançados.

26. Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética, os Estados-Membros devem, em princípio, sujeitar empresas energéticas específicas a atingir os objetivos de economia. A forma de atingir os objetivos de economia energética fica ao critério das empresas. No entanto, resulta do contexto global da diretiva, nomeadamente, dos considerandos 20 e 47 ou do artigo 8.º, que a União Europeia considera medidas como a promoção de auditorias energéticas (para identificar o potencial de economia) ou a criação de um mercado dos serviços energéticos (como alternativa à venda de energia) adequadas para contribuir para as economias necessárias.

27. Além disso, nos termos do artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética, os Estados-Membros podem permitir que as empresas sujeitas à obrigação cumpram as obrigações estabelecidas no artigo 7.º, n.º 1, mediante contribuições para o Fundo Nacional de Eficiência Energética.

<sup>4</sup> V. Acórdãos de 28 de fevereiro de 2012, Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne (C-41/11, EU:C:2012:103, n.ºs 56 a 58), e de 28 de julho de 2016, Association France Nature Environnement (C-379/15, EU:C:2016:603, n.ºs 34 a 36), ambos tendo por objeto a Diretiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente (JO 2001, L 197, p. 30).

28. E, por último, nos termos do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética, em alternativa ao estabelecimento de um regime de obrigação de eficiência energética, os Estados-Membros podem optar por tomar *outras* medidas políticas destinadas a obter as economias de energia correspondentes entre os consumidores finais.

29. Sujeitar as empresas energéticas à obrigação de contribuir para um Fundo de Eficiência Energética sem lhes permitir, em alternativa, atingir os objetivos de economia é manifestamente incompatível com o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética.

30. Assim, importa analisar se este regime é compatível com o artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética ou se pode ser considerada uma medida na aceção no artigo 7.º, n.º 9.

#### *1. Quanto ao artigo 20.º, n.º 6 da Diretiva relativa à eficiência energética*

31. Nos termos do artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética, os Estados-Membros podem prever a *possibilidade* de as partes sujeitas à obrigação cumprirem as obrigações estabelecidas no artigo 7.º, n.º 1, mediante contribuições anuais para o Fundo Nacional de Eficiência Energética num montante igual ao dos investimentos necessários para cumprirem essas obrigações.

32. Esta opção legislativa não prevê a obrigação de contribuição financeira sem alternativa, mas apenas a possibilidade de realizar esta contribuição. Além disso, pressupõe a existência de obrigações nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética. Entre estas obrigações inclui-se o regime de obrigação de eficiência energética segundo o qual as empresas em causa devem atingir um objetivo de economia de energia.

33. O artigo 20.º, n.º 6, baseia-se, pois, na presunção de que as empresas sujeitas à obrigação podem, pelo menos, em teoria, atingir as economias necessárias em alternativa ao pagamento da contribuição.

34. Por conseguinte, as empresas intervenientes no processo defendem, com razão, que a obrigação de contribuição sem a alternativa de realização de economias é incompatível com o artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética.

#### *2. Quanto ao artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética*

35. Em face do exposto, a obrigação de contribuição sem alternativa, objeto do litígio, só é compatível com a Diretiva relativa à eficiência energética, se for considerada como outra medida política na aceção do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética.

##### *a) Qualificação à luz do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética*

36. Conforme já referi, o artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética permite que os Estados-Membros, em alternativa ao estabelecimento de um regime de obrigação de eficiência energética ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, tomem outras medidas políticas destinadas a obter economias de energia entre os consumidores finais.

37. O artigo 2.º, n.º 18, da Diretiva relativa à eficiência de energia define medidas políticas como um instrumento regulamentar, financeiro, orçamental ou voluntário ou um meio de informação estabelecido e aplicado formalmente num Estado-Membro para criar estruturas de apoio ou instaurar requisitos ou incentivos que levem os intervenientes no mercado a fornecer e adquirir serviços

energéticos e a tomar outras medidas destinadas a melhorar a eficiência energética. A obrigação de contribuição sem alternativa faz parte de um instrumento de financiamento para a criação de uma estrutura de apoio e de incentivo, já que se deve presumir que os meios do fundo de eficiência energética são aplicados para incentivar medidas destinadas a melhorar a eficiência energética.

38. Deste modo, a obrigação de contribuição insere-se no âmbito do artigo 7.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea b), da Diretiva relativa à eficiência energética, que refere como exemplos de outras medidas políticas mecanismos de financiamento que levem à aplicação de tecnologias ou técnicas eficientes do ponto de vista energético e que tenham por efeito reduzir o consumo final de energia.

*b) Ausência de especialidade do artigo 20.º, n.º 6 da Diretiva relativa à eficiência energética*

39. Porém, o Tribunal Supremo e algumas empresas intervenientes defendem que a incompatibilidade com o artigo 20.º, n.º 6 da Diretiva relativa à eficiência energética de uma obrigação de contribuição sem alternativa impede o recurso ao artigo 7.º, n.º 9. Tal pressuporia que o artigo 20.º, n.º 6, fosse uma norma especial taxativa relativa a contribuições das empresas sujeitas a essa obrigação.

40. No entanto, o artigo 7.º, n.º 9, terceiro parágrafo da Diretiva relativa à eficiência energética revela que as medidas na aceção do artigo 7.º, n.º 9, e do artigo 20.º, n.º 6, não se excluem mutuamente, mas podem ser adotadas em conjunto. Segundo esta disposição, os Estados-Membros devem notificar a Comissão das medidas políticas que tencionam adotar ao abrigo destas disposições.

41. A finalidade do artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética também não leva a que esta disposição seja considerada *lex specialis* no que diz respeito ao artigo 7.º, n.º 9. O artigo 20.º prevê diferentes opções de financiamento de medidas de economia energética. Tal como também é referido no considerando 50, a cobrança de contribuições como alternativa a medidas de economia de energia, nos termos do artigo 20.º, n.º 6, é apenas uma das possíveis fontes de financiamento. Em particular, não se vislumbra que as possíveis fontes de financiamento do artigo 20.º devam ser enumeradas de forma taxativa.

42. Por último, uma tal especialidade seria contrária à finalidade do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética. Tal como também sucede com muitas outras disposições do artigo 7.º, esta disposição destina-se a conferir aos Estados-Membros, em conformidade com o considerando 20, flexibilidade bastante para alcançarem os objetivos vinculativos de economia. Estes devem ter plenamente em conta a organização nacional dos intervenientes do mercado, o contexto específico do setor da energia e os hábitos dos consumidores finais. Esta flexibilidade já estava prevista na diretiva antecedente<sup>5</sup> e prevê-se que venha a ser reforçada no âmbito do processo de alteração da diretiva atualmente em curso<sup>6</sup>. Seria contrário ao objetivo de flexibilidade excluir uma medida específica, a contribuição para um fundo, sem alternativa, do conjunto das outras medidas políticas possíveis nos termos do artigo 7.º, n.º 9.

43. Por conseguinte, o artigo 20.º, n.º 6, não se opõe a que a obrigação de contribuição seja fundamentada ao abrigo do artigo 7.º, n.º 9.

5 V. artigos 4.º e 6.º da Diretiva 2006/32/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2006, relativa à eficiência na utilização final de energia e aos serviços energéticos (JO 2006, L 114, p. 64).

6 V. artigos 7.º, n.º 6 e 7.º B da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva 2012/27/UE relativa à eficiência energética [COM(2016) 761 final, p. 9 e segs.], e a Proposta do Conselho de 24 de janeiro de 2018 (documento do Conselho 11119/1/17 REV 1, p. 17, 19 e 20). O primeiro Parecer do Parlamento, de 17 de janeiro de 2018 (documento do Conselho 5355/18), não propõe nenhuma alteração suscetíveis de pôr esta flexibilidade em causa.

*c) Quando à realização direta de economias*

44. No entanto, o Tribunal Supremo tem dúvidas sobre a aplicabilidade do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética, porque as medidas enumeradas a título não exaustivo no segundo parágrafo levariam diretamente a uma economia energética. O mesmo não sucede com as contribuições para um fundo de eficiência energética.

45. Contudo, deste modo, o Tribunal Supremo ignora que a obrigação de contribuição sem alternativa é parte integrante de um regime de financiamento nos termos do artigo 7.º, n.º 9, segundo parágrafo, alínea b), da Diretiva relativa à eficiência energética e que este regime se destina a conseguir economias.

46. Sem prejuízo do acima exposto, o artigo 7.º, n.º 9, primeiro parágrafo, primeiro período da Diretiva relativa à eficiência de energia está redigido de forma a que as outras medidas políticas não precisem necessariamente de conduzir a economias diretas. Com efeito, segundo esta disposição, estas medidas destinam-se apenas a «obter economias de energia entre os consumidores finais», o que inclui as poupanças indiretas.

47. Em termos práticos também parece difícil, se não mesmo impossível, distinguir as medidas que se destinem a conseguir economias diretas das medidas que apenas produzem esses efeitos indiretamente.

*d) Quanto aos requisitos de adoção das outras medidas políticas*

48. Contudo, os Estados-Membros não são totalmente livres de aplicar o artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética. Pelo contrário, as outras medidas políticas nos termos do artigo 7.º, n.º 9, primeiro parágrafo devem, no que diz respeito às economias obtidas, equivaler ao regime de obrigação de eficiência energética e, além disso, satisfazer os critérios previstos nos n.ºs 10 e 11 do artigo 7.º.

49. Acrescem ainda deveres de informação da Comissão, pois o artigo 7.º, n.º 9, terceiro parágrafo, segundo período, obriga os Estados-Membros a informar a Comissão até 5 de dezembro de 2013 sobre o modo como serão preenchidos os critérios previstos no artigo 7.º, n.º 10. A Comissão podia então apresentar sugestões de alteração no prazo de três meses após a notificação.

50. As observações formuladas pelo Tribunal Supremo, segundo as quais a Espanha não ponderou basear a obrigação de contribuição sem alternativa no artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética permitem duvidar que a Espanha tenha cumprido este dever de informação. No entanto, não parece que a Comissão se considere insuficientemente informada. Além disso, o pedido de decisão prejudicial não contém informações suficientes para permitir ao Tribunal de Justiça analisar o cumprimento desta obrigação processual.

51. O mesmo se dirá em relação à análise da compatibilidade do conteúdo da obrigação de contribuição sem alternativa com o artigo 7.º da Diretiva relativa à eficiência energética. Tal análise implica a apreciação da equivalência das economias desejadas, bem como dos critérios previstos no artigo 7.º, n.ºs 10 e 11. No entanto, dado que o pedido de decisão prejudicial não contém informações nesse sentido, o Tribunal de Justiça não consegue apreciar esta questão.

52. Consequentemente, a análise dos requisitos processuais e de conteúdo da obrigação de contribuição sem alternativa caberá — sem prejuízo de outro pedido de decisão prejudicial — ao órgão jurisdicional nacional.

*e) Quanto ao princípio da proporcionalidade*

53. Várias empresas intervenientes alegam, por último, que a obrigação, sem alternativa, de pagamento de uma quantia é desproporcional.

54. Há que reconhecer que os Estados-Membros devem respeitar o princípio da proporcionalidade na transposição de uma diretiva e, em particular, na criação da margem de apreciação<sup>7</sup>. Segundo este princípio, as medidas de transposição não devem ultrapassar os limites daquilo que é adequado e necessário à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista a possibilidade de escolher entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos onerosa e que os inconvenientes gerados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos que se pretendem alcançar<sup>8</sup>.

55. Mas se se provar que a obrigação de contribuição sem alternativa garante uma economia numa medida equivalente à do regime de obrigação de eficiência energética na aceção do artigo 7.º, n.º 1 da Diretiva relativa à eficiência energética, esta será, pelo menos, adequada a atingir os objetivos reconhecidos da diretiva.

56. Quanto à exigibilidade e à relação entre as desvantagens e os objetivos, os Estados-Membros têm, em princípio, uma ampla margem de apreciação, porque esta análise exige uma decisão complexa baseada em prognósticos. O mesmo foi implicitamente reconhecido pelo legislador da União quando permitiu, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva relativa à eficiência energética, que os Estados-Membros se afastassem do modelo de regulamentação da diretiva.

57. Em particular, enquanto a obrigação de contribuição se orientar pelo critério do artigo 20.º, n.º 6, da Diretiva relativa à eficiência energética, segundo o qual a contribuição deverá ser num montante igual ao dos investimentos necessários para cumprir essas obrigações de economia, considera-se que o Estado-Membro está a atuar dentro desta margem de apreciação. Por conseguinte, não se vislumbra a violação do princípio da proporcionalidade.

*3. Conclusão provisória*

58. Como conclusão provisória há que declarar que uma regulamentação nacional que introduz um regime nacional de obrigações de eficiência energética segundo o qual as empresas sujeitas à obrigação só podem cumprir as suas obrigações através de uma contribuição financeira anual para um Fundo Nacional de Eficiência Energética criado ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética pode constituir uma outra medida política na aceção do artigo 7.º, n.º 9, da diretiva, se esta regulamentação assegurar uma medida de economia equivalente à do regime de obrigação de eficiência energética nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da diretiva e, além disso, os requisitos do artigo 7.º, n.ºs 10 e 11, estiverem preenchidos.

59. Em contrapartida, a questão de saber se o direito nacional prevê a possibilidade (ainda não aproveitada) de permitir que as empresas sujeitas à obrigação cumpram as obrigações de economia energética através da certificação da economia conseguida, como uma alternativa à contribuição, é irrelevante no quadro da análise das primeiras três questões prejudiciais.

<sup>7</sup> V. Acórdãos de 6 de novembro de 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, n.º 87), de 11 de junho de 2009, Nijemeisland (C-170/08, EU:C:2009:369, n.º 41), e de 9 de março de 2010, ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86).

<sup>8</sup> Acórdão de 11 de junho de 2009, Nijemeisland (C-170/08, EU:C:2009:369, n.º 41).

### ***C. Quanto à inclusão de distribuidores de energia e/ou retalhistas de energia***

60. Com a sua quarta questão prejudicial, o Tribunal Supremo pretende saber se é compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética sujeitar a obrigações de eficiência energética apenas determinadas empresas da respetiva cadeia de fornecimento, mas não outras empresas da mesma cadeia de fornecimento. A quinta questão prejudicial vai no sentido de se determinar se esta decisão deve ser fundamentada.

61. Apesar de, tal como acima concluído, a regulamentação espanhola, na forma em que atualmente é aplicada, não visar transpor diretamente o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética, mas ser apenas uma outra medida política na aceção do artigo 7.º, n.º 9, da Diretiva, tal não significa que o disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 7.º seja irrelevante. Pelo contrário, estas disposições são o ponto de partida para a determinação das empresas que também estão sujeitas à obrigação à luz da legislação espanhola. Consequentemente, devem ser tidas em consideração.

#### ***1. Quanto à quarta questão — empresas sujeitas à obrigação***

62. Não é de excluir que a quarta questão se baseia, no essencial, na versão espanhola do artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética, pois de acordo com a mesma, cada Estado-Membro designará as partes sujeitas a obrigação de entre as empresas de distribuição e venda de energia a retalho que operam no seu território. Por outro lado, estas entidades sujeitas a obrigação devem, por exemplo, de acordo com as versões alemã, francesa, inglesa e portuguesa, ser designadas de entre as empresas de distribuição e/ou venda de energia a retalho. Além disso, a Comissão, na audiência, referiu diferentes versões de diferentes línguas nas quais apenas é utilizada a expressão «ou».

63. Assim, pode entender-se a versão espanhola no sentido de que os Estados-Membros devem sujeitar tanto as empresas de distribuição de energia como também as empresas de venda de energia a retalho à obrigação de contribuir, enquanto as outras versões nas línguas acima referidas conferem a possibilidade de escolher.

64. Contudo, independentemente da versão linguística, o sistema da diretiva demonstra que os Estados-Membros podem efetivamente (e devem) decidir se obrigam as empresas de distribuição de energia ou as empresas de venda de energia a retalho.

65. O artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética também prevê, na versão espanhola, que os Estados-Membros devem escolher, *de entre* os grupos referidos, as empresas que pretendem sujeitar à obrigação. Além disso, o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva relativa à eficiência energética também prevê na versão espanhola que as empresas sujeitas à obrigação podem ser designadas entre os distribuidores de energia e/ou as empresas de venda de energia a retalho. A definição de parte sujeita à obrigação constante do artigo 2.º, n.º 14, e do considerando 20 prescinde, inclusivamente, do «e» e utiliza apenas o «ou» — também na versão espanhola.

66. O considerando 20 também esclarece que deverá ser dada aos Estados-Membros a possibilidade de não impor essa obrigação às pequenas empresas de distribuição e venda de energia a retalho e aos pequenos setores da energia a fim de evitar encargos administrativos desproporcionados.

67. Aliás, na prática, parece ser difícil distribuir os respetivos encargos de uma forma proporcional no caso de uma sujeição cumulativa das empresas de distribuição de energia e das empresas de venda de energia a retalho à obrigação de obter economias de energia entre os consumidores finais.

68. Segundo a definição do artigo 2.º, n.º 20, da Diretiva relativa à eficiência energética, o distribuidor de energia é responsável pelo transporte de energia tendo em vista o seu fornecimento aos consumidores finais ou a estações de distribuição que vendem energia aos consumidores finais, ao passo que nos termos do artigo 2.º, n.º 22, a empresa de venda de energia a retalho vende energia aos consumidores finais. Por conseguinte, as empresas de distribuição de energia e as empresas de venda de energia a retalho podem pertencer à mesma cadeia de fornecimento ou até coexistir numa única empresa. No entanto, se dois membros da cadeia de fornecimento estivessem sujeitos à mesma obrigação de economia, o volume total das economias necessárias entre os consumidores finais duplicaria.

69. Embora não pareça ser de excluir que esta duplicação seja prevenida através de normas adequadas, seria mais simples impor a obrigação de economia a apenas uma empresa da cadeia. Esta irá normalmente repercutir os custos associados à obrigação sobre as empresas que lhe sucedem, até acabarem por atingir os clientes finais.

70. O mesmo é válido em relação à contribuição para o fundo de eficiência energética. Tal como alega a Endesa, tomar em conta mais uma fase da distribuição levaria ao pagamento da contribuição em dobro.

71. Consequentemente, é compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética impor obrigações de eficiência energética apenas a determinados membros de uma cadeia de fornecimento, mas não simultaneamente a outros membros da mesma cadeia.

72. A questão de saber se a opção de Espanha é compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética depende de saber se se baseia em critérios objetivos e não discriminatórios, tal como é exigido pelo artigo 7.º, n.º 4. No entanto, o pedido de decisão prejudicial não contém informações suficientes que permitam ao Tribunal de Justiça analisar esta questão. Por conseguinte, ficará reservada ao Tribunal Supremo.

## *2. Quanto à quinta questão prejudicial — Fundamentação da decisão de seleção*

73. Com a quinta questão prejudicial, o Tribunal Supremo pretende saber se é compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética a designação das partes sujeitas à obrigação sem determinar os motivos que levam a não considerar como tal outras empresas da respetiva cadeia de fornecimento.

74. A este respeito, importa referir desde logo que o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética não contém nenhuma norma que diga expressamente respeito à fundamentação da seleção.

75. No entanto, a exigência de fundamentação tem origem no princípio do Estado de Direito<sup>9</sup> que, nos termos do artigo 2.º TUE, é comum aos Estados-Membros e no qual a União Europeia também se funda<sup>10</sup>. No que diz respeito às instituições da União, a obrigação de fundamentação está especialmente prevista no artigo 296.º TFUE<sup>11</sup> e no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais<sup>12</sup>, enquanto elemento do direito a uma boa administração. Porém, o direito a uma boa administração, enquanto reflexo de um princípio geral do direito da União, comporta exigências que os Estados-Membros têm de respeitar quando aplicam o direito da União<sup>13</sup>.

76. Entre essas exigências, o dever de fundamentação das decisões das autoridades nacionais reveste uma importância especial, desde logo porque coloca os seus destinatários em condições de defenderem os seus direitos nas melhores condições possíveis e de decidirem com pleno conhecimento de causa se é útil recorrer contra elas. A fundamentação é igualmente necessária para permitir aos tribunais exercer a fiscalização da legalidade das mesmas decisões.<sup>14</sup> Além disso, fomenta o autocontrolo da autoridade pública e tem ainda uma função pacificadora<sup>15</sup>.

77. No entanto, a obrigação de fundamentação não se aplica, em princípio, a medidas legislativas de alcance geral de um Estado-Membro<sup>16</sup>. E mesmo a nível da União, a fundamentação de um ato de alcance geral pode limitar-se a indicar, por um lado, a situação de conjunto que levou à sua adoção e, por outro, os objetivos gerais que se propõe atingir<sup>17</sup>.

78. No entanto, a transposição do artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva relativa à eficiência energética está sujeita a exigências mais abrangentes. Com efeito, esta disposição exige que os Estados-Membros designem, para efeitos do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 7.º, com base em *critérios* objetivos e não discriminatórios, as partes sujeitas a obrigação.

79. O Estado-Membro deve divulgar estes critérios de alguma forma, por exemplo, nos trabalhos preparatórios da legislação, pois caso contrário não seria possível verificar se os critérios aplicados são efetivamente objetivos e não discriminatórios e se foram corretamente aplicados. Deste modo, a tutela efetiva do direito ficaria indevidamente dificultada<sup>18</sup>.

80. Contudo, segundo alegaram vários intervenientes, a seleção das partes sujeitas à obrigação encontra-se pelo menos justificada no preâmbulo da Lei 18/2014. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se tal justificação existe e se eventualmente é suficiente para demonstrar a aplicação de critérios objetivos e não discriminatórios.

81. Consequentemente, a designação de determinadas empresas como partes sujeitas à obrigação na aceção do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva relativa à eficiência energética pressupõe a divulgação dos critérios que presidiram à sua designação e à não consideração de outras empresas.

9 Conclusões do advogado-geral Reischl no processo Bonu/Conselho (89/79, EU:C:1980:37, p. 566).

10 Acórdão de 27 de fevereiro de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, n.ºs 30 e 31). Quanto ao conceito de Comunidade de direito ou de União de direito, v., desde logo, os Acórdãos de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, EU:C:1986:166, n.º 23); de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, n.ºs 281 e 316); de 3 de outubro de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho (C-583/11 P, EU:C:2013:625, n.º 90); e de 6 de outubro de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, n.º 60).

11 Acórdão de 17 de junho de 1997, Sodemare (C-70/95, EU:C:1997:301, n.º 19).

12 Acórdão de 17 de julho de 2014, YS e o. (C-141/12 e C-372/12, EU:C:2014:2081, n.º 67).

13 Acórdãos de 8 de maio de 2014, N (C-604/12, EU:C:2014:302, n.ºs 49 e 50), e de 9 de novembro de 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, n.º 39).

14 Acórdão de 9 de novembro de 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, n.º 40), v., desde logo, os Acórdãos de 15 de outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, EU:C:1987:442, n.º 15); de 15 de fevereiro de 2007, BVBA Management, Training en Consultancy (C-239/05, EU:C:2007:99, n.º 36); e de 4 de junho de 2013, ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363, n.º 53).

15 V. as minhas Conclusões de 22 de janeiro de 2009, Mellor (C-75/08, EU:C:2009:32, n.ºs 31, 32 e 33).

16 Acórdão de 17 de junho de 1997, Sodemare (C-70/95, EU:C:1997:301, n.º 19).

17 Acórdãos de 17 de março de 2011, AJD Tuna (C-221/09, EU:C:2011:153, n.º 59); de 3 de outubro de 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e o./Comissão (C-398/13 P, EU:C:2015:535, n.º 29); bem como de 4 de maio de 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, n.º 130).

18 V., neste sentido, Acórdão de 15 de outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, EU:C:1987:442, n.º 15).

## V. Conclusão

82. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo ao pedido de decisão prejudicial:

- 1) Uma regulamentação nacional que introduz um regime nacional de obrigações de eficiência energética segundo o qual as empresas sujeitas à obrigação só podem cumprir as suas obrigações através de uma contribuição financeira anual para um Fundo Nacional de Eficiência Energética criado ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 4, da Diretiva 2012/27 pode constituir uma outra medida política na aceção do artigo 7.º, n.º 9, da diretiva, se esta regulamentação assegurar uma medida de economia equivalente à do regime de obrigação de eficiência energética nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da diretiva e se, além disso, os requisitos do artigo 7.º, n.ºs 10 e 11, estiverem preenchidos.
- 2) É compatível com o artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 2012/27 impor obrigações de eficiência energética apenas a determinados membros de uma determinada cadeia de fornecimento, mas não simultaneamente a outros membros da mesma cadeia.
- 3) A designação de determinadas empresas como partes sujeitas à obrigação na aceção do artigo 7.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 2012/27 pressupõe a divulgação dos critérios que presidiram à sua designação e à não consideração de outras empresas.