

**Processo C-514/23**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

8 de agosto de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

**Data da decisão de reenvio:**

8 de agosto de 2023

**Recorrente:**

Tiberis Holding Srl

**Recorridos:**

Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministério do Desenvolvimento Económico)

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Ministério do Ambiente e da Segurança Energética)

---

**REPÚBLICA ITALIANA**

**O Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Seconda) (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Segunda Secção)**

proferiu o presente

**DESPACHO**

no recurso com o número de registo geral 8263 de 2022, interposto pela Tiberis Holding s.r.l. [omissis];

**contra**

GSE - Gestore dei servizi energetici s.p.a. (Gestor dos Serviços Energéticos) [omissis];

Ministero dello sviluppo economico (Ministério do Desenvolvimento Económico) [omissis] e Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (Ministério do Ambiente e da Segurança Energética) [omissis];

**sendo interveniente**

Conza Energia s.r.l. [omissis];

para reforma

da sentença [omissis] do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), Terceira Secção - ter, n.º 8256/2022 [omissis].

[Omissis]

[Omissis] [Tramitação processual nacional]

1 A Tiberis Holding Srl explora uma central hidroelétrica no rio Tibre, no território do município de Fiano Romano (Província de Roma), com uma potência de 2,747 megawatts.

1.1. Em 8 de setembro de 2017, o Gestore dei servizi energetici (Gestor dos Serviços Energéticos) deferiu o pedido da referida sociedade de acesso aos mecanismos de incentivo previstos pelo Decreto del Ministero dello sviluppo economico del 23 giugno 2016, recante “*Incentivazione dell’energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*” (Decreto do Ministério do Desenvolvimento Económico de 23 de junho de 2016 relativo ao «*Incentivo à eletricidade produzida a partir de fontes renováveis diferentes das fotovoltaicas*») [omissis], conforme completado pelos procedimentos de execução adotados pelo Gestor em 15 de julho de 2016 nos termos do artigo 26.º, n.º 1, do referido decreto ministerial.

1.2. Em 5 de outubro de 2017, a Tiberis Holding s.r.l. celebrou com o Gestor um contrato relativo ao reconhecimento das tarifas de incentivo à eletricidade produzida por instalações de fontes renováveis diferentes das fotovoltaicas, que regulava as condições de concessão dos incentivos que cabiam à interessada.

1.3. Em virtude deste incentivo, a recorrente recebeu, em cinco anos (ou seja, de 2017 a 2021), um montante total de 4 044 340,75 euros a título de subsídios.

1.4. A través das faturas n.ºs 561085 e 561087, de 4 de abril de 2022, e da fatura n.º 63405, de 2 de maio de 2022, o Gestor pediu à Tiberis Holding s.r.l. a restituição de uma parte dos subsídios, no montante total de 1 224 210,86 euros.

2 A sociedade interessada interpôs recurso desse pedido, bem como das disposições contratuais e regulamentares subjacentes, para o T.a.r. per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália).

2.1. Em apoio do seu recurso, [expôs] dois fundamentos: a) violação [omissis] do artigo 3.º da Diretiva 2009/28/CE e do artigo 4.º da Diretiva (UE) 2018/2001, tendo requerido que fosse submetido um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia [omissis]. [fundamento relativo ao direito interno e irrelevante para efeitos da apreciação do Tribunal de Justiça]

3 O Gestor e a contra interessada Conza Energia s.r.l. [omissis] [invocaram] a inadmissibilidade do recurso por extemporaneidade e [pediram], em qualquer caso, que lhe fosse negado provimento.

4 Na sentença [acima referida o], T.a.r. (Tribunal Administrativo Regional), depois de ter considerado o recurso admissível, negou-lhe provimento na íntegra, afirmando, em substância, que, com base nos parâmetros normativos e à luz da matéria de facto, *«a recorrente teve acesso aos incentivos através do sistema “inscrição no registo”: a eletricidade produzida pela instalação permanece à disposição do operador, que a injeta na rede e a vende no mercado livre. Esta modalidade garante ao beneficiário do incentivo uma remuneração global constante (venda livre + incentivo do GSE) da energia produzida, suscetível de remunerar os investimentos efetuados para a construção da central. Com efeito, o incentivo do Gestor garante uma tarifa proporcional aos custos do projeto apresentado pelo requerente. Trata-se, portanto, de uma modalidade que, no lançamento da iniciativa, protege o empresário da aleatoriedade do preço de mercado da energia ao longo do tempo e lhe garante uma tarifa fixa através da qual pode recuperar o que investiu na construção da instalação [omissis]. A única desvantagem [omissis] deve-se ao facto de um eventual aumento, ao longo do tempo, do preço de mercado da energia (como o registado nos últimos meses) não poder traduzir-se num aumento das receitas da sociedade, mas transformar-se num “incentivo negativo” (ou seja, um reembolso a favor do GSE: quando o preço de mercado desce abaixo de um determinado nível, este assegura ao operador um determinado nível constante de receitas; inversamente, quando o preço de mercado sobe, dada a invariabilidade das receitas asseguradas ao operador, o Gestor recebe a diferença do preço da energia). Tal constitui, no entanto, a contrapartida (imprevisível e aleatória) da garantia de uma tarifa constante e, em qualquer caso, remuneratória do investimento inicial, se, como aconteceu até 2021, o preço da energia no mercado for inferior à tarifa garantida pelo Gestor (o incentivo cobre a diferença entre o preço da energia vendida e a tarifa de base garantida como remuneração do investimento). [Omissis] [À luz desta regulamentação, as objeções da recorrente, relativas à impossibilidade de obter lucros adicionais devido às variações do mercado, são infundadas. Com efeito, quando a recorrente apresentou o pedido de incentivos e celebrou seguidamente o respetivo contrato de 5 de outubro de 2017, aceitou também o risco empresarial que daí decorria]. Este tipo de mecanismo de incentivo está em consonância com o que foi delineado pela Comissão Europeia com a*

*Comunicação 2014/C 200/01, através da qual foram estabelecidas as condições em que os auxílios à energia e ao ambiente podem ser considerados compatíveis com o mercado interno, ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do Tratado [FUE] (...) [T]al mecanismo [não] pode ser considerado discriminatório pelo facto de os operadores que obtiveram os incentivos na sequência de vários procedimentos de leilão “poderem receber a totalidade do preço de mercado”, ao passo que aqueles que os obtiveram devido à inscrição no registo “devem restituir a diferença entre o preço de mercado e o incentivo”, como a recorrente sustentou. Com efeito, as duas situações são completamente diferentes: [omissis] os operadores que participam nos leilões descendentes beneficiam de uma tarifa global inferior à daqueles que acedem à inscrição no registo, mas, em contrapartida, podem beneficiar de eventuais aumentos do mercado. Inversamente, os [inscritos] no registo beneficiam de tarifas mais elevadas, mas não podem beneficiar dos aumentos do mercado. [Omissis] [outras considerações no mesmo sentido] O mecanismo previsto pela regulamentação é, ao invés, diverso e globalmente racional. Com efeito, permite que as empresas de menor dimensão tenham uma garantia de viabilidade económica do investimento, protegendo-as da aleatoriedade do mercado através de um apoio público mais robusto (ou seja, através de uma tarifa mais elevada garantida desde o início e independentemente da evolução do mercado), enquanto que reserva apenas às de maior dimensão uma remuneração mais baseada nas receitas da venda no mercado, partindo do pressuposto de que, regra geral, as empresas maiores têm maior capacidade financeira para fazer face à evolução do mercado. Globalmente, o sistema de incentivos não é contrário à regulamentação europeia, protege a “segurança” dos investimentos, não é discriminatório e garante o interesse geral na produção de energia a partir de fontes renováveis, protegendo os pequenos produtores em relação aos maiores, precisamente nas fases adversas do mercado».*

5 Com [omissis] o presente recurso, a Tiberis Holding s.r.l. pediu ao [órgão jurisdicional de reenvio] a reforma desta decisão de primeira instância, criticando as conclusões a que chegou o primeiro órgão jurisdicional e reiterando, em substância, o [fundamento invocado] na petição inicial.

6 O Gestor e a Conza Energia s.r.l. [omissis] ped[em] que seja negado provimento ao recurso.

7. [Omissis]

8. [Omissis] [Tramitação processual nacional]

9. [O órgão jurisdicional de reenvio o]bserva que, à primeira vista, parece existir um potencial conflito entre a regulamentação interna, que deve necessariamente ser aplicada ao caso concreto, e [o direito da União] [omissis].

Por outro lado, a questão de interpretação não se afigura de fácil resolução e não parece ter sido objeto de um litígio no Tribunal de Justiça da União Europeia,

sendo que, uma vez que este órgão jurisdicional de recurso é a última instância da ordem jurídica interna, se torna necessário proceder ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º TFUE.

10. *[Omissis]*

*[Omissis]* [O órgão jurisdicional de reenvio indica que seguiu as «Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais» do Tribunal de Justiça e que, no processo prejudicial, é protegido o direito de defesa das partes]

11. *[Omissis]* [A] disposição do direito nacional pertinente no caso em apreço e suspeita de ser contrária ao direito [da União Europeia] *[omissis]* é o ponto 2 do anexo 1 do decreto del Ministero dello sviluppo economico 23 giugno 2016 (Decreto do Ministério do Desenvolvimento Económico de 23 de junho de 2016), pelo qual, no que respeita às instalações com potência superior a 500 quilowatts, se estabelece que «*O GSE procede, para cada instalação, à determinação do incentivo Innovo com base nos dados relativos à produção de energia elétrica líquida injetada na rede e nos preços zonais horários, aplicando a seguinte fórmula para as novas instalações:  $Innovo = Tb + Pr - Pz$  em que: •  $Tb$  é a tarifa de incentivo de base calculada para cada fonte e tipo de instalação a partir da tabela 1.1 e, se a instalação tiver participado com êxito num procedimento de leilão, deduzida da percentagem atribuída nesse procedimento; •  $Pr$  é o montante total dos eventuais prémios a que a instalação tem direito; •  $Pz$  é o preço zonal horário da zona onde a eletricidade produzida pela instalação é injetada na rede. Se o valor do incentivo for negativo: a) é fixado em zero para as instalações que têm acesso aos incentivos na sequência de participação nos procedimentos de leilão; b) no que respeita às outras instalações, o valor negativo é mantido e o GSE procede às devidas compensações no âmbito da liquidação dos montantes, de acordo com as modalidades previstas no artigo 22.º do [Decreto Ministerial] de 6 de julho de 2012».*

12. Esta disposição afigura-se potencialmente contrária ao artigo 3.º da Diretiva 2009/28/CE e ao artigo 4.º da Diretiva (UE) 2018/2001, que indicam [seis] parâmetros cumulativos para a legalidade dos incentivos: a) que os incentivos sejam baseados em critérios de mercado; b) que permitam aos beneficiários responder aos sinais do mercado; c) que evitem distorções desnecessárias dos mercados; d) que garantam que os produtores respondem aos sinais de preços do mercado e, por último, e) que garantam que os produtores maximizam as suas receitas do mercado; f) que sejam concedidos de forma aberta, transparente, concorrencial, não discriminatória e eficaz em termos de custos.

12.1. Em especial, a regulamentação interna poderia ter o efeito de obrigar os produtores a abandonarem o incentivo, contrariamente àquela que é a finalidade do próprio mecanismo.

Observa-se, a este respeito, que o [Decreto Ministerial] de 23 de junho de 2016 prevê que o acesso aos mecanismos de incentivo seja feito segundo três procedimentos diferentes: «*inscrição prévia em registos adequados*» (artigo 4.º, n.º 1); «*na sequência da participação em procedimentos de concurso por leilão descendente*» (artigo 4.º, n.º 2); diretamente para as instalações de pequenas dimensões, com limiares diferenciados em função da fonte (artigo 4.º, n.º 3). A adesão a um ou outro regime não é voluntária, mas depende exclusivamente da capacidade de produção da central, pelo que a Tiberis Holding s.r.l. não pôde, com efeito, decidir livremente se apresentava um pedido de inscrição no registo informático, o que efetivamente fez, ou se participava no leilão, uma vez que se trata de duas categorias distintas e definidas previamente com base no tipo e na capacidade máxima da instalação.

[Feito este esclarecimento], observa-se que, na hipótese de o valor do incentivo, calculado como a diferença entre a tarifa reconhecida e o preço zonal horário, ser negativo, esse valor, nos termos do ponto 2 do anexo 1 do [Decreto Ministerial] de 23 de junho de 2016, «*é fixado em zero para as instalações que têm acesso aos incentivos na sequência de participação nos procedimentos de leilão*» ao passo que, para as outras instalações, como a da interessada, «*o valor negativo é mantido e o GSE procede às compensações adequadas no âmbito da liquidação dos montantes*», com o esclarecimento, [contido nos] procedimentos de execução adotados pelo Gestor em 15 de julho de 2016, de que «*a energia produzida e injetada na rede pelas instalações que requerem o acesso ao “Incentivo” continua à disposição da Entidade Responsável*».

Com base nestes parâmetros, a eletricidade produzida pela instalação da Tiberis Holding s.r.l., que teve acesso aos incentivos através do sistema de inscrição no registo, continua à sua disposição para ser injetada na rede e vendida no mercado livre.

Esta modalidade garante ao beneficiário do incentivo uma receita global constituída pela soma do produto da venda no mercado da energia produzida e do incentivo que lhe foi pago pelo Gestor, suscetível de remunerar os investimentos efetuados para a construção da central, atendendo a que o Gestor garante uma tarifa fixa proporcional aos custos do projeto apresentado e considerada claramente adequada pelo empresário no momento da livre assinatura do contrato, colocando [deste modo] o produtor ao abrigo da aleatoriedade do preço de mercado da energia ao longo do tempo.

No entanto, um eventual aumento ao longo do tempo do preço de mercado da energia (como se verificou nos últimos anos) não se traduz num aumento das receitas do operador, dada a existência de uma tarifa fixa, mas transforma-se num chamado «*incentivo negativo*», ou seja, num retorno económico a favor do Gestor, que [omissis], se o preço de mercado descer, assegura, em qualquer caso, um nível constante de receitas ao operador, ao passo que, quando o preço de mercado sobe, o Gestor recebe a diferença entre o preço da energia e a tarifa fixa de incentivo.

Em substância, para as instalações de dimensão média (entre 1 e 5 megawatts) os produtores, que acedem aos incentivos através da inscrição no registo informático previsto nos artigos 9.º e seguintes do [Decreto Ministerial] de 23 de junho de 2016, devem restituir a diferença entre o preço de mercado e o incentivo, diferentemente dos produtores com grandes instalações (superiores a 5 megawatts), que acedem ao incentivo através do leilão regido pelos artigos 12.º e seguintes do mesmo [decreto ministerial] e podem receber a totalidade do preço de mercado.

Considerando que o incentivo negativo não é uma contrapartida da garantia de uma tarifa constante, uma vez que a empresa vende a energia no mercado, que tem as suas dinâmicas e os seus riscos, salienta-se que a medida de compensação em caso de indemnização negativa parece potencialmente contrária às Diretivas 2009/28/CE e (UE) 2018/2001, que obrigam o Estado a permitir ao operador reagir às dinâmicas do mercado, a fim de evitar distorções resultantes da eliminação da elasticidade a pedido dos produtores que, devido à compensação do incentivo negativo, não teriam interesse em reagir às dinâmicas do mercado.

13. Nestas condições, é submetida ao Tribunal de Justiça a seguinte questão: *«Os princípios enunciados no artigo 3.º da Diretiva 2009/28/CE e no artigo 4.º da Diretiva (UE) 2018/2001 opõem-se a uma legislação nacional que, no âmbito de um regime nacional de incentivos, prevê, nos casos em que os produtores vendem a energia no mercado livre, uma tarifa de incentivo que garante um preço mínimo, que é simultaneamente um preço máximo devido a um mecanismo de compensação-restituição dos montantes que excedam o valor do incentivo se o preço de mercado for superior a este último (chamado incentivo negativo), sendo que, além disso, o mecanismo de compensação só se aplica quando o produtor que vende a energia no mercado livre acede ao incentivo através da inscrição no registo pertinente e não quando acede ao mesmo através da participação num procedimento de leilão?»*

Pelos motivos expostos

O Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), Segunda Secção, decide:

a) submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a questão prejudicial constante da fundamentação [omissis]

[Omissis]

[Omissis] [suspensão da instância nacional e indicações dirigidas à secretaria nacional]

[Omissis] Roma [omissis] 28 de março de 2023 [omissis]