

**Processo C-648/18****Pedido de decisão prejudicial****Data de entrada:**

17 de outubro de 2018

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Tribunalul București (Tribunal de segunda instância de Bucareste, Roménia)

**Data da decisão de reenvio:**

26 de janeiro de 2017

**Recorrente e demandada em primeira instância:**

Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE)

**Recorrida e demandante em primeira instância:**

Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA

---

**PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL**

O Tribunalul București mediante o pedido formulado pela Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA, recorrida, *[omissis]* ao abrigo do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pede ao

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

Que responda à seguinte questão prejudicial que tem por objeto a interpretação do artigo 35.º TFUE, porquanto é necessária uma decisão sobre essa questão para a apreciação do processo nacional que deu entrada no Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal (Secção II do contencioso administrativo e tributário) *[omissis]*:

**O artigo 35.º TFUE é contrário a uma interpretação dos artigos 23.º, n.º 1, e 28.º, alínea c), da Legea energiei electrice și a gazelor naturale (Lei sobre a energia elétrica e o gás natural) n.º 123/2012 segundo a qual os produtores de**

**energia elétrica da Roménia são obrigados a negociar toda a energia elétrica produzida exclusivamente através de um mercado aberto à concorrência e centralizado da Roménia, existindo a possibilidade de exportar a energia, mas não diretamente, apenas através de empresas de *trading*?**

**Objeto do processo. Factos pertinentes/relevantes**

1. Por petição que deu entrada na Judecătoria Sectorului 1 București (Tribunal de Primeira Instância de Bucareste – Setor 1), a demandante, Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA (a seguir «Hidroelétrica»), intentou uma ação (plângere contravențională) contra a Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (Autoridade Nacional Reguladora do Setor da Energia; a seguir «ANRE»), na qual pede a anulação do auto n.º 36119/11.05.2015 de verificação e punição por infração administrativa e o consequente reconhecimento da legalidade das operações de exportação efetuadas pela Hidroelétrica no período compreendido entre dezembro de 2014 e fevereiro de 2015.
2. Na sua petição, a demandante afirma que a ANRE puniu a Hidroelétrica por ter exportado energia elétrica para outro Estado da União Europeia. O auto está ferido de nulidade, pois viola o princípio da livre circulação de mercadorias no interior da União. Foi adotado com base numa interpretação sob a forma de comunicado de imprensa publicado pela ANRE na sua página web, após a Hidroelétrica ter indicado as exportações efetuadas. A interpretação da ANRE não tem fundamento jurídico, é contrária às normas comunitárias imperativas e é posta em causa pela Consiliul Concurenței (Autoridade da Concorrência), bem como pelos atos normativos e anteriores interpretações da ANRE. Além disso, pretende aplicar-se retroativamente a factos apurados.
3. Em sua defesa, na contestação apresentada em 24.6.2015, a ANRE, demandada, afirmou que, no período de dezembro de 2014 a fevereiro de 2015, a demandante não colocou à venda, de forma transparente, no mercado concorrencial romeno da energia elétrica toda a energia elétrica de que dispunha, tendo, pelo contrário, exportado uma parte da energia elétrica, por si produzida, para o mercado húngaro da energia elétrica, infringindo assim a legislação aplicável.

A decisão do órgão jurisdicional de primeira instância

Por sentença cível [*omissis*] proferida pela Judecătoria Sectorului 1 București foi dado provimento ao pedido apresentado pela demandante Hidroelétrica contra a demandada ANRE. Foi anulado o auto n.º 36119/11.05.2015 de verificação e punição por infração administrativa. A demandante foi dispensada do pagamento da coima no valor de RON 50 000.

Considerou-se que a negociação efetuada fora das plataformas centralizadas da OPCOM SA não consubstancia necessariamente uma violação do disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012

(Lei sobre a energia elétrica e o gás natural n.º 123/2002; a seguir «Lei n.º 123/2012»). Dado que das provas apresentadas resultou que a demandante não violou o disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 123/2012, conclui-se que não subsistia qualquer violação correlativa das condições associadas à autorização e que não estão presentes os elementos constitutivos do ilícito administrativo (contravenção) a que se refere o artigo 93.º, n.º 1, ponto 4, dessa lei.

O recurso da demandada

A ANRE interpôs recurso da decisão de primeira instância, alegando que a sentença cível [omissis] do Judecătoria Sectorului 1 Bucureşti foi proferida com a aplicação errada da lei.

Pedido de reenvio ao Tribunal de Justiça

A demandante-recorrida pediu que fosse colocada uma questão prejudicial com vista a clarificar as disposições do artigo 35.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4. Relativamente à matéria de facto, observa-se que a Hidroelétrica é uma sociedade de direito privado romeno, da qual o Estado é o acionista maioritário, cujas atividades são, designadamente, a produção, o transporte e a distribuição de energia elétrica. A sociedade é possuidora de uma licença para produzir energia elétrica bem como de uma licença para fornecer esse tipo de energia.

A Hidroelétrica possui uma licença de *trading* emitida pela autoridade húngara reguladora do setor da energia. Após a obtenção dessa licença, a partir de dezembro de 2014, a sociedade celebrou contratos de fornecimento de energia elétrica através de uma plataforma húngara centralizada de negociação que faz parte dos mercados reconhecidos pela Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia.

Em 13 de fevereiro de 2015, a ANRE publicou na sua página web um comunicado intitulado „Interpretarea ANRE a prevederilor Legii energiei electrice și gazelor naturale nr. 123/2012 cu privire la posibilitățile de export [de] energie electrică ale producătorilor” («A interpretação que a ANRE faz das disposições da Lei n.º 123/2012 relativamente à possibilidade de os produtores exportarem energia elétrica»). Nesse comunicado, a ANRE expressou a sua posição sobre o modo como interpreta os artigos 23.º e 28.º da Lei n.º 123/2012: «segundo a interpretação da ANRE toda a energia elétrica disponível deve ser colocada à venda de forma transparente, pública, não discriminatória e centralizada na plataforma Opcom SA» – ou seja, no mercado centralizado romeno da energia elétrica.

Em 11 de maio de 2015, a ANRE notificou à Hidroelétrica o auto pelo qual foi aplicada à sociedade uma sanção administrativa (amendă contravențională) por não ter colocado à venda, de forma transparente, no mercado concorrencial romeno da energia elétrica toda a energia elétrica de que dispunha, tendo, pelo

contrário, exportado uma parte da energia elétrica, por ela produzida, para o mercado húngaro da energia elétrica, infringindo assim a legislação em vigor (página 1, terceiro parágrafo, do auto).

Para punir a Hidroelétrica, a ANRE baseou-se no disposto nos artigos 23.º, n.º 1, e 28.º, alínea c), da Lei n.º 123/2012, que interpretou no sentido de que a obrigação de os produtores nacionais de energia elétrica colocarem à venda publicamente e de forma não discriminatória no mercado concorrencial toda a energia elétrica de que dispõem implica a obrigação, para esses produtores, de colocar à venda toda a energia elétrica no mercado nacional centralizado da energia elétrica.

Consequentemente, em conformidade com a interpretação e a aplicação da Lei n.º 123/2012 pela ANRE, um produtor não tem o direito de exportar diretamente energia elétrica no espaço da União Europeia, dado que isso consubstancia uma violação da legislação nacional e, implicitamente, das condições associadas à licença de produção, punida com uma sanção administrativa. Nos termos do artigo 93.º, n.º 4, da Lei n.º 123/2012, o cometimento repetido de um ilícito administrativo (contravenção) implica a aplicação de uma sanção administrativa compreendida entre 1% e 5% do volume de negócios às pessoas coletivas participantes no mercado da energia elétrica. De acordo com a Lei, por ilícito administrativo reincidente entende-se o cometimento, pelo menos três vezes durante o ano, do mesmo facto que consubstancia a violação administrativa.

Por conseguinte, considerar a exportação direta de energia elétrica um ilícito administrativo tem por consequência o efetivo impedimento do exercício dessa atividade, dadas as graves sanções que podem ser aplicadas pela autoridade.

Em 27 de maio de 2015, a Hidroelétrica interpôs recurso do auto na Judecătoria Sectorului 1 Bucureşti, pedindo a anulação da sanção que lhe foi aplicada pela ANRE. Em apoio do seu recurso, a Hidroelétrica alegou fundamentalmente o seguinte:

- i. O auto é ilegal, pois viola a artigo 35.º TFUE e consubstancia uma medida administrativa através da qual se restringe a livre circulação da energia elétrica no interior da União Europeia. Essa medida não foi justificada pela ANRE com recurso a qualquer das exceções previstas no artigo 36.º TFUE.
- ii. A limitação dos canais de distribuição, que consiste na obrigação de efetuar as negociações apenas através de alguns operadores controlados/autorizados pelo Estado, é incompatível com o ordenamento jurídico da União Europeia.
- iii. O auto é ilegal na medida em que viola a legislação nacional, dado que os artigos 23.º, n.º 1, e 28.º, alínea c), da Lei n.º 123/2012 não preveem expressamente qualquer restrição às exportações para a União Europeia aplicável aos produtores de energia, não existindo sequer qualquer referência ao território romeno. Com a sanção adotada no auto, a ANRE limita a liberdade comercial de um agente económico sem uma proibição expressa nos termos da lei, o que é contrário aos princípios de interpretação internos do direito romeno.

iv. Com o relatório relativo aos resultados do inquérito no setor atinente ao mercado da energia elétrica de janeiro de 2014, a autoridade da concorrência romena afirmou que «as disposições constantes da Lei [n.º 123/2012] que obrigam os participantes no mercado a celebrar as negociações por grosso apenas nos mercados centralizados devem ser interpretadas no sentido de que aos produtores de energia elétrica é permitido realizar diretamente (ou através de uma sociedade do seu próprio grupo) vendas destinadas à exportação[»].

v. Com a medida adotada, a ANRE estabelece uma discriminação inaceitável entre os produtores de nacionalidade romena e os que possuem nacionalidades de outros Estados-Membros. Enquanto os primeiros podem atuar, com base na interpretação da ANRE, apenas no mercado romeno centralizado, os segundos podem negociar, e efetivamente negociam, tanto nos mercados centralizados dos Estados-Membros de origem, como nos mercados centralizados de outros Estados-Membros, incluindo o da Roménia.

#### **Disposições nacionais aplicáveis no caso em apreço. Jurisprudência nacional relevante/pertinente**

5. O direito substantivo aplicável ao litígio é a Lei n.º 123/2012.

Artigo 2.º, alínea c): as atividades no setor da energia elétrica e da energia térmica produzida em cogeração devem ter lugar para realização dos seguintes objetivos de base: criar e garantir o funcionamento dos mercados de energia elétrica abertos à concorrência.

Artigo 2.º, alínea h): a melhoria da competitividade do mercado interno de energia elétrica e a participação ativa na formação tanto do mercado regional, como do mercado interno de energia da União Europeia e a participação no desenvolvimento do comércio transfronteiriço.

Artigo 3.º, n.º 49: para efeitos do presente título, os termos e expressões adiante utilizados devem ser entendidos do seguinte modo: mercado centralizado da energia elétrica – o contexto organizado onde se procede às operações de negociação de energia elétrica entre vários operadores económicos, com a intermediação do operador do mercado de energia elétrica ou do gestor do sistema de transporte, com base em normas específicas, aprovadas pela autoridade competente.

Artigo 20.º, n.º 1: o mercado da energia elétrica é formado pelo mercado regulamentado e pelo mercado aberto à concorrência e as operações de negociação de energia são efetuadas por grosso ou a retalho.

Artigo 23.º, n.º 1: as operações de negociação de energia elétrica têm lugar no mercado aberto à concorrência, de forma transparente, pública, centralizada e não discriminatória.

Artigo 28.º, alínea c): os produtores têm por principais obrigações: negociar a energia elétrica e os serviços tecnológicos do sistema no mercado regulamentado e concorrencial de forma transparente e não discriminatória.

6. No que respeita a essas normas jurídicas, o Judecătoria Sectorului 2 București (Tribunal de primeira instância de Bucareste – Setor 2), num processo semelhante que tinha por objeto a anulação de um auto através do qual um outro produtor de energia elétrica foi punido pela ANRE por alegada violação dos artigos 23.º, n.º 1, e 28.º, alínea c), da Lei n.º 123/2012, declarou *[omissis]* o seguinte:

*«[...] a recorrida [ANRE – n.n. (nota nossa)] não demonstrou e não alegou de forma pertinente a violação, pela recorrente, do disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 123/2012.*

*O facto de as negociações da recorrente com a CEZ a.s. se terem celebrado fora das plataformas centralizadas da OPCOM é real e não foi contestado; todavia, apesar da afirmação da recorrida na contestação segundo a qual o artigo 23.º, n.º 1, prevê que as operações de negociação devem decorrer de forma transparente, pública, centralizada e não discriminatória nas plataformas centralizadas OPCOM, observa-se que a disposição em causa se refere apenas às características de transparência, publicidade, centralização e não discriminação, e não à obrigação de as negociações terem lugar apenas nas plataformas centralizadas da OPCOM.*

*No auto, a recorrida explicou de passagem que fora do mercado concorrencial significa fora das plataformas centralizadas da OPCOM, mas nem no auto nem perante este Tribunal demonstrou/alegou o facto de as plataformas centralizadas da OPCOM constituírem o único mercado aberto à concorrência. De igual modo, sublinhamos que nem a Lei n.º 123/2012 define o conceito de mercado aberto à concorrência [...].*

*Além disso, a referida recorrida, com o documento intitulado «document de poziție» (tomada de posição) de 9 de janeiro de 2013, afirma que a interpretação extensiva do disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 123/2012 pode criar uma barreira administrativa no comércio transfronteiriço da energia elétrica, dado que as atividades correspondentes estão sujeitas à legislação comunitária relativa à eliminação de todas as restrições para efeitos da realização do mercado interno da energia elétrica.*

*Consideramos, portanto, que a negociação fora das plataformas centralizadas da OPCOM não consubstancia, necessariamente, uma violação do artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 123/2012.*

*Daqui decorre que, para sustentar a afirmação do carácter de ilícito administrativo do facto, a recorrida devia demonstrar/alegar que as negociações da recorrente com a CEZ a.s. tiveram lugar fora do mercado aberto à concorrência, de uma forma que não era nem transparente, nem pública, nem centralizada, nem não discriminatória.*

*Pois bem, a recorrida não apresentou este tipo de argumento/prova e construiu a sua defesa à volta da ideia de que as negociações fora dos mercados centralizados da OPCOM são proibidas por lei, afirmação que este tribunal considera errada, como de resto há pouco se declarou».*

### **Disposições aplicáveis/relevantes do ordenamento jurídico da União Europeia**

7. Artigo 35.º TFUE (antigo artigo 29.º TCE): São proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à exportação, bem como todas as medidas de efeito equivalente.
8. Artigo 36.º [TFUE] (antigo artigo 30.º TCE): As disposições dos artigos 34.º e 35.º são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros.

### **Fundamentos que levaram este Tribunal a formular o pedido de decisão prejudicial**

9. A Hidroelétrica foi punida porque *«não colocou à venda, de forma transparente, no mercado concorrencial romeno da energia elétrica toda a energia elétrica de que dispunha, tendo, pelo contrário, exportado uma parte da energia elétrica, por ela produzida, para o mercado húngaro da energia elétrica, infringindo assim a legislação em vigor».*

Simultaneamente, o artigo 35.º TFUE, que é um dos fundamentos jurídicos do recurso, proíbe as restrições quantitativas às exportações e as medidas de efeito equivalente. Por conseguinte, uma questão prejudicial destinada a esclarecer a compatibilidade da interpretação que a ANRE faz da Lei n.º 123/2012 com o TFUE é decisiva para a resolução do litígio.

10. O Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir «TJUE») ainda não analisou, até agora, a conformidade com as disposições do TFUE de uma lei, regulamento ou prática administrativa que limita as exportações obrigando os produtores a vender energia apenas através de uma plataforma de negociação registada no seu Estado-Membro de origem.
11. Com base no artigo 267.º [segundo parágrafo] TFUE, sempre que uma questão prejudicial seja suscitada num processo, o órgão jurisdicional pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao TJUE que sobre ela se pronuncie.

Todavia, para efeitos de uma aplicação uniforme do direito da União nos Estados-Membros, é necessário que, sempre que subsistam dúvidas sobre a compatibilidade de um determinado procedimento ou legislação nacional com os Tratados, o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se submeta uma questão prejudicial ao TJUE.

Por outro lado, existe uma exceção, que deve ser interpretada de forma restritiva, a essa regra. Quando uma determinada interpretação se impõe com segurança, para além de qualquer dúvida razoável, o órgão jurisdicional nacional pode considerar não ser necessário submeter a questão e aplicar diretamente o direito da União.

Este tipo de situação ficou com a denominação, na jurisprudência Cilfit, de «teoria do ato claro». O objetivo dessa teoria é evitar congestionar o TJUE com questões puramente teóricas ou privadas de qualquer conexão com a definição do litígio.

Porém, os órgãos jurisdicionais nacionais não podem afirmar que uma disposição do Tratado é clara a menos que o seu sentido já tenha sido esclarecido pela jurisprudência do TJUE. Se o órgão jurisdicional nacional se recusar a submeter um questão ao TJUE invocando a «teoria do ato claro», não existindo um fundamento jurisprudencial, configura-se a possibilidade de uma violação do direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Nesse sentido, no processo Ullens de Schooten contra a Bélgica, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a recusa de um órgão jurisdicional nacional de utilizar o mecanismo da questão prejudicial pode suscitar problemas de compatibilidade do processo com o direito a um processo equitativo, mesmo que o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se não seja um órgão de fiscalização da legalidade.

Contudo, desde que tenha uma qualquer dúvida no que respeita à interpretação do Tratado [FUE] e à compatibilidade do direito interno com as disposições desse Tratado, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a submeter ao TJUE uma questão prejudicial. Dito de outro modo, embora a procedência do recurso possa ocorrer sem a submissão de uma questão prejudicial, a sua não procedência não pode ter lugar sem o prévio esclarecimento, por meio de uma questão prejudicial, da compatibilidade da interpretação da ANRE com o direito comunitário. De outra forma, violar-se-ia o direito da Hidroelétrica a um processo equitativo.

*[Omissis]*

*[Omissis]* [Assinaturas]

Bucareste, 26.01.2017