Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção)

3 de dezembro de 2014*

«Auxílios de Estado — Eletricidade — Compensação dos custos suplementares de produção — Obrigação de serviço público de produzir certos volumes de eletricidade a partir de carvão nacional — Mecanismo de entrada em funcionamento preferencial — Decisão de não levantar objeções — Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado comum — Recurso de anulação — Afetação individual — Afetação substancial da posição concorrencial — Admissibilidade — Não abertura do procedimento formal de investigação — Dificuldades sérias — Serviço de interesse económico geral — Segurança do fornecimento de eletricidade — Artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54/CE — Livre circulação de mercadorias — Proteção do ambiente — Diretiva 2003/87/CE»

No processo T-57/11,

Castelnou Energía, SL, com sede em Madrid (Espanha), representada inicialmente por E. Garayar Gutiérrez, em seguida, por C. Fernández Vicién, A. Pereda Miquel e C. del Pozo de la Cuadra, depois, por Fernández Vicién, L. Pérez de Ayala Becerril e D. Antón Vega e, por último, por Fernández Vicién, Pérez de Ayala Becerril e C. Vila Gisbert, advogados,

recorrente,

apoiada por:

Greenpeace-España, com sede em Madrid (Espanha), representada inicialmente por N. Ersbøll, S. Rating e A. Criscuolo e, em seguida, por Ersbøll e Rating, advogados,

interveniente,

contra

Comissão Europeia, representada por É. Gippini Fournier e C. Urraca Caviedes, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

Reino de Espanha, representado inicialmente por J. Rodríguez Cárcamo, em seguida, por M. Muñoz Pérez e N. Díaz Abad, depois, por Díaz Abad e S. Centeno Huerta e, por último, por A. Rubio González e M. Sampol Pucurull, abogados del Estado,

por

* Língua do processo: espanhol.

Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, com sede em Oviedo (Espanha), representada por J. Álvarez de Toledo Saavedra e J. Portomeñe López, advogados,

por

E.ON Generación, SL, com sede em Santander (Espanha), representada inicialmente por E. Sebastián de Erice Malo de Molina e S. Rodríguez Bajón e, em seguida, por Rodríguez Bajón, advogados,

por

Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada inicialmente por K. Desai, solicitor, S. Cisnal de Ugarte e M. Peristeraki, advogados, e, em seguida, por Cisnal de Ugarte,

e por

Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunión), com sede em Madrid (Espanha), representada inicialmente por K. Desai, solicitor, S. Cisnal de Ugarte e M. Peristeraki, advogados, e, em seguida, por Cisnal de Ugarte e A. Baumann, advogados,

intervenientes,

que tem por objeto o pedido de anulação da Decisão C (2010) 4499 da Comissão, de 29 de setembro de 2010, relativa ao auxílio estatal N 178/2010, notificado pelo Reino de Espanha sob a forma de compensação de serviço público associada a um mecanismo de entrada em funcionamento preferencial a favor das centrais de produção de energia elétrica que utilizem carvão autóctone,

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção),

composto por: M. E. Martins Ribeiro, presidente, S. Gervasoni (relator) e L. Madise, juízes,

secretário: J. Palacio González, administrador principal,

vistos os autos e após a audiência de 30 de setembro de 2014,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

1 Pela Decisão C (2010) 4499, de 29 de setembro de 2010, relativa ao auxílio de Estado N 178/2010 notificado pelo Reino de Espanha a favor da produção de energia elétrica a partir de carvão autóctone (a seguir «decisão impugnada»), a Comissão, no essencial, autorizou os auxílios previstos pelo Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se estabelece el procedimiento de resolución de restricciones por garantia de suministro y se modifica el Real Decreto 2019/1997, de 26 de, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energia eléctrica (Real Decreto n.º 134/2010, de 12 de fevereiro de 2010, que cria um mecanismo de restrições que se destinam a garantir o aprovisionamento e que altera o Decreto Real n.º 2019/1997, de 26 de dezembro de 2010, que organiza e regulamenta o mercado da produção de energia elétrica, BOE n.º 51, de 27 de fevereiro de 2010, p. 19123), bem como pelo projeto de alterações que conduziu à aprovação, posteriormente à decisão impugnada, do Real Decreto 1221/2010, de 1 octubre, por el que se modifica el Real Decreto 134/2010 y se modifica el Real Decreto 2019/1997, de 26 de deciembre, por el que se organiza y

regula el mercado de producción de energia eléctrica (Real Decreto n.º 1221/2010, de 1 de outubro de 2010, que altera o Decreto Real n.º 134/2010 e que altera o Decreto Real n.º 2019/1997, de 26 de dezembro de 2010, que organiza e regula o mercado da produção de energia elétrica, BOE n.º 239, de 2 de outubro de 2010, p. 83983) (a seguir «medida litigiosa»).

2 Nos termos da medida litigiosa, as dez centrais de produção de energia elétrica, que são identificadas no anexo II do Real Decreto 134/2010, são obrigadas a abastecer-se com carvão dito «autóctone» (de origem espanhola), cujo preço é mais elevado do que o de outros combustíveis, e a produzir determinados volumes de eletricidade a partir desse carvão (23,35 TWh por ano).

3 A fim de minorar as dificuldades de acesso ao mercado diário de venda de eletricidade defrontadas pelas centrais beneficiárias, tendo em conta o preço elevado do carvão que são obrigadas a utilizar, a medida litigiosa instituiu um «mecanismo de entrada em funcionamento preferencial». O mecanismo de entrada em funcionamento preferencial assenta essencialmente na compra da eletricidade produzida por essas centrais com preferência à produzida pelas centrais que utilizam carvão importado, fuelóleo e gás natural e às empresas que operam em ciclo combinado, a qual é retirada do mercado diário de energia para assegurar a venda nesse mercado de volumes de eletricidade pelas centrais beneficiários a partir de carvão nacional.

4 Os proprietários das centrais beneficiárias recebem uma compensação igual à diferença entre os custos suplementares da produção que suportaram e o preço de venda no mercado diário da eletricidade. O Anexo II do Real Decreto 134/2010 estabelece o método de cálculo dessa compensação, bem como o modo de fixação dos volumes de eletricidade que as centrais beneficiárias devem apresentar anualmente. O financiamento do mecanismo faz-se através de um fundo controlado pelo Estado. As despesas anuais previstas elevam-se a 400 milhões de euros.

5 A medida litigiosa expirará em 31 de dezembro de 2014.

6 Na sequência de contactos anteriores à notificação, iniciados em janeiro de 2010, o Reino de Espanha notificou formalmente, com base no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, a medida litigiosa à Comissão (n.ºs 1, 7 e 11 da decisão impugnada).

7 Depois de considerar que as obrigações impostas pela medida litigiosa aos proprietários das centrais beneficiárias correspondiam à gestão de um serviço de interesse económico geral (a seguir «SIEG») justificado pela garantia da segurança do fornecimento de eletricidade (n.ºs 77 a 103 da decisão impugnada), a Comissão concluiu pela existência de um auxílio de Estado, devido à não observância da quarta condição enunciada no acórdão de 24 de julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Colet., EU:C:2003:415), relativa ao método de determinação do nível de compensação das obrigações de serviço público (n.ºs 104 a 127 da decisão impugnada). Porém, a Comissão declarou o auxílio em causa compatível com o mercado interno nos termos do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, segundo o qual «[a]s empresas encarregadas da gestão de SIEG [...] ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada» (n.ºs 128 a 163 da decisão impugnada).

8 A Comissão decidiu, com base no artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [108.° TFUE] (JO L 83, p. 1), não levantar objeções em relação a este auxílio de Estado.

Tramitação e pedidos das partes

9 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 27 de janeiro de 2011, a recorrente Castelnou Energía, SL, interpôs o presente recurso.

10 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal Geral, respetivamente, em 3 e 17 de março e 13 e 14 de abril de 2011, O Reino de Espanha, a Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, a E.ON Generación, SL, a Comunidad Autónoma de Castilla y León e a Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunión) pediram para intervir em apoio dos pedidos da Comissão no presente processo. Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 3 de maio de 2011, a Greenpeace-España pediu para intervir em apoio dos pedidos da recorrente.

11 A recorrente pediu o tratamento confidencial, relativamente a esses requerentes de intervenção, de certos elementos constantes da petição inicial, na réplica e na corrigenda acrescentada à réplica, bem como de determinados elementos constantes do articulado de intervenção do Reino de Espanha.

12 Por despachos do presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral de 13 de julho de 2011, foram deferidos os pedidos de intervenção a favor da Comissão apresentados pelo Reino de Espanha, pela Hidroeléctrica del Cantábrico, pela E.ON Generación, pela Comunidad Autónoma de Castilla y León e pela Carbunión. A decisão sobre o pedido de tratamento confidencial foi deixada para final.

13 O Reino de Espanha e a Hidroeléctrica do Cantábrico pediram o tratamento confidencial, relativamente aos outros intervenientes, de certos elementos constantes das suas observações de intervenção.

14 Por despacho de 6 de novembro de 2012, o presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral deferiu o pedido de intervenção da Greenpeace-España em apoio dos pedidos da recorrente. A decisão sobre o pedido de tratamento confidencial foi deixada para final.

15 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido alterada, o juiz-relator foi afetado à Segunda Secção, à qual o presente processo foi, por conseguinte, atribuído.

16 Por despacho de 9 de dezembro de 2013, o presidente da Segunda Secção do Tribunal Geral deferiu os pedidos de tratamento confidencial, com exceção do pedido da recorrente relativamente ao Reino de Espanha referente a algumas passagens ocultadas na petição inicial e na réplica, com as retificações. Na audiência, o representante da recorrente declarou espontaneamente que renunciava à confidencialidade dos dados cuja proteção pedira, o que ficou consignado em ata.

17 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso admissível;

— anular a decisão impugnada;

— condenar nas despesas a Comissão e as intervenientes que a apoiam.

18 A Greenpeace-España, intervindo em apoio da recorrente, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas, incluindo as despesas por ela efetuadas.

19 A Comissão, apoiada pelo Reino de Espanha, pela E.ON Generación, pela Comunidad Autónoma de Castilla y León e pela Carbunión, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso inadmissível e, subsidiariamente, negar-lhe provimento;

— condenar a recorrente nas despesas.

20 A Hidroeléctrica del Cantábrico conclui pedindo que o Tribunal se digne negar provimento ao recurso.

Questão de direito

1. *Quanto à admissibilidade*

21 Não tendo embora suscitado formalmente uma exceção de inadmissibilidade nos termos do artigo 114.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a Comissão, apoiada pelo Reino de Espanha, pela Hidroeléctrica del Cantábrico, pela E. ON, pela Comunidad Autónoma de Castilla y León e pela Carbunión, alega a inadmissibilidade do presente recurso por ilegitimidade processual da recorrente.

22 A título liminar, importa recordar que, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, «[q]ualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução».

23 No caso em apreço, a decisão impugnada tem como único destinatário o Reino de Espanha e diz respeito a um auxílio individual na aceção do artigo 1.º, alínea e), do Regulamento n.º 659/1999, uma vez que é concedido a dez centrais identificadas no anexo II do Real Decreto 134/2010 (v. n.º 2, *supra*). Uma vez que a decisão impugnada teve, portanto, um alcance individual, não pode constituir um ato regulamentar no sentido do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, que se refere a qualquer ato de alcance geral com exceção dos atos legislativos (v., neste sentido, despacho de 3 de abril de 2014, CFECGC França Télécom-Orange/Comissão, T-2/13, EU:T:2014:226, n.º 28).

24 Daqui decorre que, uma vez que a recorrente não é a destinatária da decisão impugnada, o seu recurso só será admissível se a recorrente for direta e individualmente afetada pela referida decisão.

25 Segundo jurisprudência assente, quem não for destinatário de uma decisão só pode alegar que ela lhe diz individualmente respeito se a decisão o prejudicar por determinadas qualidades que lhe são específicas ou devido a uma situação de facto que o caracterize relativamente a qualquer outra pessoa, individualizando-o, por isso, de forma idêntica à do destinatário dessa decisão (acórdãos de 15 de julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colet.,1962-1964, EU:C:1963:17, 223; de 19 de maio de 1993, Cook/Comissão, C-198/91, Colet., EU:C:1993:197, n.º 20; de 15 de junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colet., EU:C:1993:239, n.º 14; e de 13 de dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Colet., EU:C:2005:761, n.º 33).

26 O presente recurso tem por objeto uma decisão da Comissão em matéria de auxílios de Estado. Há que referir que, no âmbito do procedimento de controlo desses auxílios, é preciso distinguir entre a fase preliminar de investigação dos auxílios instituída pelo artigo 108.º, n.º 3, TFUE, que tem apenas por objeto permitir à Comissão formar uma primeira opinião sobre a compatibilidade parcial ou total do auxílio em causa e a fase de exame a que se refere o artigo 108.º, n.º 2, TFUE. Só no âmbito desta fase, que se destina a permitir à Comissão obter uma informação completa sobre todos os dados do caso, é que o Tratado impõe à Comissão a obrigação de notificar os interessados para apresentarem as suas observações (acórdão de 10 de julho de 2012, Smurfit Kappa Group/Comissão, T-304/08, Colet., EU:T:2012:351, n.º 45; v., igualmente, neste sentido, acórdão de 11 de setembro de 2008, Alemanha e o./Kronofrance, C-75/05 P e C-80/05 P, Colet., EU:C:2008:482, n.º 37 e jurisprudência referida).

27 Daqui resulta que, sempre que, não tendo iniciado o procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a Comissão concluir, através de uma decisão tomada com base no artigo 108.º, n.º 3, TFUE, que um auxílio é compatível com o mercado interno, os beneficiários dessas garantias processuais só podem conseguir que elas sejam respeitadas se tiverem a possibilidade de impugnar essa decisão perante o juiz da União Europeia. Por estas razões, o juiz da União declara admissível o recurso de anulação de tal decisão, interposto por um interessado na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, quando o recorrente pretender, através da interposição do mesmo, salvaguardar os direitos processuais que lhe são conferidos por aquela disposição (v. acórdão Alemanha e o./Kronofrance, referido no n.º 26, *supra*, EU:C:2008:482, n.º 38 e jurisprudência referida; acórdão Smurfit Kappa Group/Comissão, n.º 26, *supra*, EU:T:2012:351, n.º 46).

28 Em contrapartida, se o recorrente atacar o mérito da decisão de apreciação da compatibilidade do auxílio com o mercado interno, o simples facto de poder ser considerado interessado, na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE não é suficiente para se considerar o recurso admissível. Deve então demonstrar que tem um estatuto particular, no sentido do acórdão Plaumann/Comissão, citado no n.º 25, *supra* (EU:C:1963:17).

29 No caso em apreço, a recorrente é parte interessada na aceção do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, uma vez que é, segundo alega, sem impugnação por parte da Comissão ou dos intervenientes nem por qualquer dos documentos juntos aos autos, uma concorrente direta das centrais beneficiárias da medida litigiosa. Todavia, a recorrente não se limita, nos fundamentos apresentados em apoio do seu recurso, a pôr em causa a ausência, nas circunstâncias do caso em apreço, da abertura do procedimento formal de exame, mas contesta igualmente o mérito da decisão de apreciação do auxílio. A este propósito, as partes estão em desacordo quanto à questão de saber se a recorrente goza de um estatuto especial que a individualiza em comparação com os outros operadores em causa e se, nesta base, ela pode contestar o mérito da apreciação da compatibilidade do auxílio em causa com o mercado interno feita na decisão impugnada, independentemente da salvaguarda dos seus direitos processuais.

30 Deve recordar-se, a este respeito, que, quando um recorrente contesta o mérito de uma decisão da Comissão de abrir o procedimento formal de investigação, o simples facto de um ato ser suscetível de exercer uma certa influência sobre as relações de concorrência existentes no mercado pertinente e de a empresa em causa se encontrar numa qualquer relação de concorrência com o beneficiário desse ato não é suficiente. Assim, uma empresa não pode invocar unicamente a sua qualidade de concorrente relativamente a uma empresa beneficiária, mas deve provar, além disso, que está numa posição de facto que a individualiza de forma análoga à do destinatário da decisão (acórdãos de 22 de novembro de 2007, Espanha/Lenzing, C-525/04 P, Colet., EU:C:2007:698, n.ºs 32 e 33, e de 22 de dezembro de 2008, British Aggregates/Comissão, C-487/06 P, Colet., EU:C:2008:757, n.ºs 47 e 48). É esse o caso, nomeadamente, se a posição do recorrente no mercado for substancialmente afetada pelo auxílio objeto da decisão em causa, uma vez que essa afetação substancial da sua posição concorrencial a distingue dos outros operadores afetados pelo referido auxílio (v. acórdão Alemanha e o./Kronofrance, referido no n.º 26, *supra*, EU:C:2008:482, n.º 40 e jurisprudência referida; v., igualmente, neste sentido, acórdão Smurfit Kappa Group/Comissão, n.º 26, *supra*, EU:T:2012:351, n.º 57).

31 Segundo jurisprudência igualmente assente, a prova de um prejuízo substancial causado à posição de um concorrente no mercado não pode ser limitada à presença de determinados elementos que indiquem uma degradação dos seus resultados comerciais ou financeiros. Com efeito, a concessão de um auxílio de Estado pode prejudicar a situação concorrencial de um operador, nomeadamente, incentivando numa perda de lucros ou uma evolução menos favorável do que a que teria sido registada na inexistência de tal auxílio. Do mesmo modo, a intensidade de tal violação pode variar segundo um grande número de fatores tais como, designadamente, a estrutura do mercado em causa ou a natureza do auxílio em questão (acórdão Espanha/Lenzing, referido no n.º 30, *supra*, EU:C:2007:698, n.º 35, e despacho de 11 de janeiro de 2012, Phoenix-Reisen e DRV/Comissão, T-58/10, EU:2012:3, n.º 46). Por outro lado, não cabe ao juiz da União, na fase do exame da

admissibilidade, pronunciar-se de maneira definitiva sobre as relações de concorrência entre uma parte recorrente e os beneficiários das medidas em causa. Neste contexto, o recorrente só tem de indicar, de forma pertinente, as razões pelas quais a decisão impugnada é suscetível de lesar os seus interesses legítimos, afetando substancialmente a sua posição no mercado em causa (v. despacho Phoenix-Reisen e DRV/Comissão, já referido, EU:T:2012:3, n.º 45 e jurisprudência referida).

32 No caso em apreço, a recorrente forneceu elementos que permitem demonstrar a afetação substancial da sua posição concorrencial pela medida litigiosa, o que a distingue dos outros operadores afetados pela referida medida, ou, pelo menos, demonstram que se encontra numa situação de facto que a individualiza.

33 Em primeiro lugar, a recorrente precisou que a afetação da sua posição concorrencial mais importante que a da maior parte das outras centrais de ciclo combinado se explicava pela situação geográfica específica da sua central. Com efeito, está situada na região de Aragón (Espanha), região que não só se encontra em situação de sobrecapacidade, mas que é aquela em que está implantada a principal central beneficiária da medida litigiosa (Teruel), encarregada de produzir mais de um quarto do volume da eletricidade produzida a partir de carvão autóctone (v. o quadro reproduzido no n.º 62 da decisão impugnada).

34 A recorrente forneceu dados que confirmam esta alegação. Assim, a Comissão apresentou, na réplica, bem como nas suas observações sobre os articulados das intervenientes em apoio da Comissão, as percentagens de eletricidade produzida pelas centrais de ciclo combinado retirada do mercado diário durante o mês de junho de 2011 devido à execução da medida litigiosa. Há que precisar a este propósito, antes de mais, como a Comissão aliás sublinhou a propósito de dados apresentadas por diversos intervenientes, que esses dados posteriores à decisão impugnada e a interposição do recurso podem ser tomados em consideração para verificar a admissibilidade do presente recurso. Com efeito, se é certo que a admissibilidade de um recurso deve ser apreciada à data da sua interposição, a condição específica de admissibilidade que é a afetação substancial da posição concorrencial por uma medida de auxílio ainda não aplicada implica uma análise prospetiva que pode ser confirmada através de dados posteriores a essa data (v., neste sentido, acórdãos de 21 de outubro de 2004, Lenzing/Comissão, T-36/99, Colet., EU:T:2004:312, n.º 87, e de 20 de setembro de 2007, Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Comissão, T-375/03, EU:T:2007:293, n.º 60). No caso em apreço, tendo a medida litigiosa sido executada em fevereiro de 2011, não se pode acusar a recorrente de não ter fornecido esses dados na sua petição apresentada em 27 de janeiro de 2011. Há que referir, em seguida, que a Comissão, como o Reino de Espanha, ao qual foram comunicadas as percentagens em questão na sequência da recusa do seu tratamento confidencial, não procuraram demonstrar o seu caráter errado, embora tivessem essa possibilidade, tratando-se de percentagens de que a recorrente tinha especificado terem sido calculadas a partir de dados publicados pelo operador do sistema do mercado elétrico espanhol (Red Eléctrica de España, REE).

35 Resulta das percentagens comunicadas pela recorrente que a aplicação da medida litigiosa não produz os mesmos efeitos sobre todas as centrais de ciclo combinado e que a central da recorrente faz parte das três centrais de ciclo combinado mais afetadas dentre as 39 centrais referenciadas. Mais precisamente, a central da recorrente é duas vezes mais afetada pela medida litigiosa do que o são em média a totalidade das centrais de ciclo combinado (60,8% contra 27,6%). Além disso, a central mais afetada pela medida litigiosa (Escatrón 3) está situada, como a da recorrente, na região de Aragón.

36 Em segundo lugar, a recorrente precisou, sem ser contestada neste ponto, que, diversamente das duas centrais de ciclo combinado mais afetadas pertencentes a grupos proprietários de outras centrais que beneficiam da medida litigiosa, o grupo empresarial a que pertence não possuía outro central e, assim, não podia compensar as perdas ocasionadas pela medida litigiosa, que estima em mais de 50 milhões de euros, com as receitas geradas pela referida medida.

37 A recorrente demonstrou assim a existência de um prejuízo da sua posição concorrencial que a distingue das outras centrais não beneficiárias lesadas pela medida litigiosa.

38 Nenhum dos argumentos e elementos apresentados pela Comissão e pelos intervenientes que a apoiam são aptos a pôr em causa esta consideração.

39 Em primeiro lugar, contrariamente ao que sustentam a Comissão e o Reino de Espanha, e como será declarado, nomeadamente, nos n.os 95 e 96, *infra*, o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial faz parte integrante da medida de auxílio notificada, pelo que os efeitos desse mecanismo, tal como foram tomados em conta nos n.os 33 a 36, *supra*, podem bastar para declarar a afetação individual da recorrente pela medida litigiosa objeto da decisão impugnada.

40 Em segundo lugar, os argumentos e os dados invocados pela Comissão e o Reino de Espanha que visam demonstrar que a produção das centrais de ciclo combinado não foi afetada pela medida litigiosa não são relevantes no caso em apreço, uma vez que, como salienta com razão a recorrente, dizem respeito a todas as centrais dessa categoria e não permitem excluir a existência de situações específicas dentro desta categoria. Mais ainda, se, como alegam as partes, a produção de energia elétrica pelas centrais de ciclo combinado aumentou desde a execução da medida litigiosa, este aumento mais não faz do que corroborar a particularidade da situação da recorrente entre as centrais da sua categoria, uma vez que afirmou que, nos meses consecutivos ao começo de aplicação da medida litigiosa, a sua central foi colocada durante longos períodos numa situação de paragem, o que conduz necessariamente à diminuição da sua produção, não tendo a Comissão nem os intervenientes que a apoiam fornecido elementos suscetíveis de pôr em causa esta afirmação.

41 Em terceiro lugar, também não são pertinentes para contestar a afetação individual da recorrente no caso em apreço os argumentos apresentados pelo Reino de Espanha e pela Hidroeléctrica del Cantábrico, que consistem, no essencial, em considerar que a recorrente estava em condições de evitar a degradação dos seus resultados comerciais ou financeiros instalando a sua central noutra região ou procurando escoamento noutros mercados. Com efeito, segundo a jurisprudência, o facto de uma empresa conseguir evitar ou limitar essa degradação, por exemplo ao realizar economias ou desenvolvendo-se noutros mercados mais rentáveis, não pode levar a excluir a sua legitimidade, uma vez que essas diligências não põem em causa e são mesmo a consequência das repercussões substanciais do auxílio na sua situação (v., neste sentido, acórdão Espanha/Lenzing, referido no n.º 30, *supra*, EU:C:2007:698, n.º 36). Pode observar-se, de qualquer forma, que, segundo os dados fornecidos pelo Reino de Espanha e pela recorrente, sem contestação das outras partes, não se pode considerar que a recorrente evitou ou limitou a degradação da sua situação comercial através do escoamento para outros mercados. Com efeito, durante os primeiros sete meses de aplicação da medida litigiosa, só conseguiu escoar no mercado dito das «restrições técnicas» cerca de 15% da quantidade de eletricidade retirada do mercado devido à medida litigiosa e apenas no mês de junho de 2011.

42 Em quarto lugar, também não é pertinente o facto alegado pela Hidroeléctrica del Cantábrico na audiência e não contestada pela recorrente, segundo a qual a eletricidade produzida por esta última não foi retirada do mercado em aplicação da medida litigiosa ao longo dos anos de 2012 a 2014. Com efeito, por um lado, como referido pela recorrente na audiência, essa não retirada explica-se pela sua decisão de não apresentar uma oferta de eletricidade no mercado diário e assim prolongar a sua situação de paragem, tendo em atenção a dimensão da retirada das suas propostas em 2011 e da dificuldade consecutiva de assumir as suas obrigações contratuais de abastecimento de gás. Essa explicação, que mais não faz do que corroborar a importância do impacto produzido pela medida litigiosa sobre a situação concorrencial da recorrente, não é infirmada pela alegação de vários intervenientes acerca da falta de competitividade das propostas da recorrente. Com efeito, tal problema de competitividade pode justificar a falta de aceitação de uma proposta, mas não a falta de apresentação da mesma e além disso não está excluído que este alegado problema de competitividade seja precisamente causado pela medida litigiosa, uma vez que a recorrente não tinha tido qualquer dificuldade em colocar as suas propostas no mercado diário antes da entrada em vigor da referida

medida. Por outro lado, e em todo o caso, tendo as partes, admitido na audiência que a medida litigiosa produziu efeitos mais importantes durante o ano de 2011 e tendo em conta que os dados fornecidos pela recorrente com vista a demonstrar a afetação substancial da sua posição concorrencial durante esse ano não foram contestadas, não se pode exigir à recorrente, para efeitos do reconhecimento da admissibilidade do seu recurso, que demonstrasse igualmente no caso em apreço a sua afetação substancial durante toda a duração de aplicação da medida litigiosa.

43 A recorrente é, por conseguinte, individualmente afetada pela decisão impugnada. A recorrente é de igual modo diretamente afetada pela decisão impugnada, uma vez que, no caso em apreço, a possibilidade de as autoridades espanholas decidirem não concederem os auxílios autorizados é meramente teórica, e a vontade das referidas autoridades de agir nesse sentido não deixa qualquer dúvida (v., neste sentido, acórdão de 18 de novembro de 2009, Scheucher Fleisch e o./Comissão T-375/04, Colet., EU:T:2009:445, n.º 36 e jurisprudência referida).

44 Resulta de todas as considerações precedentes que o presente recurso deve ser declarado admissível na íntegra.

2. *Quanto ao mérito*

45 A recorrente invoca oito fundamentos em apoio do seu recurso, que podem ser agrupados em cinco fundamentos.

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação dos direitos processuais da recorrente previstos no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, bem como dos princípios gerais do respeito dos direitos de defesa e da boa administração

46 A recorrente, apoiada pela Greenpeace-España, alega que a Comissão violou os seus direitos processuais devido à não abertura do procedimento formal de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE. Segundo a recorrente, ao não abrir o processo formal de investigação, a Comissão também incumpriu o seu dever de exame diligente e imparcial da medida litigiosa e, deste modo, o princípio da boa administração, assim como o princípio do respeito dos direitos de defesa, dado que a recorrente não teve a possibilidade de apresentar as suas observações na sua qualidade de parte interessada.

47 A título liminar, importa recordar que, no âmbito do procedimento de controlo desses auxílios, é preciso distinguir entre, por um lado, a fase preliminar de investigação dos auxílios instituída pelo artigo 88.º, n.º 3, e, por outro, a fase formal de investigação prevista no artigo 108.º, n.º 2, TFUE (v. n.º 26, *supra*). Segundo jurisprudência assente, o procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE é indispensável sempre que a Comissão depare com dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado interno (v. acórdão de 10 de fevereiro de 2009, Deutsche Post e DHL International/Comissão, T-388/03, Colet., EU:T:2009:30, n.º 88 e jurisprudência referida).

48 A Comissão só pode, por conseguinte, limitar-se à fase preliminar prevista no artigo 88.º, n.º 3, CE para tomar uma decisão favorável a uma medida estatal notificada se tiver a convicção, no termo de um primeiro exame, de que essa medida não constitui um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, ou de que, embora constituindo um auxílio, é compatível com o Tratado. Em contrapartida, se esse primeiro exame a tiver levado à convicção oposta, ou não tiver permitido ultrapassar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da medida considerada, a Comissão tem o dever de se rodear de todos os pareceres necessários e dar início, para o efeito, ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, TFUE (acórdão British Aggregates/Comissão, já referido no n.º 30, *supra*, EU:C:2008:757, n.ºs 186 e 187; acórdão de 27 de setembro de 2011, 3F/Comissão T-30/03 RENV, Colet., EU:T:2011:534, n.º 53).

49 Esta obrigação resulta diretamente do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, tal como interpretado pela jurisprudência, e é confirmada pelas disposições do artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento n.º 659/1999, quando a Comissão constata, após um exame preliminar, que a medida notificada suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno (v. acórdão Smurfit Kappa Group/Comissão, n.º 26, *supra*, EU:T:2012:351, n.º 62 e jurisprudência referida).

50 Assim, cabe à Comissão determinar, em função das circunstâncias de facto e de direito de cada caso, se as dificuldades encontradas no exame da compatibilidade do auxílio impõem a abertura do procedimento formal de exame. Esta apreciação deve satisfazer três requisitos (v. acórdão Deutsche Post e DHL International/Comissão, referido no n.º 47, *supra*, EU:T:2009:30, n.º 89 e jurisprudência referida).

51 Em primeiro lugar, o artigo 108.º TFUE circunscreve o poder da Comissão de se pronunciar sobre a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum no termo da fase preliminar apenas às medidas que não suscitem dificuldades sérias, de forma que este critério tem caráter exclusivo. Assim, a Comissão não se pode recusar a dar início ao procedimento formal de exame invocando outras circunstâncias, como o interesse de terceiros, considerações de economia processual ou qualquer outra razão de conveniência administrativa ou política (v. acórdão Deutsche Post e DHL International/Comissão, referido no n.º 47, *supra*, EU:T:2009:30, n.º 90 e jurisprudência referida).

52 Em segundo lugar, quando depara com dificuldades sérias, a Comissão está obrigada a dar início ao procedimento formal e não goza, a este respeito, de qualquer poder discricionário (acórdão Deutsche Post e DHL International/Comissão, referido no n.º 47, *supra*, EU:T:2009:30, n.º 91).

53 Em terceiro lugar, o conceito de dificuldades sérias tem caráter objetivo. A existência de tais dificuldades deve ser apreciada tanto em função das circunstâncias do ato impugnado como do seu conteúdo, de modo objetivo, relacionando as razões da decisão com os elementos de que a Comissão dispunha quando se pronunciou sobre a compatibilidade do auxílio controvertido com o mercado interno. Daqui decorre que, contrariamente ao que sustenta E. Generación, a fiscalização da legalidade efetuada pelo Tribunal Geral no que toca à existência de dificuldades sérias, por natureza, só pode limitar-se à procura de erros manifestos de apreciação (v., neste sentido, acórdão Deutsche Post e DHL International/Comissão, referido no n.º 47, *supra*, EU:T:2009:30, n.º 92 e jurisprudência referida).

54 A este respeito, há que observar que a recorrente tem o ónus da prova da existência de dificuldades sérias, prova essa que pode fornecer a partir de um leque de indícios concordantes, relativos, por um lado, às circunstâncias e à duração da fase preliminar de análise e, por outro, ao conteúdo da decisão impugnada (acórdão de 15 de março de 2001, Prayon-Rupel/Comissão, T-73/98, Colet., EU:T:2001:94, n.º 49; acórdão de 16 de setembro de 2013, Colt Télécommunications France/Comissão, T-79/10, EU:2013:463, n.º 37).

55 No caso em apreço, segundo a recorrente, a existência de dificuldades sérias que levem à abertura do procedimento formal de investigação seria revelada por indícios relativos, por um lado, à fase preliminar de análise e, por outro, ao conteúdo da decisão impugnada.

Indícios: relativos ao procedimento preliminar de investigação

56 Segundo a recorrente, quatro circunstâncias que caracterizam o processo preliminar de investigação que conduziu a que fosse tomada a decisão impugnada, eram prova das dificuldades sérias enfrentadas pela Comissão na sua apreciação da medida litigiosa.

– Quanto ao primeiro indício, relativo à duração do procedimento preliminar de exame

57 A recorrente alega que a duração excessiva do procedimento preliminar de exame no caso em apreço é reveladora da existência de dificuldades sérias. Com efeito, a decisão impugnada foi tomada cerca de quatro meses e meio após a notificação da medida litigiosa, ao passo que o prazo previsto pelo Regulamento n.º 659/1999 é de dois meses. Esse prazo explica-se pelas dúvidas existentes, no seio da Comissão, quanto à compatibilidade da medida litigiosa com o mercado interno. A recorrente acrescenta, na réplica, que, tendo em conta a data de pré-notificação da medida litigiosa, em 18 de dezembro de 2009, o procedimento preliminar de investigação durou mesmo mais de nove meses.

58 Segundo jurisprudência constante, a duração da investigação preliminar pode, juntamente com outros elementos, constituir um indício de dificuldades sérias enfrentadas pela Comissão, se exceder significativamente o tempo que normalmente exigido por esse exame (acórdãos de 10 de maio de 2000, SIC/Comissão, T-46/97, Colet., EU:T:2000:123, n.º 102, e de 10 de julho de 2012, a TF1 e o./Comissão, T-520/09, EU:T:2012:352, n.º 54).

59 Por força do artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, a análise preliminar tem início a partir da receção da notificação da medida em causa. O artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 659/1999 prevê que a decisão que encerra o exame preliminar seja tomada no prazo de dois meses. Segundo esta disposição, esse prazo corre a contar do dia seguinte ao da receção de uma notificação completa.

60 Há que precisar que, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento n.º 659/1999, uma notificação é completa se permitir à Comissão tomar uma decisão em conformidade com o procedimento de exame preliminar e no procedimento formal de investigação. Além disso, nos termos do artigo 4.º, n.º 5, do mesmo regulamento, «[a] notificação considerar-se-á completa se no prazo de dois meses a contar da sua receção ou da receção de qualquer informação adicional a Comissão não solicitar mais nenhuma informação».

61 Resulta destas disposições conjugadas que uma notificação só pode ser considerada completa quando tiverem sido recebidas pela Comissão todas as informações que lhe permitam formar uma primeira opinião sobre a natureza e os efeitos da medida em causa. Considera-se que essas informações constam da notificação se a Comissão não apresentar qualquer pedido de informações adicionais no prazo de dois meses a contar da sua receção. Em contrapartida, se a Comissão apresentar pedidos de informações adicionais, a notificação deve ser considerada completa à data da receção das últimas informações solicitadas, de modo que o prazo de dois meses previsto no artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 659/1999 só começa a correr a partir dessa data (acórdão TF1 e o./Comissão, referido no n.º 58, *supra*, EU:T:2012:352, n.ºs 61 e 62).

62 No caso em apreço, o Reino de Espanha notificou a medida litigiosa à Comissão em 12 de maio de 2010 (n.º 1 da decisão impugnada). Esta notificação foi completada em 14 e 15 de junho de 2010 (n.º 2 da decisão impugnada).

63 A Comissão não considerou completa esta notificação, pelo que pediu ao Reino de Espanha informações complementares por ofício de 13 de agosto de 2010 (n.º 3 da decisão impugnada).

64 As autoridades espanholas responderam a este pedido por ofício de 31 de agosto de 2010 (n.º 3 da decisão impugnada).

65 Em 3 e 17 de setembro de 2010, as autoridades espanholas, como precisaram na audiência, transmitiram espontaneamente informações adicionais à Comissão (n.ºs 4 e 5 da decisão impugnada).

66 É assim no máximo a contar da receção das últimas informações complementares enviadas pelas autoridades espanholas em resposta a um pedido da Comissão (v. n.º 60, *supra*), ou seja, em 31 de agosto de 2010, data da sua última resposta ao pedido de informações de 13 de agosto de 2010, que importa calcular a duração do procedimento de investigação preliminar, e não, como sustenta a recorrente, a partir da notificação inicial de 12 de maio de 2010, ou mesmo logo em 18 de dezembro de 2009. Assim, nem os prazos anteriores à notificação inicial nem aos ocorridos entre este e a última resposta das autoridades espanholas entram no cálculo da duração do procedimento preliminar de investigação.

67 Assim, há que considerar que, contrariamente ao que alega a recorrente, a decisão impugnada, datada de 29 de setembro de 2010, foi tomada no prazo de dois meses previsto pelo Regulamento n.º 659/1999, que começou a correr no dia seguinte a 31 de agosto de 2010, e não no prazo de quatro meses e meio, ou mesmo mais de nove meses depois, como alegado pela recorrente.

68 Por conseguinte, a recorrente não pode validamente sustentar que a duração do procedimento preliminar de exame constitui um indício da existência de dificuldades sérias.

– Quanto ao segundo indício, relativo à correspondência entre a Comissão e as autoridades espanholas

69 A recorrente sustenta que o facto de a Comissão ter recebido cinco ofícios das autoridades espanholas com informações complementares põe em evidência a complexidade do processo. Precisa que, se a Comissão não tivesse emitido qualquer dúvida, o Reino de Espanha não teria julgado necessário fornecer-lhe tantas informações.

70 A este respeito, há que recordar a jurisprudência constante segundo a qual o simples facto de terem existido discussões entre a Comissão e o Estado-Membro notificante durante a fase preliminar de investigação e de, nesse âmbito, a Comissão ter pedido informações complementares sobre as medidas sujeitas ao seu controlo não pode, por si só, ser considerado um indício de que aquela instituição se confrontava com dificuldades sérias de apreciação. Todavia, não se pode excluir que o teor das discussões mantidas entre a Comissão e o Estado-Membro notificante durante esta fase do procedimento possa, em determinadas circunstâncias, revelar a existência de dificuldades sérias (v. acórdão TF1 e o./Comissão, referido no n.º 58, *supra*, EU:T:2012:352, n.ºs 76, 77 e jurisprudência referida).

71 No caso vertente, a Comissão, em 13 de agosto de 2010, enviou um pedido de informações ao Reino de Espanha e este notificou à Comissão não só uma resposta a este pedido, mas igualmente várias informações suplementares, ou seja, no total, cinco ofícios além da notificação inicial.

72 Todavia, a Comissão indicou ter pedido unicamente, como o Reino de Espanha confirmou na audiência, uma série de indicações técnicas, nomeadamente sobre o cálculo da compensação, bem como informações adicionais relativas aos riscos que impendem sobre a segurança do abastecimento de eletricidade. O seu âmbito de investigação ficou assim limitado à estrita apreciação da medida litigiosa notificada em relação a certas condições impostas pelo artigo 106.º, n.º 2, TFUE. Este pedido de informações, não pode, pois, enquanto tal, ser considerado revelador da existência de dificuldades sérias. Por outro lado, também não é considerado pela jurisprudência como revelador de dificuldades sérias o facto de as questões submetidas nos pedidos de informações e as respostas que lhes são dadas, nomeadamente, pelo facto de serem muitas, deixam entrever dúvidas manifestadas pela Comissão relativamente à medida notificada à luz das disposições relativas aos auxílios de Estado, uma vez que estas dúvidas sejam dissipadas na sequência das respostas das autoridades nacionais aos referidos pedidos (v. acórdão Colt Telecomunicações France/Comissão, n.º 54, *supra*, EU:T:2013:463, n.ºs 63, 65 e jurisprudência referida). Ora, no caso em apreço, o facto de a Comissão não ter

necessidade de enviar um segundo pedido de informações na sequência das respostas dadas à primeira interpelação demonstra que, mesmo admitindo que tivesse dúvidas a respeito da medida litigiosa, elas foram resolvidas.

73 Nestas condições, a correspondência entre a Comissão e as autoridades espanholas não pode ser considerada reveladora da existência de dificuldades sérias suscitadas pelo exame da medida litigiosa.

– Quanto ao terceiro indício, relativo à alteração da medida litigiosa

74 Na réplica, a recorrente sustenta, baseando-se na jurisprudência, que o facto, confirmado pelo Reino de Espanha, de a Comissão ter pedido às autoridades espanholas que alterassem a medida litigiosa é revelador da existência de dúvidas sérias quanto à sua compatibilidade com o mercado interno.

75 Saliente-se, a este respeito, que considerar, como fez a recorrente, que a alteração da medida litigiosa, admitindo que tenha ocorrido a pedido da Comissão durante o procedimento preliminar, é revelador de dificuldades sérias equivale a ignorar a finalidade do artigo 108.º, n.º 3, TFUE e do procedimento preliminar nele previsto. Com efeito, em conformidade com a finalidade do artigo 108.º, n.º 3, CE e com o dever de boa administração que lhe incumbe, a Comissão pode dar início a um diálogo com o Estado-Membro notificante a fim de superar, na fase preliminar, se necessário através da alteração do dispositivo do auxílio previsto, as dificuldades que tenha eventualmente encontrado para se pronunciar sobre a medida notificada sem que haja necessidade de iniciar o procedimento formal de investigação (v., neste sentido, acórdão de 16 de setembro de 2013, Iliad e o./Comissão, T-325/10 atualmente objeto de recurso, EU:T:2013:472, n.os 75, 78 e jurisprudência citada).

76 Além disso, ainda que a alteração tivesse ocorrido durante a fase anterior à notificação da medida litigiosa, como alegado pela Comissão, também não pode constituir um indício da existência de dificuldades sérias, uma vez que a existência de tais dificuldades deve ser apreciada à luz da confrontação da medida nacional, como notificada, às regras relativas aos auxílios de Estado. Há que acrescentar que as trocas de correspondência anteriores à notificação entre a Comissão e o Estado que procede à notificação visam também pôr cobro aos aspetos de uma medida nacional prevista que podem colocar problemas em relação às regras relativas aos auxílios estatais. Por conseguinte, contrariamente ao que sustenta a recorrente, ou o problema em causa persiste após a notificação, caso em que a Comissão dá início ao procedimento formal de investigação, de modo a permitir aos terceiros interessados exercer o seu direito de apresentar observações, ou o referido problema é corrigido e os terceiros interessados não dispõem de nenhum direito nesse sentido.

77 Estas considerações não são postas em causa pelo acórdão de 20 de março de 1984, Alemanha/Comissão, 84/82, Recueil, EU:C:1984:117), citado pela recorrente, dado que, no processo que deu lugar a este acórdão, a Comissão considerou que, apesar das alterações substanciais introduzidas na legislação nacional em causa, as dificuldades suscitadas não tinham sido totalmente resolvidas, o que, juntamente com outras circunstâncias, tinha levado o Tribunal a anular a decisão da Comissão de não dar início ao procedimento formal de investigação (n.os 16 e 19 do acórdão). Assim, não são as alterações da medida nacional que foram consideradas como um indício da existência de dificuldades sérias, mas o caráter insuficiente destas alterações que não permitiram fazer desaparecer todas as preocupações da Comissão em relação à referida medida. Ora, no caso em apreço, a recorrente não alega de modo nenhum que a alteração pretensamente dada à medida litigiosa foi insuficiente.

78 Daí resulta que a alteração da medida litigiosa não pode ser considerada reveladora de dificuldades sérias suscitadas pelo exame da referida medida.

– Quanto ao quarto indício, relativo às objeções das autoridades e operadoras espanholas

79 Segundo a recorrente, a complexidade do processo também é ilustrada pelas observações comunicadas à Comissão por vários operadores do mercado, entre as quais as suas, bem como pelos relatórios da Comisión Nacional de la Competencia (Comissão da concorrência nacional espanhola, a seguir «CNC») e por parte da Comisión Nacional de Energía (comissão nacional da energia espanhola, a seguir «CNE»). Estas observações e relatórios puseram em evidência o facto de a medida litigiosa ignorar certas disposições do Tratado e do direito derivado e deverem ter levado a Comissão a dar início ao procedimento formal de investigação. Na réplica, a recorrente precisa que, embora a CNC e a CNE não tenham competência para se pronunciar sobre a existência de um auxílio e a sua compatibilidade com o mercado interno, os seus relatórios, sublinhando o caráter indissociável das três elementos constitutivos da medida litigiosa e o seu caráter desproporcionado, são reveladores de dificuldades sérias suscitadas pelo exame da referida medida.

80 A Greenpeace-España salienta que vários terceiros manifestaram a sua inquietação quanto aos efeitos negativos para o ambiente da aplicação da medida litigiosa.

81 Há que recordar que o conceito de dificuldades sérias tem caráter objetivo e que a existência de tais dificuldades deve ser procurada, de modo objetivo, nomeadamente nas circunstâncias que rodearam a aprovação do ato impugnado (v. n.º 53, *supra*).

82 Daí resulta que não podem ser tomados em consideração para efeitos do estabelecimento da existência de dificuldades sérias o número e a amplitude das objeções formuladas contra a medida litigiosa. Com efeito, essa consideração das objeções formuladas contra a medida litigiosa equivaleria a fazer depender o início do procedimento formal de exame da oposição provocada por um plano nacional e não das dificuldades sérias defrontadas pela Comissão na sequência do exame do referido projeto. Além disso, esta abordagem levaria, como observa o Reino de Espanha, a que os opositores de um projeto pudessem facilmente atrasar o seu exame pela Comissão para a obrigar, através da sua intervenção, a dar início ao procedimento formal de investigação (acórdão Colt Telecomunicações France/Comissão, n.º 54, *supra*, EU:T:2013:463, n.ºs 73 e 74).

83 Em contrapartida, não está excluído que o teor das objeções formuladas pelos operadores e autoridades em causa possa revelar a existência de dificuldades sérias suscitadas pelo exame da medida litigiosa (acórdão Colt Telecomunicações France/Comissão, n.º 54, *supra*, EU:T:2013:463, n.º 75). Ora, uma vez que as referidas objeções se juntam às considerações formuladas pela recorrente e pela Greenpeace-España, incidindo sobre alegados indícios da existência de dificuldades sérias que se baseiam no conteúdo da decisão impugnada, há que apreciá-las nesse âmbito (v. n.ºs 86 e segs., *infra*).

84 Consequentemente, há que concluir que as objeções dos operadores privados e públicos em causa, por muitas que sejam e mesmo que sejam convergentes, não são, enquanto tais, suscetíveis de revelar a existência de dificuldades sérias.

85 Atendendo às considerações que precedem, há que concluir que os indícios alegados sobre o desenrolar do procedimento preliminar de exame, quer sejam considerados individualmente quer como um conjunto de indícios, não permitem demonstrar a existência de dificuldades sérias que obrigassem a dar início ao procedimento formal de investigação.

Indícios relativos ao conteúdo da decisão impugnada

86 A recorrente e a Greenpeace-España alegam, no essencial, que o conteúdo da decisão impugnada revela quatro indícios de que o exame da medida litigiosa apresentava dificuldades sérias.

– Quanto ao primeiro indício, baseado na análise incompleta da medida litigiosa

87 A recorrente invoca o caráter incompleto do exame da medida litigiosa levado a cabo pela Comissão. Alega, em especial, remetendo para os seus argumentos apresentados no quadro do segundo fundamento, que a Comissão não examinou os três elementos que estão indissociavelmente ligados à medida litigiosa, ou seja, a compensação financeira paga aos produtores de eletricidade, o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e a obrigação de compra de carvão autóctone, evitando assim pronunciar-se sobre diversos argumentos apresentados pelas partes interessadas. A recorrente acrescenta, na réplica, que o presidente do Tribunal Geral teria afirmado, no seu despacho de 17 de fevereiro de 2011, Gas Natural Fenosa SDG/Comissão (T-484/10 R, EU:T:2011:53, n.º 68), que a Comissão tinha procedido a um exame preliminar incompleto, examinando unicamente a compatibilidade da compensação financeira.

88 Há que recordar, a título liminar, que resulta de jurisprudência constante que o caráter insuficiente ou incompleto do exame levado a cabo pela Comissão na fase preliminar de exame constitui um indício da existência de dificuldades sérias (v. acórdão Smurfit Kappa Group/Comissão, n.º 26, *supra*, EU:T:2012:351, n.º 81 e jurisprudência referida).

89 No caso em apreço, foi efetivamente com base nesse primeiro indício da existência de dificuldades sérias, decorrente do exame incompleto da medida litigiosa, que o juiz das medidas provisórias considerou a existência de um *fumus boni juris* do pedido de suspensão da execução da decisão impugnada no despacho Gas Natural Fenosa SDG/Comissão, referido no n.º 87, *supra* (EU:T:2011:53, n.ºs 62 a 70), e os despachos de 17 de fevereiro de 2011, Iberdrola/Comissão (T-486/10 R, EU:T:2011:54, n.ºs 56 a 64) Endesa e Endesa Generación/Comissão (T-490/10 R, EU:T:2011:55, n.ºs 55 a 63) e Comunidad Autónoma de Galicia/Comissão (T-520/10 R, EU:T:2011:56, n.ºs 50 a 58).

90 Todavia, não pode se deduzir destes despachos do juiz das medidas provisórias, que por natureza, não têm força de caso julgado [despacho de 14 de fevereiro de 2002, Comissão/Artegodan, C-440/01 P (R), Colet., EU:C:2002:95, n.º 66], que o primeiro fundamento relativo a violação dos direitos processuais do recorrente deva, no caso vertente, ser julgado procedente com pelo facto de a Comissão não ter examinado a totalidade dos elementos constitutivos do auxílio em causa na fase preliminar.

91 Com efeito, resulta da decisão impugnada, como de resto dos despachos de medidas provisórias, que a medida de auxílio notificada pelas autoridades espanholas é constituída, como as partes concordam em reconhecer, por três elementos, a saber, a compensação financeira, o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e a obrigação de compra de carvão indígena (completada por uma obrigação de produção de eletricidade a partir deste carvão).

92 Mais precisamente, como resulta da descrição da medida litigiosa feita na decisão impugnada (n.º 2), esta visa garantir a segurança do aprovisionamento elétrica em Espanha, ao obrigar as centrais produtoras de eletricidade beneficiárias a comprar do carvão autóctone às minas de carvão espanholas e a produzirem determinados volumes de eletricidade a partir desse carvão. Para assegurar que as centrais beneficiárias podem vender no mercado da eletricidade os volumes de eletricidade produzidos a partir de carvão autóctone e assim garantir a segurança do abastecimento de energia elétrica em Espanha, a medida litigiosa instituiu um mecanismo de entrada em funcionamento preferencial, dando-lhes um acesso privilegiado ao referido mercado, sendo que os proprietários das centrais em causa receberão uma compensação igual à diferença entre os custos suplementares da produção suportados e o preço de venda no mercado da eletricidade (v. igualmente n.ºs 2 a 4, *supra*).

93 Daqui decorre, em primeiro lugar, que a compensação financeira prevista pela medida litigiosa tinha por objeto a cobertura dos custos ocasionados pelas obrigações de serviço público com o objetivo de garantir a segurança do aprovisionamento elétrico em Espanha, e que consistem na obrigação de compra de carvão autóctone e de produção de eletricidade a partir desse carvão.

94 Por conseguinte, a análise da obrigação de compra de carvão autóctone, que a Comissão tinha a obrigação de efetuar, consistia em verificar se essa obrigação podia efetivamente ser qualificada de obrigação de serviço público suscetível de dar lugar a uma compensação. Ora, a Comissão efetuou essa análise, no momento da sua avaliação da existência de um SIEG no sentido do artigo 106.º, n.º 2, TFUE (v. ponto 3.1 da decisão impugnada).

95 Em segundo lugar, decorre da descrição da medida litigiosa, tal como recordada no n.º 92, *supra*, que o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial constitui um «meio técnico destinado a atingir o objetivo prosseguido», «com vista [...] a garantir a eficácia do SIEG». Segundo as autoridades espanholas, sem este mecanismo, que permite que a eletricidade produzida a partir de carvão autóctone chegue ao mercado da eletricidade, esta fonte nacional de energia podia ficar ameaçada de extinção, não podendo contribuir para limitar a dependência da Espanha relativamente a fontes energéticas estrangeiras. O mecanismo de entrada em funcionamento preferencial constitui assim o nexo indispensável entre as obrigações de serviço público e o objetivo de interesse económico geral prosseguido.

96 Por conseguinte, é como meio que permite garantir a segurança do fornecimento de eletricidade em Espanha e, assim, como verificação da existência de um verdadeiro SIEG, que incumbia à Comissão examinar o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial. Por conseguinte, a Comissão, com razão, analisou o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial no âmbito da sua verificação da existência de um SIEG (ponto 3.1 da decisão impugnada). Considerou, a este respeito, que o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial era conforme com o artigo 11.º, n.º 4, 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 L 176, p. 37), nos termos do qual «[o]s Estados-Membros podem estabelecer que seja dada prioridade ao despacho das instalações de produção que utilizem fontes endógenas de energia primária».

97 A Comissão foi mesmo para além desse exame do mecanismo de entrada em funcionamento preferencial à luz das regras relativas aos auxílios de Estado, verificando a sua compatibilidade com outras disposições para além dos artigos 106.º, n.º 2, TFUE e 107.º TFUE, como as relativas à livre circulação de mercadorias (n.ºs 151 a 154 da decisão recorrida) ou o direito de propriedade consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (n.º 159 da decisão impugnada).

98 Por outro lado, a Comissão, no âmbito da sua apreciação da existência de um auxílio de Estado (designadamente nos n.ºs 113, 121 e 127 da decisão impugnada), tomados em consideração os efeitos conjugados da compensação financeira, do mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e da obrigação de compra de carvão autóctone, tendo em conta, simultaneamente, de ligações estreitas, alegados pela recorrente, entre estes três elementos constitutivos da medida litigiosa. A Comissão deduziu, assim, daí desta análise conjunta que os beneficiários da medida litigiosa eram não só as centrais elétricas, mas também os produtores de carvão autóctone.

99 Em contrapartida, tendo em conta as considerações dos n.ºs 93 a 96, *supra*, não competia à Comissão proceder a uma análise distinta do mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e da obrigação de compra de carvão autóctone, para determinar se, consideradas separadamente, estes constituíam auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno.

100 Resulta de todas as considerações precedentes que não se pode censurar à Comissão um exame incompleto da medida litigiosa e que não se pode, portanto, inferir daí a existência de dificuldades sérias suscitadas pelo exame da referida medida que deveriam ter levado a dar início ao procedimento formal de investigação.

– Quanto ao segundo indício, relativo à análise insuficiente do SIEG instituído no caso em apreço

101 Na réplica, a recorrente defende, remetendo para a sua argumentação já exposta no quadro do terceiro fundamento, que, ao não dar início ao procedimento formal de investigação, a Comissão não conseguiu aperceber-se de que a medida litigiosa, impedindo as centrais de ciclo combinado de reagir rapidamente a um aumento inesperado da procura de eletricidade, comprometeria a segurança do abastecimento de energia elétrica em Espanha e que, assim, o SIEG que é fundamento da compatibilidade da referida medida.

102 Em apoio desta afirmação, a recorrente invoca, em substância, as paragens prolongadas a que estão sujeitas as centrais de ciclo combinado, bem como a situação de incerteza em que se encontram essas centrais desde a aplicação da medida litigiosa, o que as impede de dar seguimento de forma flexível e rápida à procura de eletricidade.

103 Ora, sendo esses elementos posteriores à decisão impugnada, a Comissão não tinha de os ter em conta na sua análise (v., neste sentido, acórdão de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Colet., EU:C:2008:224, n.os 54 e 55; e acórdão de 28 de março de 2012, Ryanair/Comissão, T-123/09, EU:T:2012:164, n.º 103), e não pode, portanto, ser criticada a insuficiência do seu exame a este respeito na fase preliminar.

104 Embora a recorrente alega também, em apoio do pretenso exame insuficiente do SIEG instituído no caso em apreço, à não tomada em conta pela Comissão dos relatórios da CNE e da CNC que puseram em evidência o caráter desproporcionado da medida litigiosa relativamente ao objetivo prosseguido pelo SIEG (v. n.º 79, *supra*), há que referir que esta alegação está em contradição com os próprios termos da decisão impugnada. Com efeito, resulta da decisão impugnada, por um lado, que a Comissão explicou, no essencial, o teor desses relatórios (n.º 73 da decisão impugnada), do mesmo modo que o conjunto dos dados e alegações apresentados por terceiros (n.º 2.8 da decisão impugnada), e, por outro lado, que referiu ir proceder à verificação da inexistência de erro manifesto de apreciação na instituição do SIEG em causa, contrariamente à sua prática habitual em matéria de obrigações de serviço público que visa garantir a segurança do fornecimento de eletricidade, devido às objeções apresentadas no caso em apreço por terceiros, como as constantes dos relatórios da CNC e da CNE. (n.º 90 da decisão atacada). Pode, assim, inferir-se que a Comissão teve em conta, mesmo que não as aprovando, as objeções apresentadas pelos terceiros, entre os quais as constantes dos relatórios da CNC e da CNE. Não se pode, portanto, censurar a Comissão pela insuficiência da sua análise deste ponto na fase preliminar.

– Quanto ao terceiro indício, relativo à incompatibilidade da medida litigiosa com diversas disposições do Tratado e do direito derivado

105 A recorrente infere da alegada incompatibilidade da medida litigiosa com diversas disposições do Tratado e do direito derivado, invocadas igualmente no âmbito do quarto e quinto fundamento, que a Comissão não estava, por maioria de razão, em condições de se abster de dar início ao procedimento formal de investigação.

106 De acordo com jurisprudência assente, quando um recorrente invoca uma violação dos seus direitos processuais que resulta do facto de a Comissão não ter dado início ao procedimento formal de investigação, pode invocar qualquer fundamento suscetível de demonstrar que a apreciação das informações e dos elementos de que a Comissão dispunha na fase preliminar de análise da medida notificada devia ter suscitado dúvidas quanto à qualificação da medida notificada de auxílio de Estado e sobre a sua compatibilidade com o mercado interno. A utilização destes argumentos não pode ter por efeito alterar o objeto do recurso nem alterar os pressupostos da sua admissibilidade. Pelo contrário, a existência de dúvidas sobre essa qualificação ou sobre essa compatibilidade é

precisamente a prova que deve ser apresentada para demonstrar que a Comissão era obrigada a dar início ao procedimento formal de investigação (v., neste sentido, acórdão Smurfit Kappa Group/Comissão, n.º 26, *supra*, EU:T:2012:351, n.º 52 e jurisprudência referida).

107 Por conseguinte, compete à parte recorrente identificar os indícios relativos ao conteúdo da decisão impugnada suscetíveis de demonstrar a existência de dificuldades sérias (v. n.º 54, *supra*). Importa acrescentar que quando a parte recorrente procede, como no caso em apreço, através de uma remissão para os argumentos invocados em apoio de outros fundamentos, em que se contesta a decisão impugnada, deve identificar com precisão os argumentos aduzidos a este respeito que são, em seu entender, suscetíveis de demonstrar a existência de tais dificuldades (v., neste sentido, acórdão Iliad e o./Comissão, referido no n.º 75, *supra*, EU:T:2013:472, n.ºs 83 e 84).

108 No caso em apreço, a recorrente limita-se a alegar que «tendo em conta o que foi exposto [no âmbito da sua argumentação relativa ao quarto e quinto fundamentos] e ao considerar a incompatibilidade da medida litigiosa não só com as disposições do Tratado que asseguram a liberdade de estabelecimento e a livre circulação das mercadorias mas também com diversos instrumentos de direito derivado, a Comissão não estava […] em condições de se abster de dar início ao procedimento formal de investigação», há que considerar que essa remissão vaga e não fundamentada não permite ao Tribunal identificar os elementos precisos invocados em apoio do quarto e quinto fundamentos que demonstram, segundo a recorrente, a existência de dificuldades sérias. Logo, há que examinar a argumentação relativa à incompatibilidade da medida litigiosa com diversas disposições do Tratado e do direito derivado unicamente no âmbito da apreciação do quarto e do quinto fundamento.

– Quanto ao quarto indício, relativo ao exame insuficiente e incompleto da medida litigiosa à luz das disposições ambientais

109 A Greenpeace-España alega que o inquérito realizado no âmbito do procedimento preliminar foi, por um lado, insuficiente, uma vez que a Comissão não dispunha das informações necessárias para se pronunciar sobre o impacto ambiental da medida litigiosa e, por outro lado, incompleta, uma vez que a Comissão não examinou se essa medida violava noutras disposições do Tratado e do direito derivado além das relativas aos auxílios estatais, no caso em apreço as disposições ambientais, e dado que a sua análise da compatibilidade dessa medida com a Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32), com alterações, foi parcial. A Greenpeace-España invoca, no essencial, os mesmos argumentos em apoio da sua alegação de que a Comissão violou o seu dever de fundamentação.

110 Nas suas observações sobre as alegações de intervenção da Greenpeace-España, a Comissão alega que a argumentação da interveniente é inadmissível, pois desvia o debate entre as partes, orientando-o para questões jurídicas totalmente distintas.

111 Importa recordar que, por força de jurisprudência assente, embora o artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo não se oponham a que o interveniente apresente argumentos diferentes dos da parte que apoia, permite-o contudo na condição de que não alterem o quadro do litígio e que a intervenção tenha sempre por objetivo o apoio dos pedidos apresentados por ela (acórdão de 8 de junho de 1995, Siemens/Comissão, T-459/93, Colet., EU:T:1995:100, n.ºs 21 a 23; acórdão de 9 de setembro de 2009, Diputación Foral de Álava e o., T-230/01 a T-232/01 e T-267/01 a T-269/01, EU:T:2009:316, n.º 301).

112 No caso em apreço, resulta dos n.ºs 105 e 108, *supra*, que, embora não tenha apresentado qualquer argumento em apoio da sua alegação nem a tenha fundamentado, a recorrente alegou que, tendo em conta a incompatibilidade da medida litigiosa com diversas disposições do Tratado e do direito derivado diferentes das relativas aos auxílios de Estado, como as disposições em matéria ambiental, a

Comissão não se podia deixar de dar início ao procedimento formal de investigação. Por conseguinte, contrariamente ao que defende a Comissão, a argumentação baseada na existência de dificuldades sérias invocado pela Greenpeace-España não modifica o objeto do litígio e deve ser declarado admissível.

113 Quanto à alegada demonstração da existência de dificuldades sérias por esse indício, basta observar, sem que tenhamos de nos pronunciar nesta fase sobre a sua obrigação de examinar a conformidade da medida litigiosa com as disposições ambientais (v. n.os 187 a 191, *infra*), que a Comissão respondeu ao conjunto das preocupações manifestadas pelos terceiros relativas aos efeitos negativos sobre o ambiente da aplicação da medida litigiosa. Assim, a Comissão entendeu, em resposta às alegações de aumento das emissões poluentes causado pela medida litigiosa (n.os 70 e 75 da decisão recorrida), que o facto de a referida medida conduzir a um aumento das emissões de CO_2 pelas centrais de carvão autóctone bem como o aumento do preço dos direitos de emissão não conduziria a um aumento do CO_2 globalmente emitido em Espanha, o qual continua, em princípio nos limites correspondentes aos compromissos assumidos pelas autoridades espanholas, atendendo ao regime de comércio de direitos de emissão instituído pela Diretiva 2003/87 (n.os 156 e 157 da decisão recorrida). Nestas condições, a Comissão não era obrigada a examinar a violação de disposições específicas da Diretiva 2003/87 ou a pedir informações complementares relativas ao aumento das emissões de CO_2 e às medidas adotadas pelas autoridades espanholas para compensar esse aumento.

114 Por conseguinte, não se pode criticar a Comissão por uma análise insuficiente e incompleta à luz das disposições ambientais e daí deduzir a existência de dificuldades sérias no exame da medida litigiosa que justificassem o início do procedimento formal de exame.

115 Resulta do que precede que a recorrente e a Greenpeace-España não demonstraram que a Comissão devia, no caso em apreço, dar início ao procedimento formal de investigação. Nestas condições, também não podem ser acolhidos os fundamentos relativos à violação dos princípios da boa administração e do respeito dos direitos de defesa, que têm por base o facto de não ter sido iniciado o procedimento formal de investigação, esclarecendo-se que, de qualquer forma, a recorrente apenas tido o direito, na sua qualidade de parte interessada, de apresentar observações durante o procedimento formal de exame, e não ao direito a um debate contraditório com a Comissão, como o que é reconhecido ao Estado notificante (v. acórdão TF1 e o./Comissão, referido no n.º 58, *supra*, EU:T:2012:352, n.º 217 e jurisprudência referida).

116 Consequentemente, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, do artigo 107.º TFUE e do dever de fundamentação

117 A recorrente critica, no essencial, a Comissão, por um lado, de não ter examinado a compatibilidade com o mercado interno do conjunto dos três elementos constitutivos da medida litigiosa, em violação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, do artigo 107.º TFUE e do dever de fundamentação, e, por outro, por não ter qualificado um desses elementos, a obrigação de compra de carvão autóctone, de auxílio de Estado incompatível, violando desta forma o artigo 106.º, n.º 2, TFUE e 107.º TFUE.

Quanto à inexistência de análise do conjunto dos elementos constitutivos da medida litigiosa

118 A recorrente sustenta que a Comissão, embora tenha reconhecido a interdependência das três elementos constitutivos da medida litigiosa que são a compensação financeira, o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e a obrigação de compra de carvão autóctone, examinou unicamente a compatibilidade da compensação com o mercado interno.

119 A recorrente acrescenta que a Comissão violou o seu dever de fundamentação, por não ter indicado as razões pelas quais o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e a obrigação de compra de carvão autóctone relevavam do âmbito de aplicação do artigo 107.º TFUE ou do artigo 106.º, n.º 2, TFUE e não ter examinado o seu impacto sobre a análise da compatibilidade da medida litigiosa.

120 Há que considerar que, tanto pelo seu fundamento baseado na falta de exame do conjunto dos elementos constitutivos da medida litigiosa (v. n.º 118, *supra*) como o baseado na falta de fundamentação da decisão impugnada no que respeita a dois dos elementos constitutivos da referida medida (v. n.º 119, *supra*), a recorrente acusa, no essencial, a Comissão de não ter feito um exame completo dos elementos constitutivos da medida litigiosa.

121 Ora, uma vez que foi considerado, quando foi feita a apreciação do primeiro fundamento, que não pode ser imputado à Comissão um exame incompleto da medida litigiosa (v. n.ºs 92 a 100, *supra*), também tem de se afastar, pelos mesmos motivos, a primeira série de argumentos invocados no âmbito do segundo fundamento.

Quanto à não qualificação da obrigação de compra de carvão autóctone de auxílio de Estado incompatível

122 A recorrente acusa a Comissão de não ter considerado, na decisão impugnada, que a obrigação de compra de carvão autóctone imposta às centrais beneficiárias, individualmente considerada, constituía um auxílio de Estado, o que implica, ao contrário do que a Comissão sustentou nas suas observações relativas ao pedido de medidas provisórias no processo T490/10 R, uma transferência de recursos estatais aos produtores de carvão autóctone. Esse auxílio não pode, de resto, ser declarado compatível com o mercado interno, em aplicação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE.

123 Sem mesmo ser necessário pronunciarmo-nos sobre a implicação da obrigação de compra de carvão indígena numa transferência de recursos estatais para os produtores deste carvão nem sobre o pedido de desentranhamento dos autos do anexo A 23 da petição que inclui as observações da Comissão sobre o pedido de medidas provisórias no processo T490/10 R, há que recordar que a obrigação de compra de carvão autóctone constitui, no contexto do auxílio notificado, uma das obrigações de serviço público impostas aos beneficiários da medida litigiosa, e que, por conseguinte, a Comissão não era obrigada a analisar a natureza de auxílio de Estado dessa obrigação de compra, isoladamente considerada, nem, *a fortiori*, a compatibilidade dela com o mercado interno (v. n.ºs 94 e 99, *supra*).

124 Resulta de tudo o que precede que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado na violação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, do enquadramento dos SIEG, do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, em erros manifestos de apreciação, bem como em desvio de poder

125 A recorrente alega, a título principal, que a Comissão violou o artigo 106.º, n.º 2, TFUE, o enquadramento comunitário dos auxílios de Estado sob a forma de compensação de serviço público (JO 2005, C 297, p. 4, a seguir «enquadramento dos SIEG»), bem como o artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, e cometeu erros manifestos de apreciação, ao considerar que as obrigações impostas pela medida litigiosa correspondiam a um SIEG com visa a garantir a segurança do fornecimento de eletricidade. Alega, a título subsidiário, que, mesmo que existisse um risco relativamente ao fornecimento de eletricidade em Espanha, a medida litigiosa seria desproporcionada. A recorrente deduz, por outro lado, que a Comissão cometeu no caso em apreço um desvio de poder.

Quanto à justificação da instituição de um SIEG

126 Diversas disposições do direito da União reconheceram que a segurança do abastecimento permite justificar a instituição de um SIEG.

127 No que respeita, mais particularmente, ao setor da eletricidade, a Diretiva 2003/54, aplicável no momento dos factos do caso em apreço, reconheceu, assim, que as obrigações de serviço público podiam visar a segurança do abastecimento em eletricidade. Mais especificamente, segundo o considerando 26 da Diretiva 2003/54, «[o] cumprimento das obrigações de serviço público constitui uma exigência fundamental da presente diretiva, e é importante que nela normas mínimas comuns, a respeitar por todos os Estados-Membros, sejam fixadas na presente diretiva, tenham em conta os objetivos [...] da segurança do abastecimento [...]». Do mesmo modo, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2003/54 dispõe que «[o]s levando plenamente em conta as disposições pertinentes do Tratado [CE], nomeadamente do artigo [106.º], os Estados-Membros podem impor às empresas do setor da eletricidade, no interesse económico geral, obrigações de serviço público que podem dizer respeito à segurança, incluindo a segurança de abastecimento [...]». O artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54 Além disso, precisou que «[u]m Estado-Membro pode, por razões de segurança de abastecimento, ordenar que as instalações de produção que utilizam fontes indígena da energia primária serem chamadas prioritariamente, numa proporção não superior, ao longo de um ano civil, 15% do total da energia primária necessária para produzir a eletricidade consumida no Estado-Membro em causa».

128 A Comissão, na sua comunicação relativa aos serviços de interesse geral (JO 2001, C 17, p. 4), considerou igualmente que a segurança do abastecimento constitui um objetivo essencial de serviço público (anexo I, n.º 3).

129 O considerando 4 do Regulamento (CE) n.º 1407/2002 do Conselho, de 23 de julho de 2002, relativo aos auxílios de Estado à indústria carbonífera alemã (JO L 205, p. 1), aplicável à data em que foi aprovada a decisão impugnada, precisa que «a situação política mundial dá uma dimensão inteiramente nova avaliação dos riscos geopolíticos e aos riscos de segurança em matéria energética, e um sentido mais amplo ao conceito de segurança de abastecimento».

130 A recorrente não contesta que a segurança do abastecimento constitui um motivo de interesse económico geral suscetível de justificar a instituição de um SIEG. Contesta, em contrapartida, a existência, no caso em apreço, de um risco para a segurança do abastecimento de eletricidade da Espanha e deduz daí que as obrigações previstas pela medida litigiosa não podem ser qualificadas de obrigações de serviço público.

131 Na decisão impugnada, a Comissão considerou, com base nas disposições da Diretiva 2003/54 e no amplo poder de apreciação dos Estados-Membros para definir os SIEG, que não cabia aos Estados identificar ameaças específicas e iminentes que recaem sobre a segurança do seu aprovisionamento de eletricidade. Recordou igualmente a sua prática decisória, segundo a qual, quando nenhum terceiro contesta a necessidade de tomar medidas específicas por razões de segurança dos abastecimentos, não verifica se os Estados em causa apresentaram provas circunstanciadas sobre o facto de estarem confrontados com a ameaças específicas relativas à segurança do seu aprovisionamento. Todavia, no caso em apreço, tendo em conta as objeções de vários terceiros e o contexto da liberalização do setor da energia na Europa, a Comissão considerou necessário verificar se a equiparação pelas autoridades espanholas da medida litigiosa a um SIEG não era manifestamente errada (n.ºs 87 a 90 da decisão impugnada).

132 É verdade que, segundo o Protocolo n.º 26 anexo aos Tratados e o conjunto dos textos aplicáveis aos SIEG, em especial o enquadramento dos SIEG, mesmo segundo jurisprudência constante, no que diz respeito à competência para determinar a natureza e o alcance de uma missão SIEG na aceção do Tratado, os Estados-Membros têm um amplo poder de apreciação quanto à definição do que consideram ser SIEG (Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa,

n.º 22; enquadramento dos SIEG, n.º 9) (v. acórdão de 20 de abril de 2010, Federutility e o., C-265/08, Colet., EU:C:2010:205, n.ºs 29 e 30; acórdão de 12 de fevereiro de 2008, BUPA e o./Comissão, T-289/03, Colet., EU:T:2008:28, n.º 166 e jurisprudência referida). O considerando 26 da Diretiva 2003/54 refere igualmente que «[é] importante que os requisitos de serviço público possam ser interpretados numa base nacional, tendo em conta as circunstâncias nacionais». Com efeito, não existe uma definição regulamentar clara e precisa do conceito de missão SIEG nem um conceito jurídico estabelecido que fixe, de forma definitiva, as condições que devem estar preenchidas para que um Estado-Membro possa validamente invocar a existência e a proteção de uma missão de SIEG, na aceção do artigo 106.º, n.º 2, TFUE (acórdão BUPA e o./Comissão, já referido, EU:T:2008:28, n.º 165).

133 Contudo, em virtude destes diplomas e da jurisprudência, embora os Estados-Membros disponham de um amplo poder de apreciação para definirem o que entendem por SIEG, a definição desses serviços ou missões por um Estado-Membro pode ser posta em causa pela Comissão em caso de erro manifesto. Assim, mesmo que a determinação da natureza e do alcance de uma missão de SIEG releve da competência e dos poderes de apreciação dos Estados-Membros, esta competência não é ilimitada, nem pode ser exercida de forma arbitrária (v., neste sentido, acórdão de 7 de novembro de 2012, CBI/Comissão, T-137/10, Colet., EU:T:2012:584, n.ºs 99 e 101 e jurisprudência referida).

134 Resulta do exposto que, à semelhança de todos os aspetos da definição de um SIEG, a questão da justificação da instituição de um SIEG, ou seja, no caso em apreço, da existência de um risco para a segurança do aprovisionamento de eletricidade, não pode ser considerada excluída do âmbito do controlo, embora restrito, da Comissão (v., neste sentido, acórdão de 15 de junho de 2005, Olsen/Comissão, T-17/02, Colet., EU:T:2005:218, n.º 217; acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 267). Esta fiscalização restrita pode incluir uma análise prospetiva, em especial quando, como no caso em apreço, o objeto controlar é a existência de um risco.

135 Deve, assim, analisar-se a procedência dos argumentos com que a recorrente contesta a existência, no caso em apreço, de um risco para a segurança do abastecimento de energia elétrica em Espanha.

136 Há que precisar, a este respeito, que, segundo jurisprudência assente, tendo em conta, por um lado, o amplo poder de apreciação de que o Estado-Membro dispõe quanto à definição de uma missão SIEG e às condições da sua implementação e, por outro, ao alcance da fiscalização limitada ao erro manifesto que a Comissão está habilitada a exercer a esse título, o controlo que deve ser exercido pelo Tribunal sobre a apreciação da Comissão a este respeito também não pode ultrapassar o mesmo limite. No âmbito dessa fiscalização, cabe, mais especificamente, ao Tribunal Geral examinar se a apreciação da Comissão é suficientemente plausível (v., neste sentido, acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:29, n.ºs 220, 266 e jurisprudência referida, e acórdão CBI/Comissão, referido no n.º 133, *supra*, EU:T:2012:584, n.ºs 99 e 100).

137 Na decisão impugnada, a Comissão considerou que as autoridades espanholas tinham demonstrado a existência de riscos concretos que ameaçam a segurança do abastecimento de energia elétrica (n.º 91). A Comissão entendeu, em particular, que não estava viciada por um erro manifesto de apreciação das autoridades espanholas alegação segundo a qual existiam, devido à sua rentabilidade insuficiente, um risco de encerramento, entre 2010 e de 2014, de centrais suscetíveis de garantir essa segurança do aprovisionamento, mais concretamente as que funcionam com carvão autóctone, não podendo essas centrais ser substituídas por outras centrais elétricas, tendo em conta os preços baixos e as incertezas que caracterizam o mercado grossista de eletricidade (n.º 93 da decisão impugnada).

138 Quanto ao facto de a recorrente contestar, em primeiro lugar, a ameaça para a viabilidade das centrais que utilizam carvão autóctone resultante da recessão económica global, há que observar, em primeiro lugar, que a Comissão não baseou a sua conclusão da ausência de erro manifesto de apreciação que vicie o risco alegado pelas autoridades espanholas de encerramento das centrais que funcionam a carvão autóctone apenas nas consequências da recessão económica. Com efeito, a Comissão tomou em consideração os efeitos conjugados da recessão económica e outros aspetos estruturais do

mercado da eletricidade em Espanha, tais como a parte crescente de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis (n.º 93 da decisão impugnada) e o isolamento do mercado espanhol de produção de eletricidade em relação aos outros mercados europeus (n.º 96 da decisão impugnada). A Comissão indicou, assim, no n.º 96 da decisão impugnada, que o isolamento do mercado espanhol da eletricidade, devido às interligações limitadas com os outros países europeus, impede os proprietários de centrais de carvão autóctone de atenuarem os efeitos da diminuição da procura e dos preços do mercado grossista da eletricidade em Espanha resultante da crise económica através de exportações para mercados externos com preços mais elevados.

139 Em seguida, há que referir, na esteira da Comissão, que o único elemento apresentado pela recorrente para sustentar o seu argumento, a saber, os excertos do relatório IPN 33/09 da CNC, não exclui qualquer risco de encerramento das centrais de carvão autóctone, na medida em que deles resulta que «não se pode necessariamente concluir que a crise económica e a queda consecutiva da procura implicarão o encerramento das centrais térmicas a carvão». Além disso, tal como sublinha também acertadamente a Comissão, o CNC, para apreciar os efeitos da crise económica sobre a viabilidade das centrais de carvão autóctone, não se baseou em dados objetivos, mas sim na falta de declaração pelo setor em causa de uma intenção de desmantelamento dos seus ativos. Assim, essas análises da CNC não são suficientes para retirar plausibilidade a apreciação da Comissão relativa à existência de um risco de encerramento das centrais de carvão autóctone.

140 Importa acrescentar, por fim, que a recorrente nunca pôs em causa os dados quantitativos relativos à procura de eletricidade e as suas consequências na produção de eletricidade invocadas pelas autoridades espanholas e em que a Comissão se baseou para concluir pela inexistência de erro manifesto de apreciação na alegação de existência de um risco de encerramento das centrais de carvão autóctone em Espanha. Ora, resulta destes dados que a procura de eletricidade caiu fortemente pelo menos 5% em Espanha em 2009 e que as centrais que utilizam carvão autóctone reduziram fortemente a respetiva produção (n.º 19 da decisão impugnada).

141 Em segundo lugar, na medida em que a recorrente contesta a consideração alegadamente irrealista de encerramento de todas as centrais de carvão autóctone para efeitos do cálculo da cobertura energética, há que constatar que nem este cálculo, efetuado pelas autoridades espanholas e recordado no n.º 24 da decisão impugnada, nem esta hipótese de encerramento de todas as centrais de carvão autóctone foram retomados pela Comissão quando apreciou a existência no caso em apreço de um verdadeiro SIEG. Com efeito, em conformidade com o controlo restrito que lhe compete exercer sobre a justificação da instituição de um SIEG, a Comissão limitou-se a verificar a plausibilidade da própria existência de um risco de encerramento das centrais de carvão autóctone e não a probabilidade da concretização deste risco, nem, *a fortiori*, o âmbito dessa concretização (v., neste sentido, acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 268). A hipótese de encerramento da totalidade das centrais beneficiárias não é o fundamento da decisão da Comissão relativa à existência de um SIEG, pelo que o argumento da recorrente deve ser afastado como inoperante.

142 Na medida em que a recorrente contesta, em terceiro lugar, a não consideração na decisão impugnada da situação geral de sobrecapacidade do mercado espanhol de produção de eletricidade e, em particular, da capacidade de produção dos parques nuclear, eólico e hidráulico que funciona igualmente a partir de fontes de energia autóctone, há que salientar, antes de mais, que os relatórios e declarações referidos pela recorrente, designadamente o relatório 29/2009 da CNE de 16 de novembro de 2009 e o relatório de 22 de dezembro de 2009, CNE mencionam efetivamente a capacidade suficiente do parque de produção espanhol para cobrir a procura de eletricidade, incluindo as situações mais extremas. Contudo, nenhum desses relatórios e declarações considera especificamente o risco de encerramento das centrais de carvão autóctone, que constitui o principal fundamento, não ferido de erro manifesto de apreciação, da alegação pelas autoridades espanholas da existência de um risco para a segurança do fornecimento de eletricidade.

143 Em seguida, há que referir que a Comissão teve expressamente em conta a produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis, mencionando, no n.º 93 da decisão impugnada, a parte crescente dessas fontes de energia na produção de eletricidade em Espanha. Por outro lado, como resulta deste número da decisão impugnada e como sublinha corretamente a Comissão nos seus articulados, os riscos que pesam sobre a segurança do abastecimento em eletricidade da Espanha resultam, entre outros razões, da importância que têm as fontes de energia renováveis no abastecimento, como a energia eólica, a energia hidráulica e energia solar. Com efeito, estas fontes de energia, que representavam, segundo dados indicados pela Comissão, igualmente mencionados em parte na decisão impugnada (n.º 97 e nota de pé de página n.º 40), não contestados e mesmo completados pela recorrente, uma parte não negligenciável da eletricidade produzida e consumida em Espanha (44% do parque de produção de eletricidade em Espanha em termos de potência instalada em 2009, 23% da produção elétrica espanhola em 2008 e 35% da eletricidade consumida em Espanha em 2010), são, por definição, dependentes das condições meteorológicas e não podem, por isso, independentemente da sua capacidade de produção, ser consideradas adequadas para garantir, em todas as circunstâncias, a segurança do abastecimento de energia elétrica em Espanha. É tanto mais assim quanto, como resulta da decisão impugnada (n.º 98), o que não foi especificadamente contestado pela recorrente, as centrais que utilizam fontes de energia renováveis não estão em condições de assegurar os serviços de ajustamento [«servicios de equilibrio»] essenciais para evitar os ruturas de abastecimento, na medida em que permitem ajustar a potência de saída das centrais, para cima ou para baixo, em função dos pedidos do operador de sistema (v. igualmente n.º 21 da decisão impugnada).

144 A recorrente não contesta também a constatação da Comissão na decisão impugnada (n.ºs 21 e 98) segundo a qual as centrais nucleares também não são aptas a prestar os serviços de ajustamento acima referidos. Além disso, a energia de origem nuclear, ainda que não esteja dependente das condições climatéricas da mesma forma que as fontes de energia renováveis, não pode ser considerada uma fonte de energia autóctone como o carvão autóctone e, assim, ser tida em conta para esse efeito pela Comissão na sua apreciação do alegado risco para a segurança do abastecimento. Com efeito, embora, como a recorrente sublinha, o combustível nuclear, ou seja, o urânio enriquecido, seja fabricado em Espanha, a fonte deste combustível, o urânio, provém, como as partes concordaram na audiência, jazidas situados fora de Espanha. Por conseguinte, a capacidade de produção de eletricidade de origem nuclear não devia ser tida em conta e não pode privar de plausibilidade a apreciação da Comissão relativa à existência de um risco para o fornecimento de eletricidade da Espanha.

145 Na medida em que a recorrente alega, no âmbito da sua argumentação relativa aos parques nuclear, eólicos e hidráulicos, que a Comissão violou o artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, há que julgar esta alegação inadmissível, uma vez que foi invocado pela primeira vez na réplica, não podendo ser considerado a ampliação de um fundamento ou de um argumento invocado na petição. Com efeito, na petição, a recorrente invocou a violação do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, salientando a falta de justificação da violação da segurança do aprovisionamento prevista por esta disposição, ao passo que, na réplica, alegou a violação da referida disposição pelo facto de a tomada em consideração da energia de origem nuclear que beneficia de um regime de atribuição preferencial conduziria a uma ultrapassagem do limite máximo de 15% aí previsto.

146 Resulta do que precede que a Comissão não cometeu um erro manifesto na sua apreciação da justificação do SIEG instituído no caso em apreço pelas autoridades espanholas.

Quanto ao caráter proporcionado da medida litigiosa, à luz do objetivo prosseguido pelo SIEG

147 Há que salientar, a título preliminar, que o controlo da proporcionalidade constitui um dos controlos que incumbem à Comissão efetuar no âmbito da sua verificação da compatibilidade de um auxílio de Estado com as disposições do artigo 106.º, n.º 2, TFUE.

148 Assim, nos termos do n.º 23 da Comunicação da Comissão relativa aos serviços de interesse geral na Europa (v., igualmente, neste sentido, acórdão TF1 e o./Comissão, referido no n.º 58, *supra*, EU:T:2012:352, n.ºs 101 a 104):

«A proporcionalidade nos termos do n.º do artigo [106.°], n.º 2, [TFUE] implica que os meios utilizados para realizar a missão de interesse geral não podem provocar distorções desnecessárias no comércio. Mais concretamente, deverá garantir-se que quaisquer restrições às regras do Tratado [...] não excedem o que é necessário para garantir a realização efetiva da missão. [...]»

149 Em especial, segundo a jurisprudência relativa à 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 L 176, p. 57), que apresenta muitas semelhanças com a Diretiva 2003/54, aprovada no mesmo dia, e que institui o mercado interno da eletricidade, resulta do disposto no artigo 106.º TFUE que as obrigações de serviço público que podem ser impostas às empresas nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2003/55 (semelhante à do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2003/54), devem respeitar o princípio da proporcionalidade e que, por conseguinte, tais obrigações apenas podem afetar a livre fixação do preço do fornecimento de gás natural na medida necessária à realização do objetivo de interesse económico geral que prosseguem (acórdão Federutility e o., n.º 132, *supra*, EU:C:2010:205, n.º 33).

150 Segundo jurisprudência assente, também o controlo do caráter proporcionado de uma medida destinada a cumprir uma missão de SIEG se limita a verificar se a medida prevista é necessária para que a missão SIEG em causa possa ser realizada em condições economicamente aceitáveis, ou, inversamente, se a medida em causa é manifestamente desadequada relativamente ao objetivo prosseguido (v. acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:29, n.ºs 222, 266 e 287 e jurisprudência referida).

151 Ao contrário do que defende a recorrente, a Comissão efetuou no caso em apreço tal fiscalização da proporcionalidade. Com efeito, a Comissão não se limitou a verificar a falta de sobrecompensação pela medida litigiosa (n.ºs 135 a 146 da decisão impugnada). Verificou igualmente, no essencial, por um lado, que a medida litigiosa era adequada à luz do objetivo de garantia da segurança do aprovisionamento e, por outro, que não era excessiva.

152 Antes de examinar as acusações dirigidas contra essas apreciações da Comissão, recorde-se que, segundo jurisprudência assente, a fiscalização da Comissão sobre a proporcionalidade do SIEG é limitado (v. n.º 150, *supra*), pelo que esse facto também tem de ser tido em conta no quadro do controlo da legalidade exercido pelo juiz da União relativamente à apreciação da Comissão. Esse controlo do Tribunal deve ser tanto mais restrito quanto a apreciação da Comissão incida sobre factos económicos complexos (v. acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 269 e jurisprudência referida).

153 Em primeiro lugar, quanto ao caráter adequado da medida litigiosa, a Comissão considerou que as centrais de carvão, e em particular as centrais de carvão autóctone, desempenhavam um papel importante no apoio dado à produção de eletricidade a partir de energias renováveis e podiam, apesar da sua flexibilidade menor em relação às centrais que funcionam a gás, fornecer serviços de ajustamento ao operador de sistema, que eram essenciais para evitar os ruturas de abastecimento (n.º 98 da decisão impugnada). A Comissão acrescentou que uma mudança completa de combustível para as centrais de carvão, passando do carvão autóctone ao carvão importado, não pode ser feita rapidamente e carece de grandes investimentos. Concluiu daí que, na falta da medida litigiosa, a produção de carvão em Espanha poderia cessar totalmente e as centrais de carvão autóctone, tendo em conta as dificuldades de mudança de combustível, não estarão disponíveis para assegurar o fornecimento de eletricidade (n.º 99 da decisão impugnada). Por último, a Comissão concluiu que, à exceção do carvão autóctone, todos os outros combustíveis fósseis preponderantemente utilizados para a produção de eletricidade provêm de países que não são membros da União não isentos de riscos

geoestratégicos, o que cria riscos adicionais para a segurança do abastecimento em Espanha (n.º 100 da decisão impugnada). A Comissão deduziu de todos estes elementos que a medida litigiosa prosseguia o objetivo de atenuar os riscos concretos que afetam a segurança do abastecimento em Espanha por um período de quatro anos, e que não tinha detetado nenhum erro manifesto de apreciação na s justificações apresentadas pelas autoridades espanholas em apoio da referida medida em termos de segurança do aprovisionamento (n.º 101 da decisão impugnada).

154 A recorrente entende que a Comissão considerou, sem razão, as centrais de carvão autóctone como estando em condições de garantir a segurança do abastecimento de energia elétrica em Espanha, ao passo que as centrais de ciclo combinado que usam gás estão em melhor posição para o fazer.

155 Importa recordar, a este respeito, que o artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54 permite, no essencial, que um Estado-Membro conceda uma vantagem relativamente ao acesso ao mercado, por razões de segurança de abastecimento, às instalações de produção que utilizam fontes autóctones. Por outro lado, o Regulamento n.º 1407/2002, em vigor à data da aprovação da decisão impugnada, reconhece a importância da produção carbonífera, em matéria de segurança energética, para a produção de eletricidade. Com efeito, após ter assinalado que a União se tornou cada vez mais dependente dos seus abastecimentos externos em fontes de energia primária, o Conselho conclui que uma diversificação das fontes energéticas não só por zonas geográficas mas também por produtos permitirá criar condições de abastecimento mais seguras, acrescentando que essa estratégia inclui o desenvolvimento de fontes autóctones de energia primária (considerando 3 do Regulamento n.º 1407/2002). Aliás, o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro podia, sem violação do princípio da livre circulação de mercadorias, reservar a concessão de certificados de eletricidade dita «verde», destinada a promover as energias renováveis, aos produtores de eletricidade estabelecidos no seu território (v., por analogia, acórdão de 1 de julho de 2014, Vindkraft, Ålands C-573/12, Colet., EU:C:2014:2037, n.ºs 98 a 104).

156 Assim, para retirar plausibilidade ao reconhecimento pela Comissão do caráter adequado da medida litigiosa em benefício das centrais a carvão autóctone para garantir a segurança do aprovisionamento em Espanha, os argumentos e elementos apresentados pela recorrente devem ser particularmente circunstanciados e assentar nas potenciais especificidades do caso em apreço.

157 Ora, não é esse o caso.

158 Com efeito, a recorrente não invocou elementos concretos em apoio da sua contestação da estabilidade da produção das centrais de carvão autóctone e a sua rentabilidade assim como a inexistência de problema colocado para o seu abastecimento em matérias-primas, uma vez que se limitou a alegar, no essencial, que essa estabilidade, esta rentabilidade e essa inexistência de dificuldades na obtenção das matérias-primas caracterizavam igualmente as centrais que utilizam carvão importado ou do gás natural.

159 Além disso, os elementos concretos invocados pela recorrente em apoio da sua alegação da capacidade de produção insuficiente das centrais ao carvão autóctone não permitem retirar plausibilidade o caráter adequado das medidas adotadas a favor das referidas centrais face ao objetivo prosseguido. Com efeito, o objetivo prosseguido não é o de assegurar um fornecimento elétrico que cubra a totalidade das necessidades de eletricidade, mas o de garantir a segurança do aprovisionamento, ou seja, de dispor de centrais de produção de eletricidade, quaisquer que sejam as circunstâncias climáticas e políticas. A 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 do investimento em infraestruturas (JO L 33, p. 22), cujo objetivo é harmonizar as medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento, precisa, assim, no seu primeiro considerando, que as referidas medidas não devem provocar a criação de uma capacidade de produção que exceda o que é

necessário para prevenir as interrupções excessivas da distribuição de eletricidade aos clientes finais. A quantidade de eletricidade produzida, por isso, não é um critério determinante para avaliar, no caso concreto, o caráter adequado da medida litigiosa relativamente ao objetivo prosseguido.

160 De igual modo, os elementos concretos apresentados pela recorrente em apoio da sua alegação da flexibilidade menor das centrais ao carvão autóctone relativamente às centrais que utilizam gás também não são pertinentes para retirar plausibilidade à adequação das medidas adotadas em benefício das primeiras face ao objetivo prosseguido. Com efeito, basta, para cumprir esse objetivo, dispor de uma certa flexibilidade, ou seja, no essencial que sejam capazes de prestar os serviços de ajustamento (v. n.º 143, *supra*). Ora, esta flexibilidade de que dispõem as centrais beneficiárias não é contestada pela recorrente, que afirma apenas, como a Comissão, de resto, reconheceu no n.º 98 da decisão impugnada, que essas centrais são menos flexíveis do que as centrais de ciclo combinado que utilizam gás. Pode-se acrescentar, a este respeito, que a recorrente mitigou a sua afirmação da flexibilidade das centrais de ciclo combinado, reconhecendo, na réplica, que uma paragem de mais de duas semanas aumentava significativamente o seu tempo de resposta.

161 Em segundo lugar, no tocante ao caráter excessivo da medida litigiosa e às distorções que ela possa causar, a Comissão considerou que a medida podia potencialmente afetar os mercados do gás natural e os do carvão importado, precisando que essas distorções eram inerentes a qualquer obrigação de serviço público instituído pelos Estados-Membros em conformidade com o artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54.° (n.º 125 da decisão impugnada).

162 A recorrente contesta esta apreciação, por um lado, ao referir que as numerosas distorções no mercado da eletricidade causadas pela medida litigiosa, e, por outro, ao alegar que há medidas menos restritivas suscetíveis de alcançar o objetivo de segurança do aprovisionamento.

163 Em primeiro lugar, quanto às numerosas distorções alegadamente criadas pela medida litigiosa, concretamente, as restrições à liberdade de empresa, à eficiência energética, à formação dos preços no mercado elétrico, assim como os danos causados às centrais que utilizam carvão importado e a todo o setor do gás natural, há que assinalar que as mesmas são inerentes à qualificação como auxílio de Estado da medida litigiosa, que, por definição, é uma medida falseia ou ameaça falsear a concorrência favorecendo certas empresas ou certas produções, e, em particular, à aplicação do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, que permite aos Estados-Membros favorecer as instalações que produzem eletricidade a partir de fontes autóctones em detrimento das que utilizam outras fontes de energia.

164 Assim, a medida litigiosa não pode ser considerada excessiva se a alteração da concorrência que essa versão implica fosse essencial e manifestamente desproporcionada relativamente ao objetivo prosseguido. Para que se possa concluir pela existência dessa alteração, haveria que demonstrar que a medida litigiosa ameaça a viabilidade de outros setores produtores de eletricidade, indo até ao ponto de pôr em perigo a segurança do aprovisionamento de eletricidade em Espanha (v., neste sentido e por analogia, acórdão de 11 de julho de 2014, DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comissão, T-533/10, Colet., atualmente objeto de recurso, EU:T:2014:629, n.ºs 155 e 160).

165 Devem, por conseguinte, ser rejeitadas à partida, como não permitindo demonstrar o caráter desproporcionado da medida litigiosa, as distorções alegadas pela recorrente relativas à liberdade de exercer uma atividade económica, a eficiência energética e à formação dos preços, tanto mais que, quanto a algumas delas, a recorrente nem sequer usou qualquer qualificativo para sugerir o seu caráter excessivo.

166 No que se refere aos alegados prejuízos causados às centrais que funcionam a gás e àquelas que utilizam carvão importado, há que concluir que a medida litigiosa mantém as vantagens concedidas às centrais beneficiárias dentro de limites estritos. Com efeito, nos termos do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, a quantidade de carvão autóctone utilizado anualmente pelas centrais beneficiárias não deve exceder 15% do total da energia primária necessária para produzir a eletricidade consumida em

Espanha. Como resulta da decisão impugnada (n.º 83) e a Comissão confirmou nas suas alegações, sem contestação da recorrente, está previsto que a medida litigiosa continue muito abaixo deste limite máximo, uma vez que a quantidade de energia primária em causa não excede 9% do total da energia primária necessária para produzir a eletricidade consumida anualmente, o que corresponde a uma produção de eletricidade de 23,35 Twh por ano (v. n.º 2, *supra*). Por outro lado, segundo os dados resultantes da decisão impugnada e completados pela recorrente, a potência instalada das centrais beneficiárias apenas representava cerca de 5% da totalidade da potência instalada em Espanha em 2008 (ou seja, cerca de 5000 MW, mencionados na petição, relatados nas 91 000 MW, mencionados no n.º 18 da decisão impugnada). Por último, a medida litigiosa, que entrou em vigor em fevereiro de 2011, deve expirar em 31 de dezembro de 2014 (v. n.º 5, *supra*).

167 Ora, a recorrente não demonstrou que, não obstante estes limites previstos pela medida litigiosa, ela ameaçasse a viabilidade das centrais em causa.

168 Com efeito, quanto às centrais ao carvão importado, a recorrente limita-se a citar uma passagem do relatório 5/2010 da CNE, que menciona certamente um «paragem completa» dessas centrais, mas do qual resulta igualmente que as referidas centrais não serão totalmente paradas em resultado da medida litigiosa, tendo em conta o papel que desempenham na prestação de determinados serviços de ajustamento. Por outro lado, quando invocou a possibilidade de «pôr em risco a viabilidade das centrais que utilizam carvão importado», a recorrente só referiu, em apoio da sua alegação, a «deslocação das referidas centrais» em razão da medida litigiosa, ou seja, de forma geral e sem mais precisões, as consequências do mecanismo de entrada em funcionamento preferencial. A recorrente refere-se mesmo, nas suas observações sobre as alegações de intervenção, a um aumento substancial da produção de eletricidade das centrais ao carvão importado em 2011.

169 Do mesmo modo, quanto às centrais que utilizam gás de ciclo combinado, com exceção de elementos concretos apresentados em apoio da afetação substancial da sua própria posição concorrencial, a recorrente limita-se, em substância, a remeter para as suas observações apresentadas durante o procedimento preliminar de análise, no âmbito das quais se limita a invocar, em termos gerais, as consequências da medida litigiosa sobre o fornecimento de gás e sobre a manutenção das turbinas das centrais de ciclo combinado, sem mencionar nem sequer sugerir qualquer risco para a sua viabilidade. Por outro lado, mesmo admitindo que se devam ter em consideração os dados posteriores à aprovação da decisão impugnada invocados pela recorrente, há que considerar, como a Comissão, que eles não permitem inferir uma paragem quase permanente da maior parte das centrais de ciclo combinado. A percentagem média alegada de produção de eletricidade das centrais de ciclo combinado retirada do mercado em virtude da medida litigiosa, ou seja, 27%, é efetivamente limitada e explica-se pelo facto, que a recorrente ignora, de a medida litigiosa prever a utilização prioritária da eletricidade produzida pelas centrais mais poluentes, concretamente as que utilizam fuelóleo e carvão, e a eletricidade produzida pelas centrais de ciclo combinado ficando para uma segunda fase (v. igualmente n.º 219, *infra*). Por último, pode salientar-se que a produção anual máxima das centrais beneficiárias prevista pela medida litigiosa apenas representava cerca de 30% da eletricidade produzida anualmente pelas centrais de ciclo combinado em 2009, segundo a informação fornecida pelo Reino de Espanha não contestada pela recorrente, o que não podia, por conseguinte, ainda que só a eletricidade produzida por essas centrais fosse retirada do mercado em aplicação da medida litigiosa, ter o impacto alegado sobre a sua viabilidade.

170 Em segundo lugar, quanto à existência de medidas menos restritivas suscetíveis de alcançar o objetivo de segurança do aprovisionamento, cabe lembrar que, segundo a jurisprudência, o Estado-Membro deve expor pormenorizadamente as razões pelas quais, em caso de supressão da medida de auxílio em causa, o cumprimento da missão de interesse geral visada em condições economicamente aceitáveis seria posto em causa, mas não tem de demonstrar, pela positiva, que nenhuma outra medida imaginável, por definição hipotética, poderia permitir garantir o cumprimento da referida missão, nas

mesmas condições (v., neste sentido, acórdão de 23 de outubro de 1997, Comissão/França, C-159/94, Colet., EU:C:1997:501, n.º 101). Assim, *a fortiori*, essa obrigação não se impõe ao Estado que pretenda instituir um SIEG em aplicação do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54.

171 Daqui se conclui que não incumbia à Comissão, no âmbito da sua fiscalização restrita, a efetuar uma análise comparativa entre o conjunto das medidas possíveis para alcançar o objetivo de interesse geral prosseguido (v., neste sentido, despacho Gas Natural Fenosa SDG/Comissão, referido no n.º 87, *supra*, EU:T:2011:53, n.º 109).

172 No caso em apreço, resulta que devem ser julgados improcedentes todos os argumentos relativos à existência de outras medidas adequadas menos restritivas do que a prevista pelas autoridades espanholas.

173 Resulta do que precede que a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao reconhecer o caráter justificado do SIEG instituído no caso em apreço e o caráter proporcionado da medida litigiosa relativamente ao objetivo prosseguido por este SIEG. Também não violou, portanto, o artigo 106.º, n.º 2, TFUE, o enquadramento dos SIEG, bem como do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, quando fez as referidas apreciações.

Quanto à existência de desvio de poder

174 A recorrente acusa a Comissão de ter cometido desvio de poder, dado que o verdadeiro objetivo da decisão impugnada era o de permitir à Espanha proteger os produtores de carvão. Baseia-se, a este respeito, na falta de justificação e no caráter inadequado da medida litigiosa, na menção do objetivo acima referido na decisão impugnada, bem como na existência de medidas específicas da União que se destinam a proteger o sector carbonífero.

175 Consequentemente, há que recordar a jurisprudência assente, segundo a qual, o conceito de desvio de poder se refere ao facto de uma autoridade administrativa ter usado os seus poderes com um objetivo diverso daquele para que lhe foram conferidos. Uma decisão só enferma de desvio de poder se se verificar, com base em indícios objetivos, pertinentes e concordantes, ter sido tomada para esse fim (acórdãos de 13 de novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colet., EU:C:1990:391, n.º 24, e de 9 de outubro de 2001, Itália/Comissão, C-400/99, Colet., EU:C:2001:528, n.º 38).

176 Ora, no caso em apreço não se pode considerar que a recorrente tenha fornecido esses indícios, visto que os seus argumentos relativos à falta de justificação e ao caráter inadequado do SIEG no caso em apreço, foram rejeitados (v. n.º 173, *supra*), e que a existência de um dispositivo de ajudas ao setor carbonífero não implica que a Comissão prosseguisse tal objetivo nas decisões que venha a tomar relativamente a esse sector e que a referência a uma preocupação com a indústria mineira espanhola na decisão impugnada não basta para a tornar em objetivo da referida decisão. Assim, pode acrescentar-se, a respeito deste último aspeto, que, no pressuposto de que o apoio da indústria mineira espanhola possa igualmente ser considerado um dos objetivos da medida litigiosa admitido pela Comissão, a decisão impugnada não seria por isso afetada de desvio de poder, na medida em que esse apoio prestado à indústria mineira mais não é do que um meio de favorecer a segurança do abastecimento e que, assim, não é sacrificada a sua finalidade essencial (v., neste sentido, acórdão de 21 de setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, Colet., EU:T:2005:333, n.º 87 e jurisprudência referida).

177 Por conseguinte, há que rejeitar o fundamento relativo à existência de desvio de poder.

178 Por conseguinte, o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

Quanto ao quarto fundamento, baseado na violação de disposições do Tratado e do direito derivado diferentes das relativas aos auxílios de Estado

Quanto ao caráter operante do fundamento

179 A Comissão considera que o conjunto dos argumentos suscitados em apoio deste fundamento são inadmissíveis ou, pelo menos, inoperantes, uma vez que é obrigada a efetuar uma apreciação à luz das disposições pertinentes que não dizem respeito ao direito dos auxílios de Estado unicamente quando certas modalidades do auxílio em causa estão tão estreitamente ligadas ao seu objeto que a sua eventual falta de conformidade com as referidas disposições afeta necessariamente a compatibilidade desse auxílio com o mercado interno. Ora, no caso em apreço, a petição não contém nenhuma análise de tal nexo.

180 Na decisão impugnada, a Comissão concluiu pela compatibilidade da medida litigiosa com o mercado interno nos termos do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, ressalvando corretamente a hipótese de certas modalidades do auxílio em causa infringirem disposições específicas do Tratado, para além dos artigos 107.° TFUE e 108.° TFUE, e estarem tão indissociavelmente associadas ao objeto do auxílio que não fosse possível apreciá-las isoladamente (n.º 148). Assim, a Comissão examinou se a medida litigiosa era compatível com as regras relativas à livre circulação das mercadorias e à liberdade de estabelecimento e com algumas disposições ambientais e com o Regulamento n.º 1407/2002.

181 Com efeito, de acordo com jurisprudência assente, quando a Comissão aplica o procedimento em matéria de auxílios de Estado, está obrigada, por força da sistemática geral do Tratado, a respeitar a coerência entre as disposições que regem os auxílios de Estado e as disposições específicas diferentes das relativas aos auxílios de Estado e, assim, a apreciar a compatibilidade do auxílio em causa com estas disposições específicas (acórdão Matra/Comissão, já referido no n.º 25, *supra*, EU:C:1993:239, n.ºs 41 a 43; acórdão de 31 de janeiro de 2001, Weyl Beef Products e o./Comissão, T-197/97 e T-198/97, Colet., EU:T:2001:28, n.ºs 75 e 77).

182 No entanto, tal obrigação impõe-se à Comissão unicamente quando estão em causa modalidades de um auxílio tão indissociavelmente associadas ao objeto do auxílio que não é possível apreciá-las isoladamente (acórdão Matra/Comissão, referido no n.º 25, *supra*, EU:C:1993:239, n.º 41; acórdão Beef Products e o./Comissão, n.º 181, *supra*, EU:T:2001:28, n.º 76). Mas não se impõe se estiverem em causa condições ou elementos de um auxílio que, apesar de fazer parte do auxílio, podem ser considerados necessários à realização do seu objeto ou ao seu funcionamento (acórdão de 22 de março de 1977, Iannelli & Volpi, 74/76, Colet., EU:C:1977:51, n.º 14; acórdão Beef Products e o./Comissão, já referido, EU:T:2001:28, n.º 77).

183 Com efeito, a eventual obrigação da Comissão de tomar posição, de modo definitivo, qualquer que seja o nexo entre a modalidade de ajuda e objeto do auxílio em causa, no âmbito de um processo em matéria de auxílios, quanto à existência ou à inexistência de violação das disposições do direito da União diferentes das abrangidas pelos artigos 107.° TFUE e 108.° TFUE, se for caso disso, em conjugação com o artigo 106.º TFUE, colidiria com as regras e garantias processuais — em parte fortemente divergentes e que implicam consequências jurídicas distintas — que são próprias dos processos especialmente previstos para o controlo da aplicação dessas disposições e, por outro, com o princípio da autonomia dos processos administrativos e das vias de recurso (acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:29, n.ºs 313 e 314; v. igualmente, neste sentido, acórdão & Volpi, já referido no n.º 182, EU:C:1977:51, n.º 12, e acórdão Matra/Comissão, já referido no n.º 25, *supra*, EU:C:1993:239, n.º 44). Essa obrigação colidiria igualmente com a exceção às regras do Tratado imposta pelo artigo 106.º, n.º 2, TFUE, a qual nunca poderia produzir os seus efeitos se a sua aplicação devesse assegurar simultaneamente o pleno respeito das regras que se destina a derrogar (acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 318).

184 Por conseguinte, embora a modalidade de auxílio em causa esteja indissociavelmente ligada ao objeto do mesmo, a sua conformidade com as disposições diferentes das relativas aos auxílios de Estado será apreciada pela Comissão no quadro do procedimento previsto no artigo 108.º TFUE e esta apreciação poderá levar a uma declaração de incompatibilidade do auxílio em causa com o mercado interno. Em contrapartida, mesmo que a modalidade em causa possa ser separada do objeto do auxílio, a Comissão não é obrigada a apreciar a sua conformidade com as disposições que não sejam as relativas aos auxílios de Estado no âmbito do procedimento previsto no artigo 108.º TFUE (v., neste sentido, acórdão Beef Products e o./Comissão, n.º 181, *supra*, EU:T:2001:28, n.º 77; acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 314).

185 No caso em apreço, resulta das considerações dos n.os 91 a 96, *supra*, que a obrigação de compra de carvão autóctone, o mecanismo de entrada em funcionamento preferencial e a compensação financeira constituem modalidades indissociavelmente ligadas ao objeto do auxílio em causa na aceção dessa jurisprudência, como concluiu a Comissão implicitamente na decisão impugnada, ao proceder ao seu exame à luz de disposições diversas das relativas aos auxílios de Estado em conformidade com a referida jurisprudência.

186 Há que precisar, a este respeito, que esta jurisprudência foi aplicada no que respeita ao controlo da compatibilidade das medidas de auxílio com as regras relativas à livre circulação de mercadorias (Iannelli & Volpi, já referido no n.º 182, *supra*, EU:C:1977:51), à liberdade de estabelecimento (acórdão de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão, C-156/98, Colet., EU:C:2000:467, n.os 78 e 79), à livre concorrência (acórdão Beef Products e o./Comissão, n.º 181, *supra*, EU:T:2001:28, n.º 75), bem como à proibição das imposições internas violadoras do mercado interno (acórdão de 3 de maio de 2001, Portugal/Comissão, C-204/97, Colet., EU:C:2001:233, n.os 41 e 42).

187 Em contrapartida, contrariamente ao que pretende a Greenpeace-España, essa jurisprudência não consagrou a obrigação de a Comissão examinar a compatibilidade de um auxílio ou de um regime de auxílios que não visem a proteção do ambiente à luz das regras da União relativas à proteção do ambiente.

188 É certo que foi declarado que incumbia à Comissão, quando aprecia uma medida de auxílio à luz das regras da União relativas aos auxílios de Estado, tomar em consideração as exigências ligadas à proteção do ambiente previstas no artigo 11.º TFUE (acórdão British Aggregates/Comissão, já referido no n.º 30, *supra*, EU:C:2008:757, n.os 90 e 92; acórdão de 8 de setembro de 2011, Comissão/Países Baixos, C-279/08 P, Colet., EU:C:2011:551, n.º 75; v., especialmente no que toca à tomada em consideração do princípio do poluidor-pagador, acórdão de 16 de julho de 2014, Alemanha/Comissão, T-295/12, Colet., atualmente objeto de recurso, EU:T:2014:675, n.º 61). Contudo, o juiz da União consagrou essa obrigação da Comissão para a apreciação de auxílios que prosseguem objetivos relacionados com a proteção do ambiente, dado que os auxílios destinados à proteção do ambiente podem ser declarados compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alíneas b) ou c), TFUE.

189 Pelo contrário, na sua apreciação de uma medida de auxílio que não prossiga um objetivo ambiental, a Comissão não é obrigada a tomar em conta a legislação ambiental na sua apreciação do auxílio e das modalidades que lhe estão indissociavelmente ligadas. Com efeito, se um auxílio a favor da proteção do ambiente pode ser declarado compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 3, alíneas b) ou c), TFUE, um auxílio que produz efeitos nefastos no ambiente não é, por esse simples facto, atentatório do estabelecimento do mercado interno. A proteção do ambiente não constitui, em si mesma, mesmo que deva ser integrada na definição e execução das políticas da União, designadamente as destinadas a estabelecer o mercado interno (artigo 11.º TFUE; v., também, acórdão de 13 de setembro de 2005, Comissão/Conselho, C-176/03, Colet., EU:C:2005:542, n.º 42), uma das componentes desse mercado interno, definido como um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada (artigo 26.º, n.º 2, TFUE). Ora, resulta dos termos utilizados na jurisprudência acima referida que alargou o âmbito da

fiscalização da Comissão no âmbito de um processo relativo a auxílios de Estado para além da observância das disposições do artigo 107.º TFUE, nomeadamente do seu n.º 3, para fins de coerência entre as disposições relativas aos auxílios estatais e as disposições específicas do direito da União, que o juiz da União limita as regras que não sejam as relativas aos auxílios de Estado, cujo respeito deve ser verificado às suscetíveis de produzir um impacto negativo no mercado interno. Considera, com efeito, que «a Comissão só deve efetuar uma apreciação à luz das disposições pertinentes não abrangidas, em sentido estrito, pelo direito dos auxílios quando certas modalidades do auxílio em causa estiverem tão estreitamente ligadas ao seu objeto que a sua eventual falta de conformidade com as referidas disposições afete necessariamente a compatibilidade desse auxílio com o mercado interno» (v., nomeadamente, acórdão BUPA e o./Comissão, n.º 132, *supra*, EU:T:2008:28, n.º 314).

190 Além disso, se a análise da compatibilidade com o mercado interno de um auxílio destinado, como no caso em apreço, a garantir a segurança do aprovisionamento elétrica se baseava, em parte, sobre as disposições do direito da União em matéria ambiental, e se podia considerar, no termo deste exame, que as modalidades desse auxílio, designadamente as que dão apoio à produção de eletricidade a partir de carvão autóctone, ignorando essas disposições, esse auxílio seria declarado incompatível com o mercado interno, mesmo se conforme com os requisitos de aplicação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE. Daí decorre uma violação da margem de apreciação de que dispõem as autoridades nacionais na instituição de um SIEG, da mesma forma que uma extensão correlativa das atribuições da Comissão no exercício das competências que os artigos 106.° TFUE, 107.° TFUE e 108.° TFUE lhe atribuem. Ora, as competências exercidas pela Comissão nesse âmbito e o procedimento específico de apreciação da compatibilidade dos auxílios não se podem substituir ao processo de incumprimento, pelo qual a Comissão deve verificar a observância das disposições do direito da União pelos Estados-Membros.

191 Por último, pode acrescentar-se que, no acórdão de 13 de janeiro de 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão (T-158/99, Colet., EU:T:2004:2, n.ºs 156 a 161), o Tribunal Geral constatou, em substância ter respondido a um argumento relativo à violação, pela Comissão, das disposições do direito da União relativas à proteção do ambiente previstas no atual artigo 191.º TFUE, devido à falta de avaliação, em aplicação de uma diretiva aprovada em matéria ambiental, do impacte ambiental de uma medida de auxílio que não prossegue especificamente um objetivo ambiental e considerou, a este propósito, que uma eventual violação da diretiva em causa pelas autoridades nacionais competentes é passível de um processo de incumprimento, mas não pode constituir uma dificuldade séria e assim interferir na apreciação, pela Comissão, da compatibilidade do auxílio com o mercado interno (v., igualmente, neste sentido e por analogia, acórdão de 10 de dezembro de 2013, Comissão/Irlanda e o., C-272/12 P, Colet., EU:C:2013:812, n.ºs 45 a 49).

192 Daí resulta, no caso vertente, que, contrariamente ao que a Comissão alegou nos seus articulados, lhe cabia, como de resto fez na decisão impugnada, examinar a medida litigiosa à luz das disposições relativas à livre circulação das mercadorias e à liberdade de estabelecimento. Em contrapartida, a Comissão não era obrigada a analisar a conformidade da medida litigiosa com as disposições de proteção do ambiente, a que procedeu na decisão impugnada.

193 Daqui decorre igualmente que as críticas relativas à violação da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da Diretiva 2005/89, que completa a Diretiva que rege o mercado interno da eletricidade, não podem ser rejeitadas como inoperantes. Em contrapartida, o argumento baseado na inobservância das disposições ambientais dirigido contra as considerações acessórias da decisão recorrida deve ser julgado inoperante.

Quanto à procedência do fundamento

– Quanto à violação dos artigos 28.° TFUE e 34.° TFUE, relativos à livre circulação de mercadorias

194 A recorrente alega que a medida litigiosa viola os artigos 28.° TFUE e 34.° TFUE, na medida em que afeta o comércio da eletricidade na União e complica a importação de matérias-primas provenientes de outros Estados-Membros para produzir eletricidade. Além disso, esta violação das disposições relativas à livre circulação de mercadorias não seria justificada. A recorrente remete, a este respeito, para os seus argumentos em que critica o caráter justificado e proporcionado do SIEG instituído no caso em apreço e contesta a pertinência do acórdão mencionado pela Comissão na decisão impugnada para alicerçar a sua posição segundo a qual a medida litigiosa se justificava por razões de segurança pública.

195 Na decisão impugnada, a Comissão considerou, baseando-se na jurisprudência, que a medida litigiosa não podia, pela simples razão de favorecer a produção nacional de eletricidade e de carvão, ser equiparada a uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa (n.º 152). Precisou que nenhum elemento indicava que os efeitos restritivos nos mercados da eletricidade e dos combustíveis causados pela medida litigiosa excediam o que era necessário para atingir o objetivo prosseguido pelo auxílio em causa, a saber, o SIEG da produção de eletricidade a partir de carvão autóctone, nos limites fixados pela Diretiva 2003/54 (n.º 153 da decisão impugnada). A Comissão acrescentou, baseando-se no acórdão de 10 de julho de 1984, Campus Oil e o., 72/83, Recueil, EU:C:1984:256) e na Diretiva 2003/54, que os obstáculos potenciais à livre circulação do carvão e da eletricidade induzidos pelo mecanismo de entrada em funcionamento preferencial estavam cobertos pela justificação relativa à proteção da segurança pública prevista no artigo 36.º TFUE (n.º 154 da decisão impugnada).

196 Importa observar que, por força da jurisprudência referida na decisão impugnada, por um lado, a circunstância de um sistema de auxílios concedidos pelo Estado ou através de recursos estatais poder, pelo facto de favorecer certas empresas ou produções nacionais, entravar, pelo menos indiretamente, a importação de produtos similares ou concorrentes provenientes dos outros Estados-Membros, não basta, por si só, para equiparar, enquanto tal, um auxílio a uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa na aceção do artigo 34.º TFUE (acórdão & Volpi, já referido no n.º 182, EU:C:1977:51, n.º 10).

197 Por outro lado, o Tribunal de Justiça já decidiu que o objetivo de segurança do aprovisionamento ser abrangido pelo conceito de segurança pública, que constitui uma das razões suscetíveis de justificar restrições à importação previstas no artigo 36.º TFUE (acórdão Campus Oil e o., referido no n.º 195, *supra*, EU:C:1984:256, n.º 35). Além disso, o facto de um auxílio frequentemente acarretar, por si mesmo, uma proteção e, portanto, criar uma certa compartimentação do mercado em relação às produções das empresas que dele não beneficiam, não pode implicar efeitos restritivos que vão além do necessário para que o auxílio atinja os objetivos admitidos pelo Tratado (acórdão & Volpi, já referido no n.º 182, EU:C:1977:51, n.º 15).

198 Ora, os argumentos da recorrente não permitem pôr em causa a aplicabilidade, no caso vertente, de uma destas orientações.

199 Com efeito, por um lado, a recorrente limita-se a invocar um raciocínio geral relativo aos efeitos restritivos da medida litigiosa nos mercados da eletricidade e dos combustíveis, sem fornecer os elementos circunstanciados exigidos pela jurisprudência acima referida para considerar que um auxílio de Estado constitui igualmente uma medida de efeito equivalente. Por outro lado, mesmo admitindo que a alegação de paragem completa das centrais de carvão importado como efeito da medida litigiosa possa ser considerada como uma alegação circunstanciada, resulta do n.º 168, *supra*, que não está suficientemente fundamentada.

200 Por outro lado, as diferenças alegadas pela recorrente entre o presente litígio e o processo que conduziu ao acórdão Campus Oil e o., referido no n.º 195, *supra* (EU:C:1984:256), não permitem, em todo o caso, pôr em causa a justificação da medida litigiosa por razões de garantia da segurança do aprovisionamento com base no artigo 36.º TFUE. Com efeito, em primeiro lugar, nenhum dos argumentos apresentados pela recorrente pretende contestar a equiparação do objetivo de segurança do aprovisionamento à justificação da segurança pública prevista pela referida disposição. Em seguida, a recorrente reitera no essencial os argumentos e os elementos que foram já afastados, nomeadamente no âmbito da resposta dada aos argumentos relativos ao caráter injustificado e desproporcionado da medida litigiosa, bem como à existência de um desvio de poder, alegados no quadro do terceiro fundamento (v. n.ºs 173 e 177). Por último, a recorrente não tem em conta os limites impostos às alegadas restrições criadas pela medida litigiosa, resultantes, nomeadamente, do respeito dos requisitos do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54 (v. n.º 166, *supra*).

201 Por conseguinte, o fundamento relativo à violação dos artigos 28.° TFUE e o artigo 34.º TFUE deve ser rejeitado.

– Quanto à violação do artigo 49.º TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento

202 A recorrente alega que a medida litigiosa viola o artigo 49.º TFUE, na medida em que pode desencorajar as empresas que exploram centrais que produzem eletricidade a partir de outras fontes de energia estabelecidas noutros Estados-Membros de entrar no mercado espanhol.

203 Na decisão impugnada, a Comissão considerou que, pelas mesmas razões que o levaram a concluir pela inexistência de violação das regras relativas à livre circulação das mercadorias, a medida litigiosa não era incompatível com as regras relativas à liberdade de estabelecimento (n.º 155).

204 Não tendo a recorrente aduzido nenhum argumento suscetível de pôr em causa a pertinência da transposição para a análise da violação da liberdade de estabelecimento da apreciação relativa à livre circulação de mercadorias e, em especial, não apresentou nenhum argumento que conteste a justificação de um eventual entrave à liberdade de estabelecimento por razões de garantia da segurança do aprovisionamento (v., neste sentido, acórdão de 26 de março de 2009, Comissão/Itália, C-326/07, Colet., EU:C:2009:193, n.º 69 e jurisprudência referida), a crítica relativa à violação do artigo 49.º TFUE deve igualmente ser rejeitado.

– Quanto à violação da Diretiva 2005/89

205 A recorrente alega que a medida litigiosa afeta os objetivos fixados pela Diretiva 2005/89, na medida em que não respeita a exigência de estar baseada no mercado e não ser discriminatória (considerando 10) e que não é compatível com as exigências de um mercado interno concorrencial da eletricidade (artigo 1.º, n.º 2). A recorrente remete, a este respeito, para os seus argumentos expostos no âmbito do terceiro fundamento.

206 Há que salientar, a este propósito, que a Diretiva 2005/89 pretende completar as disposições da Diretiva 2003/54 relativas à possibilidade de os Estados imporem obrigações de serviço público às empresas de eletricidade no sentido de garantir a segurança do aprovisionamento (considerando 1), em particular, ao harmonizarem as políticas de segurança de abastecimento de eletricidade na União (considerando 3). Além disso, como sublinha acertadamente a Comissão, a Diretiva 2005/89 limita-se, no essencial, de fixar objetivos (artigo 1.º), bem como os elementos a tomar em consideração na elaboração e na execução das medidas que visam garantir a segurança do aprovisionamento (artigo 3.º).

207 Daqui se pode deduzir que a medida concreta de entrada em funcionamento preferencial das centrais de produção que utilizam fontes autóctones por razões de segurança de abastecimento, prevista pelo artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, não pode, enquanto tal, ser considerada incompatível com a Diretiva 2005/89. Assim, uma vez que a recorrente se limita a remeter, para fundamentar o seu argumento, para os seus argumentos invocados em apoio do terceiro fundamento, em que contesta o caráter justificado e proporcionado da medida litigiosa em relação ao objetivo prosseguido de garantia da segurança do fornecimento de eletricidade, e que foi considerado que estes argumentos não permitiam demonstrar uma violação do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54 (v. n.º 173, *supra*), a alegação relativa à violação da Diretiva 2005/89 deve ser julgada improcedente, não sendo necessária pronúncia sobre a sua admissibilidade, contestada pela Comissão.

– Quanto à violação dos artigos 3.° TUE, 11.° TFUE e 191.° TFUE, bem como da Diretiva 2003/87

208 Há que considerar, por preocupação de exaustividade, que, mesmo admitindo que a alegação de violação dessas disposições ambientais seja operante, deve, de qualquer forma, ser rejeitado, em parte, como inadmissível e, em parte, como improcedente.

209 No que se refere, antes de mais, à admissibilidade das alegações relativas à violação das disposições ambientais, algumas delas podem ser rejeitadas como inadmissíveis, por terem sido invocadas pela recorrente pela primeira vez na réplica, em violação do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, ou pela Greenpeace-España, que interveio em apoio da recorrente, em violação do artigo 40.º, quarto parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 116.º, n.º 3, do Regulamento de Processo (v. igualmente a jurisprudência referida no n.º 111, *supra*).

210 A recorrente, tal como a Greenpeace, alega, no essencial, que a medida litigiosa conduziria a um aumento das emissões poluentes em violação das disposições dos artigos 3.° TUE, 11.° TFUE e do artigo 191.º TFUE, relativas à tomada em conta do objetivo de proteção do ambiente na implementação das políticas da União, bem como das disposições da Diretiva 2003/87.

211 Por força do artigo 3.º, n.º 3, TUE, «[União] no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente [...]». O artigo 11.º TFUE prevê que «[a]s exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União [...]». O artigo 191.º TFUE precisa:

«1. A política da União no domínio do ambiente contribui para a prossecução dos seguintes objetivos:

— a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente,

— a proteção da saúde das pessoas,

— a utilização prudente e racional dos recursos naturais,

— a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente e, em especial, a luta contra as alterações climáticas.

– [...]»

212 Recorde-se igualmente que a Diretiva 2003/87 estabelece, para cumprir os compromissos assumidos pela União e pelos Estados-Membros no âmbito do Protocolo de Quioto (considerandos 4 e 5 da Diretiva 2003/87), um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na União, a fim de promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes (artigo 1.º da diretiva).

213 A recorrente alega, na réplica, a violação das disposições da Diretiva 2003/87 que pôs termo à gratuitidade parcial das licenças de emissão de gases com efeito de estufa a partir de 2013. O princípio da venda em leilão das licenças, e o fim da gratuitidade das referidas licenças, consagrado no artigo 10.º da Diretiva 2003/87 e o artigo 10.º-A da referida diretiva, expressamente citado pela recorrente, exclui, nos seus n.os 1 e 3, os produtores de eletricidade do benefício da atribuição de licenças de emissão a título gratuito. A Greenpeace-España refere igualmente, como esclareceu na audiência, a violação das disposições do artigo 10.º-A, n.º 1, terceiro parágrafo, e do artigo 10.º-C da Diretiva 2003/87.

214 A Greenpeace-España invoca também a violação do princípio do poluidor-pagador previsto no artigo 191.º, n.º 2, TFUE.

215 Pode-se assim inferir deste resumo das disposições invocadas que a recorrente não tem legitimidade para invocar pela primeira vez na réplica a alegação relativa à violação das disposições da Diretiva 2003/87 relativas à não gratuitidade das licenças de emissão a partir de 2013. Esta alegação baseia-se em elementos que eram do conhecimento da recorrente no momento em que interpôs o seu recurso, e não pode ser considerado como ampliação das alegações gerais relativas à violação dos objetivos de proteção do ambiente devido ao aumento das emissões poluentes. Com efeito, o argumento comporta uma nova argumentação de facto e de direito, baseada na violação de uma disposição específica da Diretiva 2003/87 que prevê a partir de 2013 o pagamento de determinadas quotas de emissão de gases com efeito de estufa dentre as que são atribuídas a cada Estado-Membro (v., neste sentido, acórdão de 21 de outubro de 2010, Umbach/Comissão, T-474/08, EU:T:2010:443, n.º 60 e jurisprudência referida).

216 Uma vez que a recorrente não tem legitimidade para invocar pela primeira vez na réplica a alegação referida no número anterior, a Greenpeace, na qualidade de interveniente, também não pode invocar a referida alegação. A Greenpeace-España, de resto, também não pode alegar a violação do artigo 191.º, n.º 2, TFUE, não alegada pela recorrente no quadro do seu fundamento relativo à violação das disposições ambientais.

217 No que respeita à procedência das outras alegações relativas à violação das disposições ambientais, há que recordar que, na decisão impugnada, a Comissão considerou, em resposta às alegações de alguns terceiros de que a medida litigiosa viola a legislação da União, que o facto de a referida medida conduzir a um aumento das emissões de CO_2 pelas centrais de carvão autóctone bem como ao aumento do preço dos direitos de emissão não conduziria ao aumento do CO_2 globalmente emitido em Espanha, o qual continua, em princípio dentro dos limites correspondentes aos compromissos assumidos pelas autoridades espanholas no quadro do regime de comércio de direitos de emissão instituído pela Diretiva 2003/87 (n.os 156 e 157 da decisão impugnada).

218 Há que referir que a Diretiva 2003/87 prevê a adoção de planos nacionais de atribuição de licenças de emissão, nomeadamente para o período de 2008, que devem ser aprovados pela Comissão. Estes planos permitem a cada Estado-Membro determinar a repartição das quotas a partir da quantidade total de licenças que lhe são atribuídas. Esta quantidade total é previamente fixada e os direitos de emissão podem depois ser objeto de trocas comerciais nos limites dessa quantidade total (regime dito de «cap-and-trade» mencionado no n.º 157 da decisão impugnada). Assim, o alegado aumento das emissões de gases com efeito de estufa pelas centrais de carvão autóctone por efeito da medida litigiosa não poderia impedir, por si próprio, impedir o Reino de Espanha de respeitar os limites de

emissão resultante da aplicação da Diretiva 2003/87 (v., neste sentido, despacho Gas Natural Fenosa SDG/Comissão, referido no n.º 87, *supra*, EU:T:2011:53, n.º 100) e, portanto, conduzir a um aumento das emissões poluentes em Espanha.

219 Além disso, a recorrente e a Greenpeace-España não fornecem nenhum elemento de que a Comissão tivesse tido conhecimento, na data em que tomou a decisão impugnada, que demonstrasse que esse aumento impediria as autoridades espanholas de respeitar o limite máximo fixado no seu plano de atribuição, tanto mais que a medida litigiosa leva a que a produção das centrais de carvão autóctone substitua prioritariamente a produção de centrais que utilizam fuelóleo e carvão importados (n.ºs 41 e 161 da decisão impugnada), ou seja, conduz, na prática, à substituição de produções que não se contesta serem poluentes. Tendo em conta esta substituição do carvão importado por carvão autóctone, não pode afirmar-se, como faz a Greenpeace-España, que a medida litigiosa favorecer a produção de eletricidade a partir de carvão em violação do objetivo e da finalidade da Diretiva 2003/87.

220 O quarto fundamento deve, consequentemente, ser julgado integralmente improcedente.

Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do Regulamento n.º 1407/2002

221 A recorrente sustenta que a medida litigiosa não tem em conta o artigo 4.º, alínea e), do Regulamento n.º 1407/2002 que proíbe as distorções de concorrência no mercado da eletricidade, bem como o artigo 6.º do mesmo regulamento, que consagra o princípio da regressividade dos auxílios à indústria carbonífera.

222 Pode observar-se, a título preliminar, que o Regulamento n.º 1407/2002 afirmou o princípio da manutenção das capacidades de produção carbonífera apoiada por auxílios de Estado (considerando 7). A Decisão 2010/787/UE do Conselho, de 10 de dezembro de 2010, relativa aos auxílios estatais destinados a facilitar o encerramento das minas de carvão que não são competitivas (JO L 336, p. 24), que sucedeu ao Regulamento n.º 1407/2002 à data da expiração deste, prorrogou até 2018, a possibilidade de os Estados-Membros concederem auxílios que abrangem os custos ligados com o carvão destinado à produção de eletricidade (artigos 2.º e 3.º da Decisão 2010/787).

223 Por outro lado, na decisão impugnada, a Comissão considerou que o Regulamento n.º 1407/2002 constituía um fundamento específico para a autorização de determinados auxílios e não podia limitar ou restringir [«restringir»] o âmbito do artigo 106.º, n.º 2, TFUE. A Comissão rejeitou a alegação segundo a qual a medida litigiosa concedia auxílios adicionais às minas de carvão para além dos permitidos pelo Regulamento n.º 1407/2002 (n.º 150 da decisão impugnada).

224 A Comissão baseou-se, para o efeito, nas disposições da medida litigiosa que prevê que as quantidades de carvão que devem ser compradas pelas centrais beneficiárias não excederão as previstas no «Plano nacional de reserva estratégico de carvão para o período 20062012», aprovado pela Comissão em aplicação do Regulamento n.º 1407/2002. A Comissão também observou que os auxílios concedidos ao abrigo do Regulamento n.º 1407/2002 apenas abrangiam a diferença entre os custos de produção dos produtores de Carvão e o montante das suas vendas (n.ºs 64, 65 e 102 da decisão impugnada). Daqui resulta, como a Comissão sublinhou com acerto nas suas alegações, que as receitas geradas pela medida litigiosa em benefício dos produtores de carvão reduzem mecanicamente o montante das ajudas diretas autorizadas pelo Regulamento n.º 1407/2002.

225 Nestas condições, e na ausência de argumentos ou elementos concretos invocados pela recorrente para contestar o conteúdo e os efeitos da medida litigiosa, tal como acima descritos, há que rejeitar o presente fundamento relativo à violação das disposições do Regulamento n.º 1407/2002 que proíbem as distorções da concorrência e que preveem a regressividade dos auxílios à indústria carbonífera.

226 Resulta de tudo o que precede que deve ser integralmente negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

227 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la a suportar, além das suas próprias despesas, as despesas efetuadas pela Comissão, em conformidade com os pedidos desta última.

228 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros intervenientes no litígio suportam as suas despesas. O Reino de Espanha suportará, portanto, as suas despesas. Os outros intervenientes suportarão igualmente cada um as suas próprias despesas, nos termos do artigo 87.º, n.º 4, terceiro parágrafo, do Regulamento de Processo.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Castelnou Energía, SL, suportará as suas próprias despesas, bem como as efetuadas pela Comissão Europeia.

3) O Reino de Espanha, a Greenpeace-España, a Hidroeléctrica del Cantábrico, SA, a E.ON Generación, SL, a Comunidad Autónoma de Castilla y León e a Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunión) suportarão as suas próprias despesas.

Martins Ribeiro Gervasoni Madise

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de dezembro de 2014.

Assinaturas

Índice

Antecedentes do litígio 2

Tramitação e pedidos das partes 3

Questão de direito 5

1. Quanto à admissibilidade 5

2. Quanto ao mérito 9

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação dos direitos processuais da recorrente previstos no artigo 108.º, n.º 2, TFUE, bem como dos princípios gerais do respeito dos direitos de defesa e da boa administração 9

Indícios: relativos ao procedimento preliminar de investigação 10

— Quanto ao primeiro indício, relativo à duração do procedimento preliminar de exame 11

— Quanto ao segundo indício, relativo à correspondência entre a Comissão e as autoridades espanholas 12

— Quanto ao terceiro indício, relativo à alteração da medida litigiosa 13

— Quanto ao quarto indício, relativo às objeções das autoridades e operadoras espanholas .. 14

Indícios relativos ao conteúdo da decisão impugnada 14

— Quanto ao primeiro indício, baseado na análise incompleta da medida litigiosa 15

— Quanto ao segundo indício, relativo à análise insuficiente do SIEG instituído no caso em apreço 17

— Quanto ao terceiro indício, relativo à incompatibilidade da medida litigiosa com diversas disposições do Tratado e do direito derivado 17

— Quanto ao quarto indício, relativo ao exame insuficiente e incompleto da medida litigiosa à luz das disposições ambientais 18

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, do artigo 107.º TFUE e do dever de fundamentação 19

Quanto à inexistência de análise do conjunto dos elementos constitutivos da medida litigiosa ... 19

Quanto à não qualificação da obrigação de compra de carvão autóctone de auxílio de Estado incompatível 20

Quanto ao terceiro fundamento, baseado na violação do artigo 106.º, n.º 2, TFUE, do enquadramento dos SIEG, do artigo 11.º, n.º 4, da Diretiva 2003/54, em erros manifestos de apreciação, bem como em desvio de poder 20

Quanto à justificação da instituição de um SIEG 21

Quanto ao caráter proporcionado da medida litigiosa, à luz do objetivo prosseguido pelo SIEG . 24

Quanto à existência de desvio de poder 29

Quanto ao quarto fundamento, baseado na violação de disposições do Tratado e do direito derivado diferentes das relativas aos auxílios de Estado 30

Quanto ao caráter operante do fundamento 30

Quanto à procedência do fundamento 33

— Quanto à violação dos artigos 28.° TFUE e 34.° TFUE, relativos à livre circulação de mercadorias 33

— Quanto à violação do artigo 49.º TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento 34

— Quanto à violação da Diretiva 2005/89 34

— Quanto à violação dos artigos 3.° TUE, 11.° TFUE e 191.° TFUE, bem como da Diretiva 2003/87 35

Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do Regulamento n.º 1407/2002 37

Quanto às despesas 38