

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
CHRISTINE STIX-HACKL
apresentadas em 28 de Outubro de 2004¹

Índice

I — Introdução	I - 4987
II — Enquadramento jurídico	I - 4989
A — Direito comunitário	I - 4989
B — Direito nacional	I - 4990
III — Processo principal e questões prejudiciais	I - 4991
IV — Apreciação jurídica	I - 4993
A — Observações introdutórias	I - 4993
1. Quanto às questões prejudiciais	I - 4993
2. Quanto à Directiva 96/92	I - 4995
a) Conteúdo essencial da directiva	I - 4995
b) Quanto ao alcance da directiva	I - 4997
3. Quanto ao raciocínio seguido	I - 4998
B — Quanto à segunda questão prejudicial, relativa à proibição de discriminação, consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92	I - 4998
1. Quanto ao alcance da proibição de discriminação, consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92	I - 4999
2. Quanto à existência de uma discriminação	I - 5000
a) Apreciação dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade à luz do direito comunitário	I - 5002
Inexistência de um dever de rescisão imposto pela Directiva 96/92 ...	I - 5003
Princípios de apreciação do direito da concorrência aplicáveis aos contratos plurianuais de fornecimento de energia	I - 5004
Gestão de serviços de interesse económico geral	I - 5006
b) Quanto à controversa atribuição prioritária de capacidades de importação e à sua proporcionalidade	I - 5007

1 — Língua original: alemão.

C — Quanto à primeira questão prejudicial	I - 5010
1. Artigo 28.º CE como critério de apreciação?	I - 5010
2. Quanto ao direito comunitário da concorrência	I - 5013
a) Âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE	I - 5013
b) Âmbito de aplicação do artigo 86.º, n.º 1, CE	I - 5013
3. A atribuição prioritária de capacidades de importação como questão de concorrência	I - 5014
V — Conclusão	I - 5015

I — Introdução

Estados-Membros existiam numerosos produtores privados e operadores da rede com ou sem monopólios territorialmente limitados, sendo diferente o grau de abertura nos vários mercados³.

1. A Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade² (a seguir «directiva» ou «Directiva 96/92») iniciou uma segunda fase de liberalização do mercado da electricidade da Comunidade. Através da introdução gradual da concorrência nos Estados-Membros e da abertura dos mercados nacionais visava-se a criação de um mercado interno da electricidade. A situação inicial dos Estados-Membros era manifestamente muito diversa: ao passo que em alguns Estados-Membros a produção, o transporte e a distribuição de electricidade era assegurada por uma empresa — na maioria dos casos, estatal — verticalmente integrada com direitos exclusivos, noutros

2. A liberalização progressiva dos mercados nacionais da electricidade foi, no essencial, realizada através da admissão de uma certa concorrência — separando as actividades de produção, transporte e exploração. Por sua vez, a integração dos mercados nacionais com vista à criação de um mercado interno comunitário de electricidade coloca questões específicas, em especial relativamente à interoperabilidade das redes, bem como às capacidades de transporte e de interligação. A criação de um mercado interno pressupõe um correspondente intercâmbio de electricidade entre os Estados-Membros, no âmbito das possibilidades técnicas existentes.

2 — JO L 27, p. 20.

3 — Para uma perspectiva, v., por exemplo, Per Conradi Andersen, «Free movement of electricity: third party access and quantitative restrictions», *Legal Issues of European integration*, n.º 2 (1994), pp. 51 e segs.

Ora, precisamente as situações de faltas de capacidade na interligação das redes podem obstar ao transporte de electricidade entre Estados.

3. Além destas questões fundamentais, a liberalização dos mercados da electricidade prosseguida pela directiva coloca, a nível geral, problemas de transição, alguns dos quais são complexos⁴. No seu artigo 24.º, a própria directiva contém um regime transitório, relativo ao tratamento reservado aos compromissos e garantias de exploração nos Estados-Membros, cujo cumprimento é incerto após a liberalização, e atribui à Comissão competências vastas nesta matéria.

4. No caso vertente, o Tribunal de Justiça deve esclarecer uma questão transitória essencial, relativa ao comércio de electricidade entre os Estados-Membros e, a esse respeito, clarificar as exigências comunitárias relativas ao tratamento reservado, na sequência da abertura do mercado, aos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade celebrados antes da abertura do mercado.

4 — Refira-se apenas a discussão a respeito do financiamento dos chamados «stranded costs» (custos irrecuperáveis), ou seja, custos decorrentes de investimentos ainda não refinanciados, que foram anteriormente realizados confiando numa utilização a longo prazo. Dado que estes custos, na sequência da abertura do mercado, já não podem ser cobertos, coloca-se, designadamente, a questão de saber em que medida são participáveis.

5. Nos Países Baixos, o mercado da electricidade era dominado, até à sua abertura, por uma empresa, a SEP, criada por quatro produtores regionais de electricidade. Esta empresa estava encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, entre os quais se contava a garantia da segurança do abastecimento. Dado que a produção nos Países Baixos não dava resposta às necessidades nacionais e o aumento das capacidades nacionais de produção não era politicamente realizável, a SEP celebrou contratos plurianuais de fornecimento de electricidade com operadores estrangeiros. A duração destes contratos abrange igualmente o período posterior à abertura do mercado. Dado que as capacidades de interligação nos Países Baixos — como noutros Estados-Membros — são limitadas, o legislador neerlandês assegurou à SEP, após a abertura do mercado, privilégios relativos à atribuição de capacidades de importação. Esta atribuição prioritária após a abertura do mercado é que constitui o objecto do processo principal. As novas empresas de distribuição entenderam que a regulamentação nacional em causa constitui uma distorção da concorrência, que as afecta desfavoravelmente, e uma violação do princípio da igualdade de tratamento, consagrado na directiva.

6. Por conseguinte, pede-se ao Tribunal de Justiça, em substância, que decida se e em que medida é possível adiar a abertura do mercado, visada pela directiva — acompanhada pela criação de um mercado interno comunitário da electricidade — invocando obrigações existentes que, de qualquer forma, quando foram assumidas, se destinavam a assegurar a execução de missões de interesse económico geral. A esta questão

não foi até agora dada resposta nem pela jurisprudência nem pela prática decisória da Comissão; deve ainda sublinhar-se que se trata de uma questão que, em última análise, é relevante para *todas* as prestações de serviços em ligação com a rede.

designadamente ao disposto nos artigos 12.º e 81.º a 89.º, inclusive.

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

7. O artigo 28.º CE prevê:

«São proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.»

8. O artigo 86.º CE prevê, designadamente:

«1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado,

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral [...] ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.»

9. O artigo 7.º da Directiva 96/92, que se encontra no capítulo IV, epígrafado «Exploração da rede de transporte», tem, designadamente, o seguinte teor:

«1. Os Estados-Membros designarão, ou solicitarão às empresas proprietárias de redes de transporte que designem, por um período a determinar pelos Estados-Membros em função de considerações de eficácia e equilíbrio económico, um operador da rede de transporte responsável pela exploração, manutenção e eventual desenvolvimento da rede de transporte numa determinada área e das suas interligações com outras redes, a fim de garantir a segurança de abastecimento.

2. Os Estados-Membros assegurarão que sejam elaboradas e publicadas normas técnicas

cas que estabeleçam os requisitos mínimos de concepção e funcionamento em matéria de ligação às redes de instalações de produção, redes de distribuição, equipamento de clientes ligados directamente, circuitos de interligação e linhas directas. Esses requisitos deverão garantir a interoperabilidade das redes, ser objectivos e não discriminatórios. [...]

3. O operador da rede de transporte ficará encarregado de gerir os fluxos de energia na rede, tendo em conta as trocas com outras redes interligadas. [...]

4. O operador da rede de transporte deve fornecer ao operador de qualquer outra rede com a qual a sua esteja interligada informações suficientes para garantir um funcionamento seguro e eficiente, um desenvolvimento coordenado e a interoperabilidade da rede interligada.

5. O operador da rede de transporte não tomará medidas discriminatórias entre os utilizadores ou categorias de utilizadores da rede, nomeadamente a favor das suas filiais ou dos seus accionistas.

[...]»

B — *Direito nacional*

10. O artigo 8.º da Elektrizitätswet (lei relativa à electricidade), de 16 de Novembro de 1989 (a seguir «Lei de 1989»), previa a designação de uma sociedade anónima ou de uma sociedade de responsabilidade limitada que, juntamente com os concessionários, nos termos do artigo 2.º da lei, têm por missão assegurar o funcionamento fiável e eficaz do abastecimento público nacional de electricidade a custos tão baixos quanto possível e de forma socialmente responsável.

11. O artigo 34.º da Lei de 1989 previa também que a sociedade assim designada era a única a poder importar energia eléctrica destinada à distribuição pública.

12. A Elektrizitätswet de 2 de Julho de 1998 (a seguir «Lei de 1998») tinha por objectivo a transposição da Directiva 96/92 e revogou a Lei de 1989.

13. Por força do artigo 24.º da Lei de 1998, o operador da rede de transporte está obrigado a não tomar medidas discriminatórias relativamente a utilizadores da rede.

14. O controlo sobre a exploração da rede e sobre os operadores da rede foi confiado, nos

termos da Lei de 1998, ao director do Dienst uitvoering en toezicht energie (Serviço relativo à instituição e ao controlo do abastecimento de energia, a seguir «DTE»). O artigo 36.º da Lei de 1998, confia ao referido director a missão de fixar, designadamente, as condições de acesso às redes.

15. Em conformidade com esta disposição, em 12 de Novembro de 1999, o DTE fixou as condições relativas à gestão da rede de exploração (a seguir «Netcode»).

16. No que toca aos transportes transfronteiriços no ano de 2000, os artigos 5.6.4. e 5.6.7. do Netcode atribuem capacidades prioritárias de importação para o transporte de electricidade à sociedade designada nos termos do artigo 34.º da Lei de 1989, devido às obrigações de importação decorrentes de acordos a longo prazo.

17. O artigo 13.º, n.º 1, da Overgangswet elektriciteitsproductiesector, de 21 de Dezembro de 2001, (Lei de transição para o sector da produção da electricidade, a seguir «Lei de transição de 2001») estabelece o seguinte:

«O operador da rede de transporte nacional de alta tensão atribuí, a pedido, até 31 de Março de 2005, o máximo de 900 MW e, de

1 de Abril de 2005 até 31 de Março de 2009, o máximo de 750 MW à sociedade designada para o transporte da electricidade, se esse transporte se destinar à execução dos acordos celebrados em 1989 e 1990 entre a sociedade designada, por um lado, e respectivamente, a Electricité de France, a Preussen Elektra A.G. e a Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen A.G., por outro, na sua redacção aplicável em 1 de Agosto de 1998 e na medida em que estes acordos ainda vigorem.

[...]»

III — Processo principal e questões prejudiciais

18. A NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (a seguir «SEP») é controlada pelos quatro produtores regionais de electricidade neerlandeses. Em aplicação do artigo 34.º da Lei de 1989, um decreto ministerial de 20 de Março de 1990 autorizou a SEP, como única sociedade, a importar energia eléctrica destinada à distribuição pública.

19. No âmbito dos serviços de interesse económico geral que, nos termos do artigo 2.º da Lei de 1989, devia prestar, e para

cobertura das necessidades neerlandesas em energia eléctrica, a SEP celebrou, em 1989 e 1990, contratos plurianuais de fornecimento de energia com a Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG, a Electricité de France e a PreussenElectra AG. O contrato com duração mais longa termina em 2009.

20. Em execução da Lei de 1998, a SEP transferiu a exploração da maior parte da rede nacional de alta tensão para uma filial, a TenneT BV, e a propriedade desta rede de alta tensão para outra filial, a Sarrane BV. Em seguida, a SEP vendeu ao Estado neerlandês as acções que detinha nestas duas filiais.

21. A atribuição prioritária à SEP de capacidade para o transporte de electricidade através de redes transfronteiriças, nos termos do Netcode de 12 de Novembro de 1999, foi contestada pela Vereniging voor Energie, Milieu en Water, pela Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV, bem como pela NV Eneco (a seguir «recorrentes»), que apresentaram reclamações ao DTE.

22. Por decisão de 17 de Julho de 2000, o DTE indeferiu estas reclamações, considerando-as infundadas.

23. As recorrentes impugnaram esta decisão no College van Beroep voor het bedrijfsleven

alegando, em especial, que a reserva de capacidades de importação para os contratos de fornecimento de energia da SEP, a qual, após a abertura do mercado através da Lei de 1998, já não presta quaisquer serviços de interesse económico geral, viola a proibição de discriminação enunciada quer na directiva quer na Lei de 1998. Além disso, trata-se de uma restrição inadmissível à livre circulação de electricidade, proibida pelos artigos 28.º CE, 81.º CE, 82.º CE e 86.º CE. Consideram, além disso, que o método de atribuição do Netcode deve ser qualificado como norma técnica e, em consequência, por força da Directiva 83/189/CEE⁵, deveria ter sido comunicado à Comissão.

24. Neste contexto, o College solicita ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que se pronuncie a título prejudicial sobre as seguintes questões:

«I. a) O artigo 86.º, n.º 2, CE pode ser invocado para justificar que a uma empresa, a quem anteriormente tinha sido confiada a gestão de um serviço de interesse económico geral e que, no quadro dessa gestão, contraiu determinadas obrigações, seja concedido, uma vez finda a

5 — Directiva do Conselho, de 28 de Março de 1983, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 109, p. 8; EE 13 F14 p. 34).

missão específica que lhe tinha sido confiada, um direito especial que lhe permita satisfazer essas obrigações?

Em caso de resposta afirmativa, deve ser qualificado de norma técnica, na acepção da referida disposição, um método de atribuição da capacidade de transporte transnacional de electricidade?

b) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, um regime que prevê a atribuição prioritária durante um período de dez anos (de forma degenerativa) de metade a um quarto da capacidade de transporte transnacional de transporte de electricidade à empresa em questão é, todavia, inválido pelo facto de

b) Caso o método de atribuição deva ser considerado uma norma técnica, ou caso a aplicação do artigo 7.º, n.º 5, da directiva 'Electricidade' não se limite unicamente às normas técnicas, um regime que atribui prioritariamente a capacidade de transporte transnacional à execução de contratos celebrados no âmbito de uma missão pública específica é compatível com a proibição de discriminações imposta por esse artigo?»

1. não ser proporcional ao interesse — público — prosseguido;

2. afectar as trocas comerciais de maneira que contraria os interesses da Comunidade?

IV — Apreciação jurídica

A — Observações introdutórias

1. Quanto às questões prejudiciais

II. a) Deve o artigo 7.º, n.º 5, da directiva 'Electricidade' ser interpretado no sentido de que a proibição de discriminação aí consagrada se limita a proibir ao operador da rede de transporte a introdução de qualquer discriminação no acesso à rede através do estabelecimento de normas técnicas?

25. Através da sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, em que condições pode ser invocado o artigo 86.º, n.º 2, CE, quando uma empresa recebe direitos especiais e o direito comunitário possivelmente

se opõe a estes direitos. Assim, esta questão baseia-se na ideia de que, em princípio, o direito comunitário se opõe à atribuição prioritária de capacidades de importação de electricidade. Nas considerações tecidas no despacho de reenvio, o tribunal de reenvio faz referência aos artigos 28.º CE, 81.º CE e 82.º CE.

26. Embora o órgão jurisdicional de reenvio não solicite a interpretação destas disposições, as suas conjecturas a este respeito foram analisadas pelo Governo francês, nas suas observações escritas, e por algumas partes, durante a audiência.

27. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça⁶, compete ao órgão jurisdicional de reenvio decidir sobre a pertinência do pedido de decisão prejudicial. Se existirem dúvidas sobre se as questões foram correctamente formuladas tendo em vista a apreciação do caso à luz do direito comunitário, o Tribunal pode, eventualmente, reformular as questões⁷. Contudo, esse poder é limitado, não permitindo ao Tribunal de Justiça «incluir questões de direito que não

tenham sido suscitadas no despacho de reenvio e que, tanto quanto se pode ver nos autos, não tenham sido debatidas no processo principal»⁸.

28. No caso vertente, é de notar que, quer o artigo 28.º CE, quer os artigos 81.º CE e 82.º CE foram debatidos perante o juiz nacional. Com efeito, do despacho de reenvio resulta — sequer — que não foi verdadeiramente contestado que as disposições referidas são contrárias à regulamentação nacional em causa⁹. Contudo, em meu entender, no presente processo o essencial não é pôr em causa ou confirmar as suposições do órgão jurisdicional de reenvio, mas sim determinar em que medida o Tribunal de Justiça tem de tomar por base estas disposições do Tratado para fornecer uma resposta útil ao juiz nacional. Nesta óptica, importa analisar aqui também os artigos 28.º CE, 81.º CE e 82.º CE.

29. A segunda questão prejudicial refere-se, essencialmente, ao conteúdo e alcance da proibição de discriminação consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da directiva. Esta questão visa esclarecer, antes de mais, se a proibição de

6 — Acórdãos de 6 de Dezembro de 2001, *Clean Car Autoservice* (C-472/99, *Colect.*, p. I-9687, n.º 13), e de 7 de Janeiro de 2003, *BIAO* (C-306/99, *Colect.*, p. I-1, n.º 88).

7 — Em todo o caso, o Tribunal de Justiça procura, segundo jurisprudência assente, fornecer ao tribunal de reenvio indicações úteis para a decisão do litígio. V., por exemplo, acórdãos de 4 de Julho de 2000, *Haim* (C-424/97, *Colect.*, p. I-5123, n.º 58), e de 12 de Setembro de 2000, *Geffroy* (C-366/98, *Colect.*, p. I-6579, n.º 20).

8 — Neste sentido, v., por exemplo, conclusões apresentadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs em 13 de Março de 2003, no processo *Altair Chimica* (acórdão de 11 de Setembro de 2003, C-207/01, *Colect.*, p. I-8875, n.º 31).

9 — V. despacho de reenvio, p. 15: «As partes não contestam que estas disposições [a atribuição prioritária de capacidades de transporte] constituem uma restrição quantitativa à importação, na acepção do artigo 28.º CE. Além disso, a alegação das recorrentes de que as referidas disposições violam uma série de outros artigos do Tratado, não foi expressamente contestada.»

discriminação se limita a normas técnicas; se não for este o caso — ou se as disposições controvertidas do Netcode, referentes à atribuição prioritária de capacidades de importação, devem ser classificadas como normas técnicas — cabe examinar, a seguir, em que medida a concessão de direitos especiais com vista à execução de contratos plurianuais de fornecimento de electricidade deve ser entendida como discriminação relativamente aos outros operadores no mercado.

2. Quanto à Directiva 96/92

30. Dado que o Tribunal de Justiça não teve ainda ocasião de interpretar a Directiva 96/92, importa analisar, com a brevidade exigida, o seu conteúdo essencial e o seu alcance.

a) Conteúdo essencial da directiva

31. Depois das Directivas 90/547/CEE¹⁰ e 90/377/CEE¹¹, a Directiva 96/92 constitui

uma segunda etapa no sentido da liberalização dos mercados nacionais da electricidade e da criação de um mercado interno da electricidade¹².

32. Estes objectivos são prosseguidos, por um lado, através de uma separação das actividades de produção, transporte e de distribuição — a chamada especificação ou *unbundling* — e, por outro, através da concessão de um acesso regulamentado às correspondentes actividades.

33. Para efeitos da construção de novas instalações de produção, os Estados-Membros podem optar entre um sistema de autorização e/ou um sistema de adjudicação por concurso, devendo tanto as autorizações como os concursos processar-se segundo «critérios objectivos, transparentes e não discriminatórios»¹³.

34. No que diz respeito à utilização da rede, a directiva contém disposições relativas à exploração da rede de transporte, à exploração da rede de distribuição e à organização do mercado no contexto do acesso à rede.

10 — Directiva do Conselho, de 29 de Outubro de 1990, relativa ao trânsito de electricidade nas grandes redes (JO L 313, p. 30).

11 — Directiva do Conselho, de 29 de Junho de 1990, que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e electricidade (JO L 185, p. 16).

12 — A propósito da Directiva 96/92, v., em especial, os comentários de Pfrang, *Towards Liberalisation of the European Electricity Markets: The Directive concerning Common Rules for an Internal Market in Electricity in the Frame of the Competition and Internal Market Rules of the EC-Treaty*, Frankfurt 1999, e de Lagondet, *Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public — à propos de la directive Électricité*, Europe n.º 5 (1997), p. 4.

13 — Artigo 4.º da Directiva 96/92.

35. Para efeitos do acesso à rede, a directiva prevê, nos seus artigos 17.º e 18.º dois sistemas igualmente válidos, que devem ser aplicados «segundo critérios objectivos, transparentes e não discriminatórios»¹⁴. Em resultado de um compromisso político, os Estados-Membros podem escolher entre um acesso negociado à rede (artigo 17.º) e um sistema de comprador único (artigo 18.º). Enquanto no primeiro sistema, os produtores de electricidade, eventualmente as empresas fornecedoras de electricidade, e os clientes admissíveis podem negociar um acesso à rede para celebrar contratos de fornecimento, o segundo sistema pressupõe a mediação através de um comprador único. O artigo 19.º enuncia os objectivos vinculativos a alcançar, ao longo do tempo, quanto ao grau da abertura do mercado.

36. A exploração da rede de transporte é confiada a um operador da rede, designado pelo respectivo Estado-Membro¹⁵. A sua tarefa consiste em assegurar a «exploração, manutenção e eventual desenvolvimento da rede de transporte numa determinada área e das suas interligações com outras redes», a fim de garantir a segurança de abastecimento. A directiva fixa também os princípios norteadores da relação entre o operador da rede e os utilizadores — incluindo os distribuidores aqui em causa.

37. No âmbito da exploração da rede de distribuição¹⁶, é de sublinhar, em especial,

que as empresas de distribuição podem ser obrigadas, enquanto serviço de interesse económico geral, a abastecer os clientes localizados numa determinada área aplicando preços pré-fixados¹⁷. Também neste caso deve ser designado um operador da rede responsável.

38. Entre as disposições centrais da directiva conta-se o seu artigo 3.º, o qual recebe, nos seus n.ºs 2 e 3, no essencial, o conteúdo normativo do artigo 86.º, n.º 2, CE para o sector da electricidade. Nos termos desta disposição, os Estados-Membros podem — sem prejuízo das suas obrigações resultantes do Tratado CE — «impor às empresas do sector da electricidade, no interesse económico geral, obrigações de serviço público relativas à segurança, incluindo do abastecimento, regularidade, qualidade e preço dos fornecimentos, e à protecção do ambiente». Esta disposição prevê ainda que essas obrigações devem ser «claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e controláveis».

39. O artigo 3.º, n.º 3, esclarece que é possível não aplicar uma parte das disposições da directiva, na medida em que «essas disposições possam dificultar o cumprimento, de direito ou de facto, das obrigações impostas aos serviços públicos de electrici-

14 — Artigo 16.º, segunda frase, da Directiva 96/92.

15 — Artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 96/92.

16 — Artigos 10.º a 12.º, da Directiva 96/92.

17 — Artigo 10.º, n.º 1, da Directiva 96/92.

dade no interesse económico geral e que o desenvolvimento do comércio não seja afectado de maneira contrária aos interesses da Comunidade».

directiva, abre aos Estados-Membros amplas possibilidades de não aplicarem as disposições centrais da directiva em vários casos. O artigo 3.º, n.º 3, permite, nas condições nele referidas, que não seja aplicado o regime dos artigos 5.º, 6.º, 17.º, 18.º e 21.º Trata-se aqui das disposições centrais de liberalização da directiva relativas, por um lado, à produção de electricidade e, por outro, ao acesso à rede²⁰.

b) Quanto ao alcance da directiva

40. A liberalização efectuada pela directiva é, em vários aspectos, incompleta¹⁸.

41. Desde logo, deve recordar-se que a abertura do mercado foi reservada apenas a certos operadores no mercado. Com efeito, resulta do artigo 19.º da directiva, que os Estados-Membros só estão obrigados a abrir os seus mercados relativamente a determinados clientes¹⁹. Nos termos das disposições da directiva, só estes clientes admissíveis podem celebrar contratos de fornecimento de electricidade.

42. Além disso, a reserva geral relativa ao serviço público, constante do artigo 3.º da

43. Em contrapartida, as disposições da directiva relativas ao funcionamento das redes de transporte — em especial, o artigo 7.º da directiva — não são postas à disposição pelo artigo 3.º, pelo que parece duvidoso que possam ser admitidas derrogações a estas normas invocando a existência de obrigações de interesse geral.

44. Tendo em conta o que precede, é coerente que o trigésimo nono considerando da directiva refira que «a presente directiva constitui uma fase posterior da liberalização» mas que «[...] uma vez aplicada [...] não impedirá que se mantenham alguns obstáculos ao comércio da electricidade entre os Estados-Membros»²¹.

18 — Como prova também a adopção da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE — Declarações relativas às actividades de desmantelamento e gestão dos resíduos (JO L 176, p. 37).

19 — Relativamente aos consumidores finais, nos termos do artigo 19.º, n.º 3, da directiva, todos os consumidores finais que consumam mais de 100 GWh por ano são obrigatoriamente incluídos na categoria dos clientes admissíveis.

20 — O artigo 21.º contém indicações relativas à autorização de construir linhas directas.

21 — V. também, a este propósito, acórdão de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 78).

3. Quanto ao raciocínio seguido

45. A abordagem preconizada pela Comissão, que defende o exame prioritário das disposições de direito derivado, parece metodologicamente correcta, dado que a Directiva 96/92 é uma directiva de liberalização. Por conseguinte, importa começar pela análise da segunda questão prejudicial, relativa à interpretação da Directiva 96/92. Contudo, o direito primário continua a ser relevante, dado que uma directiva não pode revogar o prescrito pelo direito primário²². Além disso, o direito primário deve ser utilizado como critério de apreciação em domínios não harmonizados pela directiva.

46. Quanto à primeira questão prejudicial, a questão da aplicabilidade do artigo 86.º, n.º 2, CE parece ser indissociável da questão prévia de saber se a regulamentação nacional em causa viola o direito comunitário.

47. Relativamente ao artigo 28.º CE, a necessidade de uma análise separada depende, no essencial, do alcance da proibição de discriminação em causa, consagrada no direito derivado.

22 — V., a este respeito, também o terceiro considerando da directiva, segundo o qual «[...] a presente directiva não afecta a plena aplicação do Tratado, em especial as disposições relativas ao mercado interno e à concorrência».

48. Quanto às disposições do direito comunitário da concorrência — artigos 81.º CE e 82.º CE — referidas pelo juiz nacional no despacho de reenvio, importa ainda, em qualquer caso, examinar previamente qual o significado a atribuir à circunstância de a prioridade de acesso à rede concedida para «contratos antigos» plurianuais assentar numa base legal.

B — Quanto à segunda questão prejudicial, relativa à proibição de discriminação, consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92

49. A questão de saber se a regulamentação nacional em causa viola a proibição de discriminação, consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92, decompõe-se em duas subquestões. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça deve esclarecer se esta proibição está limitada ao domínio das normas técnicas. A título incidental, deve verificar-se se a atribuição prioritária de capacidades de transporte constitui uma norma técnica. Se este não for o caso ou se a proibição de discriminação tiver alcance geral, será necessário examinar, a seguir, em que medida a regulamentação nacional em causa viola a proibição de discriminação.

1. Quanto ao alcance da proibição de discriminação, consagrada no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92

da existência de contratos plurianuais de fornecimento de energia. O processo principal ilustra este quadro: o problema não reside, como se poderia pensar, na capacidade limitada — mas nos critérios utilizados para repartir essa capacidade.

50. Nos termos do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92, o operador da rede de transporte não tomará medidas discriminatórias entre os utilizadores ou categorias de utilizadores da rede, nomeadamente a favor das suas filiais ou dos seus accionistas.

51. Nem a redacção, nem a economia, nem a *ratio* desta disposição apontam no sentido de que a proibição de discriminação nela contida está limitada a normas técnicas.

52. Desde logo, a própria letra do artigo 7.º, n.º 5, indica que a proibição de discriminação não está limitada a normas técnicas. Neste contexto — e para examinar brevemente a questão subsidiária do órgão jurisdicional de reenvio — é de notar que a atribuição prioritária de capacidades de importação dificilmente pode ser entendida como norma técnica. Pelo contrário, trata-se de uma decisão empresarial do operador da rede, que nada tem a ver com aspectos técnicos. Essa atribuição constitui um método de repartição da capacidade existente — limitada por razões técnicas da rede; porém, a atribuição prioritária de uma parte desta capacidade é condicionada por razões não de ordem técnica, mas de ordem económica ou jurídica — neste caso, precisamente através

53. É certo que o órgão jurisdicional de reenvio indica, com razão, que o artigo 7.º, n.º 2, impõe aos Estados-Membros o dever de elaborar normas técnicas que estabeleçam os requisitos mínimos de concepção e funcionamento em matéria de ligação às redes de instalações de produção, redes de distribuição, equipamento de clientes ligados directamente, circuitos de interligação e linhas directas, devendo esses requisitos — nos termos do artigo 7.º, n.º 2, segunda frase — garantir a interoperabilidade das redes, ser objectivos e não discriminatórios. Contudo, se o artigo 7.º, n.º 2, segunda frase, já contém uma proibição de discriminação relativa especificamente a estas normas técnicas, não é claro por que motivo a proibição constante do n.º 5 da mesma disposição deve, por sua vez, estar limitada apenas a normas técnicas, o que redundaria numa repetição desnecessária da proibição.

54. É certo que o artigo 7.º, n.º 5, figura no capítulo IV da directiva, relativo à «[e]xploração da rede de transporte»; porém, um objectivo essencial da Directiva 96/92 é evitar toda e qualquer discriminação entre os operadores no mercado. Desde logo, o

artigo 3.º da directiva esclarece, como regra geral relativa à organização do sector, que os Estados-Membros assegurarão, designadamente, que «[...] não [se] farão discriminações entre essas empresas no que respeita a direitos ou obrigações»²³. Afigura-se, portanto, que a proibição de discriminação encontrou expressão em muitas disposições da directiva e tem, assim, alcance geral. Importa igualmente tomar em consideração que, em última análise, a abertura do mercado só pode ter êxito se o acesso dos operadores económicos ao mercado não for impedido por práticas discriminatórias.

2. Quanto à existência de uma discriminação

55. A proibição de discriminação constante do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92 é, manifestamente, a expressão específica do princípio geral da igualdade, o qual exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes

não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento diferente for objectivamente justificado²⁴.

56. A B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (a seguir «NEA»), na qualidade de sucessora da SEP, alega essencialmente, apoiada neste ponto pelos Governos neerlandês e francês, que o tratamento diferenciado dos operadores no mercado no que se refere à repartição de capacidades de transporte não constitui qualquer desigualdade de tratamento na medida em que a SEP, por um lado, e os restantes operadores no mercado, por outro, não se encontram na mesma situação ou numa situação comparável. A NEA, como sucessora da SEP, invoca, a este propósito, os contratos plurianuais de fornecimento de energia celebrados antes da liberalização e as obrigações de compra neles estabelecidas, que, em última análise, decorrem de uma decisão política do Governo daquela época²⁵. Além disso, a situação diferente resulta de que, à data da celebração dos contratos, a SEP estava encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, sendo a celebração dos contratos realmente necessária para cumprir estas missões particulares. Por este motivo, a situação da SEP distingue-se daquela em

23 — A renúncia a critérios discriminatórios é exigida pela directiva relativamente à escolha de empresas para efeitos da construção de novas instalações de produção (artigo 4.º), à mobilização das instalações de produção (artigo 8.º, n.º 2), à concessão do acesso à rede (artigo 16.º) e à autorização de construção de linhas directas (artigo 21.º, n.º 2). A adopção de medidas discriminatórias é vedada não só ao operador da rede de transporte (artigo 7.º, n.º 5), mas também ao operador da rede de distribuição (artigo 11.º, n.º 2). A contabilidade separada, imposta pela directiva no âmbito das disposições de especificação destina-se, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, a «evitar discriminações, subsídios cruzados e distorções de concorrência».

24 — A respeito desta definição, v., por exemplo, acórdão de 9 de Setembro de 2003, Milk Marque (C-137/00, Colect., p. I-7975, n.º 126). V. também, designadamente, acórdãos de 20 de Setembro de 1988, Espanha/Conselho (203/86, Colect., p. 4563, n.º 25); de 17 de Abril de 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Colect., p. I-1961, n.º 35); de 13 de Abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. I-2737, n.º 39); e de 6 de Março de 2003, Niemann (C-14/01, Colect., p. I-2279, n.º 49).

25 — Neste contexto, é alegado que, do ponto de vista jurídico, os contratos plurianuais de fornecimento de energia devem ser entendidos como alternativa à criação de novas capacidades suplementares de produção de electricidade.

que se encontram os seus concorrentes, aos quais não foram confiadas estas missões particulares. Por último, os accionistas da SEP têm de suportar os *stranded costs* decorrentes da abertura do mercado.

57. Estes argumentos, em parte objectivamente correctos, não podem ser acolhidos, e isto por razões metodológicas de princípio. Com efeito, a comparabilidade da situação da SEP ou da sua sucessora, a NEA, por um lado, e das recorrentes, por outro, deve ser apreciada atendendo à abertura do mercado visada — e realizada — pela directiva. A questão que se coloca não é saber se ambas as categorias de operadores no mercado se encontram, devido ao seu passado respectivo, em diferentes situações de partida, mas, pelo contrário, se nos termos da directiva de liberalização — ou seja, a Directiva 96/92 — é em geral admissível uma diferenciação imposta pela lei.

58. No âmbito da liberalização de sectores económicos em ligação com a rede como, por exemplo, o sector da electricidade, o acesso não discriminatório — ou seja, a concessão de um acesso de acordo com critérios objectivos e transparentes²⁶ — é praticamente incontornável. Qualquer dife-

renciação entre os operadores no mercado é susceptível de dificultar consideravelmente ou mesmo impedir completamente o acesso ao mercado de determinados operadores, o que, por sua vez, é contrário ao objectivo da liberalização. O processo principal ilustra esta problemática: a atribuição prioritária de capacidades de transporte com vista à execução de contratos plurianuais de fornecimento de energia parece ser susceptível de, no mínimo, tornar significativamente mais difícil o acesso de outras empresas de distribuição à rede de transporte transnacional²⁷. Se o modelo económico destas últimas empresas assenta na importação de electricidade do estrangeiro e na sua distribuição a preços inferiores aos praticados no mercado nacional, é significativamente reduzida a margem de concorrência ao nível dos custos neste mercado dos distribuidores.

59. Verificando-se que, no caso em apreço, a concorrência desejada pela directiva é efectivamente restringida, é necessário analisar as suas causas a fim de determinar em que medida elas permitam justificar objectivamente um tratamento desigual dos operadores no mercado, comprovado, e resultante da

26 — V. n.º 2 do Anexo do Regulamento (CE) n.º 1228/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade (JO L 176, p. 1, a seguir «Regulamento n.º 1228/2003»); «Os ORT [operadores da rede de transporte], ou, quando adequado, os Estados-Membros, devem prever normas não discriminatórias e transparentes, que descrevam os métodos a aplicar em cada circunstância à gestão dos congestionamentos» (o sublinhado é meu).

27 — V. também, no sector do gás natural, o décimo terceiro considerando da Directiva 98/30/CE (que já não está em vigor) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a regras comuns para o mercado do gás natural (JO L 204, p. 1): «o planeamento a longo prazo pode constituir um meio de cumprir as referidas obrigações de serviço público, tendo em conta a possibilidade de existência de terceiros interessados no acesso à rede».

restrição. As circunstâncias referidas pela NEA podem constituir razões susceptíveis de justificar objectivamente uma diferenciação.

mesmo após a entrada em vigor da Directiva 96/92, o direito comunitário não se oponha à manutenção destes contratos plurianuais e que a atribuição de privilégios não ultrapasse o que é necessário para alcançar o objectivo por eles prosseguido²⁸.

60. No entanto, deve notar-se, desde logo, que nenhuma das circunstâncias referidas pode, por si só, ser considerada um motivo de diferenciação objectiva. Num mercado liberalizado, a atribuição prioritária de capacidades de importação não pode ser justificada apenas pela manutenção de contratos plurianuais de fornecimento de energia. Também não é possível remeter apenas para a gestão de serviços de interesse económico geral, dado que estes, em qualquer caso, já não existiam à data da concessão do direito à atribuição prioritária de capacidades de importação.

a) Apreciação dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade à luz do direito comunitário

61. Porém, uma justificação objectiva para a atribuição de privilégios à SEP ou à sua sucessora pode resultar de uma análise combinada destes dois elementos: com efeito, a atribuição de privilégios pode ser justificada à luz do princípio da igualdade de tratamento, consagrado no artigo 7.º, n.º 5, da directiva, na medida em que se destina a assegurar a execução dos contratos plurianuais de fornecimento de energia em causa os quais, por seu turno, foram celebrados para cumprir obrigações de serviço público. Contudo, tal justificação pressupõe que,

62. A própria lei de transição de 2001 estabelece umnexo entre a atribuição prioritária de capacidades de importação que ela prevê a favor da SEP e os contratos plurianuais de fornecimento de electricidade entre esta última e os produtores de electricidade estrangeiros, na medida em que o seu artigo 13.º, n.º 1, faz depender a atribuição prioritária da existência destes contratos e prevê expressamente a atribuição prioritária com vista à execução destes contratos.

28 — A respeito do nexo entre uma justificação objectiva de um tratamento diferenciado e o princípio da proporcionalidade, v., em geral, Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 2000, em especial, p. 351: «A test of proportionality is inherent in the concept of 'objective justification'». V. também, a nível da jurisprudência, por exemplo, acórdão de 24 de Novembro de 1998, Bickel (C-274/96, Colect., p. I-7637, n.º 27): «Uma tal condição de residência só poderia ter justificação se se baseasse em considerações objectivas independentes da nacionalidade das pessoas envolvidas e proporcionadas ao objectivo legitimamente prosseguido pelo direito nacional» (o sublinhado é meu).

Inexistência de um dever de rescisão imposto pela Directiva 96/92

63. Deve notar-se, desde logo, que a directiva não contém quaisquer indicações explícitas relativamente a contratos plurianuais de fornecimento de electricidade existentes, embora, segundo declarações da SEP, sobre este ponto não contestadas, estes contratos de fornecimento de electricidade sejam correntes no sector. Da directiva decorre apenas que «o planeamento a longo prazo pode constituir um meio de cumprir as referidas obrigações de serviço público»²⁹. Por sua vez, o Regulamento n.º 1228/2003, posterior, reconhece manifestamente que tais contratos são, em princípio, válidos: com efeito, as orientações para a gestão e a atribuição da capacidade de transporte disponível das interligações entre redes nacionais, que figuram no anexo do regulamento, referem expressamente, quanto aos contratos de longa duração, que «[n]ão deverão ser concedidos direitos de acesso prioritário à capacidade de interligação aos contratos que violem os artigos 81.º e 82.º do Tratado». Esclarece-se ainda que «[o]s contratos a longo prazo existentes *não terão* direito de preferência aquando da sua renovação» (o sublinhado é meu). Em qualquer caso, cabe inferir daí que, salvo indicações do direito primário, o direito derivado não se opõe, em princípio, a contratos de longa duração.

29 — Décimo quarto considerando. V., também, artigo 3.º, n.º 2, última frase, da Directiva 96/92: «A fim de cumprirem as referidas obrigações de serviço público, os Estados-Membros que assim o desejarem poderão instaurar um sistema de planeamento a longo prazo.»

64. Neste contexto, a Comissão sublinha ainda que, em todo o caso, a Directiva 96/92 deve ser interpretada à luz dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima. Em especial, decorre da jurisprudência³⁰ que «as regras comunitárias de direito material devem ser interpretadas, como apenas se referindo a situações adquiridas anteriormente à sua entrada em vigor na medida em que resulte claramente dos próprios termos, finalidades ou economia que um tal efeito lhes deve ser atribuído». Quanto à manutenção dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade celebrados antes da entrada em vigor da Directiva 96/92, este diploma não preenche os correspondentes requisitos de clareza e precisão.

65. Para apreciar os contratos plurianuais à luz do direito comunitário deve atender-se, essencialmente, às regras de concorrência contidas nos artigos 81.º CE e 82.º CE, sendo possível ter em conta o artigo 86.º, n.º 2, CE, na medida em que os contratos em causa foram celebrados com vista à prestação de serviços de interesse económico geral.

30 — Acórdão de 10 de Fevereiro de 1982, Bout (21/81, Recueil, p. 381, n.º 13).

Princípios de apreciação do direito da concorrência aplicáveis aos contratos plurianuais de fornecimento de energia

66. Neste contexto — e sem pretender antecipar a questão da aplicabilidade dos artigos 81.º CE e 82.º CE às disposições de direito nacional em causa — parece ser particularmente importante o facto de a SEP — apoiada, neste ponto, pelos Governos neerlandês, francês e norueguês — realçar a intensidade dos custos dos investimentos necessários no sector em causa. Com efeito, a existência de investimentos para a execução de contratos plurianuais de fornecimento de energia pode revelar-se um aspecto decisivo, quer no âmbito do artigo 81.º CE, quer no âmbito do artigo 82.º CE.

67. É certo que, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Contudo, o artigo 81.º, n.º 3, CE prevê uma possibilidade de derrogação quando o acordo em causa contenha vantagens objectivas que compensem as desvantagens concorrenciais. Admitindo que os contratos plurianuais têm efeitos anticoncorrenciais, podem resultar daí possibilidades de derrogação na medida

em que a execução de tais contratos seja acompanhada por investimentos das partes contratantes — em geral, por exemplo, realizados pelo exportador de electricidade em novas instalações de produção ou pelo importador de electricidade no aumento das redes interligadas — dado que tais investimentos, desde que os seus custos sejam, efectivamente, suportados pelas partes contratantes, beneficiam, afinal, todos os operadores no mercado³¹.

68. Quanto ao artigo 82.º CE e à consequente proibição de abuso de uma posição dominante no mercado, é de notar que a discussão geral se refere não tanto aos próprios contratos de fornecimento de energia mas sobretudo à atribuição prioritária de capacidades de importação eventualmente concedida, como acontece igualmente neste caso, para a sua execução. Com efeito, pode existir uma prática abusiva relevante se o operador da rede aplica, relativamente a clientes, condições desiguais no caso de prestações equivalentes [artigo 82.º, alínea c)], colocando, por esse facto, outros operadores no mercado em desvantagem na concorrência. A atribuição prioritária de capacidades de importação deveria ser entendida como tratamento privilegiado de determinados clientes, que tem de ser justificado. Uma justificação objectiva para este tratamento desigual pode ser de novo procurada na realização de investimentos no

31 — V., também, o documento de trabalho, não vinculativo, que serviu de base de discussão à Comissão no contexto do 6th Regulatory Forum for Electricity em Florença (2000), «Compatibility of long term electricity transmission capacity reservations with EC competition law», *Discussion Paper, prepared by DG Competition for the 6th Regulatory Forum for Electricity in Florence* (Novembro de 2000).

contexto da execução de contratos plurianuais de fornecimento de energia, na condição de os encargos decorrentes de tais investimentos serem suportados pela parte favorecida, desde que esta obtenha a atribuição prioritária.

69. Impõe-se, portanto, constatar que a conformidade de contratos plurianuais de fornecimento de energia do tipo dos que estão em análise com o direito da concorrência pressupõe, em qualquer caso, que, no contexto da sua execução, foram efectuados investimentos suportados a longo prazo pela parte à qual são atribuídas prioritariamente capacidades de transporte para a execução de tais contratos. Neste contexto, um elemento essencial é que as desvantagens concorrenciais para os concorrentes, resultantes de um compromisso contratual plurianual, são compensadas através destes investimentos dos operadores no mercado privilegiados.

70. Porém, na medida em que a SEP — e o Governo neerlandês — se referem aos custos da disponibilização das quantidades a comprar previstas nos contratos plurianuais, é duvidoso que tais custos possam ser reconhecidos como investimentos que estimulam a concorrência. A SEP e o Governo neerlandês argumentam, é certo, que estes custos são comparáveis aos custos da criação de novas instalações de produção, dado que, do

ponto de vista financeiro, é irrelevante se o importador de electricidade, para garantir o abastecimento de energia a longo prazo, realiza investimentos em novas instalações de produção ou em contratos plurianuais. Porém, pode objectar-se que o aumento da capacidade de redes interligadas parece estimular a concorrência na medida em que a capacidade suplementar beneficia também os novos operadores no mercado, ao passo que os custos, independentes do volume, provocados pela disponibilização de determinadas quantidades de electricidade no âmbito de contratos plurianuais de fornecimento de energia permitem, sobretudo, o abastecimento de electricidade em condições mais favoráveis — em função do volume. Porém, isto reforça a posição concorrencial do importador de electricidade, já favorecido e, por conseguinte, não parece estimular minimamente a concorrência em geral. Com efeito, a posição de força da SEP fica, desta forma, cimentada na medida em que esta empresa é colocada numa situação que lhe garante, a médio prazo, uma fonte de abastecimento de electricidade relativamente barata no estrangeiro, o que, por sua vez, reduz de modo correspondente o carácter atractivo dos modelos económicos dos seus novos concorrentes.

71. No caso vertente, não está completamente esclarecido se e em que medida a SEP — ou os seus fornecedores de electricidade — realizaram investimentos no contexto da execução dos contratos plurianuais de fornecimento de energia, aqui em análise. Em consequência, compete ao juiz nacional apreciar definitivamente as circunstâncias no caso concreto sobre este ponto. Se não

for possível conciliar os referidos contratos plurianuais com os artigos 81.º CE e 82.º CE, importa determinar se estes contratos podem ser justificados ao abrigo do artigo 86.º, n.º 2, CE.

Gestão de serviços de interesse económico geral

72. O artigo 86.º, n.º 2, CE contém, em especial para empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, uma derrogação às disposições do Tratado. Este preceito permite aos Estados-Membros atribuir a tais empresas direitos exclusivos, contrários às normas do Tratado³². Nos seus acórdãos relativos a monopólios de importação e exportação de gás e electricidade³³, o Tribunal de Justiça esclareceu que o artigo 86.º, n.º 2, CE também pode ser invocado para justificar a violação de disposições do Tratado que se dirigem aos Estados-Membros — nesses processos, o artigo 31.º CE³⁴.

73. Contudo, isso pressupõe que estas derrogações às normas do Tratado sejam necessárias para cumprir a missão particular de interesse económico geral confiada a uma empresa.

32 — Acórdão de 19 de Maio de 1993, Corbeau (C-320/91, Colect., p. I-2533, n.º 14).

33 — Acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Paises Baixos (C-157/94, Colect., p. I-5699); Comissão/Itália (C-158/94, Colect., p. I-5789); Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815); e Comissão/Espanha (C-160/94, Colect., p. I-5851). V., em especial, acórdão Comissão/Paises Baixos, n.º 32.

34 — V., também, a respeito do artigo 49.º CE, acórdão de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Post (C-147/97 e C-148/97, Colect., p. I-825, n.º 55).

74. Ora, a aplicabilidade do artigo 86.º, n.º 2, CE pressupõe que tal missão particular tenha sido efectivamente confiada às empresas em causa. No caso vertente, é pacífico que estas missões tinham sido confiadas à SEP antes da abertura do mercado, realizada através da Directiva 96/92³⁵.

75. Também não é contestado que os referidos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade tinham sido celebrados ainda antes da liberalização, para cumprir as obrigações resultantes destas missões de interesse geral. Nesta perspectiva, não podia haver dúvidas de que, em todo o caso, ao serem celebrados, os contratos em causa apresentavam, com um grau de probabilidade suficiente, o carácter necessário exigido pelo artigo 86.º, n.º 2, CE.

76. Se, com base nas considerações que precedem, os contratos plurianuais de fornecimento de electricidade devem ser considerados conformes ao direito comunitário no momento da sua celebração, importa ainda examinar em que medida a sua execução pode ser assegurada através da controversa atribuição prioritária de capacidades de importação de electricidade. Neste contexto, há que examinar se a regulamentação nacional adoptada é proporcional ao objectivo prosseguido, ou seja, a execução de tais contratos plurianuais de fornecimento de energia.

35 — No acórdão, já referido na nota 33, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente que, nos termos do direito anteriormente em vigor, foram confiadas à SEP missões de interesse económico geral.

b) Quanto à controversa atribuição prioritária de capacidades de importação e à sua proporcionalidade

77. A atribuição prioritária de capacidades de importação prevista na regulamentação nacional em causa é, em qualquer caso, susceptível de garantir a execução dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade existentes.

78. Para além da conformidade com o direito comunitário dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade, exposta *supra*, importa observar que, segundo declarações não contestadas, os contratos cuja execução deve ser garantida através da atribuição prioritária de capacidades de importação eram correntes no sector e não devem ser considerados constitutivos de um abuso de direito.

79. Não foi alegada uma correspondente prática abusiva, por exemplo, através da celebração de contratos plurianuais numa altura em que a abertura do mercado — deixando de existir as obrigações nacionais de serviço público — era já previsível³⁶. Outras práticas abusivas, indicadas pela

36 — Neste contexto, é irrelevante saber se a celebração de contratos plurianuais de fornecimento de energia continua a ser possível nos termos da Directiva 96/92. A referida prática abusiva — eventualmente relevante nos termos do artigo 82.º CE — refere-se a um comportamento susceptível de impedir ou, em todo o caso, de adiar a abertura do mercado.

Vereniging voor Energie, Milieu en Water nas suas observações escritas³⁷ como, por exemplo, a diminuição da produção nacional de electricidade para utilizar plenamente as capacidades privilegiadas de importação e a manutenção de preços elevados nos Países Baixos apenas podem ser designadas como hipóteses.

80. A atribuição prioritária de capacidades de importação deve ser considerada necessária, se não for possível conceber quaisquer outras medidas que dificultem menos o acesso das recorrentes à rede. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se a inexistência de tais medidas se opõe, afinal, à manutenção dos contratos.

81. Neste contexto, foi discutida a questão de saber até que ponto seria juridicamente admissível uma rescisão dos contratos plurianuais de fornecimento de energia e se, a nível económico, ela seria razoável para a SEP, de modo que, tudo ponderado, poderia não ser necessário efectuar uma atribuição prioritária de capacidades de importação para executar os contratos plurianuais de fornecimento de energia existentes. No caso em apreço, parece ser de importância decisiva o facto de não existirem disposições de direito comunitário — quer quanto a um eventual dever de rescisão quer quanto à escolha em matéria de política energética, a efectuar pelos Estados-Membros, entre a manutenção dos contratos em causa e o eventual financiamento dos custos inerentes a uma rescisão. Neste ponto, a *Vereniging*

37 — N.º 33.

voor Energie, Milieu en Water referiu³⁸ que se ponderou uma rescisão dos contratos e o financiamento dos custos daí resultantes como *stranded costs* o que, por fim, foi considerado desaconselhável³⁹. Mas trata-se aqui de uma decisão discricionária deste Estado-Membro que, em qualquer caso, não viola o direito derivado⁴⁰.

82. De resto, compete, em todo o caso, ao juiz nacional determinar se e em que medida os contratos cuja execução deve ser garantida através da concessão de uma possibilidade de atribuição prioritária de capacidades de importação, aqui em causa, continham uma possibilidade de rescisão e se esta faculdade podia ser exercida em condições economicamente aceitáveis.

83. Dependendo dos resultados desta análise há, assim, boas razões para considerar que a

regulamentação nacional em causa é igualmente necessária. A isso também não se opõem os interesses da Comunidade.

84. É certo que, como recorda o artigo 3.º, n.º 3, da directiva «[o]s interesses da Comunidade incluem, nomeadamente, a concorrência no que respeita aos clientes admissíveis, nos termos da presente directiva e do artigo [86.º] do Tratado». No entanto, o livre acesso ao mercado sob a forma do livre acesso à rede não é incondicional: com efeito, o artigo 17.º, n.º 5, da directiva torna claro que podem ser impostas restrições ao direito de acesso à rede⁴¹.

85. Além disso, relativamente aos interesses da Comunidade, deve observar-se que a legislação nacional em causa não afecta a intensidade do comércio de electricidade entre os Estados-Membros⁴². Além do mais, ela abrange apenas uma parte limitada da capacidade de redes interligadas entre os Países Baixos e outros Estados-Membros⁴³.

38 — Observações escritas, n.ºs 28 e segs.

39 — A circunstância de que a concessão de um acesso privilegiado à rede não implica a transferência de recursos do Estado, na acepção do direito comunitário dos auxílios, parece explicar por que razão o órgão jurisdicional de reenvio não se apoiou nas disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado. Em contrapartida, um financiamento da rescisão do contrato como financiamento de *stranded costs* teria, certamente, colocado questões a este respeito.

40 — V., a respeito das disposições do direito primário relativas à atribuição prioritária de capacidades de importação, *infra*, primeira questão prejudicial.

41 — «O operador da rede de transporte ou de distribuição em causa pode recusar o acesso no caso de não dispor da capacidade necessária. Essa recusa deverá ser devidamente fundamentada, especialmente no que se refere ao artigo 3.º»

42 — É, pelo contrário, afectada a posição relativa dos operadores no mercado. A capacidade total das redes interligadas entre os Países Baixos e outros Estados-Membros não é afectada.

43 — V., por exemplo, os números no anexo 3 das observações escritas do Governo francês: a capacidade de importação neerlandesa era de 3 200 MW em 2000, e de 3 350 MW em 2001 e 2002. O Governo neerlandês refere que é, presentemente, de 3 900 MW e promete um aumento da capacidade.

Nesta medida, o Governo francês tem dúvidas que exista um entrave à concorrência intracomunitária⁴⁴.

86. Relativamente ao carácter proporcional da regulamentação nacional através da qual são atribuídos os privilégios, deve exigir-se que o volume de electricidade abrangido pela atribuição prioritária de capacidades de importação não seja superior ao volume que é objecto dos contratos plurianuais⁴⁵. Também esta condição parece estar preenchida no caso vertente, dado que a atribuição prioritária de capacidades de importação só é concedida a pedido da SEP.

87. Deve ainda exigir-se que as capacidades não utilizadas, que o operador da rede tinha posto à disposição da empresa em causa sejam de novo postas à disposição dos outros operadores⁴⁶. Segundo as declarações, não contestadas, do Governo neerlandês, o prin-

cípio «use it or loose it» foi consagrado na regulamentação em causa.

88. Finalmente, quanto ao carácter proporcional da atribuição prioritária de capacidades de importação, parece ser importante que a prevista atribuição prioritária de capacidades de transporte na rede de transporte é limitada — e escalonada — no tempo, de acordo com a duração dos contratos plurianuais a executar —, o que permite concluir que a regulamentação em causa é proporcional aos objectivos prosseguidos —, isto é, a garantia da execução dos contratos, eles próprios celebrados para a execução de obrigações de serviço público.

89. Tem igualmente importância o facto de a atribuição prioritária de capacidades de importação não ser efectuada sem uma contrapartida. As receitas que daí advêm estão afectadas a fins específicos e, nos termos do artigo 31.º, n.º 5, da Lei de 1998, destinam-se ao melhoramento da capacidade de interligação da rede.

90. Em todo o caso, compete ao juiz nacional efectuar uma apreciação definitiva da proporcionalidade das medidas nacionais em causa, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto.

44 — Todavia, esta questão pressupõe uma apreciação pormenorizada dos factos, que não pode ser aqui realizada.

45 — Segundo os dados constantes dos autos, esta condição está preenchida. Até 31 de Março de 2002, eram objecto dos contratos 1 500 MW; no período de 1 de Abril de 2002 a 31 de Março de 2003, 1 650 MW; no período de 1 de Abril de 2003 a 31 de Dezembro de 2005, 1 650 MW e no período de 1 de Janeiro de 2006 a 31 de Março de 2009, 750 MW. O artigo 13.º, n.º 1, da Lei de transição de 2001 limita as prioridades a conceder a 900 MW até 31 de Março de 2005 e a 750 MW entre 1 de Abril de 2005 e 31 de Março de 2009, devendo cada pedido de atribuição prioritária de capacidades de transporte alegar e provar que os contratos de longa duração se mantêm.

46 — A este respeito, v. artigo 6.º, n.º 4, segunda frase, do Regulamento n.º 1228/2003: «A capacidade atribuída que não for utilizada deve ser reatribuída ao mercado, de um modo aberto, transparente e não discriminatório.»

91. Por conseguinte, deve responder-se à segunda questão prejudicial que o artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92 é aplicável à atribuição prioritária de capacidades de transporte de electricidade. A proibição de discriminação do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92 não se opõe a uma tal atribuição prioritária de capacidades de transporte de electricidade com base numa disposição legislativa, na medida em que este tratamento preferencial não ultrapasse o que é necessário para executar os contratos plurianuais de fornecimento de electricidade e na medida em que estes contratos não violem o direito comunitário, em especial os artigos 81.º CE, 82.º CE e 86.º, n.º 2, CE.

C — Quanto à primeira questão prejudicial

92. A primeira questão prejudicial diz respeito, no essencial, à justificação, através do artigo 86.º, n.º 2, CE, de eventuais violações do direito primário pela legislação nacional em causa.

93. As condições para a aplicação do artigo 86.º, n.º 2, CE foram já discutidas atrás, pelo que se pode remeter para o que já foi dito⁴⁷. É pacífico que a SEP ou a sua sucessora, a NEA, já não estavam encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, pelo que deve ser excluída

uma aplicação directa do artigo 86.º, n.º 2, CE à regulamentação nacional em causa⁴⁸. Mas, de acordo com a resposta proposta para a segunda questão prejudicial, deve partir-se do princípio de que a eventual atribuição de missões de interesse económico geral deve ser tida em conta como critério de apreciação ao determinar a existência de um tratamento desigual, objectivamente injustificado, destes operadores no mercado.

94. Resta examinar em que medida as disposições de direito primário, invocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, se podem opor a uma regulamentação do tipo da que está em análise.

1. Artigo 28.º CE como critério de apreciação?

95. A questão de saber em que medida o artigo 28.º CE deve ser utilizado como critério de apreciação foi objecto de acesa

47 — V. *supra*, n.ºs 72 e segs.

48 — De resto, este raciocínio conduz à inaplicabilidade do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 96/92.

controvérsia quer na fase escrita do processo quer na audiência.

96. A este propósito, o Governo francês refere-se ao acórdão DaimlerChrysler⁴⁹, segundo o qual «quando uma questão esteja regulamentada de modo harmonizado a nível comunitário, qualquer medida nacional nesta matéria deve ser apreciada à luz das disposições dessa medida de harmonização e não às dos artigos 30.º, 34.º e 36.º do Tratado».

97. A NEA, como sucessora da SEP, sustenta que, mesmo que a regulamentação nacional em causa deva ser examinada à luz do artigo 28.º CE, está excluída uma restrição à livre circulação de mercadorias, na medida em que eventuais situações de congestionamento nas redes de transporte, em especial nas redes interligadas, têm causas técnicas; logo, a regulamentação nacional em causa limita-se a retirar as consequências de congestionamentos já existentes.

98. O Governo francês tem razão ao afirmar que não se deve recorrer ao direito primário, na medida em que as indicações da directiva relativamente ao acesso à rede de transporte devem ser consideradas taxativas. Entendo ser questionável se é possível invocar, no âmbito do artigo 28.º CE, questões de direito

ainda não discutidas a propósito da interpretação do artigo 7.º, n.º 5, da directiva, parece, pois, desnecessário pretender fixar, de forma vinculativa, o grau de harmonização atingido com base na Directiva 96/92.

99. No que respeita ao grau de harmonização atingido pela Directiva 96/92, importa observar que, em qualquer caso — como já referido⁵⁰ — ela deixa em aberto inúmeras questões concretas relativamente ao acesso às redes de transporte. Em especial, é também significativo que o Regulamento n.º 1228/2003, mais recente⁵¹, tente resolver alguns problemas neste contexto⁵². Devido à importância da proibição de discriminação enunciada na Directiva 96/92⁵³, esta proibição parece, de certo modo, ter prioridade sobre as regulamentações específicas de acesso.

100. Nestas condições, se o Tribunal de Justiça quiser, apesar de tudo, examinar o artigo 28.º CE, recorde-se que, relativamente ao seu âmbito de aplicação, segundo o

50 — V. *supra*, n.ºs 40 e segs.

51 — Já referido na nota 26.

52 — Por exemplo, os mecanismos de compensação entre operadores da rede, as taxas de acesso à rede, a gestão dos congestionamentos, etc. O Regulamento n.º 1228/2003 é inspirado, em larga medida, pelos trabalhos do European Electricity Regulatory Forum de Florença.

53 — V. *supra*, n.º 54.

49 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2001 (C-324/99 Colect., p. I-9897, n.º 32).

acórdão Dassonville, o artigo 28.º CE proíbe qualquer regulamentação ou qualquer medida dos Estados-Membros susceptível de colocar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, entraves ao comércio intracomunitário⁵⁴. É indiscutível que a capacidade das redes de transporte e das interligações entre redes é tecnicamente limitada; mas se a procura ultrapassa a capacidade disponível, não é indiferente qual o método utilizado para repartir a capacidade disponível, atendendo a que o artigo 28.º CE protege o acesso à rede de transporte de electricidade, como o processo principal ilustra, de modo verdadeiramente exemplar⁵⁵. Assim, a atribuição de uma prioridade no acesso à rede é susceptível de entrar ou mesmo impedir o acesso de outros operadores. Nesta perspectiva, uma atribuição prioritária de capacidades de transporte no comércio intracomunitário de electricidade não se limita a repartir um bem escasso — isto é, a capacidade das interligações entre redes — entre os operadores no mercado, de acordo com princípios objectivos⁵⁶.

101. Neste ponto, os documentos de trabalho da Comissão⁵⁷ ilustram que podem ser utilizados vários métodos de atribuição de

capacidade para fins de gestão dos congestionamentos⁵⁸. Segundo estes documentos, deve distinguir-se entre métodos baseados no mercado⁵⁹ e outros métodos⁶⁰, sendo de notar que o 6.th *Florence Forum* se pronunciou a favor de soluções orientadas para o mercado. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1228/2003 confirma esta opção, ao preceituar que «[p]ara os problemas de congestionamento da rede devem ser encontradas soluções não discriminatórias baseadas no mercado».

102. Portanto, na medida em que a atribuição prioritária de capacidades de transporte se limita a agravar um congestionamento existente e reduz ainda mais a possibilidade de adoptar soluções orientadas para o mercado, cabe examiná-la à luz do artigo 28.º CE. Em especial, esta disposição seria violada se a atribuição prioritária de capacidades de transporte tivesse carácter discriminatório, o que, porém, nos reconduz à proibição de discriminação do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92⁶¹.

54 — Acórdão de 11 de Julho de 1974, Dassonville (8/74, Recueil, p. 837, n.º 5, Colect., p. 423).

55 — V. n.º 58, *supra*.

56 — Afinal, o mesmo é afirmado pela NEA ao alegar que a atribuição prioritária de capacidades de importação não constitui qualquer medida de efeito equivalente na acepção do artigo 28.º CE, «desde que as correspondentes disposições não causem qualquer discriminação». Ora, existe discriminação precisamente quando um tratamento diferenciado dos operadores no mercado não parece ser objectivamente justificado, o que é justamente objecto da presente controvérsia jurídica.

57 — V., em especial, *Congestion management in the EU electricity transmission network — Status report*, Setembro de 2002.

58 — Deve entender-se por gestão dos congestionamentos a decisão relativa à repartição de capacidades de transporte limitadas.

59 — Como, por exemplo, leilões de capacidades, explícitos ou implícitos (*market splitting*).

60 — Em especial, «retention» (reserva de capacidades a favor de empresas verticalmente integradas); «First come, first serve»; «Pro-rata».

61 — Alternativamente, seria de examinar em que medida uma violação da livre circulação de mercadorias pode ser justificada nos termos do artigo 30.º CE. Na medida em que a NEA invoca a segurança de abastecimento, reconhecida como justificação na jurisprudência (v., neste sentido, acórdão de 10 de Julho de 1984, *Campus Oil e o.*, 72/83, Recueil, p. 2727, n.º 34), poderia discutir-se o facto de os contratos plurianuais de fornecimento de energia em causa, embora tenham sido celebrados para prosseguir este objectivo, a atribuição prioritária a apreciar no caso vertente ter sido permitida quando esta missão já não estava confiada à SEP.

2. Quanto ao direito comunitário da concorrência

a) Âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE

103. Deve partir-se do princípio de que o objecto do presente processo prejudicial é a atribuição prioritária de capacidades de importação com vista ao cumprimento de obrigações de compra que se estendem por vários anos — mas não os próprios contratos plurianuais de fornecimento de energia que estão na base dessas obrigações.

104. Deve notar-se desde logo que, segundo jurisprudência assente, «os artigos 81.º CE e 82.º CE apenas se referem a comportamentos contrários à concorrência adoptados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas for imposto, por uma legislação nacional, um comportamento contrário à concorrência, ou se esta legislação criar um quadro jurídico que, por si só, elimine qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, os artigos 81.º CE e 82.º CE não são aplicáveis. Numa situação deste tipo, como resulta das referidas disposições, a limitação da concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas»⁶².

105. Deve, portanto, concluir-se que, no caso vertente, a atribuição prioritária de capacidades de transporte ocorre por força da legislação nacional. Por conseguinte, — independentemente de uma eventual aplicabilidade dos artigos 81.º CE e 82.º CE aos próprios contratos plurianuais de fornecimento de electricidade⁶³ — estas disposições não são, de qualquer forma, directamente aplicáveis para efeitos de apreciação da legislação nacional aqui em causa.

106. Todavia, há que recordar que, nos termos do artigo 86.º, n.º 1, CE, no que respeita às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12.º e 81.º a 89.º, inclusive. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber em que medida os artigos 81.º CE e 82.º CE, em conjugação com o artigo 86.º, n.º 1, CE, se opõem a um regime legal do tipo do que está em análise.

b) Âmbito de aplicação do artigo 86.º, n.º 1, CE

107. A aplicação do artigo 86.º, n.º 1, CE a empresas pressupõe que lhes tenham sido concedidos direitos especiais ou exclusivos.

62 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003, Altair Chimica (conclusões já referidas na nota 8, n.º 30).

63 — V. *supra*, n.º 65 e segs.

108. Através da lei de transição neerlandesa, de 2001, a atribuição prioritária de capacidades de importação na rede de transporte de electricidade foi reservada a uma empresa, para execução dos contratos plurianuais de fornecimento de electricidade, celebrados entre ela e os produtores de electricidade estrangeiros. Assim, trata-se de um direito concedido por um Estado-Membro através de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas a um número limitado de empresas num sector — e, portanto, de um direito especial, na acepção do artigo 86.º, n.º 1, CE.

3. A atribuição prioritária de capacidades de importação como questão de concorrência

109. A atribuição prioritária de capacidades de importação foi efectuada directamente através de uma legislação nacional sem que, a este respeito, tenha sido celebrado um acordo entre empresas — por exemplo, entre a SEP e o operador da rede - que tenha por efeito restringir a concorrência. Por conseguinte, não é necessário examinar o artigo 81.º CE ⁶⁴.

110. Pelo contrário, na medida em que o operador da rede seja considerado uma

empresa, o artigo 82.º CE pode ser aplicado, dado que, em última análise, a legislação nacional em causa leva o operador da rede a aplicar, relativamente aos seus parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência ⁶⁵.

111. Assim, relativamente à atribuição prioritária de capacidades de importação com vista à execução de contratos plurianuais de fornecimento de electricidade, o artigo 82.º, alínea c), CE, conjugado com o artigo 86.º, n.º 1, CE levanta a questão da existência de uma discriminação entre os operadores no mercado. Porém, não existe qualquer discriminação, na acepção do artigo 82.º, alínea c), CE quando esta é justificada por razões objectivas. Neste ponto, pode remeter-se para as considerações tecidas a propósito da proibição de discriminação do artigo 7.º, n.º 5, CE ⁶⁶, pelo que também o artigo 82.º, alínea c), CE não fornece quaisquer elementos adicionais no contexto da apreciação jurídica da legislação nacional em causa não sendo, portanto, necessário efectuar uma análise separada.

112. Na medida em que o artigo 82.º CE é invocado, por intermédio do artigo 86.º, n.º 1, CE, para apreciar o comportamento da SEP ou da sua sucessora no contexto da concessão de uma possibilidade de atribuição prioritária de capacidades de importação, coloca-se a questão de saber em que medida

64 — Isto não tem qualquer incidência sobre a questão de saber em que medida os contratos plurianuais de fornecimento de electricidade, enquanto acordos entre produtores de electricidade e distribuidores e, deste modo, entre empresas, são compatíveis com o artigo 81.º CE. A este respeito, v. *supra*, n.ºs 65 e segs.

65 — Artigo 82.º, alínea c), CE.

66 — V. *supra*, n.ºs 55 e segs.

a sociedade favorecida através da atribuição, uma vez que detém uma posição dominante no mercado relevante, utiliza a vantagem que para ela resulta dessa atribuição para consolidar a sua posição dominante, diminuir a intensidade da concorrência ou tornar mais difícil o acesso ao mercado de novos operadores. Assim, seria necessário determinar, antes de mais, se a SEP ou a sua

sucessora se encontram em posição dominante. Independentemente destes aspectos, constituiria porém uma apreciação contraditória, por um lado, aceitar uma justificação objectiva para o tratamento diferenciado dos respectivos operadores no mercado, e, por outro, entender que o mesmo regime está na origem de uma prática abusiva na acepção do artigo 82.º CE.

V — Conclusão

113. Com base nas considerações anteriores, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

- «1) O artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade é aplicável à atribuição prioritária de capacidades de transporte de electricidade.
- 2) A proibição de discriminação do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva 96/92 não se opõe a essa atribuição prioritária de capacidades de transporte de electricidade baseada numa disposição legislativa, desde que este tratamento preferencial não ultrapasse o que é necessário para executar os contratos plurianuais de fornecimento de electricidade, e na medida em que estes contratos não violem o direito comunitário, em especial, os artigos 81.º CE, 82.º CE e 86.º, n.º 2, CE.»