Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

27 de janeiro de 2022*

«Reenvio prejudicial — Mercado interno da eletricidade — Diretiva 2009/72/CE — Artigo 15.º, n.º 4 — Mobilização prioritária — Segurança do fornecimento — Artigo 32.º, n.º 1 — Livre acesso de terceiros — Acesso garantido às redes de transporte — Diretiva 2009/28/CE — Artigo 16.º, n.º 2 — Acesso garantido — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Artigo 108.º, n.º 3, TFUE — Auxílios de Estado»

No processo C-179/20,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia), por Decisão de 3 de março de 2020, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 7 de abril de 2020, no processo

Fondul Proprietatea SA

contra

Guvernul României,

SC Complexul Energetic Hunedoara SA, em liquidação,

SC Complexul Energetic Oltenia SA,

Compania Națională de Transport al Energiei Electrice «Transelectrica» SA,

sendo interveniente:

Ministerul Economiei, Energiei şi Mediului de Afaceri,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: E. Regan, presidente de secção, K. Lenaerts, presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de juiz da Quinta Secção, C. Lycourgos, presidente da Quarta Secção, I. Jarukaitis (relator) e M. Ilešič, juízes,

advogado-geral: P. Pikamäe,

secretário: R. Şereş, administradora,

* Língua do processo: romeno.

vistos os autos e após a audiência de 2 de junho de 2021,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Fondul Proprietatea SA, por C. Dontu, D. Petrache e J. Anghel, avocați,

– em representação da SC Complexul Energetic Oltenia SA, por D. Burlan, V. Bobei, V. Boca e L. Diaconu Pintea,

– em representação da Comissão Europeia, por O. Beynet, L. Nicolae, A. Bouchagiar e K.-Ph. Wojcik, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 9 de setembro de 2021,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 107.º, n.º 1, e do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, bem como do artigo 15.º, n.º 4, 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 (JO 2009, L 211, p. 55).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Fondul Proprietatea SA ao Guvernul României (Governo romeno), à SC Complexul Energetic Hunedoara SA, em liquidação (a seguir «CE Hunedoara»), representada pelo seu administrador judicial Expert Insolvență SPRL, à SC Complexul Energetic Oltenia SA (a seguir «CE Oltenia»), bem como à Compania Națională de Transport al Energiei Electrice Transelectrica SA (Companhia Nacional para o Transporte de Eletricidade) (a seguir «Transelectrica»), a respeito de um pedido de anulação de uma decisão do Governo romeno que adota medidas para a segurança do fornecimento de energia elétrica.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 2005/89/CE

3 Nos termos do considerando 5 da Diretiva 2005/89/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de janeiro de 2006, relativa a medidas destinadas a garantir a segurança do fornecimento de eletricidade e o investimento em infraestruturas (JO 2006, L 33, p. 22):

«Ao promover a eletricidade produzida a partir de fontes renováveis de energia, é necessário assegurar a disponibilidade das reservas de substituição associadas, quando necessárias do ponto de vista técnico, para manter a fiabilidade e a segurança da rede.»

Diretiva 2009/28/CE

4 O considerando 60 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 (JO 2009, L 140, p. 16), estabelecia:

«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 [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),] 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. […]»

5 O artigo 16.º desta diretiva, sob a epígrafe «Acesso e funcionamento das redes», dispunha, no seu n.º 2:

«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; […]»

Diretiva 2009/72

6 Os considerandos 3 e 5 da Diretiva 2009/72 estabelecia:

«(3) As liberdades que o Tratado garante aos cidadãos da União, nomeadamente a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, pressupõem um mercado plenamente aberto que permita a todos os consumidores a livre escolha de comercializadores e a todos os comercializadores o livre fornecimento dos seus clientes.

[…]

(5) A segurança do fornecimento de eletricidade reveste-se de importância vital para o desenvolvimento da sociedade europeia, para a aplicação de uma política sustentável em matéria de alterações climáticas e para fomentar a competitividade no mercado interno. Para esse efeito, deverá continuar a desenvolver-se as interligações transfronteiriças a fim de assegurar a disponibilidade e o abastecimento de todas as fontes de energia, ao preço mais competitivo possível, tanto a nível dos consumidores como da indústria na [União Europeia].»

7 O artigo 1.º desta diretiva, sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», previa:

«A presente diretiva estabelece regras comuns para a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como regras para a proteção dos consumidores, a fim de melhorar e integrar mercados da energia competitivos na [União]. […]»

8 Nos termos do artigo 2.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Definições»:

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

[…]

3. “Transporte”, o transporte de eletricidade, numa rede interligada de muito alta tensão e de alta tensão, para entrega a clientes finais ou a distribuidores, excluindo a comercialização;

4. “Operador da rede de transporte”, a pessoa singular ou coletiva responsável pela exploração, pela garantia da manutenção e, se for caso disso, pelo desenvolvimento da rede de transporte numa área específica e, quando aplicável, das suas interligações com outras redes, bem como por assegurar a capacidade a longo prazo da rede para atender pedidos razoáveis de transporte de eletricidade;

[…]

16. “Prioridade económica”, o ordenamento das fontes de comercialização de eletricidade segundo critérios económicos;

17. “Serviços auxiliares”, os serviços necessários para a exploração de uma rede de transporte ou distribuição».

9 O artigo 3.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Obrigações de serviço público e proteção dos consumidores», estabelecia, no seu n.º 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 [União]. Os interesses da [União] incluem, nomeadamente, a concorrência no que respeita aos clientes elegíveis, nos termos do disposto na presente diretiva e no artigo [106.º] do Tratado [FUE].»

10 O artigo 15.º da Diretiva 2009/72, sob a epígrafe «Mobilização e compensação», dispõe, nos seus n.ºs 1 a 4:

«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], 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. 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.»

11 O artigo 32.º da Diretiva 2009/72, sob a epígrafe «Acesso de terceiros», estabelecia, no seu n.º 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.»

Direito romeno

Lei n.º 123/2012

12 A Legea energiei electrice și a gazelor naturale 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*, parte I, n.º 485, de 16 de julho de 2012), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir «Lei n.º 123/2012»), prevê, no seu artigo 5.º, n.º 3:

«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.»

Decisão do Governo n.º 138/2013

13 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*, parte I, n.º 196, de 8 de abril de 2013) (a seguir «Decisão n.º 138/2013»), adotada com base no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012, indicava, no seu artigo 1.º:

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

14 Nos termos do artigo 2.º desta decisão:

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

15 O artigo 3.º da referida decisão estabelecia:

«A [Transelectrica], na qualidade de operador da rede de transporte, deve garantir a mobilização prioritária da eletricidade produzida pelas centrais termoelétricas referidas nos artigos 1.º e 2.º nas condições previstas na regulamentação adotada pela Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [Autoridade Nacional de Regulação no Domínio da Energia].»

16 O artigo 4.º desta mesma decisão dispunha:

«A fim de manter o nível de segurança do sistema elétrico nacional, a [CE Hunedoara] 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 Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [Autoridade Nacional de Regulação no Domínio da Energia].»

17 O artigo 5.º da Decisão n.º 138/2013 tinha a seguinte redação:

«A fim de manter o nível de segurança do sistema elétrico nacional, a [CE Oltenia] 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 Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [Autoridade Nacional de Regulação no Domínio da Energia].»

18 O artigo 6.º desta decisão previa:

«As medidas previstas na presente decisão são aplicáveis entre 15 de abril de 2013 e 1 de julho de 2015.»

19 Pela Decisão do Governo n.º 941/2014, o prazo fixado para aplicar à [CE Hunedoara] as medidas previstas nos artigos 1.º, 3.º e 4.º da Decisão n.º 138/2013 foi prorrogado até 31 de dezembro de 2017.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

20 A Fondul Proprietatea, sociedade acionista minoritária da S.P.E.E.H. Hidroelectrica SA, interpôs na Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste, Roménia) um recurso de anulação da Decisão n.º 138/2013, alegando que, através desta, foi concedido um auxílio de Estado ilegal à CE Hunedoara e à CE Oltenia, duas produtoras de eletricidade que utilizam fontes autóctones de energia primária e cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado.

21 Resulta do pedido de decisão prejudicial que a Decisão n.º 138/2013 instituiu um conjunto de medidas a favor destas duas sociedades que foram aplicadas entre 15 de abril de 2013 e 1 de julho de 2015 à CE Oltenia e até 31 de dezembro de 2017 à CE Hunedoara. Antes de mais, os artigos 1.º e 2.º da Decisão n.º 138/2013 concederam um acesso garantido às redes elétricas para a eletricidade produzida pelas centrais termoelétricas destas duas sociedades a fim de assegurar o funcionamento contínuo a uma potência média de, pelo menos, 200 megawatts (MW) para a central pertencente à CE Hunedoara e de, pelo menos, 500 MW para a central pertencente à CE Oltenia. Em seguida, em conformidade com o artigo 3.º dessa decisão, a Transelectrica, o único operador da rede de transporte, estava obrigada a garantir a mobilização prioritária da eletricidade produzida pelas centrais termoelétricas dessas duas sociedades. Por último, os artigos 4.º e 5.º da referida decisão instituíram a obrigação de a CE Hunedoara e a CE Oltenia prestarem à Transelectrica serviços auxiliares, respetivamente, com uma potência elétrica de pelo menos 400 MW e 600 MW.

22 Por Acórdão de 10 de março de 2015, a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste) negou provimento ao recurso da Fondul Proprietatea. Em seguida, esta interpôs recurso de cassação desse acórdão na 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) que, por Acórdão de 22 de maio de 2018, anulou parcialmente o acórdão recorrido, com o fundamento de que a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste) não tinha apreciado todos os fundamentos invocados pela Fondul Proprietatea. Por conseguinte, a Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Superior de Cassação e Justiça) remeteu o processo para a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste) para que este último examinasse todos os referidos fundamentos.

23 Aquando da apreciação da remessa do recurso de anulação para a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste), a Fondul Proprietatea solicitou a este órgão jurisdicional que submetesse questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça.

24 A este respeito, a Fondul Proprietatea indica, perante o órgão jurisdicional de reenvio, que a Decisão n.º 138/2013 é suscetível de constituir um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

25 Em especial, a Fondul Proprietatea salienta que a Transelectrica, sociedade maioritariamente detida pelo Estado, está obrigada a assegurar, em qualquer momento, o equilíbrio do sistema eletroenergético nacional, a saber, o equilíbrio entre a produção e o consumo de eletricidade. A este respeito, adquire serviços auxiliares no âmbito de procedimentos de adjudicação de contratos segundo os quais as propostas apresentadas pelos produtores de eletricidade são classificadas por ordem crescente, começando pela proposta de preço mais baixa. Os produtores que têm custos de produção baixos e que podem propor esses serviços auxiliares a preços competitivos são aqueles que, regra geral, os fornecem.

26 Segundo a Fondul Proprietatea, as centrais detidas pela CE Hunedoara e pela CE Oltenia têm custos de produção elevados, pelo que não funcionam permanentemente e não vendem uma grande quantidade de eletricidade. Quando estão paradas, as suas possibilidades de prestar serviços auxiliares diminuem fortemente, uma vez que a sua reativação demora muito tempo e implica custos suplementares. Assim, se os critérios económicos tivessem sido respeitados, essas sociedades não teriam podido vender esses serviços auxiliares. Neste contexto, o Estado romeno interveio concedendo-lhes o acesso garantido às redes de transporte e a mobilização prioritária, acompanhado da obrigação de adquirir os serviços auxiliares.

27 A Fondul Proprietatea considera que estas medidas conferem a estas duas sociedades uma vantagem económica seletiva financiada através de recursos estatais em detrimento dos outros produtores de eletricidade no mercado. Na sua opinião, as referidas medidas desviam o mecanismo de acesso garantido, criado para incentivar a produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, não poluentes, da sua finalidade, uma vez que este acesso é concedido a duas sociedades que produzem eletricidade a partir de fontes poluentes. O acesso garantido só foi concedido pela Decisão n.º 138/2013 para permitir às instalações de produção beneficiárias funcionar em contínuo, de modo a poderem produzir eletricidade a um preço melhor e prestar serviços auxiliares.

28 O Governo romeno, recorrido no processo principal, alega, no órgão jurisdicional de reenvio, que a obrigação da Transelectrica, de dar prioridade à eletricidade produzida pelas instalações da CE Hunedoara e da CE Oltenia por força do artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013, visa aplicar, a nível nacional, o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72.

29 Relativamente aos serviços auxiliares, este Governo indica que, na Decisão n.º 138/2013, se especifica que a obrigação de os dois produtores, a CE Hunedoara e a CE Oltenia prestarem serviços auxiliares está sujeita às condições previstas na regulamentação da Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (Autoridade nacional de regulação no domínio da energia) (a seguir «ANRE»), autoridade que elabora, adota e controla a nível nacional a aplicação das regras obrigatórias necessárias ao funcionamento do setor da energia.

30 Sustenta, relativamente às medidas nacionais em causa no processo principal, que estas não constituem um auxílio de Estado.

31 O Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri (Ministério da Economia, Energia e da Atividade Empresarial), interveniente no órgão jurisdicional de reenvio, indica que a Decisão n.º 138/2013 inclui as medidas necessárias para que o sistema eletroenergético nacional funcione de maneira segura e que esta foi adotada tendo em conta diferentes considerações. Antes de mais, o forte crescimento das capacidades de produção a partir de fontes renováveis obrigou o Governo romeno a tomar medidas que garantam a segurança do fornecimento de eletricidade em conformidade com o considerando 5 da Diretiva 2005/89.

32 Em seguida, o funcionamento das centrais que utilizam fontes convencionais de energia foi considerado necessário para cobrir a curva de carga do consumo de eletricidade.

33 Além disso, os estudos relativos à segurança e à adequação do sistema eletroenergético nacional revelaram que era necessário que as centrais elétricas locais repartidas por todo o território do país estivessem em funcionamento, na medida em que essas centrais asseguram os serviços

auxiliares e mantêm o equilíbrio entre a oferta e a procura. Neste contexto, considerou-se que a CE Hunedoara podia contribuir de maneira significativa para a segurança na zona centro e noroeste do sistema eletroenergético nacional.

34 Por último, à data da adoção da Decisão n.º 138/2013, a intensificação do comércio transfronteiriço pela interface ocidental e a redução das perdas na rede de transporte, diretamente proporcionais à distância entre os produtores e os consumidores, impuseram a existência de uma capacidade de produção significativa nessa zona e a CE Hunedoara era o único grande produtor na zona centro e noroeste do país.

35 Foi com base nestas considerações que o Governo romeno adotou a Decisão n.º 138/2013 que prevê a concessão de um acesso garantido às redes de transporte para a eletricidade produzida pelas instalações da CE Hunedoara e da CE Oltenia, a fim de lhes assegurar um funcionamento contínuo para uma potência elétrica, respetivamente, de pelo menos 200 MW e de, pelo menos, 500 MW, sabendo que esses valores representaram um direito para os produtores beneficiários e não uma obrigação de funcionar a essas potências.

36 A Transelectrica sustenta, no órgão jurisdicional de reenvio, que, para garantir a adequação do sistema e para cobrir a procura de eletricidade, o sistema eletroenergético nacional deve ter uma certa potência disponível, garantida por centrais, mais elevada do que a potência consumida durante os picos de consumo. Do mesmo modo, é obrigatório manter permanentemente uma reserva operacional que possa equilibrar o balanço das variações continuadas da carga.

37 Além disso, considera que o sistema eletroenergético nacional regista um crescimento significativo do número de centrais elétricas que produzem eletricidade a partir de fontes de energia renováveis cuja produção é imprevisível e intermitente. Acresce que as centrais elétricas que utilizam fontes convencionais, em especial as que utilizam carvão, registam custos crescentes porque não podem funcionar de modo contínuo e, quando estão paradas, não podem prestar nenhum serviço auxiliar tendo em conta a lentidão da sua reativação e os custos muito elevados.

38 Assim, estas centrais não podem ser competitivas no mercado, mas o seu funcionamento enquanto centrais que produzem eletricidade a partir de fontes de energia convencionais continua a ser necessário para cobrir a curva de carga do consumo de eletricidade e garantir os serviços auxiliares. A segurança do sistema eletroenergético nacional exige igualmente o recurso a diferentes combustíveis para produzir a eletricidade necessária para cobrir o consumo nacional de energia. A este respeito, o Governo romeno atribui uma importância especial à utilização prioritária de recursos energéticos internos, com vista a garantir a independência energética.

39 A Transelectrica sustenta igualmente, no órgão jurisdicional de reenvio, que a Fondul Proprietatea confunde o mercado de equilibração com o mercado dos serviços auxiliares. Em seu entender, no mercado dos serviços auxiliares, as reservas são adquiridas a fornecedores qualificados para esse efeito e essas reservas são ativadas, ou não, no mercado de compensação. A ativação das reservas no mercado de compensação não está garantida para nenhum fornecedor de serviços auxiliares e é realizada em conformidade com as regras do mercado. Estas regras aplicam-se igualmente aos produtores visados pela Decisão n.º 138/2013 e não existe nenhuma garantia de utilização preferencial da energia de regulação fornecida por estes.

40 Além disso, o mercado nacional dos serviços auxiliares é muito concentrado e a concorrência é fraca. No âmbito de uma oferta limitada, os preços do mercado concorrencial dos serviços auxiliares são muito elevados e os preços médios ponderados no concurso ultrapassam frequentemente os preços regulados. Por conseguinte, não se pode afirmar com certeza que o preço de compra das reservas na ausência da Decisão n.º 138/2013 teria sido mais baixo.

41 Por outro lado, o artigo 3.º da Decisão n.º 138/2013, segundo o qual a Transelectrica é obrigada a dar prioridade à eletricidade produzida pelas centrais da CE Hunedoara e da CE Oltenia, constitui, segundo a Transelectrica e o Governo romeno, uma aplicação do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72, transposto para o direito nacional pelo artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012. A este respeito, a ANRE afirmou, antes da adoção desta decisão, que as medidas previstas respeitam tanto a legislação romena como o direito da União aplicáveis, ao passo que o Conselho da Concorrência romeno indicou que essas medidas não distorcem o mercado de eletricidade e não instituem um tratamento anticoncorrencial.

42 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o Estado romeno pode ter instituído um sistema a favor da CE Hunedoara e da CE Oltenia a fim de oferecer mais vantagens a estas duas sociedades, a saber, a venda garantida da eletricidade produzida pelo funcionamento contínuo das centrais e a produção de eletricidade a um preço melhor graças à eliminação dos custos de reativação das centrais, suscetível de constituir um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

43 Considera que importa especificar que o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 constitui uma transposição errada do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72. Na sua opinião, a redação desta última disposição refere-se ao mesmo tipo de produtores de eletricidade que a referida lei, a saber, os que utilizam fontes autóctones de energia primária, e visa um limite idêntico, a saber, 15 % da energia primária total necessária para produzir eletricidade. No entanto, há uma diferença entre esta diretiva e a legislação romena que a transpõe, uma vez que a referida diretiva não visa o acesso garantido a que se refere o referido artigo 5.º, n.º 3, mas o facto de conceder a mobilização prioritária.

44 Por conseguinte, considera que há que apreciar se o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 constitui uma exceção, de aplicação estrita, que permite unicamente conceder uma mobilização prioritária às redes de transporte, mas não um acesso garantido a estas, como prevê a Decisão n.º 138/2013.

45 Tendo em conta as disposições da referida diretiva, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o acesso garantido às redes só é concedido à energia produzida a partir de fontes renováveis. Por conseguinte, considera que o acesso garantido concedido à eletricidade produzida pela CE Hunedoara e pela CE Oltenia pode constituir uma violação do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72.

46 Nestas condições, a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de Recurso de Bucareste) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«[1)] A adoção pelo Estado romeno de uma legislação que prevê, a favor de duas sociedades cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado:

[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 caráter 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)] 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, da Diretiva [2009/72]?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à segunda questão

47 Com a sua segunda questão, que importa examinar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que concede um acesso garantido às redes de transporte a certos produtores de eletricidade cujas instalações utilizam fontes autóctones de energia primária para garantir a segurança do fornecimento de eletricidade.

48 Nos termos do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72, 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.

49 A título preliminar, importa salientar que resulta dos elementos apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio que o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 tem por objetivo transpor para o direito romeno o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72. Como constata o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 123/2012 visa as mesmas instalações de produção que utilizam fontes autóctones de energia primária e o mesmo limite que o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72. No entanto, esta disposição nacional não prevê a possibilidade de conceder uma mobilização prioritária, mas de conceder um acesso garantido às redes elétricas de eletricidade produzida. Ora, embora a Diretiva 2009/72 não contenha nenhuma indicação expressa a esse acesso garantido, há que observar que, por um lado, o artigo 15.º, n.º 3, da mesma remete para o artigo 16.º da Diretiva 2009/28, cujo n.º 2, alínea b), visa, nomeadamente, o acesso garantido à rede para a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis e, por outro, o artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 prevê o princípio do livre acesso de terceiros às redes.

50 Nestas circunstâncias, a fim de dar uma resposta útil à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, há que interpretar o artigo 15.º, n.ºs 3 e 4, e o artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, bem como o artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28.

51 No que respeita, em primeiro lugar, à interpretação do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72, há que examinar o sentido a dar à possibilidade de ser «dada prioridade» a uma instalação.

52 A este respeito, importa recordar que decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não comporte uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance devem normalmente ser objeto de uma interpretação

autónoma e uniforme em toda a União [Acórdão de 9 de setembro de 2021, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Pedido subsequente de proteção internacional), C-18/20, EU:C:2021:710, n.º 32 e jurisprudência referida].

53 Ora, uma vez que o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 não contém nenhuma remissão para o direito nacional dos Estados-Membros, os termos que figuram nesta disposição devem ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme.

54 A este respeito, há que salientar que o Tribunal de Justiça já considerou que o serviço de mobilização permite ao operador da rede elétrica proceder à mobilização das instalações de produção situadas numa determinada zona, a fim, designadamente, de se abastecer da energia que utiliza para cobrir perdas de energia e manter uma capacidade de reserva na sua rede, bem como de assegurar o equilíbrio dessa rede e garantir o bom funcionamento do mercado interno de eletricidade (v., neste sentido, 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 63).

55 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 tenham especialmente em consideração a prioridade económica.

56 A expressão «prioridade» utilizada no artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 indica que a mobilização prioritária derroga as regras da mobilização enunciadas no artigo 15.º, n.º 2, desta mesma diretiva. Assim, como o advogado-geral salientou no n.º 29 das suas conclusões, 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.

57 A este respeito, há que observar que, com o artigo 15.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2009/72, o legislador da União instituiu dois tipos de mobilização prioritária, a saber, uma mobilização prioritária das instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis e instalações que produzem calor e eletricidade combinadas nos termos do artigo 15.º, n.º 3, desta diretiva, baseado no objetivo de proteção do ambiente e uma mobilização prioritária das instalações de produção que utilizam fontes autóctones de energia primária, nos termos do artigo 15.º, n.º 4, da referida diretiva, baseado no objetivo da segurança no fornecimento.

58 Em segundo lugar, no que se refere à interpretação do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, que obriga os Estados-Membros a concederem quer um acesso prioritário, quer um acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis ao sistema de rede, há que constatar que esta disposição não contém nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu alcance. Por conseguinte, os termos que figuram nesta disposição devem ser interpretados de maneira autónoma e uniforme no território da União, em conformidade com a jurisprudência recordada no n.º 52 do presente acórdão.

59 Ora, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o acesso à rede deve ser entendido como o direito de utilizar as redes elétricas (v., por analogia, Acórdão de 9 de outubro de 2008, Sabatauskas e o., C-239/07, EU:C:2008:551, n.º 42).

60 Todavia, este acesso não é ilimitado, uma vez que depende da capacidade máxima que a rede de transporte pode suportar.

61 O considerando 60 da Diretiva 2009/28 indica que 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. Daqui resulta, como salientou o advogado-geral no n.º 35 das suas conclusões, que o acesso garantido, como exposto nesse considerando 60, é um mecanismo que assegura às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis o acesso às redes para encaminhar a eletricidade produzida.

62 O acesso garantido previsto no artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28 visa integrar as fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade, assegurando que toda a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis tenha acesso às redes, o que permite utilizar uma quantidade máxima de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis.

63 No entanto, este mesmo artigo 16.º, n.º 2, indica que o acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não é incondicional. Com efeito, esta disposição prevê esse acesso garantido para a eletricidade produzida proveniente de fontes renováveis, sem prejuízo do cumprimento 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.

64 Assim, decorre da interpretação do artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 e do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, como indicou, em substância, a Comissão Europeia, nos seus articulados e na audiência no Tribunal de Justiça, que as regras de mobilização determinam quais as instalações de produção de eletricidade que produzem eletricidade num determinado momento do dia, ao passo que as regras de acesso determinam qual o produtor que tem acesso às redes elétricas em caso de congestionamento físico da rede quando a capacidade é insuficiente.

65 Por conseguinte, uma vez que o artigo 15.º, n.º 4, da Diretiva 2009/72 prevê unicamente a possibilidade de conceder um direito de mobilização prioritária, esta disposição não pode servir de base jurídica aos Estados-Membros para introduzir um direito de acesso garantido às redes de transporte. Quanto ao artigo 16.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2009/28, é certo que este evoca a possibilidade de criar um «acesso garantido», mas unicamente no que respeita à eletricidade verde. Por conseguinte, também não pode servir de base jurídica a disposições nacionais que prevejam o acesso garantido a instalações de produção de energia não renovável.

66 Todavia, em terceiro lugar, para determinar se uma regulamentação nacional pode conceder um acesso garantido às redes de transporte para a eletricidade produzida proveniente de fontes autóctones de energia primária, importa ter igualmente em conta o acesso de terceiros às redes previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72. Em conformidade com esta disposição, os Estados-Membros têm, em princípio, a obrigação de 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 em causa.

67 Como o Tribunal de Justiça já sublinhou por diversas vezes, o livre acesso de terceiros a essas redes, instituído pelo artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, constitui uma das medidas essenciais que os Estados-Membros são obrigados a pôr em prática para chegarem à plena realização do mercado interno da eletricidade (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 54 e jurisprudência referida).

68 Com efeito, como resulta do considerando 3 da Diretiva 2009/72, esta visa assegurar um mercado plenamente aberto que permita a todos os consumidores a livre escolha de comercializadores e a todos os comercializadores o livre fornecimento dos seus clientes.

69 A este respeito, há que salientar que o acesso às redes de distribuição e de transporte de eletricidade de maneira não discriminatória, transparente e a preços justos é necessário para o bom funcionamento da concorrência e reveste uma importância primordial (Acórdão de 17 de outubro de 2019, Elektrorazpredelenie Yug, C-31/18, EU:C:2019:868, n.º 40 e jurisprudência referida).

70 O artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72, que exige que a atuação do Estado na execução do acesso à rede não seja discriminatória, é uma expressão particular do princípio geral da igualdade (v., por analogia, Acórdão de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 79 e jurisprudência referida).

71 Em conformidade com jurisprudência constante, a proibição de discriminação impõe que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente, salvo se esse tratamento for objetivamente justificado (Acórdão de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 80 e jurisprudência referida).

72 Uma diferença de tratamento é justificada quando se baseie num critério objetivo e razoável, isto é, quando esteja relacionada com um objetivo legalmente admissível prosseguido pela legislação em causa, e seja proporcionada ao objetivo prosseguido pelo tratamento em questão (Acórdão de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 81 e jurisprudência referida).

73 Embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se uma diferença de tratamento, como a que está em causa no processo principal, é justificada, incumbe, todavia, ao Tribunal de Justiça fornecer-lhe para esse efeito todos os elementos de interpretação do direito da União que lhe permitirão pronunciar-se.

74 No caso em apreço, resulta dos elementos dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o acesso garantido só é concedido em aplicação da Decisão n.º 138/2013 para a eletricidade produzida por duas instalações que utilizam fontes autóctones de energia primária. Esta decisão não se aplica aos outros produtores de eletricidade que utilizam fontes autóctones de energia primária ou aos produtores de eletricidade que utilizam fontes de energia renováveis e constitui uma diferença de tratamento, uma vez que, por um lado, esses produtores de eletricidade e, por outro, os visados pela referida decisão estão numa situação comparável relativamente ao acesso às redes de transporte.

75 No que se refere à eventual justificação dessa diferença de tratamento, há que salientar que a Decisão n.º 138/2013 tinha por objetivo garantir a segurança do fornecimento. Com efeito, resulta dos elementos à disposição do Tribunal de Justiça que as medidas adotadas ao abrigo desta decisão visavam assegurar a adequação da rede criando uma capacidade de reserva para os

períodos de pico de consumo e eram necessárias para resolver os problemas de equilíbrio da rede resultantes do aumento da capacidade de produção a partir de fontes de energia renováveis, bem como para dar resposta ao aumento do comércio transfronteiriço. Visava igualmente assegurar a utilização de diferentes combustíveis para a produção de eletricidade, atribuindo especial importância à utilização prioritária de recursos energéticos internos, a fim de garantir a independência energética.

76 A legitimidade do objetivo relacionado com a segurança do fornecimento não suscita dúvidas. Com efeito, como resulta do considerando 5 da Diretiva 2009/72, a segurança do fornecimento de eletricidade reveste-se de importância vital para o desenvolvimento da sociedade europeia, para a aplicação de uma política sustentável em matéria de alterações climáticas e para fomentar a competitividade no mercado interno.

77 No que se refere ao critério objetivo e razoável de diferenciação relativamente ao objetivo prosseguido, há que salientar que, no caso em apreço, esse critério, que permite distinguir as duas instalações que beneficiam do acesso garantido às redes de transporte das que delas não beneficiam, não resulta dos elementos à disposição do Tribunal de Justiça. Dito isto, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se outros produtores, que utilizam fontes de energia primária ou outras fontes de energia, situadas na mesma zona geográfica, teriam estado em melhores condições de participar na constituição de capacidade de produção e de aceder às redes de transporte.

78 Em seguida, importa verificar se o acesso garantido às redes de transporte é, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, adequado a garantir a realização do objetivo prosseguido e não vai além do que é necessário para o alcançar (v., neste sentido, Acórdão de 29 de setembro de 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, n.º 100).

79 No caso em apreço, verifica-se que as duas instalações visadas pela Decisão n.º 138/2013, que utilizam fontes autóctones de energia primária, puderam funcionar em contínuo graças ao acesso garantido às redes elétricas combinado com a mobilização prioritária dessas instalações, o que permitiu a estas últimas participar na constituição de capacidades de produção que permitem garantir a segurança do fornecimento de eletricidade. Por conseguinte, o acesso garantido, conjugado com as outras medidas adotadas na Decisão n.º 138/2013, afigura-se apto a garantir a segurança do fornecimento, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

80 Dito isto, o órgão jurisdicional de reenvio deverá verificar se a concessão de um acesso garantido às redes de transporte, nas condições previstas pela Decisão n.º 138/2013, não ultrapassava os limites do que era adequado e era uma medida necessária para alcançar o objetivo visado de garantir a segurança do fornecimento. A este respeito, terá de averiguar se esse objetivo não podia ser alcançado por outros meios que tivessem lesado menos o princípio do livre acesso de terceiros à rede previsto no artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72.

81 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 32.º, n.º 1, da Diretiva 2009/72 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à concessão por um Estado-Membro de um direito de acesso garantido às redes de transporte a certos produtores de eletricidade cujas instalações utilizam fontes autóctones de energia primária para garantir a segurança do fornecimento de eletricidade, desde que esse direito de acesso garantido se baseie em critérios objetivos e razoáveis, e seja proporcionado ao objetivo legítimo prosseguido, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Quanto à primeira questão

82 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um conjunto de medidas instituído por uma decisão governamental e que consiste numa mobilização prioritária pelo operador da rede da eletricidade produzida por certos produtores de eletricidade, num acesso garantido da eletricidade produzida pelas instalações desses produtores às redes de transporte e na obrigação de os referidos produtores prestarem serviços auxiliares ao operador de rede para uma certa quantidade de megawatts, é suscetível de ser qualificada de «auxílio de Estado», na aceção desta disposição e, por conseguinte, em caso afirmativo, se esse conjunto de medidas está sujeito à obrigação de notificação nos termos do artigo 108.º TFUE.

83 A título preliminar, há que recordar que o Tribunal de Justiça não é competente para decidir sobre a compatibilidade de uma medida nacional com o direito da União. Tão-pouco se pode pronunciar sobre a compatibilidade de um auxílio de Estado ou de um regime de auxílios com o mercado interno, sendo a apreciação dessa compatibilidade da competência exclusiva da Comissão, atuando sob a fiscalização do juiz da União (Acórdão de 16 de julho de 2015, BVVG, C-39/14, EU:C:2015:470, n.º 19 e jurisprudência referida).

84 Contudo, o Tribunal de Justiça é competente para fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos de interpretação que se prendam com o direito da União, que possam permitir-lhe apreciar a compatibilidade de uma medida nacional com esse direito, para efeitos da decisão do processo nele pendente. Em matéria de auxílios de Estado, pode, designadamente, fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio os elementos de interpretação que lhe permitam determinar se uma medida nacional pode ser qualificada de «auxílio de Estado» na aceção do direito da União (Acórdão de 16 de julho de 2015, BVVG, C-39/14, EU:C:2015:470, n.º 20 e jurisprudência referida).

85 Com efeito, os tribunais nacionais podem ter de decidir litígios que os obriguem a interpretar e a aplicar o conceito de «auxílio» constante do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, em especial com vista a determinar se uma medida estatal devia ou não ter sido submetida ao procedimento de notificação prévia previsto no artigo 108.º, n.º 3 TFUE, e, eventualmente, verificar se o Estado-Membro em causa cumpriu essa obrigação (Acórdão de 19 de março de 2015, OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, n.º 31 e jurisprudência referida).

86 Há igualmente que recordar que, segundo jurisprudência constante, a qualificação de uma medida de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, exige que todos os seguintes requisitos estejam preenchidos. Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado ou ser proveniente de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conferir uma vantagem ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência (Acórdão de 21 de outubro de 2020, Eco TLC, C-556/19, EU:C:2020:844, n.º 18 e jurisprudência referida).

87 Em primeiro lugar, quanto ao primeiro desses requisitos, importa recordar que, para uma vantagem poder ser qualificada de «auxílios», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, deve, por um lado, ser concedida direta ou indiretamente e ser proveniente de recursos estatais e, por outro, ser imputável ao Estado (Acórdão de 21 de outubro de 2020, Eco TLC, C-556/19, EU:C:2020:844, n.º 19 e jurisprudência referida).

88 Para apreciar a imputabilidade de uma medida ao Estado, importa examinar se as autoridades públicas estiveram implicadas na adoção dessa medida (Acórdão de 21 de outubro de 2020, Eco TLC, C-556/19, EU:C:2020:844, n.º 23 e jurisprudência referida).

89 No caso em apreço, resulta do pedido de decisão prejudicial que o conjunto de medidas em causa foi instituída por diplomas de natureza legislativa e regulamentar, a saber, a Lei n.º 123/2012, na qual se baseia a Decisão n.º 138/2013. Por conseguinte, estas medidas devem ser consideradas imputáveis ao Estado, na aceção da jurisprudência referida no número anterior.

90 Além disso, a fim de determinar se a vantagem foi concedida direta ou indiretamente e provém de recursos estatais, cabe recordar que, segundo jurisprudência constante, a proibição enunciada no artigo 107.º, n.º 1, TFUE abrange tanto os auxílios concedidos diretamente pelo Estado como os provenientes de recursos estatais ou os concedidos por organismos públicos ou privados por ele instituídos ou designados para os gerir (v., neste sentido, Acórdão de 21 de outubro de 2020, Eco TLC, C-556/19, EU:C:2020:844, n.º 25 e jurisprudência referida).

91 A distinção feita nessa disposição entre os «auxílios concedidos pelos Estados» e os auxílios «provenientes de recursos estatais» não significa que todas as vantagens conferidas por um Estado constituam auxílios, quer sejam ou não financiados por meio de recursos estatais, apenas pretendendo incluir nesse conceito tanto as vantagens conferidas diretamente pelo Estado como as conferidas através de um organismo público ou privado, designado ou instituído por esse Estado (Acórdão de 21 de outubro de 2020, Eco TLC, C-556/19, EU:C:2020:844, n.º 26 e jurisprudência referida).

92 Decorre igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma medida que consiste, nomeadamente, numa obrigação de compra de energia pode ser abrangida pelo conceito de «auxílio», embora não implique uma transferência de recursos do Estado (Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o., C-706/17, EU:C:2019:407, n.º 52 e jurisprudência referida).

93 Na verdade, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE abrange todos os meios pecuniários que as autoridades públicas podem efetivamente utilizar para apoiar empresas, não sendo relevante que esses meios pertençam ou não de modo permanente ao património do Estado. Mesmo que os montantes correspondentes à medida de auxílio em questão não fossem detidos permanentemente pelo Tesouro Público, o facto de permanecerem constantemente sujeitos ao controlo público e, por conseguinte, disponíveis para as autoridades nacionais competentes, é suficiente para que se incluam na categoria dos «recursos estatais» (Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o., C-706/17, EU:C:2019:407, n.º 53 e jurisprudência referida).

94 O Tribunal de Justiça declarou, mais precisamente, que os fundos alimentados por contribuições obrigatórias impostas pela legislação do Estado, geridos e repartidos de acordo com essa legislação, podem ser considerados recursos estatais, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, mesmo que sejam geridos por entidades distintas da autoridade pública. A este respeito, o elemento decisivo é constituído pelo facto de essas entidades estarem mandatadas pelo Estado para gerir um recurso estatal, e não simplesmente vinculadas por uma obrigação de compra através dos seus recursos financeiros próprios (Acórdão de 15 de maio de 2019, Achema e o., C-706/17, EU:C:2019:407, n.ºs 54, 55 e jurisprudência referida).

95 No caso em apreço, resulta do pedido de decisão prejudicial que a Transelectrica, o único operador da rede de transporte, é uma empresa pública cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado. Esta sociedade está obrigada a garantir em qualquer momento o equilíbrio do

sistema energético nacional, a saber, o equilíbrio entre a produção e o consumo de eletricidade. A este respeito, a Transelectrica adquire serviços auxiliares com base em procedimentos de adjudicação em função da prioridade económica. No entanto, por força da Decisão n.º 138/2013, a Transelectrica é obrigada a adquirir serviços auxiliares a dois produtores de eletricidade ao preço fixado pela ANRE, sem ter em conta a prioridade económica, o que pode resultar na aquisição desses serviços auxiliares a preços mais elevados do que os que resultariam do mercado. Isto é suscetível de representar um encargo financeiro imposto à Transelectrica que onera os recursos do Estado.

96 Em segundo lugar, quanto ao requisito segundo o qual o conjunto de medidas em causa no processo principal deve ser entendido como constituindo a concessão de uma vantagem ao seu beneficiário, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que são consideradas auxílios as intervenções que, independentemente da forma que assumam, sejam suscetíveis de favorecer direta ou indiretamente empresas ou que devam ser consideradas uma vantagem económica que a empresa beneficiária não teria obtido em condições normais de mercado (Acórdão de 17 de setembro de 2020, Compagnie des pêches de Saint-Malo, C-212/19, EU:C:2020:726, n.º 39 e jurisprudência referida).

97 Assim, são consideradas auxílios, nomeadamente, as intervenções que, sob formas diversas, reduzem os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por essa razão, sem serem subvenções em sentido estrito, têm a mesma natureza e produzem efeitos idênticos (v., neste sentido, Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, n.º 66).

98 No caso em apreço, resulta do pedido de decisão prejudicial que o conjunto de medidas instituído pela Decisão n.º 138/2013 constitui um pacote completo de medidas a favor de dois produtores de eletricidade, a CE Hunedoara e a CE Oltenia. Estas três medidas estão ligadas e formam um mecanismo que permite o funcionamento contínuo das instalações de produção. O órgão jurisdicional de reenvio indica que as duas instalações visadas pela Decisão n.º 138/2013 têm custos de produção elevados, pelo que normalmente não funcionam em contínuo. Quando estas instalações estão paradas, reduzem as suas possibilidades de prestar serviços auxiliares devido à lentidão do arranque das instalações e gera igualmente custos elevados de arranque e de reativação dessas instalações. Ao permitir às referidas instalações funcionar em contínuo, o conjunto de medidas em causa no processo principal garante-lhes assim o fornecimento de uma certa quantidade de eletricidade e permite-lhes prestar serviços auxiliares, economizar os custos relacionados com o arranque e a reativação das instalações e, assim, produzir a eletricidade a um preço melhor graças à eliminação desses custos.

99 Assim, medidas como as previstas pela Decisão n.º 138/2013 parecem conferir aos produtores de eletricidade beneficiários uma vantagem económica relativamente aos seus concorrentes, uma vantagem que não teriam obtido em condições normais de mercado. Por conseguinte, há que considerar que, no caso em apreço, o requisito relativo à existência de uma vantagem económica seletiva pode estar preenchido.

100 Em terceiro lugar, quanto ao requisito segundo o qual a intervenção deve ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear ou ameaçar falsear a concorrência, importa recordar que, para efeitos da qualificação de uma medida nacional de «auxílio de Estado», não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais

entre os Estados-Membros e uma distorção efetiva da concorrência, mas apenas examinar se o auxílio é suscetível de afetar essas trocas e de falsear a concorrência (Acórdão de 18 de maio de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, n.º 29 e jurisprudência referida).

101 Em especial, quando um auxílio concedido por um Estado-Membro reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais na União, deve entender-se que estas últimas são influenciadas por esse auxílio. A este respeito, não é necessário que as próprias empresas beneficiárias participem nas trocas comerciais. Com efeito, quando um Estado-Membro concede um auxílio a empresas, a atividade no seu mercado interno pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros penetrarem no mercado deste Estado-Membro são diminuídas (v., neste sentido, Acórdão de 18 de maio de 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, n.ºs 31 e 32 e jurisprudência referida).

102 Além disso, importa recordar que os auxílios que visam libertar uma empresa dos custos que ela devia normalmente suportar no âmbito da sua gestão corrente ou das suas atividades normais falseiam, em princípio, as condições de concorrência (v., neste sentido, Acórdão de 19 de dezembro de 2019, Arriva Italia e o., C-385/18, EU:C:2019:1121, n.º 52 e jurisprudência referida).

103 No caso em apreço, como salienta o órgão jurisdicional de reenvio, os produtores de eletricidade exercem a sua atividade num mercado aberto à concorrência e às trocas comerciais entre os Estados-Membros, dado que a eletricidade é objeto de trocas comerciais transfronteiriças.

104 Por outro lado, como foi salientado no n.º 98 do presente acórdão, as medidas em causa no processo principal parecem ter permitido às instalações beneficiárias funcionar em contínuo, fazendo-lhes assim economizar os custos ligados ao arranque e à reativação das instalações, o que lhes permitiu igualmente reduzir o preço final da eletricidade que propõem.

105 Assim, medidas como as instituídas pela Decisão n.º 138/2013 são, em princípio, suscetíveis de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear a concorrência.

106 Daqui resulta que, à luz dos elementos de interpretação precedentes, as medidas em causa no processo principal devem, sem prejuízo das verificações que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, ser qualificadas de «auxílios de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

107 O órgão jurisdicional de reenvio pergunta ainda ao Tribunal de Justiça se, no caso de serem qualificadas de «auxílios de Estado», essas medidas deveriam ou não ter sido sujeitas ao procedimento de notificação prévia previsto no artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

108 Em conformidade com esta disposição, os novos auxílios devem ser previamente notificados à Comissão, não podendo ser postos em execução antes de o referido procedimento ser objeto de uma decisão final.

109 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma medida de auxílio executada sem o cumprimento das obrigações decorrentes do artigo 108.º, n.º 3, TFUE é ilegal (Acórdão de 19 de março de 2015, OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, n.º 66 e jurisprudência referida).

110 Resulta do exposto que, admitindo que o órgão jurisdicional de reenvio qualifica o conjunto de medidas em causa no processo principal de «auxílio de Estado» na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, tal conjunto de medidas deve ser considerado um novo auxílio, ficando, enquanto tal, sujeito à obrigação de notificação prévia à Comissão, nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE. É ao órgão jurisdicional de reenvio que incumbe verificar se o Estado-Membro em causa cumpriu essa obrigação.

111 No caso em apreço, resulta das observações escritas da Comissão que esta não recebeu nenhuma notificação nos termos do artigo 108.º, n.º 3, TFUE relativa a um auxílio de Estado concedido à CE Hunedoara e à CE Oltenia em aplicação da Decisão n.º 138/2013. Por outro lado, há que salientar que as referidas medidas não parecem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos [107.º] e [108.º] do Tratado [FUE] (Regulamento geral de isenção por categoria) (JO 2008, L 214, p. 3) e do Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 17 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado [FUE] (JO 2014, L 187, p. 1), aplicáveis durante o período de validade da Decisão n.º 138/2013, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

112 Tendo em conta todas as considerações precedentes, há que responder à primeira questão que o artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um conjunto de medidas instituído por uma decisão governamental e que consiste numa mobilização prioritária pelo operador da rede, cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado, da eletricidade produzida por certos produtores de eletricidade, cujas instalações utilizam fontes autóctones de energia primária, num acesso garantido da eletricidade produzida por essas instalações dos referidos produtores às redes de transporte e na obrigação de esses mesmos produtores prestarem serviços auxiliares ao operador de rede para uma certa quantidade de megawatts, que lhes reserva, relativamente a essa quantidade, um direito de prestação aos preços previamente fixados e que se espera que sejam superiores aos resultantes do mercado, é suscetível de ser qualificado de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em caso afirmativo, esse conjunto de medidas deve ser considerado um novo auxílio e está, enquanto tal, sujeito à obrigação de notificação prévia à Comissão, em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

Quanto às despesas

113 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

1) **O artigo 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, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à concessão por um Estado-Membro de um direito de acesso garantido às redes de transporte a certos produtores de eletricidade cujas instalações utilizam fontes autóctones de energia primária para garantir a segurança do fornecimento de**

eletricidade, desde que esse direito de acesso garantido se baseie em critérios objetivos e razoáveis, e seja proporcionado ao objetivo legítimo prosseguido, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

2) **O artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um conjunto de medidas instituído por uma decisão governamental e que consiste numa mobilização prioritária pelo operador da rede, cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado, da eletricidade produzida por certos produtores de eletricidade, cujas instalações utilizam fontes autóctones de energia primária, num acesso garantido da eletricidade produzida por essas instalações dos referidos produtores às redes de transporte e na obrigação de esses mesmos produtores prestarem serviços auxiliares ao operador de rede para uma certa quantidade de megawatts, que lhes reserva, relativamente a essa quantidade, um direito de prestação aos preços previamente fixados e que se espera que sejam superiores aos resultantes do mercado, é suscetível de ser qualificado de «auxílio de Estado», na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em caso afirmativo, esse conjunto de medidas deve ser considerado um novo auxílio e está, enquanto tal, sujeito à obrigação de notificação prévia à Comissão Europeia, em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, TFUE.**

Assinaturas