

Processo C-580/21

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

22 de setembro de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

6 de julho de 2021

Demandante e recorrente em «Revision»:

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH

Demandada e recorrida em «Revision»:

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH

BUNDESGERICHTSHOF (Supremo Tribunal de Justiça Federal)

DESPACHO

[Omissis]

Proferido em:

6 de julho de 2021

[Omissis]

no litígio

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH, *[omissis]* Großräschen,

demandante e recorrente em «Revision»,

[Omissis]

contra

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH, [omissis] Kabelsketal,
demandada e recorrida em «Revision»

[Omissis]

Interveniente em apoio da demandada:

50Hertz Transmission GmbH, [omissis] Berlim,

[Omissis]

Após a audiência de 20 de abril de 2021, a Secção da Concorrência do Bundesgerichtshof [omissis]

decidiu:

- I. Suspender a instância.
- II. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais sobre a interpretação do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE (JO 2009, L 140, p. 16):
 1. Deve o artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2009/28/CE, conjugado com o seu artigo 2.º, alíneas a) e e), ser interpretado no sentido de que, no que respeita à alimentação da rede com eletricidade, deve também ser dada prioridade às instalações de produção em que a eletricidade é produzida através da valorização térmica de resíduos mistos, quando os resíduos contenham uma fração biodegradável variável de resíduos industriais e urbanos?
 2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: a concessão de prioridade, no que respeita à alimentação em eletricidade nos termos do artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2009/28/CE, depende da dimensão da fração biodegradável de resíduos utilizada na produção de eletricidade descrita na primeira questão prejudicial?
 3. Em caso de resposta afirmativa à segunda questão: existe um limiar de relevância quanto à fração biodegradável de resíduos abaixo do qual as regras sobre a eletricidade produzida a partir de energias renováveis não se aplicam à eletricidade produzida?

4. Em caso de resposta afirmativa à terceira questão: que dimensão deve ter a fração biodegradável de resíduos para atingir esse limiar ou de que modo deve o limiar ser determinado?
5. Em caso de resposta afirmativa à primeira e à segunda questões: na aplicação das regras sobre a eletricidade produzida a partir de energias renováveis à eletricidade que foi produzida apenas parcialmente a partir de resíduos biodegradáveis, pode recorrer-se à *ratio legis* subjacente ao artigo 5.º, n.º 3, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/28/CE de tal maneira que essas regras se apliquem apenas à quota de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis e essa quota seja calculada com base no teor energético de cada fonte de energia?

Fundamentos:

- 1 I. A demandante explora uma central térmica de tratamento de resíduos, através da qual produz eletricidade e aquecimento. Na central, uma fração biogénica, cuja dimensão varia e, segundo alega a demandante, atinge 50 %, é tratada por incineração, sem ser separada de outros constituintes. A demandante injeta parte da eletricidade produzida na central na rede de distribuição da demandada, à qual está vinculada por um contrato de acesso e de alimentação.
- 2 Entre 2011 e 2016, a demandada solicitou à demandante, no âmbito da sua gestão da segurança da rede, que reduzisse temporariamente num grande número de casos a injeção de eletricidade devido ao congestionamento da rede. Em consequência disso, a demandante pede à demandada uma indemnização no valor de 2,24 milhões euros, que se baseia, entre outros, na chamada cláusula de dificuldades excessivas ao abrigo da Lei da Prioridade das Energias Renováveis, nas versões aplicáveis entre 1 de janeiro de 2011 e 31 de julho de 2014, e da Lei de Desenvolvimento das Energias Renováveis, na versão aplicável entre 1 de agosto de 2014 e 31 de dezembro de 2016 (a seguir, em conjunto, Lei das Energias Renováveis).
- 3 II. Para decidir sobre o recurso de «Revision», são determinantes três versões diferentes das disposições da Lei das Energias Renováveis alemã, cujo conteúdo é igual, ou apresentam um conteúdo normativo equivalente. Essas disposições, na versão da Lei das Energias Renováveis aplicável ao litígio, em particular, entre 1 de janeiro de 2012 e 31 de julho de 2014 (a seguir «EEG 2012»), têm o seguinte teor:

§ 3 Definições

Para efeitos da presente lei, considera-se:

1. «Instalação», qualquer central de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis [...]

3. «Energias renováveis», energias provenientes da biomassa [...] e da fração biodegradável dos resíduos industriais e urbanos [...]

§ 5 Ligação

- (1) Os operadores de rede são obrigados a ligar às suas redes, sem demora e com prioridade [...], as instalações de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis [...]

§ 8 Compra, transporte e distribuição

- (1) Sem prejuízo do disposto no § 11, os operadores de rede são obrigados a comprar, transportar e distribuir, sem demora e com prioridade, toda a eletricidade proveniente de energias renováveis. [...]

§ 11 Gestão da alimentação

- (1) A título excecional, os operadores de rede estão [...] autorizados a regular as instalações, direta ou indiretamente, ligadas às suas redes, na medida em que:
 1. caso contrário, surgiria um congestionamento na rede, incluindo na rede situada a montante;
 2. é dada prioridade à eletricidade proveniente de energias renováveis [...], a menos que outras instalações de produção de eletricidade devam permanecer ligadas à rede para garantir a segurança e fiabilidade do sistema de fornecimento de eletricidade;

§ 12 Cláusula de dificuldades excessivas

- (1) Se a alimentação de eletricidade proveniente de instalações de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis [...] for reduzida devido a um congestionamento na rede na aceção do § 11, n.º 1, os operadores afetados pela medida devem ser indemnizados [...] em 95 % das receitas perdidas, acrescidas dos custos adicionais e diminuídas dos custos poupados. [...]

§ 16 Direito a remuneração

- (1) Os operadores de redes devem remunerar os operadores de instalações de produção de eletricidade que utilizem exclusivamente energias renováveis [...], pelo menos de acordo com os §§ 18 a 33. [...]

- 4 As disposições acima mencionadas correspondem ao § 3, n.º 1, pontos 1 e 3, § 5, n.º 1, § 8, n.º 1, § 11, n.º 1, § 12, n.º 1, e § 16, n.º 1, da Lei das Energias Renováveis, na versão em vigor entre 1 de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2011 (a seguir «EEG 2009»), bem como § 5, n.º 1, pontos 1 e 14, § 8, n.º 1, § 11,

n.º 1, § 14, n.º 1, § 15, n.º 1, e § 19, n.º 1, da Lei das Energias Renováveis, na versão em vigor entre 1 de agosto de 2014 e 31 de dezembro de 2016 (a seguir «EEG 2014»).

- 5 III. A procedência do recurso de «Revision» depende da resposta que for dada às questões prejudiciais. Por conseguinte, antes da decisão do recurso há que suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b), e segundo parágrafo, TFUE.
- 6 1. O tribunal de recurso negou à demandante o direito ao pagamento ao abrigo da cláusula de dificuldades excessivas, nos termos do § 12, n.º 1, da EEG 2009, do § 12, n.º 1, da EEG 2012 e do § 15, n.º 1, da EEG 2014 (a seguir, em conjunto, «cláusula de dificuldades excessivas»). Considerou que, uma vez que a eletricidade produzida na instalação da demandante não é exclusivamente produzida a partir de fontes de energia renováveis, a instalação não é elegível como «instalação de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis» (a seguir «instalação EEG») na aceção da cláusula de dificuldades excessivas.
- 7 2. O recurso de «Revision» interposto dessa decisão seria julgado procedente se a instalação da demandante devesse ser qualificada de instalação EEG na aceção da cláusula de dificuldades excessivas. A instalação trata resíduos mistos que contêm frações variáveis de resíduos biodegradáveis, industriais e urbanos. Assim, utiliza também «energias renováveis», conforme definidas no § 3, ponto 3, da EEG 2009 e da EEG 2012 e no § 5, ponto 14, da EEG 2014, embora essa fração não seja superior a 50 %.
- 8 a) Ao contrário do que sustenta o tribunal de recurso, a aplicação da cláusula de dificuldades excessivas não está assim excluída pelo facto de a instalação da demandante não produzir eletricidade exclusivamente a partir de fontes de energia renováveis.
- 9 aa) É verdade que o âmbito de aplicação da Lei das Energias Renováveis na sua primeira versão, que entrou em vigor em 2000, estava limitado à eletricidade produzida exclusivamente a partir da energia hidráulica, eólica, solar, geotérmica, de gases de aterros, de gases de instalações de tratamento de águas residuais, de gases de minas ou de biomassa. Contudo, na transposição da Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de setembro de 2001, relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade, o âmbito de aplicação da Lei das Energias Renováveis foi alargado em 2004 (v. Projeto de Lei do Governo Federal, BR-Drucks. (documento do Bundesrat) 15/04, p. 33). Essa diretiva definia, no artigo 2.º, alínea c), a «eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis» como a eletricidade produzida por centrais que utilizem exclusivamente fontes de energia renováveis, bem como a quota de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis em centrais híbridas que

utilizam igualmente fontes de energia convencionais. Desde então, a Lei das Energias Renováveis distingue entre a obrigação de remunerar e promover, por um lado, que se baseia no princípio da exclusividade (v. § 16, n.º 1, da EEG 2009 e da EEG 2012 e § 19, n.º 1, da EEG 2014), e as disposições sobre a obrigação de ligar, comprar, transportar e distribuir, por outro (§§ 5, 8 e 11 da EEG 2009 e da EEG 2012 e §§ 8, 11 e 14 da EEG 2014), que se aplicam a todas as instalações de produção de eletricidade proveniente de energias renováveis, na aceção da Diretiva 2001/77/CE.

- 10 bb) A cláusula de dificuldades excessivas, que prevalece sobre quaisquer direitos de indemnização ou remuneração derivados das limitações de alimentação aplicadas às instalações de produção de eletricidade ao abrigo da legislação sobre o setor energético, aplica-se a todas as instalações de produção de eletricidade a partir de fontes de energias renováveis no sentido mais amplo do direito da União acima mencionado, ou seja, também às instalações que não utilizam exclusivamente fontes de energia renováveis. Isto decorre, por um lado, da redação (inexistência do adjetivo «exclusivamente») e, por outro, da sistemática da Lei: a cláusula de dificuldades excessivas, que, em 2009, foi incluída *ex novo* na Lei das Energias Renováveis, regulamenta a concessão de compensações às instalações de produção de eletricidade proveniente de energias renováveis se estas forem sujeitas a medidas de gestão da alimentação nos termos do § 11, n.º 1, da EEG 2009 e da EEG 2012 e do § 14, n.º 1, da EEG 2014. Como se depreende do § 8, n.º 1, da EEG 2009 e da EEG 2012 e do § 11, n.º 1, da EEG 2014, as medidas de gestão da alimentação de eletricidade constituem uma exceção à obrigação dos operadores de rede de comprarem em prioridade eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis (v. exposição de motivos do Projeto de Lei do Governo Federal relativo à versão da Lei das Energias Renováveis que entrou em vigor em 2009; BT-Drucks. (documento do Bundesrat) 16/8148, p. 46). Assim, se numa instalação se produzir «eletricidade [proveniente] de energias renováveis», que, de acordo as disposições da Lei das Energias Renováveis, deve ser injetada em prioridade na rede, uma redução ou interrupção da compra de eletricidade pelo operador da rede no âmbito da gestão da alimentação desencadeia a obrigação de indemnização nos termos da cláusula de dificuldades excessivas.
- 11 b) Apesar deste desvio ao princípio de exclusividade, operado em conformidade com o direito da União, continua por esclarecer se, ao abrigo do direito alemão, todas as instalações de produção de eletricidade que utilizem uma determinada fração de fontes de energia renováveis, por mais pequena que seja, devem ser qualificadas de instalações EEG, de modo que beneficiam da prioridade de ligação e de alimentação. Uma vez que, com a EEG 2004, o legislador alemão quis implementar as exigências da Diretiva 2001/77/CE e não há indicações de que pretendia ir além dessas exigências ao fazê-lo, o conceito de direito da União de «eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis» [artigo 2.º, alínea letra c), da Diretiva 2001/77/CE] é o ponto de partida para a interpretação das disposições do direito alemão relevantes para o caso em apreço. O Tribunal de

Justiça da União Europeia ainda não se pronunciou sobre a interpretação desta disposição. A interpretação também não está isenta de dúvidas.

- 12 aa) De acordo com o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/77/CE, a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis é a eletricidade produzida por centrais que utilizem exclusivamente fontes de energia renováveis, bem como a quota de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis em centrais híbridas que utilizam igualmente fontes de energia convencionais. A diretiva não define o conceito de central híbrida. É também um conceito ambíguo. No entanto, é comum, na técnica, designar-se central híbrida a instalação que utiliza várias tecnologias diferentes (como a energia solar e o gás) para produzir energia. Nesta aceção, o conceito de «central híbrida» não abrangeria as instalações que, no mesmo processo de produção de eletricidade, meramente combinam diferentes fontes de energia, renováveis e convencionais. Isto aplica-se quer quando as diferentes fontes de energia (por exemplo, os pellets de madeira e o carvão) são combinadas apenas para produzir energia, quer quando, como no caso da instalação de incineração de resíduos controvertida, a instalação utiliza fontes de energia renováveis e fósseis disponíveis, numa mistura já existente, variável e não influenciável. Nesse caso, os dois últimos tipos de instalações mencionadas não seriam então qualificados de instalações de energia renovável à qual se aplicariam as disposições da Lei das Energias Renováveis sobre a prioridade de alimentação e sobre a indemnização nos casos de dificuldades excessivas.
- 13 bb) Todavia, a definição acima referida de central híbrida na aceção do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/77/CE poderia opor-se ao facto de a própria diretiva, por um lado, definir a biomassa como uma fonte de energia renovável [Artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2001/77/CE, bem como artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2009/28/CE] e, por outro, incluir no conceito de biomassa também a «fração biodegradável de resíduos industriais e urbanos» (artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2001/77/CE, bem como artigo 2.º, alínea e), da Diretiva 2009/28/CE]. Isto pode militar a favor de a eletricidade produzida pela combustão desta fração dever ser considerada produzida a partir de fontes de energia renováveis e de a correspondente instalação de produção de energia dever, no direito alemão, ser qualificada de instalação EEG, que beneficia da prioridade de alimentação.
- 14 cc) Deve também ter-se em conta que a Diretiva 2001/77/CE foi entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2009/28/CE. Esta diretiva devia ser transposta pelos Estados-Membros até 5 de dezembro de 2010 e, portanto, anteriormente ao período compreendido entre 2011 a 2016, ora relevante. Assim, no presente caso, o direito alemão deve ser interpretado em conformidade com a Diretiva 2009/28/CE. Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se por «instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis» na aceção do artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2009/28/CE se deve entender não só as instalações que utilizam várias tecnologias diferentes para produzir energia (ou seja, centrais híbridas na aceção acima referida) mas também as instalações que produzem eletricidade a partir de fontes de energia que são misturadas *ab initio*,

como resíduos mistos que contêm frações variáveis de resíduos biodegradáveis, industriais e urbanos (primeira questão prejudicial). Em caso de resposta afirmativa a esta questão, coloca-se a questão adicional de saber se, por força do artigo 16.º, n.º 2, alínea b), deve ser dada a uma instalação desse tipo prioridade em termos de alimentação de eletricidade mesmo quando a energia produzida na instalação não provém principalmente da fração biodegradável dos resíduos (segunda questão prejudicial).

- 15 c) Atendendo ao direito da União, a presente Secção inclina-se para interpretar as disposições da Lei das Energias Renováveis sobre a prioridade de alimentação, e, por conseguinte, também sobre a cláusula de dificuldades excessivas, no sentido de que só são aplicáveis a instalações que não utilizem exclusivamente fontes de energia renováveis se essas instalações utilizarem fontes de energia renováveis e convencionais em sistemas separados. No entanto, a prioridade de alimentação e a cláusula de dificuldades excessivas devem em qualquer caso aplicar-se às instalações que utilizam uma mistura variável preexistente, sobre a qual não é possível ter nenhuma influência, de fontes de energia renováveis e convencionais – como no caso da produção de eletricidade através da incineração de resíduos – apenas quando a fração de fontes de energia renováveis excede, em média, a fração de fontes de energia convencionais.
- 16 aa) É conforme ao espírito e à finalidade da Lei das Energia Renováveis conceder a uma instalação de produção de eletricidade que utilize uma mistura variável e não influenciável de fontes de energia renováveis e convencionais preexistente prioridade de ligação e de alimentação, bem como a compensação associada decorrente da cláusula de dificuldades excessivas em caso de redução da alimentação, apenas se esta utilizar pelo menos predominantemente fontes de energia renováveis. No caso de tais instalações - ao contrário das instalações que combinam duas ou mais tecnologias para a produção de energia - a prioridade de ligação e alimentação beneficiaria necessariamente não só a fração de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis mas também a eletricidade proveniente de fontes convencionais. Isto porque, em situações em que a segurança da rede exige uma redução da alimentação elétrica, tal instalação não tem a possibilidade de limitar a produção de eletricidade à fração de fontes de energia renováveis, por exemplo, continuando a operar a turbina eólica e desligando a turbina de gás. Isto significaria não só que o operador da rede teria de privilegiar essa «instalação mista», como um todo e com toda a eletricidade gerada na mesma, em relação às centrais elétricas convencionais no que respeita às medidas de gestão de alimentação de energia. Teria também de as ligar prioritariamente à sua rede. No caso de capacidades de rede escassas, isto poderia levar a que a ligação de uma instalação posteriormente construída que utilize exclusivamente fontes de energia renováveis fosse impedida ou pelo menos atrasada. A questão de saber se esse tratamento privilegiado se justifica mesmo no caso de uma instalação que não produz eletricidade, pelo menos predominantemente, a partir de fontes de energia renováveis parece ainda mais questionável.

- 17 bb) No caso em apreço, esta interpretação implicaria que a demandante não poderia pretender ao regime da cláusula de dificuldades excessivas consagrado na Lei das Energias Renováveis. Isto porque a sua instalação não combina diferentes tecnologias para a produção de energia, ou seja, não é uma central híbrida no sentido acima referido, mas utiliza fontes de energia mistas, com quotas variáveis *ab initio*, pelo que, segundo a sua defesa, a quota de fontes de energia renováveis não predomina.
- 18 d) Se se entender por «instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis», no sentido do artigo 16.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2009/28/CE, não só as centrais híbridas na aceção acima referida mas também as que produzem eletricidade a partir de fontes de energia mistas *ab initio*, como resíduos mistos que contêm resíduos industriais e urbanos parcialmente biodegradáveis, sem que os resíduos biodegradáveis sejam predominantes, coloca-se a questão adicional de saber se, à luz do espírito e da finalidade da Lei das Energias Renováveis, no caso das instalações mistas acima mencionadas, existe em qualquer caso um limiar de relevância para a fração de fontes de energia renováveis utilizada, abaixo do qual uma tal instalação mista deixaria de ser considerada uma «instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis» (terceira questão prejudicial).
- 19 e) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão prejudicial, há que clarificar a proporção desse limiar ou a forma como deve ser determinado (quarta questão prejudicial).
- 20 f) Por último, em caso de resposta afirmativa à primeira e à segunda questões prejudiciais, e caso a instalação da demandante seja suscetível de ultrapassar um eventual limiar de relevância de acordo com as respostas dadas à terceira e à quarta questões, coloca-se a questão de saber se, na aplicação das regras sobre a eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis à eletricidade que foi produzida apenas parcialmente a partir de resíduos biodegradáveis, se pode recorrer à *ratio legis* subjacente ao artigo 5.º, n.º 3, segundo parágrafo, da Diretiva 2009/28/CE de tal maneira que essas regras se apliquem apenas à quota de eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis e essa quota seja calculada com base no teor energético de cada fonte de energia (quinta questão prejudicial). Esta questão é importante tendo em conta que, no presente caso, de acordo com o direito alemão, que deve ser interpretado à luz do direito da União, cumpre decidir a questão de saber se o direito à indemnização ao abrigo da cláusula de dificuldades excessivas incide sobre a perda de receitas relativa à totalidade da eletricidade produzida na instalação da demandante ou unicamente sobre a parte da eletricidade produzida a partir da proporção biogénica da mistura de resíduos, devendo então ser determinada essa proporção.

[Omissis]