Coletânea da Jurisprudência

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL GERAL

21 de julho de 2017 *

«Processo de medidas provisórias — Mercado interno do gás natural — Diretiva 2009/73/CE — Pedido da Bundesnetzagentur de alteração das condições de derrogação das regras da União sobre a exploração do gasoduto OPAL — Decisão da Comissão que altera as condições de derrogação das regras da União — Pedido de suspensão da execução — Inexistência de urgência»

No processo T-849/16 R,

PGNiG Supply & Trading GmbH, com sede em Munique (Alemanha), representada por M. Jeżewski, advogado

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por O. Beynet e K. Herrmann, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

República Federal da Alemanha, representada por T. Henze e R. Kanitz, na qualidade de agentes,

interveniente,

que tem por objeto um pedido, baseado nos artigos 278.º e 279.º TFUE, destinado a obter a suspensão da execução da Decisão C(2016) 6950 final da Comissão, de 28 de outubro de 2016, que altera as condições que permitem uma derrogação às normas relativas ao acesso de terceiros e à regulamentação tarifária estabelecidas pela Diretiva 2003/55/CE no que diz respeito ao gasoduto OPAL,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL GERAL

profere o presente

* Língua do processo: polaco.

Despacho

Antecedentes do litígio

1 Com a Decisão C(2009) 4694, de 12 de junho de 2009, a Comissão das Comunidades Europeias solicitou à Bundesnetzagentur (BNetzA, Agência Federal das Redes, Alemanha), nos termos do artigo 22.º da Diretiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno de gás natural e que revoga a Diretiva 98/30/CE (JO 2003, L 176, p. 57), a alteração da sua decisão de 25 de fevereiro de 2009, que exclui as capacidades de transporte do projeto de gasoduto Ostseepipeline-Anbindungsleitung (OPAL), que é a secção terrestre, a leste, do gasoduto Nord Stream 1, cujo ponto de entrada se encontra nas proximidades da localidade de Lubmin, perto de Greifswald, na Alemanha, e o ponto de saída na localidade de Brandov, na República Checa, do âmbito de aplicação das regras de acesso de terceiros previstas no artigo 18.º da referida diretiva e das regras tarifárias previstas no seu artigo 25.º, n.os 2 a 4.

2 A Decisão da Comissão de 12 de junho de 2009 estabelecia as seguintes condições:

«a) Sem prejuízo da regra que figura na [alínea] b), uma empresa dominante num ou vários grandes mercados de gás natural a montante ou a jusante que abranjam a República Checa não está autorizada a reservar, durante o período de um ano, mais de 50% das capacidades de transporte do gasoduto OPAL junto à fronteira checa. As reservas de empresas que pertencem ao mesmo grupo, como a Gazprom e a Wingas, serão examinadas em conjunto. As reservas de empresas dominantes/de grupos de empresas dominantes que tenham celebrado grandes contratos de fornecimento de gás a longo termo serão examinadas de forma agregada […]

b) O limite de 50% das capacidades pode ser excedido se a empresa em causa ceder ao mercado um volume de 3 mil milhões de m^3 de gás no gasoduto OPAL, segundo um processo aberto, transparente e não discriminatório ("programa de cessão de gás"). A sociedade gestora do gasoduto ou a empresa obrigada a realizar o programa deve garantir a disponibilidade das capacidades de transporte correspondentes e a livre escolha do ponto de saída ("programa de cessão de capacidades"). A forma dos programas de "cessão de gás" e de "cessão de capacidades" está sujeita à aprovação da BNetzA.»

3 Em 7 de julho de 2009, a BNetzA alterou a sua decisão de 25 de fevereiro de 2009, tendo-a adaptado às condições acima referidas, previstas na decisão da Comissão de 12 de junho de 2009. Foi-lhe concedida a derrogação das regras por um período de 22 anos.

4 O gasoduto OPAL entrou em funcionamento em 13 de julho de 2011 e possui uma capacidade de cerca de 36,5 mil milhões de m^3. Por força da decisão da Comissão de 12 de junho de 2009 e da decisão da BNetzA de 25 de fevereiro de 2009, conforme alterada pela sua decisão de 7 de julho de 2009, as capacidades do gasoduto OPAL passaram a estar totalmente isentas da aplicação das regras relativas ao acesso regulamentado de terceiros e das regras tarifárias com base na Diretiva 2003/55.

5 Os 50% não reservados da capacidade deste gasoduto nunca foram utilizados, uma vez que a Gazprom não executou o programa de cessão de gás previsto na Decisão da Comissão de 12 de junho de 2009. A capacidade de entrada do gasoduto perto de Greifswald apenas interessa a terceiros que têm a possibilidade de introduzir gás neste ponto do gasoduto. Na configuração técnica atual, o gás natural só pode ser fornecido neste ponto de entrada pelo gasoduto Nord Stream 1, utilizado pelo grupo Gazprom para transportar gás proveniente de jazidas russas, pelo que somente 50% da capacidade de transporte do gasoduto OPAL se afigura, *a priori*, utilizada.

6 Em 13 de maio de 2016, a BNetzA notificou a Comissão, com base no artigo 36.º da Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE (JO 2009, L 211, p. 94), da sua intenção de alterar algumas disposições da derrogação concedida em 2009, relativa à secção do gasoduto OPAL gerido pela Opal Gastransport GmbH & Co. KG (a seguir «OGT»).

7 Em 28 de outubro de 2016, a Comissão adotou, com base no artigo 36.º, n.º 9, da Diretiva 2009/73, a Decisão C(2016) 6950 final, que altera as condições que permitem a derrogação às normas relativas ao acesso de terceiros e à regulamentação tarifária estabelecidas pela Diretiva 2003/55 (a seguir «decisão impugnada») no que diz respeito ao gasoduto OPAL, decisão que é dirigida à BNetzA.

8 Na decisão impugnada, a Comissão manteve a isenção das regras de acesso de terceiros concedida ao gasoduto OPAL no que respeita à secção compreendida entre o ponto de entrada situado perto de Greifswald e o ponto de saída situado em Brandov até ao máximo de 50% das capacidades, que já tinha aprovado na sua decisão de 12 de junho de 2009. Em contrapartida, os restantes 50% da capacidade sobre esta secção — até então não utilizados por falta de execução do programa de cessão de gás por parte da Gazprom — foram liberados, ou seja, sujeitos às regras de acesso de terceiros. Esta liberação deve ocorrer sob a forma de repartição das capacidades de transporte, que o gestor do gasoduto está obrigado a atribuir no âmbito de uma venda em leilão transparente e não discriminatória.

9 Uma vez que esta disponibilização não discriminatória e transparente de capacidades de transporte assim liberadas pode também conduzir, *de facto*, à sua utilização pela Gazprom eksport, a Comissão, a fim de garantir que terceiros possam efetivamente ter acesso às capacidades «liberadas», aumentou o limite proposto pela BNetzA quanto às capacidades de interconexão de tipo FZK (*feste frei zuordenbare Kapazitäten*, capacidades firmes livremente atribuíveis) no ponto de saída do gasoduto. Por conseguinte, o gestor do gasoduto OPAL terá de disponibilizar a utilizadores distintos da sociedade dominante no mercado checo do gás natural, no âmbito de uma venda em leilão, uma capacidade de interconexão FZK com um volume inicial de 3,2 milhões de kWh. Todavia, quando na venda em leilão anual se revelar que a procura de capacidades de tipo FZK para o ponto de saída de Brandov é superior a 90% das capacidades oferecidas, a BNetzA tem o dever de aumentar em 1,6 milhões de kWh a quantidade de capacidades FZK disponíveis na venda em leilão anual seguinte. As capacidades de FZK disponíveis podem atingir, a prazo, um volume de 6,4 milhões de kWh, ou seja, 20% da capacidade total do gasoduto OPAL.

10 Além disso, tendo em conta o caráter crescente das vendas em leilão e para evitar qualquer aumento por parte da entidade dominante no mercado checo, a Comissão introduziu uma condição adicional, segundo a qual tal entidade apenas tem a possibilidade de apresentar a sua proposta, no âmbito da venda em leilão de capacidades FZK, ao preço de base das capacidades, o que implica, assim, que o preço proposto não pode exceder o preço de base médio da tarifa regulamentada na rede de transportes da zona comercial de Gaspool, na Alemanha, para a República Checa no que respeita a produtos comparáveis no mesmo ano.

11 Em 28 de novembro de 2016, a BNetzA alterou a derrogação concedida ao gestor do gasoduto OPAL pela sua decisão de 25 de fevereiro de 2009, em conformidade com a decisão impugnada.

Tramitação do processo e pedidos das partes

12 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 4 de dezembro de 2016, a recorrente, PGNiG Supply & Trading GmbH (a seguir «PGNiG Supply»), interpôs um recurso de anulação da decisão impugnada.

13 Por articulado separado, entrado na Secretaria do Tribunal Geral no mesmo dia, a PGNiG Supply apresentou o presente pedido de medidas provisórias, no qual solicitou, no essencial, que o presidente do Tribunal Geral se digne:

– suspender a execução da decisão impugnada, até à prolação do acórdão que ponha termo ao processo principal;

– ordenar que a Comissão exija que a BNetzA suspenda a execução da posição da Comissão, exposta na decisão impugnada, até à prolação do acórdão que ponha termo ao processo principal;

– ordenar que a Comissão exija que a BNetzA adote todas as medidas jurídicas possíveis para suspender, até à prolação do acórdão que ponha termo ao processo principal, a execução de uma decisão, de uma transação, de uma convenção de direito público ou qualquer outra medida de aplicação que altere, complete, revogue ou afete de outra forma a decisão da BNetzA de 25 de fevereiro de 2009, na sua versão de 7 de julho de 2009;

– ordenar que a Comissão exija que a BNetzA exerça o direito de rescisão da convenção celebrada em 28 de novembro de 2016 com a OGT, a PJSC Gazprom e a Gazprom eksport e, em seguida, adote um novo instrumento de aplicação de direito nacional, segundo um processo que garanta a participação de terceiros, incluindo organizações não governamentais;

– ordenar que a Comissão exija que a OGT, até à prolação do acórdão que ponha termo ao processo principal, não conceda um acesso às capacidades de transporte do gasoduto OPAL em condições distintas das estabelecidas pela decisão da BNetzA de 25 de fevereiro de 2009, na sua versão de 7 de julho de 2009;

– proferir qualquer outro Despacho que o presidente do Tribunal Geral considere adequado, relativamente à Comissão ou à OGT, para alcançar um efeito semelhante;

– apreciar o presente pedido antes de 23 de dezembro de 2016, em aplicação do artigo 157.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

14 Nas suas observações sobre o pedido de medidas provisórias, que deram entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 14 de dezembro de 2016, a Comissão solicitou, no essencial, que o presidente do Tribunal Geral se digne:

– indeferir este pedido;

– condenar a PGNiG Supply nas despesas.

15 Por Despacho de 23 de dezembro de 2016, PGNiG Supply & Trading/Comissão (T-849/16 R), o presidente do Tribunal Geral, nos termos do artigo 157.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, deferiu o pedido de suspensão da execução até à prolação do despacho que ponha termo ao presente processo de medidas provisórias. Além disso, colocou várias questões às partes, às quais estas responderam em 16 de janeiro de 2017.

16 Por articulados entrados na Secretaria do Tribunal Geral em 10 de janeiro de 2017, a OGT e a Gazprom eksport requereram a sua intervenção no presente processo de medidas provisórias em apoio dos pedidos da Comissão. Em 18 de janeiro de 2017, as partes principais apresentaram as suas observações sobre estes pedidos.

17 Em 1 de fevereiro de 2017, o presidente do Tribunal Geral deferiu o pedido de intervenção da República Federal da Alemanha, apresentado em 19 de janeiro de 2017, em relação ao qual nem a Comissão nem a PGNiG Supply manifestaram objeção nas observações que apresentaram em 30

e 31 de janeiro de 2017, respetivamente. O articulado de intervenção da República Federal da Alemanha em apoio dos pedidos da Comissão deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 9 de fevereiro de 2017. A Comissão e a PGNiG Supply apresentaram as suas observações sobre este articulado em 3 e 10 de março de 2017, respetivamente.

18 Em 3 de fevereiro de 2017, a Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. (a seguir «Gaz-System») requereu a sua intervenção em apoio dos pedidos da PGNiG Supply. Em 14 de fevereiro de 2017, as partes principais apresentaram as suas observações sobre este pedido.

19 Em 28 de fevereiro de 2017, a PGNiG Supply apresentou um articulado complementar, assim como um anexo que consiste em [*confidencial*] [1]. Em 28 de junho de 2017, a PGNiG Supply pediu que estes documentos fossem objeto de tratamento confidencial em relação à República Federal da Alemanha, a qual não contestou este pedido.

20 Tendo a decisão impugnada sido publicada em 3 de janeiro de 2017 no sítio Internet da Comissão, a PGNiG Supply apresentou, em 13 de março de 2017, um articulado complementar ao seu pedido de medidas provisórias, a respeito do qual a Comissão e a República Federal da Alemanha apresentaram observações em 3 de abril de 2017.

21 Por carta de 22 de junho de 2017, as partes foram convidadas a participar numa audição, agendada para 5 de julho de 2017, para apresentarem os seus argumentos sobre os requisitos relativos à urgência e à ponderação dos interesses. Nesta ocasião, a Comissão e a República Federal da Alemanha foram informadas de que, devido ao pedido de tratamento confidencial do articulado complementar e do seu anexo, apresentado pela PGNiG Supply em 28 de fevereiro de 2017, estes documentos não seriam abordados na audição, sem prejuízo da possibilidade de posteriormente lhes serem solicitadas observações sobre estes documentos.

22 A OGT, a Gazprom e a Gaz-System (a seguir, conjuntamente, «três requerentes de intervenção») foram igualmente convidadas a assistir à audição para aí apresentarem os seus argumentos relativos à ponderação dos interesses, sem prejuízo da decisão final sobre a admissão dos respetivos pedidos de intervenção.

23 Em 5 de julho de 2017, a PGNiG Supply, a Comissão e a República Federal da Alemanha, assim como as três requerentes de intervenção, apresentaram os seus argumentos na audição e responderam às questões colocadas pelo presidente do Tribunal Geral. Embora as três requerentes de intervenção tenham sido autorizadas a apresentar argumentos sobre a ponderação dos interesses em causa no âmbito do presente pedido de medidas provisórias, o presidente do Tribunal Geral, não obstante, reservou para final a sua decisão sobre a admissão definitiva das requerentes.

Questão de direito

Considerações gerais

24 Resulta da leitura conjugada dos artigos 278.º e 279.º TFUE, por um lado, e do artigo 256.º, n.º 1, TFUE, por outro, que o juiz das medidas provisórias pode, se considerar que as circunstâncias o exigem, ordenar a suspensão da execução de um ato impugnado no Tribunal Geral ou ordenar as medidas provisórias necessárias, em aplicação do artigo 156.º do Regulamento de Processo. Contudo, o artigo 278.º TFUE estabelece o princípio do caráter não suspensivo dos recursos, uma vez que os atos adotados pelas instituições, órgãos, e organismos da União Europeia beneficiam de uma presunção de

1 Dados confidenciais ocultados.

legalidade. Por conseguinte, é apenas a título excecional que o juiz das medidas provisórias pode ordenar a suspensão da execução de um ato impugnado perante o Tribunal Geral ou decretar medidas provisórias (Despacho de 19 de julho de 2016, Bélgica/Comissão, T-131/16 R, EU:T:2016:427, n.º 12).

25 Além disso, o artigo 156.º, n.º 4, primeiro período, do Regulamento de Processo dispõe que os pedidos de medidas provisórias devem especificar «o objeto do litígio, as circunstâncias que determinam a urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a concessão da medida provisória requerida».

26 Assim, a suspensão da execução e as restantes medidas provisórias podem ser concedidas pelo juiz das medidas provisórias se se chegar à conclusão de que, à primeira vista, a sua concessão é justificada de facto e de direito (*fumus boni juris*) e de que são urgentes, no sentido de que é necessário, para evitar causar um prejuízo grave e irreparável dos interesses da parte que as requer, que sejam decretadas e produzam os seus efeitos antes da decisão do recurso quanto ao mérito. Estes requisitos são cumulativos, de modo que os pedidos de medidas provisórias devem ser indeferidos se um deles não estiver preenchido. O juiz das medidas provisórias também procede, se for caso disso, à ponderação dos interesses em causa (v. Despacho de 2 de março de 2016, Evonik Degussa/Comissão, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, n.º 21 e jurisprudência referida).

27 No âmbito deste exame de conjunto, o juiz das medidas provisórias dispõe de um amplo poder de apreciação e pode livremente determinar, à luz das particularidades do caso, a forma como esses diferentes requisitos devem ser verificados, bem como a ordem desse exame, uma vez que nenhuma norma lhe impõe um esquema de análise preestabelecido para apreciar a necessidade de se pronunciar a título provisório (v. Despacho de 19 de julho de 2012, Akhras/Conselho, C-110/12 P(R), não publicado, EU:C:2012:507, n.º 23 e jurisprudência referida).

28 Nas circunstâncias do caso em apreço, uma vez que não é necessária uma decisão sobre os fundamentos de inadmissibilidade invocados pela Comissão, há que apreciar, em primeiro lugar, se o requisito relativo à urgência se encontra preenchido.

Quanto à urgência

29 A fim de verificar se as medidas provisórias requeridas são urgentes, importa recordar que a finalidade do processo de medidas provisórias é garantir a plena eficácia da futura decisão definitiva, de modo a evitar uma lacuna na proteção jurídica garantida pelo juiz da União. Para alcançar este objetivo, a urgência deve ser apreciada tendo em conta a necessidade de decidir provisoriamente para evitar que se cause um prejuízo grave e irreparável à parte que requer a proteção provisória. Cabe a esta parte provar que não pode aguardar o desfecho do processo relativo ao mérito sem sofrer um prejuízo grave e irreparável (v. Despacho de 14 de janeiro de 2016, AGC Glass Europe e o./Comissão, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, n.º 27 e jurisprudência referida).

30 No caso em apreço, a PGNiG Supply receia sofrer um prejuízo que consiste, no essencial, na alteração grave e irreparável da sua posição no mercado, em caso de indeferimento do pedido de medidas provisórias.

31 De facto, considera que a decisão impugnada e a decisão da BNetzA de 28 de novembro de 2016, que a executa, produzirão o efeito de restringir o seu acesso tanto ao gasoduto OPAL como ao gasoduto Yamal-Europe, para a entrega do gás no mercado polaco.

32 Em primeiro lugar, no que respeita à alegação relativa à restrição do seu acesso ao gasoduto OPAL, por um lado, a PGNiG Supply sublinha que as reservas das capacidades de transporte vendidas em leilão de acordo com as novas condições de utilização do gasoduto OPAL poderão ser efetuadas durante quinze anos. Ora, afirma que é conveniente aguardar que a Gazprom reserve a maior parte das capacidades de transporte para esse período, fixando assim a situação para os quinze anos futuros.

33 Com efeito, a PGNiG Supply alega que a execução da decisão impugnada permitirá à Gazprom reservar, pelo menos, 90% das capacidades de transporte do gasoduto OPAL. A decisão impugnada organiza a venda em leilão de 50% da capacidade total de transporte do gasoduto OPAL. Todavia, segundo a PGNiG Supply, as condições da derrogação regulamentar estabelecidas na decisão impugnada permitirão que a Gazprom se apodere de, pelo menos, 80% das capacidades de transporte parcialmente regulamentadas do gasoduto OPAL sujeitas às vendas em leilão. Na medida em que os outros 50% das capacidades de transporte do gasoduto OPAL estão excluídos do direito da União, assim como das regras relativas ao acesso de terceiros, e são totalmente concedidos à Gazprom, esta pode efetivamente beneficiar de um acesso garantido a, pelo menos, 90% das capacidades totais de transporte do gasoduto OPAL. Por conseguinte, a decisão impugnada reforça a posição dominante da Gazprom e, por isso mesmo, enfraquece diretamente a posição da PGNiG Supply no mercado.

34 Por outro lado, a PGNiG Supply precisa que a reserva, por parte da Gazprom, de capacidades de transporte adicionais, novamente «liberadas», do gasoduto OPAL produzirá efeitos irreversíveis nos contratos a jusante celebrados pelos operadores envolvidos no transporte, na distribuição e na entrega de gás fornecido pela Gazprom. De facto, segundo a PGNiG Supply, as reservas, que assumem a forma de convenções de direito privado, serão em seguida fontes de direitos e de obrigações para as pessoas singulares ou coletivas, sujeitas a proteção, independentemente do resultado do recurso principal. Por conseguinte, mesmo a anulação da decisão impugnada não poderá dar origem à anulação dos contratos de transporte ou de fornecimento de gás por intermédio do gasoduto OPAL. Sublinha igualmente que estes contratos de transporte terão como consequência paralela a celebração de contratos de comercialização de gás, o que constitui um obstáculo adicional para a rescisão dos contratos de transporte.

35 Assim, devido, por um lado, à complexidade das relações entre as autoridades administrativas e as entidades individuais envolvidas e, por outro, às relações jurídicas que vinculam estas entidades que atuarão com base em atos que beneficiam da presunção de legalidade da decisão impugnada, a PGNiG Supply considera que não será possível nem regressar à situação jurídica que daí teria resultado para recuperar a posição de que dispunha anteriormente, nem obter uma compensação financeira.

36 Não sendo necessário apreciar, por um lado, o possível caráter hipotético do comportamento a adotar pela Gazprom nas vendas em leilão das capacidades de transporte liberadas pela decisão impugnada e, por outro, a relevância da argumentação da PGNiG Supply quanto à restrição de acesso ao gasoduto OPAL devido às condições impostas pela decisão impugnada em comparação com as que vigoravam anteriormente, basta assinalar que o alegado prejuízo se afigura, *a priori*, dependente da irreversibilidade a longo prazo das situações criadas sob o regime jurídico que a decisão impugnada tornou possível.

37 Com efeito, a PGNiG Supply aparentemente considera que a possibilidade de a Gazprom efetuar, nas próximas vendas em leilão anuais relativas à parte dos 50% das capacidades de transporte liberadas pela decisão impugnada, reservas a longo prazo perpetuaria a situação de tal maneira que o alcance dos efeitos jurídicos da decisão impugnada excederia em muito a duração da sua existência jurídica.

38 Todavia, há que observar que esta análise assenta numa compreensão errada do funcionamento da ordem jurídica própria introduzida pelos Tratados (v., neste sentido, Acórdão de 15 de julho de 1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158 [N.T. — p. 555, na versão portuguesa]). Em caso de anulação da decisão impugnada, as condições de utilização do gasoduto OPAL, tais como autorizadas por esta

decisão, deixarão de se aplicar. Por conseguinte, nenhum ato de direito privado baseado nestas condições poderá ser praticado. Tanto a Comissão como a República Federal da Alemanha salientaram, corretamente, este aspeto quer nos seus articulados quer na audição de 5 de julho de 2017.

39 A este respeito, além de obstáculos jurídicos, cuja existência não pode ser admitida, conforme recordado no n.º 38, *supra*, a PGNiG Supply invoca a existência de dificuldades práticas na produção dos efeitos de tal anulação. Todavia, esta objeção também deve ser rejeitada. De facto, por um lado, como sublinha, categoricamente, tanto a República Federal da Alemanha, no seu articulado de intervenção, como a Comissão, nas suas observações sobre este articulado, se o Tribunal Geral anular a decisão impugnada, os contratos de reserva de produtos de capacidade relativos a períodos posteriores à prolação do acórdão do Tribunal Geral não poderão ser executados. Por outro lado, na audição de 5 de julho de 2017, a Comissão salientou que, em primeiro lugar, resultava das condições gerais do contrato aplicáveis ao transporte de gás pelo gasoduto OPAL que o contrato de transporte celebrado entre os utilizadores da rede e a OGT, relativamente à aquisição de produtos de capacidade através de vendas em leilão, pode ser rescindido imediatamente com base em fundamentos importantes, entre os quais se insere inquestionavelmente a anulação da decisão impugnada pelo Tribunal Geral; em segundo lugar, esta anulação constitui uma circunstância fortuita com consequências jurídicas no contrato, no sentido de que justifica a adaptação das condições do referido contrato e, em terceiro lugar, estas condições gerais autorizavam a OGT a alterar as condições do contrato no futuro caso a necessidade de ter em conta a alteração da situação jurídica o exigisse, por exemplo, na presença de um acórdão proferido por um órgão jurisdicional internacional. Além disso, não é de excluir, *a priori*, que, no que se refere ao processo pendente no Tribunal Geral, seja introduzida em todos os contratos assinados uma cláusula de salvaguarda respeitante a futuras vendas em leilão (por exemplo, os contratos a jusante celebrados pelos operadores envolvidos no transporte, na distribuição e na entrega de gás fornecido pela Gazprom, mas igualmente os contratos de comercialização de gás), de modo a prever as consequências de uma eventual nova suspensão da decisão impugnada ou da anulação da mesma. Em qualquer caso, na medida em que os processos no Tribunal Geral têm por objeto a decisão impugnada, é inquestionável que existe um risco comercial que não poderá ser ignorado pelos agentes do mercado.

40 Por último, tanto nas suas observações de 10 de março de 2017 sobre o articulado de intervenção da República Federal da Alemanha, como no seu articulado complementar de 13 de março de 2017, a PGNiG Supply salienta que, apesar do Despacho de 23 de dezembro de 2016, PGNiG Supply & Trading/Comissão (T-849/16 R), o gasoduto OPAL foi explorado a um nível que demonstra que as capacidades organizadas antes da suspensão da execução da decisão impugnada foram utilizadas de acordo com as condições autorizadas por tal decisão. A este respeito, basta observar, primeiro, que, apesar de poderem ser colocadas questões legítimas quanto aos factos relativos à utilização das capacidades de transporte no gasoduto OPAL que se seguiram à prolação do despacho do mesmo dia, resulta dos elementos dos autos, nomeadamente do articulado de intervenção da República Federal da Alemanha, que a atual utilização deste gasoduto se encontra agora efetivamente regulada de acordo com as condições aplicáveis antes da prolação da decisão impugnada e, segundo, que, embora na audição de 5 de julho de 2017 a República Federal da Alemanha tenha confirmado que determinados contratos, relativos às vendas em leilão organizadas antes da prolação do Despacho de 23 de dezembro de 2016, PGNiG Supply & Trading/Comissão (T-849/16 R), tinham sido executados em violação dos efeitos da suspensão decretada pelo juiz das medidas provisórias no seu despacho, sublinhou, no entanto, a confusão que rodeou esta situação. De facto, na sequência da prolação do referido despacho, foi instaurado um processo no Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha), que conduziu à prolação de uma decisão, em 30 de dezembro de 2016, que suspendeu o acordo celebrado entre a OGT e a BNetzA em 28 de novembro de 2016. Assim, a República Federal da Alemanha considerou, erradamente como reconheceu na audição, que apenas estava em causa a organização de futuras vendas em leilão, excluindo qualquer efeito na execução dos contratos relativos às vendas em leilão anteriores. Atendendo às trocas ocorridas posteriormente no âmbito do presente processo, a República Federal da Alemanha considera que tal interpretação errada

não pode ser reproduzida na eventualidade de uma nova suspensão decretada pelo juiz das medidas provisórias ou na de uma anulação da decisão impugnada pelo Tribunal Geral. A este respeito, precisou que a legislação alemã lhe atribuía poderes de injunção contra a BNetzA suficientes para garantir o pleno efeito das decisões do Tribunal Geral e do juiz das medidas provisórias. Por conseguinte, nada permite considerar que uma nova suspensão, ordenada em caso de recurso ao juiz das medidas provisórias nos termos do artigo 160.º do Regulamento de Processo, e a anulação da decisão impugnada não produziriam os efeitos associados a tais decisões judiciais.

41 Resulta do exposto que, mesmo que o seu caráter certo fosse demonstrado com o grau de probabilidade exigido, todas as consequências relativas aos acontecimentos descritos nos n.os 32 a 34, *supra*, longe de incidirem sobre um período de quinze anos, estariam, efetivamente, limitadas ao período anterior à data da prolação do acórdão do Tribunal Geral que ponha termo ao processo principal.

42 Assim, só a hipótese descrita nos n.os 32 e 33, *supra*, prevista pela PGNiG Supply, poderia eventualmente ocorrer durante o período anterior à prolação do acórdão do Tribunal Geral que ponha termo ao processo principal. Ora, esta hipótese, que consiste na utilização de, pelo menos, 90% das capacidades de transporte do gasoduto OPAL pela Gazprom, não constitui, por si só, o prejuízo alegado pela PGNiG Supply, na medida em que este depende da manutenção a longo prazo de tal situação. Por conseguinte, mesmo que os efeitos desta hipótese sejam irreversíveis, o requisito da demonstração de um prejuízo grave e irreparável para a PGNiG Supply, que justifica a adoção das medidas provisórias requeridas, não se encontra preenchido.

43 Em segundo lugar, no que respeita à alegação relativa à restrição do seu acesso ao gasoduto Yamal-Europe, a PGNiG Supply descreve o seu principal domínio de atividade como a comercialização de gás natural e de energia elétrica, tanto no mercado alemão como nos mercados internacionais, incluindo, nomeadamente, a exportação de gás para a Polónia por intermédio dos pontos de interconexão de Mallnow e de Lasów. Ora, considera que, na medida em que a decisão impugnada conduzirá ao aumento das capacidades de transporte através do gasoduto OPAL, a exploração dos outros gasodutos que permitem a exportação de gás pela Gazprom para a Europa ocidental, nomeadamente os gasodutos Yamal-Europe e Fraternité, diminuirá. Esta redução de utilização provoca um aumento das tarifas de transporte que dá origem a uma perda de rendimentos significativa para a PGNiG Supply no ponto de Lasów e impossibilita o transporte virtual em sentido inverso pelo ponto de Mallnow.

44 Mais uma vez, não sendo necessário apreciar, em primeiro lugar, o caráter eventualmente hipotético dos acontecimentos descritos no n.º 43, *supra*, em relação aos quais a PGNiG Supply forneceu um determinado número de informações e de documentos para provar o grau suficiente de certeza, contestado, não obstante, pela Comissão e pela República Federal da Alemanha, em segundo lugar, a efetividade do nexo de causalidade entre estes eventos e a decisão impugnada e, em terceiro lugar, o eventual caráter exclusivamente pecuniário do prejuízo, basta sublinhar que, no caso em apreço, o prejuízo alegado não é iminente.

45 Conforme recordado no n.º 29, *supra*, é jurisprudência constante que o caráter urgente de um pedido de medidas provisórias deve ser apreciado tendo em conta a necessidade de decidir provisoriamente para evitar que se cause um prejuízo grave e irreparável à parte que requer as medidas provisórias antes de proferida decisão sobre o pedido principal de anulação e que cabe a esta parte apresentar uma prova irrefutável de que não pode aguardar o desfecho do processo relativo ao recurso principal sem sofrer pessoalmente um prejuízo desta natureza.

46 Ora, no caso em apreço, resulta do pedido de medidas provisórias que atualmente é aplicável um contrato de trânsito celebrado com a Gazprom para o transporte de gás natural pela secção polaca do gasoduto Yamal-Europe para efeitos do fornecimento dos mercados da Europa ocidental, incluindo a Polónia, até 2020, assim como um contrato celebrado entre a PGNiG S.A. e Gazprom para entregas

de gás natural, que expirará no final do ano 2022. Nas suas respostas às questões do Tribunal Geral de 23 de dezembro de 2016, apresentadas em 16 de janeiro de 2017, a PGNiG Supply precisa que a eventual decisão da Gazprom de reorientar todo o fluxo atual que passa pelo gasoduto Yamal-Europe para outras infraestruturas de transporte apenas poderá ser adotada após a data de expiração dos contratos de transporte de gás em vigor até maio de 2020. De resto, os dois cenários possíveis que considera prejudiciais à sua situação dizem respeito, por um lado, a um período que abrange os anos de 2020 a 2022 e, por outro, a um período que tem início após o ano de 2023.

47 Resulta destes contratos que a exploração da capacidade de transporte da secção polaca do gasoduto Yamal-Europe está, à primeira vista, garantida, pelo menos, até ao final do ano de 2019 e que as entregas da Gazprom no mercado polaco estão garantidas até 2022. Como sublinha corretamente a República Federal da Alemanha no seu articulado de intervenção de 9 de fevereiro de 2017, na medida em que a utilização do gasoduto Yamal-Europe está determinada, pelo menos, até 2020 no que respeita ao trânsito para a Europa ocidental com base num contrato a longo prazo, não é expectável uma alteração do fluxo transportado por intermédio do gasoduto Yamal-Europe. A este respeito, há que recordar que o incumprimento destas obrigações contratuais abre vias de recurso específicas que, se necessário, cabe à PGNiG Supply pôr em prática. Neste contexto, existe também a possibilidade de a PGNiG Supply recorrer ao artigo 160.º do Regulamento de Processo, que lhe garante uma proteção jurisdicional efetiva no âmbito do seu contencioso no Tribunal Geral, em caso de violação destas obrigações.

48 Por conseguinte, mesmo que o caráter certo do prejuízo alegado pela PGNiG Supply seja suficientemente demonstrado, este só pode concretizar-se, na melhor das hipóteses, quando os referidos contratos expirarem e no caso de não serem objeto de renovação. Ora, atendendo à duração média dos processos no Tribunal Geral, o acórdão que decide do mérito no presente processo será provavelmente proferido num prazo de dois anos, ou seja, no decurso do ano de 2019. Além disso, se a expiração dos referidos contratos vier a confirmar-se antes de o Tribunal Geral proferir o seu acórdão, não é de excluir que este Tribunal considere que existem circunstâncias excecionais, de modo que pode decidir oficiosamente este processo seguindo uma tramitação acelerada, nos termos do artigo 151.º, n.º 2, do Regulamento de Processo. Se assim não for, também não é de excluir que, caso as circunstâncias o exijam, este processo seja julgado com prioridade, em conformidade com o artigo 67.º, n.º 2, do mesmo regulamento.

49 Assim, importa observar que a PGNiG Supply continua sem apresentar prova irrefutável de que não pode aguardar o desfecho do processo relativo ao recurso principal sem sofrer pessoalmente um prejuízo grave e irreparável.

50 No entanto, a este respeito, importa observar que, nas suas observações sobre o articulado de intervenção da República Federal da Alemanha, a PGNiG Supply afirma que pode sofrer um prejuízo antes do ano de 2020. Embora os elementos em que assenta tal alegação não resultem claramente dos seus articulados, afigura-se, pelo menos, que esta remete para os argumentos invocados no seu articulado complementar de 28 de fevereiro de 2017. Deste modo, ainda que, não obstante, aparentemente apoie os seus argumentos relativos à demonstração da existência de *fumus boni juris*, o documento anexado pela PGNiG Supply a este articulado pode, assim, ser interpretado como um elemento que tenta provar a iminência do prejuízo alegado, apesar da existência dos contratos de transporte e de entrega de gás referidos no n.º 46, *supra*, cuja expiração está prevista para 2020 e 2022, respetivamente.

51 [*confidencial*]

52 [*confidencial*] Por conseguinte, segundo a PGNiG Supply, a materialização dos riscos referidos no n.º 43, *supra* não só está ligada à expiração do contrato de trânsito de gás pelo gasoduto Yamal-Europe para a Europa ocidental em 2020, seguido da expiração do contrato de fornecimento de gás à Polónia por este mesmo gasoduto em 2022, como, mais particularmente, à abordagem

seguida pela Gazprom e pela Federação Russa quanto às questões relativas ao cumprimento dos acordos celebrados e ao risco de paragem dos fornecimentos de gás a qualquer momento, uma vez que existirá uma alternativa que permite entregar o gás por outra via (por exemplo, através da via de Nord Stream 1 e de OPAL).

53 Antes de mais, importa observar que, apesar do caráter primordial que a PGNiG Supply aparentemente confere ao referido elemento de prova adicional, este não constava do seu pedido de medidas provisórias apresentado em 4 de dezembro de 2016. Em seguida, não sendo necessário tomar posição, nesta fase, sobre a existência de um nexo entre o conteúdo deste documento e a decisão impugnada, basta assinalar que as alegadas ameaças estão, à primeira vista, condicionadas pela execução da decisão da entidade reguladora da energia polaca de 19 de maio de 2015, que devia ter lugar, o mais tardar, no mês de maio de 2017, mas que ainda não se tornou efetiva. Por conseguinte, caso tais ações repressivas se concretizassem após essa execução, constituiriam, com toda a probabilidade, elementos novos que permitiriam à PGNiG Supply recorrer ao juiz das medidas provisórias, em conformidade com o artigo 160.º do Regulamento de Processo, o qual poderia então adotar uma nova medida de suspensão *inaudita altera parte*, nos termos do artigo 157.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a fim de restabelecer provisoriamente a regulamentação aplicável antes da implementação do regime previsto pela decisão impugnada até se pronunciar sobre o mérito do novo pedido com base em factos novos.

54 Por conseguinte, há que concluir que, uma vez que a iminência do prejuízo alegado não foi demonstrada, a PGNiG Supply não cumpriu o requisito segundo o qual não pode aguardar o desfecho do processo relativo ao recurso principal sem sofrer pessoalmente um prejuízo grave e irreparável devido à execução da decisão impugnada.

55 Daqui decorre que o requisito da urgência não está preenchido, pelo que o presente pedido de medidas provisórias deve ser indeferido, sem que seja necessário examinar o requisito relativo à existência de *fumus boni juris* nem proceder à ponderação dos interesses.

56 Nestas condições, e à luz da jurisprudência segundo a qual o interesse invocado pela parte interveniente é tido em conta, se for caso disso, no âmbito da ponderação dos interesses (Despacho de 26 de julho de 2004, Microsoft/Comissão, T-201/04 R, EU:T:2004:246, n.º 34), não é necessário decidir dos pedidos de intervenção das três requerentes de intervenção.

57 A este respeito, há que observar que, por petição de 18 de janeiro de 2017, a PGNiG Supply requereu o tratamento confidencial de um determinado número de informações em relação à OGT e à Gazprom. À luz do n.º 56, *supra*, este pedido deve requalificado como um pedido de tratamento confidencial em relação ao público, nos termos do artigo 66.º do Regulamento de Processo. Neste contexto, basta constatar que as informações que figuram no presente despacho, excetuando as que são especificamente omitidas nos n.os 19, 51 e 52 da versão pública do presente despacho, ou foram apresentadas e discutidas na audição pública realizada em 5 de julho de 2017, ou não foram objeto de justificação suficiente quanto à sua omissão e que, assim, não existe qualquer razão legítima para julgar procedente o pedido.

58 Nos termos do artigo 158.º, n.º 5, do Regulamento de Processo, deve reservar-se para final a decisão quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL GERAL

decide:

1) O pedido de medidas provisórias é indeferido.

2) É revogado o Despacho de 23 de dezembro de 2016, PGNiG Supply & Trading/Comissão (T-849/16 R).

3) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.

Feito no Luxemburgo, em 21 de julho de 2017.

O secretário
E. Coulon

O presidente
M. Jaeger