Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 22 de março de 2017 [1]

Processo C-329/15

ENEA SA
contra
Prezes Urzędu Regulacji Energetyki

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Artigo 107.º, n.º 1, TFUE — Auxílios de Estado — Obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração — Fornecedor de eletricidade cujo capital é detido pelo Estado — Conceito de 'vantagem' — Crescimento da procura — Imputabilidade ao Estado — Medida legislativa — Não utilização de recursos estatais — Artigo 108.º, n.º 3, TFUE — Execução ilegal de um auxílio de Estado — Efeito direto — Possibilidade de invocação pelos fornecedores de eletricidade sujeitos à obrigação de aquisição — Coima em caso de incumprimento da obrigação de aquisição — Exclusão em caso de execução ilegal de um auxílio de Estado»

I. Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial que o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia) submete ao Tribunal de Justiça tem formalmente por objeto a interpretação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, mas também diz respeito à interpretação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE [2].

2. Este pedido foi submetido ao Tribunal de Justiça no âmbito de um litígio que opõe a ENEA SA ao presidente da Urzędu Regulacji Energetyki (Entidade Reguladora da Energia, Polónia, a seguir «URE»), a respeito da aplicação, por este último, de uma coima à ENEA por violação a sua obrigação de aquisição [3] de energia elétrica produzida com geração simultânea de calor (a seguir «energia elétrica de cogeração»).

3. Não é contestado que a ENEA não respeitou a obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração que lhe incumbia por força da regulamentação nacional. No entanto, a ENEA alegou que essa obrigação de aquisição constituía um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

4. Pelos motivos expostos a seguir, considero que a referida obrigação de aquisição não pode ser qualificada de auxílio de Estado, uma vez que a vantagem que confere aos produtores desse tipo de eletricidade não é concedida através de recursos estatais.

1 Língua original: francês.

2 V. n.ºs 130 a 141 das presentes conclusões.

3 Quanto à qualificação não da obrigação de compra mas da obrigação de aquisição, v. n.º 38 das presentes conclusões.

II. Quadro jurídico

5. O artigo 9.ºa, n.º 8, da Ustawa Prawo Energetyczne (Lei da energia [4]), que foi aditado por uma Lei de alteração de 4 de março de 2005 [5], estabelece uma obrigação de compra de energia elétrica de cogeração. Nos termos desta disposição:

«As empresas de eletricidade incumbidas da produção ou da comercialização de energia elétrica, e que vendem essa energia a consumidores finais ligados à rede de eletricidade no território da República da Polónia, são obrigadas, desde que tal seja determinado em disposições legais adotadas com base no n.º 10, a adquirir [energia elétrica de cogeração], a partir de fontes de energia situadas no território da República da Polónia que estejam ligadas à sua rede de eletricidade.»

6. Nos termos do artigo 56.º, n.º 1, ponto 1a, da Lei da energia:

«Qualquer pessoa […] que não respeite a sua obrigação de compra de energia elétrica e de calor referida no artigo 9.ºa, n.ºs 6 a 8, fica sujeita a coima.»

7. O artigo 56.º, n.º 2, desta lei prevê:

«A aplicação da coima referida no n.º 1 é da competência do presidente da URE.»

8. O artigo 56.º, n.º 2b, da referida lei dispõe:

«O produto das coimas aplicadas nas situações definidas no n.º 1, ponto 1a, por incumprimento das obrigações referidas no artigo 9.ºa, n.ºs 1 e 6 a 8, é afetado ao Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej [Fundo nacional para a proteção do ambiente e gestão da água, Polónia].»

9. Relativamente ao ano de 2006, a quota a atingir para cumprir essa obrigação de compra foi fixada pelo artigo 5.º, ponto 2, do rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła (Regulamento de execução do Ministro da Economia e do Trabalho relativo à especificação da obrigação de compra de energia elétrica de cogeração, de 9 de dezembro de 2004, a seguir «regulamento de execução» [6]).

10. Segundo esta disposição, a referida obrigação de compra considerava-se preenchida quando a energia elétrica comprada proveniente de fontes combinadas de energia ligadas à rede ou produzida pela empresa de eletricidade em causa a partir das suas próprias fontes combinadas de energia representasse uma quota igual a pelo menos 15%, para 2006, nas vendas totais anuais de energia elétrica aos clientes que compram energia elétrica para as suas próprias necessidades.

III. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11. A ENEA é uma sociedade de direito privado, detida a 100% pelo Estado polaco, que produz, comercializa e vende eletricidade.

12. Por decisão de 27 de novembro de 2008, o presidente da URE aplicou à ENEA uma coima no montante de 7 594 613, 28 zlotis polacos (PLN) (cerca de 2 011 813 euros) por incumprimento, em 2006, da obrigação de compra de energia elétrica de cogeração que lhe incumbia nos termos do artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia.

4 Dz. U. n.º 135, posição 1144.

5 Dz. U. n.º 62, posição 552.

6 Dz. U. n.º 267, posição 2657.

13. Com efeito, em 2006, a quantidade de energia elétrica de cogeração comprada e revendida pela ENEA aos clientes que adquiriram essa energia elétrica para as suas próprias necessidades representava apenas 14,596% das suas vendas totais a esses clientes, em vez dos 15% impostos pelo artigo 5.º, n.º 2, do regulamento de execução.

14. A ENEA interpôs recurso da decisão do presidente da URE no Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsóvia — Tribunal competente em matéria de concorrência e de proteção dos consumidores).

15. Por sentença de 15 de dezembro de 2009, esse órgão jurisdicional deu provimento ao recurso da ENEA e anulou a sanção aplicada. Todavia, esta sentença foi anulada pelo Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Recurso de Varsóvia, Polónia) por acórdão proferido em 24 de novembro de 2010.

16. Na sequência desse acórdão, o Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów negou provimento ao recurso da ENEA por sentença de 27 de setembro de 2011, a qual, no entanto, foi também anulada pelo Sąd Apelacyjny w Warszawie por acórdão proferido em 29 de maio de 2012.

17. Depois de ter analisado o processo principal pela terceira vez, o Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów negou de novo provimento ao recurso da ENEA por sentença de 10 de dezembro de 2012.

18. Decidindo em sede de recurso, por acórdão de 14 de outubro de 2013, o Sąd Apelacyjny w Warszawie reduziu a coima aplicada à ENEA para 3 600 000 PLN (cerca de 860 760 euros), tendo em conta as circunstâncias do processo principal e o grau de incumprimento da obrigação em causa.

19. A recorrente interpôs recurso de cassação desse acórdão para o órgão jurisdicional de reenvio, que fez as seguintes observações.

20. Não é contestado pelas partes no litígio que, em 2006, a ENEA não respeitou a obrigação prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia. Em contrapartida, o litígio no processo de cassação diz respeito à legalidade da aplicação de uma coima ao abrigo do artigo 56.º, n.º 1, ponto 1a, da Lei da energia por incumprimento da obrigação prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia.

21. A obrigação de compra de energia elétrica de cogeração não implicava que uma empresa como a ENEA fosse obrigada a aceitar todas as propostas de venda de energia elétrica de cogeração, independentemente do volume, do preço ou de outros parâmetros. Essa empresa devia vender aos utilizadores finais uma quota mínima de energia elétrica de cogeração, fixada em 15% das quantidades vendidas a esses utilizadores em 2006. Esta quota podia ser atingida, por um lado, através da produção de energia elétrica de cogeração dentro da própria empresa ou, por outro, mediante a compra energia elétrica de cogeração a produtores terceiros.

22. Em caso de aquisição a produtores terceiros, o preço da aquisição da energia elétrica de cogeração era fixado pelas partes no acordo, a saber a empresa sujeita à obrigação de compra e o produtor de energia elétrica de cogeração, sem intervenção externa.

23. Todavia, o presidente da URE podia definir, aquando da aprovação da tarifa praticada por cada companhia de eletricidade, o nível do preço da energia elétrica de cogeração que considerasse um custo razoável no cálculo do preço máximo que podia ser exigido na venda de energia elétrica aos utilizadores finais.

24. As companhias de eletricidade obrigadas a comprar energia elétrica de cogeração adquiriam-na por vezes a um preço inferior ao considerado pelo presidente da URE como um custo razoável. No entanto, também acontecia que essas companhias comprassem energia elétrica de cogeração a um preço superior ao considerado pelo presidente da URE como um custo razoável e mesmo superior ao preço de venda ao consumidor final fixado na tarifa da empresa em questão, conforme aprovada pelo presidente da URE.

25. Assim, diversas companhias de eletricidade que não cumpriram a obrigação prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia, como a ENEA no litígio no processo principal, tinham rejeitado propostas de venda de energia elétrica de cogeração por um preço sensivelmente superior ao nível tomado em consideração pelo presidente da URE aquando da aprovação da sua tarifa.

26. Por outro lado, à data dos factos pertinentes para o litígio no processo principal, havia no mercado da eletricidade na Polónia uma penúria de energia elétrica de cogeração. Esta penúria tinha levado o presidente da URE a implementar diversas soluções com vista a aumentar artificialmente o volume dessa energia elétrica, como acordos de venda de eletricidade convencional em troca de energia elétrica de cogeração.

27. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que a solução do litígio no processo principal depende nomeadamente da qualificação, à luz do artigo 107.º TFUE, da obrigação de compra de energia elétrica de cogeração estabelecida no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia. Se essa obrigação for qualificada de auxílio de Estado, esclarece que esse regime não foi objeto de notificação à Comissão Europeia, em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

28. Esse órgão jurisdicional esclarece que está inclinado para interpretar o artigo 107.º TFUE no sentido de que a referida obrigação não constitui um auxílio de Estado pelo facto de não implicar a utilização de recursos estatais, contrariamente ao que a ENEA alega, referindo-se a esse propósito à jurisprudência do Tribunal de Justiça [7].

29. Foi neste contexto que o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. Deve o artigo 107.º[TFUE] ser interpretado no sentido de que constitui um auxílio estatal a obrigação de aquisição de energia elétrica [de cogeração], prevista [na regulamentação nacional]?

2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, deve o artigo 107.º[TFUE] ser interpretado no sentido de que é possível a uma empresa de eletricidade que constitui uma emanação do Estado-Membro e à qual era imposta a obrigação qualificada de auxílio estatal, invocar uma violação dessa disposição num processo instaurado num tribunal nacional?

3. Em caso de resposta afirmativa às primeira e segunda questões, deve o artigo 107.º[TFUE], em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, [TUE], ser interpretado no sentido de que está excluída a possibilidade de ser aplicada uma coima a uma empresa que não tenha cumprido a obrigação instituída pelo direito nacional, por ser essa obrigação incompatível com o artigo 107.º[TFUE]?»

IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

30. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 3 de julho de 2015.

7 Acórdãos de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160); de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294); de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413); e de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851).

31. A ENEA, o Governo polaco e a Comissão apresentaram observações escritas.

32. A ENEA, o Governo polaco e a Comissão estiveram presentes na audiência de 11 de janeiro de 2017 para aí serem ouvidos nas suas observações.

V. Análise

33. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se a obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração imposta pela regulamentação nacional em causa no processo principal deve ser qualificada de auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

34. As duas outras questões só são colocadas na hipótese de o Tribuna de Justiça dar resposta afirmativa à primeira questão. Pelos motivos expostos a seguir, proporei ao Tribunal de Justiça que responda negativamente àquela primeira questão, no sentido de que a obrigação de aquisição em causa no processo principal não constitui um auxílio de Estado. No entanto, e por uma questão de exaustividade, analisarei sucintamente as duas outras questões no termo da minha exposição.

A. Quanto à existência de um auxílio de Estado (primeira questão)

35. Sem prejuízo de disposição em contrário dos Tratados, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE declara incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

36. Segundo jurisprudência constante, a qualificação de auxílios de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE pressupõe a reunião de quatro condições, a saber, que exista uma intervenção do Estado ou [8] através de recursos estatais, que essa intervenção seja suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, que conceda uma vantagem seletiva ao seu beneficiário e que falseie ou ameace falsear a concorrência [9].

37. Para determinar se estas condições estão reunidas nas circunstâncias do litígio no processo principal, importa identificar com precisão as características do regime nacional em causa neste litígio.

1. Quanto às características da obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal

38. Formalmente, o artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia estabelece uma obrigação de compra de energia elétrica de cogeração. No entanto, saliento que o artigo 5.º, ponto 2, do regulamento de execução prevê a possibilidade de uma companhia de eletricidade como a ENEA cumprir essa obrigação não comprando, mas produzindo ela própria a energia elétrica de cogeração, o que o órgão jurisdicional de reenvio confirmou [10]. Portanto, parece-me que essa obrigação deve ser qualificada não de obrigação de compra, mas de obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração.

8 Quanto ao caráter cumulativo das condições de imputabilidade e de utilização de recursos estatais, v. n.º 63 das presentes conclusões.

9 V. nomeadamente acórdãos de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 15 e jurisprudência referida); de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 17 e jurisprudência referida); e de 21 de dezembro de 2016, Comissão/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, n.º 40).

10 V. n.º 21 das presentes conclusões.

39. Nos termos do artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia, essa obrigação de aquisição incumbe a qualquer empresa de eletricidade que produza ou forneça energia elétrica e a venda a utilizadores finais ligados à rede elétrica em território polaco (a seguir «fornecedor de eletricidade»).

40. A referida obrigação consiste, para qualquer fornecedor de eletricidade, em abastecer-se em energia elétrica de cogeração numa percentagem de 15% da quantidade de energia elétrica vendida aos utilizadores finais ao longo do ano. Por outras palavras, 15% da energia elétrica vendida anualmente aos utilizadores finais deve provir de energia elétrica de cogeração.

41. O presidente da URE pode aplicar uma coima a qualquer fornecedor de eletricidade que não cumpra a sua obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração. O litígio no processo principal diz precisamente respeito à coima que o presidente da URE aplicou a esse título à ENEA.

42. Importa ainda sublinhar que a compra de energia elétrica de cogeração não está sujeita a nenhuma outra regra. Em especial, o preço de compra é livremente convencionado entre as partes na transação, sem que seja objeto de um limite ou de um preço máximo imposto pelas autoridades públicas.

43. No entanto, o preço máximo que pode ser exigido na venda de energia elétrica aos utilizadores finais deve ser objeto, para cada fornecedor de eletricidade, de aprovação pelo presidente da URE, como esclareceu o órgão jurisdicional de reenvio [11].

44. Assim, a ação do Estado polaco no mercado da energia elétrica de cogeração limita-se às duas intervenções seguintes:

– por um lado, o estabelecimento de uma obrigação de aquisição a cargo dos fornecedores de eletricidade, e

– por outro, a determinação de um preço máximo para a venda de energia elétrica aos utilizadores finais, o que pode ter o efeito de limitar a capacidade dos fornecedores de eletricidade repercutirem sobre esses utilizadores os custos adicionais que resultam da obrigação de aquisição.

45. Sublinho ainda, a este respeito, que os fornecedores de eletricidade aos quais incumbe a obrigação de aquisição são empresas de direito privado com fim lucrativo, incluindo os fornecedores — como a ENEA — cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado.

46. No que se refere mais especificamente às circunstâncias do litígio no processo principal, resulta dos elementos dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que as decisões da ENEA foram ditadas por outras considerações além do seu interesse comercial.

47. A este respeito, a ENEA expôs nas suas observações escritas e orais que, durante o ano de 2005, tinha celebrado dois contratos de aquisição de energia elétrica de cogeração que lhe deveriam ter permitido alcançar o limite de 15% imposto pela regulamentação polaca para 2006, mas que esses contratos só foram executados parcialmente por causa das condições climáticas particularmente amenas verificadas na Polónia nesse período [12].

48. Todavia, a ENEA também admitiu ter recusado, durante 2006, várias propostas de venda de energia elétrica de cogeração cujo preço era 46% a 75,6% superior ao preço médio da eletricidade no mercado concorrencial. Além disso, a ENEA esclareceu que a coima objeto do processo principal lhe tinha sido aplicada por causa da sua decisão de recusar essas propostas de venda.

11 V. n.os 23 a 25 das presentes conclusões.

12 Uma vez que este tipo de energia elétrica é produzido conjuntamente com o calor, uma quebra na procura de calor implica uma quebra na oferta de energia elétrica de cogeração.

49. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinhou, antes de mais, que, não obstante o Estado deter a totalidade do seu capital social, a autonomia da recorrente não tinha sido limitada pelas autoridades públicas, que não deram nenhuma instrução relativa à execução da obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração. Em seguida, esse órgão jurisdicional salientou que o comportamento da ENEA no mercado não diferia de forma alguma do comportamento das entidades controladas por capitais privados, o que era demonstrado, nomeadamente, pela rejeição das propostas de venda acimas referidas devido ao seu preço considerado excessivo pela ENEA. Por último, o referido órgão jurisdicional esclareceu que a ENEA agia sob a forma de uma sociedade anónima e era tratada como qualquer outra empresa privada tendo em conta as regras da concorrência.

50. É à luz destas características que examinarei a existência de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, analisando sucessivamente o respeito das condições recordadas no n.º 36 das presentes conclusões. Na minha opinião, o regime em causa no litígio no processo principal cumpre todas essas condições, com exceção da relativa à utilização de recursos estatais, o que exclui a qualificação de auxílio de Estado.

2. Quanto à existência de uma vantagem seletiva

51. Segundo jurisprudência constante, são considerados auxílios as intervenções que, independentemente da forma que assumam, sejam suscetíveis de favorecer direta ou indiretamente empresas ou que devam ser consideradas uma vantagem económica que a empresa beneficiária não teria obtido em condições normais de mercado [13].

52. O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre essa condição no acórdão Association Vent De Colère! e o., que dizia respeito a uma obrigação de compra de eletricidade de origem eólica acompanhada de um mecanismo de compensação dos custos adicionais gerados por essa obrigação [14].

53. Por outro lado, só sucintamente se debruçou sobre essa condição no acórdão PreussenElektra. Com efeito, no n.º 54 desse acórdão, o Tribunal de Justiça salientou que não era contestado que uma obrigação de compra, *a preços mínimos*, de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis acarreta uma vantagem económica certa para os produtores desse tipo de eletricidade, na medida em que lhes garante, sem nenhum risco, lucros superiores aos que realizariam sem essa vantagem. Recordo, a este respeito, que os preços mínimos fixados pelas autoridades alemãs eram superiores ao valor económico desse tipo de eletricidade [15].

54. Em tal contexto, é evidente que as empresas que produzem eletricidade a partir de fontes de energia renováveis beneficiavam de uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, na medida em que lhes são garantidas vendas a um preço superior ao valor real da sua produção.

55. No entanto, as circunstâncias do litígio no processo principal distinguem-se das que deram origem ao acórdão PreussenElektra por causa da inexistência de preço mínimo para a compra de energia elétrica de cogeração, como já esclareci no n.º 42 das presentes conclusões. Portanto, cabe ao Tribunal de Justiça determinar se uma simples obrigação de aquisição confere uma vantagem aos produtores do produto visado por essa obrigação.

56. Parece-me incontestável que esse é efetivamente o caso.

13 V. nomeadamente acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 79 e jurisprudência referida), e de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 20 e jurisprudência referida).

14 V. acórdão de 19 de dezembro de 2013 (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 15).

15 Acórdão de 13 de março de 2001 (C-379/98, EU:C:2001:160, n.º 56).

57. É certo que a vantagem conferida por uma obrigação de aquisição é menos imediata quando esta não é acompanhada de um preço mínimo superior ao valor económico do produto visado.

58. No entanto, o efeito prático dessa obrigação de aquisição é provocar um crescimento da procura do produto visado que não se verificaria nas condições normais do mercado da eletricidade polaco.

59. Ora, tal estimulação da procura de energia elétrica de cogeração conferiu uma vantagem aos produtores dessa eletricidade. Com efeito, um crescimento da procura de um determinado bem tende a aumentar ao mesmo tempo a quantidade de bens vendidos e o preço de venda desses bens [16]. Mais concretamente, a obrigação de aquisição beneficiou a posição de negociação dos produtores de energia elétrica de cogeração, na medida em que os seus clientes potenciais estavam obrigados a comprar uma determinada quantidade da eletricidade que produziam.

60. É, em substância, a crítica feita pela ENEA à obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal, na medida em que essa obrigação permitiu aos produtores de energia elétrica de cogeração exigir um preço de compra superior ao valor económico desse tipo de eletricidade e por vezes mesmo superior ao preço máximo de venda aos utilizadores finais imposto pelo presidente da URE [17].

61. Assim, ao alterar as condições normais de mercado em proveito dos produtores de energia elétrica de cogeração, a obrigação de aquisição confere-lhes uma vantagem na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

62. Por outro lado, não há dúvida de que essa vantagem é seletiva, como exige o artigo 107.º, n.º 1, TFUE [18], uma vez que favorece apenas a produção de energia elétrica de cogeração.

3. Quanto à imputabilidade da vantagem ao Estado polaco e à não utilização de recursos estatais

63. Segundo jurisprudência constante, para que as vantagens possam ser qualificadas de auxílios na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, devem, por um lado, ser concedidas, direta ou indiretamente, através de recursos estatais e, por outro, ser imputáveis ao Estado. Assim, a expressão «auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais» foi interpretada pelo Tribunal de Justiça como implicando duas condições cumulativas que visam, respetivamente, o financiamento da vantagem concedida, o qual deve provir de recursos estatais, e a decisão de conceder essa vantagem, que deve ser imputável ao Estado [19].

64. No âmbito do presente processo, a ENEA e a Comissão consideram que estas duas condições estão preenchidas. O Governo polaco alega que nenhuma das duas condições se verifica.

65. Pelos motivos expostos a seguir, considero que a concessão da vantagem em causa no litígio no processo principal é imputável ao Estado polaco, mas que não implica a utilização de recursos estatais.

16 Para uma descrição clássica dos efeitos de um aumento da procura de um determinado bem, v. Paul A., Samuelson e William D. Nordhaus, *Economics*, McGraw-Hill Higher Education, 2009, 19.ª edição, pp. 55 e 56.

17 V. n.º 48 das presentes conclusões.

18 V. a este respeito acórdão de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 22 e jurisprudência referida).

19 Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 16 e jurisprudência referida); despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.º 21). V., também, Bacon, K., *European Union Law of State Aids*, OUP, Oxford, 2013, 2.ª ed., n.º 2.96 e segs.; Piernas López, J. J., *The Concept of State Aid Under EU Law*, OUP, Oxford, 2015, cap. 6.

a) Quanto à intervenção de organismos distintos do Estado

66. O presente processo diz respeito à concessão de uma vantagem que implica a intervenção de organismos distintos do Estado, a saber os fornecedores de eletricidade sobre os quais recai uma obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração.

67. A este respeito, resulta de jurisprudência constante que não há que distinguir os casos em que o auxílio é concedido diretamente pelo Estado daqueles em que é concedido por intermédio de um organismo público ou privado, designado ou instituído por esse Estado [20].

68. A inclusão de vantagens concedidas através de organismos distintos do Estado no âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE visa, legitimamente, preservar o efeito útil da proibição dos auxílios de Estado. Com efeito, o Tribunal de Justiça esclareceu que o direito da União não pode admitir que o simples facto de criar instituições autónomas encarregadas da distribuição dos auxílios permita contornar as regras relativas aos auxílios de Estado [21]. Por outras palavras, essa jurisprudência visava impedir um risco de subinclusão.

69. Todavia, a decisão de incluir as vantagens concedidas por intermédio de organismos distintos do Estado faz aparecer um risco específico de sobreinclusão, abrangendo vantagens que não seriam imputáveis ao Estado ou que não implicariam a utilização de recursos estatais. Em particular, é preciso ter presente que as vantagens cuja concessão é efetivamente tornada obrigatória pelo Estado, mas que não implicam a utilização de recursos estatais, não constituem auxílios de Estado [22].

70. No âmbito das vantagens concedidas por organismos distintos do Estado, a interpretação das condições de imputabilidade ao Estado e de utilização de recursos estatais procura assim estabelecer um ponto de equilíbrio entre esses riscos de subinclusão e de sobreinclusão. É à luz desta tensão que analisarei essas duas condições nas circunstâncias do litígio no processo principal.

b) A concessão da vantagem em causa no litígio no processo principal é imputável ao Estado polaco

71. No que se refere à condição relativa à imputabilidade da medida, importa examinar se as autoridades públicas devem ser consideradas implicadas na adoção dessa medida [23].

72. A este respeito, e como alegaram a ENEA e a Comissão, a obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração foi instituída por uma disposição legislativa, a saber, o artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia. Por conseguinte, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve ser considerada imputável ao Estado [24].

73. O Governo polaco contestou esta imputabilidade sublinhando que os elementos essenciais da compra de energia elétrica de cogeração são definidos pelas partes nessa transação, nas condições do mercado, sem intervenção do Estado.

20 V., nomeadamente, acórdãos de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, n.º 21), e de 15 de julho de 2004, Pearle e o. (C-345/02, EU:C:2004:448, n.º 34 e jurisprudência referida).

21 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294, n.º 23).

22 V., nomeadamente, acórdãos de 24 de janeiro de 1978, van Tiggele (82/77, EU:C:1978:10, n.ºs 24 a 26), e de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, n.ºs 59 a 61).

23 Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 17), e despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.º 22).

24 V., neste sentido, acórdão de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.º 18), e despacho de 22 de outubro de 2014, Elcogás (C-275/13, não publicado, EU:C:2014:2314, n.º 23).

74. Este argumento parece-me proceder de uma identificação errada da vantagem em causa no litígio no processo principal. É verdade que o Estado polaco não regulamentou diretamente as condições — nomeadamente, o preço de venda — em que se realizam as aquisições de energia elétrica de cogeração. Por conseguinte, essas transações são realizadas «nas condições do mercado» de eletricidade, como alegou esse Governo.

75. No entanto, a vantagem conferida pela obrigação de aquisição reside precisamente na alteração das condições do mercado da eletricidade, e mais particularmente no crescimento da procura da energia elétrica de cogeração [25]. Ora, não é contestável que essa alteração é provocada pela obrigação de aquisição prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia e que, portanto, é imputável ao Estado polaco.

76. Por outras palavras, a vantagem em causa no litígio no processo principal não foi concedida espontaneamente pelos fornecedores de eletricidade aos produtores de energia elétrica de cogeração, mas resulta de atos legislativos e regulamentares que emanam do Estado polaco. Neste sentido, não me parece contestável que a concessão dessa vantagem é imputável a esse Estado.

77. Resta, todavia, verificar se a concessão da referida vantagem é financiada por recursos estatais.

c) A concessão da vantagem em causa no litígio no processo principal não implica a utilização de recursos estatais

78. A ENEA e a Comissão alegaram que a vantagem concedida aos produtores de energia elétrica de cogeração era financiada por recursos estatais.

79. Todavia, estou convicto de que essa vantagem não era financiada por recursos estatais, como sustentou com razão o Governo polaco. Com efeito, do meu ponto de vista, as circunstâncias do litígio no processo principal são comparáveis, à luz do conceito de auxílio de Estado, às que deram origem ao acórdão PreussenElektra [26].

80. A este respeito, e como exporei a seguir [27], parece-me particularmente importante não proceder a uma leitura formalista e seletiva do acórdão Stardust Marine [28], que poderia provocar um alargamento considerável do âmbito de aplicação do conceito de auxílio de Estado.

1) Quanto à não utilização de recursos estatais

81. Como já expliquei nos n.os a das presentes conclusões, a vantagem de que beneficiam os produtores de energia elétrica de cogeração consiste no crescimento da procura provocada pela obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal, que tende a aumentar o volume das vendas e/ou o preço de venda desse tipo de eletricidade.

82. Importa determinar se esta vantagem é concedida através de recursos estatais.

25 V. n.os 58 a 61 das presentes conclusões.

26 Acórdão de 13 de março de 2001 (C-379/98, EU:C:2001:160).

27 V. n.os 89 a 104 das presentes conclusões.

28 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

83. Considero que não. Com efeito, entendo que essa vantagem é concedida através da transferência de recursos entre pessoas privadas. Mais precisamente, essa vantagem é concedida em detrimento dos produtores de outros tipos de eletricidade — na medida em que estes venderão a sua eletricidade em menor quantidade ou a um preço inferior — e dos fornecedores de eletricidade — na medida em que estes são obrigados a adquirir a energia elétrica de cogeração a um preço mais elevado que o preço de venda da eletricidade oferecida pelos produtores de outros tipos de eletricidade.

84. Por outras palavras, a vantagem concedida pelo Estado polaco aos produtores de energia elétrica de cogeração é «financiada» pelos produtores de outros tipos de eletricidade e pelos fornecedores de eletricidade.

85. Encontro a confirmação deste raciocínio no n.º 59 do acórdão PreussenElektra, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a obrigação, imposta às empresas privadas de fornecimento de eletricidade, de comprar a preços mínimos fixos a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis não engendra qualquer transferência direta ou indireta de recursos estatais para as empresas produtoras deste tipo de eletricidade. À semelhança da vantagem em causa no litígio no processo principal, a vantagem examinada nesse processo também era financiada por operadores privados [29].

86. Portanto, tanto nas circunstâncias do litígio no processo principal como nas que deram origem ao acórdão PreussenElektra, as empresas sujeitas à obrigação de aquisição não são mandatadas pelo Estado para gerir recursos estatais, mas estavam vinculadas por uma obrigação de compra através dos seus recursos financeiros próprios [30].

87. A ENEA e a Comissão tentaram distinguir as circunstâncias do processo PreussenElektra das do presente processo, argumentando com a participação maioritária do Estado polaco no capital de diversos fornecedores de eletricidade sujeitos à obrigação de aquisição prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia [31].

88. No entanto, pelos motivos expostos a seguir considero que essa argumentação deve ser rejeitada.

2) Quanto à participação maioritária do Estado no capital de determinados fornecedores de eletricidade

89. Segundo a argumentação concebida pela ENEA e pela Comissão, a simples circunstância de uma participação maioritária do Estado no capital de diversos fornecedores de eletricidade basta para transformar os recursos desses fornecedores em recursos estatais, em conformidade com o que o Tribunal de Justiça declarou nos n.os 33 a 38 do acórdão Stardust Marine [32].

90. A este respeito, a ENEA esclarece que, em 2006, as empresas controladas pelo Governo polaco detinham mais de 80% das quotas do mercado da venda de eletricidade aos utilizadores finais e compraram mais de 85% da energia elétrica de cogeração.

91. Não posso subscrever este raciocínio. Do meu ponto de vista, a circunstância de o Estado polaco deter a maioria do capital de um fornecedor de eletricidade não é suficiente, por si só, para declarar a utilização de recursos estatais.

29 V. acórdão de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, n.os 17 a 22 e 56).

30 V., a este respeito, acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 74), e de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.os 34 e 35).

31 Embora as empresas às quais incumbe a obrigação de aquisição sejam maioritariamente detidas pelo Estado no presente processo, eram maioritariamente detidas por operadores privados no processo que deu origem ao acórdão de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, n.º 55).

32 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

92. De forma mais precisa, a interpretação do acórdão Stardust Marine [33] proposta pela Comissão procede, do meu ponto de vista, a uma leitura formalista e seletiva que consiste em isolar alguns pontos desse acórdão sem ter em conta nem o caso concreto submetido à apreciação do Tribunal de Justiça nesse processo, nem o raciocínio que este desenvolve na sequência desse acórdão.

93. Com efeito, e em primeiro lugar, o referido acórdão [34] visava um caso concreto perfeitamente específico, a saber, o de uma vantagem financeira concedida a uma empresa privada (a Stardust Marine) por outra empresa privada (o Crédit Lyonnais e as suas filiais), cujo capital era maioritariamente detido pelo Estado e que o Estado tinha instrumentalizado como o seu braço financeiro.

94. Assim, esse caso concreto visava o exercício pelo Estado do poder de fiscalização que o seu estatuto de acionista maioritário lhe confere numa empresa privada. Como o Tribunal de Justiça salientou no n.º 38 do mesmo acórdão, «através do exercício da sua influência dominante sobre aquelas empresas, o Estado pode perfeitamente orientar a utilização dos respetivos recursos para financiar, eventualmente, benefícios específicos a favor de outras empresas».

95. Ora, o presente processo diz respeito a um caso concreto bem diferente do submetido ao Tribunal de Justiça naquele último acórdão, a saber, o de uma vantagem prevista por uma legislação de alcance geral. Por outras palavras, o poder de fiscalização do Estado enquanto acionista maioritário, evocado no n.º 38 do acórdão Stardust Marine [35] não é pertinente no contexto do presente processo, uma vez que a vantagem é concedida através do exercício do poder legislativo do Estado.

96. Esta falta de pertinência do poder de fiscalização detido pelo Estado, enquanto acionista maioritário, é corroborada pelo facto de a regulamentação em causa se aplicar indiferentemente aos fornecedores de eletricidade cujo capital é maioritariamente detido pelo Estado e àqueles cujo capital é maioritariamente detido por operadores privados, à imagem da regulamentação em causa no processo PreussenElektra.

97. Tendo em conta o que precede, considero que o raciocínio elaborado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Stardust Marine [36] não é aplicável nas circunstâncias do presente processo, dado que se refere a um caso concreto distinto do submetido à apreciação do Tribunal de Justiça no âmbito do presente processo.

98. Em segundo lugar e mesmo admitindo que o Tribunal de Justiça considere que o raciocínio desenvolvido no acórdão Stardust Marine [37] é aplicável às circunstâncias do presente processo, o Tribunal de Justiça esclareceu expressamente, nos n.os 50 e 51 desse acórdão, que a participação maioritária do Estado no capital de uma empresa não bastava para considerar cumprida a condição relativa à imputabilidade, que já analisei na secção precedente [38].

99. Com efeito, em tal caso, a imputabilidade da vantagem ao Estado deve ser demonstrada estabelecendo o exercício efetivo pelo Estado do poder de fiscalização que lhe confere o seu estatuto de acionista maioritário, como o Tribunal de Justiça esclareceu no n.º 52 do referido acórdão. Sublinho, a este respeito, que a implicação concreta das autoridades públicas referida pelo Tribunal de Justiça nos n.os 52 a 56 do mesmo acórdão resulta do exercício não do poder legislativo, mas efetivamente do poder de fiscalização conferido pelo estatuto de acionista maioritário.

33 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

34 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

35 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

36 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

37 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

38 V. também, neste sentido, acórdão de 17 de setembro de 2014, Commerz Nederland (C-242/13, EU:C:2014:2224, n.º 31).

100. No contexto do litígio no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio sublinhou expressamente o facto de que o comportamento da ENEA não tinha sido ditado por instruções emanadas das autoridades públicas. De uma forma mais genérica, e como já expliquei nos n.os 45 a 49 das presentes conclusões, resulta dos elementos dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que o comportamento da ENEA, e designadamente a decisão de recusar as propostas de venda de energia elétrica de cogeração ao longo do ano de 2006, resultava de decisões comerciais tomadas com total autonomia por uma empresa de direito privado.

101. Na realidade, a própria existência do litígio no processo principal entre a ENEA e o Estado polaco demonstra *ab absurdo* que esta condição não está preenchida, uma vez que a ENEA não cumpriu a sua obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração, e isso contra a vontade do Estado polaco.

102. Em terceiro lugar, acrescento que, na prática, a interpretação sugerida pela ENEA e pela Comissão choca com o risco de sobreinclusão identificado no n.º 69 das presentes conclusões. Com efeito, essa interpretação conduziria a qualificar de auxílio de Estado qualquer vantagem prevista por uma regulamentação nacional quando implique uma qualquer desvantagem para os recursos de uma empresa cujo capital seja maioritariamente detido pelo Estado. A título ilustrativo, uma regulamentação que estabeleça um preço mínimo superior ao valor real de um bem ou de um serviço deveria ser qualificada de auxílio de Estado na medida em que uma empresa maioritariamente detida pelo Estado se apresente adquirente desse bem ou desse serviço. Tal resultado parece-me dificilmente conciliável com o acórdão van Tiggele [39].

103. Do meu ponto de vista, esta interpretação extensiva resulta de uma leitura formalista que consiste em misturar artificialmente linhas de jurisprudência distintas do Tribunal de Justiça. Para ser mais preciso, não me parece possível considerar que a condição relativa à imputabilidade está preenchida em consequência da existência de uma legislação, em aplicação do n.º 18 do acórdão Association Vent De Colère! e o. [40] e, em seguida, alegar que a condição relativa à utilização de recursos estatais está preenchida em consequência da participação maioritária do Estado no capital de empresas visadas por essa legislação, em aplicação do n.º 38 do acórdão Stardust Marine [41]. Com efeito, estas duas linhas de jurisprudência referem-se a casos concretos distintos, a saber, o de uma vantagem concedida pelo Estado no exercício do poder legislativo (acórdão Association Vent De Colère! e o.) e o de uma vantagem concedida pelo Estado no exercício do seu poder de fiscalização enquanto acionista maioritário (acórdão Stardust Marine). Portanto, os seus ensinamentos devem ser aplicados de forma separada.

104. Concluo do que precede que a participação maioritária do Estado no capital de determinadas empresas sujeitas à obrigação de aquisição prevista no artigo 9.ºa, n.º 8, da Lei da energia não permite concluir pela utilização de recursos estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

3) Quanto à inexistência de contribuição obrigatória ou de mecanismo de compensação

105. Tendo em conta determinados argumentos invocados pelas partes, quero ainda distinguir brevemente as circunstâncias do processo principal das que deram origem aos acórdãos Essent Netwerk Noord e o. e Association Vent De Colère! e o. [42].

39 Acórdão de 24 de janeiro de 1978 (82/77, EU:C:1978:10, n.os 24 a 26). O Tribunal de Justiça declarou que a fixação de preços mínimos de venda a retalho não constituía um auxílio de Estado, uma vez que as vantagens trazidas por tal intervenção na formação dos preços aos distribuidores do produto são responsabilidade exclusiva dos consumidores e não são nem direta nem indiretamente, concedidas por auxílios provenientes de recursos estatais.

40 Acórdão de 19 de dezembro de 2013 (C-262/12, EU:C:2013:851).

41 Acórdão de 16 de maio de 2002, França/Comissão, dito «Stardust Marine» (C-482/99, EU:C:2002:294).

42 Acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413), e de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851).

106. Recorde-se que estes dois acórdãos diziam respeito a contribuições obrigatórias cujo montante e afetação foram instituídos por lei. O Tribunal de Justiça declarou que tais mecanismos de financiamento constituíam intervenções provenientes de recursos estatais [43].

107. Ora, as circunstâncias do processo principal devem ser distinguidas, uma vez que não implicam nenhum mecanismo de financiamento equivalente para o qual o Estado polaco organize a cobrança de contribuições obrigatórias cujo montante e afetação estão previstos na lei.

108. Com efeito, e como expliquei no n.º 44 das presentes conclusões, a intervenção do Estado polaco limita-se à instituição de uma obrigação de aquisição a cargo dos fornecedores de eletricidade e à fixação de um preço máximo para a venda de eletricidade aos utilizadores finais.

109. Em tal contexto, que é comparável ao do processo PreussenElektra, os fornecedores de eletricidade não estão mandatados pelo Estado para gerir recursos estatais, mas estão vinculados por uma obrigação de compra através dos seus recursos financeiros próprios [44].

110. Sublinho, a este respeito, que a fixação de um preço máximo para a venda de eletricidade aos utilizadores finais procurava estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos fornecedores de eletricidade e os dos utilizadores finais, como alegou o Governo polaco na audiência de alegações, evitando que os primeiros repercutissem integralmente sobre os segundos os custos adicionais resultantes da obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração.

111. Assim, a fixação desse preço máximo, que limita a possibilidade de os fornecedores de eletricidade repercutirem os custos adicionais resultantes da obrigação de aquisição, permite distinguir as circunstâncias do processo principal das do processo Association Vent De Colère! e o., que respeitava a uma regulamentação nacional que garantia nomeadamente a compensação integral dos custos adicionais gerados por uma obrigação de compra da eletricidade de origem eólica [45].

112. Contrariamente ao que alegou a Comissão, a existência desse preço de venda máximo não implica que um fornecedor de eletricidade como a ENEA gira recursos estatais na aceção da jurisprudência Itália/Comissão e Steinike & Weinlig [46].

113. Com efeito, e como sublinhou a própria Comissão, o Tribunal de Justiça declarou nesses dois acórdãos que fundos alimentados por contribuições obrigatórias impostas pela legislação de um Estado, que são geridos e repartidos de acordo com essa legislação, podem ser considerados recursos estatais na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, mesmo que sejam geridos por entidades diferentes da autoridade pública [47].

114. No entanto, essa jurisprudência não é pertinente nas circunstâncias do processo principal uma vez que, como expliquei anteriormente, o Estado polaco se contentou em impor uma obrigação de aquisição e um preço de venda máximo, sem instituir uma contribuição obrigatória nem fundos que repartissem o produto dessas contribuições.

115. Tendo em conta o que precede, considero que a obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração, em causa no litígio no processo principal, não implica a utilização de recursos estatais e, portanto, não constitui um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

43 V. acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.os 19 e 65 a 75), e de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.os 3 e 22 a 37).

44 V., neste sentido, acórdãos de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 74), e de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.os 34 a 36).

45 Acórdão de 19 de dezembro de 2013, Association Vent De Colère! e o. (C-262/12, EU:C:2013:851, n.os 14, 26, 36 e 37).

46 Acórdãos de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71), e de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52).

47 V., neste sentido, acórdãos de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão (173/73, EU:C:1974:71, n.º 35), e de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, n.os 1 e 21).

4. Quanto à capacidade da vantagem para afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e falsear a concorrência

116. Por uma questão de exaustividade, e na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que a obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal é financiada por recursos estatais, quero agora analisar sucintamente as condições relativas à capacidade da vantagem para afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e falsear a concorrência.

117. A este respeito, importa recordar que, para efeitos da qualificação de auxílio de Estado, não é necessário demonstrar os efeitos reais dos auxílios concedidos nas trocas comerciais entre os Estados-Membros e uma distorção efetiva da concorrência, devendo apenas ser examinada a questão de saber se o auxílio pode afetar as trocas e falsear a concorrência [48].

118. Em particular, quando um auxílio concedido por um Estado-Membro reforça a posição de uma empresa relativamente às demais empresas concorrentes nas trocas comerciais intraeuropeias, deve entender-se que tais trocas comerciais são afetadas pelo auxílio [49].

119. Por outro lado, não é necessário que a própria empresa beneficiária participe nas trocas comerciais intraeuropeias. De facto, quando um Estado-Membro concede um auxílio a uma empresa, a atividade interna pode ser mantida ou aumentada, daí resultando que as hipóteses de as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros penetrarem no mercado desse Estado-Membro são diminuídas. Além disso, um reforço da posição de uma empresa que, até então, não participava em trocas comerciais intraeuropeias pode colocá-la numa situação que lhe permita penetrar no mercado de outro Estado-Membro [50].

120. Por último, não existe limiar ou percentagem abaixo do qual se possa considerar que as trocas comerciais entre os Estados-Membros não são afetadas. Com efeito, a importância relativamente fraca de um auxílio ou a dimensão relativamente modesta da empresa beneficiária não excluem *a priori* a eventualidade de as trocas comerciais entre os Estados-Membros serem afetadas [51].

121. No contexto do litígio no processo principal, a obrigação de aquisição em causa melhora a posição concorrencial dos produtores de energia elétrica de cogeração, uma vez que aumenta a procura relativamente a esse tipo de eletricidade, o que tende a aumentar as quantidades vendidas e o preço de venda [52].

122. Por conseguinte, não me parece contestável que esta obrigação é suscetível de falsear a concorrência no mercado da eletricidade.

123. Além disso, as trocas comerciais intraeuropeias são afetadas pela referida obrigação de aquisição, na medida em que esta melhora a posição concorrencial dos produtores de elétrica de cogeração, tanto no mercado doméstico como na exportação, em relação aos produtores deste tipo de eletricidade estabelecidos noutros Estados-Membros.

48 V. nomeadamente acórdãos de 15 de junho de 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 e C-41/05, EU:C:2006:403, n.º 34 e jurisprudência referida), e de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 23).

49 V., nomeadamente, acórdãos de 17 de setembro de 1980, Philip Morris Holland/Comissão (730/79, EU:C:1980:209, n.º 11); de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, EU:C:1999:311, n.º 47); e de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 24 e jurisprudência referida).

50 V., neste sentido, acórdãos de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (C-75/97, EU:C:1999:311, n.º 47); de 24 de julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, n.ºs 77 e 78); e de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, n.º 25).

51 V., nomeadamente, acórdãos de 21 de março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, EU:C:1990:125, n.º 43); de 29 de abril de 2004, Grécia/Comissão (C-278/00, EU:C:2004:239, n.º 69 e jurisprudência referida); de 3 de março de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, n.º 32); e de 17 de julho de 2008, Essent Netwerk Noord e o. (C-206/06, EU:C:2008:413, n.º 76).

52 V. n.ºs 58 a 61 das presentes conclusões.

124. Acrescento que o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 77 do acórdão Essent Netwerk Noord e o., que um auxílio financeiro concedido aos produtores de eletricidade nos Países Baixos era suscetível de afetar as trocas comerciais intraeuropeias tendo em conta, por um lado, a circunstância de que estes eram concorrentes dos produtores de eletricidade dos outros Estados-Membros e, por outro, o contexto de liberalização do mercado da eletricidade e a concorrência intensa daí resultante [53]. Não vejo nenhuma razão para não aplicar este raciocínio às circunstâncias do processo principal.

125. Em consequência considero que a obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal é suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e de falsear a concorrência.

B. Quanto às consequências da hipotética existência de um auxílio de Estado (segunda e terceira questões)

126. Estas duas questões só são colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio — e só são pertinentes — na hipótese de a obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal ser qualificada de auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE.

127. Uma vez que proponho ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão que essa obrigação não constitui um auxílio de Estado, proponho-lhe também que não responda às duas outras questões colocadas.

128. No entanto, quero analisá-las brevemente, para a hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que essa obrigação constitui um auxílio de Estado.

1. Quanto à possibilidade de invocação pela ENEA de uma violação da proibição de pôr em execução auxílios de Estado (segunda questão)

129. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se um fornecedor de eletricidade, tratado «como uma emanação do Estado» e que estava sujeito à obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal, pode invocar uma violação do artigo 107.º TFUE perante um órgão jurisdicional nacional.

130. A este respeito, resulta de jurisprudência constante que a execução do sistema de controlo de auxílios estatais, como resulta do artigo 108.º TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça com ele relacionada, incumbe, por um lado, à Comissão e, por outro, aos órgãos jurisdicionais nacionais [54].

131. Com efeito, enquanto a apreciação da compatibilidade de medidas de auxílio com o mercado comum é da competência exclusiva da Comissão, que atua sob o controlo dos órgãos jurisdicionais da União, os órgãos jurisdicionais nacionais zelam pela salvaguarda dos direitos dos particulares em caso de violação da proibição de pôr em execução auxílios estatais prevista no artigo 108.º, n.º 3, TFUE [55].

53 Acórdão de 17 de julho de 2008 (C-206/06, EU:C:2008:413). Todavia, o Tribunal de Justiça esclareceu que os montantes pagos só constituíam um auxílio de Estado desde que representem uma vantagem económica e não uma compensação pelo cumprimento de obrigações de serviço público (n.º 96 do acórdão). V. também acórdão de 29 de abril de 2004, Grécia/Comissão (C-278/00, EU:C:2004:239, n.º 70), no qual o Tribunal de Justiça sublinhou que a circunstância de que as empresas beneficiárias operam num setor particularmente exposto à concorrência pode ter um papel determinante na apreciação do efeito de um auxílio.

54 V., nomeadamente, acórdãos de 21 de novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, EU:C:1991:440, n.º 8), e de 8 de dezembro de 2011, Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814, n.º 25).

55 V., nomeadamente, acórdãos de 21 de novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, EU:C:1991:440, n.ºs 9 e 10), e de 8 de dezembro de 2011, Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814, n.º 27 e jurisprudência referida).

132. Resulta desta repartição de competências entre a Comissão e os órgãos jurisdicionais nacionais que os particulares não podem invocar perante estes últimos a incompatibilidade de uma medida de auxílio com o artigo 107.º TFUE. Por outras palavras, o artigo 107.º não tem efeito direto [56].

133. Em contrapartida, esses mesmos particulares podem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais a execução ilegal de uma medida de auxílio à luz do artigo 108.º, n.º 3, TFUE. A intervenção dos órgãos jurisdicionais nacionais deve-se ao efeito direto reconhecido à última frase do n.º 3 do artigo 108.º TFUE [57].

134. O Tribunal de Justiça esclareceu que a natureza imediatamente aplicável da proibição de pôr em execução, contida nesse artigo, abrange qualquer auxílio que tenha sido executado sem ser notificado e, em caso de notificação, opera durante a fase preliminar e, se a Comissão iniciar o processo contraditório, até à decisão final [58].

135. Ora, o órgão jurisdicional de reenvio salientou, a este respeito, que a regulamentação em causa no litígio no processo principal não foi objeto de notificação à Comissão em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, TFUE [59]. Portanto, se o Tribunal de Justiça considerar que a obrigação de aquisição estabelecida por essa regulamentação deve ser qualificada de auxílio de Estado, haveria que concluir que essa obrigação foi posta em execução em violação desta disposição.

136. Neste contexto, não vejo nenhuma razão pela qual um fornecedor de eletricidade, como a ENEA, seja privado da possibilidade de invocar uma violação do artigo 108.º, n.º 3, último período, TFUE, pelo facto de o seu capital ser, maioritária ou integralmente, detido pelo Estado.

137. Como a Comissão alegou com razão, o Tribunal de Justiça já admitiu em diversas oportunidades a possibilidade de a entidade que concede um auxílio não notificado invocar o artigo 108.º, n.º 3, TFUE, para recuperar o auxílio ou pôr termo à sua concessão [60].

138. Por conseguinte, considero que haveria que responder à segunda questão colocada que um fornecedor de eletricidade como a ENEA, sujeito à obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal, pode invocar perante um órgão jurisdicional nacional uma violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

2. Quanto à possibilidade de aplicar uma coima para sancionar a recusa de conceder um auxílio de Estado (terceira questão)

139. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a eventual incompatibilidade da obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração como o artigo 107.º TFUE exclui a possibilidade de aplicar uma coima à empresa que não cumpriu essa obrigação.

56 V., neste sentido, acórdãos de 19 de junho de 1973, Capolongo (77/72, EU:C:1973:65, n.ºs 4 a 6); de 22 de março de 1977, Iannelli & Volpi (74/76, EU:C:1977:51, n.º 12); e de 22 de março de 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, n.ºs 9 e 10).

57 V., neste sentido, acórdãos de 11 de dezembro de 1973, Lorenz (120/73, EU:C:1973:152, n.ºs 7 e 8); de 21 de outubro de 2003, van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, EU:C:2003:571, n.º 53); e de 13 de janeiro de 2005, Streekgewest (C-174/02, EU:C:2005:10, n.º 17).

58 V., nomeadamente, acórdão de 21 de novembro de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants e transformateurs de saumon (C-354/90, EU:C:1991:440, n.º 11).

59 V. n.º 27 das presentes conclusões.

60 V. acórdãos de 3 de março de 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130); de 8 de dezembro de 2011, Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:814); e de 17 de setembro de 2014, Commerz Nederland (C-242/13, EU:C:2014:2224). O Tribunal de Justiça também declarou que uma pessoa privada pode ter interesse em invocar nos órgãos jurisdicionais nacionais o efeito direto da proibição de execução prevista no artigo 108.º, n.º 3, último período, TFUE não apenas para suprimir os efeitos negativos da distorção da concorrência motivada pela concessão de um auxílio ilegal mas também para obter a restituição de uma taxa cobrada violando esta disposição: v. nomeadamente acórdão de 13 de janeiro de 2005, Streekgewest (C-174/02, EU:C:2005:10, n.º 19).

140. Como já expliquei na secção precedente, os particulares não podem invocar uma incompatibilidade com o artigo 107.º TFUE perante os órgãos jurisdicionais nacionais, mas podem, em contrapartida, invocar uma violação do artigo 108.º, n.º 3, TFUE.

141. Por conseguinte, considero oportuno reformular a questão colocada no sentido de que visa determinar, em substância, se a eventual execução ilegal, à luz do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, da obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal exclui a possibilidade de aplicar uma coima à empresa que não cumpriu essa obrigação.

142. Na audiência de alegações, surgiu uma discordância entre a ENEA e o Governo polaco quanto à utilização feita, pelo Fundo nacional para a proteção do ambiente e gestão da água, do produto das coimas aplicadas nos termos do artigo 56.º da Lei da energia. Segundo a ENEA, este Fundo utilizou o produto dessas coimas nomeadamente para conceder empréstimos e subvenções a projetos de produção de energia elétrica de cogeração. Segundo o Governo polaco, tal utilização só foi permitida pela regulamentação nacional pertinente a partir de 2007.

143. A este respeito, sublinho que o Tribunal de Justiça foi questionado não sobre a utilização que foi feita pelo referido Fundo das coimas aplicadas nos termos do artigo 56.º da Lei da energia, mas exclusivamente sobre as medidas nacionais que estabelecem a obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal. Aliás, a decisão de reenvio não contém nenhum esclarecimento quanto à utilização do produto dessas coimas. Sem excluir que essa utilização possa implicar a existência de um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, considero que o Tribunal de Justiça não se pode pronunciar a este respeito no âmbito do presente processo.

144. Feito este esclarecimento, se o Tribunal de Justiça considerar que a obrigação de aquisição em causa no litígio no processo principal constitui um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, deverá então considerar que a execução ilegal dessa obrigação, à luz do artigo 108.º, n.º 3, TFUE, exclui a possibilidade de aplicar uma coima à empresa que não cumpriu essa obrigação.

145. Com efeito, resulta de jurisprudência constante que um regime de sanções deve ser considerado contrário ao direito da União quando pune a violação de uma obrigação que foi, ela própria, reconhecida como contrária ao direito da União [61].

VI. Conclusão

146. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões colocadas pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia) nos seguintes termos:

A obrigação de aquisição de energia elétrica de cogeração imposta pela regulamentação nacional em causa no processo principal não pode ser qualificada de auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE, uma vez que a vantagem que confere aos produtores desse tipo de eletricidade não é concedida através de recursos estatais.

61 V., neste sentido, acórdãos de 16 de fevereiro de 1978, Schonenberg e o. (88/77, EU:C:1978:30, n.º 16); de 28 de março de 1979, Rivoira (179/78, EU:C:1979:89, n.º 14); de 3 de julho de 1980, Pieck (157/79, EU:C:1980:179, n.º 16); e de 11 de setembro de 2003, Safalero (C-13/01, EU:C:2003:447, n.º 45).