

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 13 de Dezembro de 2007<sup>1</sup>

1. O presente pedido de decisão prejudicial é o primeiro que versa sobre a interpretação da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE (a seguir «directiva»)<sup>2</sup>.

4. A rede em causa no processo principal encontra-se instalada no Aeroporto de Leipzig/Halle, é explorada pela empresa que gere o aeroporto e destina-se ao seu próprio abastecimento e ao das 93 empresas estabelecidas no aeroporto.

2. A disposição a ser interpretada pelo Tribunal de Justiça é o artigo 20.º, n.º 1, dessa directiva, que diz respeito ao livre acesso de terceiros às redes de distribuição.

**I — Quadro jurídico***A — Legislação comunitária*

3. A questão prejudicial submetida resultou do facto de, nos termos da legislação alemã, as redes de fornecimento de energia integralmente situadas no recinto de uma empresa (denominadas «redes de exploração» «Betriebsnetze») poderem, em determinadas circunstâncias, não ficar sujeitas, designadamente, ao princípio do acesso de terceiros às redes.

5. O artigo 2.º da directiva contém as seguintes definições:

«5. 'Distribuição', o transporte de electricidade em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão, para entrega ao cliente, mas sem incluir o fornecimento;

1 — Língua original: inglês.

2 — JO L 176, p. 37.

6. ‘Operador da rede de distribuição’, a pessoa singular ou colectiva responsável pela exploração, pela garantia da manutenção e, se for caso disso, pelo desenvolvimento da rede de distribuição 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 distribuição de electricidade; [...]
6. O artigo 3.º, n.º 8, da directiva tem a seguinte redacção:  
  
«Os Estados-Membros podem decidir não aplicar os artigos 6.º, 7.º, 20.º e 22.º, na medida em que a sua aplicação possa dificultar, de direito ou de facto, o cumprimento das obrigações impostas às empresas de electricidade no interesse económico geral e desde que o desenvolvimento do comércio não seja afectado 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 directiva e no artigo 86.º do Tratado.»
26. ‘Pequena rede isolada’, uma rede cujo consumo anual, em 1996, tenha sido inferior a 3000 GWh e em que menos de 5% do consumo anual seja obtido por interligação a outras redes;
7. O artigo 13.º da directiva dispõe:  
  
«Designação dos operadores das redes de distribuição  
  
Os Estados-Membros devem designar, ou solicitar às empresas proprietárias ou responsáveis por redes de distribuição que designem, por um período a determinar pelos Estados-Membros atendendo a aspectos de eficiência e equilíbrio económico, o ou os operadores das redes de distribuição, e devem assegurar que esses operadores actuem de acordo com o disposto nos artigos 14.º a 16.º»
27. ‘Micro rede isolada’, uma rede cujo consumo anual, em 1996, tenha sido inferior a 500 GWh e em que não haja qualquer ligação a outras redes; [...]

8. O artigo 20.º da directiva dispõe o B — *Legislação nacional* seguinte:

«Acesso de terceiros

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 objectivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede. Os Estados-Membros devem assegurar que essas tarifas, ou as metodologias em que se baseia o respectivo cálculo, sejam aprovadas nos termos do artigo 23.º antes de entrarem em vigor, bem como a publicação dessas tarifas — e das metodologias, no caso de apenas serem aprovadas metodologias — antes da respectiva entrada 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 Os Estados-Membros devem assegurar, se apropriado e quando o acesso for recusado, que o operador da rede de transporte ou distribuição forneça informações relevantes sobre as medidas necessárias para reforçar a rede. Pode ser cobrada ao requerente dessas informações uma taxa razoável que reflecta o custo do fornecimento das mesmas.»

9. A «Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung» (lei relativa ao fornecimento de electricidade e de gás), também denominada «Energiewirtschaftsgesetz» (a seguir «EnWG»), é o principal instrumento normativo de transposição da Directiva 2003/54.

10. O ponto 17 do § 3 («Definições») da EnWG dispõe o seguinte:

«'Redes de fornecimento de energia afectas ao fornecimento geral' As redes de fornecimento de energia destinadas à distribuição de energia a terceiros, que, pela sua dimensão, não são construídas, à partida, apenas para o fornecimento de certos consumidores finais, já determinados ou determináveis no momento da instalação da rede, mas estão, em princípio, abertas ao fornecimento de qualquer consumidor final.»

11. O § 20 da EnWG estabelece o princípio do acesso de terceiros às «redes de fornecimento de energia», nos seguintes termos:

«Acesso às redes de fornecimento de energia

(1) Os operadores de redes de fornecimento de energia devem conceder acesso à rede a toda e qualquer pessoa, de acordo com critérios objectivamente justificados e sem discriminações, e devem divulgar na Internet as condições, incluindo os contratos-tipo, e os preços de acesso à rede. Devem cooperar na medida do necessário para assegurar um acesso à rede eficiente. [...]

(2) Os operadores de redes de fornecimento de energia podem recusar o acesso mencionado no n.º 1, desde que demonstrem que é, para si, impossível ou intolerável facultar o acesso à rede por motivos relacionados com o funcionamento da rede ou por outros motivos, tendo em conta os objectivos estabelecidos no § 1 [...].»

12. O § 21 estabelece as «Condições e tarifas de acesso à rede» e dispõe:

«(1) As condições e tarifas de acesso à rede devem ser adequadas, não discriminatórias, transparentes e não podem ser mais desfavoráveis do que as que os operadores de redes de fornecimento aplicam ou facturam, efectiva ou contabilisticamente, em circunstâncias análogas por serviços prestados no interior da empresa ou a empresas coligadas ou associadas.[...]»

13. O § 110, n.º 1, da EnWG é uma disposição que tem especificamente por objecto as «redes internas» («Objektnetze»). Dispõe o seguinte:

«As Partes 2 e 3 bem como os §§ 4, 52 e 92 não se aplicam à exploração de redes de fornecimento de energia que

1. estejam instaladas numa área de exploração que constitua uma unidade em termos geográficos e se destinem

predominantemente ao transporte de energia dentro da própria empresa ou para empresas coligadas, na acepção do § 3, ponto 38<sup>3</sup>,

3. se encontrem numa área que constitua uma unidade estreita em termos geográficos e se destinem preponderantemente ao auto-fornecimento<sup>5</sup>,

2. estejam instaladas numa área privada que constitua uma unidade em termos geográficos e permita ao operador da rede ou a um mandatário fornecer energia a consumidores finais determináveis por um objectivo negocial comum e superior, que

desde que a rede de fornecimento de energia não se destine ao fornecimento geral, na acepção do § 3, ponto 17, da EnWG, e o operador da rede interna ou o seu mandatário disponham das capacidades pessoais, técnicas e económicas para garantir de forma duradoura o funcionamento da rede no cumprimento das disposições desta lei.»

a) transcenda uma mera relação de locação e

b) seja intoleravelmente dificultado através da aplicação das disposições mencionadas na parte introdutória deste artigo,<sup>4</sup> ou

14. Se uma rede interna preencher os critérios enunciados no § 110, n.º 1, pontos 1, 2 ou 3, da EnWG, não se lhe aplicam diversas disposições da EnWG, incluindo as relativas ao acesso de terceiros às redes.

3 — São as denominadas «redes de exploração» (Betriebsnetze).

4 — São as denominadas «redes de serviço» (Dienstleistungsnetze).

5 — São as denominadas «redes de auto-abastecimento» (Eigenversorgungsnetze).

## II — Quadro factual, tramitação processual no órgão jurisdicional nacional e a questão prejudicial submetida

15. A Flughafen Leipzig/Halle GmbH (a seguir «FLH») explora o Aeroporto de Leipzig/Halle. Nessa qualidade, gere uma rede de fornecimento de energia, através da qual ela própria e outras 93 empresas estabelecidas no aeroporto recebem energia. A quantidade de energia consumida através desta rede ascendeu, no ano 2004, a cerca de 22 200 MWh; desta quantidade, a FLH consumiu 85,4%, sendo que cerca de 3 800 MWh, correspondentes a 14,6%, foram fornecidos a outras empresas estabelecidas no aeroporto.

16. Desde o início de 2004, a Citiworks AG (a seguir «Citiworks»), uma empresa de fornecimento de energia, fornece electricidade à DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, estabelecida no Aeroporto de Leipzig/Halle.

17. Em 12 de Julho de 2006, a pedido do FLH, o Ministério da Economia e do Trabalho do *Land* da Saxónia na qualidade de autoridade reguladora ao nível do *Land* proferiu uma decisão, declarando que a rede de fornecimento de energia gerida pelo FLH

no Aeroporto de Leipzig/Halle constituía uma «rede interna» que satisfazia as exigências do § 110, n.º 1, ponto 1 e n.º 2 da EnWG.

18. Dado que tal decisão teria o alegado efeito de impedir o acesso de terceiros, como a Citiworks, às redes exploradas pelo FLH no Aeroporto de Leipzig/Halle para fornecer os clientes aí estabelecidos, a Citiworks recorreu dessa decisão para o Oberlandesgericht Dresden.

19. O Oberlandesgericht entendeu que, uma vez que o cumprimento de disposições pertinentes da EnWG não impunha dificuldades intoleráveis ao FLH, a rede em causa não podia ser considerada uma «rede de serviço» nos termos do disposto no § 110, n.º 1, ponto 2, da EnWG. Contudo, preenchia as condições estabelecidas no § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG e consequentemente podia ser qualificada como «rede de exploração» e ficar isenta, designadamente, das disposições da EnWG sobre o acesso de terceiros. O recurso dessa decisão interposto pela Citiworks não tem, em princípio, fundamento no direito alemão. O Oberlandesgericht, todavia, expressou dúvidas sobre se o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG está em conformidade com os requisitos do artigo 20.º, n.º 1, da Directiva 2003/54.

20. Por isso, por decisão de 17 de Outubro de 2006, entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 24 de Outubro de 2006, o Kartellsenat do Oberlandesgericht Dresden (Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a seguinte questão prejudicial:

22. Em 20 de Setembro de 2007 teve lugar uma audiência.

#### IV — Principais argumentos das partes

«O § 110, n.º 1, ponto 1, da Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (lei relativa ao fornecimento de electricidade e de gás, também denominada Energiewirtschaftsgesetz, EnWG), de 7 de Julho de 2005 [...], é compatível com o artigo 20.º, n.º 1, da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003 [...], na medida em que, nas condições mencionadas no §110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, as disposições gerais sobre o acesso à rede (§§ 20 a 28[a] da EnWG) não se aplicam às denominadas redes de exploração, mesmo que o livre acesso à rede não gere dificuldades intoleráveis?»

##### A — Citiworks

23. A Citiworks alega que o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG não é compatível com o artigo 20.º da directiva.

24. A Citiworks observa que um dos principais objectivos da directiva é o de garantir aos fornecedores de energia o direito de acesso a toda a rede de energia de modo a garantir que os clientes possam escolher livremente os fornecedores. Contudo, o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG viola a obrigação de garantir o acesso à rede.

#### III — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

21. O Tribunal de Justiça recebeu observações da Citiworks, do Ministério da Economia e do Trabalho do *Land* da Saxónia, enquanto autoridade reguladora ao nível do *Land*, da FLH, da Comissão e dos Governos alemão, polaco e do Reino Unido.

25. A Citiworks refere que a isenção prevista no § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é praticamente automática. Segundo a maioria das autoridades reguladoras competentes a nível Federal e do *Land*, o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é directamente aplicável, se estiverem preenchidas as condições aí estabelecidas.

Enquanto muitos operadores das redes apresentaram pedidos para que essa disposição fosse declarada aplicável às suas redes, outros presumem preencher as exigências dessa disposição e nem sequer procuram uma declaração para esse efeito.

justificar uma isenção geral e automática como a contida no § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG.

26. De resto, na directiva nada existe que permita aos Estados-Membros determinarem livremente quais as situações em que podem derrogar do princípio de liberdade de acesso à rede.

B — *FLH*

27. A excepção prevista no artigo 26.º da directiva para pequenas redes isoladas não serve de justificação a uma disposição como o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, uma vez que não foi apresentado à Comissão qualquer pedido de isenção pela Alemanha, para além de que as redes abrangidas pela disposição nacional não são micro redes nem pequenas redes isoladas como as definidas no artigo 2.º, n.ºs 26 e 27, da directiva.

29. Antes de mais, a FLH sustenta que o pedido de decisão prejudicial é inadmissível porque a questão submetida ao Tribunal de Justiça é hipotética. Na verdade, o órgão jurisdicional de reenvio alude na sua questão a uma formulação do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG que, de facto, não existe. Além disso, a resposta a essa questão não é relevante para a solução do litígio no órgão jurisdicional de reenvio.

28. Da directiva não se pode inferir uma isenção geral das redes relativamente à obrigação de acesso de terceiros por razões estruturais. Embora possa ser verdade que as obrigações relativas ao acesso de terceiros impõem um encargo pesado e desproporcionado às pequenas redes, isso não pode

30. Quanto ao mérito, a FLH sustenta que o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é compatível com o direito comunitário. As redes abrangidas por essa disposição são redes internas criadas por sociedades para efeitos do seu auto-abastecimento e não afectam a concorrência. Por conseguinte, não integram o âmbito da directiva.

31. Isto é ilustrado pelo facto de o consumo da rede em causa ser muito inferior ao de uma «micro rede isolada», como definido no artigo 2.º, n.º 27, da directiva<sup>6</sup>. É, pois, improvável que a exclusão dessa rede provoque distorções graves de concorrência no mercado interno da energia.

34. Pelas razões indicadas, o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é compatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

*C — Sächsisches Staatsministerium für  
Wirtschaft und Arbeit*

32. O § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é mera expressão da discricionariedade do legislador alemão ao transpor a directiva. Com efeito, os artigos 3.º, n.º 8, 13.º, 15.º, n.º 2, alínea d), 15.º, n.º 2, última frase, e 20.º, n.º 1, da directiva prevêem algumas possibilidades de derrogação das disposições sobre separação, ligação e acesso à rede.

35. Esta parte sustenta que a rede em causa no presente processo, que pode beneficiar da excepção prevista no § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, não é uma rede de transporte nem uma rede de distribuição, na acepção da directiva, mas é uma rede que se destina predominantemente ao auto-fornecimento da FLH. Por conseguinte, a rede não integra o âmbito da directiva e não há qualquer obrigação de facultar o acesso a terceiros a essa rede, nos termos das disposições da directiva.

33. A FLH sublinha que é uma sociedade que fornece serviços no interesse económico geral na acepção do artigo 3.º, n.º 8, da directiva, e que não é um simples distribuidor de energia. Impende sobre si a obrigação de gerir um aeroporto. Por conseguinte, a rede de fornecimento privada que explora não é uma rede de distribuição, na acepção da directiva.

36. Acresce que a FLH não pode ser considerada um operador de uma rede de distribuição na acepção do artigo 2.º, n.º 6, da directiva, porque, sendo o seu principal objectivo explorar um aeroporto, não pode, por esse facto, cumprir as obrigações impostas aos operadores da rede de distribuição.

6 — Uma «rede micro isolada» é uma rede que teve um consumo inferior a 500 GWh em 1996. O consumo da rede em questão não é conhecido para o ano 1996, mas dos autos conclui-se que variou entre 19 GWh e 23 GWh entre 2000 e 2007.

37. Por conseguinte, o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG tem apenas por objecto redes não

abrangidas pelo âmbito da directiva e que sejam compatíveis com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

caso da instalação de cliente, esses terceiros não existem. Por conseguinte, as normas que regem a liberalização dos mercados da energia aplicam-se apenas a redes onde haja participação de terceiros.

## D — *Governo alemão*

38. O Governo alemão sustenta que, numa interpretação sistemática e teleológica da directiva, as «instalações do cliente» não se incluem no seu âmbito de aplicação. A instalação de cliente é a instalação de electricidade de um consumidor final que também inclui redes criadas por esses consumidores e que distribui energia no interior de uma instalação fechada.

39. Tal como resulta da definição de «operador da rede de distribuição» do artigo 2.º, n.º 6, da directiva e das obrigações destes operadores enunciadas no artigo 14.º da directiva, a directiva apenas visa sociedades que explorem redes de distribuição destinadas ao fornecimento de energia ao público, o que exclui as instalações de cliente.

40. Além do mais, o regime legal em matéria de liberalização dos mercados da energia tem por objectivo dar a terceiros o direito à livre escolha dos seus fornecedores. No

41. Embora forneçam diversas pessoas singulares ou colectivas na qualidade de clientes, algumas redes devem ser consideradas instalações de cliente, quando esses clientes não puderem ser considerados verdadeiros terceiros. Este é o caso das partes que estão associadas ao operador da instalação de cliente numa «comunidade de fornecimento», que pode ser o resultado de circunstâncias de facto ou de direito. Uma vez que esses clientes não são verdadeiros terceiros em relação ao operador de rede, não é necessário garantir-lhes o direito de livre escolha dos seus fornecedores de electricidade, nem se lhes aplicam as normas relativas à liberalização dos mercados da energia.

42. Ora, o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG visa exactamente excluir essas redes, relativamente às quais não existem verdadeiros terceiros, das obrigações relativas ao acesso de terceiros. Por conseguinte, é compatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

E — *Governo polaco*

43. O Governo polaco entende que o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG não é compatível com a directiva.

44. O Governo polaco lembra que resulta especialmente do décimo primeiro considerando e do artigo 3.º, n.º 8, da directiva que os Estados-Membros podem estabelecer isenções ao princípio do acesso de terceiros às redes, mas que não há lugar para uma isenção geral.

45. O décimo primeiro considerando da directiva implica, claramente, que uma isenção dos pequenos operadores das redes da obrigação de facultar o acesso de terceiros pressupõe a existência de encargos financeiros e administrativos desproporcionados. É provável que, para os pequenos operadores, o cumprimento das exigências administrativas estabelecidas pela directiva seja mais oneroso e que seja mais difícil compensar as despesas associadas, atendendo ao nível relativamente limitado de electricidade que vendem. Acresce que, no caso em apreço, o operador da rede de transporte também é obrigado a contribuir para a segurança do fornecimento de electricidade.

46. Contudo, antes que o operador de uma pequena rede possa ser dispensado das

obrigações em matéria de acesso de terceiros, é necessário apurar se o cumprimento dessas obrigações gera despesas desproporcionadas. Para este efeito, as autoridades nacionais competentes devem realizar uma avaliação económica completa da situação do operador de rede, tendo em conta a necessidade de garantir a segurança do fornecimento ao cliente final de um operador de rede.

47. Uma disposição da legislação nacional, como o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, que permite a isenção de operadores das pequenas redes de distribuição das obrigações de acesso de terceiros, mesmo que isso não implique dificuldades excessivas para o operador em causa, é, por conseguinte, incompatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

F — *Reino Unido*

48. O Governo do Reino Unido é de opinião que a disposição nacional em questão é compatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

49. Lembra que um dos objectivos principais da directiva é o de estabelecer a livre concorrência e que visa, em particular, sociedades numa posição de monopólio ou

quase-monopólio que impede o funcionamento eficiente da concorrência. Porém, as pequenas sociedades de electricidade e as empresas que não fornecem electricidade a consumidores domésticos não constituíam um dos principais objectivos do legislador comunitário. Acresce que o cumprimento das obrigações impostas pelos artigos 14.º a 20.º da directiva aos operadores de redes de distribuição é oneroso. Por conseguinte, o artigo 20.º da directiva de ser interpretado de tal modo que permita aos Estados-Membros excluir, de forma cuidadosa e estrita, categorias definidas de entidades das obrigações de acesso à rede.

este não é obviamente o caso da FLH, que, sozinha, consome 85,4% da electricidade transportada através da sua rede. O objectivo principal da FLH é a gestão do aeroporto.

#### G — Comissão

52. A Comissão é de opinião que o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG é incompatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

50. A aplicação das disposições da directiva mesmo às redes mais pequenas seria absurda e pouco razoável. O cumprimento das obrigações de acesso de terceiros iria tornar excessivamente oneroso gerir pequenas redes novas e, assim, mais difícil, para elas, competir efectivamente com empresas de electricidade em larga escala. Em contrapartida, a sua exclusão das exigências de acesso de terceiros teria um impacto reduzido na liberalização dos mercados da energia dado o seu âmbito de actuação muito limitado.

53. Sustenta que o artigo 20.º da directiva, que determina que seja assegurado a terceiros o acesso às redes de transporte e de distribuição, é aplicável à situação de facto que esteve na origem do litígio no órgão jurisdicional de reenvio. A rede em questão é uma rede de distribuição na acepção do artigo 2.º, n.º 6, da directiva, porque se destina a distribuir electricidade à FLH e a outras 93 sociedades estabelecidas no aeroporto. Por conseguinte, a liberdade de acesso a uma rede deste tipo deve ser assegurada de acordo com o disposto no artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

51. Por último, segundo a definição de «distribuição» que consta do artigo 2.º, n.º 5, da directiva, esta tem lugar «para efeitos de fornecimento a clientes». Por conseguinte, o fornecimento a clientes deve ser o principal objectivo de uma rede de distribuição, mas

54. Como resulta do sexto e sétimo considerando da directiva, o princípio do acesso de terceiros é essencial para assegurar a plena realização do mercado interno da energia. Por conseguinte, apenas podem ser admitidas limitações a esse princípio em circunstâncias

claramente definidas. Assim, a directiva apenas prevê uma excepção geral às obrigações de acesso de terceiros. Essa excepção está enunciada no artigo 20.º, n.º 2, e está relacionada com a falta da capacidade necessária do operador de rede. Contudo, esta disposição da directiva não pode justificar uma excepção geral definida por lei porque as redes de exploração na acepção do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG nem são necessária nem permanentemente objecto dessa falta de capacidade.

55. A pequena dimensão de algumas redes e a sua importância económica limitada não justifica a sua exclusão, em princípio, do princípio de livre acesso. A dimensão de uma rede apenas tem relevância para questões relacionadas com a separação legal dos operadores de redes de distribuição, como decorre do artigo 15.º, n.º 2, da directiva.

56. O artigo 13.º da directiva não oferece qualquer justificação para que determinadas redes fiquem isentas das obrigações de acesso de terceiros.

57. Nem a excepção prevista no artigo 26.º, n.º 1, da directiva para «micro redes isoladas» pode servir de base para o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, porque, designadamente, não foi apresentado qualquer pedido à Comissão para esse efeito.

## V — Quanto à admissibilidade

58. A FLH contestou a admissibilidade da questão prejudicial submetida, fundamentalmente porque versa sobre uma hipótese não formulada pela legislação nacional em questão e que, por conseguinte, é hipotética.

59. De acordo com jurisprudência assente, compete apenas ao órgão jurisdicional nacional apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça só pode não se pronunciar sobre uma questão colocada por um órgão jurisdicional nacional quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário, solicitada pela jurisdição nacional, não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal ou quando a questão é geral ou hipotética<sup>7</sup>.

60. Contudo, não é isso que se verifica no caso em apreço. Resulta claramente do despacho de reenvio que o órgão

7 — V., nomeadamente, acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, *Colect.*, p. I-4921, n.ºs 59 a 61); de 27 de Novembro de 1997, Somalfruit e Camar (C-369/95, *Colect.*, p. I-6619, n.ºs 40 e 41); e de 13 de Julho de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, *Colect.*, p. I-6049, n.º 20).

jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre se o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, como enunciado, é compatível com o artigo 20.º, n.º 1, da directiva.

«redes de exploração» que estejam instaladas numa área de exploração que constitua uma unidade em termos geográficos e se destinem predominantemente ao transporte de energia dentro da própria empresa ou para empresas associadas.

61. É verdade que a questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça não se refere apenas à formulação efectiva do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, acrescentando a expressão «mesmo que o livre acesso à rede não gere dificuldades intoleráveis». Com este aditamento, o órgão jurisdicional de reenvio limita-se a identificar onde, em seu entender, surge o problema da compatibilidade da legislação nacional de transposição com a directiva, ou seja, no facto de a derrogação das obrigações de acesso de terceiros ser permitida sem se atender ao encargo real que o cumprimento dessas obrigações pode efectivamente impor ao operador de rede, quando, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, da directiva decorre a exigência de se ter em consideração esse encargo. Contudo, isto não torna a questão hipotética.

62. Assim, o pedido de decisão prejudicial é admissível e a questão que deve ser respondida pelo Tribunal de Justiça é, no essencial, a de saber se o artigo 20.º, n.º 1, da directiva se opõe a uma disposição nacional, como o § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG, que exclui, em princípio, a aplicação das disposições sobre o acesso de terceiros às denominadas

## VI — Quanto ao mérito

63. A Directiva 2003/54 marca a segunda fase da liberalização dos mercados da electricidade na Comunidade Europeia. O seu objectivo é completar o mercado interno da electricidade lançado pela Directiva 96/92/CE<sup>8</sup> (a seguir «primeira directiva da electricidade»)<sup>9</sup>.

64. Um dos elementos-chave da liberalização do mercado interno da electricidade é o acesso de terceiros às redes. Na directiva, o princípio do acesso de terceiros vem espelhado no artigo 20.º, n.º 1, que exige que os Estados-Membros garantam a aplicação de

8 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade (JO 1997, L 27, p. 20).

9 — Um terceiro «pacote» legislativo foi apresentado pela Comissão em 19 de Setembro de 2007 (v. comunicado de imprensa IP/07/1361 da Comissão e exposição de motivos do terceiro «pacote» de energia, disponível em [http://ec.europa.eu/energy/electricity/package\\_2007/doc/2007\\_09\\_19\\_explanatory\\_memorandum\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/doc/2007_09_19_explanatory_memorandum_en.pdf)). As alterações propostas não têm por objecto a disposição controvertida no presente processo.

um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição. Do artigo 20.º, n.º 1, da directiva decorre que só as denominadas «redes de transporte» ou «redes de distribuição» na acepção da directiva estão sujeitas às obrigações de acesso de terceiros nos termos da directiva.

65. É ponto assente que uma rede como a explorada pela FLH não é uma rede de transporte<sup>10</sup>. Para verificar se, contudo, existe a obrigação de dar acesso a terceiros, de acordo com o disposto no artigo 20.º, n.º 1, da directiva, há ainda que apurar se a rede em questão pode ser uma rede de distribuição.

66. A este respeito, importa recordar sucinatamente que é contestável que a FLH, por exemplo, também possa ser considerada «fornecedor» e/ou «grossista» de electricidade na acepção da directiva. Estas qualificações adicionais possíveis são, contudo, irrelevantes para o caso presente, uma vez que da directiva não se pode deduzir que impediam a FLH de ser simultaneamente operador da rede de distribuição e, assim, estar, em princípio, obrigada a facultar a terceiros o acesso à rede de distribuição que explora.

67. Por conseguinte, a questão relevante no caso presente é a de saber se uma rede como a explorada pela FLH, que, por aplicação da legislação alemã em causa, pode ser objecto da isenção, é, de facto, uma «rede de distribuição» na acepção da directiva.

68. A directiva não define a expressão «rede de distribuição» mas define «distribuição» como o «transporte de electricidade em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão, para entrega ao cliente, mas sem incluir o fornecimento»<sup>11</sup>.

69. Nestas circunstâncias, para determinar a extensão do conceito de «rede de distribuição» como é usado na directiva, é necessário considerar não só a letra da disposição pertinente da directiva, mas também o seu contexto e os objectivos da regulamentação de que faz parte<sup>12</sup>.

70. O objectivo da directiva é completar o mercado interno da energia, através da

10 — Segundo o artigo 2.º, n.º 3, da directiva, por «transporte» entende-se o transporte de electricidade, mas sem incluir o fornecimento, numa rede interligada de muito alta tensão e de alta tensão, para efeitos de fornecimento a clientes finais ou a distribuidores.

11 — V. artigo 2.º, ponto 5, da directiva.

12 — V., neste sentido, nomeadamente, acórdãos de 17 de Novembro de 1983, Merck (292/82, Recueil, p. 3781, n.º 12); de 21 de Fevereiro de 1984, St. Nikolaus Brennerei (337/82, Recueil, p. 1051, n.º 10); e de 14 de Outubro de 1999, Adidas (C-223/98, Collect., p. I-7081, n.º 23).

liberalização e harmonização das condições em que o mercado de electricidade opera, e integrar completamente os mercados nacionais num verdadeiro mercado único de energia plenamente operacional<sup>13</sup>.

71. O objectivo de alcançar condições de concorrência equitativas entre Estados-Membros em termos de liberalização do mercado<sup>14</sup> requer uma interpretação uniforme do âmbito material da directiva. Assim, importa que as restrições ao princípio geral do acesso de terceiros sejam interpretadas estritamente e sejam limitadas às previstas na directiva. Isto também exclui a possibilidade de uma disposição como o artigo 13.º da directiva, que dispõe que os Estados-Membros devem designar, ou solicitar às empresas proprietárias ou responsáveis por redes de distribuição que desinem o ou os operadores das redes de distribuição, poder conferir aos Estados-Membros total liberdade na definição de «rede de distribuição».

72. Além disso, resulta da directiva que um dos elementos essenciais da liberalização dos mercados da energia é garantir a todos os consumidores de electricidade a livre escolha de fornecedores e a todos os fornecedores o

livre abastecimento dos seus clientes<sup>15</sup>. Estes dois direitos estão necessariamente relacionados porque, se os clientes devem ter liberdade de escolha dos seus fornecedores, é necessário que os fornecedores tenham o direito ao acesso, mediante uma remuneração adequada e não discriminatória, às diferentes redes de transporte e de distribuição que levam a electricidade ao cliente.

73. A importância do princípio do acesso de terceiros também resulta dos trabalhos preparatórios da directiva. A disposição que determina que os Estados-Membros assegurem o acesso de terceiros foi um elemento essencial da proposta da Comissão de alteração da primeira directiva da electricidade<sup>16</sup> e foi adoptada, praticamente inalterada, no artigo 20.º da directiva.

74. Além disso, na jurisprudência relativa à primeira directiva da electricidade, o Tribunal de Justiça já destacara a importância do acesso não discriminatório de terceiros à rede<sup>17</sup>.

75. É à luz destas considerações que se deve interpretar o âmbito do conceito de «rede de distribuição», que é essencial para a extensão

13 — V. a exposição de motivos apresentada pela Comissão com a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera as Directivas 96/92/CE e 98/30/CE relativas às regras comuns para os mercados internos da electricidade e do gás natural (COM/2001/0125 final).

14 — V. a exposição de motivos, referida na nota 13.

15 — V. quarto considerando da directiva. A plena realização dessa liberdade de escolha deveria ser acessível a clientes não-domésticos em 1 de Janeiro de 2003 e, a todas as categorias de consumidores, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 2005.

16 — COM/2001/125final (JO C 240E, p. 60).

17 — V. acórdão de 7 de Junho de 2005, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water e o.* (C-17/03, Colect., p. I-4983, n.º 42 a 46).

efectiva do acesso de terceiros, como estipulado no artigo 20.º, n.º 1, da directiva. Antes de mais, procederei à análise da relevância de alguns critérios, como a dimensão ou o objectivo da rede, para a definição de «rede de distribuição».

76. Em primeiro lugar, há que observar que a directiva não especifica uma dimensão limite como condição para uma rede de electricidade ser considerada «rede de distribuição». Contudo, no quadro da directiva, a dimensão de uma rede é relevante para efeitos da aplicação de determinadas obrigações essenciais, sobretudo para a separação de operadores das redes de distribuição<sup>18</sup>.

77. Em relação à obrigação de prever o acesso de terceiros, só seria relevante em circunstâncias excepcionais<sup>19</sup>, nomeadamente em relação à definição de micro e pequena rede isolada, caso em que os Estados-Membros podem prever isenções, designadamente, das obrigações de acesso de terceiros. Contudo, a possibilidade de isentar

redes isoladas não é justificada principalmente pela sua pequena dimensão, mas sim pelo facto de essas redes não estarem ligadas a uma rede maior ou receberem quantidades muito pequenas de electricidade de uma rede maior, o que as torna objecto de limitações técnicas muito específicas, em particular no que respeita à segurança do fornecimento de electricidade a utilizadores finais<sup>20</sup>. O limite relativo a micro redes isoladas foi assim estabelecido para um objectivo muito específico e não pode ser considerado um indicador global da dimensão de redes que o legislador comunitário pretendeu ou não regular.

78. A meu ver, isto significa que, em princípio, a directiva é aplicável a uma ampla gama de redes independentemente da sua dimensão. Isto não exclui a possibilidade de a aplicação de determinadas obrigações essenciais previstas na directiva, como é o caso da separação, poderem ser adaptadas em função da dimensão da rede em questão.

79. Além do mais, embora a exclusão de uma rede «pequena» do âmbito da directiva possa não ter necessariamente um impacto

18 — O artigo 15.º da directiva, relativo à «separação dos operadores das redes de distribuição», prevê no segundo parágrafo, última frase, que «[os] Estados-Membros podem decidir não aplicar os n.ºs 1 e 2 a empresas de electricidade integradas que abastecem menos de 100 000 clientes ligados à rede ou que abastecem pequenas redes isoladas.» V., também, o décimo primeiro considerando da directiva, onde se lê que «[a] fim de não impor encargos financeiros e administrativos desproporcionados às pequenas empresas de distribuição, é conveniente autorizar os Estados-Membros a dispensá-las, se for caso disso, das exigências legais de separação da distribuição».

19 — V., também, o artigo 26.º, que permite, em determinadas condições, a exclusão de micro e pequenas redes isoladas das obrigações de acesso de terceiros.

20 — As «redes de exploração» na acepção da EnWG são, em princípio, fechadas, mas isso não as transforma em redes isoladas, uma vez que podem naturalmente receber electricidade de redes maiores às quais estão ligadas.

significativo na concorrência e, portanto, na liberalização do sector da electricidade, isso não tem importância relativamente ao modo como a exclusão da totalidade da categoria das pequenas redes pode perturbar a concorrência.

da rede como «rede de distribuição». Esta questão decorre da frase «para entrega ao cliente» constante da definição de «distribuição» do artigo 2.º, n.º 5, da directiva.

80. De qualquer modo, para além das dificuldades óbvias em definir quando uma rede deve ser considerada «pequena», nada indica que apenas redes relativamente «pequenas» fiquem isentas, nos termos do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG. Desde que preencham os requisitos estabelecidos nessa disposição, as redes ficam isentas independentemente da quantidade de electricidade que forneçam. Isto significa, por exemplo, que aeroportos muito maiores do que o Aeroporto de Leipzig/Halle possam ficar isentos das obrigações do acesso de terceiros em aplicação do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG.

81. Por conseguinte, considero que a pequena dimensão de uma rede não é um critério essencial para recusar a qualificação de uma rede, como a explorada pelo FLH, como «rede de distribuição» e exclui-la, em princípio, da aplicação do princípio do acesso de terceiros.

82. Em segundo lugar, deve determinar-se em que medida o objectivo para o qual a rede é explorada é essencial para a qualificação

83. A isenção de determinadas redes das obrigações de acesso de terceiros unicamente com base no objectivo para o qual são exploradas acarreta o risco de a mesma rede, consoante seja gerida como parte de outro negócio ou como um negócio em si mesmo, ser ou não elegível para a isenção das obrigações de acesso de terceiros. Por exemplo, se a FLH transferiu a exploração da sua rede de electricidade para outra sociedade, que tem por único objectivo a exploração da rede para entrega de electricidade ao aeroporto e a outros utilizadores finais estabelecidos no aeroporto, a distribuição de electricidade certamente que seria feita «para entrega ao cliente», como precisa o artigo 2.º, n.º 5, da directiva. Assim, a exclusão das denominadas «redes de exploração» das obrigações de acesso de terceiros podia conduzir a um tratamento diferente da mesma rede unicamente com base no objectivo comercial do operador das redes.

84. Se esta abordagem fosse seguida, isto significaria igualmente que o mesmo cliente, por exemplo, uma loja ou um restaurante, teria ou não o direito à livre escolha entre os fornecedores de electricidade, consoante o objectivo comercial do operador de rede

que gere a rede de electricidade à qual está ligada para receber electricidade. Assim, a exclusão de redes das obrigações de acesso de terceiros com base no objectivo da sua exploração conduziria a um tratamento diferente dos clientes finais.

85. Estes aspectos apontam no sentido de que uma situação em que a qualificação de uma rede como «rede de distribuição» dependesse da condição de prosseguir o principal objectivo de fornecer electricidade ao público em geral conduziria a uma discriminação substancial entre operadores das redes bem como entre clientes. Um resultado destes parece difícil de conciliar com o objectivo de acesso não discriminatório de terceiros e o direito do utilizador final à livre escolha do fornecedor de energia que a directiva visa alcançar.

86. Além disso, não creio que a determinadas redes pequenas ou fechadas devesse ser negada, em princípio, a qualificação de «redes de distribuição» numa base estrutural. Defendeu-se, efectivamente, que as obrigações impostas pela directiva a operadores das redes de distribuição, em especial as obrigações de acesso de terceiros, são, em si mesmas, excessivamente onerosas para determinados operadores das redes, em especial se forem pequenos, novos e /ou prossegam um objectivo principal diferente do

fornecimento de energia a clientes. Por essa razão, esses operadores das redes de distribuição não podem estar sujeitos a obrigações que lhes são impostas pela directiva.

87. Esta abordagem não deve ser seguida. Os Estados-Membros gozam de uma larga margem de discricionarieidade quanto ao modo como implementam na prática as obrigações de acesso de terceiros previstas na directiva. Os Estados-Membros podem possivelmente prever um regime administrativo mais leve para redes mais pequenas ou recém-criadas ou redes que prossigam um objectivo principal diferente do fornecimento de energia aos clientes. Assim, o actual encargo que o cumprimento dessas obrigações constitui para um operador individual é de alguma maneira o resultado das opções legislativas feitas por cada Estado-Membro<sup>21</sup>. Por conseguinte, este fundamento não deveria, em si mesmo, permitir a exclusão total dessas redes das obrigações impostas pela directiva aos operadores das redes de distribuição, em especial das obrigações de acesso de terceiros.

88. Daqui se conclui que nenhum dos fundamentos expostos justifica a exclusão de uma rede como a explorada pelo Aeroporto de

21 — Por exemplo, o legislador alemão optou por um controlo *ex ante* de tarifas de acesso à rede, «um instrumento intrusivo e incómodo de regulação não exigido pelo direito comunitário, em vez de se limitar ao controlo dos métodos de cálculo das tarifas». V. Thomas von Danwitz, «Regulation and liberalisation of the European Electricity Market — A German View», 2006 *Energy Law Journal*, vol. 27:423, p. 448.

Leipzig/Halle do âmbito do conceito de «rede de distribuição» na aceção da directiva.

89. Pelo contrário, alguns elementos sugerem que uma rede como a explorada pela FLH devia ser realmente considerada uma rede de distribuição na aceção da directiva.

90. Apesar de a rede em questão ser usada predominantemente para o auto-abastecimento da FLH<sup>22</sup>, não se deve esquecer que cerca de 15% do volume total de electricidade que consumiu em 2004 foi distribuída a terceiros, o que, segundo o despacho de reenvio, é equivalente ao consumo de aproximadamente 1 000 famílias de três pessoas, e o número tende a aumentar sustentadamente<sup>23</sup>. Assim, o fornecimento a terceiros, embora talvez não predominante, está longe de ser irrelevante.

91. Nem vejo por que motivo as 93 empresas estabelecidas no Aeroporto de Leipzig/Halle

não devem ser consideradas «verdadeiros» terceiros. Acontece estarem estabelecidas no aeroporto, mas prosseguem o seu próprio objectivo comercial. A relação contratual que mantém com a FLH é, como foi confirmado na audiência, principalmente um contrato de arrendamento. Por conseguinte, a situação das 93 empresas em questão não difere fundamentalmente da que se verifica nos centros de negócios ou centros comerciais. Estas empresas deviam, por conseguinte, poder, em princípio, escolher livremente os fornecedores de electricidade. Para esse efeito, uma rede que fornece electricidade ao ponto de ligação das instalações privadas destes clientes devia, em princípio, ser acessível a terceiros.

92. Por estas razões, creio que uma rede como a explorada pela FLH deve ser considerada uma «rede de distribuição» na aceção da directiva.

22 — Como já se referiu no n.º 15 destas conclusões, em 2004, o volume de energia consumida através desta rede ascendeu a cerca de 22 200 MWh, dos quais, cerca de 3 800 MWh, ou 14,6%, foram fornecidos a outras empresas estabelecidas no aeroporto.

23 — De acordo com a decisão de reenvio, foi previsto que para 2007 o volume de energia fornecida às empresas situadas no recinto do aeroporto seria de aproximadamente 8 000 MWh, o que equivaleria ao consumo de 2 000 famílias de três pessoas e representa a duplicação do volume de energia fornecida pela rede em questão a terceiros dentro de apenas três anos.

93. Contudo, isto não significa que essa rede não possa ficar isenta, ao abrigo da directiva, das obrigações de acesso de terceiros. A directiva inclui, de facto, um certo número de disposições que isentam as redes de determinadas obrigações, numa tentativa de se obter o equilíbrio entre a necessidade de assegurar o acesso de terceiros às redes, embora salvaguardando interesses gerais imperativos

como a segurança do fornecimento, e o fornecimento de serviços no interesse económico geral.

Acresce que é difícil aceitar que uma isenção com base na falta da capacidade possa ser ilimitada no tempo.

94. De acordo com o disposto no 3.º, n.º 8, da directiva, os Estados-Membros podem decidir não aplicar o artigo 20.º «na medida em que a sua aplicação possa dificultar, de direito ou de facto, o cumprimento das obrigações impostas às empresas de electricidade no interesse económico geral e desde que o desenvolvimento do comércio não seja afectado de maneira contrária aos interesses da Comunidade». Embora não se possa excluir que algumas «redes de exploração» elegíveis para a isenção nos termos do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG preenchem estas condições, não há base para, sem qualquer outra avaliação das circunstâncias em que opera uma rede determinada, se concluir ser isto o que necessariamente se verifica no presente caso.

96. Como se referiu, o artigo 26.º da directiva prevê uma excepção para as micro e pequenas redes isoladas, relativamente, entre outras, às obrigações de acesso de terceiros. Contudo, nada indica que quer a rede explorada pela FLH quer todas as «redes de exploração» elegíveis para efeito da isenção prevista no § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG sejam isoladas, na acepção da directiva. Além disso, a aplicação desta excepção implica que os Estados-Membros apresentem o respectivo pedido à Comissão, e a Alemanha nunca apresentou tal pedido. Cada uma destas duas razões opõe-se a que uma isenção das «redes de exploração» nos termos do § 110, n.º 1, ponto 1, da EnWG possa, em regra, basear-se no artigo 26.º da directiva.

95. Uma rede de distribuição pode, também, ficar isenta das obrigações de acesso de terceiros, de acordo com o preceituado no artigo 20.º, n.º 2, da directiva, «no caso de não dispor da capacidade necessária». De novo, não se pode excluir que esta disposição permite a isenção de determinadas «redes de exploração», mas este não é certamente o caso se não houver prova circunstanciada da falta da capacidade para permitir o acesso.

97. Em vista do exposto, conclui-se que a exclusão da aplicação das disposições sobre as obrigações de acesso de terceiros às «redes de exploração» na acepção da EnWG não encontra justificação nem na letra nem no contexto, nem mesmo no objectivo da directiva.

## VII — Conclusão

98. À luz das considerações precedentes, entendo que a resposta à questão prejudicial deve ser a seguinte:

«O artigo 20.º, n.º 1, da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que, como regra geral, exclui a aplicação das disposições sobre o acesso de terceiros às redes de distribuição instaladas numa área de exploração que constitua uma unidade em termos geográficos e se destine predominantemente ao transporte de energia dentro da própria empresa ou para empresas coligadas.»