

O TERCEIRO PACOTE ENERGÉTICO APROVADO

ALTERAÇÕES FINAIS OU MAIS UM PASSO?

O termo “Separação” (“unbundling”) tornou-se familiar para a maioria dos agentes dos mercados e serviços relacionados com o sector energético. Ganhou actualidade a implementação desta separação que poderá trazer mudanças à nossa vida quotidiana já num futuro próximo, tendo-se reduzido o usual interesse à volta da discussão sobre o significado deste termo.

O Parlamento Europeu e a Comissão Europeia adoptaram o Terceiro Pacote Energético (TPE), de 13 de Julho de 2009 composto (i) pela Directiva 2009/72/CE, referente às regras comunitárias para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE (a Directiva “Electricidade” ou “DE”), (ii) pelo Regulamento CE n.º 714/2009 sobre as condições de acesso às redes para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento CE n.º 1228/2003, (iii) pela Directiva 2009/73/CE referente às regras comunitárias para o mercado interno do gás natural (GN) e que revoga a Directiva 2003/55/CE (a Directiva “Gás” ou “DGN”), (iv) pelo Regulamento CE n.º 715/2009 sobre as condições de acesso à rede de transmissão do GN e que revoga o Regulamento CE n.º 1775/2005 e, por fim, (v) pelo Regulamento CE n.º 713/2009 que regula a criação de uma Agência de Cooperação das Entidades Reguladoras de Energia.

A evolução das discussões sobre o tema e a adopção de uma versão mais “ligeira” com a aprovação do Segundo Pacote de Energia em 2003, permite presumir que esta política

de separação está no centro de modificações estruturais como um meio para atingir um fim, sendo este fim o estabelecimento de um Mercado Energético Interno único (MEI) na UE que seja totalmente operacional, que deve ser precedido da resolução de conflitos de interesse decorrentes da existência de sociedades verticalmente integradas, que levam, em última análise, a práticas discriminatórias e a distorções do mercado.

O Segundo Pacote Energético de 2003 tinha já estabelecido a separação jurídica e contabilística, podendo os Estados-Membros optar pela separação da propriedade (“ownership unbundling”). O decurso dos anos e a análise da evolução dos mercados regionais e nacionais europeus (alguns dos quais introduziram por sua iniciativa a separação da propriedade) permitiram confirmar a necessidade de introduzir extensas alterações para que o MEI se torne uma realidade. A subsistência de situações de integração vertical e de monopólios atrasaram significativamente o estabelecimento de uma sã concorrência e, na opinião de alguns, poderão ter determinado a manifesta insuficiência de investimentos infra-estruturais e a manutenção de mercados fechados que limitam as oportunidades de entrada de novos agentes.

Defende-se igualmente que a separação da propriedade ou uma das duas outras políticas de separação alternativas se enquadram no objectivo de redução dos preços no consumidor, garantindo-se a segurança do fornecimento e

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano”

Chambers Europe Excellence 2009, IFLR Awards 2006 & Who’s Who legal Awards 2006, 2008, 2009

“Melhor Sociedade de Advocacia de negócios da Europa do Sul”

ACQ Finance Magazine, 2009

“Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente”

Clients Choice Award - International Law Office, 2008

“Melhor Departamento Fiscal do Ano”

International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™

Human Resources Suppliers 2007

O TERCEIRO PACOTE ENERGÉTICO APROVADO

reduzindo-se a interferência de Estados não membros da UE. Considera-se que esta política protege os países que prosseguem uma política de separação mais liberalizada contra os que mantêm formas directas ou mais ambíguas de integração vertical. A independência das entidades reguladoras nacionais no exercício das suas funções regulatória, de fiscalização e de certificação de entidades é fundamental para que estes objectivos possam ser alcançados.

A referência a sociedades verticalmente integradas existentes não constitui um lapso; este Terceiro Pacote Energético continua a permitir a subsistência no sector de entidades verticalmente integradas não obstante o facto de serem controversas e de há muito contestadas. Neste momento, os Estados-Membros podem optar de entre um dos 3 tipos distintos de separação e de controlo. As medidas adiante enunciadas destinam-se a ser aplicadas aos agentes do mercado que detêm ou controlam sociedades de produção e/ou de comercialização. O objectivo final pretendido é o de assegurar a separação/independência de actividades de transporte de qualquer um dos agentes acima mencionados, proporcionando desta forma uma quebra na cadeia da propriedade no sector da energia:

- separação total da propriedade – sem participação em actividades/ operações de transporte por parte de agentes envolvidos na produção e/ou na comercialização;

- Operador de Rede Independente (ORI) – muito discutido no passado e introduzido em projectos anteriores de Directivas;

- Operador de Transporte Independente (OTI) – a terceira via, uma variação da proposta apoiada pela França e Alemanha, com uma elevada carga regulamentar.

O que significam estas opções para os agentes do mercado? Quais os resultados da aplicação de cada uma delas?

Consultámos a propósito desta matéria uma análise comparativa efectuada por Vattenfall, um conhecido grupo de serviços energéticos sueco, na qual se

aplicam as normas legais da DE e da DGN ao mercado no seu todo¹, tendo-se concluído que:

(i) A **separação da propriedade** exige uma separação total entre as actividades de produção e de comercialização e as actividades de transporte (rede e operadores de rede), devendo os Estados-Membros assegurar a implementação de medidas específicas relativas à propriedade e ao controlo de actividades/redes/operadores de rede a partir de 3 de Março de 2012².

Os Estados-Membros que dispunham de uma rede de transporte verticalmente integrada a 3 de Setembro de 2009 e de normas legais que garantiam uma independência efectiva acrescida do respectivo operador de rede quando comparadas com as constantes das directivas, podem decidir não aplicar as medidas referidas em (i).

(ii) A **opção do ORI**³ garante independência no que respeita ao estatuto legal da sociedade de transporte, à sua organização e poderes decisórios; o ORI, uma entidade designada pelo Estado-Membro e externa à empresa verticalmente integrada, assume a operação técnica do sistema, a gestão de capacidades e detém um controlo total sobre investimentos e manutenção. As responsabilidades do Operador da Rede de Transporte são, portanto, garantidas pelo ORI.

Neste caso, o titular da actividade de transporte e dos seus activos pode ser uma sociedade verticalmente integrada que se tenha vinculado a medidas específicas de cooperação. Os colaboradores do ORI não poderão ser colaboradores da sociedade titular da rede de transporte, estando esta obrigada a financiar investimentos de acordo com as decisões do ORI.

(iii) A “terceira via” **OTI**⁴ não foi aprovada nos termos inicialmente propostos. À semelhança do ORI, o

titular da actividade de transporte pode ser uma empresa-mãe verticalmente integrada e que disponha de mais de 50% dos direitos de voto do órgão de supervisão; a possibilidade de transferência de gestores/directores entre estas entidades é limitada, sendo necessário respeitar um período de espera de vários anos para o efeito.

Outra diferença assinalável quando se compara o modelo do OTI com o do ORI é que, no modelo OTI, a empresa-mãe ou o grupo mantém alguma influência relativamente aos investimentos, mas os planos de investimento estão sujeitos a aprovação (particularmente, o plano obrigatório de 10 anos de desenvolvimento da rede que deve ser aprovado pelas entidades reguladoras nacionais). O OTI terá um órgão de fiscalização composto por representantes da sociedade de energia verticalmente integrada, de outros accionistas e representantes do operador da rede de transporte. Deve ser estabelecido um programa de conformidade cuja implementação será da responsabilidade de um responsável pela conformidade.

No que concerne às actividades de distribuição, os operadores da rede de distribuição serão separados, pelo menos, no que respeita ao seu estatuto jurídico, nível de organização e processo de tomada de decisões, não sendo, apesar disso, obrigatória qualquer separação da propriedade.

A separação pode funcionar como um incentivo natural ao investimento em infra-estruturas sendo, dessa forma, melhorada a segurança do fornecimento, acabando eventualmente por conduzir a uma solução que permite lidar com a maioria dos factores já referidos, que coexistem e que justificam a adopção da política de separação. No entanto, a separação pode conduzir a desvantagens, como seja a da eventual integração horizontal e a ocorrência de impactos nas economias de escala existentes e que são utilizadas por empresas verticalmente integradas, o que poderá levar a um aumento do custo de capital⁵.

¹ Vattenfall – *German grids, Background Information for the Press*, s/ data, disponível em http://www.vattenfall.com/germangrid/downloads/OU_ISO_ITO_en.pdf, acedido a 8 de Setembro de 2009.

² Artigos 9.º da DE e da DGN.

³ Artigos 13.º et seq. da DE e 14 et seq. da DGN.

⁴ Artigos 17.º et seq. da DE e da DGN.

⁵ Saule Milciuvienė and Agnė Tiknietė, *The Ownership Unbundling of Electricity Transmission System Operators: the European Union Policy and the Case in Lithuania*, Paper in ISSN 1392-2785 *Inžinerine Ekonomika-Engineering Economics* (2), 2009, disponível em <http://internet.ktu.lt/lt/mokslas/zurnalai/inzeko/62/1392-2785-2009-2-62-82.pdf>, 8, fazendo referência a Pollit, Michael Gerald, *The Arguments for and against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks Energy Policy*, 2008, (36), 704-713.

Mesmo que este pacote energético não seja o último, não é menos certo que estabelece uma linha de actuação que se for seguida pelos Estados-Membros levará a um mercado de energia europeu integrado.

Os argumentos contra a política da separação da propriedade, podendo ser válidos, não diminuem a bondade do argumento a favor da implementação dessa política como uma medida que induz a concorrência nos mercados grossistas e retalhistas, viabiliza o estabelecimento e acesso de terceiros às redes e permite a implementação de uma concorrência de mercado mais eficaz suportada por normas de confidencialidade de tratamento de dados. Outro argumento a favor desta política tem a ver com a abertura há muito esperada de mercados regionais a novas actividades, decorrentes da evolução de operadores de transporte de interligação transfronteiriços que poderão ser criados no âmbito da mesma.

Os Estados-Membros da UE que decidam seguir a opção de separação da propriedade estarão ainda a depositar a sua confiança (i) na capacidade da Direcção-Geral da Concorrência da UE em fiscalizar concentrações, mercados e assuntos regulatórios, (ii) na tão discutida “Cláusula Gazprom”, que incentiva os países terceiros à UE a adoptar a separação na sua totalidade, de forma a poderem investir em mercados energéticos europeus, e garantindo-se que a UE celebra um acordo com o respectivo estado terceiro de origem, assegurando reciprocidade e uma maior segurança do fornecimento. Tudo dependerá das políticas dos Estados-Membros que deverão ser monitorizadas a vários níveis e reportadas aos órgãos de fiscalização da UE.

Os direitos dos consumidores são também contemplados pelo TPE na esperança de que os mercados liberalizados proporcionem (i) a diminuição dos custos de energia, (ii) a garantia de que os consumidores possam mudar de comercializadores de GN e de electricidade mais rapidamente e sem custos, com a estipulação de obrigações de facturação que deverão ser atempadamente cumpridas pelos antigos fornecedores,

(iii) o estabelecimento de um sistema de compensação caso a qualidade exigida do serviço não seja adequada, (iv) a garantia do serviço universal de electricidade e (v) a protecção de consumidores vulneráveis, sendo os Estados-Membros obrigados a tratar da questão da pobreza energética através da implementação de Planos de Acção Nacionais ou de benefícios nos sistemas de segurança social⁶.

A DE e a DGN deverão ser transpostas pelos Estados-Membros até 3 de Março de 2011, excepto no respeitante às normas relacionadas com a certificação de países terceiros, que deverão ser implementadas até 3 de Março de 2013.

Este pacote prevê, no entanto, derrogações e admite diferenças entre as estruturas e limitações dos diferentes mercados energéticos dos Estados-Membros. O recurso à opção OTI pode tornar-se popular em períodos de crise económica em que o investimento será menor e os activos seriam avaliados de acordo com a capacidade financeira limitada dos investidores e condições de crédito menos favoráveis. Portugal é um dos países que já implementou a separação da propriedade e poderá beneficiar desta antecipação que lhe permite “concentrar-se no desenvolvimento do mercado em vez de [se] focar internamente na [implementação do modelo do OTI]⁷”.

Mesmo que este pacote energético não seja o último, não é menos certo que estabelece uma linha de actuação que se for seguida pelos Estados-Membros levará a um mercado de energia europeu integrado.

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **Ana Oliveira Rocha-aor@plmj.pt**.

⁶ DE, “Considerando o seguinte”, alínea 53, DGN, “Considerando o seguinte”, alínea 50.

⁷ Groenendijk, *Unbundling under the Third Energy Package paper*, Universidade de Utrecht, Blog sobre a Política de Energia da UE, 17 de Maio de 2009, disponível em <http://www.energypolicyblog.com/?p=701>, visitado pela última vez a 9 de Setembro de 2009.