



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PRIIT PIKAMÄE
apresentadas em 9 de setembro de 2021¹

Processo C-179/20

Fondul Proprietatea SA
contra
Guvernul României,
SC Complexul Energetic Hunedoara SA, em liquidação,
Compania Națională de Transport al Energiei Electrice “Transelectrica” SA,
SC Complexul Energetic Oltenia SA,
sendo interveniente:
Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri

[pedido de decisão prejudicial apresentada pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucureste, Roménia)]

«Reenvio prejudicial — Regras comuns para o mercado interno da eletricidade — Livre acesso de terceiros às redes — Obrigações de serviço público — Segurança do fornecimento — Diretiva 2009/72/CE — Acesso garantido às redes de eletricidade — Diretiva 2009/28/CE»

1. Pode um Estado-Membro conceder acesso garantido às redes de transporte e de distribuição a determinadas instalações de produção de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis?
2. É esta questão que, entre as que constituem o cerne do pedido prejudicial apresentado pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucureste, Roménia), será o objeto das presentes conclusões, a pedido do Tribunal de Justiça.
3. No seu acórdão a proferir, o Tribunal de Justiça terá, nomeadamente, a oportunidade de se pronunciar sobre o alcance da obrigação de os Estados-Membros concederem às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis um acesso garantido às redes, bem como quanto à incidência da concessão de um acesso garantido a determinadas instalações de produção que utilizam fontes de energia não renováveis em relação ao acesso às redes das instalações de produção que não têm esse benefício.

¹ Língua original: francês.

I. Quadro jurídico

A. *Direito da União*

1. *Diretiva 2009/28/CE*

4. O considerando 60 da Diretiva 2009/28/CE² enuncia:

«O acesso prioritário e o acesso garantido à eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis são importantes para a integração das fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade, nos termos do n.º 2 do artigo 11.º da Diretiva 2003/54/CE^[3] e para o desenvolvimento do n.º 3 do mesmo artigo. Os requisitos relativos à manutenção da fiabilidade e segurança da rede e à mobilização podem variar consoante as características da rede nacional e da segurança do respetivo funcionamento. O acesso prioritário à rede dá aos produtores de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis a ela ligados a garantia de que poderão vender e transportar a eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis de acordo com as regras de ligação, em qualquer momento, desde que a fonte esteja disponível. No caso de a eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis estar integrada no mercado diário, o acesso garantido assegura que toda a eletricidade vendida e beneficiária de apoio tenha acesso à rede, permitindo a utilização de um máximo de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis produzida em instalações ligadas à rede. No entanto, tal não implica para os Estados-Membros qualquer obrigação de apoiarem ou imporem obrigações de compra de energia proveniente de fontes renováveis. Noutros regimes, é definido um preço fixo para a eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis, geralmente em combinação com uma obrigação de compra para o operador de rede. Neste caso, já foi concedido acesso prioritário.»

5. O artigo 16.º, com a epígrafe «Acesso e funcionamento das redes», n.º 2, desta diretiva dispõe:

«Sem prejuízo dos requisitos relativos à manutenção da fiabilidade e da segurança da rede, e com base em critérios transparentes e não discriminatórios definidos pelas autoridades nacionais competentes:

[...]

- b) Os Estados-Membros devem também prever quer um acesso prioritário quer um acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis ao sistema de rede;
- c) Os Estados-Membros devem assegurar que, no despacho de instalações de produção de eletricidade, os operadores das redes de transporte deem prioridade às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis, na medida em que o funcionamento seguro da rede nacional de energia o permita e com base em critérios transparentes e não discriminatórios. [...].»

² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE (JO 2009, L 140, p. 16).

³ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE (JO 2003, L 176, p. 37).

2. Diretiva 2009/72/CE

6. O artigo 3.º, com a epígrafe «Obrigações de serviço público e proteção dos consumidores», n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72/CE⁴ dispõe:

«2. Tendo plenamente em conta as disposições aplicáveis do Tratado, nomeadamente o artigo 86.º, os Estados-Membros podem impor às empresas do setor da eletricidade, no interesse económico geral, obrigações de serviço público, nomeadamente em matéria de segurança, incluindo a segurança do fornecimento, de regularidade, de qualidade e de preço dos fornecimentos, assim como de proteção do ambiente, incluindo a eficiência energética, a energia a partir de fontes renováveis e a proteção do clima. Essas obrigações devem ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias, verificáveis e garantir a igualdade de acesso das empresas do setor da energia elétrica da Comunidade aos consumidores nacionais. Relativamente à segurança do fornecimento, à eficiência energética/gestão da procura e para o cumprimento dos objetivos ambientais e dos objetivos da energia a partir de fontes renováveis referidos no presente número, os Estados-Membros podem instaurar um sistema de planeamento a longo prazo, tendo em conta a possibilidade de terceiros procurarem aceder à rede.

[...]

14. Os Estados-Membros podem decidir não aplicar o disposto nos artigos 7.º, 8.º, 32.º e/ou 34.º, na medida em que a sua aplicação possa dificultar, de direito ou de facto, o cumprimento das obrigações impostas às empresas de eletricidade no interesse económico geral e desde que o desenvolvimento do comércio não seja afetado de maneira contrária aos interesses da Comunidade. Os interesses da Comunidade incluem, nomeadamente, a concorrência no que respeita aos clientes elegíveis, nos termos do disposto na presente diretiva e no artigo 86.º do Tratado. [...].»

7. O artigo 15.º, com a epígrafe «Mobilização e compensação», da Diretiva 2009/72 enuncia:

«1. Sem prejuízo do fornecimento de eletricidade com base em obrigações contratuais, incluindo as decorrentes dos cadernos de encargos, ao operador da rede de transporte cabe, sempre que desempenhe essa função, a mobilização das instalações de produção da sua área e a utilização das interligações com outras redes.

2. A mobilização das instalações de produção e a utilização das interligações deve fazer-se com base em critérios que devem ser aprovados pelas entidades reguladoras nacionais quando estas sejam competentes e devem ser objetivos, publicados e aplicados de forma não discriminatória, assegurando o correto funcionamento do mercado interno da eletricidade. Tais critérios devem ter em consideração a prioridade económica da eletricidade proveniente das instalações de produção disponíveis ou das transferências através de interligações e os condicionalismos técnicos da rede.

3. Os Estados-Membros devem exigir aos operadores das redes que ajam em conformidade com o artigo 16.º da Diretiva 2009/28/CE, ao mobilizarem as instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis. Além disso, podem exigir aos operadores das redes que, ao mobilizarem as instalações de produção, deem prioridade às instalações que utilizem um processo de produção que combine calor e eletricidade.

⁴ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE (JO 2009, L 211, p. 55).

4. Por razões de segurança do fornecimento, os Estados-Membros podem estabelecer que seja dada prioridade à mobilização das instalações de produção que utilizem fontes autóctones de energia primária, não podendo estas exceder, em qualquer ano civil, 15 % do total de energia primária necessária para produzir a eletricidade consumida no Estado-Membro em causa. [...].»

8. O artigo 32.º, com a epígrafe «Acesso de terceiros», da Diretiva 2009/72 prevê:

«1. Os Estados-Membros devem garantir a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição baseado em tarifas publicadas, aplicáveis a todos os clientes elegíveis e aplicadas objetivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede. Os Estados-Membros devem assegurar que essas tarifas, ou as metodologias em que se baseia o respetivo cálculo, sejam aprovadas nos termos do artigo 37.º antes de entrarem em vigor e que essas tarifas — e as metodologias, no caso de apenas estas serem aprovadas — sejam publicadas antes de entrarem em vigor.

2. O operador da rede de transporte ou de distribuição pode recusar o acesso no caso de não dispor da capacidade necessária. Essa recusa deve ser devidamente fundamentada, especialmente tendo em conta o disposto no artigo 3.º e com base em critérios objetivos, técnica e economicamente justificados [...].»

B. Direito romeno

9. Para transpor a Diretiva 2009/72, a Roménia adotou uma série de atos, entre os quais a Legea energiei electrice și a gazelor natural nr. 123/2012 (Lei n.º 123/2012, sobre a Energia Elétrica e o Gás Natural), de 10 de julho de 2012 (*Monitorul Oficial al României*, n.º 485, de 16 de julho de 2012) (a seguir «Lei n.º 123/2012») e, em aplicação desta lei, a Hotărârea Guvernului nr. 138/2013 privind adoptarea unor măsuri pentru siguranța alimentării cu energie electrică (Decisão do Governo n.º 138/2013 Relativa à Adoção de Medidas para a Segurança do Fornecimento de Energia Elétrica), de 3 de abril de 2013 (*Monitorul Oficial al României*, n.º 196, de 8 de abril de 2013,) a seguir «Decisão n.º 138/2013»).

10. Antes de mais, a Lei n.º 123/2012 dispunha, no seu artigo 5.º, n.º 3, com a epígrafe «Programa energético»:

«Por decisão do governo, por razões ligadas à segurança do fornecimento de eletricidade, pode ser concedido um acesso garantido às redes elétricas para a eletricidade produzida por centrais elétricas que utilizam combustível nacional, no limite de uma quantidade anual de energia primária de 15 % da quantidade total de combustível equivalente necessária para produzir a eletricidade relativa ao consumo bruto final do país.»

11. Em seguida, a Decisão n.º 138/2013 previa no seu artigo 1.º:

«É concedido um acesso garantido às redes elétricas para a eletricidade produzida pela central termoelétrica de Mintia pertencente à Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA, o que lhe assegura o funcionamento contínuo com uma potência elétrica média de, pelo menos, 200 MW.»

12. No mesmo sentido, o artigo 2.º desta decisão dispunha:

«É concedido um acesso garantido às redes elétricas para a eletricidade produzida pela Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA, o que lhe assegura o funcionamento contínuo com uma potência elétrica média de, pelo menos, 500 MW.»

13. O artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013 enunciava:

«A Compania Națională de Transport al Energiei Electrice «Transelectrica» SA, na qualidade de operador da rede de transporte, deve garantir a mobilização prioritária da eletricidade produzida pelas centrais termoeletricas referidas nos artigos 1.º e 2.º nas condições previstas na regulamentação adotada pela Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [(ANRE), a Autoridade nacional de regulação no domínio da energia].»

14. O artigo 4.º da Decisão n.º 138/2013 previa:

«A fim de manter o nível de segurança do sistema elétrico nacional, a Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA tem a obrigação de prestar serviços auxiliares ao operador da rede de transporte com uma potência elétrica equivalente a, pelo menos, 400 MW, em conformidade com a regulamentação adotada pela [ANRE].»

15. No mesmo sentido, o artigo 5.º da referida decisão dispunha:

«A fim de manter o nível de segurança do sistema elétrico nacional, a Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA tem a obrigação de prestar serviços auxiliares ao operador da rede de transporte com uma potência elétrica equivalente a, pelo menos, 600 MW, em conformidade com a regulamentação adotada pela [ANRE].»

16. A Decisão n.º 138/2013 previa, no seu artigo 6.º, que as «medidas previstas na presente decisão são aplicáveis entre 15 de abril de 2013 e 1 de julho de 2015».

17. Pela Decisão do Governo n.º 941/2014, o prazo fixado para aplicar as medidas previstas nos artigos 1.º, 3.º e 4.º da Decisão n.º 138/2013 à sociedade Complexul Energetic Hunedoara SA tinha sido prorrogado até 31 de dezembro de 2017.

II. Matéria de facto, tramitação processual e questão prejudicial

18. A SC Complexul Energetic Hunedoara e a SC Complexul Energetic Oltenia são duas sociedades produtoras de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis. O direito romeno, que acabo de expor, institui, no que lhes diz respeito, três medidas que podem ser resumidas da seguinte forma:

- uma mobilização prioritária pela Transelectrica⁵ da eletricidade produzida pela central termoelétrica de Mintia pertencente à SC Complexul Energetic Hunedoara e da produzida pela SC Complexul Energetic Oltenia (artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013)⁶;
- um acesso garantido às redes de transporte e de distribuição para a eletricidade produzida pelas centrais térmicas acima referidas, que lhes assegure, respetivamente, um funcionamento contínuo a uma potência elétrica média de, pelo menos, 200 MW e 500 MW (artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 e artigos 1.º e 2.º da Decisão n.º 138/2013; a seguir «medida em causa»);
- a obrigação da SC Complexul Energetic Hunedoara e da SC Complexul Energetic Oltenia de fornecerem à Transelectrica serviços auxiliares, com uma potência elétrica, respetivamente de pelo menos 400 MW e 600 MW (artigos 4.º e 5.º da Decisão n.º 138/2013).

19. A Fondul Proprietatea SA, acionista de uma sociedade produtora de eletricidade que utiliza fontes de energia renováveis, a Hidroelectrica SA, considera-se lesada pela adoção dessas medidas pela Roménia, na medida em que, em seu entender, constituem um auxílio de Estado que beneficia a SC Complexul Energetic Hunedoara e a SC Complexul Energetic Oltenia, que considera dois dos seus concorrentes.

20. Para proteger os seus interesses, a Fondul Proprietatea SA interpôs, portanto, recurso de anulação da Decisão n.º 138/2013 para a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste). Por acórdão de 10 de março de 2015, esta negou provimento ao seu recurso.

21. A recorrente interpôs, então, recurso de cassação junto do Înalta Curte de Casație și Justiție — Secția de Contencios Administrativ și Fiscal (Tribunal Superior de Cassação e Justiça — Secção de Contencioso Administrativo e Fiscal, Roménia). Por Acórdão de 22 de maio de 2018, este último anulou parcialmente o acórdão recorrido com o fundamento de que a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste) não tinha examinado todos os fundamentos de ilegalidade invocados pela recorrente. Consequentemente, o Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal de Cassação e de Justiça) remeteu as partes para a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste) para que esta examine todos os referidos fundamentos.

22. Aquando da apreciação da remessa do recurso de anulação, a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste), mediante sugestão nesse sentido da recorrente, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«[1] Artigos 107.º e 108.º, n.º 3, TFUE:] A adoção pelo Estado romeno de uma legislação que prevê, a favor de duas sociedades cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado:

⁵ A Transelectrica é o operador da rede de transporte de eletricidade na Roménia.

⁶ Afigura-se-me que o artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013 não fixa nenhum limite à quantidade de eletricidade mobilizada prioritariamente pela Transelectrica, na medida em que o limite de 15 % fixado no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2013 apenas visa o mecanismo do acesso garantido. Todavia, é possível que a quantidade de eletricidade produzida pelas instalações de produção referidas no artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013 e que beneficiou de uma mobilização prioritária não tenha ultrapassado o limite de 15 % previsto no artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72.

- [a)] a concessão de um acesso prioritário à mobilização e a obrigação imposta ao operador da rede de transporte de adquirir serviços auxiliares a essas sociedades e
- [b)] a concessão de um acesso garantido às redes de eletricidade para a eletricidade produzida por essas duas sociedades, que assegura o funcionamento contínuo destas últimas

constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º TFUE, ou seja, constitui uma medida financiada pelo Estado ou proveniente de recursos estatais, com carácter seletivo e que pode afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros? Em caso de resposta afirmativa, esse auxílio estatal está sujeito à notificação prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE?

- [2) Artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva 2009/72]: A concessão pelo Estado romeno de um direito de acesso garantido à rede de eletricidade a duas sociedades cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado, que assegura o seu funcionamento contínuo, está em conformidade com as disposições do artigo 15.º, n.º 4, [dessa diretiva]?»

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

23. Estas questões foram objeto de observações escritas por parte da Fondul Proprietatea, da SC Complexul Energetic Oltenia e da Comissão Europeia.

24. A Fondul Proprietatea e a Comissão foram ouvidas nas suas alegações na audiência de 2 de junho de 2021.

IV. Análise

25. Como foi acima ilustrado, as presentes conclusões referir-se-ão unicamente, em conformidade com o pedido do Tribunal de Justiça, à segunda questão.

A. Observações preliminares quanto aos conceitos de «mobilização prioritária» e de «acesso garantido»

26. Tendo em conta a inexistência de definição dos conceitos de «mobilização prioritária» e de «acesso garantido» pelas disposições das Diretivas 2009/28 e 2009/72, parece-me necessária a sua apresentação.

1. Quanto ao conceito de «mobilização prioritária»

27. Como prevê o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, cabe ao operador da rede de transporte proceder à mobilização das instalações de produção. A este respeito, a mobilização pode definir-se, como o Tribunal de Justiça fez no Acórdão ENEL, como «a operação através da qual o operador de rede “despacha” as instalações de produção que dispõem de uma reserva de capacidade apropriada, situadas na sua zona, em função das exigências da procura, para garantir, a cada momento, o equilíbrio entre a oferta e a procura de eletricidade na rede, assegurando dessa forma a continuidade do fornecimento de eletricidade»⁷.

⁷ Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 11).

28. Nos termos do artigo 15.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72, a determinação das instalações de produção mobilizadas nessa ocasião é feita com base em critérios que devem ser objetivos, publicados e aplicados de forma não discriminatória e que devem ter especialmente em consideração a prioridade económica. A este propósito, o critério da prioridade económica é definido como o «ordenamento das fontes de comercialização de eletricidade segundo critérios económicos»⁸. Concretamente, as instalações de produção são mobilizadas, em princípio, começando pela oferta de venda mais baixa e prosseguindo por ordem crescente até que a totalidade do pedido esteja satisfeita⁹.

29. Todavia, o legislador adaptou a mobilização tal como acabo de a expor com a introdução do conceito de «despacho prioritário». O despacho prioritário consiste para o operador da rede de transporte em mobilizar as instalações de produção com base em critérios diferentes dos da prioridade económica. Com efeito, posteriormente à adoção da Diretiva 2009/72, o legislador definiu o despacho prioritário como, «no modelo de autodespacho, o despacho de centrais elétricas com base em critérios diferentes da ordem económica das propostas e, no modelo de despacho centralizado, o despacho de centrais elétricas com base em critérios diferentes da ordem económica das propostas e dos condicionalismos da rede, dando prioridade ao despacho de determinadas tecnologias de produção»¹⁰. No caso em apreço, a Diretiva 2009/72 prevê uma mobilização prioritária para duas categorias de instalações de produção.

30. Em primeiro lugar, os Estados-Membros devem despachar prioritariamente as instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis em conformidade com o artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2009/28, para o qual remete o artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva 2009/72¹¹. Essa mobilização prioritária, que se baseia em razões de proteção do ambiente¹², pretende ser um mecanismo de apoio a essas instalações¹³.

31. Em segundo lugar, os Estados-Membros podem mobilizar prioritariamente as instalações de produção que utilizem fontes autóctones de energia primária em conformidade com o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72¹⁴. Essa mobilização prioritária, que se baseia em razões de segurança do fornecimento, não pode, todavia, exceder, «em qualquer ano civil, 15 % do total de energia primária necessária para produzir a eletricidade consumida no Estado-Membro em causa».

⁸ Artigo 2.º da Diretiva 2009/72.

⁹ Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 87).

¹⁰ Artigo 2.º, ponto 20, do Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativo ao mercado interno da eletricidade (JO 2019, L 158, p. 54).

¹¹ A mobilização prioritária em favor de instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis já estava prevista pelas diretivas que precederam a Diretiva 2009/72 ([artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO 1997, L 27, p. 20), atual artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva 2003/54]. Por outro lado, essa mobilização é também aplicável às instalações de produção que utilizem um processo de produção que combine calor e eletricidade. (artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva 2009/72).

¹² V. considerando 28 da Diretiva 96/92.

¹³ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu — Realização do mercado interno da energia [COM(2001) 125 final, p. 25].

¹⁴ A mobilização prioritária a favor das instalações de produção que utilizam fontes autóctones de energia primária já estava prevista nas diretivas que precederam a Diretiva 2009/72 (artigo 8.º, n.º 4, da Diretiva 96/92, atual artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54).

2. Quanto ao conceito de «acesso garantido»

32. O artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, com a epígrafe «Acesso e funcionamento das redes», impõe que os Estados-Membros concedam «quer um acesso prioritário quer um acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis ao sistema de rede»¹⁵.

33. Todavia, esta disposição não define o conceito de «acesso garantido» e não contém nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance. Consequentemente, este conceito deve, nos termos de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, ser interpretado de modo autónomo e uniforme, tendo em conta, não só o seu teor, mas o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pela regulamentação de que faz parte¹⁶.

34. A este respeito, o considerando 60 da Diretiva 2009/28 expõe a função do acesso garantido, os efeitos a que conduz a sua aplicação e o objetivo prosseguido. De acordo com este considerando, o acesso garantido tem a função de assegurar «que toda a eletricidade vendida e beneficiária de apoio tenha acesso à rede». Tendo em conta a sua função, a aplicação do acesso garantido tem necessariamente por efeito «a utilização de um máximo de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis produzida em instalações ligadas à rede». Por último, o objetivo prosseguido pelo legislador da União consistiu na «integração das fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade» e no desenvolvimento da mobilização prioritária concedida às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis.

35. Em última análise, a escassez de materiais que permitam apreender o conceito de «acesso garantido» não ajuda, inegavelmente, à sua compreensão. Todavia, sem que seja necessário para a análise da questão prejudicial definir melhor este conceito, considero que o acesso garantido, tal como exposto no considerando 60 da Diretiva 2009/28, é um mecanismo que assegura às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis o acesso às redes para encaminhar a eletricidade vendida.

B. Reformulação da segunda questão prejudicial

36. É pacífico que a Roménia, ao adotar o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 e os artigos 1.º e 2.º da Decisão n.º 138/2013, concedeu um acesso garantido às redes a instalações de produção que utilizam fontes de energia não renováveis.

37. Todavia, a redação do artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 pode conduzir a um mal-entendido entre acesso garantido e mobilização prioritária uma vez que esta disposição subordina a concessão de um acesso garantido ao cumprimento de requisitos que se enquadram na mobilização prioritária conforme prevista no artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72. Com efeito, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012, o acesso garantido às redes só podia ser concedido a «centrais elétricas que utilizam combustível nacional, no limite de uma quantidade anual de energia primária de 15 % da quantidade total de combustível equivalente necessária para produzir a eletricidade relativa ao consumo bruto final do país»¹⁷.

¹⁵ A Diretiva 2009/28 sucedeu à Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de setembro de 2001, relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade (JO 2001, L 283, p. 33). O artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2001/77, intitulado «Questões relativas ao sistema de rede», dava aos Estados-Membros a possibilidade de prever um acesso prioritário da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis à rede.

¹⁶ Acórdão de 16 de julho de 2015, Abcur (C-544/13 e C-545/13, EU:C:2015:481, n.º 45 e jurisprudência referida).

¹⁷ No entanto, a Decisão n.º 138/2013 distingue claramente o acesso garantido (artigos 1.º e 2.º) da mobilização prioritária (artigo 3.º).

38. Acresce que, o Governo romeno sustentou perante a Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste) que o objeto do artigo 5.º, n.º 3, da Lei 123/2012 tinha sido transpor a mobilização prioritária conforme prevista no artigo 5.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72. Parece-me que esta circunstância levou o órgão jurisdicional de reenvio a referir-se ao artigo 15.º, n.º 4, dessa diretiva quando formulou a sua segunda questão relativa à compatibilidade do acesso garantido conforme previsto no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 com o direito da União.

39. Ora, para responder à questão relativa, em substância, à possibilidade de um Estado-Membro conceder um acesso garantido às redes a certas instalações de produção de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis, o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 não se me afigura determinante. Com efeito, esta disposição da diretiva apenas se refere à mobilização prioritária, sob condições, de determinadas instalações de produção que utilizam fontes autóctones de energia primária.

40. Inversamente, observo que o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 é a única disposição que trata do acesso garantido. Todavia, como salientou o órgão jurisdicional de reenvio, a obrigação de os Estados-Membros concederem um acesso garantido às redes visa apenas a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis (a seguir «eletricidade verde»). Afigura-se-me, portanto, necessário determinar se este artigo reserva esse acesso apenas à eletricidade verde.

41. Por outro lado, parece-me que o acesso garantido às redes, conforme previsto no artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, adapta, em parte e apenas para a eletricidade verde, as regras de acesso de terceiros às redes contidas no artigo 32.º da Diretiva 2009/72.

42. Com efeito, o artigo 32.º da Diretiva 2009/72, e mais particularmente o seu n.º 1, institui o princípio do livre acesso de terceiros às redes, princípio que tem como corolário a proibição imposta aos Estados-Membros de preverem regras de acesso às redes discriminatórias entre os utilizadores. Ora, sendo o acesso garantido um mecanismo que assegura às instalações de produção que dele beneficiam o acesso às redes para encaminhar a eletricidade vendida, tem uma determinada incidência no acesso a essas mesmas redes das instalações de produção que dele não beneficiam. Devido a esta incidência, afigura-se-me necessário examinar o acesso garantido conforme previsto pelo direito romeno à luz do artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72.

43. No prolongamento desta análise, parece-me igualmente necessário verificar se o artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72 se opõe ao acesso garantido conforme previsto pelo direito romeno. Com efeito, resulta da decisão de reenvio que a concessão do acesso garantido foi justificada perante o órgão jurisdicional de reenvio pela necessidade de garantir a segurança do fornecimento de eletricidade. Tal justificação, quando foi alegada perante o Tribunal de Justiça, foi invariavelmente examinada por este à luz do artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72, que permite aos Estados-Membros restringir, sob certas condições, o livre acesso de terceiros às redes a que se refere o artigo 32.º, n.º 1, desta mesma diretiva, quando a aplicação desta disposição possa dificultar o cumprimento, por empresas do setor da eletricidade, das suas obrigações de serviço público.

44. Nestas condições, afigura-se-me necessário, com o objetivo de dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil à solução do litígio, proceder a uma reformulação da segunda questão tal como foi submetida ao Tribunal de Justiça¹⁸.

¹⁸ V., neste sentido, Acórdão de 14 de maio de 2020, T-Systems Magyarország (C-263/19, EU:C:2020:373, n.º 45 e jurisprudência referida).

45. Sugiro, portanto, a reformulação da segunda questão nestes termos:

«Devem as disposições do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 e dos artigos 3.º, n.ºs 2 e 14, e 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional como a que está em causa no presente processo, que concede um acesso garantido às redes de transporte e de distribuição a determinadas instalações de produção de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis para garantir a segurança do fornecimento de eletricidade?»

C. Análise da questão prejudicial reformulada

46. Como exposto *supra*, procurarei determinar, num primeiro momento, se o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 reserva o acesso garantido às redes apenas à eletricidade verde. Num segundo momento examinarei a limitação à qual conduz o acesso garantido conforme previsto pelo direito romeno sobre o princípio do livre acesso de terceiros às redes previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, bem como a sua eventual justificação à luz do artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, desta mesma diretiva.

1. Quanto à compatibilidade de um acesso garantido às redes de eletricidade produzida a partir de fontes de energia não renováveis com o acesso garantido instituído pela Diretiva 2009/28

47. Nos termos do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, «[o]s Estados-Membros devem também prever quer um acesso prioritário quer um acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis ao sistema de rede». Para determinar se o legislador da União, ao fixar a redação desta disposição, quis reservar o acesso garantido apenas à eletricidade verde, vou proceder à sua interpretação literal e teleológica¹⁹. Afigura-se-me que esta análise deve conduzir à compatibilidade, sob certas condições, da concessão de um acesso garantido a determinadas instalações de produção que utilizam fontes de energia não renováveis com a Diretiva 2009/28.

a) Quanto à interpretação literal

48. A interpretação literal do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 não me permite concluir que os Estados-Membros estão proibidos de conceder um acesso garantido às redes a determinadas instalações de produção que utilizem fontes de energia não renováveis.

49. Com efeito, na sua versão em língua francesa, o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 indica que «les États membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables». Na sua versão em língua inglesa, esta mesma disposição prevê que os «Member States shall also provide for either priority access or guaranteed access to the grid-system of electricity produced from renewable energy sources». Por último, a versão em língua estónia desta disposição enuncia que os Estados-Membros «sätesvad ka taastuvatest energialikatest toodetud elektrienergia Kas eelistatud vői tagatud juurdepääsu võrgusüsteemile».

¹⁹ Acórdão de 10 de setembro de 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187 n.º 22 e jurisprudência referida).

50. Assim, embora para cada uma destas versões linguísticas seja enunciada uma obrigação, esta consiste, para os Estados-Membros, em conceder à eletricidade verde um acesso prioritário ou garantido ao sistema de redes sem chegar ao ponto de reservar esse acesso apenas a essa eletricidade. Por outras palavras, nenhuma das versões examinadas do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 me permite concluir que o legislador da União proibiu os Estados-Membros de concederem um acesso garantido às redes a instalações de produção diferentes das que utilizam fontes de energia renováveis.

b) Quanto à interpretação teleológica

51. Para efeitos da interpretação teleológica da disposição em causa, devo salientar que as redes de transporte e de distribuição dispõem de uma capacidade de encaminhamento intrinsecamente limitada. Assim, essas redes não podem forçosamente encaminhar toda a eletricidade produzida ou que pode ser produzida pelas instalações que nelas incluídas²⁰.

52. No que respeita agora ao artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, resulta do considerando 60 desta diretiva que o acesso garantido às redes visa, em especial, integrar as fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade através da utilização de um máximo de eletricidade verde. Deduzo, portanto, que os operadores de redes atribuem às instalações de produção que beneficiam de um acesso garantido uma capacidade de encaminhamento correspondente à quantidade de eletricidade verde que pode ser utilizada.

53. Assim, considero que, atendendo à capacidade intrinsecamente limitada das redes de transporte e de distribuição, por um lado, e à atribuição de capacidade à qual conduz o acesso garantido, por outro, a concessão de um acesso garantido às redes à eletricidade produzida a partir de fontes de energia não renováveis pode, apenas em determinadas circunstâncias, levar a que o acesso concedido à eletricidade verde não seja assegurado²¹.

54. Todavia, estas circunstâncias não devem, na minha opinião, conduzir a uma interpretação que consista em considerar que o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 proíbe, em todos os casos, a concessão de um acesso garantido ao sistema de redes a determinadas instalações de produção que não utilizam fontes de energia renováveis.

55. Com efeito, para a realização do objetivo prosseguido por esta disposição, que consiste em integrar as fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade através da utilização de um máximo de eletricidade verde, não é necessário considerar que o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 proíbe a concessão de um acesso garantido ao sistema de redes às instalações de produção que não utilizam fontes de energia renováveis.

56. Por outro lado, tal interpretação contém uma espécie de radicalidade que não se me afigura compatível com a importante margem de manobra de que os Estados-Membros dispõem neste domínio. Com efeito, o Tribunal de Justiça considera que o legislador da União, aquando da adoção da Diretiva 2009/28, não pretendeu levar a cabo uma total harmonização dos regimes

²⁰ Esta situação é, aliás, considerada no artigo 32.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72, que prevê que «[o] operador da rede de transporte ou de distribuição pode recusar o acesso no caso de não dispor da capacidade necessária».

²¹ Por exemplo, se um Estado-Membro concedesse um acesso garantido às suas redes a todas as instalações de produção a elas ligadas, nenhuma dessas instalações poderia, na prática, fazer valer tal acesso. Nesse caso, portanto, o Estado-Membro que concedesse esse acesso violaria as obrigações que decorrem do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28.

nacionais de apoio à produção de energia verde²². Aliás, esta interpretação é coerente com a constatação mais genérica do Tribunal de que «a regulamentação da União, no domínio do ambiente, não pretende alcançar uma harmonização completa»²³. Assim, considero que os Estados-Membros conservam uma importante margem de manobra quando aplicam este instrumento²⁴.

57. Por todas estas razões, considero, à semelhança da Comissão, que a concessão, por um Estado-Membro, de um acesso garantido ao sistema de redes, às instalações de produção que utilizam fontes de energia não renováveis afigura-se-me compatível com a obrigação prevista no artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 enquanto estiver assegurado o acesso garantido à eletricidade verde. Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a eletricidade verde dispôs efetivamente de um acesso garantido às redes, conforme previsto no artigo 16.º, n.º 2, alínea b), dessa diretiva²⁵.

2. Quanto à compatibilidade de um acesso garantido ao sistema de redes para determinadas instalações de produção com as regras de acesso instituídas pela Diretiva 2009/72

58. Aquando do exame da compatibilidade de medidas nacionais com as regras de acesso de terceiros ao sistema de redes previsto nas diretivas relativas às regras comuns para o mercado interno da eletricidade²⁶, o Tribunal de Justiça elaborou um quadro de análise singular resultante da articulação das disposições que regulam esse acesso, quadro que passo a expor e me proponho seguir.

59. Previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, o princípio do livre acesso de terceiros às redes foi qualificado pelo Tribunal de Justiça de «medida essencial» para se chegar à plena realização do mercado interno da eletricidade²⁷. Assim, a importância deste princípio levou-o a considerar que qualquer limitação apresentada por um Estado-Membro só é autorizada nos casos em que a Diretiva 2009/72 prevê exceções ou derrogações²⁸.

60. No que respeita a tais exceções ou derrogações, o Tribunal de Justiça examina o artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72 na medida em que permite aos Estados-Membros restringir, em determinadas condições, o livre acesso de terceiros ao sistema de redes previsto no artigo 32.º, n.º 1, desta diretiva, se a aplicação desta disposição puder dificultar o cumprimento, por parte das empresas de eletricidade, de que fazem parte as instalações de produção, das suas obrigações de serviço público, na medida em que estas podem respeitar à segurança do fornecimento²⁹.

²² Acórdãos de 1 de julho de 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, n.º 59) e de 4 de outubro de 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, n.ºs 53 e segs.).

²³ Acórdão de 21 de julho de 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini e Eolica di Altamura (C-2/10, EU:C:2011:502, n.º 48 e jurisprudência referida).

²⁴ Acórdão de 4 de outubro de 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, n.º 54).

²⁵ Parece-me que o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 foi transposto para o artigo 70.º, alínea a), da Lei n.º 123/2012.

²⁶ A Diretiva 2009/72 sucedeu à Diretiva 2003/54 que, por sua vez, sucedeu à Diretiva 96/92.

²⁷ Acórdão de 22 de maio de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 44), de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 76) e de 17 de outubro de 2019, Elektrorazpredelenie Yug (C-31/18, EU:C:2019:868, n.º 41).

²⁸ Acórdão de 22 de maio de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 55).

²⁹ Acórdão de 22 de maio de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 58).

61. Simultaneamente, uma vez que o exame da compatibilidade de medidas nacionais com os artigos 32.º, n.º 1, e 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72 exige, para cada um deles, uma fiscalização da proporcionalidade, o Tribunal de Justiça procederá a essa fiscalização no final do exame, a fim de, na minha opinião, evitar qualquer redundância inútil³⁰.

a) Quanto ao artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72

62. O princípio do livre acesso de terceiros ao sistema de redes foi formulado, ainda que embrionariamente, após a adoção da Diretiva 96/92³¹. Posteriormente, este princípio, sistematicamente retomado, será desenvolvido pelas diretivas ulteriores relativas às regras comuns para o mercado interno da eletricidade³².

63. O artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 prevê, nomeadamente, «a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição [...] aplicáveis a todos os clientes elegíveis». A este respeito, o Tribunal de Justiça considera, de forma constante, que este direito constitui «uma das medidas essenciais que os Estados-Membros são obrigados a pôr em prática para obter a plena realização do mercado interno da eletricidade»³³.

64. Por outro lado, este princípio proíbe os Estados-Membros de organizarem o acesso de terceiros às redes de forma discriminatória. Com efeito, o artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 prevê que o sistema de acesso em questão «[deve ser] aplicad[o] objetivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede»³⁴. O Tribunal de Justiça associou a proibição imposta aos Estados-Membros de discriminarem terceiros da enunciada, em termos mais gerais, no artigo 3.º, n.º 1, dessa diretiva³⁵, disposição segundo a qual os Estados-Membros não devem discriminar as empresas de eletricidade no que respeita a direitos ou obrigações.

65. Daí deduz que estas disposições «são expressões particulares do princípio geral da igualdade»³⁶, princípio que impõe «que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, salvo se esse tratamento for objetivamente justificado»³⁷.

66. Importa, portanto, interrogarmo-nos sobre a existência de uma diferença de tratamento no processo que nos ocupa.

67. No caso em apreço, o acesso às redes foi garantido até, pelo menos, 700 MW, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 e dos artigos 1.º e 2.º da Decisão n.º 138/2013, à SC Complexul Energetic Hunedoara e à SC Complexul Energetic Oltenia. Esta mera constatação permite

³⁰ Acórdão de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, n.ºs 86 e 94).

³¹ V. artigo 16.º da Diretiva 96/92 e jurisprudência relativa (Acórdão de 7 de junho de 2005, *VEMW e o.*, C-17/03, EU:C:2005:362, n.ºs 37 e 46).

³² V. artigo 20.º da Diretiva 2003/54 e artigo 6.º da Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE (JO 2019, L 158, p. 125).

³³ Acórdão de 22 de maio de 2008, *citiworks* (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 44), de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 76) e de 17 de outubro de 2019, *Elektrozpredelenie Yug* (C-31/18, EU:C:2019:868, n.º 41).

³⁴ A Hidroelectrica beneficia do direito de não ser discriminada nos termos do artigo 32.º da Diretiva 2009/72 (a este propósito, v. Acórdão de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium*, C-492/14, EU:C:2016:732, n.ºs 71 a 75).

³⁵ Acórdão de 7 de junho de 2005, *VEMW e o.* (C-17/03, EU:C:2005:362, n.º 46). Embora a Diretiva 96/92 estivesse em causa, o seu artigo 3.º, n.º 1, é, quanto a esta questão, idêntico ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72.

³⁶ Acórdãos de 7 de junho de 2005, *VEMW e o.* (C-17/03, EU:C:2005:362, n.º 47) e de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 79).

³⁷ Acórdão de 28 de novembro de 2018, *Solvay Chimica Italia e o.* (C-262/17, C-263/17 e C-273/17, EU:C:2018:961, n.º 66).

concluir pela existência de uma diferença de tratamento em detrimento dos produtores de eletricidade que tiveram acesso às redes em questão e que utilizaram fontes de energia não renováveis.

68. Contrariamente ao que sustenta a Comissão, não creio que seja necessário afinar melhor as categorias de instalações de produção afetadas pela diferença de tratamento que acabo de identificar. Antes de mais, se a medida em causa tivesse visado todas as instalações de produção de eletricidade que utilizam combustíveis autóctones, ainda assim constataria uma diferença de tratamento uma vez que a combustibilidade da fonte de energia e a sua origem geográfica não são critérios de diferenciação reconhecidos pelo artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, disposição que, aliás, não reconhece nenhum critério. Em seguida, a determinação da existência de outras instalações de produção em condições de fornecer os mesmos serviços que os realizados pelas instalações de produção visadas pela medida em causa deve ser efetuada, como exponho a seguir, no âmbito da análise do artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72.

69. Em todo o caso, a mera identificação dessa diferença de tratamento não é suficiente para qualificar a medida em questão de discriminatória quando prossiga um objetivo legítimo³⁸.

70. Quanto à eventual justificação dessa diferença de tratamento, há que salientar que o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 justifica a concessão de um acesso garantido à eletricidade produzida por centrais elétricas que utilizam combustível nacional por razões relacionadas com a segurança do fornecimento de eletricidade. Além disso, resulta da leitura da decisão de reenvio que esta justificação foi alegada pelas partes que defendiam que o acesso garantido como previsto pelo direito romeno era conforme com o direito da União.

71. Ora, considero que a legitimidade do objetivo prosseguido pela medida em causa, a saber, a segurança do fornecimento de eletricidade da Roménia, não suscita qualquer dúvida.

72. A este propósito, recorro que o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72 permite que os Estados-Membros imponham obrigações de serviço público, nomeadamente em matéria de segurança do fornecimento às instalações de produção elétrica³⁹. Além disso, relativamente às disposições do TFUE e mais especificamente ao seu artigo 36.º, saliento que o Tribunal de Justiça já declarou que a proteção da segurança do fornecimento energético é suscetível de se enquadrar nas razões de segurança pública⁴⁰.

73. No entanto, a simples invocação de um objetivo legítimo não basta para afastar a qualificação de «discriminatória» de uma diferença de tratamento. Com efeito, é ainda necessário que o referido objetivo possa justificar a diferença de tratamento acima referida, «ou seja, no essencial, [qu]e a diferença em causa se basei[e] num critério objetivo, razoável e proporcionado ao objetivo prosseguido»⁴¹.

74. Todavia, tendo em conta o âmbito de análise anteriormente recordado, reservo as minhas considerações sobre o respeito do princípio da proporcionalidade para uma fase posterior das minhas conclusões.

³⁸ Acórdão de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 81).

³⁹ V. também considerando 46 da Diretiva 2009/72.

⁴⁰ Acórdão de 17 de setembro de 2020, *Hidroelectrica* (C-648/18, EU:C:2020:723, n.º 36)

⁴¹ Acórdão de 29 de setembro de 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 85).

b) Quanto ao artigo 3.º, n.ºs 2 e 14, da Diretiva 2009/72

75. Como anteriormente recordado, a margem de manobra deixada aos Estados-Membros para adotarem as medidas necessárias a fim de ser instituído um sistema de acesso de terceiros não os autoriza a afastar o princípio do livre acesso às redes previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, salvo nos casos em que esta diretiva prevê exceções ou derrogações⁴².

76. Assim, o artigo 3.º, n.º 14, da Diretiva 2009/72 permite aos Estados-Membros não aplicarem as disposições do seu artigo 32.º, «na medida em que [essa] aplicação possa dificultar [...] o cumprimento das obrigações impostas às empresas de eletricidade no interesse económico geral e desde que o desenvolvimento do comércio não seja afetado de maneira contrária aos interesses da Comunidade».

77. Na sequência desta disposição, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72 prevê que, tendo plenamente em conta o artigo 86.º CE (atual artigo 106.º TFUE), os Estados-Membros podem impor às instalações de produção de eletricidade obrigações de serviço público nomeadamente em matéria de segurança do fornecimento⁴³.

78. Estas obrigações devem então ser entendidas como «medidas de intervenção pública no funcionamento desse mercado, que impõem a empresas do setor da eletricidade, para efeitos da prossecução de um interesse económico geral, que atuem no referido mercado com base em critérios impostos pelas autoridades públicas»⁴⁴.

79. Todavia, as obrigações de serviço público que um Estado-Membro pode impor às empresas de eletricidade estão enquadradas. Com efeito, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72 prevê que essas mesmas obrigações devem ser «claramente definidas, transparentes, não discriminatórias, verificáveis e garantir a igualdade de acesso das empresas do setor da energia elétrica da Comunidade aos consumidores nacionais».

80. Para ter em conta o artigo 106.º TFUE, o Tribunal de Justiça considerou que resulta dos próprios termos desta disposição que as obrigações de serviço público, que podem ser impostas às empresas nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2009/72, devem respeitar o princípio da proporcionalidade⁴⁵.

81. Deduzo de todas estas disposições que os Estados-Membros podem impor às instalações de produção obrigações de serviço público relativas à segurança do fornecimento, ainda que o cumprimento destas obrigações dificulte o livre acesso de terceiros às redes.

82. Esta possibilidade deixada aos Estados-Membros não é, no entanto, ilimitada, uma vez que as medidas nacionais, que devem ser adotadas no interesse económico geral, não podem em caso algum afetar o desenvolvimento das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse da União. As obrigações que essas medidas comportam devem, além disso, ser claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e verificáveis. Sobretudo, as obrigações de serviço público

⁴² Acórdão de 22 de maio de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 55).

⁴³ Acórdãos de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 38) e de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 87).

⁴⁴ Acórdão de 19 de dezembro de 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, n.º 45).

⁴⁵ Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 42).

devem garantir às instalações de produção da União igualdade de acesso aos consumidores nacionais. Por último, essas mesmas obrigações estão obrigadas ao respeito do princípio da proporcionalidade.

83. Embora caiba à Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste) verificar que, no caso em apreço, a medida em causa impõe efetivamente obrigações de serviço público, por um lado, e respeita todos os requisitos anteriormente enunciados, por outro, o Tribunal de Justiça poderá fornecer-lhe todos os esclarecimentos necessários à sua verificação.

84. Por outro lado, saliento, com um certo grau de estranheza, que as partes que apoiam a conformidade da medida em causa com o direito da União se referem à segurança do fornecimento sem que nenhuma delas invoque o benefício do artigo 3.º da Diretiva 2009/72 e, consequentemente, exponha as razões que as levam a considerar que o acesso garantido como previsto pelo direito romeno cumpre os requisitos enunciados nesta disposição.

85. Quanto à existência de obrigações de serviço público impostas às instalações de produção em causa, não creio que o acesso garantido, conforme previsto pelo direito romeno, se enquadre nessas obrigações. Com efeito, o acesso garantido às redes não limita a liberdade de agir das instalações de produção que delas beneficiam no mercado da eletricidade. Bem pelo contrário, aquelas a quem é concedido esse acesso beneficiam de uma vantagem económica certa na medida em que têm a certeza de encaminhar a eletricidade vendida.

86. Além disso, o procedimento seguido pelo Governo romeno e as razões que o levaram a designar as instalações de produção em causa escapam-me. Por exemplo, no que respeita ao carácter discriminatório da medida em causa, competirá ao órgão jurisdicional de reenvio determinar se havia outras instalações de produção em condições de cumprir as mesmas obrigações de serviço público que as designadas pela Decisão n.º 138/2013⁴⁶.

87. Quanto ao requisito segundo o qual as obrigações de serviço público devem garantir às empresas de eletricidade da União igualdade de acesso aos consumidores nacionais, o acesso garantido é, como anteriormente exposto, um mecanismo que assegura às instalações de produção que beneficiam dele o acesso ao sistema de redes para encaminhar a eletricidade vendida.

88. Da capacidade intrinsecamente limitada das redes de transporte e de distribuição, por um lado, e da atribuição de capacidade à qual conduz o acesso garantido, por outro, deduzo que a capacidade assim atribuída reduz proporcionalmente a capacidade que pode ser afetada ao encaminhamento da eletricidade produzida pelas instalações que não beneficiam desse acesso. Essas instalações encontram-se então impossibilitadas de honrar, no todo ou em parte, as transações celebradas. Por outras palavras, embora a capacidade insuficiente do sistema de redes não tenha como causa o acesso garantido concedido, esse acesso agrava a sua importância para as instalações que dele não beneficiam.

89. A este respeito, saliento que, neste caso, o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 e os artigos 1.º e 2.º da Decisão n.º 138/2013 garantiram o acesso às redes de eletricidade às instalações de produção até, pelo menos, 700 MW.

⁴⁶ V. Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 86) e de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 89).

90. Por conseguinte, a medida em questão impediu, pelo menos potencialmente e em parte, que as instalações de produção que não beneficiam da mesma honrassem as transações celebradas e, consequentemente, pôde afetar a igualdade de acesso dos produtores de eletricidade da União aos consumidores nacionais.

91. Estas observações, se o Tribunal de Justiça as vier a partilhar, devem levar à constatação da incompatibilidade da medida em causa com os artigos 3.º, n.ºs 2 e 14, e 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72. No entanto, se não vier a ser esse o caso, os desenvolvimentos subsequentes prosseguem o exame da compatibilidade da medida em causa com as disposições pertinentes.

92. Quanto à tomada em consideração do artigo 106.º TFUE, o Tribunal de Justiça declarou que a medida nacional que impõe obrigações de serviço público deve respeitar o princípio da proporcionalidade e, por isso, «ser suscetível de garantir a realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para que o mesmo seja alcançado»⁴⁷.

c) Quanto ao respeito do princípio da proporcionalidade

93. Conforme o Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri (Ministério da Economia, Energia e da Atividade Empresarial, Roménia) declarou perante o órgão jurisdicional de reenvio, a medida em causa foi adotada, com a mobilização prioritária e a obrigação de prestar serviços auxiliares, para constituir capacidades de produção, constituição que se tornou necessária por várias razões, sendo que todas ameaçavam a segurança do fornecimento de eletricidade da Roménia.

94. Com efeito, tratou-se de criar capacidades de produção que utilizassem fontes de energia não renováveis para, em primeiro lugar, poder satisfazer a procura durante os picos de consumo, em segundo lugar, dispor de instalações que pudessem substituir as que utilizam fontes de energia renováveis em caso de indisponibilidade da fonte e, em terceiro e último lugar, responder ao aumento esperado do comércio transfronteiriço no âmbito da realização do projeto 4M MC⁴⁸.

95. Quanto ao exame da proporcionalidade, há que verificar, em primeiro lugar, se a medida é adequada para atingir o objetivo de criação de capacidades de produção. A este respeito, questioneimei-me sobre a razão pela qual tanto a Decisão n.º 138/2013 como a decisão de reenvio referem que o acesso garantido, conforme previsto pelo direito romeno, assegurou o «funcionamento contínuo» às instalações de produção que dele beneficiaram. Na minha opinião, o acesso garantido é, com efeito, incapaz de assegurar por si só o funcionamento contínuo de uma instalação de produção, uma vez que constitui apenas uma garantia de acesso às redes. Parece-me mais exato considerar, pelas razões expostas a seguir, que o funcionamento contínuo das instalações da SC Complexul Energetic Hunedoara e da SC Complexul Energetic Oltenia resultou da conjugação da mobilização prioritária e do acesso garantido, conforme previstos pelo direito romeno⁴⁹.

⁴⁷ Acórdão de 21 de dezembro de 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, n.º 55).

⁴⁸ «The 4M Market coupling is the day ahead electricity trading platform of the CEE region» (Sterpu, V., *The analysis of 4M MC electricity market*, Erasmus University Rotterdam, 2018, p. 8, <https://thesis.eur.nl/pub/44746/Sterpu-V.-447658-.pdf>).

⁴⁹ Por outro lado, a este primeiro dispositivo constituído pela mobilização prioritária e pelo acesso garantido, um segundo, prosseguindo, parece-me, a mesma finalidade que o primeiro, consistiu numa obrigação de a SC Complexul Energetic Hunedoara e a SC Complexul Energetic Oltenia prestarem à Transelectrica serviços auxiliares com uma potência elétrica de pelo menos 1 000 MW.

96. Antes de mais, a mobilização prioritária permitiu a mobilização das instalações da SC Complexul Energetic Hunedoara e da SC Complexul Energetic Oltenia pela Transelectrica, sem consideração, por definição, da ordem de prioridade económica. Em seguida, o acesso garantido assegurou a essas instalações que a eletricidade produzida e mobilizada prioritariamente teria acesso às redes mesmo que as suas capacidades não o tivessem provavelmente permitido.

97. A este respeito, saliento que o valor do acesso garantido depende da capacidade das redes de transporte e de distribuição. Assim, a segurança proporcionada pelo acesso garantido tem tanto mais valor para as instalações de produção que delas beneficiam quanto as redes de transporte e de distribuição sofram estruturalmente de capacidades insuficientes. Inversamente, um acesso garantido ao sistema de redes perde o seu sentido quando a capacidade destas últimas é superior à quantidade de eletricidade injetada.

98. Assegurando, por um lado, o funcionamento contínuo das instalações de produção que dele beneficiam, não tenho dúvidas quanto à aptidão do acesso garantido para participar na criação de capacidades de produção que permitam garantir a segurança do fornecimento de eletricidade de um Estado-Membro como a Roménia⁵⁰.

99. Em segundo lugar, importa considerar a questão de saber se a medida em causa pode ser considerada necessária para alcançar o objetivo que visa criar capacidades de produção. A este respeito, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se a falta de acesso garantido pode dificultar o cumprimento, pelas instalações de produção beneficiárias, das respetivas obrigações de serviço público, por um lado, e tentar determinar se o cumprimento dessas obrigações não podia ser realizado através de outros meios que não tivessem posto em causa o direito de acesso às redes, por outro⁵¹.

100. No que respeita à possibilidade de dificuldades para as instalações de produção no cumprimento das suas obrigações de serviço público se fossem privadas da medida em causa, parece-me que o órgão jurisdicional de reenvio pode questionar-se sobre a capacidade das redes de transporte e de distribuição e, mais particularmente, sobre as suas características estruturalmente suficientes ou insuficientes.

101. Quanto à existência de outros meios que não prejudiquem o direito de acesso ao sistema de redes e permitam o cumprimento das obrigações de serviço público, o Tribunal de Justiça poderá utilmente recordar a sua jurisprudência segundo a qual «se é verdade que incumbe ao Estado-Membro que invoca o artigo 90.º, n.º 2, demonstrar que as condições previstas por esta disposição se encontram reunidas, este ónus da prova não pode ir até à exigência de que esse Estado-Membro, quando expõe detalhadamente as razões por que, em caso de supressão das medidas contestadas, o cumprimento das missões de interesse económico geral em condições economicamente aceitáveis seria, do seu ponto de vista, posto em causa, vá ainda mais além e demonstre, pela positiva, que nenhuma outra medida imaginável, e por definição hipotética, poderia permitir garantir o cumprimento dessas missões nas mesmas condições»⁵².

102. Em conclusão, considero que há que responder à segunda questão prejudicial que um Estado-Membro pode conceder um acesso garantido ao sistema de redes a determinadas instalações de produção de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis para

⁵⁰ Como referido anteriormente nas presentes conclusões, o considerando 60 da Diretiva 2009/28 refere que o acesso garantido «permit[er] a utilização de um máximo de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis produzida em instalações ligadas à rede».

⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, n.º 60).

⁵² Acórdão de 23 de outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, EU:C:1997:501, n.º 101).

garantir a sua segurança de fornecimento, desde que, por um lado, tenha sido assegurado o acesso às redes da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis, concedido ao abrigo do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, e, por outro, os requisitos previstos no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 e, na hipótese de o órgão jurisdicional de reenvio identificar obrigações de serviço público impostas a essas mesmas instalações de produção de eletricidade, no artigo 3.º, n.ºs 2 e 14 dessa diretiva tenham sido respeitados, desde que essa regulamentação não vá além do que é necessário para alcançar o objetivo prosseguido.

V. Conclusão

103. À luz das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à segunda questão prejudicial submetida pela Curtea de Apel București (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia), conforme reformulada:

O artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE, e os artigos 3.º, n.ºs 2 e 14, e 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma regulamentação nacional como a do caso em apreço que concede um acesso garantido às redes de transporte e de distribuição a determinadas instalações de produção de eletricidade que utilizam fontes de energia não renováveis para garantir a segurança do fornecimento de eletricidade, desde que tenha sido assegurado o acesso ao sistema de redes da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis, concedido ao abrigo do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, que os requisitos previstos no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 e, na hipótese de o órgão jurisdicional de reenvio identificar obrigações de serviço público impostas a essas mesmas instalações de produção de eletricidade, no artigo 3.º, n.ºs 2 e 14 dessa diretiva tenham sido respeitados, e desde que essa regulamentação não vá além do que é necessário para alcançar o objetivo prosseguido. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no processo principal, este requisito está preenchido.