



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
LAILA MEDINA
apresentadas em 9 de novembro de 2023¹

Processos apensos C-790/21 P e C-791/21 P

Covestro Deutschland AG
contra
Comissão Europeia (C-790/21 P)
e
República Federal da Alemanha
contra
Covestro Deutschland AG,
Comissão Europeia (C-791/21 P)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Alemanha — Regime de auxílios de Estado a favor de determinados grandes consumidores de eletricidade — Isenção das tarifas de rede em 2012 e 2013 — Decisão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno e ilegal, e que ordena a recuperação dos auxílios concedidos — Recurso de anulação — Prazo para interposição de recurso — Admissibilidade — Conceito de auxílio — Recursos estatais — Imposição parafiscal ou outras imposições obrigatórias — Controlo estatal sobre os fundos»

1. As presentes conclusões são apresentadas nos processos apensos C-790/21 P e C-791/21 P. Devem ser lidas em conjunto com as minhas três outras conclusões em recursos paralelos², também apresentadas hoje, todas relativas ao mesmo regime de auxílios de Estado. Com o seu recurso no processo C-790/21 P, a Covestro Deutschland AG (a seguir «Covestro»), uma empresa produtora de materiais, pede a anulação do Acórdão de 6 de outubro de 2021, Covestro Deutschland/Comissão (T-745/18, EU:T:2021:644) (a seguir «acórdão recorrido»). Este acórdão negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão da Comissão Europeia de 28 de maio de 2018 sobre o regime de auxílios aplicado pela Alemanha aos consumidores de carga de base ao abrigo do § 19 do Regulamento StromNEV³, no que respeita aos anos de 2012 e 2013 (a seguir «decisão controvertida»). Com o seu recurso no processo C-791/21 P, a República Federal da Alemanha (por razões de simplicidade, a República Federal da Alemanha será designada como

¹ Língua original: inglês.

² Trata-se dos três seguintes conjuntos de processos apensos: (i) C-792/21 P e C-793/21 P (ii) C-795/21 P e C-796/21 P, e (iii) C-794/21 P e C-800/21 P. Com efeito, 37 consumidores de eletricidade, como os que estão em causa no presente recurso, interpuseram recursos semelhantes no Tribunal Geral, pedindo a anulação da decisão em causa. Os processos que deram origem aos quatro acórdãos recorridos do Tribunal Geral nos processos paralelos foram designados pelo Tribunal Geral como «processos pilotos».

³ Decisão (UE) 2019/56 da Comissão, de 28 de maio de 2018, sobre o regime de auxílios SA.34045 (2013/C) (ex 2012/NN) [notificada com o número C(2018) 3166] (JO 2019, L 14, p. 1). A designação «StromNEV» no nome desta decisão refere-se ao *Stromnetzentgeltverordnung* (Regulamento Federal relativo à Determinação das Tarifas de Utilização da Rede de Transporte de Eletricidade).

«Alemanha») pede a anulação do acórdão recorrido. A Comissão interpôs um recurso subordinado nos dois processos acima referidos, mediante o qual pede também a anulação do acórdão recorrido.

I. Factos na origem do litígio

2. Os antecedentes do litígio estão expostos nos n.ºs 1 a 22 do acórdão recorrido. Para efeito das presentes conclusões, podem ser resumidos do seguinte modo.

A. Quanto ao sistema de tarifas de rede antes da introdução das medidas controvertidas

3. O § 21 da *Energiewirtschaftsgesetz* (Lei relativa à Proteção do Fornecimento de Energia), conforme alterada pela *Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften* (Lei relativa à Revisão das Regulamentações do Setor Energético), de 26 de julho de 2011⁴, mas antes das alterações introduzidas pela *Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes* (Lei relativa ao Desenvolvimento do Mercado da Eletricidade), de 26 de julho de 2016⁵, prevê, nomeadamente, que as tarifas de rede devem ser razoáveis, não discriminatórias, transparentes e baseadas nos custos de uma exploração eficaz do sistema de fornecimento de energia.

4. O § 17 do *Stromnetzentgeltverordnung* (Regulamento Federal relativo à Determinação das Tarifas de Utilização da Rede de Transporte de Eletricidade), de 25 de julho de 2005⁶, define o método de cálculo a utilizar pelos operadores da rede de transporte para determinar as tarifas gerais, que se baseia, nomeadamente, nos custos totais anuais de rede.

5. O § 19 do Regulamento StromNEV 2005 prevê também tarifas individuais para categorias de utilizadores cujos perfis de consumo e de carga são muito diferentes dos dos outros utilizadores (denominados «utilizadores atípicos»), que têm em conta, em conformidade com o princípio da causalidade dos custos, a contribuição destes utilizadores para reduzir ou evitar um aumento dos custos de rede.

6. A este respeito, o § 19, n.º 2 do Regulamento StromNEV 2005 introduz tarifas individuais para as seguintes duas categorias de utilizadores atípicos: (i) utilizadores cuja contribuição para o custo de ponta pode diferir significativamente da carga de ponta anual simultânea de todos os outros utilizadores ligados ao mesmo nível de rede, ou seja, utilizadores que consomem sistematicamente eletricidade fora das horas de ponta (a seguir «consumidores anticíclicos»); e (ii) utilizadores cujo consumo de eletricidade anual representa pelo menos 7 000 horas de utilização e mais de 10 gigawatts/hora (a seguir «consumidores de carga de base»).

7. Até à entrada em vigor do Regulamento StromNEV 2005, conforme alterado pela EnWG 2011 (a seguir «Regulamento StromNEV 2011»), os consumidores anticíclicos e de carga de base estavam sujeitos a tarifas individuais calculadas segundo o «método do canal físico» estabelecido pela *Bundesnetzagentur* (Agência Federal das Redes, Alemanha; a seguir «BNetzA»). Este método tinha em conta os custos de rede gerados por estes consumidores, com uma contribuição mínima

⁴ BGBl. 2011 I, p. 1554.

⁵ BGBl. 2016 I, p. 1786 (a seguir «EnWG 2011»).

⁶ BGBl. 2005 I, p. 2225 (a seguir «Regulamento StromNEV 2005»).

equivalente a 20 % da tarifa de rede publicada (a seguir «contribuição mínima»). Esta garantia uma retribuição pela exploração da rede a que estes consumidores estavam ligados se as tarifas individuais calculadas segundo o método do canal físico fossem inferiores ou próximas de zero.

B. Quanto às medidas controvertidas (isenção e sobretaxa)

8. Ao abrigo do segundo e terceiro períodos, do § 19, n.º 2, do Regulamento StromNEV 2011, que entrou em vigor em 4 de agosto de 2011, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2011 (data de aplicação retroativa desta disposição), o sistema de tarifas de rede individuais para os consumidores de carga de base foi suprimido e substituído por uma isenção completa da obrigação de pagar as tarifas de rede (a seguir «isenção controvertida»). Esta só pode ser concedida depois de a autoridade reguladora competente (a BNetzA ou a autoridade reguladora do *Land* em causa) ter verificado que os requisitos legais estão preenchidos. A referida isenção era suportada pelos operadores da rede de transporte ou de distribuição de acordo com o nível de rede a que estavam ligados os beneficiários. As tarifas de rede individuais para os consumidores anticíclicos mantiveram-se, assim como a obrigação de pagar pelo menos 20 % da tarifa de rede publicada.

9. Em conformidade com o sexto e sétimo períodos, do § 19, n.º 2, do Regulamento StromNEV 2011, os operadores da rede de transporte eram obrigados a reembolsar aos operadores situados a jusante das redes de distribuição de eletricidade (a seguir «operadores da rede de distribuição») a perda de receitas resultante da isenção controvertida e deviam compensar os custos acarretados pela isenção, através de uma compensação financeira em conformidade com o § 9 da *Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz* (Lei relativa à Promoção da Cogeração de Calor e Eletricidade), de 19 de março de 2002⁷, de modo que cada um deles suportasse a mesma carga financeira calculada segundo a quantidade de eletricidade que fornecia aos consumidores finais ligados à sua rede.

10. A partir de 2012, a Decisão da BNetzA de 14 de dezembro de 2011 (BK8-11-024; a seguir «Decisão BNetzA de 2011») estabeleceu um mecanismo de financiamento. Segundo este mecanismo, os operadores da rede de distribuição recebiam junto dos consumidores finais uma sobretaxa (a seguir «sobretaxa controvertida»), cujo montante era repercutido nos operadores da rede de transporte para os indemnizar pela perda de receitas resultante da isenção controvertida.

11. O montante da sobretaxa era determinado anual e antecipadamente, pelos operadores da rede de transporte, com base numa metodologia estabelecida pela BNetzA. O montante relativo a 2012, primeiro ano de aplicação do sistema, foi implementado diretamente pela BNetzA.

12. Estas disposições não se aplicavam aos custos da isenção relativa ao ano de 2011 e, por conseguinte, cada operador da rede de transporte e de distribuição teve de suportar as perdas relativas à isenção para este ano.

C. Quanto ao sistema de tarifas de rede posterior às medidas controvertidas

13. Durante o procedimento administrativo na Comissão, que conduziu à decisão controvertida, a isenção controvertida foi, desde logo, declarada nula por decisões judiciais do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha) de 8 de maio de 2013 e do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha) de 6 de outubro de 2015.

⁷ BGBl. 2002 I, p. 1092.

Esta isenção foi posteriormente revogada, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014, pelo Regulamento StromNEV, conforme alterada pelo *Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts* (Regulamento relativo à Alteração de Regulamentos no Domínio do Direito da Energia), de 14 de agosto de 2013⁸. Este último regulamento reintroduziu as tarifas individuais calculadas segundo o método do canal físico, com a aplicação — em vez da contribuição mínima — de tarifas normalizadas de 10, 15 e 20 % das tarifas gerais, em função do consumo de eletricidade (7 000, 7 500 e 8 000 horas de utilização anual da rede) (a seguir «tarifas normalizadas»).

14. O Regulamento StromNEV 2013 introduziu um regime transitório, em vigor a partir de 22 de agosto de 2013 e aplicável, de forma retroativa, aos consumidores de carga de base que ainda não tinham recebido a isenção controvertida para os anos de 2012 e 2013 (a seguir «regime transitório»). Em vez das tarifas individuais calculadas segundo o método do canal físico e a contribuição mínima, este regime previa exclusivamente a aplicação das tarifas normalizadas.

II. Análise jurídica

15. Nos seus dois recursos subordinados idênticos nos processos C-790/21 P e C-791/21 P, a Comissão invoca três fundamentos de recurso. Os dois primeiros são, em substância, idênticos aos dois fundamentos invocados no âmbito dos recursos subordinados nos processos C-792/21 P a C-796/21 P e C-800/21 P. No processo C-790/21 P, a Covestro invoca quatro fundamentos de recurso. No processo C-791/21 P, a Alemanha invoca um único fundamento de recurso. No entanto, em conformidade com o pedido do Tribunal de Justiça, as presentes conclusões abordarão apenas o primeiro fundamento dos recursos subordinados da Comissão (admissibilidade de um recurso de anulação) e o terceiro fundamento de recurso da Covestro, que coincide com o fundamento único de recurso da Alemanha (uma vez que estes dizem respeito ao requisito relativo à existência de uma intervenção através de «recursos estatais»).

A. Quanto ao primeiro fundamento dos recursos subordinados da Comissão: admissibilidade de um recurso de anulação

1. Principais argumentos das partes

16. A Comissão sustenta que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, nos n.ºs 37 a 44 do acórdão recorrido, ao adotar uma interpretação ampla do conceito de «publicação» na aceção do artigo 263.º, sexto parágrafo, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «TFUE»). Em primeiro lugar, segundo a Comissão, a interpretação do Tribunal Geral é contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça, através da qual este estabeleceu um paralelismo entre o artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE e o artigo 297.º TFUE. Segundo a Comissão, resulta claramente desta jurisprudência que a publicação só constitui o ponto de partida do prazo previsto para interposição de recurso se for um requisito prévio à entrada em vigor do ato em causa e se estiver prevista no próprio Tratado. Em segundo lugar, no que respeita, mais especificamente, à publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* (a seguir «*Jornal Oficial*») de uma decisão da Comissão que encerra um procedimento formal de investigação, esta não constitui uma «publicação» na aceção do artigo 297.º, n.º 2, segundo parágrafo, TFUE. Por conseguinte, não constitui o ponto de partida do prazo previsto para interposição de recurso. Em

⁸ BGBl. 2013 I, p. 3250 (a seguir «Regulamento StromNEV 2013»).

terceiro lugar, a Comissão invoca uma série de argumentos que, em seu entender, sustentam a sua interpretação do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, como a sistemática desta disposição, o princípio da igualdade de armas ou o caráter imperativo dos prazos para interposição de recurso.

17. A Alemanha e a Covestro sustentam, em substância, que a interpretação do Tribunal Geral do conceito de «publicação», na aceção do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, não padece de nenhum erro de direito.

2. *Apreciação*

18. É certo que, na prática, e como aconteceu no caso em apreço, os beneficiários de auxílios de Estado são frequentemente informados do conteúdo de uma decisão da Comissão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a recuperação do auxílio antes de esta decisão ser publicada no *Jornal Oficial*. Os beneficiários sofrem os efeitos jurídicos dessa decisão no âmbito do processo de recuperação, que deve ocorrer imediatamente após a adoção da decisão e a sua notificação ao Estado-Membro em causa.

19. A Comissão alega que, nestas condições, e contrariamente ao que o Tribunal Geral decidiu no acórdão recorrido, é a data em que o beneficiário do auxílio de Estado tomou conhecimento da decisão controvertida que deve ser tida em conta para efeitos do cálculo do prazo de interposição de um recurso de anulação, e não a data da sua publicação no *Jornal Oficial*. Por conseguinte, a Comissão considera que o Tribunal Geral deveria ter declarado o recurso da Covestro inadmissível, uma vez que era extemporâneo.

20. Proponho que a interpretação da Comissão seja rejeitada, dado que não é corroborada nem pela redação do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, nem pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nem pela finalidade desta disposição.

21. A redação do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE prevê que «[o]s recursos previstos no presente artigo devem ser interpostos no prazo de dois meses a contar, conforme o caso, da publicação do ato, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento do ato.»

22. Como sublinhou a Alemanha, e como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode deduzir-se da redação desta disposição que o critério da data em que o recorrente tenha tomado conhecimento do ato como ponto de partida do prazo previsto para interposição de recurso tem caráter *subsidiário* relativamente aos critérios da publicação e da notificação.

23. No que respeita à notificação, importa recordar que o procedimento de fiscalização dos auxílios de Estado é um procedimento estritamente bilateral entre a Comissão e o Estado-Membro em causa. Os beneficiários do auxílio têm apenas a qualidade de «partes interessadas», na aceção do artigo 1.º, alínea h), do Regulamento (UE) 2015/1589⁹. Daqui resulta que este Estado-Membro é o único destinatário de uma decisão negativa da Comissão e que a entrada em vigor desta decisão resulta deste procedimento bilateral, a saber, a notificação da decisão pela Comissão ao Estado-Membro. Uma vez que esta decisão já entrou em vigor no momento da notificação, a determinação do ponto de partida para as partes não notificadas

⁹ Regulamento 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2015, L 248, p. 9).

interponem recurso não deve estar relacionada com os requisitos de entrada em vigor de um ato e deve, em vez disso, resultar de uma interpretação da redação e da finalidade do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE.

24. Segundo a redação do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, no que respeita às pessoas não notificadas, a publicação do ato no *Jornal Oficial* torna-se no elemento principal para determinar o ponto de partida da contagem do prazo para interposição de recurso. Daqui resulta que o momento em que o beneficiário do auxílio teve conhecimento da decisão, visto que tem caráter subsidiário relativamente aos outros critérios, só seria pertinente numa situação em que não tenha havido publicação (ainda que esta fosse exigida).

25. Na minha opinião, a Comissão não pode invocar o Acórdão Portugal/Comissão¹⁰. Este acórdão dizia respeito a uma situação diferente da do caso em apreço. Com efeito, no primeiro caso, a decisão controvertida foi especificamente dirigida à República Portuguesa, ao passo que a Covestro, enquanto beneficiária do auxílio, é apenas uma parte interessada; não sendo destinatária da decisão controvertida.

26. Além disso, a Comissão baseia-se numa interpretação errada deste acórdão no que respeita ao alegado paralelismo entre o artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE e o artigo 297.º, n.º 2, segundo e terceiro parágrafos, TFUE. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça não interpretou o conceito de «*Bekanntgabe*» («notificação»/«publicação», em português) como significando «conhecimento efetivo». O Tribunal de Justiça só se pronunciou sobre a relação entre as duas alternativas previstas no artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, para considerar que a decisão dirigida ao recorrente produz efeitos a partir da sua notificação e que essa notificação constitui, ao mesmo tempo, o ponto de partida do prazo previsto para interposição de recurso.

27. A Comissão examina a «notificação», afirmando que as empresas foram notificadas pelas autoridades alemãs no caso em apreço. No entanto, quando estas autoridades — que não são a instituição que adotou o ato — enviam uma cópia da decisão controvertida aos beneficiários do auxílio, tal não pode ser qualificado como uma notificação formal de uma decisão da Comissão na aceção do artigo 297.º TFUE. Por conseguinte, esta comunicação de uma decisão aos beneficiários não tem os mesmos efeitos que uma notificação na aceção do referido artigo. De qualquer modo, a «notificação» («*Zustellung*», em alemão) de uma decisão da Comissão não está em causa no presente processo.

28. Os outros precedentes citados pela Comissão também não sustentam a hipótese defendida por esta última. Assim, o Despacho Fryč/Comissão não é pertinente, porquanto diz respeito ao recurso de anulação dos regulamentos publicados no *Jornal Oficial*. Do mesmo modo, o Despacho Iordăchescu/Parlamento e o.¹¹ dizia respeito a uma diretiva também publicada no *Jornal Oficial*.

29. Por último, a finalidade dos prazos para interposição de recurso é criar critérios objetivos para garantir a segurança jurídica. Daqui resulta que este prazo deve ser claro e facilmente identificado por qualquer pessoa e visa evitar a discriminação ou o tratamento arbitrário na administração da justiça¹².

¹⁰ Acórdão de 17 de maio de 2017 (C-339/16 P, EU:C:2017:384).

¹¹ Despachos de 5 de setembro de 2019 (C-230/19 P, EU:C:2019:685) e de 31 de janeiro de 2019 (C-426/18 P, EU:C:2019:89), respetivamente.

¹² V., neste sentido, Acórdão de 8 de novembro de 2018, *Evropaïki Dynamiki/Comissão* (C-469/11 P, EU:C:2012:705, n.º 50).

30. Assim, como observa a Alemanha, é precisamente para manter a segurança jurídica que o artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE identifica a publicação do ato como o facto principal para a determinação do prazo para interposição de recurso. Com efeito, é sempre possível determinar com certeza esta data, ao contrário da data em que o beneficiário tomou conhecimento do ato, cuja prova é muito mais difícil de produzir. A alternativa proposta pela Comissão seria contrária a este cálculo juridicamente seguro. A título subsidiário, qualquer prazo deve ser determinado individualmente e o Tribunal Geral é obrigado a efetuar, com um esforço significativo, uma investigação aprofundada sobre a data efetiva em que o recorrente tomou conhecimento, talvez por acaso, do ato em questão.

31. Além disso, a interpretação preconizada pela Comissão teria por efeito limitar a tutela jurisdicional efetiva do beneficiário do auxílio, posto que, por exemplo, este último poderia receber do Estado-Membro em causa uma versão incompleta ou expurgada da decisão da Comissão. Esta notificação não é regida pelo direito da União e o Estado-Membro pode omitir, arbitrariamente ou por negligência, a notificação de alguns ou de todos os beneficiários do auxílio, o que colocaria problemas evidentes no que respeita ao princípio da igualdade de acesso à justiça.

32. O argumento da Comissão segundo o qual, no caso em apreço, a Covestro — que recebeu a decisão controvertida no âmbito do processo nacional de recuperação dos auxílios — interpôs o seu recurso de anulação *antes* da publicação da decisão controvertida no *Jornal Oficial* não altera a minha conclusão.

33. Com efeito, o Tribunal de Justiça recordou na sua jurisprudência anterior que «as disposições do artigo 33.º, terceiro parágrafo, do Tratado CECA, que especificavam as formalidades — notificação ou publicação — a partir das quais corria o prazo do recurso de anulação, não constituíam obstáculo a que um recorrente interpusesse a sua petição de recurso no Tribunal de Justiça a partir do momento em que fosse tomada a decisão controvertida, sem aguardar pela sua notificação ou publicação, pelo que não podia ser suscitada a inadmissibilidade de um dos recursos na origem do referido acórdão devido à sua apresentação na Secretaria do Tribunal de Justiça antes da publicação desta decisão.» Por conseguinte, o Tribunal de Justiça declarou no referido acórdão que «nada nas disposições do artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, que corresponde ao artigo 33.º, terceiro parágrafo, do Tratado CECA, se opõe a que esta jurisprudência seja transposta para o presente caso»¹³ e declarou, em substância, que o facto de o recurso de anulação ter sido interposto antes da publicação da decisão em causa não constitui um motivo para declarar o recurso inadmissível.

34. Resulta da apreciação que precede que o facto de interpor um recurso de anulação antecipadamente (ou seja, antes da publicação efetiva do ato em causa) não tem nenhuma incidência sobre o ponto de partida do prazo para interposição de recurso e sobre o cálculo do prazo para interposição deste recurso, conforme definido pelo artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE.

35. Por último, contrariamente ao que sustenta a Comissão, as Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Georgsmarienhütte e o.(C-135/16, EU:C:2018:120) não são pertinentes para efeitos dos presentes processos, visto que o Tribunal de Justiça se pronunciou neste processo sobre a admissibilidade de um pedido de decisão prejudicial e não se pronunciou sobre o início do prazo para interposição de um recurso de anulação da decisão da Comissão no Tribunal Geral.

¹³ Acórdão de 26 de setembro de 2013, PPG e SNF/ECHA (C-626/11 P, EU:C:2013:595, n.ºs 35 e 36).

36. Daqui decorre, na minha opinião, que o Tribunal Geral declarou corretamente que a inadmissibilidade invocada pela Comissão em primeira instância devia ser julgada improcedente e que os recursos subordinados da Comissão deviam ser julgados improcedentes.

B. Terceiro fundamento de recurso da Covestro e fundamento único invocado pela Alemanha: violação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE relativo aos recursos estatais

37. O terceiro fundamento da Covestro (processo C-790/21 P), relativo ao conceito de «recursos estatais», baseia-se em três argumentos: (i) alega que a existência de imposto e de controlo estatal não são critérios alternativos; (ii) contesta a qualificação da sobretaxa controvertida como imposto; e (iii) considera que não houve controlo estatal sobre os recursos gerados pela sobretaxa controvertida. O fundamento único da Alemanha (processo C-791/21 P) divide-se em três partes. *A primeira parte*, que contesta que «a existência de um imposto e de controlo estatal são dois critérios alternativos», assenta nos seguintes argumentos: a) existem contradições no acórdão recorrido; b) não decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que seja suficiente concluir que a medida envolve recursos estatais apenas com base no facto de a sobretaxa poder ser qualificada de imposto; c) a sistemática dos Tratados é contrária à interpretação do Tribunal Geral; d) esta interpretação tem consequências «não previstas pelos Tratados»; e e) mesmo quando existe um imposto, é necessário apreciar se existe um controlo estatal. *A segunda parte*, refere que «a sobretaxa aplicada pela BNetzA não é um imposto na aceção da [jurisprudência do Tribunal de Justiça]», assenta nos seguintes argumentos: a) não existe um «imposto» se o devedor do imposto não for o consumidor final; e b) o Tribunal Geral deveria ter examinado não só a obrigação de cobrar o imposto mas também a obrigação de o pagar. Na *terceira parte*, a Alemanha alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que a utilização exclusiva das tarifas de rede cobradas não exclui que o Estado possa dispor destes fundos.

38. A Comissão considera que o terceiro fundamento da Covestro e o fundamento único invocado pela Alemanha devem ser julgados improcedentes.

39. Uma vez que os diferentes argumentos relativos aos recursos estatais invocados pela Covestro no âmbito do terceiro fundamento (processo C-790/21 P) e pela Alemanha no âmbito do fundamento único de recurso (processo C-791/21 P) se sobrepõem de forma significativa, há que analisá-los em conjunto, pela ordem e segundo a estrutura do acórdão recorrido. Por conseguinte, é necessário começar por abordar o carácter alternativo dos critérios; em seguida, a qualificação da sobretaxa controvertida como «imposto»; e, por último, a existência de um controlo estatal sobre os recursos gerados pela sobretaxa controvertida.

1. Primeira série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha (dois elementos que fazem parte de uma alternativa)

a) Principais argumentos das partes

40. A Covestro e a Alemanha sustentam, em substância, que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao considerar que a existência de um imposto e o controlo estatal sobre os fundos gerados por este imposto (ou sobre os administradores destes fundos) constituíam «dois elementos que fazem parte de uma alternativa». A simples existência deste imposto não é suficiente para concluir que o presente processo implicava «recursos estatais».

b) Apreciação

41. O Tribunal Geral examinou a jurisprudência relativa ao critério dos «recursos estatais» e considerou que, «[e]m substância, a jurisprudência do Tribunal de Justiça [...] apoia-se em dois elementos principais para apreciar o carácter estatal dos recursos: por um lado, a existência de uma imposição obrigatória que impende sobre os consumidores ou clientes finais, normalmente qualificada de “encargo”, e mais particularmente de “imposição parafiscal”, e, por outro, o controlo estatal sobre a gestão do sistema, através nomeadamente do controlo estatal sobre os fundos ou sobre os gestores (terceiros) destes fundos. Trata-se, essencialmente, *de dois elementos que fazem parte de uma alternativa*» (acórdão recorrido, n.º 95, o sublinhado é meu).

42. Segundo o Tribunal Geral, «por conseguinte, é necessário verificar se o mecanismo [de financiamento] em causa preenche os requisitos impostos pela jurisprudência pertinente no que respeita à utilização de recursos estatais [...] e, portanto, se a sobretaxa controvertida é efetivamente um encargo obrigatório e, portanto, equiparável a uma imposição parafiscal ou, se tal não for o caso, se o Estado tem, pelo menos, um controlo sobre os fundos cobrados ou sobre os organismos encarregados de gerir estes fundos» (acórdão recorrido, n.º 109).

43. A Covestro e a Alemanha sustentam que os critérios do «imposto» e do controlo estatal são cumulativos e baseiam-se nos Acórdãos FVE Holýšov I e o./Comissão¹⁴, Alemanha/Comissão¹⁵ e PreussenElektra¹⁶. Todavia, estes e outros acórdãos (mais recentes) do Tribunal de Justiça sustentam, pelo contrário, o carácter alternativo dos critérios, em conformidade com o que o Tribunal Geral declarou nos n.ºs 90 e 95 a 97 do acórdão recorrido¹⁷.

44. Considero que os argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha são improcedentes, uma vez que podem ser rejeitados com base na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça, que dissipa todas as dúvidas possíveis quanto ao facto de os critérios serem alternativos ou cumulativos.

45. No Acórdão DOBELES HES¹⁸, a Grande Secção do Tribunal de Justiça abordou duas questões que são pertinentes para os presentes recursos: (i) a definição do conceito de imposto e (ii) a relação entre o critério de imposto e o critério de controlo estatal sobre o mecanismo de financiamento.

46. No n.º 39 do referido acórdão, o Tribunal de Justiça esclareceu que os critérios pertinentes do artigo 107.º, n.º 1, TFUE fazem parte de uma alternativa: «o critério mencionado no número anterior do presente acórdão [a saber, a existência de um encargo,] não é o único que permite identificar “recursos estatais”, na aceção desta disposição. O facto de as quantias estarem constantemente sob controlo público e, portanto, à disposição das autoridades nacionais competentes, é suficiente para que sejam qualificadas de “recursos estatais”».

¹⁴ Acórdão de 16 de setembro de 2021 (C-850/19 P, EU:C:2021:740, a seguir «Acórdão FVE Holýšov I»).

¹⁵ Acórdão de 28 de março de 2019 (C-405/16 P, EU:C:2019:268; a seguir «Acórdão EEG 2012»).

¹⁶ Acórdão de 13 de março de 2001 (C-379/98, EU:C:2001:160; a seguir «Acórdão PreussenElektra»).

¹⁷ V., neste sentido, Acórdãos EEG 2012, n.º 72; de 15 de maio de 2019, Achema e o. (C-706/17, EU:C:2019:407, n.ºs 64 a 66); de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, a seguir «Acórdão Essent Netwerk Noord», n.º 66); de 13 de setembro de 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, n.º 30) [o Tribunal de Justiça rejeita o primeiro critério, a existência de um imposto, mas procede à análise do segundo critério, da gestão do Estado da utilização dos fundos (n.º 31) e do terceiro critério, o controlo estatal sobre as entidades que gerem os fundos (n.ºs 34 e 35)]; e Acórdão FVE Holýšov I (n.º 46).

¹⁸ Acórdão de 12 de janeiro de 2023, DOBELES HES (C-702/20 e C-17/21, EU:C:2023:1, a seguir «Acórdão DOBELES HES»).

47. Daqui resulta que é suficiente preencher um ou outro dos dois critérios, o que é confirmado pelo n.º 42 do Acórdão DOBELES HES, no qual o Tribunal de Justiça faz diretamente referência à existência de «dois critérios alternativos».

48. Por conseguinte, o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito no acórdão recorrido ao interpretar o artigo 107.º, n.º 1, TFUE, uma vez que seguiu a jurisprudência preexistente do Tribunal de Justiça ao declarar, no n.º 95, que os critérios acima referidos «fazem parte de uma alternativa», abordagem que foi entretanto novamente confirmada no Acórdão DOBELES HES. Por conseguinte, bastava que o Tribunal Geral identificasse, no acórdão recorrido, quer a existência de um imposto quer o controlo estatal sobre o mecanismo de financiamento, quando cada um destes critérios era suficiente, por si só, para confirmar a existência de recursos estatais. Daqui resulta que os argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha, segundo os quais estes critérios são cumulativos, devem, a meu ver, ser julgados manifestamente improcedentes.

49. É certo que o Tribunal Geral não o indicou de forma expressa, mas considero que resulta claramente da leitura do acórdão recorrido (sobretudo do n.º 109) que o segundo critério apenas foi examinado por uma questão de exaustividade. Dado que o carácter alternativo dos critérios foi objeto de grande divergência entre as partes no Tribunal Geral, este último orientou-se pelo princípio da boa administração da justiça e examinou os dois elementos alternativos.

50. Em seguida, em apoio do seu argumento de que os critérios de «imposto» e de controlo estatal devem ser cumulativos, a Alemanha alega também que a interpretação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE no acórdão recorrido (que é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça) é, em todo o caso, contrária à sistemática dos Tratados e conduziria a «consequências não previstas pelos Tratados». Precisa que qualquer imposto ou encargo suplementar fixado pelo Estado é necessariamente abrangido pelo conceito de «recursos estatais», o que seria contrário à soberania fiscal dos Estados-Membros. Acrescenta que a proibição dos auxílios de Estado ilegais visa salvaguardar as infrações à livre concorrência do Estado, o que implica que apenas se referem às infrações à concorrência com uma ligação ao orçamento do Estado ou que envolvam recursos sujeitos ao poder de disposição do Estado.

51. No entanto, como salientou a Comissão, estes argumentos assentam numa leitura errada dos Tratados¹⁹, bem como numa amálgama entre, por um lado, a jurisprudência relativa aos artigos 30.º e 110.º TFUE e, por outro, a relativa ao artigo 34.º TFUE. A proibição de discriminação prevista pelos dois primeiros artigos explica-se pelo facto de tanto os direitos aduaneiros como os impostos serem, por natureza, fiscais (constituem impostos utilizados pelo Estado para alcançar objetivos políticos). Além disso, basta salientar que o principal elemento decisivo em matéria de recursos estatais é o facto de a distorção da concorrência ser obra do Estado (e não de uma empresa). No entanto, de forma significativa, contrariamente ao que parece sugerir a Alemanha, a sistemática dos Tratados não contém nenhuma indicação de que apenas os auxílios «financiados pelo orçamento do Estado» devem ser considerados auxílios de Estado. Com efeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sempre precisou que o simples facto de o fluxo de recursos passar exclusivamente por entidades de direito privado não basta para refutar a existência de um controlo estatal efetivo na aceção do conceito de auxílio²⁰.

¹⁹ A Alemanha não tem em conta a sistemática exata dos Tratados. O artigo 30.º TFUE consta do título II, capítulo 1, intitulado «A união aduaneira»; o artigo 110.º TFUE consta do título VII, capítulo 2, intitulado «Disposições fiscais». Estes artigos contêm uma proibição absoluta de discriminação. Neste sentido, diferem do artigo 34.º TFUE, que figura no título II, capítulo 3, intitulado «A proibição das restrições quantitativas entre os Estados-Membros», que regula a livre circulação de mercadorias e que, ao contrário dos artigos 30.º e 110.º TFUE, prevê ao mesmo tempo a possibilidade de se justificarem restrições à livre circulação de mercadorias.

²⁰ V. Despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, EU:C:2014:2314, n.º 25 e jurisprudência referida). V. também Acórdão de 9 de novembro de 2017, Comissão/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, n.º 48).

52. Contrariamente aos argumentos apresentados pela Alemanha, a diferença sistemática de posição no Tratado FUE entre os artigos 30.º e 110.º e o artigo 107.º não tem impacto significativo nos presentes processos. Em contrapartida, estas três disposições têm algo em comum, ou seja, o facto de estarem relacionadas com a ação fiscal do Estado. Com efeito, o Tribunal de Justiça adotou, no que respeita às duas categorias de disposições, uma interpretação ampla do conceito de «controlo estatal», nomeadamente, para evitar que as regras contidas nestas disposições sejam contornadas²¹.

53. Além disso, é incorreto afirmar que «qualquer [transferência] de ativos entre [pessoas coletivas] de direito privado, ordenada por lei, [seria equiparada] a uma utilização de recursos estatais». Por exemplo, um preço mínimo fixado por lei não é um imposto. Basta remeter para os Acórdãos PreussenElektra e EEG 2012. O Acórdão PreussenElektra dizia respeito a um preço mínimo legal aplicado entre duas entidades de direito privado. A entidade de direito privado obrigada a aplicar o preço mínimo não podia repercutir os custos nos seus clientes. Por conseguinte, não havia imposto.

54. No Acórdão EEG 2012, o Tribunal de Justiça esclareceu que a mera *possibilidade* de incidência sobre os clientes não era suficiente para considerar que os recursos utilizados eram recursos estatais. A utilização de recursos estatais — na forma de um imposto — só pode ser presumida se a entidade de direito privado sobre a qual recai a obrigação tiver também a *obrigação* de repercutir o custo adicional sobre um terceiro, cobrando-lhe um imposto.

55. Na minha opinião, resulta de todas as considerações precedentes que o Tribunal Geral considerou corretamente que estes critérios fazem parte de uma alternativa. Por conseguinte, o acórdão recorrido não está viciado de nenhum erro de direito a este respeito e a primeira série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha deve ser julgada improcedente.

2. Segunda série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha (qualificação da sobretaxa controvertida como «imposto»)

56. A Covestro e a Alemanha criticam o Tribunal Geral em relação ao primeiro dos critérios alternativos acima examinados, na medida em que qualificou erradamente a sobretaxa controvertida como «imposto». Alegam que esta qualificação assenta numa interpretação errada do conceito de «imposto» e numa desvirtuação do direito nacional.

a) Primeiro grupo de argumentos (devedor final da sobretaxa controvertida)

57. Com o primeiro grupo de argumentos, a Covestro e a Alemanha alegam, em substância, que o Tribunal Geral interpretou erradamente o conceito de «consumidor final», na aceção do direito nacional, uma vez que nem o direito nacional nem as autoridades nacionais alemãs impõem uma obrigação de pagamento aos consumidores ou aos operadores da rede. Esta obrigação só era possível ao abrigo de um contrato de utilização da rede elaborado pelas entidades reguladoras, que não existia para os anos de 2012 e 2013. Segundo a Covestro, cabia ao fornecedor de eletricidade, enquanto utilizador da rede, repercutir a sobretaxa controvertida no consumidor final. Mesmo que todos os fornecedores tivessem sistematicamente repercutido esta sobretaxa no consumidor final, esta prática não teria sido suficiente para se concluir pela existência de uma obrigação legal.

²¹ V. n.º 51 e nota 20 das presentes conclusões.

58. Considero que é necessário analisar se a questão de saber quem eram os devedores finais da sobretaxa controvertida é uma consideração decisiva.

59. A Covestro alegou em primeira instância que a sobretaxa era cobrada apenas aos utilizadores da rede e que não era obrigatoriamente repercutida nos consumidores finais de eletricidade, pelo que deveria ter sido entendida como uma tarifa de rede e não como um imposto. No entanto, no n.º 119 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que este argumento não era pertinente, tendo em conta o facto de os devedores finais desta sobretaxa serem os utilizadores da rede (os próprios fornecedores e os consumidores finais diretamente ligados à rede), e não os outros consumidores finais.

60. No mesmo n.º 120 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que a decisão controvertida identificava uma obrigação de cobrança e de repercussão da sobretaxa controvertida em relação aos «consumidores finais». Na minha opinião, é relevante que esta interpretação tenha sido corroborada pelo n.º 20 do Acórdão do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal) de 6 de outubro de 2015, que rejeita o argumento da Covestro segundo o qual a sobretaxa controvertida era uma tarifa de rede. Este órgão jurisdicional confirmou que a sobretaxa não era uma compensação contratual, mas uma cobrança externa dos encargos, que era imposta aos operadores.

61. Além disso, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para que uma medida constitua um «encargo» na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE, basta que esta medida tenha sido cobrada sobre produtos ou serviços intermédios, sem que se repercuta necessariamente nos consumidores finais dos produtos ou dos serviços a jusante. A mesma jurisprudência do Tribunal de Justiça²² não apoia a tese segundo a qual um imposto só implica a existência de recursos estatais se este imposto for aplicado aos consumidores finais. Com efeito, considero que o conceito de imposto, a que se referem os artigos 30.º e 110.º TFUE, deve ser interpretado em sentido amplo com base numa interpretação teleológica.

62. O Tribunal Geral invocou corretamente a mesma jurisprudência no n.º 121 do acórdão recorrido.

63. Considero que o Tribunal Geral baseou corretamente a sua abordagem na questão de saber se os organismos privados ou públicos, encarregados da aplicação do regime, devem assumir as despesas através dos seus próprios recursos financeiros (situação que não implica um auxílio de Estado) ou se podem obter estes recursos junto de terceiros (situação em que há auxílio de Estado). Não é muito importante que estes terceiros sejam consumidores finais ou constituam um elo intermédio da cadeia de valor. Com efeito, o único elemento decisivo é o efeito redistributivo do imposto, ou seja, o facto de um Estado ou uma entidade de direito privado cobrar este imposto às empresas e utilizá-lo para financiar uma vantagem concedida a outra categoria de empresas.

64. Resulta de uma interpretação teleológica e da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao conceito de «imposto», na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE, que a identidade do devedor do imposto é irrelevante nos dois casos. O elemento decisivo é saber se o imposto se refere ao produto em causa ou a uma atividade necessária relacionada com este produto²³.

²² Em especial, Acórdão Essent Netwerk Noord (n.º 49).

²³ Ibid.

65. Na minha opinião, daqui decorre que o primeiro grupo de argumentos deve ser julgado improcedente.

b) Segundo grupo de argumentos (o imposto controvertido não era obrigatório)

1) A Decisão BNetzA de 2011 foi declarada ilegal pelos órgãos jurisdicionais nacionais

66. A Covestro alega que o Tribunal Geral se baseou única e erradamente na Decisão BNetzA de 2011, apesar de esta decisão ter sido declarada ilegal, com efeitos retroativos, pelos órgãos jurisdicionais alemães.

67. Coloca-se a questão de saber se o Tribunal Geral tinha o direito de concluir que a sobretaxa controvertida era obrigatória com base nesta decisão da BNetzA, apesar de esta ter sido posteriormente anulada e declarada nula pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf) e, em sede de recurso, pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal).

68. Recordo que resulta dos Acórdãos Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity²⁴ e Heiser²⁵, que a eventual ilegalidade de um regime nacional não é suscetível de retirar o seu caráter de auxílio de Estado.

69. Segundo o Acórdão Heiser, «[o]ra, mesmo que se admita que a regulamentação que prevê o ajustamento das deduções [...] seja ilegal, não é menos verdade que esta regulamentação é suscetível de produzir efeitos enquanto não for revogada, ou, pelo menos, enquanto não for declarada a sua ilegalidade» (o sublinhado é meu).

70. Do mesmo modo, segundo o Acórdão Comissão/Aer Lingus e Ryanair Designated Activity, «a circunstância de uma medida fiscal ser contrária a disposições do direito da União diferentes dos artigos 107.º e 108.º TFUE não permite excluir da qualificação de “auxílio de Estado” a isenção desta medida de que beneficiam certos contribuintes, enquanto a medida em questão produza efeitos face aos outros contribuintes e não for revogada nem declarada ilegal e, por conseguinte, inaplicável» (o sublinhado é meu).

71. Como a Comissão referiu na audiência, o legislador alemão tratou a situação, para assegurar que a cobrança da sobretaxa controvertida, na sequência da anulação decretada pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal), fosse corrigida retroativamente e continuasse a produzir efeitos jurídicos e, por conseguinte, mantendo a obrigação da sobretaxa controvertida.

72. Na minha opinião, no direito da União em matéria de auxílios de Estado, uma medida deve ser examinada do ponto de vista dos seus efeitos.

73. Na minha opinião, decorre da jurisprudência acima referida que o Tribunal Geral considerou corretamente (nos n.ºs 107 e 125 do acórdão recorrido) que, para efeitos da fiscalização dos auxílios de Estado, o facto de a Decisão BNetzA de 2011 ter sido efetivamente aplicada e ter produzido efeitos jurídicos durante o período relevante era um elemento decisivo.

²⁴ Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-164/15 P e C-165/15 P, EU:C:2016:990, n.º 69).

²⁵ Acórdão de 3 de março de 2005 (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 38).

74. Esta decisão era juridicamente vinculativa durante o período relevante e exigia que os operadores da rede cobrassem a sobretaxa controvertida aos utilizadores da rede.

75. A redação do n.º 3 da Decisão BNetzA de 2011 impunha aos operadores da rede de distribuição a obrigação de cobrar a sobretaxa controvertida, que eram, por conseguinte, obrigados a cobrar a referida sobretaxa aos seus clientes. Dado que esta decisão fazia parte do regime em vigor durante o período relevante e produziu efeitos vinculativos — *a fortiori*, dado que estes efeitos não foram, na realidade, retirados na sequência da anulação proferida pelos órgãos jurisdicionais nacionais (através das disposições que revogaram sucessivamente este regime) — o Tribunal Geral decidiu corretamente que o regime baseado na sobretaxa controvertida produziu efeitos jurídicos vinculativos (acórdão recorrido, n.º 125).

76. A minha apreciação nas presentes conclusões é também corroborada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Deutsche Post/Comissão²⁶, no qual se considerou que uma decisão anulada continua a ser suscetível de produzir efeitos jurídicos. Tendo o recurso de anulação neste processo sido interposto antes de o Tribunal Geral se pronunciar sobre a anulação da decisão controvertida (e, por conseguinte, de a excluir retroativamente da ordem jurídica), a admissibilidade deste recurso deve ser apreciada em função do momento em que foi interposto, uma vez que a decisão negativa de 2002 ainda estava em vigor e continuava a fazer parte da ordem jurídica da União.

77. Por último, há que salientar, a este respeito, que a produção de efeitos jurídicos era, aliás, o objetivo declarado do legislador alemão²⁷.

78. Na minha opinião, os argumentos que visam invocar o facto de a Decisão BNetzA de 2011 ter sido declarada ilegal pelos órgãos jurisdicionais nacionais devem, por conseguinte, ser julgados improcedentes.

2) *Artigos 30.º e 110.º TFUE (conceito de «imposto») e jurisprudência Essent Netwerk Noord (caráter obrigatório do encargo)*

i) *Artigos 30.º e 110.º TFUE (conceito de «imposto»)*

79. A Covestro e a Alemanha sustentam que, no n.º 121 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral interpretou erradamente o conceito de «imposto», na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE, para concluir que a sobretaxa controvertida correspondia a este conceito. É certo que, para justificar o facto de uma obrigação de cobrar uma sobretaxa ligada à utilização da rede também poder ser um imposto, o Tribunal Geral refere-se ao conceito de imposto na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE.

80. Como foi exposto no n.º 61 das presentes conclusões, o conceito de imposto, referido nos artigos 30.º e 110.º TFUE, deve ser interpretado em sentido amplo.

²⁶ Acórdão de 24 de outubro de 2013 (C-77/12 P, EU:C:2013:695, n.ºs 65 e 66).

²⁷ De acordo com o documento n.º 18/8915 do Bundestag (Parlamento Federal alemão), de 22 de junho de 2016, p. 39, «as disposições do novo § 24, primeiro período, ponto 3, e segundo período, ponto 5, da EnWG entram em vigor retroativamente a partir de 1 de janeiro de 2012 por força do novo § 9, primeiro período. Por conseguinte, as alterações também se aplicam retroativamente, a um facto consumado e pertencente ao passado, a saber, a cobrança da sobretaxa [controvertida] relativa ao consumo final de eletricidade. [...] O efeito retroativo previsto no novo § 9 é também necessário para clarificar uma situação jurídica ambígua. [...] A anulação daria lugar a um sistema complexo de pagamento recíproco de indemnizações, sem que houvesse confiança legítima por parte dos antigos devedores da sobretaxa».

81. No Acórdão Essent Netwerk Noord (n.º 40), o Tribunal de Justiça declarou que «os artigos [30.º e 110.º TFUE] [...] prosseguem, com funções complementares, o objetivo de impedir qualquer legislação fiscal nacional suscetível de discriminar *os produtos* provenientes de outros Estados-Membros ou a eles destinados, entravando a sua livre circulação dentro da [União Europeia] em condições normais de concorrência» (o sublinhado é meu).

82. Como foi salientado no n.º 64 das presentes conclusões, decorre do conceito de «imposto», na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE, que a identidade do devedor do imposto é irrelevante nos dois casos. O elemento decisivo é saber se este imposto se refere ao produto em causa ou a uma atividade necessária relacionada com este produto.

83. Nos casos em apreço, a sobretaxa controvertida é cobrada pela utilização da rede. Na correta apreciação do Tribunal Geral, o facto de a sobretaxa não constituir uma contrapartida pela utilização da rede, mas sim um encargo obrigatório, é decisivo para a sua qualificação como imposto.

84. A Covestro pretende invocar o argumento de que, em processos anteriores tratados pelo Tribunal de Justiça, o produto em questão não era a utilização da rede, mas a eletricidade fornecida. Por conseguinte, a única questão que se colocava era a de saber se, no âmbito da relação de fornecimento de eletricidade, era cobrada uma tarifa suplementar, a qual devia ser qualificada como imposto.

85. No entanto, o argumento da Covestro é inoperante, visto que, nos presentes processos, a utilização da rede deve ser considerada um produto intermédio ou, mais precisamente, um serviço intermédio na aceção dos artigos 30.º e 110.º TFUE, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima examinada. Por conseguinte, na minha opinião, o Tribunal Geral não cometeu um erro de direito ao basear-se nos artigos 30.º e 110.º TFUE para definir o imposto como um encargo que incide sobre um produto ou serviço fornecido.

ii) Acórdão Essent Netwerk Noord e jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça (caráter obrigatório do encargo)

86. Além disso, a resolução da questão relativa ao caráter obrigatório do encargo como requisito para determinar a existência de recursos estatais pode ser extraída da jurisprudência existente do Tribunal de Justiça, uma vez que os presentes processos são semelhantes à situação factual que deu origem ao Acórdão Essent Netwerk Noord.

87. O Acórdão Essent Netwerk Noord diz respeito a um imposto nos Países Baixos. Um explorador da rede (integralmente controlado pelas autoridades públicas) cobrou aos consumidores internos de eletricidade um imposto (suplemento tarifário) sobre a utilização da sua rede de eletricidade. À semelhança dos presentes processos, no Acórdão Essent Netwerk Noord, este imposto estava previsto no direito nacional e o explorador da rede cobrava dinheiro aos consumidores, financiando assim o auxílio de Estado.

88. O Tribunal Geral referiu-se corretamente a esse acórdão e salientou, no n.º 91 do acórdão recorrido, que «o Tribunal de Justiça concluiu que um suplemento sobre a eletricidade transportada, fixado segundo critérios objetivos, estabelecido pela legislação relativa aos consumidores de eletricidade e cobrado pelos operadores de rede, constituía uma “imposição” cuja fonte era um recurso estatal».

89. No Acórdão Essent Netwerk Noord, o Tribunal de Justiça formula várias observações importantes para efeitos dos presentes recursos.

90. Primeiro, o Tribunal de Justiça salienta que pouco importa que o imposto incida sobre o produto enquanto tal, por exemplo a eletricidade, ou que o imposto incida sobre uma atividade necessária relacionada com o produto, por exemplo, o transporte de eletricidade (Acórdão Essent Netwerk Noord, n.º 44). Nos presentes processos, o imposto incide sobre o transporte de eletricidade.

91. Segundo, o Tribunal de Justiça recorda que o facto de a sobretaxa ser um encargo unilateralmente fixado é decisivo para a existência de um imposto (Acórdão Essent Netwerk Noord, n.º 45). No caso em apreço, a Decisão BNetzA de 2011 impunha aos operadores da rede de distribuição, de forma juridicamente vinculativa, a obrigação de cobrar a sobretaxa controvertida aos consumidores finais, enquanto utilizadores da rede (n.º 132 do acórdão recorrido).

92. Terceiro, o Tribunal de Justiça declara que «é irrelevante que o encargo financeiro não seja cobrado pelo Estado» (Acórdão Essent Netwerk Noord, n.º 46). Nos casos em apreço, os operadores da rede de distribuição eram responsáveis por cobrar a sobretaxa controvertida.

93. Por último, nos presentes processos, à semelhança da situação que deu origem ao Acórdão Essent Netwerk Noord, a sobretaxa controvertida visava cobrir os custos de utilização da rede que os consumidores alemães de carga de base teriam normalmente de suportar.

94. Por conseguinte, a isenção das tarifas de rede para os consumidores de carga de base melhorou a sua posição concorrencial. Devido ao estatuto fiscal da sobretaxa controvertida nos presentes processos, seria adequado reconhecer estes recursos como recursos estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1 TFUE. Além disso, tal está em conformidade com a jurisprudência segundo a qual o financiamento de uma vantagem pelo produto de um imposto implica que essa vantagem provenha de um recurso estatal²⁸.

95. Considero que não só o Acórdão Essent Netwerk Noord mas também o Acórdão FVE Holýšov I são particularmente relevantes. Estes dois processos têm um contexto factual semelhante ao dos presentes processos e demonstram que, na realidade, o Tribunal de Justiça já respondeu às questões suscitadas no âmbito dos presentes recursos.

96. No Acórdão FVE Holýšov I (n.º 46), o Tribunal de Justiça precisou que é indiferente que o mecanismo de financiamento em causa seja ou não qualificado, ao abrigo do direito nacional, como imposto ou imposição parafiscal. O direito da União em matéria de auxílios de Estado apenas diz respeito ao facto de saber que este encargo é cobrado, e esta cobrança é ordenada unilateralmente e através de um ato do Estado.

97. Nestes dois acórdãos, o Tribunal de Justiça salienta que se trata de uma obrigação de cobrança unilateral e que, por conseguinte, se trata de recursos estatais. Esta questão leva-nos ao recente Acórdão DOBELES HES (n.º 34), que fornece esclarecimentos adicionais sobre o Acórdão Essent Netwerk Noord. Considero que tal é importante para efeitos do resultado dos presentes recursos.

²⁸ Acórdão Essent Netwerk Noord (n.º 66).

98. No n.º 34, o Tribunal de Justiça indica que «[t]ratando-se, em segundo lugar, do requisito de que a vantagem seja “proveniente de recursos estatais”, sobre o qual se interroga precisamente o órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça declarou que os montantes resultantes do suplemento de preço imposto pelo Estado aos compradores de eletricidade se assemelham a um imposto que incide sobre a eletricidade e têm origem em “recursos estatais”, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE». ²⁹

99. Recordo que o Acórdão DOBELES HES esclarece ainda, nos n.ºs 36 e 37, outra jurisprudência existente, além da do Acórdão Essent Netwerk Noord (nomeadamente, Acórdão EEG 2012, n.ºs 70 e 71).

100. O Tribunal de Justiça sublinha as diferenças entre os Acórdãos EEG 2012 e DOBELES HES. Explica que, no primeiro processo, não havia contribuição obrigatória, uma vez que a cobrança da sobretaxa EEG não era juridicamente vinculativa e tinha apenas um carácter voluntário. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça esclarece que é o carácter obrigatório que é decisivo para determinar se o encargo em causa é uma contribuição obrigatória. O simples facto de o dinheiro ser transferido ou poder ser transferido não é, por si só, suficiente. No entanto, nos presentes processos, existia precisamente uma obrigação de cobrar o imposto (ou o encargo), ao passo que o Acórdão EEG 2012 não dizia respeito a um imposto.

101. Contrariamente à situação no Acórdão EEG 2012, a cobrança da sobretaxa controvertida nos presentes processos não é uma decisão comercial dos operadores da rede, mas é efetuada com base em disposições legais (em especial, a Decisão da BNetzA).

102. Por conseguinte, é necessário estabelecer uma distinção entre o mecanismo de financiamento em causa nos presentes processos e o mecanismo mencionado no Acórdão EEG 2012. No caso em apreço, a *existência da sobretaxa* é, por si só, suficiente para que esta seja qualificada como recursos estatais.

103. No que diz respeito ao outro dos dois critérios do Acórdão EEG 2012 — a saber, o *controlo estatal* (poder de disposição) sobre os próprios fundos ou sobre a entidade que administra estes fundos — como vimos acima, os dois critérios são alternativos e não cumulativos.

104. Se tivesse existido uma sobretaxa obrigatória no Acórdão EEG 2012, não teria sido necessário o Tribunal de Justiça entrar na discussão referida no n.º 72 deste acórdão.

105. Com efeito, foi precisamente porque os requisitos enunciados no n.º 71 não estavam preenchidos que o Tribunal de Justiça considerou necessário prosseguir a sua linha de raciocínio no n.º 72.

106. No n.º 71 deste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «[o] facto, constatado pelo Tribunal Geral [...] de, “na prática”, o encargo financeiro resultante da sobretaxa EEG ser repercutido nos clientes finais e, por conseguinte, ser “equiparável, do ponto de vista dos seus efeitos, a um imposto sobre o consumo de eletricidade”, não é suficiente para que se conclua que a sobretaxa EEG tinha as mesmas características que o suplemento do preço da eletricidade examinada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão [Essent Netwerk Noord]».

²⁹ O Tribunal de Justiça cita, para o efeito, o Acórdão Essent Netwerk Noord (n.ºs 47 e 66).

107. Assim, o Tribunal Geral começa o n.º 72 com a expressão «por conseguinte»: «Por conseguinte, há que verificar se os outros dois elementos [...] recordados no n.º 62 do presente acórdão, permitem [ao Tribunal Geral], contudo, concluir que os fundos gerados pela sobretaxa EEG constituíam recursos estatais, na medida em que se mantinham sob controlo público e, por conseguinte, à disposição das autoridades públicas [...] Nesse caso, é irrelevante que a sobretaxa EEG possa, ou não, ser qualificada de “imposto”.»

108. Por outras palavras, a situação no Acórdão EEG 2012 era totalmente diferente da dos presentes processos.

109. No Acórdão EEG 2012, o legislador alemão permitiu às empresas de eletricidade cobrar determinados encargos, mas tratava-se apenas de uma *possibilidade* e não de uma *obrigação*. O Estado deu uma escolha aos operadores: se recorressem a esta possibilidade, o dinheiro cobrado devia ser afetado a uma utilização específica determinada pelo Estado (ou seja, destinava-se a compensar custos suplementares relacionados com as energias renováveis). Por conseguinte, neste processo, o Tribunal de Justiça chegou à conclusão de que, não existindo uma obrigação de cobrar estes encargos, o Estado não controlava estes fundos.

110. Resulta das considerações e da jurisprudência precedentes que a sobretaxa controvertida era, como a Comissão declarou na decisão controvertida, uma cobrança obrigatória de um imposto, como declarado também pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal), que, como confirmado mais recentemente no Acórdão DOBELES HES, é suficiente para concluir pela implicação de recursos estatais.

111. Por conseguinte, considero que o acórdão recorrido não está viciado de um erro de direito a este respeito.

112. Na minha opinião, os argumentos relativos aos artigos 30.º e 110.º TFUE (conceito de «imposto»), e ao Acórdão Essent Netwerk Noord e jurisprudência posterior (caráter obrigatório do encargo) devem ser julgados improcedentes.

3) Desvirtuação do direito nacional e inexistência de obrigação de cobrança ou pagamento da sobretaxa

113. A Covestro e a Alemanha alegam, em substância, que o Tribunal Geral desvirtuou o direito nacional, uma vez que não existia nenhuma obrigação de cobrança da sobretaxa controvertida.

114. Considero que a qualificação da sobretaxa controvertida como imposto não assenta numa desvirtuação do direito nacional.

115. Nos n.ºs 120 e 122 a 124 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral constatou, com base no direito nacional (em especial, a Decisão BNetzA de 2011), que o imposto controvertido era cobrado aos consumidores finais. Assim, o argumento de que só existe um «encargo», como definido no Acórdão Essent Netwerk Noord, quando o devedor do encargo é o consumidor final, é inoperante. Com efeito, a Alemanha não pode contestar esta conclusão do Tribunal Geral relativa ao direito nacional, que é uma constatação de facto, em sede de recurso no Tribunal de Justiça, e este Estado-Membro, na realidade, não o fez diretamente.

116. Como exposto nos n.ºs 59 a 64 das presentes conclusões, resulta da jurisprudência que a identidade do devedor do imposto é irrelevante nos dois casos. Pelo contrário, o elemento decisivo é saber se o imposto se refere ao produto em causa ou a uma atividade necessária relacionada com este produto.

117. Além disso, partilho da opinião da Comissão segundo a qual a obrigação de cobrança e a obrigação de pagamento são duas faces da mesma moeda³⁰, pelo que é também irrelevante a questão de saber se a obrigação de pagamento imposta aos utilizadores da rede decorre da legislação nacional ou da Decisão BNetzA de 2011.

118. A este respeito, contrariamente aos argumentos apresentados pela Covestro, o facto de a Decisão BNetzA de 2011 não prever sanções pela não cobrança da sobretaxa controvertida não é decisivo. A BNetzA exercia poderes normais de supervisão sobre os operadores da rede de transporte e podia dirigir decisões vinculativas a estes operadores em caso de incumprimento das suas obrigações³¹.

119. Daqui resulta que os argumentos relativos à desvirtuação do direito nacional e à inexistência de obrigação de cobrança da sobretaxa controvertida e à inexistência de obrigação de a pagar devem, na minha opinião, ser julgados improcedentes.

4) Ausência de compensação integral pela perda de receitas e de custos

120. Segundo a Covestro, contrariamente ao que afirma o Tribunal Geral nos n.ºs 126 a 130 do acórdão recorrido, as autoridades nacionais não concederam aos operadores da rede nenhuma compensação integral pela perda de receitas e de custos gerados pela isenção das tarifas de rede. No n.º 127 do acórdão recorrido, deduziu erradamente a existência de um imposto.

121. Ao contrário do que sustenta a Covestro, o Tribunal Geral declarou corretamente que a sobretaxa controvertida permitia compensar de forma integral o prejuízo sofrido pelos operadores da rede em razão das isenções das tarifas de rede. Tal resulta do sexto e sétimo períodos do § 19, n.º 2, do Regulamento StromNEV 2011 e da Decisão BNetzA de 2011. O que importava para a apreciação da sobretaxa à luz do direito da União em matéria de auxílios de Estado era o facto de a isenção dos consumidores de carga de base das tarifas de rede e a vantagem daí resultante serem inteiramente financiadas pela sobretaxa.

122. No entanto, no n.º 130 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral rejeitou corretamente o argumento segundo o qual não existia um mecanismo jurídico que permitisse assegurar a compensação integral do prejuízo sofrido (sobretudo devido à impossibilidade de repercutir os custos da sobretaxa controvertida em caso de créditos incobráveis). Com efeito, a qualificação da sobretaxa controvertida como imposição parafiscal é suficiente para que as receitas deste encargo sejam consideradas recursos estatais, sem que seja necessário que o Estado se comprometa a compensar as perdas geradas pelo não pagamento da referida sobretaxa, nomeadamente em caso de créditos incobráveis.

123. Daqui resulta, na minha opinião, que os argumentos relativos à ausência de reembolso integral da perda de receitas e de custos devem ser julgados improcedentes.

³⁰ Quando a autoridade reguladora exige que uma entidade sujeita à regulamentação cobre um imposto, exige simultaneamente que o devedor do imposto o pague. Caso contrário, esta entidade não poderia cumprir a sua obrigação imposta pela autoridade.

³¹ §§ 29 e 54 da EnWG 2011. V. decisão controvertida, considerando 123.

124. Na minha opinião, resulta de todas as considerações precedentes que a segunda série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha deve ser julgada inoperante ou improcedente.

3. Terceira série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha (existência de um controlo estatal sobre os recursos gerados pela sobretaxa controvertida)

a) Principais argumentos das partes

125. A Alemanha alega, em substância, que os n.ºs 95 a 97 e 109 do acórdão recorrido contradizem os n.ºs 133 a 134 deste acórdão. No que respeita à jurisprudência do Tribunal de Justiça, o elemento decisivo é o controlo e o poder de disposição sobre os fundos em causa. Alega também que o Tribunal Geral cometeu um erro ao considerar que a relação entre o fornecedor e o consumidor final de eletricidade não era decisiva para concluir, no caso em apreço, pela existência de um encargo obrigatório, uma vez que a sobretaxa controvertida não é cobrada sobre o consumo de eletricidade, mas sobre a utilização da rede.

126. A Covestro sustenta, em substância, que o acórdão recorrido está viciado de um erro de direito, dado que o Tribunal Geral considerou, com base numa descrição errada do direito nacional, que existe um controlo estatal sobre os fundos gerados pela sobretaxa controvertida. Baseia-se também nestes argumentos: (i) a conclusão de que as receitas geradas pela sobretaxa controvertida foram afetadas ao regime em causa contraria o carácter estatal dos recursos; (ii) mesmo que a cobrança da sobretaxa controvertida tivesse uma base jurídica, tal não seria suficiente para concluir que os recursos são recursos estatais; (iii) elementos como os relativos ao mandato dos operadores da rede ou ao controlo da boa execução do sistema pelas autoridades públicas, não demonstram a existência de controlo estatal sobre os fundos; e (iv) o mecanismo de financiamento em causa não preenche os critérios identificados pelo Tribunal de Justiça para a apreciação do controlo estatal, nomeadamente os que resultam do Acórdão EEG 2012.

b) Apreciação

127. Tendo em conta o carácter alternativo dos dois critérios mencionados na minha apreciação acima, a existência de um imposto já é suficiente para reconhecer o carácter estatal dos recursos. Uma vez que o critério do «imposto» está preenchido nos presentes processos e que a apreciação do Tribunal Geral a este respeito está correta, a terceira série de argumentos dos presentes recursos é inoperante e já não é necessário examiná-la.

128. Por conseguinte, formularei as seguintes observações apenas por uma questão de exaustividade.

129. Apesar de o critério do «imposto» estar preenchido e de a apreciação do Tribunal Geral — e, agora, em sede de recurso, a do Tribunal de Justiça poder terminar aqui, — deve também confirmar-se, nos presentes processos, que o Tribunal Geral apreciou corretamente o critério de «controlo estatal».

130. Os custos adicionais resultantes da isenção das tarifas de rede para alguns consumidores foram repercutidos nos consumidores finais, em conformidade com as disposições vinculativas da legislação do Estado-Membro em causa³². Além disso, o mecanismo da sobretaxa controvertida garantia que os operadores da rede fossem inteiramente indemnizados pela perda de receitas, uma vez que o montante desta sobretaxa estava adaptado ao dos recursos necessários devido à isenção controvertida³³.

131. Quanto ao argumento da Covestro segundo o qual o montante desta sobretaxa não era fixado pelo Estado, basta salientar que os operadores da rede de transporte não dispunham de nenhuma margem de manobra para determinar este encargo e que, como o Tribunal Geral declarou corretamente no n.º 134 do acórdão recorrido, existia um controlo estatal sobre os fundos, ou seja, sobre todo o mecanismo de cobrança e atribuição da sobretaxa controvertida.

132. A Covestro e a Alemanha, que pretendem invocar o Acórdão EEG de 2012, alegam que a afetação exclusiva dos recursos gerados pela sobretaxa controvertida obsta ao controlo do Estado. Todavia, como o Tribunal Geral explica corretamente nos n.ºs 144 e 145 do acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça, neste acórdão, não inverteu a sua jurisprudência constante — que, de resto, foi confirmada por jurisprudência mais recente³⁴ — tendo-se limitado a constatar que, *na falta de outros elementos*, este elemento não era, por si só, decisivo para demonstrar a existência deste controlo. Com efeito, nos presentes processos, o Tribunal Geral identificou efetivamente outro elemento deste tipo: a existência de um imposto.

133. O argumento relativo à inexistência de controlo estatal sobre todo o mecanismo de cobrança da sobretaxa controvertida é contrariado pelo facto de existir uma relação de afetação entre, por um lado, a sobretaxa controvertida (enquanto imposição parafiscal) e, por outro, o auxílio concedido na forma de uma isenção das tarifas de rede. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando existe esta relação entre a medida de auxílio e o seu financiamento, a existência de um imposto utilizado para financiar uma parte claramente definida do auxílio significa automaticamente que o auxílio é concedido através de recursos estatais (ou seja, através do produto de imposto)³⁵.

134. Por último, os argumentos da Covestro relativos ao facto de as regras relativas à cobrança em causa no processo que deu origem ao Acórdão EEG 2012 serem mais estritas do que as que regulam a sobretaxa controvertida nos presentes processos são improcedentes. Pelo contrário, considero que as regras que regulam a sobretaxa controvertida nos presentes processos parecem ser mais estritas do que o imposto em causa no Acórdão EEG 2012, uma vez que a presente sobretaxa se baseia em disposições jurídicas vinculativas por oposição a uma decisão comercial/voluntária dos operadores da rede no referido processo.

135. Daqui resulta que a terceira série de argumentos apresentados pela Covestro e pela Alemanha deve, na minha opinião, ser julgada inoperante e, em todo o caso, improcedente.

³² Como o Tribunal Geral declarou corretamente nos n.ºs 122 a 125 do acórdão recorrido.

³³ Como o Tribunal Geral declarou corretamente nos n.ºs 126 a 127 do acórdão recorrido.

³⁴ V. Acórdãos *Essent Netwerk Noord* (n.º 69); de 15 de maio de 2019, *Achema e o.* (C-706/17, EU:C:2019:407, n.º 66); e EEG 2012 (n.º 76). V. também Acórdão de 11 de dezembro de 2014, *Áustria/Comissão*, T-251/11 (EU:T:2014:1060, n.º 70).

³⁵ V., neste sentido, Acórdãos de 13 de janeiro de 2005, *Streekgewest* (C-174/02, EU:C:2005:10, n.º 26); de 27 de outubro de 2005, *Distribution Casino France e o.* (C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e C-321/04 a C-325/04, EU:C:2005:657, n.º 40); e Acórdão *Essent Netwerk Noord* (n.º 90).

136. Por conseguinte, o terceiro fundamento da Covestro e o fundamento único invocado pela Alemanha, visto que estes dizem respeito ao requisito relativo à existência de uma intervenção através de recursos estatais, devem ser julgados improcedentes.

III. Conclusão

137. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que: (i) julgue improcedente o primeiro fundamento dos recursos subordinados da Comissão; e (ii) julgue improcedente o terceiro fundamento da Covestro e o fundamento único invocado pela República Federal da Alemanha, uma vez que estes dizem respeito ao requisito relativo à existência de uma intervenção através de recursos estatais.