

**Processo C-293/23**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

10 de maio de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal,  
Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

13 de dezembro de 2022

**Recorrente:**

ENGIE Deutschland GmbH

**Recorrida:**

Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für  
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (Autoridade reguladora do *Land* da  
Saxónia junto do Ministério da Economia, do Trabalho e dos  
Transportes)

---

**BUNDESGERICHTSHOF**

**DESPACHO**

[*Omissis*]

proferido em:  
13 de dezembro de 2022  
[*omissis*]

no processo de contencioso administrativo em matéria de direito da energia

ENGIE Deutschland GmbH, [*omissis*] Essen,

requerente e  
recorrente,

[*Omissis*]

[*Omissis*]

contra

Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, [omissis] Dresden,

recorrida,

Sendo intervenientes:

1. Zwickauer Energieversorgung GmbH, [omissis] Zwickau,

requerida,

[Omissis]

[Omissis]

2. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Agência Federal das Redes de Eletricidade, Gás, Telecomunicações, Correios e Caminhos de Ferro), [omissis] Bona

Após a audiência de 11 de outubro de 2022, a Secção da Concorrência do Bundesgerichtshof [omissis]

decidiu:

I. Suspende a instância.

II. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.º, pontos 28 e 29, e dos artigos 30.º e segs. da Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE:

O artigo 2.º, pontos 28 e 29, e os artigos 30.º e segs. da Diretiva (UE) 2019/944 opõem-se a uma disposição como a do § 3, n.º 24a, em conjugação com o n.º 16 da Energiewirtschaftsgesetz (Lei relativa ao Fornecimento de Eletricidade e de Gás, a seguir «EnWG»), segundo a qual o operador de uma instalação energética destinada a fornecer eletricidade não está sujeito às obrigações de um operador de rede de distribuição quando constrói e explora a instalação energética no lugar da rede de distribuição anteriormente existente, para abastecer, através da eletricidade produzida por uma central de cogeração, vários blocos de habitação com até 200 frações arrendadas e com uma quantidade anual de energia transmitida até 1 000 MWh, sendo os custos de construção e de exploração da instalação energética suportados pelos consumidores finais (arrendatários) como elemento de uma taxa

mensal de base única a pagar pelo calor fornecido, vendendo o operador a eletricidade produzida aos arrendatários?

Fundamentação:

- 1 I. A requerente é uma empresa de fornecimento de energia. Explora, em vários locais, nomeadamente, instalações de cogeração, redes de aquecimento locais e instalações energéticas de distribuição de energia através das quais fornece calor e eletricidade aos consumidores finais, tendo realizado um volume de negócios superior a mil milhões de euros em 2019. A requerida (a seguir «operador da rede de distribuição») explora a rede de distribuição de eletricidade em Zwickau. As partes discordam quanto à questão de saber se a requerida é obrigada a ligar duas instalações energéticas da requerente à sua rede como instalações de clientes nos termos do § 3, n.º 24a, da EnWG.
- 2 A requerente forneceu, ao abrigo de um contrato de fornecimento de calor celebrado com a proprietária do terreno, a Zwickau Wohnungsbaugenossenschaft eG (a seguir «cooperativa de habitação»), quatro blocos habitacionais com 96 frações, situados numa área de 9 000 m<sup>2</sup> (a seguir «zona 1»), e seis blocos habitacionais com 160 frações, situados numa área de 25 500 m<sup>2</sup> (a seguir «zona 2»), através de uma central de energia e de uma rede de aquecimento local ligada a esta central com calor e água quente. As zonas 1 e 2 são adjacentes, mas as redes de aquecimento locais não estão ligadas entre si. Os blocos habitacionais situados em ambas as zonas estavam todos ligados à rede de distribuição da operadora.
- 3 Em 2018, a requerente planeava construir e explorar duas centrais de cogeração com 20 kW (zona 1) e 40 kW (zona 2) de potência elétrica e dois sistemas de linhas elétricas separadas galvanicamente [omissis] aos quais os consumidores finais (arrendatários) passariam a estar ligados. Pretendia passar a vender, além do calor e da água quente, a eletricidade gerada nas centrais de cogeração aos arrendatários com domicílio nos blocos habitacionais, prevendo-se uma quantidade anual de energia transferida de 288 MWh na zona 1 e de 480 MWh na zona 2. Por conseguinte, solicitou à requerida ligações à rede para duas instalações de clientes separadas com ligações elétricas principais nas zonas 1 e 2 e requereu a ligação à sua rede, bem como a disponibilização dos contadores necessários em conformidade com o § 20, n.º 1d, da EnWG. A requerida indeferiu os requerimentos com o fundamento de que não estavam em causa instalações de clientes.
- 4 A autoridade reguladora do *Land* (a seguir «autoridade reguladora do *Land*») indeferiu os requerimentos apresentados pela requerente à recorrida na qualidade de autoridade reguladora do *Land* tendentes à reapreciação desse comportamento e a obrigar a requerida a ligar as instalações de clientes à sua rede e a permitir uma faturação em conformidade com o § 20, n.º 1d, da EnWG. Durante o processo de recurso no Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior), a requerente e a cooperativa de habitação celebraram um novo contrato de fornecimento de calor,

em 21 e 27 de abril de 2020. De acordo com este contrato, as duas centrais de cogeração deveriam ser construídas até dezembro de 2020.

- 5 II. Para a decisão do recurso são pertinentes as disposições da EnWG, que têm a seguinte redação:

§ 3 da EnWG

Para efeitos da presente lei, entende-se por:

3. Operadores de redes de distribuição de eletricidade,

as pessoas singulares ou coletivas ou unidades organizacionais juridicamente dependentes de uma empresa de fornecimento de energia que desempenhem a função de distribuição de eletricidade e que sejam responsáveis pela exploração, manutenção e, se necessário, desenvolvimento da rede de distribuição numa determinada área e, se for caso disso, das interligações com outras redes;

15. Instalações de energia

as instalações destinadas à produção, armazenamento, transporte ou distribuição de energia, desde que não sirvam exclusivamente para a transmissão de sinais, incluindo instalações de distribuição dos consumidores finais [...],

16. Redes de fornecimento de energia

as redes de fornecimento de eletricidade e redes de fornecimento de gás que utilizam um ou mais escalões de tensão ou níveis de pressão, excluindo as instalações de clientes referidas no n.º 24a [...],

18. Empresas de fornecimento de energia

as pessoas singulares ou coletivas que fornecem energia a terceiros, exploram uma rede de fornecimento de energia ou têm um poder de disposição sobre uma rede de fornecimento de energia na qualidade de proprietárias. A exploração de uma instalação de clientes ou de uma instalação de clientes para autofornecimento profissional não torna o operador numa empresa de fornecimento de energia,

- 24a. Instalações de clientes

Instalações energéticas de distribuição de energia que:

- a) se encontrem numa zona geograficamente contígua,
- b) estejam ligadas a uma rede de fornecimento de energia ou a uma instalação de produção,

c) não sejam significativas para assegurar uma concorrência efetiva e não falseada no fornecimento de eletricidade e gás, e

d) sejam colocadas à disposição de qualquer pessoa, de forma não discriminatória e gratuita, para efeitos de fornecimento aos consumidores finais ligados, por meio de trânsito, independentemente da escolha do fornecedor de energia,

§ 20, n.º 1d, da EnWG [...]

O operador da rede de fornecimento de energia a que está ligada uma instalação de clientes [...] deve disponibilizar o contador para registo da quantidade de eletricidade retirada da rede de fornecimento geral pela instalação de clientes e injetada na rede de fornecimento geral (contador total), bem como todos os contadores necessários à concessão do acesso à rede aos contadores secundários no interior da instalação de clientes por meio de trânsito (contadores secundários relevantes para efeitos de contabilidade). Se os consumidores finais forem abastecidos por terceiros, procede-se a uma compensação, na medida do necessário, das contagens através dos contadores secundários. [...]

- 6 III. O sucesso do recurso depende da resposta à questão prejudicial. Por conseguinte, antes de proferir uma decisão há que suspender a instância e submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b), e terceiro parágrafo, TFUE.
- 7 1. O tribunal de recurso negou a existência de instalações de clientes porque as instalações 1 e 2 não eram significativas, na aceção do § 3, n.º 24a, alínea c), da EnWG, para assegurar uma concorrência efetiva e não falseada no fornecimento de eletricidade e gás. O contrato de fornecimento de calor ligava as zonas 1 e 2 como um quadro comum a uma entidade comum com 10 blocos de habitação, quase 30 000 m<sup>2</sup> e mais de 300 frações ligadas, atuando a requerente como operadora das instalações 1 e 2 perante os arrendatários e simultaneamente como fornecedora de eletricidade.
- 8 2. Deve ser dado provimento ao recurso interposto contra esta decisão se as instalações 1 e 2 forem consideradas instalações de clientes na aceção do § 3, n.º 24a, da EnWG. Segundo esta Secção, há que responder afirmativamente a esta questão com base nos factos apurados.
- 9 a) As condições previstas no § 3, n.º 24a, alíneas a) e b), da EnWG, estão preenchidas. As instalações 1 e 2 encontram-se numa zona geograficamente contígua (v. BGH, Despacho de 12 de novembro de 2019 – EnVR 66/18, WM 2020, 901, n.º 22 – Netze BW) e estão ligadas a uma rede de fornecimento de energia e a uma instalação de produção. Apesar da sua redação («ou»), o § 3, n.º 24a, alínea b), da EnWG, não exige que exista uma ligação só à rede de fornecimento de energia ou só a uma instalação de produção. A norma limita-se a

prever que a ligação a uma instalação de produção que não tenha ligação a uma rede de fornecimento de energia («soluções autónomas») é suficiente (v. projeto de lei que procede à alteração das disposições em matéria de direito da energia de 6 de junho de 2011, BT-Drucks. 17/6072 p. 51).

- 10 b) De acordo com o § 3, n.º 24a, alínea d), da EnWG, as instalações são também colocadas à disposição de qualquer pessoa, de forma não discriminatória e gratuita, para efeitos de fornecimento aos consumidores finais ligados, por meio de trânsito, independentemente da escolha do fornecedor de energia.
- 11 aa) As taxas associadas ao consumo pela utilização da instalação de clientes opõem-se a uma gratuidade. Tal abrange qualquer forma de remuneração baseada na quantidade de energia transmitida (OLG Frankfurt, EnWZ 2018, 182, n.º 40 [omissis] [referências doutrinárias]). Deste modo, a lei prossegue o objetivo de dispensar uma regulamentação, necessária em caso de monopólios naturais, incluindo em matéria de fixação de preços, para instalações de clientes apenas quando não exista, *a priori*, um risco de que os custos da instalação de clientes sejam cobrados em função da utilização. Este risco também existe quando o operador da instalação de clientes atua como fornecedor de energia (BGH, Despacho de 25 de janeiro de 2022 – EnVR 20/18, ZNER 2022, 258, n.º 20 com outras referências).
- 12 bb) A requerente não cobra taxas em função do consumo. Recebe uma taxa mensal de base única e independente do consumo por todos os serviços prestados ao abrigo do contrato de fornecimento de calor, incluindo todos os custos não dependentes do consumo, tais como, entre outros, a construção e a exploração das centrais de cogeração e das instalações de energia, a partir do ponto de conexão da rede pública de distribuição até à entrega aos arrendatários e a garantia do processo de troca de dados, nomeadamente, com o operador da rede de distribuição de calor, de acordo com o contrato de fornecimento de calor (§ 2, n.º 1, § 5, anexo 7 - Eletricidade dos arrendatários). A taxa mensal é repartida pela cooperativa de habitação entre os consumidores finais em função da área habitada.
- 13 cc) Nesta base factual, a requerente não tem de demonstrar nem provar que o preço da eletricidade que oferece aos consumidores finais não inclui uma taxa de utilização da instalação. O sentido e a finalidade do critério de gratuidade estão preenchidos. A disposição visa, de acordo com a sua redação clara, garantir (apenas) que o fornecimento dos consumidores finais é gratuito e não discriminatório. É este o caso. Todos os fornecedores de eletricidade, incluindo a requerente, são tratados de forma igual, uma vez que utilizam a instalação a título gratuito. Todos os consumidores finais ligados às instalações de energia são obrigados a suportar os custos de forma igual e independentemente da sua escolha de fornecedor de eletricidade e do seu nível de consumo de eletricidade. Não há indícios de taxas de utilização proibitivamente elevadas, dependentes da utilização da rede. Não é necessário apreciar a questão de saber se a imputação dos custos de construção e de exploração da instalação aos arrendatários é admissível ao abrigo das regras aplicáveis na Alemanha em matéria de imputação dos custos de

exploração [omissis]. Não é relevante para a gratuidade prevista no § 3, n.º 24a, alínea d), da EnWG. Uma eventual inadmissibilidade ao abrigo da legislação em matéria de custos de exploração, que os consumidores finais e os arrendatários teriam de invocar em relação à cooperativa de habitação, não poderia, em todo o caso, conduzir a uma negação do critério de gratuidade previsto no § 3, n.º 24a, alínea d), da EnWG, de acordo com os princípios acima referidos.

- 14 c) De acordo com o § 3, n.º 24a, alínea c), da EnWG, as instalações 1 e 2 são igualmente insignificantes para garantir uma concorrência efetiva e não falseada no fornecimento de eletricidade e de gás.
- 15 aa) Uma instalação de energia é insignificante para a concorrência se não atingir uma dimensão, quer em termos técnicos ou económicos, quer em termos de fornecimento, que possa influenciar a concorrência em matéria de fornecimento e a situação do operador de rede determinada pela disposição. Neste contexto, a dimensão da instalação é determinante (BGH, Despacho de 12 de novembro de 2019 – EnVR 65/18, WM 2020, 897, n.ºs 31 e segs. – Gewoba). Regra geral, deixa de existir uma instalação de clientes se estiverem ligadas várias centenas de consumidores finais, se for fornecida uma área significativamente superior a 10 000 m<sup>2</sup>, se estiverem ligados vários edifícios e se for previsível que a quantidade anual de energia transmitida exceda significativamente 1000 MWh. Em contrapartida, se, em vários destes pontos, a dimensão da instalação de energia for inferior a esses valores, trata-se normalmente de uma instalação de clientes. Neste caso, porém, o juiz da causa deve também decidir se, de acordo com uma apreciação global, a instalação deve deixar de ser considerada insignificante do ponto de vista da concorrência, em particular, tendo em conta outras circunstâncias (BGH, *loc.cit.*, n.º 32 – Gewoba).
- 16 bb) De acordo com estes princípios, as instalações 1 e 2 são insignificantes para a concorrência. A instalação 1 continua a ficar aquém dos valores acima referidos no que diz respeito a três pontos e a instalação 2 no que diz respeito a dois pontos.
- 17 (1) O tribunal de recurso, de maneira errada, considerou as duas instalações conjuntamente na apreciação global. Estando separadas galvanicamente, tratam-se de duas instalações distintas relativamente às quais as condições do § 3, n.º 24a, da EnWG, devem ser examinadas separadamente. A exposição de motivos da lei, segundo a qual há que ter em conta, por exemplo, a existência de um maior número de outras instalações de clientes ligadas (BT-Drucks. 17/6072, p. 51; v. BGH, *loc.cit.*, n.º 28 – Gewoba), refere-se apenas a outras instalações de clientes ligadas à instalação de energia em causa [e não a outras instalações de clientes ligadas à rede de distribuição a montante [referências doutrinárias] [omissis]].
- 18 (2) Se a apreciação global exigida para o critério da concorrência for efetuada apenas em relação à instalação em causa, conclui-se que as instalações 1 e 2 são insignificantes do ponto de vista da concorrência. É verdade que, até agora, esta Secção não decidiu se uma instalação que, como é o caso da instalação 2, fica aquém dos valores acima referidos em relação a dois pontos deve igualmente ser

considerada uma instalação de clientes. Ora, há que responder afirmativamente a esta questão. Não existe então, em geral, uma dimensão significativa para a concorrência [omissis]. Tendo em conta o reduzido número de consumidores finais ligados a cada uma das instalações, não são de esperar mais do que efeitos insignificantes sobre a situação concorrencial da requerida e sobre a concorrência em matéria de fornecimento, mesmo tendo em conta o facto de a requerente atuar perante os consumidores finais como operadora da instalação de clientes e, simultaneamente, como fornecedora de eletricidade.

- 19 3. O § 3, n.º 24a, da EnWG, tal como interpretado *supra*, em que esta Secção se deve basear à luz da letra, do espírito, do objetivo e da origem da disposição, e que a Bundesnetzagentur, enquanto autoridade reguladora nacional, também considera correto de acordo com as suas declarações na audiência oral, não é compatível com o artigo 2.º, pontos 28 e 29, bem como com os artigos 30.º e segs. da Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019 (a seguir «Diretiva 2019/944»), se as instalações 1 e 2 fizerem parte da rede de distribuição na aceção do artigo 2.º, pontos 28 e 29, da Diretiva 2019/944. Com efeito, de acordo com o § 3, n.º 16, da EnWG, as instalações de clientes não fazem parte de uma rede de fornecimento de energia. Os seus operadores não são operadores de rede de distribuição de acordo com o § 3, n.º 3, da EnWG e, por conseguinte, não estão sujeitos a regulação nos termos dos §§ 11 e segs. da EnWG. No ponto de ligação da instalação de clientes à rede de fornecimento de energia, termina a rede regulada e começa a instalação de clientes não regulada (v. BT-Drucks. 17/6072 p. 51). O Tribunal de Justiça ainda não se debruçou sobre o conceito de rede de distribuição no que diz respeito à questão de saber se também abrange as instalações de clientes na aceção do § 3, n.º 24a, da EnWG. Aliás, este aspeto também não é evidente.
- 20 a) De acordo com o artigo 2.º, ponto 28, entende-se por «distribuição», o transporte de eletricidade em redes de distribuição de alta, média e baixa tensão, para entrega aos clientes, excluindo a comercialização. Por «comercialização», entende-se a venda e a revenda de eletricidade a clientes (artigo 2.º, ponto 12, da Diretiva 2019/944). Neste contexto, algumas redes de transporte ou distribuição não devem ser excluídas do âmbito de aplicação da diretiva devido à sua dimensão ou ao seu consumo de eletricidade (TJUE, Acórdão de 22 de maio de 2008, – C-439/06, EuZW 2008, 406 n.º 49 – citiworks AG e o. sobre a Diretiva 2003/54/CE). Não é claro quais as estruturas que constituem redes de distribuição e os critérios para o determinar. Não há dúvida de que as instalações de distribuição doméstica no interior de um edifício exploradas pelo senhorio não constituem redes de distribuição, independentemente da sua dimensão [referências doutrinárias] [omissis]. O mesmo se aplica a uma instalação de energia para a distribuição de energia pertencente a um condomínio que fornece 20 habitações unifamiliares situadas num terreno em termos jurídicos (v. BGH, WM 2020, 901 n.º 22 – Netze BW). Todavia, tendo em conta a dimensão das instalações 1 e 2 a apreciar no caso em apreço e o facto de a requerente atuar perante os arrendatários tanto como proprietária e operadora das instalações como na qualidade de fornecedora de eletricidade [referências doutrinárias], não se pode, considerar com

toda a certeza que as instalações não fazem parte da rede de distribuição na aceção dos artigos 2.º pontos 28 e 29, e artigos 30.º e segs., da Diretiva 2019/944.

- 21 b) A ligação das instalações 1 e 2 à rede de distribuição enquanto instalações de clientes afeta os objetivos do artigo 1.º, primeiro e segundo parágrafos, da Diretiva 2019/944, no sentido de criar mercados de eletricidade integrados, competitivos, equitativos e transparentes, bem como de garantir preços e custos da energia acessíveis e transparentes para os consumidores, um elevado nível de segurança do fornecimento e uma transição harmoniosa para um sistema energético sustentável com baixas emissões de CO<sub>2</sub>. Embora este facto seja insignificante no que diz respeito a cada uma das instalações, que, conforme acima exposto, devem ser consideradas isoladamente. No entanto, quanto maior for o número de instalações de fornecimento de energia de tipo e dimensão comparáveis ligadas à rede de distribuição como instalações de clientes, tanto mais significativos serão os possíveis efeitos, em parte adversos e, como sublinha com razão a requerente, em parte benéficos, sobre os objetivos referidos.
- 22 aa) É certo que as instalações de energia ligadas às instalações de produção descentralizadas destinadas à distribuição de energia, como as instalações 1 e 2, podem facilitar a transição para um sistema energético sustentável com baixas emissões de CO<sub>2</sub> [referência doutrinária] *[omissis]*. Ora, a ligação à rede de distribuição de um grande número de instalações de clientes comparáveis torna geralmente a exploração da rede mais onerosa e menos eficaz. Além disso, menos consumidores finais suportam o custo total da rede. Com efeito, no que respeita à eletricidade produzida por uma instalação de produção descentralizada e consumida na instalação de clientes a ela ligada, não há lugar ao pagamento de taxas de rede de acordo com os §§ 20 e segs. da EnWG, ao passo que o operador da rede de distribuição deve, no entanto, manter uma capacidade de rede suficiente para manter o fornecimento em caso de falha das instalações de produção descentralizadas [v. BGH, Despacho de 28 de junho de 2005 – KVR 27/04, BGHZ 163, 296 (juris n.º 48); (referências doutrinárias) *(omissis)*]. Por conseguinte, também nos termos do artigo 15.º, n.º 2, alínea e), e do artigo 16.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2019/944, segundo os quais se deve garantir que (mesmo) os clientes ativos e as comunidades de cidadãos para a energia contribuem de forma adequada e equilibrada para uma partilha dos custos globais do sistema, subsistem dúvidas sobre se as instalações 1 e 2 podem ser excluídas da rede de distribuição.
- 23 bb) O facto de, nos termos do contrato de fornecimento de calor, os custos de construção, de exploração e de manutenção das instalações 1 e 2 serem suportados pela cooperativa de habitação (e, em última análise, pelos consumidores finais e arrendatários) provoca uma distorção da concorrência na relação entre a requerente e outros fornecedores de eletricidade. A requerente não é obrigada a suportar os custos das instalações de energia para distribuição de energia nem a pagar taxas de rede *[omissis]*. Por conseguinte, quanto maior for o número de instalações de tipo e dimensão comparáveis exploradas pela requerente, maior será o impacto na concorrência.

cc) Além disso, existe igualmente um conflito de interesses sistémico em relação aos consumidores finais, uma vez que a requerente atua tanto na qualidade de proprietária e operadora da instalação de clientes quanto na qualidade de fornecedora de eletricidade. Enquanto fornecedora de eletricidade, a requerente tem interesse em impor preços de eletricidade tão elevados quanto possível. Este interesse seria prejudicado se as taxas que cobra pela construção, exploração e manutenção das instalações 1 e 2 fossem indicadas de forma transparente. Por conseguinte, os acordos celebrados no âmbito do contrato de fornecimento de calor não revelam separadamente a taxa de utilização. Não é, portanto, possível aos arrendatários calcular o montante total das taxas que devem pagar pela eletricidade que consomem.

Juízo *a quo*:

OLG Dresden (Tribunal Regional Superior de Dresden), Decisão de 16 de setembro de 2020 - Kart 9/19 -