



ENTIDADE
REGULADORA
DO SECTOR

Colóquios

Colóquio Energia e Direito

A REGULAÇÃO DA ELECTRICIDADE

Dr. José Ribeiro

ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR ELÉCTRICO

Índice

I BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA AOS PERÍODOS DE REGULAÇÃO DO SECTOR ELÉCTRICO	3
II O PACOTE LEGISLATIVO DE 1995 – A ACTUAL REGULAÇÃO -	7
III A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DO FUTURO DO SECTOR ELÉCTRICO.....	41

I

BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA AOS PERÍODOS DE REGULAÇÃO DO SECTOR ELÉCTRICO

As primeiras aplicações da electricidade tiveram lugar na Europa do Norte e na Europa Central, precisamente onde começou a revolução industrial. O efeito dinamizador da electricidade, sobretudo pela sua utilização na maquinaria, contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento económico e industrial dos países desses pontos da Europa.

Os primeiros fornecimentos públicos de energia eléctrica começaram pela iluminação pública. Ainda sob os auspícios dos princípios do liberalismo, os conselhos das cidades contratavam com empresas privadas o fornecimento de energia eléctrica que, simultaneamente, assumiam o compromisso do estabelecimento das instalações eléctricas e da sua manutenção.

Na Inglaterra, o primeiro fornecimento público de energia eléctrica teve lugar em Godalming, uma pequena cidade do Sul, no Outono de 1881. Para o efeito, o conselho da cidade celebrou um contrato com uma empresa privada para iluminação pública que ofereceu o fornecimento de energia a quem o desejasse. Poucas pessoas aceitaram esta oferta e, devido a dificuldades económicas, esta empresa, passado pouco tempo, foi obrigada a encerrar a actividade.

No entanto, algum tempo depois, outras empresas apareceram pelas diversas cidades inglesas, nomeadamente em Londres e em Brighton. As primeiras modalidades para o exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica ao público em geral assentavam em contratos de concessão celebrados entre os conselhos das cidades e as empresas privadas fornecedoras.

O desenvolvimento do quadro legislativo foi proporcional ao desenvolvimento da electricidade para as suas diversas utilizações. A primeira legislação publicada caracterizava-se por estabelecer normas jurídicas destinadas à protecção dos investimentos das empresas fornecedoras.

Em Portugal, o início do fornecimento de energia foi em tudo semelhante ao que se passou nos países daqueles pontos da Europa. O desenvolvimento do quadro legislativo português do sector eléctrico reflectiu também o desenvolvimento das instalações eléctricas, sendo influenciado pelos princípios políticos que orientaram o exercício das actividades económicas.

Nesta evolução legislativa podemos recortar sete períodos:

- 1.º Período: de 1878 a 1910 – Antecedentes e Primeiras Redes e Pequenas Centrais Locais
- 2.º Período: de 1910 a 1926 – Início da Primeira Regulamentação do Sector Eléctrico
- 3.º Período: de 1926 a 1944 – Primeira Definição das Bases da Electrificação Nacional – a Caminho do Intervencionismo do Estado

- 4.º Período: de 1944 a 1975 – As Bases da Electrificação Nacional e a Captura Intervencionista do Estado
- 5.º Período: de 1975 a 1988- Da Nacionalização do Sector Eléctrico até à sua abertura à Iniciativa Privada
- 6.º Período: de 1988 a 1995 – Da Abertura à Iniciativa Privada ao Início da Liberalização do Sector Eléctrico
- 7.º Período: de 1995 até à Actualidade – Da Evolução do Processo de Liberalização à regulação independente

II				
O	PACOTE	LEGISLATIVO	DE	1995
- A ACTUAL REGULAÇÃO -				

A discussão da política do mercado interno de electricidade dinamizou o processo de liberalização do sector eléctrico nacional. Reorganizada a estrutura da EDP, primeiro através da sua transformação em sociedade anónima, posteriormente pela sua cisão em diversas sociedades, impunha-se a consagração de um quadro legislativo mais consentâneo com as novas tendências de desenvolvimento do sector eléctrico e com os princípios subjacentes à Directiva do mercado interno da electricidade.

O quadro legislativo determinado por estas realidades, que se encontra em plena vigência, apresenta as seguintes características:

- a)* Redefinição do Sistema Eléctrico Nacional (SEN).
- b)* Liberalização progressiva e limitada do exercício das actividades.
- c)* Definição da existência de um sector de obrigações de serviço público e de um sistema de mercado.
- d)* Relacionamento comercial dos dois sistemas numa lógica de partilha global dos benefícios.
- e)* Regulação das actividades das empresas por uma entidade pública independente não integrada na concepção clássica de administração pública.
- f)* Actividade regulamentar activa exercida pela Entidade Reguladora e pela Direcção-Geral de Energia.
- g)* Reprivatização da estrutura empresarial do Estado.
- h)* Incentivos à produção especial (energias renováveis e cogeração).

Antecipando-se à aprovação da Directiva do mercado interno da electricidade, em 1995 foi publicado um conjunto de diplomas destinados a regular o sector eléctrico, que ficaria a ser vulgarmente conhecido como o “pacote legislativo de 1995”. Este “pacote legislativo” foi constituído por sete decretos-lei, todos publicados no Diário da República, I-A Série, de 27 de Julho, com a numeração seguida de 182/95 a 188/95.

Retomando os princípios já consagrados no Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de Março, o Decreto-Lei n.º 182/95 estabeleceu, para o Continente, as bases da organização do Sistema Eléctrico Nacional e os princípios enquadradores do exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Do seu âmbito de aplicação, excluiu as actividades de produção de energia eléctrica, reguladas em legislação especial, exercidas em:

- i)* Aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA de potência aparente instalada.

- j)* A partir de energias renováveis, com excepção da energia hidráulica.
- k)* Em instalações de cogeração.

Na afirmação dos objectivos do Sistema Eléctrico Nacional, vazados no seu artigo 2.º, o exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica deve conformar-se com a finalidade fundamental de contribuir para o desenvolvimento económico e social e para o bem-estar da população.

Alinhados nesta finalidade, os objectivos do Sistema Eléctrico Nacional materializam-se pela:

- l)* Oferta de energia eléctrica em termos adequados às necessidades dos consumidores e em termos quantitativos e qualitativos.
- m)* Racionalidade e eficiência de meios a utilizar, desde a produção ao consumo.
- n)* Utilização racional dos recursos naturais, através da preservação e da manutenção do equilíbrio ecológico.

Na sua expressão concreta, a fixação destes objectivos desenvolveu o princípio constitucional sobre a política energética nacional que, na revisão constitucional de 1989, teve, pela primeira vez, dignidade de consagração expressa no texto da Constituição. Na verdade, a adopção “de uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional”, constitui hoje uma incumbência prioritária do Estado (artigo 81.º, alínea n) da Constituição da República, na versão de 1989; artigo 81.º, alínea l) da actual versão da Constituição, resultante da revisão constitucional de 1997).

Quanto à sua organização, o Sistema Eléctrico Nacional ficou a compreender dois sistemas:

- o)* O Sistema Eléctrico de Serviço Público (SEP).
- p)* O Sistema Eléctrico Independente (SEI).

Embora a lógica do funcionamento teleológico e processual destes Sistemas seja diferente, os seus objectivos, por força do disposto no artigo 2.º, são concorrentes para a finalidade geral do SEN.

Como parte integrante do SEN incorpora-se a regulação das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica no âmbito do SEP e das relações comerciais entre o SEP e o Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV).

A regulação do relacionamento comercial destes Sistemas assenta no princípio da sua coexistência, estatuído no artigo 2.º. Por força do artigo 6.º, as funções de regulação são exercidas por uma Entidade Reguladora (ERSE).

O SEP tem a função principal de assegurar em todo o território nacional a satisfação das necessidades dos consumidores, em regime de serviço público.

Na sua essência, são as obrigações de serviço público que conformam e orientam o modo do seu funcionamento e o distinguem do Sistema Eléctrico Independente.

O SEP é composto pela Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT) e pelo conjunto de instalações de produção e redes de distribuição vinculadas, integrando entidades titulares de licenças vinculadas de produção e de distribuição de energia eléctrica e a entidade concessionária da RNT.

O sistema electroprodutor do SEP está sujeito a planeamento centralizado, com a finalidade de adequar as suas capacidades produtivas, incluindo a importação e a exportação de electricidade através de contratos a longo prazo, às necessidades previsionais de consumo. O planeamento do sistema electroprodutor é da responsabilidade da Direcção-Geral de Energia, competindo-lhe, sob proposta da entidade concessionária da RNT, e ouvida a Entidade Reguladora, elaborar e submeter à aprovação do Ministro da Economia os planos de expansão do sistema.

Fora do regime transitório de integração no SEP previsto no diploma, pode ser produtor vinculado a entidade à qual, após o processo de selecção previsto no artigo 14.º, seja atribuída uma licença vinculada de produção de energia eléctrica.

A atribuição desta licença tem como pressuposto a existência de um contrato de vinculação celebrado entre a entidade seleccionada e a entidade concessionária da RNT. Através deste contrato, que por regra tem uma duração não inferior a 15 anos, é estabelecido o relacionamento comercial entre a entidade concessionária da RNT e o produtor vinculado, comprometendo-se este a entregar ao SEP toda a energia produzida no centro electroprodutor vinculado. Pela entrega de energia ao SEP, o produtor vinculado recebe uma remuneração cuja determinação resulta da aplicação de um sistema misto, baseado em preços de natureza essencialmente fixa e em preços variáveis. Estes preços reflectem, respectivamente, os encargos de potência e os encargos variáveis da produção de energia.

A actividade de transporte de energia eléctrica é realizada através da exploração da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), que compreende a rede de muito alta tensão, a rede de interligação e os bens e direitos conexos.

A RNT é explorada em regime de concessão de serviço público, em exclusivo, sendo atribuída por contrato celebrado pelo Estado, representado pelo Ministro da Economia.

Assumindo um papel fundamental no SEP, à RNT cabe, para além das funções de transporte de energia eléctrica, a gestão técnica global do SEP. Nestas funções, posiciona-se como elemento de charneira entre o SEP e o SEI. Sumariamente, a gestão técnica global do SEP compreende:

- q)* A coordenação do funcionamento das instalações ligadas ao SEP, modulando a produção e coordenando a recepção de energia de vários pontos da sua proveniência, através da utilização, por ordem de mérito, das fontes de energia ao seu dispor em cada instante.
- r)* A optimização das condições da produção de energia hidroeléctrica.
- s)* A gestão das interligações com as redes de muito alta tensão.
- t)* A aquisição e manutenção dos sítios dos centros electroprodutores.
- u)* A celebração de contratos de vinculação com os produtores e os distribuidores vinculados.
- v)* A apresentação de propostas dos planos de expansão do sistema electroprodutor vinculado.

Na sua organização funcional, a concessionária da RNT estrutura-se de modo a poder desempenhar cada uma das suas atribuições, nos termos da regulamentação aplicável.

Na linha da tradição do sector eléctrico nacional, a distribuição de energia eléctrica no sistema vinculado classifica-se em:

- w)* Distribuição de energia eléctrica em Média Tensão (MT) e em Alta Tensão (AT);
- x)* Distribuição de energia eléctrica em Baixa Tensão (BT).

Considera-se, de acordo com a definição do artigo 4.º:

- y)* Baixa Tensão: tensão até 1 kV.
- z)* Média Tensão: tensão superior a 1 kV e até 45 kV.
- aa)* Alta Tensão: tensão superior a 45 kV e inferior a 110 kV.

O exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica carece de atribuição de uma licença vinculada de distribuição que, de acordo com a sua natureza, pode ser de Média Tensão e Alta Tensão ou de Baixa Tensão.

A atribuição destas licenças pressupõe a existência de um contrato de vinculação, mediante o qual o distribuidor vinculado assume o compromisso de proceder à distribuição, dentro da sua área de distribuição, da energia eléctrica que está obrigada a receber do SEP para a satisfação dos consumos dos seus clientes e consumidores.

Na versão originária do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, a distribuição de energia eléctrica em MT e AT efectuava-se por quatro áreas geográficas regulamentarmente delimitadas: Zona Norte, Zona Centro, Zona de Lisboa e Vale do Tejo e Zona Sul, a que correspondiam outras tantas licenças vinculadas.

Porém, com alteração introduzida a este diploma pelo Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto, passou a existir uma única licença de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, abrangendo a área de todo o território continental. Pelo mesmo diploma, esta distribuição foi atribuída à EDP – Distribuição Energia, S.A., a qual, por força do Decreto-Lei n.º 4/2000, de 20 de Janeiro, resultou da fusão das quatro empresas de distribuição de energia eléctrica do grupo EDP (EN – Electricidade do Norte, S.A.; CENEL - Electricidade do Centro, S.A.; LTE - Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo, S.A.; SLE - Electricidade do Sul, S.A.).

A licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em BT tem como zona de actuação a área de cada município. Na complexa originalidade de construção legislativa desta modalidade de distribuição, a atribuição da licença vinculada tem como pressuposto a existência de um contrato de concessão entre o titular da licença e o município correspondente, celebrado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro. Com efeito, o n.º 2 do artigo 27.º manteve expressamente em vigor o Decreto-Lei n.º 344-B/82, passando, de uma forma complexa e juridicamente duvidosa, a fazer acrescer ao contrato de concessão mais um requisito administrativo que é a licença de vinculação.

Por força do n.º 3 do artigo 27.º, cada entidade só pode ser titular de uma única licença vinculada, salvo nas seguintes situações:

- bb)* Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 344-B/82, ou se seja, quando a distribuição é exercida por federações de municípios;
- cc)* Nos casos em que a entidade distribuidora seja a titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, desde que verificadas as condições do Decreto-Lei n.º 344-B/82.

A entidade titular da licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT relaciona-se: a montante, com a concessionária de RNT, à qual está obrigada a adquirir as suas necessidades de

energia eléctrica, à excepção de uma parcela que pode ser adquirida a outras entidades nas condições previstas na regulamentação dos princípios da distribuição de energia eléctrica estabelecidos neste diploma; a jusante, com os seus consumidores e com as entidades titulares de licença de distribuição vinculada de energia eléctrica em BT.

As entidades titulares de licença vinculada de energia eléctrica em BT relacionam-se: a montante, com a entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica de MT e AT; a jusante, com os consumidores.

O relacionamento comercial entre estas entidades processa-se de acordo com os princípios estabelecidos no diploma, com as disposições da regulamentação nele prevista, designadamente o Regulamento de Relações Comerciais, o Regulamento Tarifário e o Regulamento da Qualidade de Serviço, bem como das condições do contrato de vinculação.

Entre os princípios que orientam o exercício das actividades de distribuição, destacam-se os princípios da uniformidade tarifária e do equilíbrio financeiro das empresas distribuidoras. De acordo com o princípio da uniformidade tarifária, o sistema tarifário em vigor aplica-se universalmente a todos os clientes finais do SEP. O princípio do equilíbrio financeiro das empresas de distribuição assegura, em condições de gestão eficiente, e tendo em conta as características de cada zona de distribuição, a manutenção da rentabilidade daquelas empresas.

O processamento do relacionamento comercial entre as entidades referidas é concretizado pela aplicação de uma tarifa que assenta numa estrutura baseada nos custos marginais, regulada pelo Regulamento Tarifário.

Por força do artigo 65.º, ficaram desde logo a integrar o SEP as sociedades resultantes da EDP, S.A. destinadas à produção, ao transporte e à distribuição de energia eléctrica, bem como a Tejo Energia - Produção e Distribuição de Energia Eléctrica, S.A., a TURBOGÁS - Produtora Energética, S.A. e as cooperativas que nos termos do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, possuíam contratos de concessão. Assim, do grupo EDP, foram integradas no SEP:

- dd)* A CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S.A., à qual foram afectados os centros electroprodutores identificados no Anexo ao diploma, assim como os referidos no artigo 67.º.
- ee)* A REN – Rede Eléctrica Nacional, S.A., à qual, pelo artigo 64.º, foi atribuída a concessão de exploração da RNT.

ff) As sociedades identificadas no n.º 3 do artigo 28.º que, pela sua fusão determinada nos termos do Decreto-Lei n.º 4/200, deram origem à EDP – Distribuição Energia, S.A.

Por razões expressas no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto, relacionadas com a progressiva liberalização do mercado interno da electricidade e da privatização das empresas do grupo EDP, o artigo 1.º deste diploma, dando nova redacção ao artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 182/95, determinou que a maioria do capital social da entidade concessionária da RNT (REN – Rede Eléctrica Nacional, S.A.) passasse a ser detida pelo Estado, conferindo-lhe o direito de preferência na aquisição de acções representativas do remanescente de capital da referida entidade.

A propósito das cooperativas, convém referir que a sua actividade de distribuição de energia eléctrica assume um valor reduzido, situando-se numa percentagem inferior a 0,5% de toda a energia eléctrica distribuída no SEP.

As actividades exercidas no âmbito do SEP são objecto de regulação (artigo 5.º) por uma entidade reguladora com a natureza definida no artigo 6.º.

O Sistema Eléctrico Independente (SEI) compreende:

- gg)* O Sistema Eléctrico não Vinculado (SENV).
- hh)* A produção de energia eléctrica em aproveitamento hidroeléctricos até 10 MVA de potência aparente instalada.
- ii)* A produção de energia eléctrica a partir de energias renováveis, com excepção da energia hidráulica.
- jj)* A produção de energia eléctrica ou instalações de cogeração.

Da composição do SEI, apenas o SENV é objecto da regulação do Decreto-Lei n.º 182/95. As restantes situações do SEI são objecto de legislação específica.

Enquanto o SEP assenta numa lógica de funcionamento traduzida na imposição de obrigações de serviço público, o SENV assume uma mera lógica de mercado, funcionando de acordo com as mais típicas leis da oferta e da procura, visando a satisfação de necessidades próprias ou de terceiros através de contratos comerciais não regulados (artigo 44.º).

O SENV compreende as actividades de produção e de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, ficando o seu exercício sujeito à obtenção de licença não vinculada. Na sua orgânica, o SENV integra:

- kk)* Os produtores não vinculados.
- ll)* Os distribuidores não vinculados (em MT e AT).
- mm)* Os clientes não vinculados (clientes elegíveis).

As condições para atribuição de licenças não vinculadas de produção ou de distribuição de energia eléctrica constam da regulamentação do exercício destas actividades, prevista no Decreto-Lei n.º 182/95.

A definição da existência do cliente não vinculado, que é considerado cliente elegível para abertura de mercado, encontra-se prevista no artigo 48.º.

Nos termos deste artigo, o estatuto de cliente não vinculado é concedido pela Entidade Reguladora, devendo os interessados ser consumidores de energia eléctrica em MT e AT e consumir anualmente uma quantidade mínima.

Para além da quantidade mínima, a transferência destes consumidores do SEP para o SENV, ou o seu regresso ao SEP, está sujeita a um pré-aviso feito ao SEP.

Incumbe à Entidade Reguladora fixar a quantia mínima, assim como estabelecer a antecedência do pré-aviso.

Actualmente, o processo de adesão de consumidores ao SENV encontra-se estabelecido no Regulamento de Relações Comerciais, editado pela Entidade Reguladora.

Na definição dos princípios que enformam o Decreto-Lei n.º 182/95, a coexistência do SEP e do SENV assenta nos contributos específicos que cada um confere ao Sistema Eléctrico Nacional. Donde, sem prejuízo das condições de funcionamento e da autonomia de cada um dos sistemas, estabelece-se um mecanismo de relacionamento comercial entre o SEP e o SENV baseado no princípio da partilha dos benefícios que podem ser extraídos da exploração técnica conjunta destes sistemas (artigo 50.º).

As condições do relacionamento comercial entre o SEP e o SENV encontram-se actualmente estabelecidas no Regulamento de Relações Comerciais e no Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações que desenvolvem os princípios gerais vazados no artigo 51.º. Da síntese destes princípios, resultam as seguintes formas de relacionamento:

- nn)* Os produtores e os clientes não vinculados podem ligar-se fisicamente ao SEP e utilizar as suas redes de transporte e de distribuição, mediante o pagamento da respectiva ligação, da tarifa de uso da respectiva rede e da tarifa do uso global do sistema.
- oo)* Os produtores não vinculados de potência aparente instalado superior a 10 MVA e ligados fisicamente às redes do SEP são objecto de despacho centralizado pela entidade concessionária da RNT, como qualquer produtor vinculado.
- pp)* Os clientes não vinculados ligados às redes do SEP devem ser abastecidos de energia eléctrica nas mesmas condições de obrigatoriedade com que este se relaciona com os seus clientes, nos limites das quantidades previstas nos contratos.
- qq)* O excesso de produção disponível do produtor não vinculado pode ser adquirido pelo SEP, em termos que este considere vantajosos para satisfação dos seus consumos.
- rr)* Os clientes não vinculados podem ser abastecidos pelo SEP, participando nos respectivos custos, desde que este possua capacidade disponível.
- ss)* As relações comerciais entre os dois sistemas são centralizadas na concessionária da RNT.
- tt)* Os centros electroprodutores não vinculados que sejam objecto de despacho centralizado ficam obrigados a um regime de declaração e verificação de disponibilidade.

As entidades que integram o SENV têm o direito de aceder às redes do SEP para realizarem importações de energia eléctrica, nas condições que se encontram estabelecidas no Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações, editado pela Entidade Reguladora.

As actividades exercidas no âmbito do SEP, nomeadamente a gestão das tarifas, a supervisão da qualidade do serviço e o cumprimento das regras de funcionamento do SEP, assim como o relacionamento comercial deste com o SENV são objecto de regulação (artigo 5.º), por uma entidade reguladora independente (artigo 6.º). Dando cumprimento ao artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 182/95, o Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, criou a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico (ERSE), abreviadamente designada por Entidade Reguladora, com a natureza de pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio. De acordo com o dispositivo que configura a sua natureza, a ERSE exerce as suas funções com independência, estando os seus actos sujeitos a tutela governamental apenas nas situações tipificadas no diploma em referência. Face a este normativo, considera-se a ERSE uma entidade integrada no elenco das entidades públicas independentes.

A ERSE rege-se pelas disposições estabelecidas no decreto-lei que a criou (Decreto-Lei n.º 187/95, pelos seus Estatutos, que foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de Fevereiro, e, subsidiariamente, pelo regime jurídico das empresas públicas.

Os objectivos da ERSE entroncam directamente nos princípios que subjazem à organização do sector eléctrico e à sua finalidade, a qual, na síntese do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 182/95 se reconduz à:

- uu)* Satisfação das necessidades dos consumidores de energia eléctrica, em termos quantitativos e qualitativos.
- vv)* Racionalidade e eficiência dos meios a utilizar para a melhoria das condições económicas e técnicas de funcionamento do sector, assegurando a todos os interessados igualdade de tratamento e de oportunidades.

Para concretização destes princípios, à ERSE foi atribuída a prossecução dos seguintes objectivos:

- ww)* Garantir a existência de condições que permitam ao SEP satisfazer de forma eficiente a procura de energia eléctrica.
- xx)* Proteger os interesses dos consumidores, em relação a preços e à qualidade de serviço.
- yy)* Garantir às empresas reguladas a existência de condições que lhes permitam obter o equilíbrio económico-financeiro necessário ao cumprimento das suas obrigações de serviço público.
- zz)* Fomentar a concorrência no sentido de promover a eficiência e a melhoria do desempenho.
- aaa)* Assegurar que as relações comerciais entre as empresas reguladas e as entidades com quem se relacionem sejam estabelecidas e conduzidas de uma forma objectiva e transparente.
- bbb)* Fomentar a existência de condições que conduzam a uma eficiente utilização da energia.

Para a prossecução dos seus objectivos, a ERSE está dotada um conjunto de competências instrumentais que se podem agrupar da forma seguinte:

- ccc)* Competências regulamentares.
- ddd)* Competências decisórias, de execução, de auditoria e de informação.
- eee)* Competências consultativas.

fff) Competências de fiscalização.

ggg) Competências sancionatórias.

No domínio das competências regulamentares, a ERSE elabora, aprova e publica os seguintes regulamentos (artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, e artos. 4.º, 14.º, 16.º e 17.º do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho):

hhh) *Regulamento Tarifário* – que estabelece os critérios e os métodos para a formulação e fixação das tarifas e preços para a energia eléctrica, bem como para outros serviços fornecidos pelas empresas reguladas.

iii) *Regulamento do Despacho* – que estabelece as disposições relativas ao despacho centralizado, a programação da exploração e dos planos de indisponibilidades do sistema electroprodutor e do seu controlo.

jjj) *Regulamento de Relações Comerciais* – que estabelece as disposições aplicáveis ao funcionamento das relações comerciais dentro do SEP e ao relacionamento comercial entre o SEP e o SENV.

kkk) *Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações* – que estabelece as condições técnicas e comerciais segundo as quais se processa o acesso às redes do SEP e às interligações.

À ERSE compete, ainda, apresentar uma proposta para as disposições de natureza comercial do Regulamento da Qualidade de Serviço.

No domínio das competências decisórias, compete à ERSE, nomeadamente:

lll) Aplicar as disposições contidas nos referidos regulamentos, em especial estabelecer os valores das tarifas e preços regulados.

mmm) Determinar que as empresas reguladas compensem os consumidores quando os padrões de qualidade de serviço não forem cumpridos.

nnn) Decidir sobre diferendos entre a concessionária da RNT e as entidades titulares de licenças vinculadas de distribuição de energia eléctrica em MT e AT sobre a solução mais adequada para novas ligações entre as redes de ambas.

ooo) Definir às empresas reguladas as acções que considere apropriadas para que estas cumpram as suas obrigações.

ppp) Exigir à entidade concessionária da RNT os relatórios sobre a exploração do sistema de produção de energia eléctrica e do seu transporte.

qqq) Exigir das entidades reguladas toda a informação necessária à verificação do desempenho das suas actividades e, em geral, ao exercício das suas funções de regulação.

Sobre as competências consultivas, a ERSE emite, designadamente, parecer sobre:

rrr) A selecção de novos produtores vinculados.

sss) A modificação dos contratos de vinculação ou a prorrogação do seu prazo.

ttt) Os planos de expansão do sistema electroprodutor do SEP.

uuu) A minuta-tipo do contrato de vinculação de distribuidores de energia eléctrica.

vvv) O caderno de encargos para a selecção de novos distribuidores vinculados em MT e AT.

www) A construção de ligações transfronteiriças com tensão inferior ou igual a 110 kV por um distribuidor vinculado em MT e AT.

xxx) A construção de linhas a tensão superior a 110 kV por um distribuidor vinculado em MT e AT.

yyy) A transmissão para a concessionária da RNT das relações jurídicas e dos meios afectos ao exercício da distribuição vinculada de energia eléctrica em MT e AT.

zzz) Os padrões de segurança da produção do sistema electroprodutor do SEP.

aaaa) Os padrões de segurança do transporte de energia eléctrica.

bbbb) Os planos de expansão do sistema electroprodutor e os planos de investimento da RNT.

Em matéria de fiscalização, para além dos regulamentos cuja aprovação é da sua competência, cabe também à ERSE aplicar e fiscalizar o cumprimento do Regulamento da Qualidade de Serviço.

No âmbito da resolução de litígios entre as empresas reguladas e os consumidores, cabe à ERSE fomentar o recurso à arbitragem voluntária, promovendo o estabelecimento de acordos com centros de arbitragem.

Em matérias sancionatórias, a ERSE tem a competência para processar as contra-ordenações tipificadas nos Decretos-Lei n.ºs. 183/95, 184/95 e 185/95, procedendo ao seu julgamento e à aplicação das respectivas coimas.

Na sua organização e funcionamento, a ERSE compreende os seguintes órgãos:

cccc) O Conselho de Administração.

dddd) O Conselho Consultivo.

eeee) O Conselho Tarifário.

ffff) O Conselho Fiscal.

O Conselho de Administração é o órgão executivo da ERSE, competindo-lhe a prática de todos os actos de gestão necessários ao seu funcionamento. É composto por um presidente e por dois vogais, nomeados pelo Conselho de Ministros, sendo que a primeira nomeação de cada um dos membros é feita por prazos diferenciados no sentido de a sua extinção não coincidir com o mesmo executivo governamental.

A natureza de independência da ERSE radica, entre outras situações, no facto de os membros do Conselho de Administração não poderem ser afastados do exercício do cargo antes de terminar o prazo para que foram nomeados, salvo nas condições taxativas expressas no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 187/95 (reproduzido nos Estatutos da ERSE).

O Conselho Consultivo e o Conselho Tarifário são os órgãos de natureza consultiva da ERSE. Ambos têm na sua composição representantes dos órgãos administrativos, das empresas reguladas, dos produtores não vinculados e das associações de consumidores. A natureza desta representação reflecte o carácter regulatório da ERSE, assentando o seu exercício na composição justa e equilibrada dos diversos intervenientes do sector.

Ao Conselho Consultivo compete, entre outras matérias, pronunciar-se sobre os regulamentos e o orçamento da ERSE.

Ao Conselho Tarifário compete pronunciar-se sobre a aprovação do Regulamento Tarifário e suas alterações, bem como sobre as propostas de fixação das tarifas e preços regulados.

O Conselho Fiscal, enquanto órgão fiscalizador da ERSE, examina periodicamente as contas da ERSE, emite parecer sobre o Relatório e Contas, bem como sobre a aquisição, oneração e alienação de imóveis da ERSE.

No exercício das suas competências regulamentares, a ERSE procedeu à publicação do Regulamento Tarifário, do Regulamento de Relações Comerciais, do Regulamento do Acesso às Redes e às

Interligações e do Regulamento do Despacho. A aprovação destes regulamentos foi precedida de um vasto processo de consultas públicas.

Do mesmo modo, a ERSE apresentou à DGE a proposta para as disposições de natureza comercial do Regulamento da Qualidade de Serviço que, no essencial, não foi acolhida no Regulamento publicado pela DGE.

Para além dos regulamentos publicados pela ERSE, do Regulamento da Rede de Transporte e do Regulamento da Rede de Distribuição publicados pela Direcção-Geral de Energia, nos termos previstos no artigo 63.º do Decreto-Lei n.º 182/95, o artigo 3.º-2 deste diploma dispôs que os regimes jurídicos do exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica seriam estabelecidos por diplomas específicos.

Em execução deste preceito, os Decretos-Lei n.ºs. 183/95, 184º/95 e 185/95, todos de 27 de Julho, aprovaram o regime jurídico do exercício daquelas actividades.

O regime jurídico da actividade de produção de energia eléctrica no âmbito do SEP e do SENV foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 183/95, que condicionou o seu exercício à atribuição da respectiva licença vinculada ou não vinculada, consoante os casos.

Estruturalmente, o diploma divide-se em duas partes: a primeira parte respeita à integração de novos centros electroprodutores no SEP e à regulação das condições de atribuição e de exercício das licenças vinculadas. A segunda parte regula as condições de atribuição das licenças não vinculadas para a exploração dos centros electroprodutores. Comum aos dois sistemas, é a afirmação do princípio de que a cada centro electroprodutor corresponde uma licença.

No âmbito do SEP, consagrou-se o princípio de que a integração de novos centros electroprodutores no sistema processa-se de acordo com a definição das necessidades de expansão do seu sistema electroprodutor, identificadas nos planos de expansão aprovados pelo Ministro da Economia, sob proposta da DGE, ouvida a Entidade Reguladora.

Após a selecção do sítio destinado ao centro electroprodutor e a sua aquisição pela entidade concessionária da RNT, através de um processo de autorização preliminar a cargo da Direcção-Geral de Energia, tem lugar um processo de consulta pública destinado à escolha da entidade que irá estabelecer e seleccionar o novo centro electroprodutor.

Sumariamente, o processo de consulta tem por base um caderno de encargos, preparado pela entidade concessionária e aprovado pela Direcção-Geral de Energia, com vista a assegurar:

gggg) A transparência e o carácter não discriminatório do processo de consulta.

hhhh) A compatibilização com o plano de expansão aprovado.

iiii) A conformidade com as autorizações dos sítios.

Concluída a consulta, a DGE, ouvida a concessionária de RNT e após parecer da Entidade Reguladora, procede à selecção da entidade que irá estabelecer e explorar o centro electroprodutor, devendo esta escolha ser homologada pelo Ministro da Economia. Após a homologação da escolha, a entidade concessionária da RNT celebra o contrato de vinculação com a entidade escolhida. Este contrato constitui um pressuposto necessário para a atribuição da correspondente licença vinculada de produção de energia eléctrica.

Por regra, o contrato de vinculação não deve ter uma duração inferior a 15 anos.

A atribuição da licença vinculada de produção de energia eléctrica, cuja competência é do Director-Geral de Energia, resulta da conclusão de um procedimento administrativo estabelecido para o efeito, destinado a verificar a reunião dos requisitos legais necessários, pela apresentação dos seguintes elementos:

jjjj) Processo de consulta para a escolha da entidade.

kkkk) Minuta do contrato de vinculação, devidamente rubricada pelas partes.

llll) Título de autorização do domínio hídrico, quando se trate de aproveitamentos hidroeléctricos.

mmmm) Autorizações administrativas previstas em legislação especial, designadamente as de natureza ambiental.

O prazo de duração da licença é estabelecido de acordo com o preceituado no artigo 60.º do Decreto-Lei n.º 182/95, ou seja, de acordo com a natureza do centro electroprodutor, entre o prazo mínimo de 15 anos e o máximo de 75 anos.

A licença extingue-se por caducidade ou revogação. Extingue-se por caducidade pelo decurso do prazo ou quando deixem de existir algum dos pressupostos para a sua atribuição, designadamente o contrato de vinculação. Extingue-se por revogação quando o seu titular faltar culposamente aos deveres impostos ao exercício da actividade, especialmente nas situações tipificadas no artigo 27.º.

Destas situações, destaca-se o incumprimento das disposições estabelecidas no Regulamento de Relações Comerciais, do Regulamento do Despacho e do Regulamento da Qualidade de Serviço.

O licenciamento técnico das instalações de produção de energia eléctrica processa-se nos termos do Regulamento de Licenças para as Instalações Eléctricas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26 852, de 30 de Julho de 1936. Na exploração da central, o titular da licença de produção vinculada está obrigado, não só a permitir o acesso às suas instalações à fiscalização dos Serviços Administrativos, mas também a enviar à Direcção-Geral de Energia toda a informação que lhe for solicitada sobre as condições operativas de funcionamento da central.

A actividade de produção de energia eléctrica não vinculada é livre, estando, contudo, o seu exercício sujeito à existência de uma licença não vinculada.

A atribuição de licença não vinculada de produção de energia eléctrica é de competência do Director-Geral de Energia.

A concessão da licença não vinculada resulta da conclusão de um procedimento estabelecido para esse fim, iniciado pelo interessado, mediante requerimento apresentado ao Director-Geral de Energia, instruído, entre outros, com os seguintes elementos:

- nnnn)* Indicação exacta do local da implantação do centro electroprodutor.
- oooo)* Principais características do centro electroprodutor, nomeadamente a potência a instalar.
- pppp)* Memória descritiva e justificativa indicando as características do centro electroprodutor, designadamente o combustível a utilizar.
- qqqq)* Ponto de ligação.
- rrrr)* Título de autorização de utilização do domínio hídrico, quando se trate de aproveitamentos hidroeléctricos.

No caso de aproveitamentos hidroeléctricos, o pedido pode ser recusado se, nos termos previstos no artigo 31.º, inviabilizar um centro electroprodutor do SEP, a ser explorado em condições globalmente mais vantajosas, aferidas segundo critérios objectivos.

Os fundamentos da recusa do pedido de licença são estabelecidos pelo Director-Geral de Energia, dentro dos seguintes critérios gerais (artigo 32.º):

- ssss)* Incompatibilidade do sítio pretendido para implantação da central com os planos de expansão do SEP.
- tttt)* Inobservância dos requisitos de natureza ambiental.

uuuu) Inobservância dos princípios aplicáveis à política energética nacional.

Em execução do artigo 32.º, o Director-Geral de Energia fez publicar no Diário da República, II Série, de 1 de Junho de 2000, os fundamentos específicos de recusa para atribuição de licença não vinculada.

À licença não vinculada de produção de energia eléctrica não é atribuído prazo de duração, sem prejuízo da ocorrência da sua extinção, por caducidade ou revogação.

Entre outras causas, a licença não vinculada pode ser revogada por incumprimento, pelo seu titular, dos deveres associados à exploração da central, designadamente pela violação das disposições regularmente aplicáveis, por inobservância dos requisitos legais de natureza ambiental e, ainda, por falta do envio às entidades oficiais competentes da informação solicitada sobre as condições de funcionamento da central.

A par do cumprimento dos deveres inerentes à natureza da licença não vinculada, o seu titular fica sujeito, em determinados casos, ao cumprimento das disposições do Regulamento do Despacho, do Regulamento de Relações Comerciais, do Regulamento da Rede de Transporte e do Regulamento da Rede de Distribuição.

Sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal, os titulares das licenças de produção de energia eléctrica, quer sejam vinculadas ou não vinculadas, estão sujeitos ao regime sancionatório contra-ordenacional estabelecido no Capítulo V.

Na vigência deste diploma, prevê-se que a primeira central a construir no SENV seja uma central de ciclo combinado que deverá estar concluída até 2003.

Esta central esteve inicialmente para ser construída no SEP, tal como o previsto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 150/98, de 3 de Dezembro, e no Plano de Expansão do Sistema Eléctrico de Serviço Público, aprovado por Despacho do Ministro da Economia n.º 15 263/99, de 2 de Julho, publicado no Diário da República, II Série, de 9 de Agosto. Porém, pela Resolução do Conselho de Ministros de n.º 89/2000, de 17 de Julho, determinou-se que a sua construção poderia ocorrer no âmbito do Sistema Eléctrico não Vinculado.

De acordo com as razões expostas no relatório preambular, a construção desta central no SENV traduz uma evolução no processo de liberalização do sector eléctrico.

O regime jurídico do exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica no âmbito do SEP e no SENV foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 184/95. Também à semelhança do que acontece para a actividade de produção de energia eléctrica, o exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica está sujeito à atribuição da respectiva licença (vinculada ou não vinculada, consoante os casos).

No âmbito do SEP, o exercício de actividade da distribuição de energia eléctrica, em qualquer uma das suas modalidades (distribuição em MT e AT e distribuição em BT) desenvolve-se num quadro de obrigações de serviço público de que são exemplo a obrigatoriedade de fornecimento, a regularidade e a continuidade do fornecimento, a igualdade de tratamento, a qualidade de serviço, a observância das disposições ambientais e a universalidade e a uniformidade tarifária.

À luz do cumprimento das obrigações de serviço público, o fornecimento de energia eléctrica só pode ser interrompido por razões de interesse público ou de serviço, pela ocorrência de casos fortuitos ou de força maior e por facto imputável ao consumidor, nomeadamente pela falta de pagamento dos fornecimentos.

Atendendo às características específicas de cada uma das modalidades de distribuição de energia eléctrica (distribuição de MT e AT e distribuição de BT), resultantes de políticas administrativas não integradas, foram estabelecidos dois processos distintos para a atribuição das licenças vinculadas para cada uma das categorias.

Quanto à distribuição de energia eléctrica em MT e AT, a atribuição de licença vinculada é precedida da realização de um concurso de selecção, tendo por base um processo conduzido pela DGE. No âmbito deste programa, é constituída uma comissão que organiza e executa o processo de consulta. Esta comissão inclui, obrigatoriamente, representantes da DGE, da ERSE e da concessionária da RNT.

O caderno de encargos que serve de base à consulta pública é homologado pela DGE, ouvida a Entidade Reguladora.

Seleccionada a entidade para exercer a actividade de distribuição, a entidade concessionária da RNT celebra com ela um contrato de vinculação, que tem a duração máxima de 35 anos, com base numa minuta homologada pela DGE, ouvida a ERSE.

Tendo como pressuposto o contrato de vinculação, a DGE, após a tramitação de um procedimento específico para o efeito, destinado a assegurar a verificação do cumprimento dos requisitos legais, atribui a licença vinculada.

Curiosamente, e sem prejuízo da sua extinção nos termos previstos no diploma, para estas licenças não é atribuído prazo de duração, o que, desde logo, fragiliza a legalidade da solução adoptada (artigo 25.º - duração).

Por via dos princípios de relacionamento comercial estabelecidos no Decreto-Lei n.º 182/95 e do artigo 16.º do diploma em exposição, a entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT está obrigada a adquirir as suas necessidades de energia eléctrica à entidade concessionária de RNT, com excepção de uma parcela que, mediante fixação da ERSE, pode ir até ao limite máximo de 15%. A energia integrada nesta parcela pode ser adquirida:

vvvv) A centros electroprodutores não vinculados.

www) Através de importações directas realizadas por linhas a estabelecer para o efeito, nos termos do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho.

xxx) Através de importações realizadas utilizando as redes da concessionária de RNT;

A atribuição da licença vinculada em MT e AT confere ao seu titular o direito de, sem necessidade de títulos suplementares, proceder à distribuição de energia eléctrica em BT, desde que, para o efeito, tenha a necessária concessão dos municípios.

Quanto à distribuição de energia eléctrica em BT, o processo para a atribuição de licença vinculada apresenta-se da forma seguinte:

yyy) O município procede à adjudicação da concessão nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro.

zzz) Na titularidade do contrato de concessão, a entidade concessionária celebra um contrato de vinculação com a entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, tendo por base uma minuta homologada pela DGE, ouvida a Entidade Reguladora.

aaaa) Reunidos estes pressupostos, e concluído o procedimento administrativo estabelecido para a verificação dos requisitos legais, a DGE atribui a respectiva licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em BT.

Nos casos em que a selecção de um novo titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em BT ponha em causa os princípios de uniformidade tarifária e do equilíbrio financeiro das empresas reguladas, a ERSE estabelece os mecanismos de regulação destinados à reposição daqueles princípios (artigo 20.º).

Sem prejuízo da sua extinção, à licença vinculada de distribuição de energia eléctrica também não é atribuído o prazo de duração.

As licenças vinculadas de distribuição de energia eléctrica extinguem-se por caducidade ou por revogação. A licença extingue-se por caducidade quando alguns dos pressupostos para a sua atribuição deixaram de existir, nomeadamente o contrato de vinculação ou contrato de concessão. Extingue-se por revogação quando o seu titular faltar ao cumprimento dos deveres inerentes ao exercício da actividade, designadamente ao cumprimento das disposições regulamentares aplicáveis (Regulamento Tarifário, Regulamento de Relações Comerciais, Regulamento da Qualidade de Serviço, Regulamento da Rede de Distribuição, entre outros).

No caso da distribuição vinculada de energia eléctrica em MT e AT, a extinção de licença opera a transmissão para a entidade da RNT das redes de distribuição e bens afectos ao seu exercício, bem como o complexo das relações jurídicas subjacentes, incluindo os fundos e as garantias.

As transmissões dos bens e direitos operam-se nos termos estabelecidos nos art^{os}. 28.º a 30.º, devendo, para o efeito, a RNT solicitar o parecer da Entidade Reguladora.

Quanto à distribuição vinculada de energia eléctrica em BT, a extinção da licença opera a transmissão dos bens afectos à distribuição nos termos previstos no contrato de concessão, celebrados entre o município e o titular da licença.

Tendo em conta as situações que podem resultar da extinção das licenças, as entidades titulares estão obrigadas a manter um inventário actualizado dos bens e das relações jurídicas subjacentes.

Fora do regime instituído para o SEP, o exercício da actividade de distribuição não vinculada de energia eléctrica só é admitido para a média e alta tensão, carecendo de atribuição de licença não vinculada.

Para efeitos da atribuição desta licença, o interessado formula o pedido ao Director-Geral de Energia, devendo, entre outros, apresentar os seguintes elementos:

- bbbbbb)* Indicação da localização e do traçado da rede de distribuição.
- ccccc)* Indicação do produtor ou da entidade a quem vai adquirir a energia eléctrica.
- ddddd)* Identificação do cliente ou clientes a quem irá fornecer a energia eléctrica.
- eeeee)* Indicação da modalidade de utilização da rede para a distribuição.

Atribuída a licença, o seu titular fica obrigado, no exercício da actividade, a respeitar a regulamentação de segurança, bem como as demais disposições aplicáveis, nomeadamente as de natureza ambiental ou de ordenamento do território.

A esta licença não é atribuído prazo de duração, extinguindo-se nas situações tipificadas no diploma, por caducidade ou revogação. A revogação da licença decorre do incumprimento de deveres legais impostos ao titular da licença, nos termos identificados no artigo 41.º.

As entidades titulares de licenças de distribuição de energia eléctrica, quer sejam ou não vinculadas, estão sujeitas ao regime contra-ordenacional estabelecido no diploma, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal em que incorrerem.

À luz dos princípios constitucionais e do direito comunitário, é forçoso não deixar de se questionar a conformação legal de algumas disposições deste diploma e a sua adequação ao desenvolvimento do mercado interno da electricidade.

O regime jurídico do exercício da actividade de transporte de energia eléctrica foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 185/95 que, simultaneamente, aprovou as bases da concessão da exploração da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica.

Do corpo normativo deste diploma, recortam-se dois conceitos de transporte de energia eléctrica que podem ser entendidos, não como uma polissemia conceptual, mas como uma integração de conceitos que se completam como instrumento processual e função.

Assim, a actividade de transporte de energia eléctrica organiza-se em dois sentidos integradores:

fffff) Como um conjunto físico de instalações eléctricas de muito alta tensão que veiculam a transmissão de energia eléctrica.

ggggg) Como um conjunto de actividades funcionais que coordenam, articulam e activam as demais actividades do sector eléctrico.

No primeiro conceito, emerge a definição da composição física da rede nacional de transporte de energia eléctrica como sendo o conjunto das instalações de:

hhhhh) Recepção em muito alta tensão da energia eléctrica produzida por centros electroprodutores vinculados a ela ligados.

iiiiii) Transmissão de energia eléctrica.

jjjjj) Entrega de energia eléctrica a distribuidores vinculados.

kkkkk) Entrega de energia eléctrica a grandes consumidores abastecidos em muito alta tensão.

lllll) A rede de interligação.

mmmmm) As instalações do despacho nacional (art^{os.}: 5.º, 6.º e 7.º).

O segundo conceito compreende todas as funções instrumentais abrangidas pelo âmbito da concessão da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica que, em termos hábeis, se traduzem na gestão técnica global do SEP. Estas funções, na organização da concessionária da RNT, são, em especial, interpretadas pelo Gestor de Sistema, Gestor de Ofertas e Agente de Ofertas.

A concessionária de RNT, nesta gestão funcional, está obrigada a fornecer a energia eléctrica à entidade titular de licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, por forma a que esta possa satisfazer as necessidades de energia eléctrica dos seus consumidores. Este fornecimento deve processar-se de forma regular e ininterrupta, segundo adequados padrões de segurança e de qualidade de serviço (artigo 9.º e 13.º).

A rede de transporte de energia eléctrica assegura a ligação dos centros electroprodutores e da rede de distribuição, nas condições técnicas e economicamente mais vantajosas.

Enquanto gestora funcional das actividades de energia eléctrica, a entidade concessionária da RNT deve proporcionar aos interessados, de forma não discriminatória, o transporte de energia eléctrica, nos termos estabelecidos no Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações (artigo 15.º).

Para além da gestão técnica global do SEP, a entidade concessionária da RNT exerce uma função de charneira dos subsistemas do Sistema Eléctrico Nacional, concentrando nela o relacionamento comercial entre o SEP e o SENV (artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 182/95).

A concessão da RNT é explorada em regime de serviço público, em exclusivo.

A concessão é atribuída mediante contrato do Estado, representado pelo Ministro da Economia, pelo prazo de 50 anos.

Embora o diploma seja omissivo quanto à forma de adjudicação da concessão, parece juridicamente pacífico que, no futuro, caso a entidade concessionária seja uma entidade privada, que a sua atribuição deve ser precedida da realização de um concurso público que garanta a observância dos princípios da igualdade de tratamento e de oportunidade.

Para além das disposições do diploma em referência e das bases da concessão a ele anexas, a concessionária está obrigada ao cumprimento das demais disposições regulamentares, designadamente do Regulamento do Despacho, do Regulamento Tarifário, do Regulamento de Relações Comerciais, do Regulamento da Qualidade de Serviço, do Regulamento de Acesso às Redes e às Interligações e do Regulamento da Rede de Transporte. Da mesma forma, a entidade concessionária está, ainda, obrigada ao cumprimento do contrato de concessão e dos contratos de vinculação.

Pelo incumprimento das suas obrigações, a entidade concessionária da RNT está sujeita ao regime contra-ordenacional estabelecido no Decreto-Lei n.º 185/95 e às multas contratuais previstas nas Bases da concessão a ele anexas, nos termos vertidos no respectivo contrato de concessão.

Os princípios gerais reguladores dos termos da concessão estão organizados em 36 Bases, que lhe conferem uma caracterização geral, especialmente quanto ao objecto, às actividades, às obrigações de serviço público, à duração, aos investimentos, às obrigações, às causas de extinção da concessão e à reversão dos bens a favor do Estado.

As actividades compreendidas no âmbito da concessão, definidos na Base II, sintetizam todas as competências e todas as funções atribuídas à entidade concessionária da RNT pelos Decretos-Lei n.ºs.: 182/95, 183/95, 184/95 e pela regulamentação neles prevista.

Na síntese destas actividades, destacam-se:

- nnnnn)* A recepção da energia eléctrica dos produtores vinculados ao SEP, bem como das redes às quais a RNT estiver ligada (incluindo a recepção de energia dos produtores em regime especial – cogeração e renováveis).
- ooooo)* O transporte de energia eléctrica, para a sua entrega aos distribuidores vinculados em MT e AT e aos consumidores ligados à RTN.
- ppppp)* A recepção e a entrega de energia eléctrica a entidades não vinculadas ao SEP.
- qqqqq)* A gestão técnica global do SEP, conformada nos termos de Base XXII.

A gestão técnica global do SEP envolve todo o conjunto de funções operativas que asseguram o equilíbrio e a racionalização do funcionamento do sector eléctrico, sob a orientação e a supervisão das entidades administrativas competentes (Ministro da Economia, Entidade Reguladora e Direcção-Geral de Energia), enunciadas sinteticamente na Base II, nos seguintes termos:

- rrrrr*) Coordenação do funcionamento das instalações do SEP.
- sssss*) Optimização da produção de energia hidroeléctrica.
- ttttt*) Gestão das interligações e dos fluxos de energia.
- uuuuu*) Colaboração com as entidades competentes na identificação das necessidades do sistema electroprodutor.
- vvvvv*) Aquisição dos sítios destinados à implantação dos centros electroprodutores.
- wwwww*) Celebração dos contratos de vinculação.
- xxxxx*) Instalação e operação de um sistema de recolha de dados para acerto de contas entre as diferentes entidades com as quais se relaciona.

Pelo exercício da concessão, o Estado concedente assegura à concessionária, através da actividade de regulação da Entidade Reguladora, uma determinada rentabilidade que lhe assegura a remuneração dos investimentos e o equilíbrio económico-financeiro (Base XXX).

Para o exercício das suas funções, designadamente para a implantação das instalações, a concessionária tem ao seu dispor um feixe de direitos, nomeadamente a utilização do domínio público, a constituição de servidões e a expropriação de imóveis. O exercício destes direitos fica condicionado ao licenciamento administrativo dos projectos das instalações, nos termos previstos no Regulamento de Licenças para as Instalações Eléctricas.

Nos termos das Bases e das condições estabelecidas no contrato de concessão, a concessão (contrato de concessão) extingue-se por resgate, por rescisão e por caducidade.

No termo da concessão, os bens e os direitos a ela afectos reverterem para o Estado livres de quaisquer ónus ou encargos. A reversão dos bens para o Estado confere à concessionária o direito a uma indemnização cujo montante será determinado nos termos previstos nas respectivas Bases.

O Decreto-Lei n.º 188/95 criou a Entidade de Planeamento do Sector Eléctrico, conferindo-lhe a natureza associativa. Nesta qualidade, deveria integrar as empresas reguladas do SEP. A esta entidade foi atribuído um conjunto de competências destinadas ao planeamento da gestão operativa do SEP, nomeadamente do sistema electroprodutor. Contudo, esta entidade nunca chegou a ser constituída.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, foi revogado o Decreto-Lei n.º 188/95 e as funções de planeamento nele previstas transitaram para a Direcção-Geral de Energia e para a entidade

concessionária da RNT, nos termos estabelecidos nos artos. 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 182/95 (na versão que lhe foi dada pelo referido Decreto-Lei n.º 56/97).

Já na vigência do designado “pacote legislativo de 1995”, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva n.º 96/92/CE, de 19 de Dezembro, estabelecendo as regras comuns relativas à produção, ao transporte e à distribuição de energia eléctrica, bem como as regras aplicáveis à organização e ao funcionamento do sector da electricidade, ao acesso ao mercado, aos critérios e mecanismos dos concursos e à concessão de autorizações e exploração das redes.

Os objectivos nucleares desta Directiva estão associados à realização do mercado interno de energia, segundo princípios da liberdade de iniciativa, de liberdade de estabelecimento, da concorrência e da transparência de funcionamento e de exercício das actividades.

Em termos hábeis, o normativo desta directiva assume-se como instrumento da liberalização global do sector eléctrico dentro do espaço da União Europeia.

Importando acomodar os princípios desta Directiva ao dispositivo do “pacote legislativo de 1995”, o Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, veio introduzir-lhe algumas modificações, sendo as mais significativas as relacionadas com o planeamento do sistema electroprodutor do SEP, a abertura do mercado, a elegibilidade dos clientes, a construção de linhas directas por agentes não vinculados ao SEP e o lançamento de concursos para atribuição de licenças segundo critérios de transparência e de não discriminação. Sobre este diploma, vem a propósito referir que a abordagem efectuada ao “pacote legislativo de 1995” teve em consideração as alterações introduzidas pelo mesmo.

Decreto-Lei n.º 313/95, de 24 de Novembro

O Decreto-Lei n.º 186/95, de 27 de Julho, aprovou o regime especial de produção de energia eléctrica pela utilização do processo de cogeração, subtraindo esta modalidade de produção do regime do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio. Face a esta ocorrência e à necessidade de redefinir o conceito de produção de energia eléctrica utilizando recursos renováveis, foi publicado o Decreto-Lei n.º 313/95, de 24 de Novembro, que, simultaneamente, introduziu alterações às disposições remanescentes do Decreto-Lei n.º 189/88.

Destas alterações destacam-se as disposições tarifárias, prevendo-se a aplicação de uma tarifa baseada nos custos evitados para os fornecimentos de energia eléctrica à rede pública acima dos 10 MVA.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 4/96, de 17 de Janeiro

Nos anos de 1994 e 1995, o aproveitamento hidroeléctrico do Foz Côa foi objecto de um apaixonado debate público, face às descobertas das gravuras supostamente consideradas de um período pré-histórico. Na linha da frente deste debate estiveram arqueologistas e ambientalistas que, pelos resultados obtidos, conseguiram fazer valer os méritos dos seus argumentos contra a construção.

Conseguido um ambiente público hostil à construção da central, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 4/96, de 17 de Janeiro, determinou a aceleração dos estudos relativos a demonstrar a viabilidade de outros aproveitamentos no Douro e seus afluentes, em substituição do aproveitamento suspenso que, nos termos do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, fora integrado no Sistema Eléctrico de Serviço Público. Neste sentido, foi determinada a constituição de um grupo de trabalho para acompanhar a realização dos estudos para viabilização de aproveitamentos alternativos ao aproveitamento hidroeléctrico do Foz Côa.

Lei n.º 23/96, de 26 de Julho

No quadro da política de defesa do consumidor, foi publicada a Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que estabeleceu regras gerais aplicáveis à prestação de serviços públicos essenciais. Embora não seja especificamente destinado ao sector eléctrico, as suas disposições são-lhe directamente aplicáveis. Com efeito, no elenco dos serviços públicos essenciais definidos integra-se o fornecimento (público) de energia eléctrica. Inserido numa lógica de defesa do consumidor, este diploma consagra a favor dos utentes dos serviços um feixe de direitos idóneos para esse fim, tais como o direito de participação, o direito de informação, o direito à quitação parcial e a uma facturação clara, objectiva e discriminada, o direito à continuidade do serviço e à sua qualidade. Do mesmo modo, são proibidas as imposições de consumos mínimos. Ao mesmo tempo, estabelecem-se regras específicas sobre a prescrição e a caducidade do direito de exigir o pagamento dos serviços prestados.

Lei n.º 24/96, de 31 de Julho

Na linha finalística da Lei n.º 23/86, foi aprovada a nova Lei de Defesa do Consumidor, corporizada na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

Na síntese dos direitos consagrados nesta lei a favor do consumidor, que dão expressão vivificante a princípios constitucionais, destacam-se os direitos à qualidade dos bens e serviços, à protecção da

saúde e da segurança física, à formação e à educação para o consumo, à informação para o consumo, à protecção dos interesses económicos, à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da oferta de interesses individuais, colectivos ou difusos, à protecção jurídica e à participação.

A propósito destes direitos, impõe-se referir que um dos objectivos da Entidade Reguladora consiste em proteger os interesses dos consumidores em relação a preços, serviços e qualidade de serviço. Com esta finalidade, o Decreto-Lei n.º 187/95, conferiu-lhe um conjunto de prerrogativas, idóneas para assegurar o seu cumprimento. Por outro lado, as associações de defesa dos consumidores têm assento institucionalizado no Conselho Consultivo e no Conselho Tarifário da ERSE.

Portaria n.º 1 056/98, de 28 de Dezembro

O Decreto-Lei n.º 272/92, de 3 de Dezembro, estabeleceu as disposições relativas ao enquadramento de constituição de associações para, em cooperação com a Administração Pública, proceder, por via de delegação, à certificação de projectos e fiscalização de instalações eléctricas integradas na classificação da 5ª categoria.

Ao abrigo deste diploma, foi confiada à CERTIEL – Associação Certificadora de Instalações Eléctricas, as funções supra referidas.

A Portaria n.º 1 055/98, de 26 de Outubro, ao estabelecer a data de início de funções daquela associação, remeteu para a Portaria a fixação dos montantes das taxas a cobrar pela execução das acções praticadas no âmbito de certificação dos projectos e fiscalização das instalações eléctricas. A fixação destas taxas veio a concretizar-se pela Portaria n.º 1 056/98, de 28 de Setembro, que, igualmente, estabeleceu o seu processo de cobrança.

Decreto-Lei n.º 224/99, de 22 de Junho

Em 1997, o Conselho da União Europeia, numa inversão da política até então seguida, caracterizada pela limitação da utilização de combustíveis nas centrais eléctricas, fez adoptar as Directivas n.ºs. 97/7/CE, 97/8/CE, levantando esses condicionalismos.

Neste quadro, o Decreto-Lei n.º 224/99, de 22 de Junho, procedeu à transposição das referidas directivas, revogando os Decretos-Lei n.ºs. 359/90, de 14 de Novembro e 368/90, de 26 de Novembro.

Com esta revogação, foi levantada a limitação à utilização de combustíveis fósseis nas centrais eléctricas para produção de energia eléctrica.

Aviso n.º 9 118-A-2000, de 1 de Junho de 2000

Os critérios previstos no artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho, para atribuição de licenças não vinculadas foram estabelecidos pelo Aviso n.º 9 118-A, do Director-Geral de Energia, publicado no Diário da República, II Série, de 1 de Junho de 2000.

No essencial, estes critérios compreendem a verificação do cumprimento de requisitos técnicos, de ordenamento do território, de utilização do combustível integrado na definição da política energética nacional e do cumprimento da legislação ambiental.

Decreto-Lei n.º 114/2001, de 7 de Abril

Colmatando uma lacuna no ordenamento jurídico do sector energético, o Decreto-Lei n.º 114/2001, de 7 de Abril veio estabelecer as disposições aplicáveis à definição da crise energética, à sua declaração e às medidas de carácter excepcional a aplicar nessa situação.

Conforme se evidencia no seu preâmbulo, particularmente bem redigido, faltava aprovar um quadro legislativo enquadrador da adopção de medidas restritivas em situações de crise energética.

O diploma identificado visou enquadrar as modalidades das medidas a aplicar em situações de crise energética.

Processo de privatização da EDP

Com a entrada em vigor do “pacote legislativo de 195”, deu-se início ao processo de reprivatização da EDP, S.A., cujo significado, em termos hábeis, representa a evolução do sector eléctrico para uma dinâmica de liberalização.

O processo de reprivatização, enquadrado na lei n.º 11/90 de 5 de Abril (Lei Quadro das Privatizações), iniciou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 78-A/97, de 7 de Abril, que aprovou a 1.ª fase de reprivatização.

Por este diploma, o Governo ficou habilitado a alienar acções representativas de uma percentagem não superior a 49% do capital social da EDP.

Esta 1.ª fase de alienação de acções foi regulamentada pelas Resoluções do Conselho de Ministros nºs. 68/97, 82/97 e 95/97, respectivamente de 2 e 23 de Maio e 17 de Junho. Nesta fase, a alienação do capital social da EDP quedou-se em 30%.

A 2ª fase do processo de reprivatização do capital social da EDP foi enquadrada pela publicação do Decreto-Lei n.º 315/97, de 19 de Novembro, sendo regulamentado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/98, de 9 de Junho. Nesta fase, a alienação das acções representaram mais 4,5% do seu capital social inicial.

A 3ª fase iniciou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 94-C/98, de 17 de Abril, regulamentado pelas Resoluções do Conselho de Ministros nºs. 65/98 e 71/98, respectivamente de 1 e 25 de Junho. O capital social alienado traduziu-se em mais 14,5%.

A 4ª fase da reprivatização foi preparada com a concretização de duas medidas reorganizativas da empresa:

yyyyy) Fusão das 4 empresas titulares da distribuição vinculada de energia eléctrica em MT e AT.

zzzzz) Autonomização da REN, S.A., entidade concessionária da RNT do "Grupo EDP", através da reacquirição e da manutenção da maioria do capital social pelo Estado, nos termos do Decreto-Lei n.º 198/2000, de 24 de Agosto.

Esta fase de reprivatização do capital social da EDP foi enquadrada pelo Decreto-Lei n.º 141/2000, de 15 de Julho, sendo regulamentado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 113/2000, de 24 de Agosto. A esta fase correspondeu uma venda de mais de 20% do capital social, significando que o Estado deixou de deter a maioria do capital social da EDP. No entanto, o artigo 13.º deste diploma estabeleceu a favor do Estado um direito especial, consubstanciado no poder qualitativo das suas acções nas deliberações da sociedade, que inclui a prerrogativa de nomear um seu administrador.

Com a reprivatização da EDP, a "liberalização" do sector eléctrico passou a congregar dois elementos que caracterizam a sua natureza privatística:

aaaaaa) Privatização das actividades: É reconhecido a todas as entidades, públicas ou privadas, o direito ao exercício das actividades de produção, transporte (neste relativizado) e distribuição de energia eléctrica.

bbbbbb) Privatização da propriedade e dos meios destinados ao exercício das actividades.

REGIME JURÍDICO DAS ACTIVIDADES DE PRODUÇÃO, TRANSPORTE E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉCTRICA APLICÁVEL NESTE PERÍODO

No início da década de 90, e na sequência da revisão constitucional operada pela Lei n.º 1/89, de 8 de Julho, consolidou-se a ideia da liberalização de vários sectores de actividade. No confronto do sistema anterior, o processo de liberalização começou por integrar dois mecanismos susceptíveis de mudar radicalmente a situação anterior:

cccccc) A privatização das actividades.

dddddd) A privatização da propriedade dos meios de produção inerentes ao exercício das actividades.

No sector eléctrico, a privatização do sector, entendida como abertura dos privados ao exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, começou, na prática, com a publicação do Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de Março.

Contudo, o factor decisivo para a reformulação politico-legislativa do sector eléctrico radicou na Directiva 96/92/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabeleceu as regras relativas à produção, transporte e distribuição de electricidade, bem como as regras respeitantes ao funcionamento do sector eléctrico, na perspectiva de um mercado interno de electricidade livre, transparente e concorrencial.

Assim, foi publicado o “pacote legislativo do sector eléctrico de 1995”, retocado em 1997 pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, editado para acomodar os princípios da referida Directiva.

Mantendo o núcleo filosófico essencial do Decreto-Lei n.º 99/91, o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, definiu o Sistema Eléctrico Nacional estruturando-o em dois subsistemas – o SEP (Sistema de Serviço Público) e o SEI (Sistema Independente, sem obrigações de serviço público). Ao mesmo tempo, estabeleceu os princípios aplicáveis ao seu funcionamento. Destes princípios, emergem a liberdade de iniciativa, a liberdade de acesso e a igualdade de tratamento e de oportunidades.

O exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica ficou a ter a seguinte configuração jurídica:

Produção:

- a) Licença vinculada de produção de energia eléctrica, concedida na sequência de um contrato de vinculação ao SEP, precedido da realização de um concurso público.
- b) Licença não vinculada de produção de energia eléctrica, concedida a qualquer interessado que reúna as condições gerais estabelecidas para o efeito.
- c) Licença de produção, no âmbito do SEI, para aproveitamento de recursos renováveis ou utilização do processo de cogeração.

Transporte:

- a) Concessão do Estado, para a exploração da Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica, em exclusivo, que inclui a gestão global do SEP, concedida em regime de serviço público a uma entidade maioritariamente detida pelo Estado.
- b) Fora do SEP, não é admitida a actividade de transporte de energia eléctrica. No entanto, estabelece-se, a favor dos interessados que reúnam as condições legais para o efeito, o acesso às redes e às interligações da RNT, mediante o pagamento de uma contrapartida regulamentarmente estabelecida.

Distribuição:

- a) Licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, para exercício da actividade no SEP, concedida à entidade que, após consulta pública, venha a ser seleccionada, estabelecendo com a entidade concessionária da RNT um contrato de vinculação (aquisição de energia).
- b) Licença vinculada de distribuição de energia eléctrica em BT, para exercício da actividade no âmbito do SEP, na área de um município, concedida à entidade que tenha um contrato de concessão celebrado com o respectivo município ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro.
- c) Licença não vinculada de distribuição de energia eléctrica em MT e AT, concedida a qualquer entidade que exerça a actividade fora do SEP e que reúna as condições legais estabelecidas para o efeito.
- d) Fora do SEP, não é admitida a distribuição de energia eléctrica em BT.

Os detentores de licenças vinculadas estão obrigados, nos termos dos respectivos contratos de vinculação, a entregar ao SEP toda a energia que produzam ou a receber deste toda a energia que necessitem para a satisfação das necessidades de consumo dos seus clientes ou consumidores, à excepção de uma parcela definida pela ERSE.

Dentro do SEP, as actividades são reguladas pela Entidade Reguladora do Sector Eléctrico. De igual modo, esta entidade tem a incumbência de regular o relacionamento comercial estabelecido entre o SEP e o SENV.

III

A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DO FUTURO DO SECTOR ELÉCTRICO

“Até quando a terra dorme nós vigiamos”

Khalil Gibran

A Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, contextualizada na criação de um mercado interno de energia, compreendendo um espaço sem fronteiras, de funcionamento livre e concorrencial, estabeleceu as regras aplicáveis à organização e funcionamento do mercado interno da electricidade.

O “pacote legislativo do sector eléctrico de 1995” acomodou, embora com insuficiências manifestas, questionáveis na regularidade da construção jurídica de algumas soluções, os princípios que integram aquela Directiva. Destas insuficiências, ou desajustamentos à conformidade dos princípios da Directiva, salientam-se as disposições aplicáveis ao acesso do exercício das actividades de distribuição de energia eléctrica, nomeadamente no que se refere à distribuição de energia eléctrica em baixa-tensão.

A aceleração do processo de liberalização do mercado interno de electricidade, dinamizado pelo “processo de Florença” e impulsionado pela “Cimeira de Lisboa” realizada sob a égide da presidência portuguesa da União Europeia, impõe, necessariamente, a reformulação do quadro legislativo nacional.

O “pacote legislativo de 1995” cumpriu um papel de inquestionável importância na evolução do sector eléctrico nacional. Abrigando-se no espírito que subjaz aos objectivos da política energética afirmados na Constituição da República, estabeleceu:

eeeeee) Os princípios orientadores do Sistema Eléctrico Nacional.

ffffff) As disposições aplicáveis ao acesso do exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, à luz da afirmação dos princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento.

gggggg) As regras aplicáveis ao relacionamento comercial entre o Sistema Eléctrico Público (SEP) e o Sistema Eléctrico não Vinculado (SENV), na óptica da partilha integrada dos benefícios destes sistemas.

hhhhh) Os mecanismos de regulação das actividades do SEP e do seu relacionamento comercial com o SENV, criando, para o efeito, uma Entidade Reguladora independente.

iiiiii) As regras gerais norteadoras da regulação, segundo princípios de transparência, de igualdade de tratamento, de defesa do consumidor e da qualidade de serviço, do equilíbrio económico-financeiro das empresas reguladas, da racionalidade de utilização dos meios desde a produção ao consumo, bem como da consideração dos valores ambientais.

Na vigência do “pacote legislativo de 1995” operaram-se alterações significativas no sector eléctrico. Desde logo, assistiu-se à abertura do mercado através da atribuição do estatuto de clientes elegíveis e ao aparecimento de produtores não vinculados. A este propósito, reluz a construção da segunda central de ciclo combinado, no Carregado, através da TER, S.A. , na qualidade de produtor não vinculado. Porém, a alteração mais significativa operou-se com a privatização da EDP, circunstância que, só por si, determina a definição de novas regras de enquadramento da regulação a cargo do Estado, quer a nível ministerial, quer a nível administrativo, uma vez que esta empresa deixou juridicamente de estar sujeita à tutela do Governo, como decorria do seu estatuto de empresa pública ou de empresa de capitais exclusivamente públicos. Na verdade, a autonomia jurídica da empresa impõe a autonomia factual da decisão.

Por outro lado, está em curso a alteração da Directiva 96/92/CE, prevendo-se uma calendarização para a abertura generalizada, a curto prazo, “do mercado interno da electricidade”.

A conjugação destes factores determina, necessariamente, a revisão coerente e integrada do “pacote legislativo de 1995”, designadamente em questões associadas à gestão das redes de distribuição de energia eléctrica, ao acesso ao exercício da actividade de distribuição de energia eléctrica, em particular no que se refere à baixa-tensão, bem como ao estatuto de comercialização de energia eléctrica.

As virtualidades do “pacote legislativo de 1995”, que foram muitas, devem ajudar a reflectir, com inteira propriedade e desprendimento, a projecção do futuro quadro legislativo do sector eléctrico, exclusivamente na óptica dos princípios orientadores da política energética consagrados na Constituição da República. Impõe-se, portanto, proceder às alterações legislativas que tenham em conta a trilogia equilibrada dos interesses: de interesse público em geral, dos consumidores e dos agentes.

Na verdade, as instituições são como a vida: nascem, crescem e transformam-se. A sua linha condutora nunca é linear. Mesmo na aparência da regressão ou do retorno às origens, projecta-se no futuro para provocar a realidade que há-de surgir. O mundo não pára, mas avança como a bola do sonho do poeta.

Nas antigas civilizações, o direito fazia parte da transcendência das ordens divinas. Desligado da ordem metafísica, o direito das sociedades modernas é uma ordem feita do homem e para o homem projectado no ambiente que o envolve. Como no arquétipo do filósofo, o homem é a medida do direito. Este só existe enquanto, através dos seus comandos normativos, relaciona o homem nos institutos sociais e em tudo o que o rodeia. Como não são divinas, as leis também não são eternas.

Assim como nasce, o direito também se modifica e extingue. A sua existência positiva é determinada pela sua utilidade social. Quando deixa de cumprir a sua função de regulador da ordem social, na diversidade das suas manifestações, o direito torna-se inútil e perde a sua razão de ser.

O “pacote legislativo de 1995” foi gerado por uma necessidade orgânica de evolução do sector eléctrico nacional. Projectou-se na ordem social e provocou a realidade. Agora, perante novas realidades, impõe-se a sua projecção no futuro.

Na dinâmica do futuro, formula-se a pergunta e apresenta-se a resposta:

Pergunta:

“Porque há-de haver um passado, quando há um futuro?”

Bertolt Brecht

Resposta:

“Sabe que o hoje é só memória do dia de ontem e que o amanhã é sonho de hoje.”

Khalil Gibran

**La energía en los Tratados y en el
Derecho Comunitario**

Vicente López-Ibor Mayor
*Abogado. Director General de Relaciones Institucionales de
Fomento de Construcciones y Contratas*

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.	48
II.	LOS TRATADOS CECA Y EURATOM.	50
III.	MEDIDAS PARA UNA POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEA.	53
IV.	LIBERTADES Y PRINCIPIOS EMANADOS DE LOS TRATADOS.	56
V.	MERCADO INTERIOR Y ENERGÍA.	60
VI.	REDES TRANSEUROPEAS Y CARTA EUROPEA DE LA ENERGÍA.	63
VII.	AUSENCIA DE UNA POLÍTICA ENERGÉTICA COMÚN.	64
VIII.	MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN ÁMSTERDAM Y NIZA CON INCIDENCIA EN EL SECTOR ENERGÉTICO.	66
1.	Estructura de los Tratados.	66
2.	Principios y objetivos.	69
3.	Los servicios de interés económico general: Alcance del artículo 7 D del TUE.	71
	A) Antecedentes en el derecho originario y derivado en relación con los procesos de liberalización sectorial.	71
	a) Introducción.	72
	b) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.	74
	c) El servicio de interés económico general en el Derecho derivado.	77
	B) Los servicios de interés general como valor común de la Unión. Contenido e interpretación del artículo 7 D y el Acta Final (Declaración 13).	78
4.	Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: Breve descripción, incidencia para el sector energético.	87

A REGULAÇÃO DA ELECTRICIDADE

INTRODUCCIÓN.

Las características del orden jurídico comunitario fueron definidas por el Tribunal de Justicia desde su clásica Sentencia Costa/ENEL, según la cual, los Estados miembros *“al constituir una Comunidad de duración ilimitada dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más particularmente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos”*.

En consecuencia, el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio, surgido de una fuente autónoma, que por su naturaleza específica original, no puede *“dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad”*, pues la transferencia operada por los Estados, de su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario, de derechos y obligaciones que corresponden a las disposiciones del Tratado, implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra la cual no podría prevalecer un acto unilateral incompatible con la noción de la Comunidad.

En el mismo sentido debemos subrayar, con carácter preliminar, esta significación de los principios comunitarios de preeminencia o primacía, y la del efecto directo que informan de manera sustancial, el carácter de este Derecho supranacional¹. El TJCE ha señalado, con nitidez, que *“las características esenciales del orden jurídico comunitario son, en particular, su primacía en relación a los derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”* (TJCE, 14 de diciembre de 1991, Informe 1/91, Rec. 1991, págs. 5–6079).

¹ Vid., además de la citada célebre Sentencia TJCE M. Flaminio Costa c. ENEL, Asunto 6/64, Red. 1964, pág. 1141; TJCE, 7 de marzo de 1972, SpA Marimac c. Ministerio de Finanzas de la República Italiana, Asunto 84/71, Rec. 1972, pág. 89; TJCE, 14 de febrero de 1984, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Herbet Kureit c. Hauptzollämter Flensburg, Itzchoe et Lübeck-West, Asunto 278/82, Rec. 1984, pág. 721; y TJCE, 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board c. Raymond Redmond, Asunto 83/78, Rec. 1978, pág. 2347.

Este orden jurídico nuevo e integrador se desarrolla en todos los ámbitos en los que los Estados miembros han ido cediendo o compartiendo competencias con las Comunidades Europeas. El proceso fundacional comunitario se sitúa en tres Tratados (dos de los cuales se ocupan específicamente de cuestiones energéticas, el Tratado CECA del carbón y del acero, cuyos objetivos se establecen en sus arts. 1, 2 y 3, y el EURATOM de la utilización de la energía nuclear, cuyos objetivos vienen referidos en los arts. 1 y 2 del TCEEA), y el Tratado por el que se instituye la Comunidad Económica Europea (TCEE).

LOS TRATADOS CECA Y EURATOM.

El 18 de abril de 1951 se firma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en la sede de París, a fin de poner en marcha, según señala Robert Schuman, una estructura capaz de facilitar los primeros objetivos concretos de una Federación Europea indispensable para la preservación de la paz. Junto a este fundamento de naturaleza política que proporcionaba las bases necesarias de estabilidad para la reconstrucción del continente europeo después de la Segunda Guerra Mundial, existía otra razón de naturaleza económica para la creación de este Organismo supranacional: el reconocimiento del carbón y el acero como materias primas básicas para el desarrollo del modelo económico europeo. La idea de superación de estas rivalidades históricas guiaron así esta primera iniciativa comunitaria de integración supranacional².

² Como antecedente inmediato debe citarse un documento especialmente interesante, y poco conocido, como es el Informe de los Jefes de Delegación a los Ministros de Asuntos Exteriores, elaborado en el ámbito de la Conferencia Intergubernamental creada para la Conferencia de Messina que habría de preparar la redacción del Tratado de la Comunidad Económica Europea en Roma, once meses más tarde, el 25 de marzo de 1957. (*El Comité Intergubernamental presidido por M. Paul-Henri Spaak, Ministro de Asuntos Exteriores de Bélgica, se creó con ocasión de la Conferencia de Messina del 1 y 2 de junio de 1955 por los Gobiernos de Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda. Informe de los Jefes de Delegación. Bruselas, 21 de abril de 1956.*)

El Informe está estructurado en tres partes, precedidas de un Prólogo. La primera se titula “El mercado común”; la segunda “EURATOM”; y la tercera “Los sectores de acción urgente”, que se refiere exclusivamente, con gran sentido anticipador, a la energía; los transportes aéreos y los servicios postales y las telecomunicaciones.

El Informe señala que la creación de un mercado común exige una acción convergente que sigue tres grandes orientaciones, en torno a las cuales se articula este trabajo preparatorio del Tratado de Roma: a) El establecimiento de condiciones normales de competencia y el desarrollo armonioso del conjunto de economías interesadas permitirán proceder, en etapas sucesivas, a la supresión de todos los mecanismos proteccionistas que obstaculizan la libertad de los intercambios; b) Tales condiciones normales y exigibles de competencia demandan reglas y procedimientos que reorienten las intervenciones estatales o las situaciones de monopolio; c) El mercado común lleva a la creación de nuevos recursos para la puesta en valor de las regiones subdesarrolladas y las fuerzas del trabajo inutilizadas; una ayuda, en caso de necesidad, a la reorientación productiva de las empresas y los trabajadores; una libre circulación de los factores de producción, el capital y las personas.

Después de esta nota introductoria, destaca el Informe los aspectos sustantivos que debe contemplar una auténtica política de la competencia, señalando que “*dentro de las condiciones económicas del mundo moderno la ampliación de los mercados y de la competencia no es suficiente para asegurar el reparto racional de las actividades y el más adecuado ritmo para su expansión*”.

El tercer y último Capítulo del Informe lleva por rúbrica “Los sectores de acción urgente”, y se consagra especialmente a cuatro: la energía, los transportes aéreos, los servicios postales y las telecomunicaciones, con un sentido de la anticipación verdaderamente prodigioso, si bien su contenido material quedaba centrado y casi reducido, a sentar los pilares de una embrionaria política energética muy apoyada en la minería del carbón y la energía nuclear, y donde se afirma que “*el transporte y la distribución de gas y electricidad se presentan en condiciones técnicas y económicas diferentes de la circulación de mercancías*”.

Así pues, la dimensión histórica del Acuerdo suscrito por la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda, tiene una doble naturaleza: una política y otra económica. El Acuerdo CECA se firma el 18 de abril de 1951 y, tras su ratificación por los seis Estados firmantes, entra en vigor el 21 de julio de 1952.

La puesta en marcha del mismo da resultados inmediatos y muy pronto los intercambios de estos dos productos experimentan un auge muy considerable, lo que anima a los promotores de las ideas europeístas a promover otras formas de integración más ambiciosas.

Quedan incluidas, dentro del ámbito de aplicación del Tratado de París, la hulla y sus aglomerados, el coque (con alguna excepción) y semicoque, lignito y briquetas, y semicoque de lignito. Quedan excluidos los carbones térmicos y las antracitas.

Desde el punto de vista jurídico, el Tratado CECA prevé un mercado común que implica, básicamente, la abolición de los derechos de aduana, las producciones de carbón y acero; la abolición de las restricciones cuantitativas a la producción de estas materias primas; la supresión de discriminaciones en materia de precios, así, por tanto, la imposibilidad de realizar convenios, concentraciones de Empresas, prácticas colusorias y, en definitiva, medidas o prácticas que atenten contra el Derecho de la Competencia.

El 25 de marzo de 1957 los seis países firmantes del Tratado CECA firman en Roma, junto con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Mercado Común, el Tratado EURATOM, Organización destinada a desarrollar la utilización pacífica de la energía atómica.

El Tratado EURATOM atribuye a la Comunidad la misión de establecer las condiciones necesarias para la formación y el rápido crecimiento de las industrias nucleares en los Estados miembros, confiriéndoles atribuciones en materia de investigación y desarrollo; sanidad y seguridad nuclear; la protección del medio ambiente; y, en definitiva, para el desarrollo o utilización de la energía nuclear para fines pacíficos. A tal efecto se crea también la Agencia EURATOM, encargada de garantizar el aprovisionamiento de materiales básicos fisionables para energía nuclear.

La Comunidad Europea de la Energía Atómica, o EURATOM, fue constituida por los Estados miembros *“resueltos a crear las condiciones para el desarrollo de una potente industria nuclear, fuente de grandes disponibilidades de energía y de modernización de la tecnología, así como de otras muchas aplicaciones que contribuyan al bienestar de los pueblos”*, como proclama el Preámbulo del citado Tratado.

Los objetivos del Tratado EURATOM aparecen recogidos en el art. 2 del mismo, y guardan cierto paralelismo con los antes mencionados respecto de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, es decir, desarrollar la investigación en dicha área; establecer normas de seguridad uniforme para la protección sanitaria; velar por el abastecimiento regular y equitativo de estos materiales; asegurar el acceso más idóneo a los mercados mediante la creación de uno común de materiales y equipos especializados; a través de la libre circulación de capitales para inversiones en el campo de la energía nuclear, o mediante la libertad de empleo de especialistas dentro de la Comunidad.

Dentro del Tratado CECA además del artículo 3 que subraya los objetivos generales de este documento, cabe destacar, a los efectos de este trabajo, los artículos 57 a 64 que regulan los temas de producción y precios. En el Tratado EURATOM deben mencionarse, junto a los referidos anteriormente, los que se recogen del 40 al 76 y regulan las inversiones, proyectos comunes y abastecimiento, y el Título que establece el régimen jurídico de un mercado común en el sector nuclear (arts. 92 a 100).

MEDIDAS PARA UNA POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEA.

A partir de marzo de 1957 la regulación energética comunitaria se apoya fundamentalmente en normas de Derecho derivado, insuficientemente entrelazadas y sistematizadas salvo aquellas que avanzan, aunque tímidamente, en la preparación de una política energética comunitaria, a través de la fijación de comunes objetivos, medidas de coordinación interinstitucionales e impulso a orientaciones compartidas.

El Protocolo de 8 de octubre de 1957, sobre coordinación de las políticas energéticas, representa el primer tratamiento global, desde el ámbito comunitario, de la energía. Este Protocolo, adoptado por la Alta Autoridad y el Consejo de Ministros, permitió el establecimiento de un Comité Conjunto al que se le encomendó el estudio de las condiciones que permitirían el crecimiento económico y la expansión en el consumo de las distintas fuentes de energía.

En 1962 el Grupo Interejecutivo de la Energía, formado por miembros de los tres Organismos –Comisión CE, Comisión CEEA y CECA–, como Órgano de coordinación de las tres Comunidades en el ámbito energético presenta sus primeros documentos: “Memorándum sobre la política energética” y “Estudio sobre las perspectivas energéticas de la Comunidad Europea a largo plazo”.

En abril de 1964 se firma un Protocolo en materia energética por los Gobiernos de los Estados miembros. En 1968 la Comisión elabora un estudio referente a la situación “situación actual” del mercado de la energía en la Comunidad, que resume la situación de las fuentes de energía de los, por entonces, todavía seis Estados miembros, y en el que se esboza una “primera orientación para una política energética comunitaria”.

La preocupación de la Comisión por el suministro energético comunitario se vuelve a poner de manifiesto en el Consejo Europeo de París, de octubre de 1972, en el que se subraya la necesidad de asegurar un abastecimiento seguro y duradero en condiciones económicas satisfactorias. A continuación la Comisión elabora un documento fechado en octubre de 1972, que lleva por título “Los progresos necesarios en la política energética comunitaria”, que fue adoptado por el Consejo de 22 de mayo de 1973.

En diciembre de 1973 la Comunidad reacciona a la crisis del petróleo iniciada en octubre de ese año. En un documento anexo a la Comunicación final, los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo Europeo reunidos en Copenhague, definen las directrices principales que deberán seguir las medidas, cuya rápida adopción es considerada indispensable. En esta misma reunión de 18 de diciembre el Consejo Europeo decide la creación de un Comité de la Energía, que elabora un calendario con, entre otros, los siguientes temas: elaboración del balance energético en la Comunidad; informe de la Comisión sobre las repercusiones previsibles o actuales que la situación del abastecimiento energético podría tener en la producción, el empleo, los precios y la balanza de pagos, así como la evolución de las reservas monetarias, y proposiciones referentes a la resolución de los problemas que plantea la evolución de la crisis de la energía y a las restricciones concertadas y equitativas del consumo de energía, y proposiciones con vistas a la cooperación con los países productores de petróleo en el ámbito de la política comunitaria.

En el sector de la electricidad, en enero de 1974 la Comisión transmite al Consejo una Propuesta de Directiva para obligar a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de combustibles fósiles en las centrales térmicas. En dicha Propuesta, la Comisión estima necesario constituir y mantener un nivel mínimo de stocks en las centrales para permitir, en todo momento, la continuación de la producción de energía eléctricas durante un período mínimo de 50 días, si bien el Consejo, un año más tarde, lo reduce a 30 días³.

En años posteriores, la Comisión fue fijando, en distintos documentos, la dinámica de las estrategias y objetivos comunitarios en materia de política energética previstos para 1985, 1990 y 1995.

³ Ver a tal respecto, entre otras, las siguientes disposiciones:

- Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n° L 178, de 9.7.75, sobre limitación de la utilización de gas natural en centrales eléctricas.
- DOCE n° L 178, de 9.7.75, sobre limitación de la utilización de productos petrolíferos en centrales eléctricas, Directiva 405/75, de 14 de abril de 1975.
- DOCE n° L 153, de 13.6.75, sobre mantenimiento de un nivel mínimo de stock de combustibles en las centrales térmicas, Directiva 339/75, de 20 de mayo de 1975.
- DOCE n° L 271, de 15.10.80, Reglamento 2618/80, de 7 de octubre de 1980, sobre mejora de la seguridad de los abastecimientos.

Todo ello constituyen, de una parte, tentativas para la preparación, más o menos ordenada, de una política energética comunitaria, que sirve al mismo tiempo para sentar las bases de creación de lo que será, inmediatamente después, el mercado interior de la energía.

LIBERTADES Y PRINCIPIOS EMANADOS DE LOS TRATADOS.

Con anterioridad la Comisión había ido valorando la realidad energética fundamentalmente en su conexión con la política de la competencia de la CEE, o con algunas de sus principales libertades, como la de mercancías.

Para el cumplimiento del objetivo de creación de un mercado común, el principio de libre circulación de mercancías adquiere en la fase inicial una importancia primordial⁴, concretándose la misma en la supresión gradual de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones de mercancías entre los Estados miembros, así como de las medidas de efecto equivalente, teniendo todo ello las consecuentes incidencias en el sector de la energía en general y las reservadas en los Tratados específicos antes mencionados, en particular. Como es sabido, las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, hacen referencia a una multiplicidad de formas de intervención del Estado, que tienen por efecto obstaculizar o limitar los intercambios intracomunitarios.

Como política complementaria se configura, ya desde la constitución de las Comunidades Europeas, una política europea de competencia inspirada no sólo en los postulados tradicionales de defensa y protección del Derecho de la competencia, sino en el objetivo de coadyuvar a la consecución del mercado común inicialmente y, al mercado interior más adelante, y, por tanto a la aplicación de los principios de libertad de circulación de bienes y servicios que los han ido sucesivamente expresando y reforzando.

A este respecto cabe destacar el artículo 85 del Tratado CEE y el 65 del Tratado CECA relativos a la prohibición de acuerdos entre empresas o asociaciones de empresas que falseen el juego de la libre competencia.

El artículo 85 prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros,

⁴ En Derecho comunitario se acepta que la electricidad constituye una mercancía a efectos del artículo 30 del Tratado. El Tribunal de Justicia reconoció en la Sentencia Costa/ENEL que la electricidad puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 37 del Tratado. En la Nomenclatura Aduanera de la Comunidad, la electricidad se considera una mercancía.

que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común.

El artículo 65 del Tratado CECA establece la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas en términos casi análogos.

En primer lugar debe afirmarse que el Derecho CECA, al igual que el de la CEE, se articula, en esta materia, en una norma de prohibición (art. 65.1) que puede ser derogada mediante una autorización de la Comisión (art. 65.2).

Asimismo, el concepto de empresa del artículo 65 TCECA incluye también a las empresas públicas, dado que los artículos 79 y 80 no distinguen entre empresas privadas y públicas y el Tratado CECA no contiene ninguna disposición equivalente al artículo 90 TCEE, de tal manera que la aplicabilidad de sus normas de competencia a las empresas públicas no cuenta con las limitaciones que establece el Tratado CEE. Debe tratarse de empresas de producción o que ejerzan habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores particulares o a los artesanos en el campo del carbón y del acero (art. 80 TCECA).

Por otro lado, el artículo 66, en su apartado 7, igual que el 86 en el Tratado CEE, regula los comportamientos de las empresas que detentan una posición dominante. Este artículo no prohíbe el hecho de detentar una posición dominante, pero sí está en contra de los abusos de la misma que afecten al comercio entre los Estados miembros. Para la aplicación del artículo 66 es necesario reunir las mismas condiciones que se exigen en el 86 del Tratado CEE:

- La empresa o empresas han de disfrutar de una posición dominante en el mercado.
- Es necesario que exista un abuso de posición, lo que significa que haya una explotación del mercado que suponga un perjuicio para terceros en relación a los intercambios.
- Y que la empresa o empresas detenten la mencionada posición en una parte relevante del mercado comunitario.

Asimismo, es necesario referirse al concepto de ayudas estatales determinado por el artículo 92.1 del TCEE que no define qué deba entenderse por “ayudas estatales”, si bien, al declarar incompatibles cualesquiera ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales, sin condicionamiento de ningún tipo en orden a la forma que puedan revestir, nos sitúa ante un supuesto de hecho verdaderamente amplio y global, en relación al cual importarán sobre todo las consecuencias y efectos que esas ayudas desplieguen o puedan desplegar.

La amplitud del término “ayudas estatales” ha sido destacada, y afirmada, en todo momento por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad de manera especialmente significativa. Se trata de *“ventajas consentidas por las autoridades públicas que, bajo diversas formas, falsean o amenazan con falsear la competencia favoreciendo ciertas empresas o ciertas producciones”* (TJCE, 2 de julio de 1974, Italia c. Comisión, Asunto 173/73, Rec. 1974, pág. 709). Ya en una Sentencia de 23 de febrero de 1961 (Asunto 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad, Rec. 1961, pág. 3), el Tribunal entendió que *“... la terminología usual ve en una subvención una prestación en metálico o en natura acordada para el mantenimiento de una empresa al margen del pago, por el comprador o el usuario, de los bienes y servicios que produce...; (mientras que) la noción de ayuda es, sin embargo, más general que la noción de subvención, porque comprende no solamente prestaciones positivas, tales como las propias subvenciones, sino igualmente intervenciones que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de una auténtica naturaleza y tienen efectos idénticos”*⁵.

El Tratado de Ámsterdam sitúa el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el artículo 12 (antiguo art. 6), que actúa como principio inspirador en la aplicación de las diferentes libertades y políticas europeas, y en particular en el ejercicio efectivo de los diferentes derechos que reconoce, como la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, la libre circulación de mercancías, etc.⁶ Tras Ámsterdam, este principio se ve

⁵ Vid., entre otras, Sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahts AG y Seebetriebrat Bodo Biesemer, de la Sloman Schiffahrts, AG, Asunto C-72 y C-73/91; Sentencia del TJCE de 30 de enero de 1985, “Comisión c. Francia”, Asunto 248/84; Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 1997 “Tiercé Ladbroke c. Comisión”, Asunto C 353/95; Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1999 “Francia c. Comisión”, Asunto C 251/97; o muy recientemente, Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2001, Asunto 3-79/98, “Preussen Elektra”.

⁶ Vid., entre otros, TJCE, 12 de febrero de 1974, Giovanni Maria Stogin c. Deutsche Bundespost, Asunto 152/73, Rec. 1974, pág. 153.

reforzado al autorizarse al Consejo para adoptar mediante el procedimiento de codecisión del artículo 189 B del TCE (ahora modificado y simplificado dicho artículo, que pasa a ser el 251) la regulación necesaria para prohibir las discriminaciones, y además se introduce un nuevo artículo (el art. 13 de la versión consolidada) en el que se atribuye al Consejo la competencia para adoptar, por unanimidad, las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. Se trata claramente de una atribución de competencia normativa a favor de la UE a través del Consejo para adoptar las normas necesarias, en el marco de las competencias reservadas a la Comunidad Europea para defender la no discriminación por los motivos referidos. El Tratado regula el régimen concreto de exigencia de un principio inscrito en el cuadro de valores europeos con anterioridad por su propio carácter de derecho fundamental de acuerdo con los Convenios internacionales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados miembros.

Asimismo debe recordarse que las disposiciones consagradas en los citados artículos 12 y 13 se aplican de forma autónoma en las situaciones reguladas por la norma comunitaria para las cuales el Tratado no prevé normas específicas de no discriminación (Ej.: Sentencia, entre otras, relativa a los bienes inmuebles situados en las regiones fronterizas, de 30 de mayo de 1989). En tanto que el principio de no discriminación constituye un *"ius prohibendi"*, es decir, impone una obligación de no adoptar actos o comportamientos discriminatorios, el principio de igualdad de trato implica la obligación de llevar a término comportamientos positivos, es decir, establece el deber de tomar concretas medidas encaminadas a alcanzar el objetivo perseguido. Trasciende así, el principio de igualdad de trato por su alcance al de no discriminación, tanto desde la perspectiva material como territorial en su grado de efectividad y aplicación.

MERCADO INTERIOR Y ENERGÍA.

La intervención de la Comunidad Europea en el sector energético aumenta decididamente desde la aprobación del Acta Unica Europea, que entra en vigor en 1986, y a través de la cual se introduce en el Tratado de la Comunidad Europea el objetivo de crear un mercado interior, que según reza el propio Tratado implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada, superando de esta manera el ámbito más reducido del mercado común que se proponía inicialmente.

A pesar de que no se incluyó la energía en el bloque normativo del AUE, sin embargo inspirada en sus principios y objetivos, los trabajos de las instituciones europeas en la elaboración de propuestas que dan lugar tanto a una decisiva Comunicación al Consejo sobre este asunto (COM 88/238, de 2 de mayo, sobre el mercado interior de la energía) cuanto a Propuestas de Directivas para conseguir dicho objetivo en los ámbitos de la electricidad y el gas, que han resultado en las Directivas del Consejo y Parlamento Europeo sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas⁷, adoptadas con base en los principios de libre prestación de servicios, libre circulación de capitales, y aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior⁸.

En el Anexo del citado Documento de trabajo de la Comisión se explicitan los obstáculos identificados por la Comisión en los distintos subsectores energéticos, que serían preciso vencer para alcanzar el citado mercado interior de la energía. Desde entonces, la tarea de las

⁷ En el sector eléctrico, vid. la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, publicado en el DOCE L 27/20; en el sector de gas, vid. Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, publicado en el DOCE L 204/1.

⁸ Con anterioridad a las citadas Directivas, ya habían sido adoptadas Directivas en estos ámbitos, en relación con la transparencia de precios al consumidor de gas y electricidad (vid. Directiva del Consejo 90/377/CEE, DOCE L 185, incorporada en el Derecho español, en el sector del gas, mediante el Real Decreto 258/1996, sobre transparencia de los precios de venta aplicables al consumo industrial de gas natural y manufacturado, BOE del 8 de marzo de 1996), y en relación con el tránsito de electricidad por las grandes redes (Directiva 90/547/CEE, DOCE L 313/13.11.90, que ha sido incorporada en el Derecho español mediante el Real Decreto 344/1993, de 5 de marzo) y con el tránsito de gas (Directiva 91/296/CEE, JO L 147/12.6.91, incorporada en el Derecho español con el Real Decreto 2069/1995, de 22 de diciembre, relativo al tránsito de gas natural a través de grandes redes, BOE del 1 de febrero de 1996, pág. 3061).

Instituciones comunitarias, y muy en particular de la Comisión, órgano en que se reside el monopolio de la iniciativa legislativa, se ha centrado en tratar de preparar el camino normativo que facilitará la materialización del mercado interior energético⁹.

⁹ Tales obstáculos pueden ser sistematizados en los puntos siguientes:

✓ **Obstáculos para la creación del mercado interior de la energía.**

• ***En el sector de los combustibles sólidos:***

- Existencia de acuerdos verticales entre productores y consumidores y entre productores y revendedores.
- La creciente importancia de la importación de carbón procedente de terceros países.
- Obstáculos técnicos que favorecen a la utilización de tecnologías nacionales.
- El problema de las ayudas estatales a un sector en crisis como es el de la minería.

• ***En el sector del petróleo:***

- La presencia de gran número de operadores.
- La variedad de productos derivados del petróleo.
- Los problemas relacionados con su transporte.
- La diferencia de precios pagados por los consumidores.
- Las medidas encaminadas a disminuir la dependencia del petróleo.
- La existencia en algunos países de monopolios de producción y exploración.
- Los diferentes regímenes de concesiones.
- La diferente fiscalidad.

• ***En el sector del gas:***

- La limitada integración en Europa.
- La inexistencia de un precio único.
- La integración de la red europea de gasoductos.
- La falta de transparencia de precios.
- La falta de armonización fiscal.
- Los controles gubernamentales a la importación y exportación.
- La existencia de derechos especiales o exclusivos.

• ***En el sector de la electricidad:***

- Los diferentes sistemas jurídicos de los Estados miembros.
- La convivencia de Empresas públicas y privadas.
- Las diferencias en el acceso a los mercados financieros.
- Los diferentes regímenes de autorización para construcción de nuevas centrales.
- Las diferencias de acceso a las fuentes de energía.
- Diferente nivel de las normas de seguridad y protección medioambiental.
- Las deficiencias en las interconexiones de la red en el ámbito europeo.
- La existencia de derechos especiales o exclusivos.

La Comisión enjuiciará así la situación del sector energético desde los siguientes puntos de vista jurídicos: artículos 30-36 (libre circulación de mercancías); 59-66 (libre circulación de servicios); 37 y 90 (monopolios de carácter comercial y Empresas –públicas o privadas– con derechos excluidos); 85 y 86 (libre competencia); y 92-94 (ayudas estatales).

-
- Los diferentes niveles fiscales.
 - Los problemas de distribución a grandes consumidores.

REDES TRANSEUROPEAS Y CARTA EUROPEA DE LA ENERGÍA.

Debe hacerse mención igualmente por su directa incidencia en los sectores energéticos, de la previsión del Tratado de la Comunidad Europea, tras la reforma de Maastricht, respecto a las redes transeuropeas, consistente en el desarrollo por la Comunidad de dichas redes en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía, a fin de cumplir con el objetivo de creación de un mercado interior y de conseguir la adecuada cohesión económica y social¹⁰. La nueva redacción que dio Ámsterdam al artículo 129 B adecua la norma a la realidad preexistente en esta materia al permitir que la Comunidad complemente el esfuerzo privado en materia de infraestructuras estableciendo que *“podrá apoyar los proyectos de interés común apoyados por los Estados”*¹¹.

Tampoco puede olvidarse la Carta Europea de la Energía, firmada en diciembre de 1991¹², y que tiene por objeto liberalizar los intercambios energéticos de la Comunidad Europea con otros países, a fin de mejorar la seguridad de suministro en Europa, y fomentar la cooperación Este-Oeste mediante el establecimiento de salvaguardas jurídicas en campos como la inversión y el tránsito y el comercio.

Tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el Tratado de la Comunidad Europea (que deja de ser Económica en aras de una vocación de integración no sólo de tal carácter sino igualmente política), incluye entre las acciones referidas en su artículo 3, destinadas a conseguir sus objetivos, en su apartado t la adopción de *“medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo”*.

¹⁰ Ver el Título XII del Tratado CE (que en la versión consolidada del Tratado tras Ámsterdam pasa a ser el Título XV).

¹¹ Se acogió con esta redacción del 129 B la propuesta británica de 1996 que solicita una reforma del art. 129 C que facilitase la inclusión del sector privado en la financiación de proyectos de interés público.

¹² La Carta Europea de la Energía se adopta en la Conferencia celebrada en La Haya en diciembre de 1991, informándose el Tratado de la Carta en Lisboa por 49 países el 17.12.94, entrando en vigor el 16 de abril de 1998 tanto el Tratado como el Protocolo sobre la eficacia energética y aspectos medioambientales, 90 días después de que fuera depositado el trigésimo instrumento de ratificación por parte de Chipre.

AUSENCIA DE UNA POLÍTICA ENERGÉTICA COMÚN.

Sin embargo, tras todos estos hitos en la construcción europea, se advierte la ausencia de un Título específico referido al sector de la energía en los Tratados, que permita hablar de una política energética común autónoma y diferenciada del resto de políticas. El artículo 3 del TCE que enumera las acciones de la UE para tener en cuenta las modificaciones después del AUE. Las letras d, l, n, o, p, s y t de este artículo reflejan las competencias comunitarias introducidas por el Tratado de Maastricht. Sin embargo, aquellas nuevas competencias no son abordadas de igual forma, observando un distinto grado de comunitarización. De esta forma en el ámbito medioambiental se habla de "política", pero en protección civil, turismo y energía, queda limitado su alcance desde la perspectiva de atribución de poderes, empleándose la expresión limitativa de "medidas".

Por ello en la Declaración 1ª del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección civil, energía y turismo, la Conferencia Intergubernamental que negoció dicho Tratado declaraba que en la Conferencia Intergubernamental a convocar en 1996, y en cuyo seno se ha negociado el Tratado de Ámsterdam, fuese examinada la cuestión de la introducción en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de los Títulos relativos entre otros al ámbito de la energía.

Conviene recordar, por otro lado, que en el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la protección civil, el turismo y la energía, de 3 de abril de 1996¹³, que constituyó el documento sobre el que se iniciaron las negociaciones en esta materia, se propuso una estrategia para integrar el objetivo de cohesión económica y social con la política energética y, simultáneamente, utilizar la energía como vector de refuerzo de esa cohesión. Señaló, además, la necesidad de organizar, racionalizar y ajustar los elementos dispersos para garantizar la coherencia del conjunto y llegar a un mejor ejercicio de las competencias existentes.

¹³ Informe de la Comisión previsto en la Declaración nº 1 del TUE, relativa a la introducción de un Título relativo a Energía, Turismo y Protección Civil en el TCE. CONF 3838/96. Informe de la Comisión al Consejo relativo a la protección civil, el turismo y la energía, de 12.4.96.

A pesar de lo anterior y la obligación de abordar en el proceso de negociación de la Conferencia esta Capítulo, la CIG no llegó a ninguna modificación de los Tratados relativa a la energía, la protección civil o el turismo.

En su Informe sobre esta materia¹⁴ señaló que *“los puntos esenciales de los Tratados CECA y EURATOM, atinentes a la política energética y las otras consideraciones relacionadas con ella, deberían integrarse en un mercado común de política energética. Lo cual debería contribuir a asegurar una cooperación global en materia de seguridad del aprovisionamiento y de protección del medio ambiente”*.

Bélgica propuso en noviembre de 1996 un nuevo Título (XV bis) relativo a la energía (que no prosperó en la reunión de los Representantes personales del Consejo de 27 y 28 de enero de 1996, aunque en la misma se incorporaban notas de gran interés como la obligación de servicio universal, o la autorización de ciertas ayudas de Estado) e integrado por un sólo artículo, con el objetivo de establecer y coordinar objetivos e instrumentos de una política energética común a escala europea. Esta política debería garantizar los aprovisionamientos, favorecer la planificación de los recursos energéticos, promover la utilización racional de la energía y contribuir a la cohesión económica y social.

Nada se ha avanzado en el resultado de la última Conferencia Intergubernamental que ha traído consigo la adopción del Tratado de Niza, en esta materia, permaneciendo inalterada la ausencia de una política energética comunitaria.

En todo caso, aun a falta de una política europea de la energía, las acciones de la Unión Europea en dicho ámbito se han ido desarrollando en el ejercicio de los instrumentos que ofrece el Derecho comunitario, en particular el recurso a la cláusula general del artículo 235, y en la base jurídica empleada para la adopción de las Directivas europeas sobre el mercado interior de la electricidad y el gas, antes citadas.

¹⁴ Dictamen del Parlamento Europeo sobre el funcionamiento del Tratado, de 15 de mayo de 1995 (DOCE C 151, de 19.6.1995, págs. 56 y ss.).

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN ÁMSTERDAM Y NIZA CON INCIDENCIA EN EL SECTOR ENERGÉTICO.¹⁵

ESTRUCTURA DE LOS TRATADOS.

El Acta final de la Conferencia Intergubernamental recoge en tres apartados en primer lugar el propio Tratado de Ámsterdam (cuya estructura explicamos más abajo), en segundo lugar los 13 Protocolos anejos al TUE, al TCE, al TCECA y al TCEEA, y en tercer lugar las Declaraciones, tanto algunas firmadas por todos los Estados miembros, como las firmadas sólo por algunos de ellos.

Junto al Acta final se acordó la inclusión de los textos consolidados de los Tratados de la Unión Europea, CE, CECA y CEEA, tal como resultaban modificados, todo ello a efectos ilustrativos.

Tras el depósito del último instrumento de ratificación el 30 de marzo, y según su artículo 14.2, el Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Acordado en el plano político el 17 de junio de 1997 y firmado el 2 de octubre del mismo año, el Tratado de Ámsterdam constituye el resultado de dos años de estudios y de posteriores negociaciones de la Conferencia Intergubernamental (CIG).

La convocatoria de la Conferencia Intergubernamental se había previsto explícitamente en el Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo N) al objeto de revisar algunas de sus disposiciones. La CIG dio comienzo formalmente a sus trabajos en la Sesión de la Cumbre del Consejo Europeo de Turín, celebrada el 29 de marzo de 1996. El trabajo de la Conferencia

¹⁵ A los efectos de este Capítulo, se recogen, en gran medida, las consideraciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Energía de España, titulado *“Informe sobre las reformas del Tratado de Ámsterdam y su incidencia en el sector de la energía”*, aprobado por el Consejo de Administración de este Organismo el 3 de junio de 1999, elaborado por Vicente López-Ibor Mayor, con la colaboración de Eduardo Salinas.

recibió un importante impulso a partir de las Cumbres celebradas en 1996 y 1997 en Florencia, Dublín y Noordwijk, y terminó sus trabajos en el Consejo Europeo de Ámsterdam, el 18 de junio de 1997.

La estructura del Tratado de Ámsterdam, dividido en tres Partes, es la siguiente:

La Primera Parte, compuesta por cinco artículos, es la relativa a las modificaciones sustantivas del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de determinados Actos conexos:

- El artículo 1 contiene las modificaciones del TUE (Preámbulo, Título I sobre Disposiciones Comunes, Título V sobre Política Exterior y de Seguridad Común, Título VI sobre Asuntos de Justicia e Interior, Título VII sobre Disposiciones Finales).
- Los artículos 2, 3 y 4 contienen las modificaciones de los Tratados CE, CECA y EURATOM, respectivamente, y el artículo 5 contiene reformas al Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, aneja a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1978.

La Segunda Parte, compuesta de 6 artículos, contiene las disposiciones relativas a la simplificación de los Tratados, suprimiendo una serie de preceptos caducos, realizando además las adaptaciones necesarias.

El Tratado de Niza¹⁶ modifica parcialmente el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Su estructura interna se divide en dos partes. Una primera rubricada "Modificaciones sustantivas", introduce en los 6 artículos que la integran diversas modificaciones en el articulado del TUE desde la perspectiva institucional. (Afectando desde ese ángulo al contenido de los Tratados CECA y EURATOM de conformidad con los arts. 1º, que sustituye al 46 del Tratado –sobre competencia del Tribunal de Justicia–; 3º que sustituye los arts. 107 –sobre número de miembros del Parlamento Europeo–, 108 –sobre condiciones de ejercicio y funciones de los parlamentarios–, 121.2

¹⁶ Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 10 de marzo de 2001 (2001/C 80/01).

–sobre Secretaría General del Consejo, etc.–; art. 4, que sustituye los arts. 10, 11, 12 y siguientes).

La Segunda Parte del Tratado lleva por rúbrica “Disposiciones transitorias y finales” (arts. 7 a 13), siendo directamente atinentes a la cuestión energética desde la perspectiva institucional los artículos 7, 8, 9 y 10¹⁷.

Asimismo, acompañan el cuerpo del Tratado y la referida estructura tres Protocolos y veintitrés Declaraciones.

El Protocolo 3º anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tiene por objeto regular las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el fondo de

¹⁷ “Segunda Parte: Disposiciones transitorias y finales.

Artículo 7

Los Protocolos sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica quedan derogados y se sustituyen por el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejo por el presente Tratado al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Artículo 8

Quedan derogados los artículos 1 a 20, 44, 45, los párrafos segundo y tercero del artículo 46, y los artículos 47 a 49, 51, 52, 54 y 55 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Artículo 9

Sin perjuicio de los artículos del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero que siguen en vigor, cuando el Tribunal de Justicia ejerza sus competencias en virtud de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero serán aplicables las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejo por el presente Tratado al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Artículo 10

La Decisión 88/591/CECA, CEE, EURATOM del Consejo de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, según ha sido modificada, queda derogada, con excepción de su artículo 3, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia ejerza, en virtud de dicho artículo, competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

investigación del carbón y del acero, y su finalidad primordial es determinar la transferencia patrimonial de la CECA a 23 de julio de 2002 en favor de la Comunidad Europea.

PRINCIPIOS Y OBJETIVOS.

El Tratado de la Unión Europea estableció un procedimiento decisorio más eficaz para la política medioambiental al sustituir la unanimidad por el voto por mayoría en el Consejo como regla general. No obstante, este proceso continuaba siendo complejo ya que coexistían varios procedimientos distintos:

- el procedimiento de codecisión para los programas de acción de carácter general;
- el procedimiento de cooperación para la política medioambiental;
- el procedimiento de consulta simple con la aprobación unánime por parte del Consejo de las disposiciones de naturaleza fiscal o de ordenación del territorio, uso del suelo y abastecimiento de energía.

Además, a veces se producía una cierta ambigüedad entre los ámbitos del medio ambiente (art. 175, antiguo art. 130 S) y de la aproximación de las legislaciones sobre el mercado interior (art. 95, antiguo art. 100 A). Puesto que el procedimiento de codecisión se aplicaba a la aproximación de las legislaciones, existía el riesgo de conflicto entre las bases jurídicas que proporcionan el artículo 100 A y el artículo 130 S en relación con una acción que afectara al medio ambiente.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ha simplificado la situación ya que el procedimiento de cooperación se ha sustituido por el de codecisión. Esta reorganización tiene la ventaja de reducir a dos el número de procedimientos, ya que los Estados miembros expresaron su deseo de mantener la unanimidad en los campos mencionados anteriormente. De esta forma se facilita la lectura de los Tratados y se reduce el riesgo de conflictos entre bases jurídicas distintas.

En materia de principios, el Tratado de Ámsterdam da un nuevo salto cualitativo en la protección del medio ambiente, a través de la formulación renovada del principio y objetivo del desarrollo sostenible, modificándose el Considerando número siete del Preámbulo del Tratado de la Unión para incluir la expresa mención de dicho principio, declarándose que los Estados miembros están *“decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...”*, y se da nueva redacción a esta materia en los preceptos relativos a los propios objetivos de la Unión Europea (art. B, ahora 2, de las Disposiciones comunes que constituyen el *“frontispicio común”* de aquellos tres pilares que componían el Tratado de la Unión), y en el artículo 2 sobre objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, aunque dicho principio ya estuviera recogido en los mencionados preceptos.

La Comunidad, se señala, promoverá *“un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente”* (art. 2 TCE). Se subraya asimismo el principio de integración de las exigencias de la defensa o protección del medio ambiente en la definición y aplicación del resto de las políticas comunitarias, situándolo en el nuevo artículo 6 (anterior 3 C, añadido por el art. 2.4 del Tratado de Ámsterdam). Y se introduce el principio de *“flexibilidad o cooperación reforzada”* (art. 11; antiguo 5 A) que podrá permitir que un grupo de Estados miembros avance hacia una mayor integración normativa en un área determinada con relación a otros que decidan no asociarse a tal proceso de mayor integración en materia de legislación medioambiental.

Sin embargo, el Tratado mantiene el tenor del actual artículo 99 (que pasa a ser el art. 93 en la versión consolidada) del Tratado CE, al no verse alterada la exigencia de unanimidad para la armonización de medidas fiscales (Ej.: fiscalidad ambiental, impuestos ecológicos, CO₂) y conservando igualmente la unanimidad en el procedimiento de toma de decisiones respecto de determinados aspectos directamente atinentes a la energía como *“las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre las diferentes fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético”* así como *“las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos”*.

El nuevo Tratado de Niza modifica el procedimiento de toma de decisiones en esta materia, sin afectar el contenido del artículo 95, al disponer que el Consejo, por unanimidad, a

propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará:

- a) disposiciones esencialmente de carácter fiscal;
- b) las medidas que afecten a:
 - la ordenación territorial;
 - la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos;
 - la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;
- c) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético.

El Consejo, en las condiciones previstas en el párrafo primero, podrá definir las materias mencionadas en el presente apartado sobre las cuales las decisiones deban ser tomadas por mayoría cualificada.

LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: ALCANCE DEL ARTÍCULO 7 D DEL TUE.

- ANTECEDENTES EN EL DERECHO ORIGINARIO Y DERIVADO EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN SECTORIAL.

1.1.1.1 INTRODUCCIÓN.

Otra de las reformas con incidencia directa en el sector energético introducidas en Ámsterdam, es la relativa a los servicios de interés económico general.

Establece el nuevo artículo 7 D del Tratado CE (art. 16 en la versión consolidada): *“Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92 (artículos 73, 86 y 87 en la versión consolidada), y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.*

Como se desprende de la propia lectura de este artículo, ya con anterioridad al Tratado de Ámsterdam por el que se introduce este nuevo artículo, algunos artículos del Tratado de la Comunidad Económica Europea desde su constitución se referían a la noción de interés económico general o de servicio público.

En relación con el sector de transportes, el artículo 77 del Tratado de la Comunidad Europea (que tras Ámsterdam se convierte en el art. 73), establecía que *“serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que responden a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”.*

Por otro lado, establece el artículo 90.2 del Tratado CE (art. 86 en la nueva redacción) que *“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.*

Se utilizaban pues términos distintos, servicio público y servicios de interés económico general, para referir las condiciones de aplicación de las normas sobre competencia o ayudas de Estado cuando al propio tiempo se deban cumplir obligaciones o misiones de tal carácter.

La difícil delimitación del alcance de estas normas, en particular del artículo 90.2 (que pasa a ser el art. 86.2 en la versión consolidada) del Tratado CE, y el equilibrio entre el principio de libre competencia y las obligaciones de servicio de interés económico general, ha sido objeto de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, e igualmente objeto de una Comunicación de la Comisión Europea, Comunicación sobre los servicios de interés económico general (DO C 281, de 26 de septiembre de 1996).

La finalidad de este precepto, como ocurre con el 90.1 no es someter a las empresas a las normas de la competencia sino regular la excepción o inaplicabilidad singular de aquellas, siempre que concurran dos condiciones: a) que la aplicación de las normas de la competencia impida de hecho o de derecho el cumplimiento del servicio confiado a tales entidades; y b) que el desarrollo de los intercambios no se vea afectado de manera contraria al interés de la Comunidad¹⁸.

Cabe recordar asimismo que, en virtud del apartado 3 de este artículo 90, es a la Comisión a la que corresponde la aplicación de estas disposiciones, y *“en tanto fuere necesario dirigir a los Estados miembros, Directivas o Decisiones apropiadas”* (ver, entre otras, la Directiva de la Comisión relativa a la competencia en el mercado de terminales de telecomunicaciones,

¹⁸ En relación con este requisito, vid. la jurisprudencia relativa a este tema, en el apartado III.2 a.3) del presente Informe. Según Bellamy y Child, esta segunda condición parece ser menos amplia que el concepto de afectación del comercio intracomunitario, pues si no, cualquier efecto sobre dicho comercio imitaría enormemente la excepción referida en el art. 90.2. Por ello, debe tratarse de un efecto grave sobre el comercio que sea contrario a los intereses de la Comunidad, de acuerdo con los arts. 2 y 3 del Tratado CE. Además, consideran que este requisito del art. 90.2 *“requiere una evaluación de la misión particular confiada a la empresa de que se trate y la protección de los intereses de la Comunidad en su conjunto, teniendo en cuenta los objetivos de política económica general perseguidos por los Estados miembros bajo la supervisión de la Comisión”*, refiriéndose en tal sentido a la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el Asunto 10/71, Ministère Public Luxembourg c. Muller (1971), Rep. 723, 730, en la que se sugiere que la segunda frase del art. 90.2 debe ser leída en relación con la primera (Bellamy and Child, Derecho de la Competencia en el Mercado Común, Civitas, Madrid 1992, pág. 7441). Fernández-Lerga Garralda, considera que *“una valoración excesivamente benévola”* del artículo 90.2 del Tratado *“sería errónea; no es una vía que permita fácilmente la elusión de las normas por ese tipo de empresas. El apartado 2 del artículo 90 aporta otro elemento a considerar que endurece el posible exceso de flexibilidad: el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado de forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad”* y entiende que *“el interés de la Comunidad es la creación de un mercado único, abierto y sin obstáculos a los intercambios, por lo tanto no sólo hay que considerar el efecto sobre la competencia sino también sobre los intercambios”* y, *“en consecuencia, en estos dos supuestos concretos hay que conseguir el equilibrio entre el efecto de la aplicación de las normas en relación con la misión asignada y el de la no aplicación de las normas sobre el desarrollo de los intercambios”*. Fernández-Lerga Garralda, Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España, Aranzadi, 1994, pág. 99 y ss.

DOCE 1988 L 131, pág. 73; y la Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 1991, Francia c. Comisión C-207/88, Rec. 1991, p-I-1223).

1.1.1.2 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de este precepto ha recaído sobre materia como los controles de calidad; los servicios audiovisuales, los derechos de autor, los servicios postales; tráfico aéreo, o el suministro de electricidad y gas natural, entre otros¹⁹.

Respecto al ámbito de aplicación del artículo 90.2, el Tribunal de Justicia entiende²⁰ que *“tratándose de una disposición que permite, en determinadas circunstancias, una derogación de las reglas del Tratado, la delimitación de las empresas que pueden invocarla debe ser de interpretación estricta”*.

En una Decisión relativa al sector eléctrico, Decisión Ijsselcentrale, sobre importación y exportación de energía eléctrica en los Países Bajos, la Comisión entiende que SEP y los productores tienen la obligación de garantizar el funcionamiento fiable y eficaz del suministro público nacional de electricidad, con los menores costes posibles, y a ofrecer el suministro a las empresas distribuidoras, dedicándose en consecuencia a prestar servicios de interés económico general, cumpliéndose el requisito del apartado 2 del artículo 90 al tratarse de empresas encargadas de dichos servicios.

En esta Sentencia, de gran calado jurídico, la Comisión parte de la noción objetiva de interés intracomunitario identificando, en principio, “interés de la Comunidad” con mercado

¹⁹ En la Sentencia TJCE *Ladbroke Racing c. Comisión* (Asunto T-32/93, Rec. 1994), antes citada, se declara que *“por un lado, según el apartado 2 del artículo 90, la Comisión debe tener en cuenta las exigencias inherentes a la misión particular de las empresas afectadas y, por otro lado, las autoridades de los Estados miembros pueden, por su parte, en determinados casos, ostentar una facultad de apreciación igual de amplia para regular determinadas materias”*. También resulta de interés, respecto a la relación entre el art. 90.2 y el art. 85.3, la Sentencia UER (Unión Europea de Radiotelevisión), del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de julio de 1996, en la que el Tribunal declara que ambos preceptos tienen contenidos autónomos e imponen requisitos cuya existencia debe comprobarse en cada caso.

²⁰ Sentencia BRT II, de 21.3.1974.

común en condiciones de competencia no falseada, para deslizarse después en el campo de la discrecionalidad y la apreciación subjetiva del alcance de este término. *“Resulta claro –señala la Sentencia citada– que la obstrucción de las importaciones y exportaciones resultante del artículo 21 del acuerdo de cooperación, afecta al comercio de un modo contrario al interés de la Comunidad. A la luz de los esfuerzos de la Comunidad para lograr un mercado interior de la energía, dicha obstrucción a las importaciones y exportaciones, que además se pretende continúe durante 25 años, no puede ser aceptada”.*

La valoración del equilibrio entre la aplicación de las reglas de competencia y el cumplimiento de las misiones de interés económico general en la aplicación del artículo 90.2 es difícil, correspondiendo, según la Comisión²¹, *“al Estado miembro la carga de la prueba de que la aplicación de las normas del Tratado CE produce, en su caso”* el efecto de impedir el cumplimiento de la misión.

Esta valoración se realiza teniendo en cuenta la necesidad objetiva y el principio de proporcionalidad²², como se pone de relieve por la Comisión en la Decisión Correos²³, pues *“no está demostrado que una situación de competencia en el mercado de correo rápido internacional perjudique al servicio postal básico ni que la exclusión de la competencia sea una medida decisiva para el equilibrio financiero de Correos. La necesidad de extender la posición dominante de dicho servicio al mercado del correo rápido internacional, importancia secundaria para Correos, no es una **necesidad objetiva** que justifique la supresión de la competencia en este mercado”.*

E igualmente valora la Comisión si la situación de competencia puede suponer un obstáculo al cumplimiento de las obligaciones de servicio público, concluyendo que no es así en el mercado analizado, considerando que *“el monopolio reservado a Correos respecto al servicio postal básico... es en la actualidad suficiente para garantizar el mantenimiento de las*

²¹ Decisión Correos, 91/50/CEE, DOCE serie L núm. 28, de 2 de febrero de 1991.

²² Respecto al principio de proporcionalidad, conviene referirse a la Sentencia del Tribunal de Justicia Collectieve Antennevoorziening Gouda, de 25 de julio de 1991, sobre limitaciones de la libre prestación de servicios y el principio de proporcionalidad, en la que se declara que el principio de proporcionalidad exige que no se limite la libertad de un modo mucho más intenso de lo necesario para la consecución del objetivo propuesto.

²³ Ver Decisión Correos, antes citada.

obligaciones de servicio público, sin afectar a los intercambios en forma contraria al interés de la Comunidad”.

Respecto al segundo criterio del artículo 90.2, que el desarrollo de los intercambios no quede afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad, sólo se analizará si se ha cumplido la condición anterior, consistente en la imposibilidad de cumplir con la misión de interés general si se aplican las reglas de competencia²⁴.

En el sector eléctrico, destaca igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 27 de abril de 1994 (en el Asunto 393/92, Almelo, ECR, pág. 1508), en el que el Tribunal considera que los artículos 85 y 86 del Tratado CE (relativos a las reglas de defensa de la competencia) *“se oponen a que una empresa de distribución regional de energía eléctrica aplique una cláusula de compra exclusiva incluida en las condiciones generales de venta, que prohíbe a los distribuidores locales importar electricidad destinada a la distribución pública y que, habida cuenta de su contexto económico y jurídico, afecta al comercio entre los Estados miembros”*, añadiéndose respecto al artículo 86 *“en el supuesto de que dicha empresa de distribución regional forme parte de un grupo de empresas que ostente una posición dominante colectiva en una parte sustancial del mercado común”*.

Y respecto del artículo 90.2 declara el Tribunal que *“El apartado 2 del artículo 90 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que la aplicación, por parte de una empresa regional de distribución de energía eléctrica, de una cláusula de compra en exclusiva de este tipo no resulta afectada por las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, en la medida en que dicha restricción de la competencia sea necesaria para permitir a dicha empresa garantizar su misión de interés general. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si se cumple dicho requisito”*.

En definitiva, corresponde al Juez nacional remitente de la cuestión prejudicial analizar esta cuestión para lo cual el Tribunal da algunas pautas como la de las *“condiciones económicas en que debe operar la empresa en razón de las limitaciones que se le imponen y, en particular,*

²⁴ En la Decisión Ijsselcentrale la Comisión entiende, una vez ha concluido que no se cumple el requisito de imposibilidad de cumplimiento de la misión de interés general por la aplicación de las reglas de competencia, que no es necesario analizar el requisito de que los intercambios no se vean afectados de manera contraria al interés de la Comunidad, si bien realiza dicho análisis, considerando que no se cumple en absoluto, pues la excepción a las reglas de competencia tendría un impacto tan negativo sobre el comercio que no se cumpliría lo dispuesto en el art. 90.2.

los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida”, confirmando de esta manera los criterios referidos por el tribunal en el Asunto Corbeau.

Después, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre el interés económico general, en el ámbito de la electricidad, en la Sentencia de 23 de octubre de 1997 (en asunto relativo a los derechos exclusivos de importación y exportación de electricidad) confirmando su jurisprudencia anterior respecto a la necesidad de que lasa excepciones a la prohibición de restricciones de competencia sean interpretadas de forma estricta, y reconociendo que el suministro de electricidad de forma ininterrumpida, con costes competitivos y de manera razonable para la sociedad en la totalidad del territorio debe considerarse como un servicio de interés económico general, mientras que otras obligaciones relativas a la protección del medio ambiente y a la ordenación del territorio, deberían considerarse de interés económico general sólo si se imponen de forma específica a las empresas de suministro eléctrico.

Y en la misma Sentencia el Tribunal considera que las empresas eléctricas tendrán como una de sus misiones específicas realizar de forma imperativa los objetivos de suministro de forma regular, siendo las condiciones para su desarrollo inaceptables si la supervivencia de la empresa se ve amenazada o simplemente su equilibrio financiero se viera afectado.

1.1.1.3 EL SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL DERECHO DERIVADO.

En los Considerandos 16 a 19 de la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad²⁵, y los Considerandos 14 a 16 de la Directiva sobre el mercado interior del gas²⁶, se recuerda la obligación para los Estados miembros de respetar las normas de defensa de la competencia en relación con las empresas públicas u otras a las que se hayan atribuido derechos especiales o exclusivos, la exención referida en el artículo 90.2, así como finalmente la necesidad de que los Estados miembros, al imponer obligaciones de servicio público a las empresas de dichos

²⁵ Directiva 96/92/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, publicada en el DOCE L 27/20.

²⁶ Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, publicada en el DOCE L 204/1.

sectores, respeten las normas del Tratado de acuerdo con la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Y en su articulado se contienen expresas menciones al artículo 90 del Tratado CE (en el art. 3 de ambas Directivas), al permitir a los Estados miembros, con respeto a dicho artículo, a imponer a las empresas de electricidad y gas natural obligaciones de servicio público de interés general referidas a la seguridad de abastecimiento, regularidad, calidad y precio, y que permitirán a los Estados miembros adoptar decisiones de no aplicación de determinadas disposiciones de las citadas Directivas en la medida que las mismas impidieran el cumplimiento de las obligaciones de interés económico general. Estas obligaciones deberán ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y deberán ser publicadas y comunicadas a la Comisión por los Estados miembros, y para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público relativas a la seguridad de abastecimiento aquellos Estados podrán establecer una planificación a largo plazo. La definición de las obligaciones de servicio público por los Estados miembros y su comunicación a la Comisión parece estar destinada al cumplimiento del requisito de que se trate de obligaciones definidas con carácter específico.

- LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL COMO VALOR COMÚN DE LA UNIÓN. CONTENIDO E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7 D Y EL ACTA FINAL (DECLARACIÓN 13).

Así pues, el artículo 7 D del Tratado CEE (art. 16 en la versión consolidada): *“Sin perjuicio de los artículos 77, 90 y 92 (arts. 73, 86 y 87 en la versión consolidada), y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”.*

En las negociaciones del Tratado, la Comisión se mostró partidaria, de acuerdo con las consideraciones vertidas en su Comunicación respecto a la compatibilidad de los principios de libre competencia y los servicios de interés general y a la importancia que la propia Comunidad

concede ya a estos servicios para alcanzar sus propios objetivos, de mantener el sistema vigente, con los artículos 77, 90.2 y 92 en su redacción actual, incluyendo no obstante una referencia en el artículo 3, en un nuevo apartado t, relativo a *“una contribución a la promoción de los servicios de interés general”*.

Francia sin embargo era partidaria de realizar una precisión del contenido del artículo 90.2 reforzando desde el ámbito comunitario la promoción del servicio público.

Finalmente, fue introducido el nuevo artículo 7 D, que responde en parte a las ideas de la Comisión, en la medida que se dispone sin perjuicio de lo que establecen los artículos 77, 90.2 y 92, y se reconoce su lugar entre los valores comunes de la Unión²⁷, sin que ello comporte pues incompatibilidad con las reglas de competencia, y en parte a las propuestas de Francia, al reconocerse su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, y la necesidad de que la Comunidad y los Estados miembros velen para que mediante dichos servicios pueda cumplirse su cometido.

El análisis de este nuevo artículo es difícil, y es susceptible de interpretaciones diferentes, pues la introducción de estos servicios en la parte de principios de la Comunidad Europea permite interpretar que se le concede una importancia mayor, en detrimento del principio de libre competencia, o cuando menos como contrapeso del mismo en cuanto que se establece también como obligación para la UE y los Estados de garantizar eficazmente su funcionamiento.

²⁷ Para interpretación el alcance de esta referencia a los valores comunes de la Unión, resultan de interés las consideraciones realizadas por la doctrina española en relación con los valores superiores. Así, Peces Barba entiende que *“los valores superiores tienen carácter normativo. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas...”*, y *“son así guía para la interpretación y para el desarrollo del ordenamiento y, al mismo tiempo, límite para los mismos. Es indudable que su incorporación a la Constitución obliga a una revisión de las concepciones formales del ordenamiento, al introducir elementos materiales para su entendimiento y para su formación”*. G. Peces Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, 1984, pág. 39 y ss. Por otro lado, Llamas Gascón entiende que los valores son la norma que desde el punto de vista material cierra el sistema y que junto con la norma básica formal es la referencia última de la unidad, coherencia y de la plenitud del ordenamiento, y la unidad *“supone que los valores ocupan el rango más elevado dentro de las normas del sistema, que desde el punto de vista positivo ilumina y orienta a la producción de todas las demás normas y desde el punto de vista negativo son límite material a las mismas”*. A. Llamas Gascón, *“Los valores jurídicos como ordenamiento material”*, BOE, 1993.

En el Informe de 8 de septiembre de 2000 redactado, a petición de 14 Estados miembros a través del Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por M. Ahtisaari, Marcelino Oreja y J. Frowein, sobre *“el compromiso del Gobierno austriaco respecto de los valores comunes europeos”* en unas áreas específicas – minorías, refugiados e inmigrantes –, se recomienda el desarrollo de un mecanismo dentro de la Unión Europea para controlar y evaluar el compromiso y la acción concreta de los Estados miembros en relación con los valores europeos comunes.

Así, se ha interpretado que frente a la propuesta de la Comisión del artículo 3 t, que implicaba como una de las acciones de la Comunidad la contribución a la promoción de los servicios públicos, en el artículo 7 D la Comunidad sólo tiene encomendado velar por el cumplimiento de los fines de los servicios públicos, que se suponen promocionados por otros (Estados miembros, municipios, regiones). Y frente al artículo 90.2, se mantiene que el artículo 7 D habría sido una concesión a los Estados miembros que deseaban modificar aquel artículo, pues la Comunidad debe ahora velar para que dichos servicios funcionen para el cumplimiento de su cometido, mientras que en el artículo 90.2 sólo parecía establecer una tolerancia de los servicios públicos por vía de excepción a la aplicación de las reglas de competencia (Martínez Lage, Editorial de La Gaceta Jurídica de la CEE, Julio-Agosto 1997).

Sin embargo, también puede interpretarse que ello no ha de comportar necesariamente un reequilibrio entre libre competencia y servicio público, dado que se atribuye a éste el mismo valor que al resto de los valores comunes de la Unión, y la propia Comisión ha entendido en su Comunicación y en sus propuestas que la propia Comunidad entiende perfectamente compatibles ambos principios, y ha contribuido decididamente a la promoción de dichos servicios en determinados ámbitos como las telecomunicaciones.

Por otro lado, se ha interpretado que la idea de que los servicios de interés económico general deben funcionar en condiciones que les permitan cumplir sus misiones, ya estaba implícita en el artículo 90.2, pues las reglas de competencia sólo se aplican *"en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada"* (así lo entiende Karel van Miert, en *La conférence intergouvernementale et la politique de concurrence*, Competition Newsletter nº 2, Vol. 3, Verano 1997).

Todo ello hay que unirlo a otros argumentos como las referencias a los artículos 77, 90.2 y 92 (lo que impide entender que el art. 7 D permita modificar su contenido o alcance), y de otro lado, a la Declaración nº 13 del Acta Final del Tratado de Ámsterdam, sobre el artículo 7 D, según la cual *"Las disposiciones del artículo 7 D del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios"*.

Cabe advertir en primer término la diferente terminología empleada si comparamos el tenor de esta Declaración con el del nuevo artículo 7 D, ya que en éste se alude a los servicios públicos, y en aquél a los servicios de interés económico general, cuyo alcance material e interpretación puede ser por ello no necesariamente coincidente.

Para G. Ariño, los Estados, a partir del TUE no son totalmente libres de configurar servicios públicos bajo su titularidad exclusiva porque *“para la Comunidad, los servicios públicos son simplemente excepciones a la política de la competencia y a la libertad de prestación de servicios”*²⁸.

Para Santiago Muñoz Machado, los conceptos de servicios de interés general, servicios de interés económico general, servicio público y servicio universal, aunque pertenecientes a un tronco común, no tienen la misma amplitud, si bien afirma que las valoraciones hechas por la Comisión Europea respecto a la importancia y significación del servicio público en Europa abarcan todas las aludidas categorías, que van desde la noción más amplia posible de servicio público “a la francesa” hasta los servicios comerciales estrictos (Santiago Muñoz Machado, *Servicio Público y Mercado*, I. Los fundamentos, Civitas, 1998).

Aunque conforme a la naturaleza jurídica de estas declaraciones la Declaración antes citada no sea vinculante, ofrece no obstante un criterio interpretativo del propio Tratado en lo que respecta a la aplicación del artículo 7 D, que deberá hacerse con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

También cabe referirse en materia de interés económico general, al Protocolo 9 al Tratado CE, sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros²⁹ (en el que se utiliza el

²⁸ G. Ariño. *Economía y Estado*. Marcial Pons. Madrid. Pág. 241.

²⁹ En dicho Protocolo se dice que *“las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público”*.

término de servicio público), y a la Declaración nº 37 sobre las entidades públicas de crédito en Alemania³⁰.

En definitiva, es pronto para interpretar el alcance del nuevo artículo 7 D, y en todo caso es susceptible de ofrecer un nuevo instrumento de interpretación a los partidarios de proteger las actividades de servicio de interés general frente a la plena aplicación de las reglas de libre competencia, pero no debe, a nuestro juicio, dejar de subrayarse el carácter de este nuevo artículo 7 D del Tratado que se incorpora a la parte general del mismo "Disposiciones generales", al efecto de la correcta y completa interpretación de las normas, medidas y actos jurídicos comunitarios que, referidos al sector energético, se remitan, invoquen o tengan conexión con este concepto.

En todo caso, debe situarse el concepto de servicio de interés económico general en el contexto de los procesos de liberalización de los sectores de gas y electricidad, teniendo en cuenta las consideraciones antes realizadas respecto a los preceptos de las Directivas en dichos ámbitos referidos a los servicios de interés económico general.

Por ello, la mayor relevancia que el Tratado de Ámsterdam concede al concepto de servicio de interés económico general en el ámbito de los valores comunes de la Unión con el Tratado de Ámsterdam, tendrá su contrapunto en el Derecho de la competencia y su encaje dentro de los objetivos de realización del mercado interior en aquellos mercados³¹.

En Lisboa, en marzo de 2000, el Consejo Europeo adoptó una estrategia económica y social global para la Unión Europea, para garantizar su buena inserción en la nueva era económica abierta mediante el desarrollo acelerado de las tecnologías de la información, manteniéndose fiel al mismo tiempo al modelo social europeo. En dicha Cumbre se quiso también poner de relieve la importancia que el Consejo concede a los servicios de interés

³⁰ En esta Declaración, se dice que *"la actual normativa comunitaria en materia de competencia permite que se tomen plenamente en consideración los servicios de interés económico general ofrecidos por las entidades públicas de crédito existentes en Alemania, así como las ventajas que se les concede para compensar los costes relacionados con tales servicios"*.

³¹ Ver a este respecto los dos Informes de la Comisión Europea al Consejo y Parlamento Europeos comentados anteriormente, relativos a las medidas necesarias para progresar en la consecución del mercado interior de la energía, en el ámbito del medio ambiente, fiscalidad, así como el alcance del concepto de servicio público en el proceso de liberalización, bajo el criterio de proporcionalidad.

económico, manifestando que *“en nuestras economías abiertas a la competencia, los servicios de interés económico general desempeñan un papel irremplazable para garantizar la competitividad global de la economía europea, que se ha hecho atractiva por la calidad de sus infraestructuras, el alto grado de formación de los trabajadores, el refuerzo y el desarrollo de redes en el conjunto del territorio, y para acompañar los actuales cambios mediante el mantenimiento de la cohesión social y territorial”*.

La Comisión decidió en el año 2000 hacer una valoración del encaje de los servicios de interés económico general en la realidad, el ordenamiento comunitario y su plasmación en disposiciones de derecho derivado en los distintos sectores económicos de referencia, a través de una nueva Comunicación que actualizará la antes citada de 1996. Al tiempo pretendía impulsar su incardinación en estos sectores liberalizados a la luz de la experiencia adquirida y de los mandatos sucesivos del Consejo Europeo.³²

Así pues, se recuerdan en la citada Comunicación los principios que pueden ayudar a definir las necesidades de los usuarios en materia de servicios de interés general:

- a) Una clara definición de las obligaciones fundamentales destinadas a garantizar la prestación de un servicio de buena calidad, de elevados niveles de salud pública y seguridad jurídica.
- b) Una transparencia total, especialmente sobre las tarifas, las cláusulas contractuales, y la elección y financiación de los prestatarios.
- c) La elección del servicio y, en su caso, de prestatario asegurando una concurrencia efectiva entre éstos.
- d) La existencia o necesidad de órganos de reglamentación independientes de los operadores y de vías de recurso sobre la forma de mecanismos de tratamientos de los recursos y de reglamentación de los litigios.

³²

Ver Consejo Europeo de Lisboa, 23–24 de marzo de 2000.

Las misiones de servicio de interés general pueden ser cumplidas, a criterio de la Comisión, de diferentes maneras, pero en la elección de las mismas que lleven a cabo los poderes públicos habrá de tenerse en cuenta:

- a) Las características técnicas y económicas del servicio en cuestión.
- b) Las necesidades específicas de los usuarios.
- c) Las especialidades culturales e históricas del Estado miembro considerado.

A juicio de la Comisión, la ejecución de obligaciones de servicios de interés general puede implicar, aunque no necesariamente, el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos, o incluso de mecanismos de financiación particulares. La definición de una misión de interés general –añade la Comisión– no debe implicar necesariamente un modo particular de prestación del servicio en cuestión. El caso más clásico es la obligación de servicio universal, es decir, la obligación de suministrar un servicio determinado sobre el conjunto del territorio de un país a precios abordables y en condiciones de calidad similares, cualquiera que sea la rentabilidad de las operaciones consideradas individualmente.

Sobre un mercado competitivo, el marco comunitario permitirá a los Estados miembros poner en práctica mecanismos de reparto de costes de prestación del servicio universal definidos a nivel comunitario.

La Comisión señala tres principios, como elementos de interpretación clave, para dilucidar la aplicación del artículo 86: la neutralidad, la libertad de definición y la proporcionalidad.

- a) La neutralidad respecto de la propiedad, pública o privada, de las sociedades queda garantizada por el artículo 295 del Tratado. Como afirma claramente la Comisión, no es necesario privatizar las empresas públicas, todas las reglas del Tratado, y señaladamente las que se refieren a competencia y mercado interior, se aplican igualmente cualquiera que sea el régimen de propiedad –pública o privada– de una sociedad.
- b) La libertad de definición: Aspecto de extrema importancia vinculado al ejercicio del principio de subsidiariedad, dado que la Comisión afirma que son los Estados

miembros los primeros responsables de la definición de estos servicios económicos sobre la base de las características específicas de estas actividades.

Incluso se añade más adelante, profundizando en la aplicación del citado principio de subsidiariedad, que el primer nivel de aplicación es la escala local.

El alcance de la participación de los Estados en el encuadramiento de los servicios económicos de interés general es amplísimo, ya que de acuerdo con la Comisión podrán acordar derechos especiales o exclusivos y reglamentar sus actividades y, llegado el caso, subvencionarlos.

El único límite expreso es la verificación y control encomendado a la Comisión a fin de garantizar que los medios empleados sean compatibles con la legislación comunitaria.

- c) La proporcionalidad que implica, de acuerdo con el texto de la Comisión, que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no creen distorsiones comerciales inútiles. Las restricciones a la competencia sólo se justifican en el estricto cumplimiento de las misiones de interés general que han sido confiadas a determinadas empresas, en los términos legalmente establecidos y con los costes estrictamente determinados de manera que otros complementarios o nuevas cargas específicas no justificadas, escaparían del ámbito de recepción y, por tanto, de definición de este servicio económico, por afectar de modo indebido a la regla comunitaria, apoyada en la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, del control de la proporcionalidad. En este mismo sentido la Comisión reflexiona sobre la calificación de ayudas de Estado de los mecanismos de remuneración acordados por los Estados a determinadas empresas como instrumento de financiación de esta actividad³³, concluyendo, de conformidad con las referidas Sentencias, que cuando la remuneración está fijada por un período oportuno, como consecuencia de un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio, tal ayuda puede entenderse compatible con las reglas del Tratado relativas a las ayudas de Estado.³⁴

³³ Asunto T-106/95, FFSA, Repertorio 1997; Asunto T-46/97, SIC, Repertorio 2001.

³⁴ Ver este principio en la Propuesta de Directiva 200/9 de transportes de personas.

En este contexto, la nueva Comunicación revisada de la Comisión sobre los servicios de interés general ha recibido –señala el Consejo– una acogida muy positiva. En particular, debido a los siguientes puntos:

- El ámbito de los servicios de interés económico general no debe ser inamovible, sino tener en cuenta los rápidos cambios de nuestro entorno económico, científico y tecnológico.
- La contribución de los servicios de interés económico general a la competitividad europea responde a objetivos propios: protección de los intereses del consumidor, seguridad de los usuarios, cohesión social y ordenación territorial, desarrollo sostenible.
- Se confirma la importancia de los principios de neutralidad, de libertad y de proporcionalidad, que garantizan que los Estados miembros son libres de definir el cometido, así como las modalidades de gestión de los servicios de interés económico general, mientras que la Comisión asume la responsabilidad de velar por el respeto de las normas del mercado interior y de la competencia.
- El desempeño del cometido de los servicios de interés económico general debe efectuarse en el respeto de las expectativas legítimas de los consumidores y de los ciudadanos, que desean obtener precios asequibles en un sistema transparente de precios, y que quieren un acceso igual a servicios de calidad, indispensables a su inserción económica, territorial y social.

La Declaración novena del Tratado de Niza relativa al artículo 175 del TUE hace por su parte, nuevamente, una manifestación de apoyo a la política de medio ambiente a través del fomento del principio de desarrollo sostenible *“deberán –afirma esta Declaración– aprovecharse plenamente todas las posibilidades que ofrece el Tratado con miras al logro de este objetivo [la protección del medio ambiente] incluido el recurso a incentivos e instrumentos orientados al mercado y destinados a fomentar el desarrollo sostenible”*.

La última Declaración del Tratado se refiere al Protocolo 2 –antes citado– relativo a las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA, y en ella se invita al Consejo para que *“vele por el mantenimiento del sistema estadístico CECA una vez expirado el Tratado y que invite a la Comisión a que formule las recomendaciones adecuadas”*.

**PROTOCOLO SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD:
BREVE DESCRIPCIÓN, INCIDENCIA PARA EL SECTOR ENERGÉTICO.**

El principio de subsidiariedad ya era un principio presente en la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht, al incorporarse en los artículos B y K.3 del TUE y en el artículo 3 B del TCE.

La definición de dicho principio venía reflejada en el mencionado artículo 3 B del TCE, conforme al cual:

“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

En consecuencia, el principio de subsidiariedad no tiene por objeto la delimitación de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, sino que respecto a las competencias no exclusivas de la Comunidad, constituye un criterio relativo a su modo de

ejercicio, para determinar si debe intervenir esta última o por el contrario los Estados miembros. De acuerdo con dicho principio, la actuación de la Comunidad procederá cuando los objetivos que se pretendan no puedan ser realizados por los Estados miembros, y puedan conseguirse mejor a través de la actuación de la Comunidad.

En el Tratado de Ámsterdam este principio fue objeto de negociaciones destinadas a precisar su alcance, deseando algunos Estados miembros, en particular Alemania, establecer un deslinde competencial entre la Comunidad y los Estados, para determinar cuáles serían de carácter exclusivo y cuáles no, y delimitar así la acción del principio de subsidiariedad.

Sin embargo, esta tesis no prosperó por la oposición de la mayoría de Estados, manteniéndose finalmente la misma redacción del artículo 3 B del Tratado CE, pero añadiéndose no obstante un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad³⁵ anejo al Tratado CE, que tiene por objeto la incorporación de una serie de principios y criterios relativos a la aplicación de los párrafos segundo y tercero del artículo 3 B, que ya habían sido objeto de un acuerdo en el Consejo Europeo de Edimburgo.

Coimbra, 5 de abril de 2001

³⁵ Sobre este principio, vid. entre otros, por su claridad expositiva, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, 1992; y Gráinne de Burca “The principles of proportionality and its application in EC Law”, Oxford Clarendon Press. 1994.

THE ENERGY REGULATION – THE DUTCH CASE

JACQUES DE JONG

Director of the Dutch Office for Energy
Regulation

Thank you chairman,
Ladies and Gentlemen,

It's a pleasure and an honour for me to address this audience here in Coimbra. Being here for the first time, I am impressed by the city and by your university, and feeling the wisdom of ages smelling around. It is also inspiring to be here. Well, I am asked to present some issues with respect to regulation of electricity and gas in the dutch way.

I brought two little maps to show you that we have a very densely populated country, which is a very small country. But we have a good infrastructure both for gas and electricity: the transmission grid for electricity, the largely dominated huge Slochteren gas-field that we have in the north of the country and the transmission pipe system for gas.

Regulation and competition in energy markets is a question of securing, promoting or designing competition and for that we have generic laws and specific laws. The question always is: what is the balance between ex post and ex ante interference regulation? Is it corrective action or do you make rules in advance of that? Is it sector specific and for how long is it to be done? And are there independent authorities to implement those rules and legislations?

We think that we have a radical system approach, which is fairly new. We have a Competition Act that came into force in 1998. We have the Electricity Act of the same year and finally the Gas Act of 2000. Both, the Electricity Act and the Gas Act are the implementing national dutch legislations for the implementation of the two EU directives. But as a general rule we have the notion: market, wherever possible, and regulation rules only were necessary.

For the competition law we have a competition authority which is called in dutch the NMa (National Competition authority), and for the two energy laws it is the organization that I have the honour to run: the DTe (Office for Energy Regulation). The energy regulator is part of the competition authority. We call it a chamber and there are a lot of synergies between the competition authority and the energy regulator: for instance competence. We are make use of each other's knowledge. I make use of the NMa competence in the competition field and they make use of our competences in the energy field. We share information within the legal boundaries and we share facilities.

Our focus with respect to energy markets is on supply and on networks. I will go very quickly through them. Electricity generation and for gas production, the market is free and full of competition. That means correction is there only on ex post basis based on the competition law (ex ante merger control). Markets are very complicated, structures are complicated, behaviour of

markets parties is complicated, markets are very dynamic and it remains to be seen that markets will continue to be developed.

Talking on supplies, we have captive users both in gas and electricity. The market will be fully opened in 2004, and if it is possible it will be done in 2003. In between there is an intermediate step in 2002 for the medium sized consumers. Large consumers are already free. In terms of market-shares: a third of the market is already free, another third becomes free in 2002 and the last third part of the market in 2004 or maybe even in 2003.

But as long as there are captive users, the supply is regulated both with respect to access to the grid and with respect to quality. And again for that part of the market that is free there is only an ex post correction possibility and again an ex ante merger control.

Networks are the keys but are they natural monopolies? Some would say: 'yes they are natural monopolies'. But what does that mean for networks? What does that mean for transmission and for distribution? And what does that mean for access regime? Should you regulate or not? Should you just leave it to negotiation? So, should you choose for regulated-TPA, negotiated-TPA, or maybe something in between.

Which was the question to be addressed? Well networks have a key position, as I said, they should be opened and transparent and they should be independent from supply and from production. And in the dutch case we have arranged that in the two laws concerned. For electricity all transmission and distribution is unbundled except for ownership. Gas distribution is unbundled except for ownership. However gas transmission is only unbundled with respect to the administrative part of it. That has all to do with the specific position of the Gasunie: the dutch operator of the transmission system.

Now, the law provides, with respect to unbundling, that a network operator should be set aside in a separate company. A company should be run by a board of directors, which should be totally independent. There should be an overseeing committee board of governors, which in majority should be independent. Independent means independent both from production-interests and from supply interest. The network company is allowed to be left within the overall holding company of the original energy utility. We try, with respect to the regulation of the networks, to limit monopolie functions as much as possible in order to give a much broader incentive to market forces. And we try to do that in a number of areas, in losses, in connection, but also with respect to network and also in the notion of energy balancing, especially in the electricity field.

That means that the role of the regulator is also to try engineer competition in trade ability of the capacity rights that parties can have. With respect to electricity these are translated in a couple of codes and I will not go very much into it, but the notion that I want to give to you is that it is not a regulator that is developing those codes, those grid codes. The network companies are proposing those codes but it is the regulator that assesses them. The regulator organizes a public hearing around that adjustments whenever necessary and finally the regulator takes the final decision.

I will say a few words on the way we handle the interconnectors because that is a very crucial part of the system especially with respect to international trade. Capacity should be transparent, so there are rules for the determination of the capacity. If there is import and export these flows are contra balancing each other and that is also making more room for capacity. We have an allocation system that is based on auctions, and we are busting the role of the power exchange. The Amsterdam power exchange is providing the function of a spot market and we also have introduced a market monitoring system,

On network pricing, we have approximately twenty network companies. They all have different costs, so it means that they all have different network-tariffs. But the structure that they have to implement is a generic one. Price-tariffs should be fully cost oriented. We have a cascading system, that is a technical notion, and we have a postal stamp price system. That means that you can send electricity from one place to another despite the distance for the same tariff. Then we also have the RPI-X methodology in order to give efficiency incentives for network companies. That has to be applied on all regulated tariffs. The efficiency targets, the X-factor, is set for 3 to 5 years, giving room to companies. We have review periods within that period. For electricity, 2000 was to be based on the 1996 tariff levels. For gas the basis was 1999.

We'll now go through the instruments that we are using in setting the X-factors. First I will show you a picture of the first time that we have set the X-factors for the networks. It was based on an average of 6% per year for a 3-year period. Some would say it is a penalty, but it is not. It is a target that a network company has to meet in order to prove its efficiency. For consumers it is very relevant, because over that 3-year period, our total cumulative reduction cost is amounting about 1.3 billion guilders, that's about 600 000 000 Euros, quite a sensible amount of money. Network companies are complaining much on that. They are crying and shouting on it and they are all appealing to the decisions that we have made last year. But I am very confident of it because it is a fair system. It is a rough system but it is transparent and that is good for consumers.

Now, a few words on gas. We have differences with respect to the access regimes on electricity and on gas. Electricity, as I told you, is regulated by third party access. Tariffs are set by the regulator using the RPI-X incentive system. There is a legal unbundling for the distribution companies. But for gas the system is much more hybrid. We have a hybrid third party access system. That means that transportation companies have to publish on an indicative basis their tariffs and conditions for transportation of the gas. But they have to be based on guidelines that are set by the regulator. We also make global use of efficiency drives and that is for gas further to be developed. DTe has to find a balance for gas between the regulated third party access, on the one hand, and negotiated third party access, on the other hand. The principles that we have developed in those guidelines, and I cannot underline that enough, has to be based on historical cost, including a reasonable rate on investment. This is challenged very much by the gas transportation sector and notably by the Gasunie. Our principle is that fixed costs should be translated into a fixed tariff element and variable costs in a variable tariff element. And again the causality principle: every customer has to pay for the cost that he is causing. Non-discrimination as the overall principle, which is the red line throughout the guideline that we have made. On gas trade, gas-to-gas competition is to be stimulated by a number of specific notions requiring transportation and capacity rights. And what I'm saying is not only for transportation. It also applies for storage-facilities. We are stimulating that the transportation storage business besides standard contracts, comes up with the possibility of short term contracts. We are also promoting a secondary market for buying transport capacity. And transparency of information again is a key issue to be underlined. Transparency on costs but also on available capacity. A balancing regime, that is to be applied by the system operator. In the Dutch case, that is the Gasunie, a balancing regime should be based on market oriented principles, and as I said promoting competition also in storage and in flexibility services. Well, these are notions that are to be considered as a revolution with respect to the existing situation of my country. If the question was asked if that is a negotiated system, I say yes. It is a negotiated system, because what we are not doing is setting tariffs. We are not setting conditions like we are doing with electricity. We give room for market

parties to negotiate on tariffs and on specific conditions with the gas transportation sector. My conclusion is that our system is somewhere in between negotiation and regulation. Again underlining the earlier principle that I mentioned: wherever possible let the market do its work. Only interference by governments and regulators if there is no other choice. On supply tariffs we have a licensing system setting tariffs for captives on a temporary basis. This will end in 2004. We make a split between the energy content in the supply tariff and the own cost of the supplier itself.

Now a few words on issues and challenges as I see them. It is very appropriate and very necessary to monitor how markets really develop and behave. Therefore it is also necessary to adopt the rules in order to achieve that. It is essential to choose the appropriate instrument. Because of the fact that the energy regulator is part of the competition authority we can make the appropriate choice between the ex ante instruments that are based on the two energy laws, on the one hand, and the ex post corrective mechanisms that are based on the competition law. Now, the other challenge that I see is what is happening in Europe. Well, there are new proposals from the European Commission. It is a very interesting and well-balanced package. But it is also a complicated package. We still have to get a closer look at it, what it really means. But one thing is for sure. To promote the internal energy market for gas there are already quite some cross boundary trades. But there is a high dam between incumbents. There is not enough room for new parties to enter in order to let the market work on an efficient basis. For electricity only 8% is traded cross boundary. However there is much more trading-room, much more availability of capacity. We should try to get rid of the existing barriers for cross boundary trade. I'm very sure that the package now being proposed by the European Commission is a suitable basis for further discussion.

Chairman, thank you very much!

DRA. MARIA CELESTE ALVES FONSECA

Directora Geral de Comércio e Concorrência

Bom dia a todos!

É com muito gosto que estou aqui neste magnífico auditório e sobretudo na Universidade de Coimbra. Todavia, a minha missão não é fácil, desde logo porque estava prevista para este painel a intervenção de uma pessoa com larga experiência nos assuntos e nos temas propostos, por outro lado a intervenção anterior também fez já um abordagem exhaustiva e bastante abrangente do enquadramento destes problemas, todavia pelo convite que me foi feito pelo Sr. Presidente da ERSE eu resolvi aceitar, fundamentalmente por duas ordens de razões: em primeiro lugar, pela relação que existe ao nível pessoal e institucional entre a Direcção Geral e a ERSE, e também porque realmente os temas que estão em cima da mesa são extremamente importantes e de grande actualidade e penso que é sempre uma oportunidade poder reflectir, discutir sobre os mesmos. Nomeadamente, ter a oportunidade de falar de algumas questões de concorrência, de princípios de concorrência que, sendo no fundo, em Portugal, uma legislação que existe desde 1993, eu penso que nunca é demais lembrar, falar e discutir e reflectir sobre princípios dessa legislação.

Sinceramente, o pouco tempo que tive não me permitiu fazer uma intervenção, portanto vou-me limitar a partilhar convosco algumas ideias, algumas questões que têm mais a ver com a interface que existe entre a regulação sectorial derivada e originada por todo este processo de liberalização de abertura deste tipo de mercados à concorrência e portanto a interface, como eu digo, entre estas entidades reguladoras, esta regulação sectorial e o que será a regulação do ponto de vista da concorrência, uma regulação horizontal. Portanto, como já foi referido, pelo meu antecedente orador, nós estamos num processo de liberalização, processo desencadeado a nível comunitário, que no fundo é o motor que leva a todas estas questões e estes problemas que agora estamos a reflectir. Liberalização essa que assenta em vários princípios que de alguma maneira já aqui foram aflorados e que, no fundo, o que está em causa é a introdução de concorrência em sectores anteriormente sujeitos a monopólios e nalguns casos ainda, tendo em vista melhorar a qualidade do serviço prestado e reduzir o nível dos preços. Portanto, evitando ineficiência e atrasos, nomeadamente em termos de inovação.

Este processo dá a possibilidade, todavia, aos estados membros de conferirem direitos especiais, portanto, direitos de monopólios a empresas quer públicas, quer privadas para o

desempenho das missões de interesse económico geral. Todavia, esta possibilidade sempre baseada no princípio da proporcionalidade. Estamos perante fundamentalmente indústrias de rede em que é preciso distinguir entre a infra-estrutura e os serviços oferecidos por essa infra-estrutura. Obviamente que há grande dificuldade e até mesmo em alguns casos impossibilidade de criação de outras infra-estruturas, quer pelos custos de investimento, quer em termos de eficácia económica, como tal há que distinguir, e o que está em causa é criar condições de concorrência a nível dos serviços oferecidos, isto é separando a infra-estrutura das actividades comerciais onde poderá existir concorrência. O acesso à rede, que neste contexto acaba por ser o veículo da concorrência, o acesso à rede por terceiros que para concorrerem na oferta de serviços suportados por essa rede, é o princípio geral, diria assim, de todo este processo da liberalização. O processo depois dá também a possibilidade, e originou em muitos casos e muitos países, a criação de designados organismos reguladores sectoriais que têm por missão assegurar a realização dos objectivos da liberalização.

Que princípios para esta regulação? No fundo, princípios que também estão subjacentes muitos deles a princípios de concorrência. Deverá ser uma regulação que assente em objectivos claros, que assegure um equilíbrio entre a flexibilidade e o rigor jurídico, que dê cumprimento ao princípio da proporcionalidade, isto é, deve ser reduzida ao mínimo indispensável a prossecução dos objectivos pré-definidos e também a procura, deve procurar estabelecer um equilíbrio entre as vantagens do mercado, entre a afectação óptima dos recursos e eficiência económica e os valores da missão de interesse económico geral, e por outro lado tecnologicamente neutra. Todo este processo de liberalização é um processo gradual, enfim uns sectores mais acelerado do que noutros mas tendencialmente gradual, donde durante o processo há uma coexistência de uma regulação sectorial e de uma regulação horizontal de concorrência, nomeadamente nas áreas liberalizadas. A regulação sectorial, em termos de tendência, deverá vir a ser limitada à medida que os mercados vão sendo abertos à concorrência em favor da aplicação do direito da concorrência. Todavia, num período de transição, como é o período actual na maioria destes sectores, esta regulação sectorial é extremamente importante, desde logo para facilitar a liberalização, para prever e regular ex ante situações que possam entravar, impedir ou retardar o processo que está em curso e também para regular aspectos técnicos concretos essenciais: qualidade, segurança, protecção ambiental e todas as questões ligadas com a missão de serviço público que tenha sido definida.

Neste contexto, e com esta coexistência podem surgir conflitos de competência e vários modelos ao nível teórico podem ser equacionados em termos de regulação sectorial versus regulação de concorrência, e eu diria que 3 modelos podem ser visualizados: um modelo de

poderes de concorrência centralizados, um modelo de poderes de concorrência descentralizados – entre as autoridades de concorrência e as autoridades sectoriais – e também um modelo de poderes concorrentes, isto é, em que as duas autoridades podem aplicar as regras de concorrência, sendo que neste modelo deverá existir sempre uma instância de recurso para situações de divergência e conflito.

Em Portugal, a situação actual é a do poder centralizado em termos de aplicação das regras de concorrência, portanto, só as autoridades de concorrência, quer a Direcção Geral de Comércio e Concorrência, quer o Conselho da Concorrência, têm competência para aplicar a legislação de concorrência ao nível das práticas anti-concorrências e do controlo de operações de concentração. Existem, no entanto, situações como por exemplo no caso das telecomunicações e dos Media, Comunicação Social, em que no âmbito do controlo das operações de concentração, as próprias legislações sectoriais prevêem a emissão de um parecer prévio por parte das autoridades reguladoras sectoriais. Também no caso das práticas anti-concorrências, e aí é a própria legislação de concorrência que prevê que o Conselho da Concorrência antes da sua decisão obtenha o parecer prévio do Banco de Portugal ou da CMVM, se for o caso, e do Instituto de Seguros Portugal, quando as arguidas forem entidades do sector financeiro ou segurador. Então e que vantagens do modelo centralizado, que no fundo é o modelo existente actualmente em Portugal? Desde logo a promoção de eficiência pela utilização centralizada de recursos especializados, também o assegurar do princípio do “one stop shop” com a inerentes vantagens para as empresas, por outro lado, uma menor probabilidade de definição e aplicação de objectivos ambíguos, também a imparcialidade e isenção das autoridades de concorrência em relação a todo e qualquer sector de actividade devido ao seu maior distanciamento existente em relação aos interesses do sector – portanto, há um menor risco de captura, que é uma das desvantagens que é apontada à possibilidade de aplicação da legislação de concorrência pelos reguladores sectoriais - também na cultura de concorrência e domínio de métodos de análise específicos de concorrência, uma visão de conjunto e maior experiência de aplicação do direito da concorrência. Por outro lado, a aplicação coerente e homogénea do direito da concorrência, reduzindo riscos de interpretações distintas dos princípios e conceitos fundamentais desse direito. Portanto, as regras de concorrência devem conter a flexibilidade suficiente que permita ter em conta as especificidades dos vários mercados. Por outro lado, a neutralidade económica do direito da concorrência exige que os métodos de análise, os princípios aplicáveis, as sanções e obrigações sejam homogéneas em todos os sectores de actividade. Como contraponto, uma das vantagens que se aponta para o modelo descentralizado é exactamente o maior conhecimento dos mercados por parte das

entidades reguladoras, nomeadamente em relação ao sector que regulam, todavia, sempre existindo a tal possibilidade de um maior risco de captura.

Em termos próprios do mercado interno de electricidade já aqui foram afloradas e dissecadas as principais questões que se colocam, eu diria que no fundo todo o processo de liberalização deste mercado assenta em 4 princípios: o princípio da subsidiaridade dos Estados-membros existindo regras comuns mas dando a possibilidade aos Estados-membros de, face a essas regras, adoptarem o que melhor lhes convém em termos do seu sector, um processo progressivo, portanto possibilitando a adaptação ao novo contexto e também a possibilidade de obrigações de serviço público com o cumprimento de certas regras e ainda um último aspecto, o desenvolvimento das redes transeuropeias de energia.

Portanto, estas são as questões essenciais que estão subjacentes à questão do mercado eléctrico, de electricidade. A primeira, as regras comuns já aqui foram afloradas e ditas, resultam de Directiva 96/92 e portanto têm a ver com a produção, transportes e distribuição e que prevê normas quanto à organização e funcionamento do sector, acesso ao mercado e os critérios e mecanismos aplicáveis aos concursos, às concessões de autorizações de utilização das redes.

Quanto ao processo progressivo ele está vertido essencialmente através do estabelecimento de quotas mínimas anuais de abertura dos mercados.

Quanto às obrigações de serviço público, e como também aqui já foi largamente explicitado, há a possibilidade e está prevista a isenção das regras de concorrência com base no princípio da proporcionalidade, isto é, só na medida em que a aplicação dessas regras cause entraves a prossecução da missão de interesse geral e também pelo respeito de determinadas regras, como os princípios da universalidade, da continuidade, transparência e não discriminação de clientes.

Ora bem, que questões concorrenciais? As questões concorrenciais colocam-se, diria eu, a dois níveis. Num primeiro e mais importante e fundamental nesta fase do processo que tem a ver com as questões de acesso ao mercado, e que são questões prévias àquelas que já resultam do funcionamento normal do mercado, e aqui tem a ver com os sistemas instituídos para aceder ao mercado, a própria directiva estabelece os vários sistemas, a regulamentação nacional claramente define o que está previsto, todavia todos estes sistemas, sejam concursos, sejam licenças, devem ser sistemas transparentes, objectivos e não discriminatórios. E devem, tanto quanto possível, evoluir-se para sistemas menos de controlo, passar sempre que possível de sistemas de controlo a priori para controlo a posteriori, aligeirar, digamos assim, os sistemas existentes. Também o acesso às redes e interligações, que é o ponto nevrálgico de todo este

processo, e onde nesta fase as principais questões se colocam, devem existir regras claras e objectivas de acesso de forma não discriminatória e também existência de mecanismos de resolução de conflitos.

Passando a fase do acesso, temos o exercício já da actividade, e aqui tem plena aplicação a legislação de concorrência, quer em acções desenvolvidas de natureza estrutural – sucessões, aquisições – em que quer a legislação nacional, o DL 371/93, quer a legislação comunitária definem as regras de aplicação e as obrigações para as empresas; quer sejam acções comportamentais que infrinjam a legislação nacional ou comunitária de concorrência – os acordos, práticas concertadas, decisões de associações – em que também é aplicável ou a legislação nacional ou no caso de se estar perante comportamentos de dimensão comunitária que afectem o comércio entre os estados membros, serão aplicados os art.º 81 e 82 do tratado. Esta aplicação ao sistema eléctrico público e ao sistema não vinculado será feita obviamente com as necessárias adaptações em função da própria regulamentação nacional que existe e também porque a própria legislação de concorrência tem uma disposição no seu art.º 91 algo semelhante ao do ex-art.º 90, actual art.º 96, portanto exclui também da aplicação da lei as empresas concessionadas de serviço público. Esta aplicação de âmbito nacional tem sido feita quer ao nível da Direcção Geral na sua aplicação, quer ao nível do próprio Conselho nas decisões que tem tomado e tem havido uma abordagem e uma aplicação restritiva exclusiva, isto é, segundo, o princípio da proporcionalidade que eu já referi à semelhança do princípio que está definido a nível comunitário.

Portanto, e de uma forma sintética, regulação sectorial é uma regulação de concorrência. A regulação sectorial actua essencialmente ex ante, precavendo situações anti-concorrenciais e promovendo o desenvolvimento do processo concorrencial. A regulação sectorial deve promover legislação específica que regule certas situações decorrentes da ainda não existência de mercado concorrencial, que tem logicamente implicações nos consumidores e nos concorrentes emergentes. A regulação horizontal, portanto a aplicação da legislação de defesa da concorrência e numa primeira fase deve fundamentalmente sancionar eventuais abusos por parte do operador com posição dominante, situações mais graves do ponto de vista do desenvolvimento do processo de liberalização. Deve também acompanhar e participar do processo legislativo sectorial, dando a sua perspectiva de política de concorrência.

Portanto e em conclusão, o que deve existir é uma grande cooperação e uma acentuada cooperação entre os dois tipos de regulação. É um processo indispensável existir esta cooperação. Eu diria mais, cooperação entre autoridades reguladoras sectoriais e as autoridades de concorrência e mesmo entre as várias autoridades reguladoras sectoriais tendo em conta

toda a dinâmica do mercado, toda a diversificação que cada vez mais se verifica nas empresas, nomeadamente nas “Multi-utilities” e portanto, na interferência que dentro das próprias empresas vão tendo em vários sectores eles também regulados, e portanto isto coloca problemas aos reguladores e, penso, que só com uma grande cooperação entre os vários reguladores se poderá efectivamente ter uma regulação eficaz dentro dos objectivos que estão definidos e que se pretendem.

Muito obrigada!

Regulação da Energia e Defesa dos Consumidores

Professora Doutora Maria Manuel Leitão Marques
Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

Sumário

1. O discurso

2. Os princípios e os direitos
 - Na União Europeia
 - Em Portugal: a CRP, a lei e as recomendações
 - As boas práticas

3. As opiniões e as expectativas

- O estudo do Eurobarómetro sobre os serviços de energia
- Estilos de vida e tendências na procura de serviços de energia

1. O discurso

Seja como mera bandeira política ou como genuína preocupação social, parece inegável reconhecer que o discurso sobre consumidores e serviços públicos entrou na agenda pública europeia, nos últimos anos.

Refiro-me à *agenda pública*, e não apenas à agenda política, compreendendo a opinião pública dos consumidores e as formas de esta se manifestar, seja por meio de inquéritos ou sondagens, seja através de associações representativas, sectoriais (de utentes de determinados serviços) ou transversais (de consumidores em geral); a intervenção de instituições públicas nacionais, colocadas em diferentes domínios da administração (o governo e a administração central, a administração indirecta, a administração independente, a administração consultiva, a administração autárquica); e a intervenção das instituições públicas multinacionais, como a Comunidade Europeia e outras organizações que em torno dela desenvolvem a sua actividade. Na agenda pública, interferem, ainda, os prestadores dos serviços e outras organizações da sociedade civil, de natureza económica, social ou política, como os parceiros sociais ou os partidos políticos.

A agenda pública é alargada e o discurso é plural. Exprimem-se posições divergentes ou convergentes sobre o acesso e a satisfação dos destinatários das prestações de serviços públicos, sobre a responsabilidade do Estado para garantir esses dois objectivos e sobre a capacidade do mercado para os satisfazer.

No caso português, por exemplo, a problemática da regulação dos serviços públicos e protecção dos consumidores foi objecto de um Colóquio Internacional, em Junho de 2000, organizado pelo Instituto do Consumidor, no âmbito da presidência portuguesa da UE, de um debate organizado pela FENACCOOP, em Janeiro de 2001, de uma sondagem patrocinada pela Secretaria de Estado da Defesa do Consumidor e pelo Instituto do Consumidor, em Março de 2001. No início de 2001, no dia do consumidor, a ERSE dedicou uma Carta ao Consumidor, sem esquecer a Lei de Protecção dos Utentes de Serviços Públicos Essenciais, publicada em 1996.

Na União Europeia, a nova *Comunicação sobre Serviços de Interesse Económico Geral* (COM (2000) 580 Final) é tributária de uma concepção de serviço público com preocupações

sociais e de eficiência. Paralelamente, vemos surgir uma proposta de *Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral*, do CEEP. Por último, a *Carta de Direitos Fundamentais da UE*, aprovada na Convenção de Nice em 2000, consagra no seu art.º 36 o dever da União respeitar o direito de acesso aos serviços de interesse económico geral, conforme está previsto no direito e práticas de cada Estado membro e nas disposições do Tratado (art. 16º e 86º), reconhecendo-os como instrumento de promoção da coesão económica e social.

Tratar-se-á de mero saudosismo de um modelo do monopólio público, como alguns referem? Não pode excluir-se que haja, por vezes, particularmente no discurso sindical, uma espécie de *fétiche* do serviço público, muito mais orientada para a forma jurídica do prestador (reivindicando-se titularidade e gestão públicas), do que para a satisfação do consumidor.

Contudo, a emergência do “discurso do acesso e do consumidor” não se limita, apenas, a esta vertente de tipo “antropológico”. No seu essencial, o que o discurso traduz é a deslocação da atenção do formato do prestador, trivializada que está a sua pluralidade, para os *resultados da prestação*.

Aqui chegados, deparamo-nos com dois tipos de destinatários (e dois tipos de resultados) que tanto a nova regulação, como a literatura começam, mais recentemente, a distinguir: *os grandes clientes e os consumidores para uso doméstico*.

Não esquecendo os primeiros, o discurso sobre os utentes e os serviços públicos é dirigido preferencialmente aos consumidores individuais dos serviços para consumo final, *promovidos de meros utentes a consumidores, com o que tal promoção implica em termos de relação comercial*. É aqui que se cruza o económico com o social, desviando-se a atenção das formas de prestação para os direitos dos destinatários e para o domínio da cidadania.

2. Os princípios e os direitos

2.1. A PLURALIDADE DAS FONTES E DE FORMATOS REGULATÓRIOS

A competência para a definição da regulação dos serviços públicos, em geral, e do serviço público da energia, em particular, reparte-se hoje por diferentes entidades, o que, por vezes, dificulta o seu conhecimento e compreensão pelo consumidor. O mesmo se passa com as competências para sua aplicação.

Do ponto de vista do consumidor, há que conjugar, basicamente, a regulação comunitária, contida no Tratado e no direito derivado, com a regulação nacional. No âmbito nacional, há que articular a regulação sectorial e a transversal a cargo de diferentes tipos de autoridades com capacidade de intervenção nos serviços públicos (no caso português, por exemplo, para o sector energético, a Assembleia da República, o Governo, a Direcção Geral da Energia, a Direcção Geral do Comércio e Concorrência e o Instituto do Consumidor e a Entidade Reguladora do Sector Eléctrico – ERSE). Os formatos regulatórios são também os mais diversos: desde a Constituição ao Tratado, à lei, aos regulamentos e directivas, os próprios contratos de concessão, as comunicações, as recomendações e os códigos de conduta.

Em geral, em matéria de protecção do consumidor, e especificamente no que se refere aos serviços públicos, tem-se registado um impulso regulatório da Comunidade para os Estados membros, o que significa que muita regulamentação nacional tem, directa ou indirectamente, origem comunitária.

Assim, assistiu-se à consolidação de certos princípios que são, hoje, reconhecidos tanto ao nível comunitário, como nacional, desenvolvidos em primeiro lugar, passando de seguida aos direitos que regulam a prestação de serviços públicos, em geral, e de serviços de energia, em particular, acolhidos na ordem jurídica comunitária e nacional, para terminar com uma referência às formas negociadas, resultantes de concertação e/ou de códigos boas práticas voluntariamente assumidos por diferentes entidades intervenientes no sector.

2.2. Os princípios

À energia aplicam-se os três princípios que tradicionalmente caracterizam os serviços públicos: *continuidade, igualdade e mutabilidade*.

O primeiro implica a obrigação de resposta, sem interrupção, às necessidades dos utentes, nos limites do respeito pelo direito à greve (Comissariat Général du Plan, 1995:29), dele

resultando o direito a obter uma reparação, em caso de interrupção excessiva, imputável à falta de zelo da prestação.

O segundo, - *o princípio da igualdade* -, que tem como corolário a neutralidade, significa que o serviço deve ser prestado nas mesmas condições a todos os utentes que se encontrem na mesma posição contratual. Igualdade não é assim, e será cada vez menos, sinónimo de uniformidade.

O terceiro, - *o princípio da mutabilidade* - concretiza-se na obrigação de o serviço público se adaptar às circunstâncias e à evolução das necessidades dos destinatários, ou seja, deve ser entendido como um dever de modernização do serviço público.

A estes três princípios é hoje frequente acrescentar um quarto - *o princípio da eficácia* -, visto como um dever de obter resultados da base, que deve, igualmente, ser tido em consideração na gestão dos serviços públicos. A eficácia é exigida tanto ao prestador público como ao privado, e os respectivos resultados são avaliados segundo os mesmos critérios.

A tradução exacta das obrigações dos serviços públicos decorrentes destes princípios pode ser feita pela lei, em sentido amplo, e/ou no contrato de concessão, sem prejuízo de ser deixada, parcialmente, em aberto, para ser concretizada em sede de regulação de controlo e acompanhamento.

2.3. Os direitos

2.3.1. Na União Europeia tado de Amesterdão e os “trabalhos preparatórios”

A questão dos serviços de interesse económico geral tem sido discutida na UE numa nova perspectiva (as tradicionais eram a da concorrência e da neutralidade relativamente ao regime de propriedade de cada Estado), que é a do *direito dos cidadãos aos serviços públicos*.

Transportar o discurso dos direitos fundamentais para a discussão dos serviços públicos constitui um progresso difícil de antever no princípio desta década, onde as palavras de ordem eram liberalização, desregulamentação e privatização. Contudo, como cedo se constatou, tratando-se de serviços básicos, mesmo que prestados por entidades privadas, o problema da sua regulação não ficou esgotado com a privatização.

A discussão acendeu-se na fase preparatória do Tratado de Amesterdão. Num relatório encomendado por Jacques Delors ao *Centre Européen des Entreprises à Participation Publique* (CEEP), defendia-se, desde logo, não ser possível tratar todos os problemas que envolvem o serviço público através da simples aplicação do princípio do mercado aberto e da concorrência.

Ficou assente também, que a questão do serviço público envolve, ao lado de uma abordagem económica, social e jurídica, a perspectiva do consumidor. "Na Europa, a regulação e gestão pelas autoridades públicas, em nome do interesse geral, de certos bens e serviços simboliza a interdependência social e é um elemento do contrato social e da cidadania. Ela faz parte do "compromisso social" das nossas sociedades" (CEEP, 1995: 2). Deixavam-se, em consequência, propostas precisas, tais como: a alteração do Tratado para equilibrar a regra de aplicação do direito da concorrência às empresas que se ocupam dos serviços públicos; a elaboração de uma carta europeia do serviço público para explicitar e precisar as disposições do Tratado; a criação de um organismo de avaliação, para estudar e discutir as diferentes experiências nacionais e para organizar um debate público.

A versão acolhida no Tratado de Amesterdão (art.16º) ficou relativamente aquém das propostas que estiveram na sua origem. Optou-se por uma obrigação de os Estados e a Comunidade, dentro das suas competências respectivas, assegurarem que os serviços de interesse económico geral (e não apenas interesse geral) cumpram as missões que lhes foram confiadas e contribuam para o desenvolvimento económico e social dos serviços públicos. A nova disposição contém, assim, uma remissão para os Estados membros, dentro do princípio da subsidiariedade, fundamentada na inoportunidade (ou na impossibilidade) de uma definição comum a todos os Estados do que são obrigações de serviço público. Tem, na sua base, o reconhecimento da diversidade de tradições em matéria de serviços públicos (um conceito muito presente em França, Itália, Grécia, Espanha, Bélgica, Portugal, mas não tanto na Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, Alemanha, Países Baixos, embora nestes países as situações sejam também distintas) e o entendimento de que os Estados estão em melhor posição para assegurar e definir tais obrigações e respectivo conteúdo.

Isto não significa que a Comunidade não tenha nenhum poder, em sede de políticas do consumidor ou do ambiente, na regulação das redes transeuropeias, etc. Porém, o art. 16º dificilmente será para essas intervenções um princípio estruturante e orientador comum. Preferiu-se um compromisso por baixo, embora não seja correcto desvalorizar esta alteração e a discussão que a antecedeu³⁶.

a) A Comunicação sobre os Serviços de Interesse Económico Geral

Na verdade, a nova Comunicação da Comissão sobre os Serviços de Interesse Económico Geral (COM(2000) 580 Final) retoma e desenvolve algumas das ideias constantes do

³⁶ Sobre a discussão em trono do "novo" modelo de serviços públicos, durante a década de 90, cf., entre outros, Bailly, 1995; Bauby e Boual, 1997; Bonino, 1995; Cailosse, 1999; Casari, 2000; Durand, 1996; Espuglas, 1998; Hancher, 1998; Henry, 1997; Stoffaas, 1995; Rachline, 1996; Warin, 1997.

debate que antecedeu a revisão do Tratado. A Comunicação privilegia, claramente, uma perspectiva centrada nos direitos dos utilizadores (satisfação das necessidades básicas, garantia do acesso universal, serviços de elevada qualidade e de preço acessível). Refere a possibilidade de discriminação positiva a favor de certas categorias de população, tais como os deficientes e as pessoas de baixos rendimentos. Enumera outros princípios que podem “contribuir para definir as exigências dos utilizadores” tais como, uma definição clara das obrigações de base, por forma a garantir a prestação de serviços de boa qualidade, elevados níveis de saúde pública e a segurança física dos serviços; a transparência em matéria de tarifas e condições contratuais; a liberdade de escolha do fornecedor, quando existir concorrência efectiva; a existência de mecanismos de queixas e resolução de conflitos e de um sistema de compensações; o princípio da representação e da participação dos utilizadores na definição dos objectivos dos serviços; e, finalmente, a salvaguarda da especificidade cultural e histórica de cada Estado membro. Apesar desta salvaguarda, a Comunicação acolhe expressamente a ideia de que existe uma ligação entre “o acesso aos serviços de interesse geral e a cidadania europeia” e que, por este motivo, é importante estabelecer um conceito central comum de interesse geral, referindo-se à disposição da Carta dos Direitos de Fundamentais como um importante passo nesta direcção.

No que se refere, em especial, ao serviço de energia (gás e electricidade), para além dos padrões de serviços, onde inclui, por exemplo, a rapidez de resposta aos pedidos de ligação ou de reparações e o rigor da facturação, a Comunicação aponta ainda o princípio de uma protecção especial dos consumidores mais vulneráveis (garantia de continuidade de fornecimento), bem como a ideia de que a licença de fornecimento deve ser retirada aos prestadores que não respeitem as condições mínimas relativas aos padrões de serviço público. Por último, a Comunicação exprime ainda como objectivos principais do processo de liberalização a redução dos preços e a melhoria da qualidade dos serviços de interesse público. Aliás, embora o impacto da liberalização dos serviços de energia ainda não possa ser medido em profundidade, é precisamente o exemplo da redução média de 5,2% dos preços da energia para as famílias no espaço da União que a Comunicação utiliza para admitir que essa avaliação, será, em princípio, positiva.

b) As especificidades do sector da energia

2.3.2. Em Portugal

Em geral, os utentes dos serviços públicos beneficiam dos mesmos direitos que os consumidores em geral, tanto ao nível constitucional, como ao nível legislativo. Para além desses direitos, beneficiam de outros resultantes da própria exigência do serviço público, em geral, e de cada serviço, em particular.

a) A Constituição da República Portuguesa

A Constituição portuguesa não trata os serviços públicos económicos do ponto de vista dos utentes. Mantém-se apegada a uma visão, hoje, amente ultrapassada, que dá mais atenção ao formato (titularidade e gestão) do que aos destinatários. Em sede constitucional há que relevar, sobretudo, os direitos do consumidores e das suas associações, considerados como direitos fundamentais e reconhecidos no capítulo dos direitos e deveres económicos (art. 60º).

b) A lei

Ao consumo de serviços de energia e ao contrato que liga os prestadores desses serviços aos respectivos utentes aplicam-se, em todas as circunstâncias, as regras gerais sobre protecção do consumidor, como por exemplo, o regime sobre as cláusulas contratuais gerais ou as regras relativas à publicidade, prevalecendo sobre o direito específico, sempre que se mostrarem mais favoráveis³⁷. Além disso, desde 1996, os utentes dos serviços públicos essenciais – electricidade, gás, telefone e água – dispõem de um regime específico que se aplica à sua relação contratual com o prestador, seja este uma entidade pública, uma empresa concessionária ou uma empresa privada.

A noção de utente abrange não apenas o consumidor final (como é definido na lei de defesa do consumidor), mas também outras pessoas singulares ou colectivas. Apesar disso, a razão de ser das regras consagradas neste diploma relaciona-se, sobretudo, com a protecção do consumidor final.

Desde logo, e para realçar este ponto, a lei retoma o *direito de participação* a favor das organizações representativas dos consumidores. Este direito concretiza-se na possibilidade de tais organizações serem ouvidas no processo de definição das estratégias por parte dos fornecedores de serviços públicos essenciais e de serem consultadas sobre os contratos que venham a ser celebrados entre o Estado e as entidades concessionárias (art.2º).

O legislador atribuiu aos direitos dos utentes uma natureza imperativa, estabelecendo como sanção a nulidade para qualquer convenção contratual que importe a limitação de tais direitos. Esta nulidade é atípica, na medida em que só poderá ser invocada pelo utente.

³⁷ Cf. Monteiro, 2000: 341.

Por fim, há ainda que referir que esta lei deixará de aplicar-se, no caso de outras normas se mostrarem mais favoráveis para o utente (art. 12º).

Para além destes três aspectos fundamentais, delineadores da finalidade desta lei, existem outras regras relativas à relação de prestação do serviço.

O princípio da boa fé vem consagrado no art. 3º, e a lei acolhe também os princípios que, em geral, caracterizam os serviços públicos, tais como, o da universalidade, da igualdade, da continuidade, do bom funcionamento e da qualidade do serviço.

Relativamente ao fornecimento de serviços públicos de energia, o princípio da continuidade traduz-se na imposição que é feita aos prestadores para que forneçam de forma contínua os serviços, sem interrupções ou suspensões.

Nos casos em que se tenha de proceder à suspensão dos serviços, impedem sobre os prestadores determinadas obrigações, que se relacionam, nomeadamente, com o dever de prevenir o utente da interrupção que irá ter lugar, mediante pré-aviso adequado.

Nos casos em que se verifique a mora do utente, a suspensão do serviço só é admissível, em circunstâncias excepcionais, e desde que o utente seja advertido, com pelo menos oito dias de antecedência, das razões que estiveram na base de tal facto, bem como dos meios que dispõe para se obstar a tal suspensão.

Note-se que, de acordo com o n.º 4 do art. 5º, não é permitida a suspensão do serviço público, com fundamento na falta de pagamento de qualquer outro serviço incorporado na mesma factura, excepto se ambos os serviços forem considerados funcionalmente indissociáveis. Assim, relativamente à facturação conjunta de serviços, o art. 6º, estabelece a favor do utente um direito à quitação parcial, que protege o consumidor nos casos em que dois serviços sejam facturados em conjunto, permitindo-lhe exigir, por um lado, a quitação parcial e, por outro, a prestação de certo serviço, mesmo que não tenha pago o outro serviço facturado conjuntamente.

Outras duas medidas de protecção do consumidor de serviços públicos encontram-se na proibição de imposição e cobrança de consumos mínimos (art.8º) e no direito à facturação detalhada, ou seja, no direito à especificação dos valores que a factura apresenta (art.9º).

Exige-se, ainda, a obediência a elevados padrões de qualidade, onde devem ser incluídos o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando tais padrões de qualidade constituam fundamento para a variação de preços (art.7º).

Por fim, é de salientar que, de acordo com o art.10º, n.º 1, o prazo para a cobrança das dívidas dos serviços passa a ser de seis meses, sob pena de prescrição. A intenção do legislador, como refere Pinto Monteiro (2000: 347), foi a de prevenir o endividamento excessivo

do consumidor. É sabido que as dívidas de serviços públicos (electricidade, gás, telefone, água), isto é, serviços cujo fornecimento se faz previamente ao pagamento, fazem parte, frequentemente, do saldo devedor dos consumidores sobreendividados. Antes dos compromissos resultantes do crédito ao consumo ou para aquisição de habitação, são estes serviços uns dos primeiros a deixar de ser pagos. Além disso, a sua cobrança pode vir a pesar significativamente no sistema judicial. Medidas preventivas, em sede deste tipo de legislação, são uma forma de evitar que tal aconteça.

Por último, o DL n.º 195/99, de 8 de Junho, que regula a exigência da prestação de cauções, o qual só se aplica aos consumidores domésticos, tal qual são definidos na Lei n.º 24/96.

c) Os Regulamentos do Sector Eléctrico

1- OS REGULAMENTOS TARIFÁRIO, COMERCIAL E DA QUALIDADE

A legislação do sector eléctrico³⁸ prevê a elaboração de um Regulamento Tarifário, de um Regulamento Comercial, ambos a cargo da ERSE, e de um Regulamento de Qualidade, a cargo da Direcção-Geral da Energia. Para a elaboração de todos eles serão consultadas as organizações representativas de consumidores. A participação dos representantes dos consumidores está prevista na orgânica da ERSE, em sede do Conselho Tarifário e do Conselho Consultivo.

O Regulamento Tarifário, de 27 de Agosto de 2001, define os critérios e métodos de formulação e fixação de tarifas e preços para a energia eléctrica

O Regulamento das Relações Comerciais, de 27 de Agosto de 2001, regula, em especial, o título contratual, a prestação de caução e a sua devolução, o modo de facturação, medição e pagamento, as obrigações de fornecimento, incluindo a interrupção do fornecimento, os deveres de informação, as reclamações e o modo de resolução de conflitos.

O Regulamento da Qualidade de Serviço, de 23 de Junho de 2000, define a qualidade de serviço, com referência a três aspectos fundamentais, os dois primeiros de natureza técnica e o terceiro de natureza comercial. Em primeiro lugar, o Regulamento refere-se à *continuidade do serviço*, entendida como o fornecimento de energia eléctrica, sem interrupções; em segundo lugar, regula a *qualidade da onda de tensão*, entendida como a ausência de perturbações na tensão; por fim, regula a *qualidade comercial*, que diz respeito ao relacionamento entre o

³⁸ Cf. <http://www.erse.pt>

fornecedor de energia eléctrica, em sentido amplo, e os seus clientes, especialmente quanto ao atendimento, à informação, à assistência técnica e à avaliação da satisfação dos clientes.

O seu *campo de aplicação* estende-se às actividades de fornecimento de energia eléctrica aos clientes do SEP e aos distribuidores vinculados; às actividades de prestação de serviços de transporte e de distribuição de energia eléctrica pelas entidades do SEP; e às actividades de produção e utilização de energia eléctrica por entidades com instalações fisicamente ligadas ao SEP. Deste modo, estão abrangidas no âmbito do diploma a entidade concessionária da rede nacional de transporte (RNT), os distribuidores vinculados, os clientes do SEP e os produtores do sistema eléctrico independente (SEI), bem como os clientes não vinculados, com instalações fisicamente ligadas às redes do SEP.

A verificação do cumprimento dos *padrões de natureza técnica* (continuidade do serviço e qualidade da onda de tensão) é realizada com base num plano anual de monitorização, apresentado à Direcção-Geral de Energia pela concessionária da RNT e pelos distribuidores vinculados. A fiscalização integral do cumprimento é da responsabilidade da ERSE.

O conjunto de disposições relativas à *qualidade de natureza comercial* está dividido em duas secções. A primeira diz respeito à qualidade comercial em geral, ou seja, ao nível de desempenho para a totalidade dos clientes abrangidos, e estabelece como condições gerais de atendimento o acesso fácil e cómodo à informação e aos serviços disponíveis. Os distribuidores vinculados devem proporcionar aos clientes de baixa tensão duas modalidades de atendimento: um atendimento presencial e um atendimento telefónico. A segunda secção regula a *qualidade comercial individual*, ou seja, o nível de desempenho calculado para o ponto de entrega de energia eléctrica a cada cliente garantindo o direito à informação. Os clientes podem solicitar ao seu distribuidor informações sobre aspectos técnicos e comerciais relacionados com o fornecimento de energia eléctrica, bem como sobre os serviços conexos.

Sempre que, um cliente considere não terem sido acautelados os seus direitos ou satisfeitas as expectativas relativas à qualidade de serviço, pode apresentar reclamações junto do seu fornecedor de energia eléctrica.

Outros dos direitos conferidos ao cliente, no âmbito da protecção da qualidade, reside na possibilidade de este poder requerer uma *compensação* pelo não cumprimento dos padrões de qualidade de serviço.

O Regulamento da Qualidade de Serviço, a par das obrigações impostas aos fornecedores e produtores de energia eléctrica, prevê algumas *responsabilidades dos clientes*. Deste modo, o incumprimento dos limites definidos respeitantes à emissão de perturbações para

a rede, por parte dos clientes, poderá conduzir à interrupção do fornecimento, caso a perturbação se mantenha sem resolução ou assuma uma gravidade tal que o justifique.

Para a *resolução de conflitos* que eventualmente surjam, no decorrer da relação contratual, entre os clientes e a entidade concessionária da RNT ou entre os primeiros e os distribuidores vinculados, prevê-se o recurso a centros de arbitragem voluntária.

2.4. As boas práticas

Seguindo uma tendência geral, que se manifesta em outros domínios da regulação, também a relação entre os fornecedores de energia e respectivos consumidores tem sido objecto de códigos de boas práticas, normalmente designados por Cartas. São vários os exemplos disponíveis no espaço europeu.

a) A proposta de uma Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral

Em primeiro lugar, a proposta de uma Carta Europeia para os Serviços de Interesse Geral, que obviamente compreende também a energia. A proposta foi negociada entre o Centro Europeu de Empresas com Participação Pública e Empresas de Interesse Económico Geral (CEEP) e a Confederação Europeia de Sindicatos (CES).

A Carta propõe alguns princípios gerais em que deverá assentar uma política comum de cariz económico-social para os serviços de interesse geral. Fundamenta-se num modelo social Europeu que estabeleça o equilíbrio entre uma economia eficiente, as necessidades de emprego, o respeito pelas questões ambientais, a ideia de desenvolvimento sustentável, a protecção dos consumidores, o progresso social, a prossecução de ideais de solidariedade e de combate à exclusão e ainda com a ideia de maior participação dos cidadãos e/ou dos seus representantes.

A proposta de Carta está dividida em três grandes capítulos: o primeiro, diz respeito às garantias dos direitos fundamentais e a uma vida de qualidade; o segundo, preocupa-se com uma organização de serviços que garanta a prossecução de objectivos económicos e sociais de natureza sustentável; e o terceiro, que diz respeito ao direito de participação.

Propõe a definição do que é um serviço de interesse geral, delimitando o seu campo de aplicação a todos aqueles serviços que sejam criados, organizados ou regulados por uma autoridade pública e que tenham como objectivo o fornecimento do serviço de forma necessária à satisfação das necessidades da sociedade. Esta noção é ampla, ou seja, abrange serviços considerados de carácter não comercial, como os serviços de saúde; e os serviços de interesse económico geral, de carácter comercial, como o fornecimento de energia.

Os principais objectivos constantes desta proposta dizem respeito à universalidade, à segurança, a uma prática de preços justa, à qualidade dos serviços e à sua eficiência, à aplicação do princípio da transparência no processo decisório, técnico e financeiro, à concertação, especialmente com os utentes e suas associações representativas, mas também com os trabalhadores e seus representantes.

Por fim, de acordo com o princípio da subsidiariedade, a definição de serviços de interesse geral, deve ser complementada com a aplicação de regras Europeias, nacionais e locais.

No que diz respeito às entidades reguladoras, cuja criação se mostra aconselhável, cabe-lhes uma função de supervisão, especialmente no que se relacione com a fixação de preços, com a qualidade dos serviços prestados e com a protecção dos consumidores. De todo o modo, os estatutos daquelas entidades devem prever o direito à informação por parte dos utentes, das associações sindicais, dos consumidores e das associações ambientais, bem como delinear os casos em que é necessária consulta prévia, e quais os procedimentos de tal consulta. Esta relação que se estabelece entre as entidades reguladoras e os operadores, assenta no princípio da transparência tal qual é definido no âmbito comunitário.

Relativamente ao direito de participação, a proposta de carta admite a participação dos utentes, associações de utentes ou representantes, na forma de consultas periódicas ou na forma de representação em órgãos de carácter consultivo. Em alguns casos, sempre que se considere necessário, admite-se a participação de outras associações representativas e de organizações não governamentais.

Ao lado do direito de participação, propõe-se a criação de um órgão, de cariz pluralista, a nível Europeu, que reúna e compare os resultados obtidos pelos diversos serviços de interesse geral, nos diferentes Estados membros.

b) A Carta aos Consumidores de Energia Eléctrica da ERSE

Os reguladores nacionais para o sector energético desenvolveram também as suas próprias cartas, códigos de conduta ou recomendações, com o mesmo objectivo.

Em Portugal, a ERSE assinalou o último dia mundial do consumidor (15 de Março de 2001) com uma "*Carta aos Consumidores de Energia Eléctrica*" onde concretizou para o sector eléctrico os direitos contidos no art. 60º da Constituição da República Portuguesa, relacionando-os com os regulamentos específicos do sector energético emitidos pela Direcção-Geral de Energia ou pela ERSE. Tal verificou-se no domínio da qualidade do serviço, técnica e comercial, da protecção da saúde e segurança física, da formação e educação, e do direito à informação,

onde se referem, por exemplo, os deveres das empresas fornecedoras em matéria de informação, nomeadamente no que diz respeito às opções tarifárias ou modalidades de facturação. A Carta inclui ainda o direito à protecção dos interesses económicos, que a ERSE tutela quando aprova as condições gerais a integrar nos contratos de fornecimento, bem como os preços e as tarifas a aplicar aos consumidores. Reconhece-se o direito à prevenção e reparação de prejuízos e o direito à protecção jurídica e a uma justiça célere. Neste domínio, a ERSE compromete-se a promover a arbitragem voluntária, bem como formas de mediação e de conciliação para resolução de conflitos de natureza comercial e contratual. Por último, reafirma-se o direito à participação e representação. Este direito é garantido pela presença de dois representantes de associações de defesa do consumidor no Conselho Consultivo e no Conselho Tarifário (a defesa do consumidor é reforçada pela presença, neste último Conselho, de um representante do Instituto do Consumidor)³⁹.

³⁹ Outro exemplo, de práticas concertadas para a protecção do consumidor e de participação destes na definição dos objectivos do serviço público de energia é o do “*Memorandum of Understanding*”, no Reino Unido, celebrado em Novembro de 2000, entre a *Gas and Electricity Markets Authority* e o *Gas and Electricity Consumer Council*. De acordo com o *Memorandum*, as duas entidades devem cooperar para assegurar uma protecção eficaz dos interesses dos consumidores. *The Utilities Act 2000* estabeleceu como funções da *Authority* a protecção dos interesses dos consumidores de gás e electricidade, nomeadamente através da defesa de uma efectiva concorrência de produção, transmissão, distribuição e fornecimento. Por seu turno, são apontados como objectivos do *Council* a protecção dos interesses dos consumidores através do aconselhamento e informação, particularmente, aos consumidores e autoridades públicas, através da investigação e tratamento das queixas apresentadas pelos consumidores, e ainda através da obtenção e actualização de toda a informação relativa à protecção do consumidor. Por outro lado, o *Council* deverá desenvolver propostas para o fomento dos serviços de nível industrial, assim como, propostas que tenham em atenção sectores da população mais carenciados a nível energético. O *Memorandum* é o documento que estabelece os parâmetros a que deverá obedecer o trabalho de cooperação a desenvolver pelas duas entidades. Todos os restantes acordos que surjam no decorrer das actividades protagonizadas por ambas as entidades serão publicados, a fim de que os consumidores e outras partes interessadas possam ter uma ideia definida das funções e responsabilidades respectivas das duas entidades.

3. Opiniões e expectativas

3.1. As opiniões

Por último, é importante analisar o modo como os utentes avaliam os seus serviços públicos. Para este efeito foi utilizado um estudo do Eurobarómetro, de 2000, que teve como objectivo estudar “Les europeens et les services d’interet generaux”.

Os resultados publicados permitem concluir que, o problema do *acesso* está basicamente resolvido no caso da electricidade (90% com acesso fácil e apenas 0,7% sem acesso), mas não no caso do gás (70-74% com acesso fácil, 11,2% sem acesso e 5,25% com acesso difícil).

Apesar de, em média, os consumidores europeus não colocarem o preço da electricidade entre os preços de serviços com que estão menos satisfeitos, achando-o 55% razoável, o preço é a variável onde a *satisfação* se mostra menos conseguida. Portugal ocupa o último lugar, com a maior percentagem de consumidores que acham a electricidade demasiado cara. No gás, a percentagem de consumidores satisfeitos baixa para 44%, sendo a Itália o país em que se regista a maior percentagem de consumidores que consideram o preço do gás excessivo.

No que se refere à *qualidade*, a opinião dos consumidores é bastante mais favorável, e também aqui a electricidade suplanta o gás. 35,9% dos europeus considera essa qualidade como muito boa e 55,2% como boa. Portugal é o país onde é maior a percentagem dos consumidores que consideram a qualidade como fraca (13,1%) e a Dinamarca, onde o acesso está garantido a 100%, o país onde é maior a percentagem dos que consideram a qualidade destes serviços como muito boa. No gás, essas mesmas percentagens (qualidade boa e muito boa) são, respectivamente, de 26,8 e 44,1 %.

Registe-se também uma opinião favorável sobre a *transparência da informação* prestada pelos serviços: 73,5% na electricidade e 56,5% no gás julgam a informação suficientemente clara.

Do total de inquiridos, 66,7% consideram justas as *condições contratuais* na electricidade, embora seja significativa a percentagem dos que entendem o contrário (18,8%). Mais uma vez, a Dinamarca ocupa o lugar mais favorável e a Itália e Portugal o menos favorável. No gás, é menos significativa a primeira percentagem (51,8% de opiniões favoráveis) e também a segunda (14,1% de opiniões desfavoráveis).

Relativamente às *reclamações* apresentadas e ao respectivo resultado, o serviço de electricidade encontra-se bastante bem posicionado, acontecendo o oposto com o gás, para o qual é bastante superior a percentagem de consumidores insatisfeitos (52%), com os

portugueses entre os mais queixosos do mau atendimento. São os habitantes das zonas rurais, as pessoas de idade e os desempregados (consumidores mais desfavorecidos) que mais se queixam das suas reclamações não serem devidamente atendidas.

Por último, uma referência aos resultados agregados desta sondagem no caso destes dois serviços. Apesar de as diferenças não serem muito significativas, a electricidade tem em geral, relativamente ao gás, alguma vantagem comparativa no grau de satisfação do utentes . Por países, Portugal e Itália surgem como aqueles países em que essa satisfação é menor, mesmo que também neles ela seja globalmente positiva.

3.2. Expectativas

Mesmo que sejam poucas as nossas esperanças e baixas as nossas expectativas sobre as possibilidades da prospectiva económica ter grande utilidade - uma “pequena descoberta”, um acidente, pode alterar completamente as previsões para o futuro - vale a pena discorrer sobre as tendências nos estilos de vida e verificar como elas se poderão reflectir na procura de serviços energéticos.

Perante a grande diversidade de propostas comerciais em matéria de bens e de serviços, o consumidor procurará, cada vez mais, segurança e qualidade, informação e aconselhamento personalizado, de modo a poder efectuar a escolha certa, mais indicada às suas necessidades e ao seu modo de vida (procura de segurança e qualidade). Como consequência da promoção, através dos meios de comunicação social, de micro-culturas e de micro-grupos com necessidades, valores e linguagens próprias que favorecem a oferta e a procura de produtos e serviços “à medida”, o consumidor tende, actualmente, a exigir soluções progressivamente mais diferenciadas (hipersegmentação). Num futuro próximo, a principal estratégia de relacionamento comercial, em muitos bens e serviços, residirá na promoção do diálogo com cada consumidor (interactividade).

Assim, por exemplo, prevê-se que a nova geração de electrodomésticos seja equipada de sistemas de comunicação “sem fios” que permitirão o seu funcionamento em rede, bem como a interactividade com o consumidor. Desta forma, será possível através do telemóvel, controlar o stock do frigorífico. Prevê-se, também, que esta tecnologia venha revolucionar os serviços, possibilitando, por exemplo, a prestação de serviços pós-venda automatizados e personalizados. Ao ligar em rede os electrodomésticos ao sistema central de serviços pós-venda, a empresa poderá propor rapidamente soluções para os eventuais problemas dos seus aparelhos, enviando, caso seja necessário, técnicos ao

domicílio. Estas inovações respondem às necessidades de mobilidade, autonomia, segurança e interactividade dos novos consumidores (novos produtos e serviços decorrentes dos novos estilos de vida e comportamentos de consumo).

Segundo Robert Rochefort⁴⁰, na sociedade pós-salarial (em que os trabalhadores ganham autonomia e responsabilidade perante a sua situação profissional) as esferas da vida privada e da vida profissional terão tendência a interpenetrar-se, dando origem a bens de consumo multifuncionais, que se adaptam simultaneamente a estas duas dimensões da vida quotidiana. Alguns objectos que utilizamos, hoje, com frequência, na nossa vida privada – como o telemóvel, por exemplo – destinavam-se, originalmente, ao uso profissional. Outras tecnologias do trabalho, como os computadores e os faxes entraram já num número bastante significativo de lares. Esta situação, poderá conduzir à necessidade de contabilização diferenciada de consumos domésticos e profissionais. Por outro lado, os espaços tendem a assemelhar-se através do desenvolvimento de linhas de mobiliário que incorporam funcionalidades adequadas, quer aos momentos de trabalho quer aos de lazer. Do mesmo modo, surgem cada vez mais propostas de automóveis polivalentes (confortáveis, funcionais e estéticos) que constituem um híbrido entre a viatura comercial e o carro familiar (interpenetração entre as esferas da vida privada e da vida profissional).

Por último, estas tendências reflectir-se-ão, também, nos consumos energéticos e na preocupação com energias alternativas, com menos riscos e menos poluentes (maior sensibilidade e preocupações éticas e ambientais).

Conclusão

Nos últimos anos, o discurso sobre os serviços públicos, na União Europeia e em Portugal, relevou especialmente os direitos dos consumidores, considerando o direito aos serviços públicos como uma componente da cidadania europeia. Esse discurso tem vindo, moderadamente, a penetrar na legislação comunitária e nacional, nas suas formas mais “hard” e mais “soft”, como se mostrou através de vários exemplos contidos neste texto. O Tratado de Amsterdão incluiu uma nova disposição, expressamente dedicada aos serviços de interesses económico geral (art. 16º) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais reconheceu, no art. 36º, o direito ao acesso aos serviços de interesse económico geral, como instrumento de promoção da coesão económica e social. Em Portugal, desde 1996, existe uma Lei de protecção

⁴⁰ Cfr. Rochefort, 1997.

do consumidor de serviços públicos, para além de vários regulamentos sobre a qualidade dos serviços de energia, particularmente da electricidade.

A preocupação com os destinatários reflecte-se, ainda, na relevância que vem sendo dada à avaliação da sua satisfação. Da sondagem do Eurobarómetro podemos concluir que, em geral, os consumidores europeus, incluindo os portugueses (mesmo que com valores menos significativos), se encontram satisfeitos com os respectivos serviços públicos e, em particular, com os serviços de energia (gás e electricidade).

A preocupação com os destinatários dos serviços implica ainda que seja dada atenção ao modo como os estilos de vida e as preferências dos consumidores poderão, no futuro, influenciar o consumo de energia. Este consumo tenderá a tornar-se mais personalizado, mais adaptado à interpenetração entre as esferas da vida profissional e pessoal e mais consciente das implicações ambientais decorrentes de gastos excessivos.

Em resumo, na generalidade dos mercados de bens e serviços, o consumidor (a procura) estará, cada vez mais, no centro das atenções, obrigando a oferta a adaptar-se às suas necessidades e preferências. Os bens e serviços essenciais não escaparão a esta lógica de mercado, mas não parece que possam conformar-se totalmente a ela. A sua natureza de serviço público obriga a considerar outras vertentes que têm, basicamente, a ver com a necessidade de garantir a todos os cidadãos o acesso a um serviço de qualidade. Para permitir o acesso é, por vezes, necessário condicionar o preço e outras variáveis técnicas relativas à produção e distribuição do serviço, e para manter a qualidade é indispensável permitir que o serviço conserve a sua capacidade de se modernizar e adaptar às novas necessidades dos consumidores. Cabe à regulação pública, hoje distribuída por diferentes instituições, em planos territoriais distintos, assegurar este equilíbrio entre o económico e o social, entre o particular e o universal, na prestação de serviços públicos, seja qual for a natureza, pública ou privada, do respectivo prestador.

6 de Abril de 2001

Bibliografia

BAILLY, J.-P. (1995), "Les axes de modernisation sociale des entreprises publiques: contraintes, spécificités et opportunités", in *Europe, Concurrence et Service Public*. Paris: Masson, pp. 186-188.

BAUBY, Pierre; BOUAL, Jean-Claude (1997), "La prise en compte de la notion de "service public" dans la construction européenne", in *Quelle Modernisation des Services Publics? Les Usagers au Coeur des Réformes*. Paris: Éditions la Découverte & Syros, pp. 309-332.

BONINO, Emma (1995), "L'approche des consommateurs", in *Europe, Concurrence et Service Public*. Paris: Masson, pp. 191-196.

CAILOSSE, Jacques (1999), "Le service public est mort vive le service public!" in DECRETON, Severine (org.), *Service Public et Lien Social*. Paris: Éditions L'Harmattan, pp. 399-417.

CASARI, Vittorio Gasparini (2000), "Il ServizioUniversale", in *Diritto dell'Economia*. Modena: Mucchi Editore, pp. 263-289.

CEEP (1995), *Les Services d'Intérêt Économique général en Europe*. Bruxelles : CEEP.

COMISSÃO EUROPEIA – www.europa.eu.int/com/dgs/healthconsumer/index.en.htm

CORRY, Dan (org.) (1994), *Regulating Our Utilities*. Londres: Institute for public Research.

DURAND, Claire-Françoise (1996), "Service européen et politique industrielle ou la promotion de l'intérêt général et du service aux citoyens", in *revue du Marché Commun et de L'Union Européenne*, n.º 396, pp. 221ss.

ERSE – www.erse.pt

ESPUGLAS, Pierre (1998), *Le Service Public*. Paris: Dalloz, pp. 96-103.

HANCHER, Leigh (org.) (1998), *The European Energy Market: Reconciling Competition and Security of Supply*. Bundesanzeiger, pp. 9-17.

HENRY, Claude (1997), *Concurrence et Services Publics dans l'Union Européenne*. Paris : Puf.

MONTEIRO, António Pinto (2000), « A Protecção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais », in *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra : Centro de Direito do Consumo, pp. 333-350.

NATIONAL CONSUMER COUNCIL (1996), *Consumer Concerns*. Londres: National Consumer Council.

RACHLINE, François (1996), *Seervices Publics Économie de Marché*. Paris: presses de Sciences Po.

ROCHEFOR, Robert (1997), *Le Consommateur Entrepreneur*. Paris : Éditions Odile Jacob.

STOFFAES, Christian (1995), *Services Publics, Question D'Avenir*. Paris: Éditions Odile Jacob.

WARIN, Philippe (1997), *Quelle Modernisation des Services Publics?*. Paris: La Découverte.

ENERGY REGULATION AND SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST

ALAIN FIQUET

INTRODUCTION

La place, le contenu et le rôle de la notion de services d'intérêt économique général dans le cadre juridique communautaire applicable aux industries du secteur énergétique européen constituent l'un des éléments de controverse les plus marqués qu'a connu l'Union Européenne, depuis la fin des années quatre-vingts, dans la volonté communautaire d'intégrer les industries de réseaux dans le marché intérieur.

Si l'on tente de replacer ces débats dans la perspective des 12 dernières années, deux périodes distinctes apparaissent assez clairement :

- de la fin des années 80 à 1996, qui marquent notamment la mise au point puis l'adoption des premières règles communes applicables au secteur électrique, les concepts de « concurrence » et de « services d'intérêt économique général » (ci-après SIEG) apparaissent assez antagonistes.
C'est en effet à l'aune de l'un ou de l'autre concept que les Etats membres entendent bâtir les règles d'organisation et de fonctionnement de leurs systèmes électriques nationaux ;
- depuis l'adoption de la directive Electricité et sa transposition dans les droits internes, la perspective d'une complémentarité entre les deux concepts se fait chaque jour plus forte.
Un consensus communautaire semble en effet s'esquisser, qui porte à la fois sur la volonté d'accélérer la libéralisation des secteurs concernés et sur la nécessaire prise en compte des impératifs d'intérêt général, pour des motifs « non économiques » (sécurité d'approvisionnement et protection de l'environnement

notamment) considérés comme indispensables au bon fonctionnement du marché intérieur.

Afin de mieux cerner la place des services d'intérêt économique général dans le cadre de régulation des industries énergétiques, il convient donc de retracer, dans un premier temps, comment et sur quelles bases l'Europe communautaire a mis en place le concept avant de se pencher sur les obligations de service public que l'Union inclut dorénavant dans les modalités de réalisation du marché intérieur de l'énergie.

I- L'ELECTRICITE SERVICE D'INTERET ECONOMIQUE GENERAL (SIEG)

En l'espace de quatre ans, de l'Arrêt Corbeau rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne à l'adoption formelle de la directive Electricité en 1996, le droit communautaire a reconnu puis validé la possibilité d'appliquer la notion de « service d'intérêt économique général » au secteur énergétique.

Cette reconnaissance a permis de jeter les bases théoriques du principe, sans en donner cependant d'application très pratique. Elles reposent donc à la fois sur l'application et l'interprétation du traité données par le Juge communautaire et le champ d'application retenu par le droit dérivé.

A) La construction jurisprudentielle des SIEG

L'article 90 paragraphe 2 du traité de l'Union Européenne énonce que :

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

Cette disposition dérogatoire aux règles générales du traité, insérée par les auteurs du traité de Rome à la suite des règles de concurrence applicables aux entreprises, n'a que tardivement fait l'objet de développement concret par le droit communautaire. Il fallut en effet attendre 1993 et l'Arrêt « Corbeau » pour que la Cour de Justice des Communautés Européennes, saisie à titre préjudiciel d'une demande portant sur la validité du monopole postal belge, se prononce de façon positive sur la nature et la portée pratique de cet article.

Deux arrêts fondamentaux rendus par la Cour de Justice en 1994 et 1995 à propos du secteur électrique ont, à la suite de la jurisprudence Corbeau, jalonné les discussions relatives à la réalisation du marché intérieur de l'électricité : l'arrêt « Commune d'Almelo » tout d'abord, puis l'arrêt « Commission c/France », à propos de l'examen de la compatibilité de monopoles d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz au regard du droit communautaire.

Mis en perspective, ces apports jurisprudentiels permettent de dégager trois caractéristiques fondamentales quant à la notion de service et de mission d'intérêt économique général.

Elles ont trait :

- à la définition du concept : qui procède à la qualification et quelles sont les entreprises qui en bénéficient ?
- au contenu des missions,
- aux conséquences qu'il convient d'en tirer, principalement au regard de l'application des règles de concurrence.

1°) S'agissant tout d'abord de la notion de « service d'intérêt économique général », la Cour relève dans l'Arrêt Almelo au point 47 qu' « *en ce qui concerne la question de savoir si une entreprise a été chargée de la gestion de services d'intérêt général, il y a lieu de rappeler qu'elle s'est vu conférer, par une concession de droit public non exclusive, la mission d'assurer la fourniture d'énergie électrique dans une partie du territoire national.* »

Assez curieusement, ni le Juge communautaire, ni les autres institutions de l'Union ne se sont penchés sur la question d'une définition du service d'intérêt général, ni sur les éventuels critères qui auraient permis d'en délimiter précisément les contours. La reconnaissance du concept s'effectue au travers de « l'acte de charge » octroyé par les autorités publiques nationales en vue d'accomplir une mission particulière.

C'est dire que, à ce sujet, la construction communautaire laisse toute latitude aux Etats membres pour définir, en fonction des caractéristiques de leur ordre juridique interne, le périmètre des entreprises d'intérêt général.

Il convient cependant de noter une inflexion sensible à cet égard, qui résulte d'une jurisprudence récente de la Cour de Justice. Dans l'affaire « Corsica Ferries » rendue le 18 Juin 1998, le Juge communautaire note en effet que l'activité en cause « revêt un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités économiques ». Il en conclut qu'à ce titre elle est donc susceptible de rentrer dans le champ d'application de l'article 90.2.

Ce premier constat (large subsidiarité dans le respect du traité) s'accompagne d'une seconde caractéristique.

Il semble en effet que, dans un secteur d'activité économique donné, ce ne sont pas toutes les entreprises (ou tous les opérateurs) du secteur concerné qui bénéficient de cette notion, mais bien certaines d'entre elles seulement, en ce qu'elles incarnent le service d'intérêt économique général.

La Cour de Justice, dans un Arrêt du 19 Mars 1991 rendu à propos de la libéralisation des télécommunications, avait en effet indiqué :

« En permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité, l'article 90.2 vise à concilier l'intérêt des Etats membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun. »

2°) La nature et l'étendue des missions

Dans l'Arrêt Almelo, le Juge communautaire dit pour droit que pour apprécier l'étendue et la nature des missions particulières confiées à un opérateur de service public :

« Il convient de relever qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients ».

Au point 49, il ajoute :

« Des restrictions à la concurrence de la part d'autres opérateurs économiques doivent être admises, dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général d'accomplir celle-ci. A cet égard, il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise ».

Enfin, dans l'arrêt du 23 Octobre 1997, la Cour indique au point 56, après avoir rappelé ce qu'elle avait affirmé dans l'affaire des terminaux de télécommunications que :

« Compte tenu de l'intérêt ainsi défini des Etats membres, il ne saurait leur être interdit de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs propres à leur politique nationale et d'essayer de réaliser ceux-ci au moyen d'obligations et contraintes qu'ils imposent auxdites entreprises ».

Mis en perspective, ces apports jurisprudentiels permettent de dresser une hiérarchie entre trois notions dont il convient de reconnaître qu'elles avaient été utilisées jusqu'alors de façon assez confuse.

- Les missions d'intérêt économique général, telles que visées à l'article 90.2 du traité et interprétées par la Cour, comprennent donc à la fois les obligations de service public stricto sensu et les contributions que les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt général apportent, dans le domaine qui est le leur, aux politiques nationales. L'exemple de l'environnement est cité explicitement dans l'Arrêt Almelo, mais la rédaction empruntée par la Haute Juridiction démontre à l'évidence que d'autres politiques sont susceptibles d'être concernées.
- Les obligations de service public qui résultent des principaux dégagés notamment par la jurisprudence administrative française et applicables à tous les services publics : universalité, continuité, adaptabilité et égalité de traitement.
- Enfin, les « sujétions » du service universel, concept forgé par la jurisprudence nord-américaine il y a un siècle à propos des télécommunications et qui visent à assurer l'accès de tous à certaines prestations essentielles, de qualité et dans des conditions

de prix abordables. Cette notion a d'ailleurs été reprise in extenso par la Commission dans son approche des principes applicables au secteur des télécommunications.

3°) Les conséquences : limitation, voire exclusion des règles de concurrence

S'agissant des conséquences qu'il convient de tirer de la reconnaissance des notions de service et de missions d'intérêt économique général, la Cour confirme dans les deux espèces relatives à l'électricité que « l'effet utile » de la gestion de services d'intérêt économique général consiste en la possibilité d'obtenir des limitations, voire des exceptions, à l'application des règles générales du traité, notamment les règles de concurrence.

Il importe cependant de mentionner que cette rédaction ouvre en fait deux possibilités distinctes :

- elle permet tout d'abord de tenir en échec les dispositions pertinentes du traité relatives aux règles de concurrence applicables aux entreprises, c'est-à-dire pour l'essentiel les dispositions des articles 81 et 82 ;
- mais elle offre aussi la possibilité d'empêcher d'autres entreprises de faire concurrence à celle chargée de cette mission particulière.

C'est ce que semble indiquer clairement la Cour dans l'Arrêt Almelo au point 46 lorsqu'elle énonce que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général peuvent bénéficier « d'une exclusion de toute concurrence de la part d'autres opérateurs économiques ».

En d'autres termes, la lecture des considérants de la Haute Juridiction communautaire pourrait légitimer le fait de réserver une activité d'intérêt général à une seule entreprise qui « incarnerait » alors le service public dans le secteur considéré.

Telles sont les caractéristiques essentielles des SIEG résultant de la construction jurisprudentielle de la Cour de Justice. Elles ont été pour l'essentiel, bien qu'assorties de quelques nuances, confirmées par le droit dérivé.

B) LES SIEG ET LE DROIT DERIVE

Parmi les choix que la directive relative au marché intérieur de l'électricité propose aux Etats membres ou les principes que ces derniers peuvent mettre en œuvre, les dispositions de l'article 3 paragraphes 2 et 3 concernant les « obligations de service public dans l'intérêt économique général » revêtent une importance tout à fait particulière.

Ce sont en effet les modalités de mise en œuvre, facultative, de ces principes qui sont susceptibles de déterminer la structure et le mode de fonctionnement de chaque système électrique national.

Si les termes retenus par l'article 3 reprennent assez largement l'énoncé de l'article 90.2 du traité, ils comportent cependant plusieurs inflexions sensibles par rapport aux principes posés par la Cour de Justice en la matière.

Elles concernent à la fois la nature et la portée des missions d'intérêt économique général.

1°) S'agissant tout d'abord du contenu de ces missions, la rédaction finale de l'article 3 paragraphe 2 appelle deux commentaires particuliers :

- Le texte de droit dérivé ne fait pas appel à la notion de missions d'intérêt économique général mais retient une formulation nouvelle : les « obligations de service public, dans l'intérêt économique général ». En optant pour cette formule, le Conseil et le Parlement Européen semblent s'inscrire en retrait du libellé même du traité.
- Quant au contenu de ces missions, l'énoncé retenu par la directive prend acte de ce que la Cour a dit pour droit : l'énumération, par ailleurs non exhaustive, de la « sécurité, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement » constitue en tous points la reconnaissance par le droit dérivé de l'apport de la jurisprudence *Almelo*.

Par ailleurs, avant même que ne fût prononcé l'arrêt sur les monopoles d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz, la directive reconnaît la contribution particulière qu'une entreprise du secteur électrique peut apporter à la mise en œuvre des politiques énergétiques nationales.

Il suffit à cet égard de constater les références faites à l'article 3.2 aux notions de « sécurité d'approvisionnement » et de « planification à long terme », conçue comme moyen de réalisation des obligations de service public.

Cette reconnaissance est fondamentale puisque, on le sait, l'Europe n'a pu se doter à ce jour d'une politique énergétique commune.

2°) En ce qui concerne la portée de ces obligations de service public dans l'intérêt général, l'apport des dispositions de l'article 3 paragraphe 3 de la directive 96/92 est double.

En indiquant tout d'abord que « Les Etats membres peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions des articles 5, 6, 17, 18 et 21 dans la mesure où l'application de ces dispositions entraverait l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations imposées aux entreprises d'électricité dans l'intérêt économique général », la directive illustre les dérogations aux règles de concurrence dont un service public peut bénéficier, non de façon positive mais bien négative.

L'effet utile de la prise en compte de l'intérêt général consistera donc, dans le secteur électrique, en la possibilité de restreindre, voire d'interdire au nom desdites missions, le principe de la liberté d'établissement des producteurs (articles 5 et 6), l'accès au réseau (articles 17 et 18) et les autorisations de construction de lignes directes (article 21).

En revanche, aucune possibilité de déroger à l'ouverture des marchés nationaux à la concurrence n'est accordée aux Etats membres, ce qui confirme le caractère d'« acte de dérégulation » du texte communautaire.

En énonçant en second lieu que ces dérogations peuvent être obtenues « *dans la mesure où le développement des échanges n'en serait pas affecté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt de la Communauté. L'intérêt de la Communauté comprend, entre autres, la concurrence en ce qui concerne les clients éligibles conformément à la présente directive et à l'article 90 du traité* », la directive apporte des précisions quant à la notion de « l'intérêt de la Communauté » non défini jusqu'alors.

II - DES OBJECTIFS DE SERVICE PUBLIC DANS UN MARCHE ELECTRIQUE OUVERT A LA CONCURRENCE

Le cadre défini, au niveau communautaire, par la Cour de Justice et le droit dérivé a connu, depuis les cinq dernières années, des inflexions sensibles.

Elles résultent de deux facteurs combinés :

- L'action des Etats membres eux-mêmes, notamment dans les dispositions nationales retenues pour la transposition de la directive de 1996.
- L'action de la Commission consistant à approfondir et à harmoniser, en lui donnant un contenu concret, les obligations de service public ou d'intérêt économique général dans une optique européenne.

Cette situation influe notablement sur le cadre de la régulation des activités énergétiques. De l'antagonisme théorique initial entre « concurrence » et « SIEG », il semble que l'Union Européenne s'oriente dorénavant vers une complémentarité pratique de ces deux notions.

A) Les SIEG, la concurrence et la transposition de la directive Electricité

La directive « électricité » de 1996 imposait aux Etats membres d'ouvrir progressivement leur marché national à la concurrence. A cet effet, un premier seuil de 30 % minimum avait été fixé pour 2000. Dans une démarche similaire, la directive « gaz » imposait l'ouverture à raison de 20 % minimum. Les premières directives de libéralisation de ces secteurs devaient être mises en œuvre par les Etats membres au plus tard respectivement en Février 1999 et en Août 2000. Ainsi que le notait la Commission, cette approche a été adoptée pour permettre au secteur de s'adapter au changement et pour faire en sorte que les mesures nécessaires puissent être prises pour assurer le maintien et le développement de services d'intérêt général dans ces domaines.

Or, comme si elle avait été dotée d'une dynamique propre, la libéralisation a progressé beaucoup plus rapidement dans toute la Communauté que ne l'exigeaient les directives et qu'on ne le prévoyait généralement. Dans son rapport sur la réalisation du marché intérieur de l'énergie, la Commission note que près de 65 % de la demande d'électricité et 80 % de la demande totale européenne de gaz sont déjà totalement ouverts à la concurrence à l'échelle européenne et que, dans la plupart des Etats membres, il a été décidé de procéder à la libéralisation complète dans les toutes prochaines années. En outre, malgré les options qui leur étaient offertes pour la mise en œuvre des directives, il est patent de constater que les Etats membres ont presque tous choisi, aussi bien pour le gaz que pour l'électricité, des systèmes « pro-concurrentiels ».

Ainsi, s'agissant de l'électricité, l'Europe des 15 a majoritairement opté :

- s'agissant de la production pour le système d'autorisation, au détriment du système d'appels d'offres
- en ce qui concerne l'accès au réseau pour l'ATR réglementé (et non l'Acheteur unique ou l'ATR négocié)
- pour le supply : éligibilité des distributeurs et d'une partie importante du marché électrique national

Bien plus, ainsi que le constate la Commission dans ses propositions relatives au marché intérieur de l'énergie du 13 Mars 2001 :

« En application de l'article 3, paragraphe 2, des directives existantes, les Etats membres sont tenus de notifier leurs objectifs de service public à la Commission. Toutefois, comme aucun Etat membre n'a adopté d'objectifs qui nécessitent une dérogation à l'une quelconque des directives, aucune notification n'a jamais été faite. Afin de permettre à la Commission de se livrer à un exercice efficace de référencement, permettant aux Etats membres de faire en sorte d'assurer les plus hauts niveaux de service public, il convient de modifier cette disposition de manière que les Etats membres notifient tous les deux ans toutes les mesures prises pour atteindre leurs objectifs de service public, que cela implique ou non une dérogation à la directive. Suivant ce principe, la Commission devrait être tenue de publier tous les deux ans un rapport analysant les différentes mesures adoptées et, si nécessaire, de formuler des recommandations sur les mesures à prendre pour assurer un niveau élevé de service public. »

B) Une nouvelle approche communautaire : des SIEG aux objectifs de service public

Les longs et difficiles débats qui avaient présidé aux négociations relatives à l'adoption de la directive Electricité de 1996, avaient débouché sur un compromis faisant apparaître assez nettement la nécessaire prise en compte des spécificités des SIEG dans la volonté d'ouvrir les secteurs de réseaux, notamment l'énergie, à la concurrence.

Trois initiatives ont depuis lors été avancées par l'Union Européenne dans ce domaine. Il s'agit respectivement :

- du nouvel article 16 du traité CE aux termes duquel
« Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union, ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. »
- de la Communication de la Commission de 1996 sur les services d'intérêt général en Europe, mise à jour en 2000.
- des propositions sectorielles sur l'achèvement du marché de l'énergie, adoptées par le Collège des Commissaires le 13 Mars 2001 et présentées au Conseil Européen de Stockholm les 23 et 24 Mars derniers.

Ces trois initiatives conduisent à constater une notable évolution dans la nature, la mise en œuvre et le champ d'application des services d'intérêt économique général, par rapport au cadre théorique fixé par la Cour de Justice et la directive de 1996. Cette inflexion est en effet sensible à trois niveaux complémentaires :

- là où le cadre initial laissait une grande liberté aux Etats, la nouvelle approche s'inscrit dans une logique réellement communautaire ;
- là où le contenu des missions d'intérêt économique général était assez théorique, il tend à devenir précis et harmonisé ;
- là où la reconnaissance des SIEG était conçue comme exception aux règles de concurrence, elle s'analyse désormais comme une nécessaire complémentarité des obligations de service public et de l'ouverture des secteurs concernés à la concurrence.

1°) Une approche plus communautaire

Le Conseil Européen de Lisbonne, qui a décidé l'accélération de la libéralisation, a souhaité en même temps que soit souligné l'attachement de l'Union Européenne au maintien en Europe de « hauts standards » du service public.

Les travaux qui ont suivi ce Conseil (actualisation de la Communication de 1996 et propositions de directives sectorielles) aboutissent à une nouvelle définition de la mission

des services d'intérêt général qui concerne toutes les entreprises des secteurs concernés. Elle s'appuie sur quatre principes :

- une définition claire des obligations fondamentales destinées à garantir la prestation d'un service de bonne qualité, des niveaux élevés en matière de santé publique et la sécurité physique des services ;
- une transparence totale, notamment sur les tarifs, les clauses contractuelles, le choix et le financement des prestataires ;
- le choix du service et, le cas échéant, du prestataire et une concurrence effective entre prestataires ;
- l'existence d'organes de réglementation indépendants des opérateurs et de voies de recours sous forme de mécanismes de traitement des plaintes.

Ces orientations laissent de fait moins d'espace de liberté aux Etats membres en inscrivant dorénavant la définition et le contenu des SIEG dans une perspective réellement communautaire.

2°) Un contenu précis et harmonisé

Dans sa proposition de 2^{ème} directive sur le marché intérieur de l'énergie, la Commission propose une liste d'objectifs de service public.

Elle se compose de 5 thèmes :

- La protection des consommateurs vulnérables ; les Etats membres devront par exemple garantir une protection adéquate contre les interruptions d'alimentation injustifiées à des catégories sociales telles que les personnes âgées, les chômeurs, les handicapés, etc.
- La protection des droits fondamentaux des consommateurs finals ; les Etats membres devront, par exemple, garantir un ensemble minimal de conditions applicables aux contrats, à la transparence des informations et à la disponibilité de mécanismes de règlements des litiges transparents et peu onéreux ;
- La cohésion économique et sociale : en plus du service universel, les Etats membres devront prendre, le cas échéant, des mesures appropriées pour garantir l'approvisionnement à des prix convenables, par exemple dans des régions périphériques ;
- La protection de l'environnement.

- La sécurité d'approvisionnement, notamment en garantissant des niveaux appropriés de maintenance et de développement des infrastructures, et en particulier des interconnexions.

Deux modalités particulières sont par ailleurs développées à cet égard.

En premier lieu afin que les Etats membres disposent de tous les instruments nécessaires pour garantir la maintenance et le développement du réseau, il est proposé d'insérer dans les directives Electricité (article 8, paragraphe 5) et Gaz (article 7, paragraphe 5) un nouvel article prévoyant que « les Etats membres peuvent demander aux gestionnaires de réseaux de transport de satisfaire à des niveaux minimaux d'investissement pour la maintenance et le développement du réseau de transport, et notamment de la capacité d'interconnexion ».

Parallèlement, la Commission, qui note au passage que la sécurité d'approvisionnement énergétique constitue « probablement le plus important des objectifs de service public », propose d'adopter des mesures complémentaires de sauvegarde. En plus des appels d'offres pour la construction de nouvelles capacités de production, les Etats membres seraient aussi tenus « de suivre attentivement la situation de leurs marchés nationaux du gaz et de l'électricité, et notamment l'équilibre existant entre l'offre et la demande, le niveau de la demande prévue, les capacités supplémentaires envisagées ou en construction, et le degré de concurrence existant sur le marché. Les Etats membres doivent être tenus de publier tous les ans un rapport contenant leurs conclusions et énumérant les éventuelles mesures envisagées pour garantir la sécurité d'approvisionnement ».

3°) De l'antagonisme à la complémentarité

L'antagonisme vécu au début du processus de libéralisation semble donc s'estomper. La Commission affirme elle-même dans sa Communication d'Octobre 2000 que « les services d'intérêt économique général, le marché intérieur et la politique de concurrence sont complémentaires pour la poursuite des objectifs fondamentaux du traité. Leur interaction doit profiter à chaque citoyen et à la société dans son ensemble. »

Il apparaît donc, en conclusion, qu'en l'espace de quelques années la place et le rôle des SIEG aient évolué.

Il semble bien en effet que dorénavant le contenu des obligations de service public concerne à la fois tous les Etats membres et tous les opérateurs des secteurs ou industries de réseaux concernés

L'harmonisation des systèmes énergétiques européens est certes loin d'être parfaite et achevée. Il reste en effet à régler plusieurs questions importantes, dont celle du commerce intracommunautaire à propos duquel la Commission a proposé un projet de règlement.

La mise au point de ce cadre est en effet indispensable, non seulement pour achever le marché intérieur de l'énergie mais aussi pour donner aux opérateurs un cadre juridique stable, condition indispensable au bon fonctionnement du marché commun.

MARCHES DE L'ELECTRICITE ET DU GAZ

ROLE DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE DANS LA LIBERALISATION DES MARCHES

Michael Albers,
Chef d'Unité, Energie-*Antitrust*, Direction générale de la Concurrence, Commission européenne *

* Toutes les opinions exprimées dans ce texte reflètent seulement l'opinion de leur auteur et ne reflètent pas nécessairement les opinions officielles de la Commission européenne.



INTRODUCTION

Les directives sur la création du marché intérieur de l'électricité et du gaz ont été mises en œuvre pratiquement par tous les États membres sauf dans de rares exceptions.

Je dois signaler que la plupart des États membres sont même allés au-delà des exigences minimales des directives.

Tout en accueillant favorablement les progrès accomplis dans la libéralisation du marché de l'électricité à la fois par les mesures législatives et par l'application des règles de la concurrence, le marché atteint maintenant les limites de ce qui peut être accompli sur la base de la législation existante à un rythme donnant satisfaction aux attentes des consommateurs.

Par conséquent, en se conformant au mandat politique donné par les chefs d'État et de gouvernement à Lisbonne, la Commission vient d'achever des travaux sur les propositions pour une plus grande libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz.

Il y a deux propositions, à savoir: (i) une directive modifiant les directives 96/92 et 98/30 concernant la libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz respectivement; et (ii) un règlement sur les aspects techniques du transport transfrontalier d'électricité.

Néanmoins, la fin des droits monopolistiques détenus par certaines entreprises ne crée pas elle seule des marchés concurrentiels et un marché intérieur de l'énergie. La politique de la concurrence collabore au soutien de l'objectif de la libéralisation, à savoir l'achèvement d'un marché intérieur de l'énergie. Aujourd'hui, je vais présenter nos activités dans le domaines d'*antitrust*, et de contrôle des concentrations.

CONTRIBUTION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN FAVEUR DE LA LIBERALISATION

Les marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz peuvent seulement être réalisés si trois conditions sont remplies. Il doit y avoir:

- accès libre aux réseaux,
- liberté de concurrence de la part des fournisseurs, et
- liberté de choix du fournisseur de la part des clients.

Je m'explique:

ACCES LIBRE AUX RESEAUX DE TRANSMISSION

Sur le marché de l'électricité, de nombreux points faibles dans le développement de la concurrence des fournisseurs pour le bénéfice des consommateurs résultent de l'existence de réseaux qui sont des monopoles naturels, c'est-à-dire que leur duplication serait considérée comme non rentable. Cela est ainsi également le cas sur le marché du gaz.

Cette caractéristique du marché, ajoutée à la forte intégration verticale traditionnelle, présente des conditions favorables au comportement anticoncurrentiel de ces sociétés intégrées ayant un intérêt à la fois pour les marchés de l'approvisionnement et du transport. A cet égard, l'action de la Commission doit permettre, notamment, d'assurer l'accès effectif des tiers au réseau. Ainsi une attention particulière a-t-elle été accordée au niveau des tarifs, aux refus d'accorder l'accès et à la gestion des congestions dans les cas transfrontaliers entre les différents États membres.

L'intervention de la Commission en se basant sur le droit de la concurrence ne peut se faire qu'*ex post facto*, c'est à dire sur un cas concret, et non pas *a priori* et de façon générale. Voilà une différence par rapport au rôle des régulateurs. Pour cette raison, nous avons besoin de l'initiative des consommateurs afin de pouvoir intervenir en leur faveur. Ceci est particulièrement crucial dans le cas des Etats

membres avec un monopole d'approvisionnement *de facto* où la concurrence devrait venir majoritairement des importations, donc via l'accès au réseau.

La Commission appuie toutefois le travail des régulateurs nationaux dans les travaux des Forums de Florence et de Madrid dans les secteurs de l'électricité et du gaz respectivement. A cet égard, la proposition de directive sur l'achèvement du marché intérieur de l'électricité et du gaz prévoit l'établissement obligatoire par les Etats membres d'autorités de réglementation nationales compétentes pour fixer et/ou approuver les tarifs et pour contrôler la gestion du réseau et l'attribution des capacités de transmission. Un régulateur européen est prévu par le règlement cité avant simplement pour des questions liées à la transmission des flux transfrontaliers.

- TARIFICATION DE TRANSPORT

La Direction générale de la Concurrence a trois moyens pour évaluer si les prix de transport sont injustement élevés: tout d'abord, les prix ne reflètent pas les coûts relatifs au produit vendu ou au service fourni (tarification excessive); deuxièmement, les prix imposés aux clients pour des transactions similaires sont très différents sans justification suffisante (discrimination); et, troisièmement, les prix pratiqués par les opérateurs sont très différents sans justification suffisante (*bench-marking*).

Nous sommes déjà intervenus, par exemple, dans des cas de systèmes de prix de transport où une discrimination anticoncurrentielle pouvait être observée. Par exemple, la question du calcul du prix de transmission dans l'industrie de l'énergie fut soulevée pour la première fois en Allemagne, où les associations industrielles conclurent un accord-cadre fixant des principes communs pour le calcul du prix de transmission (*Verbändevereinbarung I*). Cet accord prévoyait un calcul du prix basé sur la transaction et la distance. Ce mode de calcul soulevait des réticences du point de vue de la concurrence puisque le prix du transport aurait dû refléter le coût réel des flux physiques plutôt que les transactions

commerciales, et ceci pour des raisons liées à la physique de la transmission de l'électricité dont je n'ai pas besoin de vous entretenir.

Ultérieurement, en décembre 1999, le deuxième accord d'associations en Allemagne (*Verbändevereinbarung II*) prévoyait la division de l'Allemagne en deux "zones de vente", l'une couvrant le Nord et l'autre le Sud du pays. Le système à appliquer par tous les gestionnaires de réseaux en Allemagne comprenait des redevances spéciales, la "composante T", à prélever à chaque fois que les parties de la transaction sont situées dans des zones différentes ou qu'une partie opère dans un autre État membre. En même temps, un mécanisme d'équilibrage avait été conçu afin que les sociétés puissent compenser leurs flux dans les directions opposées franchissant ces frontières. De l'avis de la Commission, ce système était incompatible avec le droit de la concurrence européen. Tout d'abord, la "composante T", qui ne reflétait pas le coût correspondant aux transports sur une courte distance mais hors frontières, conduisait à l'imposition de redevances supplémentaires, tandis que les transports sur les longues distances dans une même zone commerciale étaient exempts de redevances supplémentaires. Deuxièmement, la Commission était d'avis que la "composante T" était discriminatoire puisqu'elle aurait fourni aux grands fournisseurs d'électricité allemands la possibilité d'équilibrer des courants de sens inverse et éviter ainsi le paiement de la "composante T", alors que, dans la pratique, cette possibilité n'était pas à la disposition de plus petits acteurs du marché ou des fournisseurs étrangers.

Comme cela a été illustré par ces exemples, le droit de la concurrence permet d'intervenir contre des abus de position dominante. Néanmoins, il ne permet pas de prescrire l'adoption d'un tarif en particulier. Ceci est une prérogative exclusive du régulateur.

▪ ACCES AUX INTERCONNECTEURS

L'accès aux interconnecteurs est devenu une priorité pour la politique de la concurrence communautaire. Ce sont des composantes clés du réseau transeuropéen qui lui-même forme l'épine dorsale des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz. Les importateurs dépendent des interconnecteurs pour accéder aux marchés d'autres États membres. Dans les États membres qui ont des structures d'approvisionnement monopolistiques, les interconnecteurs sont la seule source de concurrence, au moins à court terme.

Maintenant que les marchés sont ouverts à la concurrence, beaucoup de ces lignes transfrontalières manquent d'une capacité suffisante - notamment dans le secteur de l'électricité - pour transporter toute l'électricité et tout le gaz que les producteurs, les négociants et les grands consommateurs souhaitent importer ou exporter. Ceci a été l'une des causes de la crise vécue en Californie. Nous devons éviter de commettre la même erreur dans l'Union européenne.

Deux points revêtent une importance particulière d'un point de vue de la concurrence quant à l'attribution d'une capacité de transport limitée, à savoir :

- l'attribution de la capacité disponible - en d'autres termes, quelle méthode devrait être utilisée pour affecter les ressources limitées, et
- si les accords de réservation de capacité à long terme - anciens ou nouveaux - sont compatibles avec le droit de la concurrence de la CE.

▪ METHODES D'OCTROI DE CAPACITE DE TRANSPORT

Les gestionnaires de réseau de transport explorent actuellement différentes méthodes pour attribuer la capacité de transport disponible chaque fois que la demande dépasse l'offre. Les méthodes le plus souvent appliquées sont le rationnement au prorata et les ventes aux enchères.

Le rationnement au prorata est généralement appliqué à plusieurs frontières ainsi qu'aux congestions à l'intérieur de certains États membres. Cela semble fonctionner dans la pratique aussi longtemps que la demande ne dépasse pas la capacité disponible en trop grande partie. Si, cependant, la demande dépasse en très grande partie la capacité libre, le rationnement au prorata peut conduire à l'attribution de si peu de capacité que la transaction individuelle perd de sa valeur commerciale. Ce résultat peu souhaitable peut être évité en employant les ventes aux enchères.

Le droit de la concurrence ne prescrit pas encore la mise en œuvre d'une méthode particulière pour l'attribution des droits de transport. Il ne place que les limites externes pour les opérateurs dominants du réseau.

La méthode d'attribution qui pourrait soulever la plupart des doutes en vertu des règles de la concurrence européenne est incontestablement celle du "premier arrivé-premier servi". Cette méthode peut, dans certaines circonstances, favoriser les anciens monopolistes par rapport aux nouveaux venus, par exemple dans une situation où l'entreprise dominante a conclu des contrats de réservation de capacité à long terme avant la libéralisation. En outre, elle semble également faciliter la discrimination par le gestionnaire de réseau en faveur de ses entreprises d'approvisionnement verticalement intégrées. Cela pourrait avoir l'effet d'empêcher d'autres opérateurs d'accéder aux marchés de l'approvisionnement en aval.

Enfin, par rapport aux ventes aux enchères, les administrations nationales ont demandé si cette méthode d'attribution est compatible avec le droit de la concurrence européen - prenant en considération les décisions de la Commission sur les licences de téléphone mobile en Italie et en Espagne. Dans ces décisions, la Commission a décidé qu'une vente aux enchères concernant l'attribution de la deuxième licence de téléphone mobile est incompatible avec le droit de la concurrence si la première licence de téléphone mobile avait été accordée gratuitement à la société de télécommunication possédée par l'État bénéficiaire.

À mon avis, ces cas furent mal compris. Les décisions de la Commission n'étaient pas une condamnation générale des ventes aux enchères comme méthode d'attribution acceptable. Elles expliquent plutôt qu'aucune discrimination ne doit avoir lieu, surtout pas en faveur des anciens monopoles - également lors d'une attribution au moyen d'une vente aux enchères. Les ventes aux enchères sont et restent donc une méthode d'attribution acceptable.

Dans le secteur de l'énergie, la Commission a dû traiter, entre autres, un cas d'interconnecteur dans le secteur du gaz, *l'interconnecteur de gaz Royaume-Uni-Irlande*. Dans ce cas, la Commission a été d'avis que le modèle de vente aux enchères initialement proposé par les autorités irlandaises pouvait être une méthode d'attribution acceptable.

Le cas le plus récent est celui de l'interconnecteur entre la France et le Royaume-Uni où les gestionnaires de réseaux attribuent les capacités disponibles au moyen des ventes aux enchères.

- CONTRATS DE RESERVATION A LONG TERME

L'attribution des ressources limitées mène souvent également à la question de savoir si les accords de réservation de capacité de transport à long terme existants sont compatibles avec le droit de la concurrence européen. Si les accords sont protégés par les droits acquis, la capacité ne peut pas être réaffectée. Si, d'autre part, ils sont incompatibles avec le droit de la concurrence, la capacité - disponible pour la réattribution - s'accroît en conséquence. La validité des contrats et leur exclusion des procédures régulières d'attribution sont ainsi devenues l'objet de l'examen communautaire. Nous effectuons actuellement un certain nombre d'enquêtes concernant ces points.

Permettez-moi de commencer en disant que les bénéficiaires des accords de réservation de capacité à long terme sont très souvent les anciens monopolistes. À cet égard, je dois souligner que la Commission

européenne s'attend à ce que l'introduction de la concurrence sur les marchés d'approvisionnement provienne très souvent de la concurrence d'importation. Les opérateurs viseront à élargir leurs activités de ventes en dehors de leurs secteurs traditionnels d'approvisionnement et les nouveaux venus, tels que les négociants, essayeront de profiter des différences de prix entre les différents marchés nationaux. C'est pourquoi ils demandent tous l'accès aux interconnecteurs.

Ainsi, si le monopoliste d'approvisionnement bénéficiaire réserve pour lui-même une partie significative de la capacité d'interconnection, il se protège contre la concurrence d'importation. Les accords de réservation de capacité ont ainsi des effets significatifs de forclusion.

Lors de l'examen des effets des accords de réservation de capacité à long terme, la Commission européenne évaluera également la nécessité de compenser des coûts d'investissement engagés lors de la construction des interconnecteurs. La Commission ne s'oppose donc généralement pas à la conclusion des accords de réservation de capacité à long terme si de tels accords sont nécessaires pour financer l'interconnecteur et si le principe de non-discrimination est appliqué.

Permettez-moi de vous donner un exemple récent: l'interconnecteur France/Royaume-Uni. Cet interconnecteur a été récemment ouvert à l'utilisation par d'autres entreprises que EDF suivant les préoccupations de la Commission. Comme vous le savez, c'est le seul interconnecteur sous-marin entre le Royaume-Uni et la France. Dans la pratique, l'utilisation de l'interconnecteur a été jusqu'ici réservée exclusivement à EDF pour les exportations au Royaume-Uni, en vertu d'un accord existant qui régit la gestion de l'interconnecteur et qui expire ce mois-ci, mars 2001. Les deux propriétaires de l'interconnecteur ont examiné les points de vue de la Commission avant de se mettre d'accord sur de nouvelles règles pour diriger et attribuer la capacité sur le câble sous-marin après l'échéance des règles actuelles.

À la suite des remarques faites par la Commission, les deux gestionnaires de réseau de transport (GRT) ont décidé d'ouvrir l'accès à l'interconnecteur sans qu'aucune réserve ne soit faite en faveur de toute société particulière. Les premières ventes aux enchères de capacité ont déjà eu lieu récemment.

RTE a également révisé le système pour le transit de l'électricité en France afin de rendre les procédures et la durée de ces droits de transit compatibles avec les droits de transport dans l'interconnecteur. En conséquence, les opérateurs établis dans d'autres États membres continentaux qui souhaitent transmettre l'électricité au Royaume-Uni par l'interconnecteur Royaume-Uni/France ne verront pas leurs intentions entravées par l'octroi restrictif de droits de transit en France. Enfin, les coûts de congestion et les pertes en France seront supportés par RTE.

Nous continuerons à contrôler la situation des interconnecteurs entre les États membres de l'Union européenne, particulièrement les interconnecteurs encombrés. Je peux également vous informer que nous étudions notamment l'attribution de la capacité dans les connexions entre la France et l'Espagne.

Pour conclure ce point difficile, permettez-moi de vous donner un exemple d'une intervention passée de la Commission dans un cas *d'un nouvel* interconnecteur. Dans ce cas-là, les gestionnaires de réseau de transport ont initialement accordé des droits prioritaires de fournisseur de puissance pour jusqu'à 100 % de la capacité de transport disponible pendant 15 ans. La Commission a considéré la réservation à long terme comme excessive à la fois en termes d'utilisation des capacités et de durée. Après les discussions avec l'autorité de régulation nationale compétente, les parties ont informé la Commission des modifications de leur accord réduisant l'utilisation des capacités réservées à 50 % pour la durée de moins de 6 ans. Par la suite, la Commission a approuvé l'accord modifié par une "lettre de confort". Tout en n'excluant pas que la Commission arrive à de différentes conclusions dans d'autres cas, je pense que ce cas indique

clairement quel type d'accord de réservation de capacité la Commission pourrait normalement accepter en parlant de nouveaux interconnecteurs.

L'analyse de l'accès au réseau que je viens de vous décrire s'appliquera tant aux réseaux de transmission qu'aux réseaux de distribution, une fois que la libéralisation du marché aura suffisamment progressé. En effet, la Commission vient de proposer que l'obligation de séparation sociétaire du réseau s'applique aussi aux entreprises de distribution.

LIBERTE DE CONCURRENCE DE LA PART DES FOURNISSEURS

La deuxième des trois conditions que j'ai mentionnées auparavant pour réaliser la concurrence dans les industries d'énergie libéralisées est qu'il doit y avoir une libre concurrence du côté de l'offre. Cela s'applique aux entreprises actives pour le même produit et le même marché géographique aussi bien qu'aux entreprises qui ont l'intention d'accéder au nouveau produit et/ou à des marchés géographiques. Permettez-moi de vous donner un exemple pour chacun de ces scénarios.

Les entreprises actives pour le même produit et le même marché géographique pourraient décider de ne pas entrer en concurrence les unes avec les autres, que ce soit sous forme de cartel simple ou que ce soit sous forme d'un accord d'entreprise commune. Évidemment, de tels accords attirent l'attention de toutes les autorités de concurrence y compris la Commission.

Par exemple, la Commission enquête actuellement dans un cas concernant un gisement de gaz situé dans l'Atlantique. Dans ce cas, les propriétaires du gisement de gaz ont sollicité une dispense des règles de la concurrence de la CE car ils prévoient de commercialiser le gaz conjointement pendant une certaine période. Ils font valoir que la commercialisation en commun est nécessaire pour que le projet puisse démarrer. Selon moi, l'une des questions décisives sera de savoir si l'accord de commercialisation en commun est vraiment "indispensable" pour le développement du gisement (article 81, paragraphe 3, du traité CE). Aucune

décision finale n'est encore prise, mais je pense que cela sera un cas test intéressant pour l'avenir.

Permettez-moi maintenant de me tourner vers le deuxième scénario: des entreprises agissant sur différents marchés géographiques. À cet égard, nous sommes d'avis que le champ d'application des marchés du gaz et de l'électricité est actuellement tout au plus "national" et que, comme je l'ai dit auparavant, la concurrence sur ces marchés se développera principalement par les importations. En conséquence, toute restriction à l'importation ou à l'exportation de l'énergie sur ou à partir d'autres marchés nationaux sera examinée complètement. La Commission a ainsi récemment appris qu'un certain nombre de contrats de fourniture de gaz entre les producteurs et les importateurs dans la Communauté contiennent des limitations territoriales de revente. Ces clauses ont pour objet et effet d'empêcher l'importateur de revendre le gaz en dehors de l'État membre où il est situé. De telles restrictions de revente ne sont évidemment pas compatibles avec le droit de la concurrence et la politique de libéralisation de l'UE, à savoir créer un marché intérieur du gaz. Via le droit de la concurrence, nous essayons de soutenir cet objectif en augmentant la fluidité du marché, c'est-à-dire le nombre de fournisseurs actifs dans le marché. La raison ultime de cet objectif est la diversification de l'offre pour le consommateur, et donc l'augmentation des possibilités de choix.

Permettez-moi enfin de me tourner vers le scénario des entreprises agissant sur des marchés de produits différents. À cet égard, la Commission est d'avis que les entreprises qui agissent actuellement sur le même marché géographique, mais sur des marchés de produits différents, ne devraient pas être empêchées d'accéder à d'autres marchés de l'énergie.

Permettez-moi encore de vous donner un exemple de notre pratique récente. En Espagne, le fournisseur dominant sur le marché du gaz, Gasnatural, avait conclu un accord de fourniture de gaz à long terme avec un des producteurs d'électricité les plus importants, Endesa. Le gaz devait être utilisé pour les centrales d'Endesa. Gasnatural insistait sur le fait que Endesa ne pourrait pas revendre le gaz à d'autres clients, ce qui était ainsi destiné à empêcher Endesa d'entrer sur le marché du gaz en Espagne ou d'y renforcer sa position. La Commission a considéré que cette clause était incompatible avec le droit de la concurrence de la CE. À la suite de notre

intervention, les entreprises ont abandonné la restriction d'utilisation et l'enquête a pu être clôturée.

Ceci m'amène au rôle du contrôle des concentrations sur le marché de l'électricité libéralisé. La libéralisation conduit également à une réorganisation de l'industrie de l'énergie européenne avec les concentrations. Une semblable augmentation d'activité des concentrations a pu être observée avant dans les télécommunications et l'industrie européenne des transports aériens.

Lors de l'évaluation des concentrations dans l'industrie de l'énergie, la Commission applique les règles normales du règlement des concentrations. Elle analyse notamment si la concentration mène à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché commun. Ce faisant, la Commission veille à ce que les bénéfices de la libéralisation ne soient pas menacés par les concentrations importantes.

Par exemple, la Commission européenne a autorisé l'acquisition du contrôle conjoint de l'entreprise d'électricité allemande Energie Baden Württemberg (EnBW) par EDF et Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke (OEW), une association de neuf districts publics du sud-ouest de l'Allemagne, seulement après que certains engagements ont été offerts par les parties, y compris l'abandon de capacité de production par EDF.

L'opération, comme initialement notifiée à la Commission, aurait mené au renforcement de la position dominante de EDF sur le marché des clients éligibles c'est-à-dire des grands clients en France. EnBW est l'un des concurrents potentiels les plus susceptibles d'entrer sur le marché français et serait l'une des sociétés stratégiquement les mieux placées pour accéder au marché de l'approvisionnement des clients éligibles. La zone d'approvisionnement de EnBW est localisée dans le sud-ouest de l'Allemagne et a une longue frontière commune avec la France. Deux des quatre interconnecteurs franco-allemands sont situés dans le secteur d'approvisionnement de EnBW. En outre, EnBW a accès à des capacités de production situées en France en vertu d'un certain nombre d'accords contractuels à long terme avec EDF. En acquérant EnBW, EDF aurait augmenté également son

potentiel de représailles en Allemagne et serait ainsi moins exposé à la concurrence en France. Enfin, la transaction aurait également contribué à renforcer la position de EDF en tant que fournisseur paneuropéen. EDF est déjà actif dans un certain nombre d'États membres, dont notamment l'Autriche, l'Italie, la Suède et le Royaume-Uni. À l'issue du projet de concentration, EDF aurait disposé d'une position forte en Allemagne et serait dans une situation favorable pour offrir des services paneuropéens à des clients industriels et commerciaux.

Afin de lever ces préoccupations de concurrence, EDF met à disposition de ses concurrents 6 000 mégawatts de capacité de production situés en France, correspondant à 30 % du marché éligible. L'accès à cette capacité s'effectuera au travers de ventes aux enchères préparées et mises en œuvre par EDF sous la surveillance d'un administrateur. Cet engagement aura une durée de cinq ans pour permettre à des sources alternatives d'approvisionnement de se développer suffisamment afin d'atteindre un niveau satisfaisant de fluidité en France. Sur la base de l'évolution du marché, la Commission décidera, après cette période de cinq ans, si ces conditions sont réunies ou non et, en fonction, prolongera ou mettra fin à l'obligation de EDF d'accorder l'accès aux capacités de production.

Étant donné qu'il est envisagé que le seuil des clients éligibles soit à l'avenir réduit à 9 GWh/année ce qui représente environ un marché total de 150 TWh -- et que CNR et SNET contribueront directement à la fluidité du marché, aux alentours d'un tiers du marché français des clients éligibles pourrait être fourni par des concurrents de EDF.

Un autre cas en France, plus vieux, se rapporte aux plans de EDF de former une entreprise commune avec Louis Dreyfus pour le commerce de l'électricité. Le marché français n'était pas ouvert lors de la notification. Les conditions et les termes de l'accès aux tiers ainsi que l'identité des clients éligibles en France n'étaient pas connus. EDF aurait été le seul opérateur sur le marché français et aurait ainsi pu avoir un avantage concurrentiel sur ses concurrents qui a été barré pour entrer. La Commission a décidé que, dans ces conditions, l'entreprise commune aurait renforcé sa position dominante sur le marché français de l'électricité. Le projet a été mis au point par la suite après que EDF se soit engagée à ne pas offrir de services de négoce en France jusqu'à ce que le marché soit effectivement ouvert.

LIBERTE DE CHOIX DU FOURNISSEUR DE LA PART DES CLIENTS

Permettez-moi maintenant de me tourner vers la troisième condition nécessaire pour créer et maintenir la concurrence sur les marchés du gaz et de l'électricité: la liberté des clients.

À cet égard, la Commission considère qu'il est important que les clients aient la possibilité de choisir librement entre les fournisseurs, en d'autres termes les clients ne doivent pas être "captifs". L'exemple le plus flagrant de clients "captifs" est celui des clients qui ont passé un contrat de fourniture exclusif à long terme avec l'opérateur dominant. Ces contrats empêchent les clients de choisir librement leur fournisseur. Les contrats augmentent également les obstacles à l'entrée pour les concurrents potentiels. Les effets de verrouillage du marché sont particulièrement évidents si tous les clients clés justifiant une nouvelle entrée sur le marché sont "captifs".

La Commission a récemment attaqué un tel contrat de fourniture exclusif à long terme entre Gasnatural et Endesa. Dans ce cas, Endesa était tenue d'acheter à Gasnatural l'entièreté de sa demande de gaz destinée à de nouvelles centrales fonctionnant au gaz pour une période de plus de vingt ans. À la suite de l'intervention de la Commission, les entreprises ont réduit la durée du contrat de fourniture et les quantités à acheter de telle manière que Endesa devienne un client encore attrayant pour de nouveaux venus sur le marché du gaz espagnol.

CONCLUSION

Les premières expériences de la libéralisation des marchés de l'énergie ont été très positives malgré certaines taches moins brillantes sur l'image. La réaction positive du marché envers la libéralisation a fait avancer ce processus sans à-coups, souvent au-delà de ce qui a été exigé par la législation et attendu par le législateur européen. Par conséquent, les chefs d'État et de gouvernement ont ressenti l'année passée à Lisbonne la nécessité de disposer de nouvelles propositions législatives. Cela a conduit la Commission à proposer la libéralisation complète du marché aux conditions expliquées auparavant. Entre-temps, et comme vous le savez par la presse, lors du récent Sommet européen à Stockholm, les chefs d'Etat et de Gouvernement n'ont pas été en mesure de fixer la date définitive de libéralisation du marché, qui devrait s'accomplir "le plus vite possible", en dépit de la proposition de directive de la Commission qui prévoyait l'ouverture complète du marché d'ici janvier 2005.

Du point de vue de la politique de la concurrence, la Commission focalisera ses activités d'application principalement sur les pratiques restrictives avec des impacts structurels et transfrontaliers.

Etant donné que les règles de la concurrence ont pour objectif de bénéficier au consommateur, la Commission reste très intéressée à entendre leur point de vue. Voilà la raison principale de notre présence aujourd'hui parmi vous.

Les priorités de la Commission à cet égard se présenteraient de la manière suivante:

La Commission contrôlera très soigneusement les points concernant le réseau tels que la tarification du transport et l'accès non discriminatoire. Cela comprend particulièrement l'accès aux interconnecteurs entre les différents États membres; à cet égard, la Commission examinera les méthodes d'attribution de capacité ainsi que les contrats de réservation de capacité à long terme.

Afin de promouvoir la libre concurrence du côté de l'offre, la Commission contrôlera les délimitations horizontales.

En ce qui concerne le contrôle des concentrations : tandis que beaucoup d'opérations en préparation du marché intérieur de l'électricité sont pro-concurrentielles, les concentrations incluant d'anciens monopolistes seront soigneusement examinées.

REGULAÇÃO DA ENERGIA E AMBIENTE

I

O DIREITO DO AMBIENTE

Fernanda Paula Oliveira

1. Os princípios jurídicos do Direito do Ambiente

De há uns anos a esta parte as preocupações ambientais têm vindo a projectar o seu reflexo no Direito. De facto, fala-se hoje num *Direito do Ambiente* como uma disciplina de carácter autónomo e específico: trata-se daquele novo ramo de direito, distinto dos demais pela *matéria*, pelos *princípios*, pela *estrutura* e pelas *funções*.⁴¹

O Direito do Ambiente encontra-se hoje positivado em normas de direito comunitário (nos tratados originários e em muito direito comunitário derivado – em especial directivas), em normas de Direito Internacional Público (com um elevado número de tratados internacionais na matéria) e a nível do Direito Interno Português (o ambiente encontra consagração constitucional e em numerosa legislação ordinária).

O grau de maturidade deste direito retira-se da possibilidade de deduzirmos um conjunto de princípios jurídicos comuns às várias normas ambientais positivas, com independência da sua origem e da sua natureza. Tais princípios são os elementos básicos que cimentam este novo edifício jurídico.⁴²

Ora, os mais importantes desses princípios são os que a seguir se apresentam:

⁴¹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Público do Ambiente, (Direito Constitucional e Direito Administrativo)*, Curso de pós graduação do CEDOUA, ano lectivo 1995/96, p. 6.

⁴² Demetrio Loperena Rota, *Los Principios del Derecho Ambiental*, Instituto Vasco de Administración Publica, Civitas, p. 22

1.1. Princípio da precaução⁴³: por força do princípio da precaução introduz-se nível ambiental uma espécie de princípio "*in dubio pro ambiente*": na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, ou seja, o ónus da prova da inocuidade de uma certa acção em relação ao ambiente transfere-se do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor.

Este princípio permite, pois, em caso de dúvida e por previdência, a interdição das actividades "suspeitas" de terem provocado um dano ou de poderem vir a provoca-lo.⁴⁴

1.2. Princípio da prevenção⁴⁵: este princípio determina, antes de mais, a ideia de que se devem prevenir os danos e agressões ambientais em vez de os remediar porque a despoluição (o remediar) ou é *impossível* ou, não o sendo, é *demasiado onerosa*.

De facto, torna-se menos dispendiosa a adopção de medidas que visam evitar que os danos ambientais ocorram do que as medidas tendentes a recuperar o ambiente que sofreu danos. A política ambiental deve ser conformada de modo a evitar agressões ao ambiente, impondo-se, para isso, a *adopção de medidas preventivo-antecipatórias* em vez de medidas repressivo-mediadoras quando as causas de ocorrência dos danos sejam conhecidas. Estas medidas devem ser, em nome do princípio do poluidor-pagador, essencialmente privadas ou, sendo públicas, devem ser inteiramente custeadas pelos poluidores.

1.3. Princípio da correcção na fonte⁴⁶: segundo este princípio, as causas de poluição devem ser pesquisadas para, sempre que possível, as *eliminar* ou *moderar*, evitando que se repitam. Este princípio responde a uma tríplice questão: *quem* deve corrigir, e *onde* e *quando* se devem fazer intervir as medidas de correcção?

a) *QUEM* deve corrigir?

⁴³ J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 40 e Maria Alexandra Aragão, Direito Comunitário do Ambiente, Curso de Pós graduação do CEDOUA, ano lectivo 2000/2001, p. 16.

⁴⁴ "Enquanto a prevenção requer que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a acção para eliminar possíveis impactos danosos no ambiente seja tomada antes de o nexo causal ter sido estabelecido com uma evidência científica absoluta". FREESTONE, DAVID, *The 1992 Maastricht Treaty-Implications for Environmental Law*, European Environmental Law Review, Volume nº 1, June, 1992.

⁴⁵ J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 39-40 e Maria Alexandra Aragão, ob. cit. , p. 17-18.

⁴⁶ Maria Alexandra Aragão, ob. cit. , p. 18-20.

É ao causador da poluição que cabe actuar, devendo modificar a sua conduta, *expurgando-a de acções lesivas do ambiente* (interdição de funcionamento de um estabelecimento industrial obsoleto e muito poluente) ou, quando tal não seja possível ou exigível, *rectificando-a de modo a reduzir ao mínimo as agressões ao meio ambiente* (imposição de recurso a tecnologias menos poluentes).

b) *ONDE e QUANDO se deve intervir?*

As actividades perigosas devem ser inibidas logo *no local onde ocorrem* evitando a sua propagação no espaço (v.g. circulação de resíduos tóxicos) e *desde o início*.

1.4. Princípio do poluidor pagador⁴⁷: este princípio não tem, ao contrário do que se poderia pensar, uma natureza eminentemente curativa, mas sim uma função preventiva, ou seja, a sua vocação é para intervir não *a posteriori* mas sim *a priori*.

Assim, este princípio não é um simples princípio de responsabilidade civil. Com efeito, enquanto a reparação dos danos causados às vítimas é resolvido pela aplicação do *princípio da responsabilização*, a precaução, prevenção e redistribuição dos custos da poluição é resolvido pela aplicação do *princípio do poluidor pagador* (ideia de que os custos da prevenção devem ser suportados pelos poluidores).

O poluidor tem duas alternativas: **poluir e pagar** (ao Estado)⁴⁸ — o Estado afectará as verbas obtidas, exclusiva ou prioritariamente a acções de protecção do ambiente —, ou **pagar para não poluir** (investindo em processos produtivos e matérias primas menos poluentes ou em investigação de novas técnicas e produtos alternativos).

Pelo cálculo dos custos a suportar poderá obter-se, por um lado, uma diminuição da poluição para um nível mais aceitável, criando-se simultaneamente um fundo público destinado ao combate à poluição residual ou acidental, ao auxílio às vítimas da poluição e ao custeamento de despesas públicas de administração, planeamento e execução da política ambiental.

⁴⁷ Maria Alexandra Aragão, ob. cit. , p. 20 e ss.

⁴⁸ O montante dos pagamentos a impor aos poluidores deve ser proporcional aos custos da precaução e de prevenção e não proporcional aos danos provocados.

*1.5. Princípios da sustentabilidade, da solidariedade intergeracional e da economia*⁴⁹: o princípio da sustentabilidade ou o princípio do desenvolvimento sustentável traduz a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio que permita superar a tensão básica que existe entre o desenvolvimento económico, por um lado, e a conservação da natureza e dos recursos naturais, por outro lado. A necessidade de conservação da natureza e dos recursos naturais decorre da consciência de que se trata de factores esgotáveis não sendo infinitamente imunes às manipulações humanas. Por isso, os seus equilíbrios não resistem eternamente às alterações introduzidas pela actividade do homem, não devendo deixar de se ter em conta que tais equilíbrios (básicos) se revelam indispensáveis para a própria sobrevivência daquele. Deste modo, não se deve fazer uma protecção máxima e absoluta dos recursos naturais visto eles serem indispensáveis para o desenvolvimento económico, mas, por outro lado, não se deve visar o desenvolvimento económico a todo o custo, pondo em risco os recursos naturais existentes ou fazendo deles uma utilização que implique a sua exaustão. Estes dois objectivos (desenvolvimento económico e protecção e salvaguarda dos recursos naturais) têm de ser harmonizados pois só assim se consegue o melhor desenvolvimento da pessoa e uma melhor qualidade de vida.⁵⁰

O desenvolvimento sustentado envolve a noção de *durabilidade*, sendo o desenvolvimento que responde a necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades.⁵¹ Deste modo, o princípio da sustentabilidade encontra-se estritamente ligado ao princípio da solidariedade entre gerações.

Sendo este o conteúdo dos dois referidos princípios podemos dizer que lhes está estreitamente ligado um terceiro que é o *princípio da economia*, princípio este que significa que a política ambiental deve ser de tal modo que permita "*assegurar a utilização ponderada e parcimoniosa dos recursos naturais e culturais*" (cfr. artigo 5º da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo).

⁴⁹ Fernanda Paula Oliveira, Breves notas sobre Direito do Ordenamento do Território, Curso de Pós Graduação do Cedoua, ano lectivo 2000/2001, p. 23

⁵⁰ Luciano Parejo Alfonso, "La Organización Administrativa de la Ordenación del Territorio", in. *Revista de Derecho Urbanístico*, Outubro-Dezembro de 1987, p. 26-27.

⁵¹ Idem, p. 36.

1.6. Princípio da Integração⁵²: neste último princípio está presente a ideia de que praticamente toda a actividade humana é susceptível de afectar, directa ou indirectamente, em maior ou menor grau, o ambiente pelo que qualquer política sectorial tem de *ponderar previamente os seus impactes ambientais antes da tomada de qualquer decisão*.

Alguns dos domínios com implicações claras em matéria do ambiente são designadamente o agrícola, o comercial, o dos transportes, o do turismo e o da **energia**.

Com o princípio da integração introduz-se a necessidade de integrar as considerações ambientais na definição e aplicação das demais políticas sectoriais e, portanto, também a nível do sector da energia. Isto significa tornar imperativa a aplicação dos princípios anteriormente referidos à própria política energética, sendo possível verificar ou fiscalizar a legalidade de uma medida adoptada no âmbito destas políticas sectoriais em função da sua conformidade com os princípios jurídicos de política do ambiente.⁵³

⁵² Maria Alexandra Aragão, ob. cit. , p. 25 e ss.

⁵³ Sobre esta matéria vide também Luciano Parejo Alfonso, Ludwig Kramer e outros, Derecho mediodambiental de la Unión Europea, Monografía, Ciências Jurídicas.p. 71 e ss.; p. 169-173.

2. A POLÍTICA ENERGÉTICA: INFLUÊNCIAS NO AMBIENTE⁵⁴

Do que vimos de dizer resulta a necessidade da tomada em consideração das exigências ambientais na prossecução dos objectivos do sector energético (electricidade e gás).

Desde logo, deve realçar-se que esta política sectorial coloca um conjunto de *problemas ambientais possíveis*: alterações climáticas (concentração de gases de efeito estufa); acidificação (deposição ácida que tem origem nas emissões antropogénicas de dióxido de enxofre, óxidos e azoto e amónia); depleção da camada de ozono (diminuição dos níveis de ozono na estratosfera); escassez de recursos hídricos e poluição das águas superficiais e subterrâneas; perda da biodiversidade; resíduos sólidos perigosos; degradação dos solos (provocada essencialmente por urbanização, desenvolvimento de infra-estruturas, erosão e contaminação); degradação das zonas costeiras e ecossistemas marinhos (v.g. extracção de petróleo e gás natural em zonas marinhas); riscos químicos e de saúde humana.

Estas implicações ambientais verificam-se ao nível dos vários ciclos da vida do sector energético, ou seja, da *produção*⁵⁵, *transporte* e *distribuição*.

No que concerne aos impactes ambientais decorrentes da *produção* da energia, eles dependem especialmente do respectivo modo de produção. Por exemplo, se tivermos em conta a produção da energia eléctrica, os impactes ambientais variam em função de estarmos perante a energia termoeléctrica, a energia nuclear, a valorização energética de resíduos, a energia hidroeléctrica, a energia solar, a energia eólica, a energia da biomassa e a energia geotérmica

No que diz respeito aos impactes ambientais decorrentes das actividades de *transporte* e *distribuição* podemos referir, designadamente, a utilização de materiais tóxicos nos equipamentos, efeitos em termos de ocupação dos solos, perda de biodiversidade, intrusão visual, ruído e saúde das populações, trazendo repercussões em matéria de alterações climáticas, resíduos, contaminação de águas residuais, campos electromagnéticos, ruído e impacto das linhas aéreas na avifauna.

⁵⁴ Sobre este aspecto cfr. o estudo realizado pelo Centro de Economia Ecológica e Gestão do Ambiente da Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, disponível na página da ERSE na internet (<http://www.erse.pt>).

⁵⁵ O que coloca as questões da extracção e transporte dos recursos, refinação e processamento de matérias, produção de equipamentos, construção de instalações e a operação de produção em si mesma

Alguns destes problemas têm uma *escala global* (como as alterações climáticas, a acidificação) outros têm *escala regional* e outros ainda têm *escala local* (v.g. poluição das águas, degradação do solo). A escala dos problemas ambientais tem a ver não só com a extensão da área afectada pelo impacte mas também com a abrangência das medidas requeridas para o seu controlo efectivo.

3. Instrumentos de superação dos efeitos negativos do sector energético no ambiente

De entre as medidas ou instrumentos jurídicos de superação dos efeitos negativos do sector energético no ambiente podemos referir em primeiro lugar, as medidas que em geral são utilizadas para a protecção do ambiente e que, por isso, podem também ser utilizadas neste sector da actividade económica (3.1.), para de seguida referirmos as medidas de protecção do ambiente específicas do sector energético (3.2.)

3.1. – Medidas da protecção do ambiente em geral⁵⁶

3.1.1. A técnica tradicional de protecção ambiental por parte da Administração Pública é a da *intervenção directa*, de *polícia* e de *regulação das actividades dos sujeitos privados*. Os instrumentos básicos para pôr em prática este princípio são as *normas (standards)* e os *cânones*.

A. *Normas (standards)*: mandatos limitativos da actividade poluidora das empresas e produtos típico da actividade de intervenção ou regulação. Estas, por sua vez, dividem-se em *normas de qualidade ambiental* (que estabelecem níveis de contaminação ou de perturbação que não deverão ser ultrapassados num determinado meio); *normas de produto* (relativas à composição ou desenho de determinado produto) e *normas aplicáveis a instalações fixas*, que se subdividem, por sua vez, em *normas de emissão* (que estabelecem níveis limites de poluidores que não podem ser

⁵⁶ Sobre este tema cfr. Borja Cardelus e Muñoz-Seca, “Técnicas jurídicas para la protección del medio ambiente”, in *Documentación Administrativa*, N.º 197, 1983, p. 5 e ss. ; María Novo e Ramón Lara (coord.), *El Análisis de la Problemática Ambiental*, I, p. 299 e ss.; Luciano Parejo Alfonso, Ludwig Kramer e outros, ob. cit., p. 174-195.

ultrapassados nas emissões procedentes de instalações fixas), *normas de concepção de construção de instalações e normas de exploração*.

B. *Cânones*: têm por objecto incentivar o responsável da contaminação a adoptar, por sua própria iniciativa, com o menor custo, medidas necessárias para reduzir a contaminação de que seja causador (função de estímulo, incentivo e motivação indirectas). Aqui se integram as *as ajudas públicas* [transferências correntes dos poderes públicos aos agentes económicos contaminadores (subvenções), como as deduções ou bonificações fiscais (dificuldade decorrente do princípio do poluidor pagador) e *Tributos ambientais* [impostos directos, taxas, etc., que recaem sobre a produção ou comercialização de bens e que pretendem, ora corrigir hábitos dos particulares, incentivando/desincentivando o consumo de certos bens em função da sua maior ou menor "amizade" para com o ambiente, ou obter, no fim do ciclo económico do produto, os recursos que os poderes públicos aplicarão posteriormente a restaurar a agressão ambiental produzida por aquele.

2. Outra das técnicas tradicionais é *autorização*, que é uma técnica de aplicação do princípio da acção preventiva. Através dela verifica-se o cumprimento, previamente ao início de uma qualquer actividade, das regras aplicáveis, designadamente as regras de protecção ambiental.

3. Outra técnica de protecção ambiental é a da *avaliação de impacto ambiental*, a que estão sujeitas actividades relacionadas com o sector da energia, incluindo dos grandes projectos no sector energético (Decreto-Lei n.º 69/2000, de 3 de Maio).

4. Há ainda que referir a actividade de *prevenção e de controlo integrado da poluição* (Decreto-Lei n.º 194/2000, de 21 de Agosto). As normas ambientais são, em geral, normas sectoriais e específicas faltando-lhes, assim, simultaneamente uma perspectiva globalizadora e integradora de toda a problemática ambiental suscitada pelos agentes contaminadores. Por isso, para fazer face a esta dificuldade, se vem defendendo de há uns tempos a esta parte uma técnica de gestão ambiental da *prevenção e controlo integrados da poluição* (*integrated prevention pollution control = IPPC*) e que consiste em evitar a transferência dos problemas de poluição de uma parte do meio ambiente para outra, conseguindo que uma instalação seja

explorada segundo a opção que seja melhor para o meio ambiente, considerado globalmente (*best environmental option*).

Entre nós, para se alcançar este objectivo e na sequência de uma directiva comunitária sobre a matéria, instituiu-se uma *licença ambiental* para um conjunto de intervenções onde também se integram a generalidade de indústrias pesadas do sector da energia.

Esta licença é um acto “aberto” – e como tal não assume um carácter definitivo, em termos temporais – já que ela deve ser constantemente actualizada em função da evolução tecnológica, isto é, a licença é emitida tendo em conta as melhores técnicas disponíveis (MDTs) (*Best Available Technologies - BAT*), e definindo os *valores limite das emissões* (o nível de uma emissão que não deve ser excedido durante um ou mais períodos determinados). Entre nós foi-se por um caminho já criticado por outros: o da introdução da análise custo-benefício (económico), ou seja, a ideia de que a escolha deve recair sobre a *melhor tecnologia disponível* (BAT), que não implique um custo excessivo (BATNEEC). Trata-se, assim, da escolha de melhor tecnologia existente para prevenir ou minimizar a contaminação ou o dano ambiental, não independentemente do seu preço (custo económico), mas antes aquela que não implique um preço excessivo em relação com a protecção ambiental a conseguir e que tenha uma carga económica que uma unidade produtiva, em condições normais, esteja em condições de suportar.⁵⁷

5. Refira-se, por fim, de entre as técnicas de protecção do ambiente em geral, a *auditoria ecológica* e a *gestão ecológica*. Trata-se de uma ferramenta de gestão que compreende uma avaliação sistemática, documentada, periódica e objectiva de como a organização e gestão de bens de equipa cumprem com o propósito de salvaguardar o meio ambiente.

Os instrumentos aqui referidos não são substitutivos uns dos outros, devendo antes ser utilizados complementarmente.

⁵⁷ Cfr. José Eduardo F. Dias,

3.2. – MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO SECTOR ENERGÉTICO

No que diz respeito às medidas de protecção do ambiente específicas do sector energético, podemos dividi-las em dois grandes grupos: as medidas de redução dos impactes ambientais (3.2.1.) e as medidas de minimização dos impactes ambientais (3.2.2.).

3.2.1. Medidas de redução dos impactes ambientais: em regra não basta adopção de uma só medida sendo necessária a adopção simultânea de um conjunto de medidas actuando nos diversos pontos do sistema. Aqui vamos encontrar:

3.2.1.1. Medidas de gestão da procura. Trata-se de medidas de planeamento, implementação e monitorização de actividades destinadas a encorajar os consumidores a modificarem os seus níveis e padrões de consumo de energia, ou seja, medidas que visam reduzir e controlar o consumo de energia contribuindo assim para minimizar todos os impactes ambientais associados às diversas fases do ciclo de vida da energia. Através destas medidas permite-se poupar recursos escassos e evita-se a geração de emissões e resíduos.

3.2.1.2. Medidas de gestão da produção. Estas são, por sua vez, medidas de escolha de formas de produção que menores impactes ambientais, tais como a utilização de energias renováveis e a utilização de combustíveis “limpos”.

3.2.2. Medidas de minimização de impactos ambientais

As medidas de minimização dos impactes ambientais actuam através da introdução nos processos de produção de tecnologias ou dispositivos que permitam reduzir as pressões ambientais causadas (v.g. tecnologias de controlo de emissões atmosféricas e medidas de tratamento de resíduos efluentes, medidas de recuperação de *habitats*, etc.). Estas medidas devem ser utilizadas como complemento das medidas de redução (gestão da procura e da produção).

Em resumo, em matéria especificamente energética, vamos encontrar: medidas para evitar impactes ambientais (1); medidas para mitigar ou reduzir impactes ambientais (2); e medidas destinadas a compensar efeitos negativos que não podem ser evitados ou minimizados (v.g. arranjar lugares de desova dos peixes para substituir os que foram destruídos com a construção de uma mini hídrica) (3).

Entre nós as empresas do sector eléctrico têm sido objecto de fortes pressões, nomeadamente regulamentares, por parte de entidades públicas com responsabilidade no ambiente, tendo, em consequência vindo a realizar esforços significativos no sentido de minimizar os efeitos ambientais das suas actividades.

II

Coordenação entre regulação da energia e regulação ambiental

1. A questão: as questões que aqui estamos a tratar são questões de regulação: a regulação do sector eléctrico e a regulação do ambiente. Ora, é necessário verificar como é que entre nós está feita e como deveria estar feita a articulação ambas as regulações. Efectivamente, a questão principal é a de *saber se a regulação dos impactes ambientais do sector energético deve ser feita pela entidade reguladora do sector ou se pelo contrário deve ser feita por uma entidade “transversal” ou “horizontal”,* ou seja, por uma entidade que tenha competências em matéria ambiental, independentemente do sector em que as implicações sobre o ambiente surjam.

2. O estado actual

2.1. A regulação sectorial:

Em Portugal a regulação do sector eléctrico cabe à ERSE, entidade reguladora a que a lei não confere, de forma directa, atribuições em matéria das repercussões ambientais do sector.

Isto não significa, obviamente, que esta entidade não deva fazer um acompanhamento atento do desempenho ambiental do sector eléctrico. Com efeito esta entidade pode utilizar alguns dos poderes que detém para influenciar aquele desempenho.

Apenas a título de exemplo, a fixação de tarifas, responsabilidade da ERSE, pode e deve ser utilizada para induzir uma utilização racional da energia. A estrutura tarifária deve contribuir para atingir estes objectivos, permitindo uma melhor utilização dos meios de produção, transporte e distribuição. Isto quer dizer, designadamente, que a actuação da ERSE pode e deve induzir comportamentos, tanto do lado da procura como do lado da oferta, que permitam a melhoria do desempenho ambiental do sector, criando designadamente mecanismos de incentivo para o efeito e devendo ainda contribuir para melhorar a informação dos cidadão sobre os impactos ambientais associados a este sector económico.

2.2. A regulação ambiental

Em Portugal a regulação das questões ambientais é feita directamente pelo Estado através do Ministério do Ambiente e Ordenamento do Território. No seio deste Ministério vamos encontrar, com relevo nas questões que aqui estamos a tratar, a Direcção-Geral do Ambiente (DGA) e a Inspeção-Geral do Ambiente (IGA), que têm competências ambientais gerais ou globais e não meramente sectoriais ou parcelares.

No que concerne à DGA, de entre a variedade de competências gerais em matéria ambiental destacam-se a de promover e coordenar actividades na área da normalização sectorial no domínio do ambiente [alínea j), do n.º 2 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 120/2000, de 4 de Julho] e a de apoiar e acompanhar as estratégias nacionais de integração do ambiente nas políticas sectoriais [alínea. m) do n.º 2 do artigo 9º do mesmo diploma legal].

Por sua vez, compete designadamente à IGA a inspecção e o controlo ambiental visando garantir o cumprimento das normas jurídicas com incidência ambiental (n.º 1 do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 120/2000).

Para além destes, sujeitos a tutela e superintendência do Ministério do Ambiente vamos encontrar ainda alguns institutos públicos cujo âmbito de actuação em questões ambientais é no entanto parcelar. Trata-se, contudo, de institutos cuja intervenção no sector da energia se pode revelar também crucial. É o caso do Instituto de Conservação da Natureza [a quem compete promover a articulação e integração dos objectivos da conservação da natureza e da diversidade biológica nos diferentes sectores da actividade económica e social – alínea b) do n.º 2 do artigo 15º do Decreto-Lei n.º 120/2000]; do Instituto Regulador de Águas e Resíduos, do Instituto da Água e do Instituto dos Resíduos.

3. Proposta de solução do problema

A ideia de que o ambiente é uma actividade com carácter horizontal ou transversal às várias políticas sectoriais (que está na base do surgimento do princípio anteriormente referido da *integração*) e a ideia de que deve haver uma *prevenção e um controlo integrado da poluição* (as questões ambientais devem ser tratadas globalmente e, portanto, não devem ter um tratamento por sectores e por componentes ambientais), aponta no sentido da necessidade de as questões ambientais serem (continuarem a ser) reguladas pela referida entidade transversal (entre nós a Direcção Geral do Ambiente integrada no Ministério do Ambiente e Ordenamento do Território).

É, no entanto, necessário não esquecer que o sector energético pode colocar questões muito específicas em matéria ambiental, pelo que é fundamental o reconhecimento da possibilidade de intervenção da entidade reguladora do sector reconhecendo-se-lhe também aqui poderes próprios. Tais poderes, sob pena de desarticulação de actuações, devem ser exercidos em *cooperação* e *coordenação* com a "entidade reguladora ambiental" e com as restantes entidades com atribuições ambientais (se bem que parcelares): os princípios da *cooperação* e da *coordenação* aparecem aqui como importantes princípios em matéria de relações administrativas intersubjectivas (actualmente as relações inter-administrativas já não conseguem ser explicadas dentro das tradicionais relações de hierarquia, superintendência e tutela, sendo mais amplas e mais complexas que estas).

A ESTRUTURA DO SECTOR DA ENERGIA EM PORTUGAL

O SECTOR ELÉCTRICO

JOSÉ PENEDOS

**PRESIDENTE DO CONSELHO
DE ADMINISTRAÇÃO DA REN –
REDE ELÉCTRICA NACIONAL, S.A.**

0. INTRODUÇÃO

A título de nota preliminar, aceite a solicitação do CEDIPRE para apresentar a evolução do sector eléctrico em Portugal, coloquei-me a questão do “como”. Como abordar esta evolução? A evolução da estrutura do sector eléctrico, em Portugal, pode ser acompanhada através da produção legislativa incidente sobre a organização das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. Como pode também segregar-se da forma e conteúdo que vão assumindo os agentes empresariais encarregados dessas actividades, ou da expressão social que vão consolidando.

Nos limites da comunicação, é a componente jurídica que releva e vamos limitá-la ao último quartel do século XX.

É o período que permite fazer a fotografia ao que existia antes do acto de nacionalização e permite igualmente uma passagem pelas sucessivas fases com as alterações mais significativas que ocorreram até ao fim do século.

No quadro escolhido, o roteiro da produção legislativa cobre os pontos 1 a 7 e os restantes constituem as novas fronteiras tal como hoje se anunciam permitindo intuir as próximas alterações estruturais que se prefiguram para o sector eléctrico em todo o espaço da União Europeia.

1. ESTRUTURA DO SECTOR ELÉCTRICO ANTES DA NACIONALIZAÇÃO

Antes da nacionalização⁽¹⁾, o sector eléctrico encontrava-se pulverizado por mais de cento e setenta entidades, privadas, públicas e cooperativas.

A CPE, Companhia Portuguesa de Electricidade, criada no fim da década de sessenta⁽²⁾ pela fusão das empresas hidroeléctricas do Cávado, Douro, Zêzere, Termoeléctrica Portuguesa e Companhia Nacional de Electricidade assegurava a produção e o transporte de energia eléctrica a nível do território continental, concretizando a primeira grande reestruturação do sector.

A nível local, os municípios e outros agentes empresariais e, também, cooperativas encarregavam-se da distribuição de energia em baixa e, nalguns casos, também em média tensão. Algumas áreas estavam sob a responsabilidade de federações de municípios a quem tinha sido concedida a distribuição em média tensão. Alguns dos municípios das maiores aglomerações urbanas do País tinham igualmente a concessão da média tensão que exploravam directamente, ou através de serviços municipalizados. A excepção de Lisboa reportava-se ao facto de a concessionária ser privada. Como noutras áreas com maior expressão regional, o sub-conjunto de empresas da Grande Distribuição tinha uma actividade integrada por diferentes níveis de tensão, alta, média e baixa tensão, e também alguma produção, em especial, a hidroeléctrica. São estas empresas de dimensão regional, além da CPE, que constituem o objecto do acto de nacionalização: AES-Aliança Eléctrica do Sul, S.A.R.L., CEAL-Companhia Eléctrica do Alentejo e Algarve, S.A.R.L., CEB-Companhia Eléctrica das Beiras, S.A.R.L., CHENOP-Companhia Hidroeléctrica do Norte de Portugal, S.A.R.L., CRGE-Companhias Reunidas Gás e Electricidade, S.A.R.L., CPE-Companhia Portuguesa de Electricidade, S.A.R.L., ED-Eléctrica Duriense, Lda., EHEC-Empresa Hidroeléctrica do Coura, S.A.R.L., EHESE-Empresa Hidroeléctrica da Serra da Estrela, S.A.R.L., EIE-Empresa Insular de Electricidade (Ponta Delgada), S.A.R.L., HEAA – Hidroeléctrica do Alto Alentejo, S.A.R.L., HEP-Hidroeléctrica Portuguesa, S.A.R.L., SEOL-Sociedade Eléctrica do Oeste, Lda. e UEP-União Eléctrica Portuguesa, S.A.R.L..

2. ESTRUTURA VERTICALMENTE INTEGRADA

⁽¹⁾ Decreto-Lei 205-G/75

⁽²⁾ Decreto-Lei 49211, de 27 de Agosto de 1969

Lendo o preâmbulo do decreto-lei que opera a nacionalização, expurgada (se é possível) a matriz ideológica, ficam como razões objectivas a determinar o acto legislativo:

- o elevado número de entidades actuantes
- a inaceitabilidade da respectiva dimensão
- a sobreposição de redes
- a excessiva diversidade tarifária
- os entraves à electrificação global

E por isso “a entidade económico-jurídica que resultar da reestruturação das empresas nacionalizadas” receberá, por transferência, “as instalações e serviços de produção e distribuição de energia eléctrica actualmente explorados por autarquias locais, directamente ou por intermédio de serviços municipalizados ou por federações de municípios”⁽³⁾.

E para que não restem dúvidas quanto à natureza e profundidade do exclusivo da produção, transporte e distribuição de energia eléctrica, o legislador continua:

“Serão igualmente transferidas para a referida entidade as instalações e serviços de produção e distribuição de energia eléctrica explorados por sociedades e outras entidades...” não nacionalizadas⁽⁴⁾.

Ficam de fora, na intenção do legislador que opera a nacionalização do sector eléctrico “as instalações de produção ou de distribuição destinadas predominantemente a uso próprio da entidade que as explore”⁽⁵⁾.

É a única excepção à verticalização e integração na entidade económico-jurídica a criar.

2.1 A CONSTITUIÇÃO DA EDP

⁽³⁾ DL 205-G/75, Artº 12º, nº 2

⁽⁴⁾ *ibidem*, Artº 12º, nº 3

⁽⁵⁾ *ibidem*, Artº 12º, nº 4

A novidade que traz a constituição da entidade económico-jurídica anunciada pelo acto de nacionalização é a não inclusão das empresas Insular de Electricidade (de Ponta Delgada) e da Electricidade da Madeira.

Ou seja, respeita-se na criação da EDP⁽⁶⁾ a prevista autonomia das ilhas adjacentes, não constituindo com tal integração uma dificuldade para o futuro estatuto das Regiões Autónomas, reduzindo, por isso, o exclusivo ⁽⁷⁾ da produção, transporte e distribuição de energia eléctrica ao território do Continente⁽⁸⁾, sem deixar de considerar a possibilidade da sua extensão aos Açores e Madeira⁽⁹⁾.

Definido o universo das entidades a integrar na EDP - que são todas menos as que se dediquem à “produção e distribuição de energia eléctrica para uso próprio”⁽¹⁰⁾ - configura-se o património inicial da EDP⁽¹¹⁾ formado pelos patrimónios das empresas nacionalizadas, menos as insulares. Em relação às subsequentes integrações, o legislador opta por uma terminologia, descomprometida patrimonialmente, ao usar a palavra “transferências”⁽¹²⁾ que é completada com a “posse e administração dos serviços e instalações transferidas”⁽¹³⁾. E para varrer as últimas dúvidas sobre o direito exclusivo que é atribuído à EDP, não se esquece das entidades que no território possam exercer o serviço em regime de concessão outorgada por municípios estatuidando que a “EDP assegurará a exploração das instalações e serviços” que atinjam o termo da concessão e que ainda não tenham sido transferidos para a EDP⁽¹⁴⁾.

2.2 AS TRANSFERÊNCIAS DA PEQUENA DISTRIBUIÇÃO

Não cabe na economia do texto desta comunicação fazer a história, muito rica, das transferências e do papel, a todos os títulos relevante, desempenhado pela Comissão de Acompanhamento e Arbitragem das Transferências de Instalações e Serviços da

⁽⁶⁾ DL 502/76, de 30 de Junho, Artº 1º, nº 1

⁽⁷⁾ *ibidem*, Artº 2º, nº 3

⁽⁸⁾ *ibidem*, Artº 2º, nº 1

⁽⁹⁾ *ibidem*, Artº 2º, nº 2

⁽¹⁰⁾ *ibidem*, Artº 2º, nº 4

⁽¹¹⁾ DL 502/76, Artº 5º, nº 1, a) e b)

⁽¹²⁾ *ibidem*, Artº 7º, nº 1

⁽¹³⁾ *ibidem*, Artº 7º, nº 2

⁽¹⁴⁾ *ibidem*, Artº 17º

Pequena Distribuição, CAAT⁽¹⁵⁾. Mas o clima que se gerou em torno do princípio assumido pelo legislador de “transferência”, sem consagrar qualquer indemnização compensatória às autarquias, foi o caldo de cultura para um generalizado movimento de endividamento das autarquias à EDP que se vai avolumando até ao fim da década de setenta, na expectativa de poder vir a ser usada (a dívida constituída) como parte da indemnização pela transferência do património.

Em bom rigor, uma parte das autarquias que transferiram os patrimónios afectos à actividade de distribuição de energia eléctrica fizeram-no na base de uma avaliação que permitiu realizar a operação com a absorção da dívida existente e, nalguns casos, com a entrega, protocolar, da parte livre do respectivo património, com uma condição expressa de reivindicação da competente indemnização futura quando (e se) o legislador a viesse a consagrar.

Os restantes distribuidores, privados ou cooperativos, que entregaram as respectivas redes e serviço de exploração à EDP foram indemnizados com a mesma lógica dos proprietários das empresas nacionalizadas.

3. O INÍCIO DA DESVERTICALIZAÇÃO

No princípio da década de oitenta, quatro anos decorridos sobre a constituição da EDP, o Conselho de Ministros coloca sob reserva a estrutura vertical e integrada para o sector eléctrico⁽¹⁶⁾.

E, em 1982, consagra um “novo regime de relacionamento entre a EDP e as autarquias no domínio da distribuição de energia” balizado pelo “reconhecimento do direito originário de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão aos municípios e na faculdade da sua concessão, em exclusivo, à EDP”, sem que tal envolva a “transferência” patrimonial nos casos em que os municípios são detentores de redes de distribuição ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Despacho Ministerial de 17 de Novembro de 1976

⁽¹⁶⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 213-A/80, de 9 de Junho

⁽¹⁷⁾ Preâmbulo da Resolução n.º 112/82, de 20 de Maio

Consagra o princípio “de exploração directa, de associação de municípios, de empresas públicas de âmbito regional de que participem ou em regime de concessão à EDP”⁽¹⁸⁾.

Consagra o princípio da renda a pagar pela EDP pelo património afecto à concessão⁽¹⁹⁾.

Consagra o princípio da regularização das dívidas⁽²⁰⁾, incluindo um saldo de regularização integrando a renda do património⁽²¹⁾.

E, finalmente, consagra o princípio da uniformidade tarifária para o território do Continente, a estabelecer por portaria governamental⁽²²⁾.

3.1 A DESVERTICALIZAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO

Na sequência das decisões do Conselho de Ministros referidas neste ponto, temos a percepção global, no País, do estado a que o endividamento continuado das autarquias à EDP pode conduzir, reconhecendo o legislador que a sua “gravidade é de tal ordem que bem pode levar a empresa, a breve trecho, a um ponto de rotura⁽²³⁾.

Por isso, entende-se o carácter instrumental da medida legislativa que além de visar uma finalidade emergente da situação de pré-rotura reconhecida no volume do endividamento, consagra inequivocamente o princípio da competência municipal da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão⁽²⁴⁾, podendo assumir a forma de exploração por serviços autárquicos, associações de municípios ou federações⁽²⁵⁾. Os titulares do direito de distribuição em regime de concessão só podem ser,

- a EDP⁽²⁶⁾
- empresas públicas de âmbito local ou regional⁽²⁷⁾

⁽¹⁸⁾ Resolução n° 112/82, n° 1

⁽¹⁹⁾ *ibidem*, n° 4

⁽²⁰⁾ *ibidem*, n°s 6 e 7

⁽²¹⁾ *ibidem*, n° 8

⁽²²⁾ *ibidem*, n° 9

⁽²³⁾ Preâmbulo do Decreto-Lei 344-B/82, de 1 de Setembro

⁽²⁴⁾ Decreto-Lei 344-B/82, Art° 1°, n° 1

⁽²⁵⁾ *ibidem*, Art° 1°, n° 2

⁽²⁶⁾ *ibidem*, Art° 1°, n° 3, a)

⁽²⁷⁾ *ibidem*, Art° 1°, n° 3, b)

Mais tarde viriam a ser também acrescentadas as cooperativas⁽²⁸⁾.

Os contratos de concessão terão prazo de 20 anos, renováveis por igual período e a denúncia deve ocorrer com a antecedência mínima de 18 meses⁽²⁹⁾.

Os cuidados do legislador sobre a denúncia ou o resgate da concessão merecem aqui, mesmo que seja de passagem, uma nota porque têm a ver com a manutenção do princípio do tarifário uniforme e salvaguarda do equilíbrio económico da exploração⁽³⁰⁾, a devolução ao município do património próprio da EDP afecto à exploração⁽³¹⁾ e a absorção dos trabalhadores da EDP ligados à exploração em causa com salvaguarda dos direitos⁽³²⁾.

Estes cuidados continuam com a exigência de se mostrarem cumpridas todas as condições anteriores antes da denúncia ou do resgate da concessão se tornarem efectivos⁽³³⁾ e ainda se ter procedido à liquidação dos montantes devidos pelo património transferido pela EDP e pelos débitos do município relativos a fornecimentos de energia ou outros serviços⁽³⁴⁾.

A desverticalização da distribuição é ainda evidenciada quando se permite, embora a título excepcional, que os municípios que optem pela exploração através dos serviços autárquicos, associações ou federações tenham também a distribuição em média tensão⁽³⁵⁾.

3.2 A DESVERTICALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO

A primeira medida legislativa para dar sequência, com sentido estratégico, à excepção da auto-produção prevista desde o acto constitutivo da EDP, é da Assembleia da República, que regula a qualidade de produtor independente de energia eléctrica e a

⁽²⁸⁾ Decreto-Lei 297/86, de 19 de Setembro

⁽²⁹⁾ Decreto-Lei 344-B/82, Artº 3º, nº 1

⁽³⁰⁾ *ibidem*, Artº 4º, nº 1, a)

⁽³¹⁾ *ibidem*, Artº 4º, nº 1, b)

⁽³²⁾ *ibidem*, Artº 4º, nº 1, c)

⁽³³⁾ Decreto-Lei 344-B/82, Artº 4º, nº 2

⁽³⁴⁾ *ibidem*, Artº 4º, nº 3

⁽³⁵⁾ *ibidem*, Artº 14º

possibilidade do seu exercício por entidades privadas, públicas e cooperativas que podem, em certas condições, fazer também a distribuição⁽³⁶⁾. A auto-produção e a produção independente são objecto de várias iniciativas legislativas mas é na segunda metade da década de oitenta, que surge a oportunidade mais significativa para a sua afirmação de mercado de energia eléctrica, no contexto da integração de Portugal na Comunidade Económica Europeia (CEE) e no acesso subsequente a fundos como os do Programa VALOREN.

Consagrando verdadeiramente a primeira alteração à lei de delimitação dos sectores⁽³⁷⁾ no domínio específico das actividades de produção e distribuição de energia eléctrica, percebe-se, lendo o preâmbulo do diploma⁽³⁸⁾, que estão a chegar ao fim os tempos da estrutura verticalmente integrada e do respectivo monopólio público.

É especialmente elucidativo o capítulo dos incentivos que, apesar de ter um só artigo dedicado ao investimento estrangeiro⁽³⁹⁾ configura a produção de energia eléctrica, no regime em apreciação, "como de relevante interesse nacional e como sector prioritário para todos os efeitos previstos na legislação sobre investimento estrangeiro e transferência de tecnologia".

Finalmente interessa sublinhar a importância que o diploma assume na configuração do direito de distribuição em rede própria⁽⁴⁰⁾, por parte do produtor independente, que passa a poder fazê-lo, não só para consumo próprio, como para consumo público, sob certas condições.

4. O FIM DO MONOPÓLIO PÚBLICO VERTICALMENTE INTEGRADO

No início da década de noventa, é dado mais um passo significativo com a reconfiguração estatutária da EDP, ao transformá-la em sociedade anónima de capitais públicos e anunciar-se o processo da sua cisão⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ Lei n.º 21/82, de 28 de Julho

⁽³⁷⁾ Lei n.º 46/77, de 8 de Julho

⁽³⁸⁾ Decreto-Lei 189/88, de 27 de Maio

⁽³⁹⁾ Decreto-Lei 189/88, Art.º 25.º

⁽⁴⁰⁾ *ibidem*, Art.º 26.º, n.º 1

⁽⁴¹⁾ Decreto-Lei 7/91, de 8 de Janeiro

Mais uma vez, interessa ler o preâmbulo do diploma, pelo que revela de avaliação sobre a acção da EDP:

“...decorridos 14 anos após a sua criação, não conseguiu ainda a EDP responder com celeridade e eficácia à consecução de um sector eléctrico eficiente”.

E prossegue com preocupações sobre a racionalização das estruturas de produção e distribuição de energia que devem permitir desenvolver acções para o acesso da iniciativa privada a estas actividades.

A alteração da natureza jurídica da EDP deve proporcionar à empresa “grande flexibilidade operacional em vários domínios – designadamente no da gestão, da constituição de novas entidades e pessoas jurídicas...”.

Assim, a “EDP procederá por meio de cisões simples, à formação de novas sociedades anónimas, sendo o capital destas exclusivamente por si subscrito ou realizado”⁽⁴²⁾.

Após a aprovação do plano geral das cisões, sujeitas a um formato-base tipificado⁽⁴³⁾ de que consta a definição de actividade, património afecto, estatuto, prazo da cisão e contratos de trabalho a transmitir é estabelecido que as “sociedades resultantes das cisões não respondem por dívidas da EDP, para além daquelas que no acto da cisão lhes sejam atribuídas”⁽⁴⁴⁾.

A preparação da privatização das cinditárias não é esquecida e é claramente assumida por remissão à respectiva lei-quadro e ao diploma que operou a abertura do sector à iniciativa privada⁽⁴⁵⁾.

Embora possa ter-se sobre o diploma de 91 opiniões que projectam presunções mais ou menos conservacionistas do ente EDP, o figurino legal, cinditário, atribui, no limite, à EDP a responsabilidade pela dívida que não possa ser transmitida às respectivas sociedades, em resultado da cisão. Para maior conforto dos que perfilham este ângulo de abordagem, sublinha-se o dispositivo garantístico adoptado, quando o Estado se afirma disposto a manter com as instituições financeiras que celebram contratos com a EDP-EP “as mesmas

⁽⁴²⁾ Decreto-Lei 7/91, Artº 8º, nº 1

⁽⁴³⁾ *ibidem*, Artº 9º, nº 1

⁽⁴⁴⁾ *ibidem*, Artº 9º, nº 3

⁽⁴⁵⁾ Decreto-Lei 449/88, de 10 de Dezembro

relações de suporte que mantinha relativamente àquela empresa pública, não podendo o presente diploma ser considerado como alteração de circunstâncias para efeitos dos referidos contratos”⁽⁴⁶⁾.

Como se sabe, a invocação da “alteração de circunstâncias” tem consequências contratuais tipificadas, entre elas o pagamento integral da dívida, ou a respectiva renegociação com agravamento de condições (de juro, de prazo, das garantias).

5. A DESINTEGRAÇÃO VERTICAL, COM DIVERSIFICAÇÃO ESTRUTURAL POR FUNÇÃO E PLURALIZAÇÃO REGIONAL DA DISTRIBUIÇÃO

A cisão da EDP na sequência do diploma respectivo⁽⁴⁷⁾ é concretizada a 18 de Agosto de 1994, dando origem às seguintes sociedades: Hidrorumo-Projecto e Gestão, S.A., Proet-Projectos, Engenharia e Tecnologia, S.A., Labelec-Estudios, Desenvolvimento e Actividades Laboratoriais, S.A., MRH-Mudança e Recursos Humanos, S.A., SÁVIDA-Medicina Apoiada, S.A., CPPE-Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S.A., REN-Rede Eléctrica Nacional, S.A., EN-Electricidade do Norte, S.A., CENEL-Electricidade do Centro, S.A., LTE-Electricidade de Lisboa e Vale do Tejo, S.A. e SLE-Electricidade do Sul, S.A..

A meio da década, e preparando já novos passos como o da privatização anunciada da empresa de produção, a CPPE, surge um novo pacote legislativo⁽⁴⁸⁾ com o intuito de clarificar o ambiente pós-desintegração vertical e as bases organizativas do sector, definindo dois subsistemas no Sistema Eléctrico Nacional, um organizado para cumprir as missões de serviço público – o SEP (Sistema Eléctrico de Serviço Público) e outro organizado segundo uma lógica de mercado, o SEI (Sistema Eléctrico Independente).

Mais uma vez, (os preâmbulos cumprem a sua função), a intenção de continuar a privatizar pelas empresas cindidas, além da responsável pela produção, é patente na justificação da “adopção de um quadro legislativo coerente e articulado com os principais objectivos estratégicos que estão subjacentes ao modelo de reestruturação da EDP”.

⁽⁴⁶⁾ Decreto-Lei 7/91, Artº 16º

⁽⁴⁷⁾ Decreto-Lei 131/94, de 19 de Maio

⁽⁴⁸⁾ Decretos-Lei nºs 182 a 188/95, de 27 de Julho

O SEP passa a ser definido basicamente pela Rede Nacional de Transporte (RNT) e pelos produtores e distribuidores que tenham com aquela contratos de vinculação, com o objectivo de garantir a segurança do abastecimento de energia ao País.

Em nome da desverticalização do sector, é referido o papel específico do planeamento da expansão do sistema electroprodutor do SEP, na garantia da própria evolução da oferta de energia, para justificar a criação duma Entidade de Planeamento, entidade autónoma, de natureza associativa, que deve assegurar as missões antes desempenhadas pela EDP.

Finalmente, justifica-se pela diversidade de intervenientes a instituição duma Entidade Reguladora independente, com a natureza de pessoa colectiva de direito público.

5.1 A ORGANIZAÇÃO DO SEN

O Sistema Eléctrico Nacional é definido como o conjunto do SEP e do SEI⁽⁴⁹⁾ que por sua vez compreende (ver anexo – estrutura):

- a) O Sistema Eléctrico não Vinculado (SENV);
- b) A produção de energia eléctrica em aproveitamentos hidroeléctricos até 10 MVA de potência aparente instalada;
- c) A produção de energia eléctrica a partir de energias renováveis, com excepção da energia hidráulica;
- d) A produção de energia eléctrica em instalações de cogeração.

O SEP compreende⁽⁵⁰⁾:

- a) A Rede Nacional de Transporte de Energia Eléctrica (RNT), explorada em regime de concessão de serviço público;
- b) O conjunto de instalações de produção e redes de distribuição, explorado mediante um regime de licença vinculada ao SEP.

São titulares de licença vinculada de produção a CPPE, cujos centros são listados no anexo ao diploma, a Tejo Energia e a Turbogás. São titulares de licença vinculada de distribuição em alta e média tensão a Electricidade do Norte, a CENEL, a LTE e a SLE,

⁽⁴⁹⁾ Decreto-Lei 182/95, de 27 de Julho, Artº 3º

⁽⁵⁰⁾ *ibidem*, Artº 8º

para as respectivas zonas geograficamente configuradas em portaria governamental. Quanto à baixa tensão, é reafirmado o regime da concessão municipal⁽⁵¹⁾ e reconduzida, a esse nível, a respectiva licença.

Neste diploma, é necessário sublinhá-lo, assume-se a possibilidade de verticalização da distribuição em alta, média e baixa tensão mas não a possibilidade de acumulação de licenças AT/MT⁽⁵²⁾, o que significa obrigar à individualização empresarial, de base regional.

É reafirmado o princípio da uniformidade tarifária⁽⁵³⁾ e do equilíbrio financeiro das empresas titulares de licenças de distribuição vinculada, embora com a possibilidade de alterações das licenças vigentes, sem por em causa a manutenção da rentabilidade daquelas empresas⁽⁵⁴⁾.

5.2 O SISTEMA ELÉCTRICO NÃO VINCULADO (SENV)

Abre-se um espaço novo para as actividades do sector eléctrico de produção e distribuição, em média e alta tensão, fora do SEP, que é definido como não vinculado (SENV) e cuja finalidade é a satisfação de necessidades próprias ou de terceiros através de contratos comerciais não regulados⁽⁵⁵⁾. O SENV é integrado por produtores, distribuidores e clientes não vinculados⁽⁵⁶⁾.

O SENV, na área da produção, passa a integrar os centros da produção embebida, pertença das empresas titulares de licenças de distribuição em alta e média tensão referidos no anexo ao diploma, relativamente a cada uma das empresas HDN, Energia do Norte, S.A., HIDROCENEL, Energia do Centro, S.A. e HIDROTEJO, Energia do Tejo, S.A.⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵¹⁾ *ibidem*, Artº 24º, nº 3

⁽⁵²⁾ *ibidem*, Artº 27º, nºs 1 e 2

⁽⁵³⁾ Decreto-Lei 182/95, Artº 29º, a)

⁽⁵⁴⁾ *ibidem*, Artº 29º, b)

⁽⁵⁵⁾ *ibidem*, Artº 44º

⁽⁵⁶⁾ *ibidem*, Artº 45º

⁽⁵⁷⁾ *ibidem*, Artº 49º, nºs 1 e 2

6. REAJUSTE ESTRUTURAL À PRIVATIZAÇÃO ATÉ 50% DO CAPITAL DA EDP

O pacote legislativo de 1995 resistiu bem à reorientação do modelo de privatização da EDP decidido em Conselho de Ministros⁽⁵⁸⁾.

6.1 ERSE – ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR ELÉCTRICO

Foi ajustado o calendário de instalação da Entidade Reguladora do Sector Eléctrico através da respectiva Comissão Instaladora⁽⁵⁹⁾ e da entrada no exercício pleno de funções⁽⁶⁰⁾ de forma a garantir que tal aconteceria até à data prevista para a 1ª fase de privatização da EDP. Foi igualmente necessário rever o figurino estatutário para o adequar às novas condições⁽⁶¹⁾.

6.2 ENTIDADE DE PLANEAMENTO

Esta foi a única entidade, estruturalmente prevista para o sector eléctrico no pacote legislativo de 1995, cuja criação foi julgada injustificada.

A economia na revisão da legislação é patente nos seis artigos em que se alteram aspectos ligados à não criação da Entidade de Planeamento, repartindo as respectivas competências entre a Administração, representada pela DGE e pela ERSE, e o sector eléctrico, representado, quer pela concessionária da RNT, quer pelas empresas titulares de licenças vinculadas de distribuição⁽⁶²⁾.

7. ESTRUTURA DO SECTOR PARA A MAIORIA DO CAPITAL DA EDP PRIVATIZADA O REGRESSO À UNIFICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO

A decisão de prosseguir a privatização da EDP, para além dos 50%, constante do Programa do XIV Governo, determinou a autonomização jurídica da REN, por poder formar-se

⁽⁵⁸⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/96, de 5 de Março

⁽⁵⁹⁾ Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/96, de 25 de Julho

⁽⁶⁰⁾ Decreto-Lei 157/96, de 31 de Agosto

⁽⁶¹⁾ Preâmbulo do Decreto-Lei 44/97, de 20 de Fevereiro

⁽⁶²⁾ Decreto-Lei 56/97, de 14 de Março, Art.º 10.º

qualquer situação de potencial conflito de interesses, num mercado em evolução rápida para maior grau de liberalização.

Foi considerado ajustado, nesta fase, que a maioria do capital da REN continuasse a ser detida por entes públicos⁽⁶³⁾.

Foi igualmente considerada a reunificação do território do continente como área das licenças de distribuição em alta e média tensão, reconduzindo as quatro zonas regionais a uma licença atribuída à EDP-Distribuição Energia, S.A..

8. AS NOVAS FRONTEIRAS DO SECTOR

8.1 A estrutura empresarial da Produção tende a pluralizar-se por duas vias distintas:

- (i) a limitação de quota de produção no contexto dos mercados nacionais dos Estados-membros da União Europeia;
- (ii) o dinamismo de penetração dos produtores em regime especial, seja pelas metas de produção de energia de base renovável, no horizonte de 2010, seja pela competitividade de novas tecnologias de produção em escala reduzida.

Finalmente não pode escapar à evolução dos tempos a estrutura dos CAE-Contratos de Aquisição de Energia, cujo horizonte temporal vai certamente sofrer ajustes.

O transporte de energia tende, na fase actual, a assumir-se como o último reduto de soberania física dos espaços nacionais, na área eléctrica.

Podendo a maior parte dos Estados-membros da UE beneficiar da existência de um Operador de transporte do tipo da REN, nem todos adoptaram o mesmo figurino.

A REN partilha com mais cinco o estatuto de single buyer, ou comprador único, que se encontra sob escrutínio da Comissão Europeia.

Mas a REN tem especificidades de nascimento que têm a ver com a história do sector nos últimos anos e de que, aqui, apenas fazemos o enunciado:

⁽⁶³⁾ Decreto-Lei 198/2000, de 24 de Agosto, Artº 1º

- (i) A REN detém o exclusivo da propriedade dos sítios onde estão instalados os centros de produção vinculada;
- (ii) A REN detém o exclusivo da gestão dos diferenciais da correcção de hidraulicidade;
- (iii) A REN garante a rentabilidade contratual da Transgás, 11%, assumindo o risco do take or pay dos respectivos contratos de aquisição de gás;
- (iv) A REN detém a propriedade duma rede de comunicações cuja capacidade excedentária pode colocar no mercado das telecomunicações;
- (v) A REN tem na sua estrutura o Gestor de Ofertas que, embrionariamente, representa a faculdade de a REN se assumir como operador no mercado da energia, o que está já a acontecer no contexto ibérico com o reconhecimento da figura do agente externo pela OMEL, Organização do Mercado Eléctrico, de Espanha.

8.2 A estrutura empresarial da distribuição de energia eléctrica encontra-se unificada e estabilizada verticalmente da alta à média e baixa tensão num regime que só pode evoluir por alteração legal ou contratual das circunstâncias actuais.

- (i) A alteração legal justifica-se por si própria, embora seja necessário individualizar a nova figura do comercializador como parte da distinção em curso entre operadores de rede e comercialização da energia.
- (ii) A alteração contratual tem a ver com o facto de começarem a chegar ao fim do prazo de vinte anos as concessões de baixa tensão outorgadas pelos municípios que podem legitimamente colocar-se a questão de com quem renovar o respectivo contrato.

Aqui é necessário sublinhar a importância que pode ter o horizonte de liberalização anunciado pela Comissão Europeia para 2005 e ponderar se fará muito sentido não o levar em conta, face à especificidade do constrangimento que constitui, no estabelecimento da concessão de baixa tensão, o equilíbrio económico-financeiro sob a obrigação da tarifa uniforme no território continental.

9. AS BOLSAS DE ENERGIA

A melhoria do uso das redes no espaço comunitário, no quadro do Mercado Interno de Electricidade, conduz à emergência de novas formas de procura e oferta de energia que valorizem a complementaridade dos sistemas nacionais de produção, a assimetria das respectivas horas de ponta, as diferentes capacidades de reserva instalada e, até, os congestionamentos das interligações.

Estas novas formas tendem a assumir um mercado de oportunidade para a energia em tudo assimilável ao funcionamento dum bolsa de valores, com a especificidade do produto electricidade.

Uma bolsa tem, à partida, para funcionar equilibradamente, exigências de liquidez. Como tem quanto ao número de agentes que nela operam.

O volume de transacções e o número de agentes exclusivamente nacionais é muito reduzido para configurar uma bolsa em Portugal.

Mas não é de descartar a experiência do Gestor de Ofertas e levá-la tão longe quanto possível, nomeadamente reconhecendo outros agentes externos que queiram fazer ofertas no mercado português.

É previsível que as bolsas no espaço europeu tendam a regionalizar-se e, também por isso, parece inevitável que, à escala do mercado ibérico, tenhamos no horizonte da liberalização integral propugnado pela Comissão Europeia, uma só bolsa de energia.

Esta será uma nova oportunidade de reforma estrutural do sector eléctrico cujas consequências são, por hoje, muito difíceis de prever.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o texto anterior, pretende-se fazer um roteiro breve, limitado a questões de evolução estrutural do sector eléctrico, com base nos diplomas publicados, e despido de preconceito ideológico. Quando se observa o sector com distanciamento percebe-se que a estrutura que vai revestindo acompanha, com inegável mimetismo, outras formas de exercício e distribuição do poder na economia e na sociedade.

A nova fronteira que se anuncia, quer nas sucessivas intervenções da Comissão Europeia, sobre assuntos de energia, quer na Carta enviada aos Chefes de Governo Europeus, na véspera da Cimeira de Estocolmo, pelos Primeiros Ministros Tony Blair e António Guterres, não pode deixar de ser lida como a fronteira de um tempo de aceleração da abertura dos mercados, em particular da electricidade e do gás, mesmo que circunstâncias eleitorais próximas, em países como a França, levem a adiar o estabelecimento de um novo calendário de abertura dos mercados para o próximo ano.

Em Portugal, a preparação para esta nova fase pode ser julgada por quem acaba de consultar este roteiro dos últimos vinte e cinco anos!

Já passámos pela fase de integração numa só entidade, a EDP, de todas as actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica.

Iniciámos o regresso, pela desverticalização e pela privatização, à diversidade dos agentes na produção e distribuição, com dimensão regionalizada.

Demos recentemente mais um passo na fusão das entidades de distribuição e na autonomização jurídica da REN.

Não regressámos ao ponto de partida, mas o ciclo parece fechar-se.

O sector eléctrico português não está sozinho no mercado europeu. Temos de esclarecer que modelo estrutural defende melhor a inserção de Portugal neste mercado e qual a forma que melhor defende uma estrutura de produção de bens e serviços conexamente ligados às actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica. A fragilidade da base económica e da coesão do território nacional não consente ensaios de figurinos que não sejam determinados pela eficiência económica e social que segregam. Em nome da liberalização, sem regulação, não pode construir-se a via da californização do sector.

Foi com esse sentido sempre presente que defendi, oportunamente, o modelo verticalmente integrado – o País precisava de vencer o atraso da sua electrificação!

Foi com o mesmo sentido que defendi a abertura da EDP à iniciativa privada, mantendo-a unificada verticalmente, enquanto o Estado fosse proprietário da maioria do capital.

Foi ainda com o mesmo sentido que defendi a autonomização da REN quando se preparava a 4ª fase de privatização da EDP.

É com o mesmo sentido que julgo não estarem reunidas as condições para prescindir do operador verticalmente integrado para a função distribuição de energia no País, independentemente de a sua dimensão poder ser reconsiderada.

É igualmente com o mesmo sentido, sem fechar os olhos à realidade europeia, mas, ao contrário, para criar as melhores condições de vencer o desafio, que defendo a preparação do sector para um funcionamento em mercado aberto, tipo bolsa de energia, em que as oportunidades de produtores não vinculados, agentes externos e comercializadores se encontrem num espaço livre e transparente que permita reduzir custos e, por consequência, preços à economia e aos consumidores.

ÍNDICE

0 – Introdução	2
1 – Estrutura do Sector Eléctrico antes da Nacionalização	2
2 – Estrutura Verticalmente Integrada	3
2.1 – A Constituição da EDP	4
2.2 – As Transferências da Pequena Distribuição	5
3 – O Início da Desverticalização	6
3.1 – A Desverticalização na Distribuição	7
3.2 – A Desverticalização da Produção	8
4 – O Fim do Monopólio Público Verticalmente Integrado	9
5 – A Desintegração Vertical, com Diversificação Estrutural por Função e Pluralização Regional da Distribuição	11
5.1 – A Organização do SEN	12
5.2 – O Sistema Eléctrico Não Vinculado (SENV)	13

6 – Reajuste Estrutural à Privatização até 50% do Capital da EDP	13
6.1 – ERSE – Entidade Reguladora do Sector Eléctrico	14
6.2 – Entidade de Planeamento	14
7 – Estrutura do Sector para a Maioria do Capital da EDP Privatizada	
O Regresso à Unificação da Distribuição	14
8 – As Novas Fronteiras do Sector	15
9 – As Bolsas de Energia	16
10 – Considerações Finais	17

**Intervenção de S. E. o Secretário de Estado
Adjunto do Ministro da Economia
Sessão de Encerramento**

Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia,
Senhor Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Direito,
Senhor Presidente do CEDiPRE,
Minhas Senhoras e meus Senhores.

Durante um dia e meio tivemos oportunidade de enquadrar, descrever e discutir a regulação do sector energético em Portugal. Mais concretamente, a regulação da electricidade e do gás natural.

A diversidade dos pontos de vista que aqui foram expressos é comparável à diversidade de estilos arquitectónicos que podemos observar em torno a este impressionante anfiteatro. A acumulação, em tão reduzido espaço, de estilos tão diversos que traduzem tempos e espíritos do tempo tão diferentes, atrai fatalmente a nossa atenção. E se a heterogeneidade é considerada ela mesma um valor estético, na perspectiva pós-moderna, ela não deixa também de criar dificuldades de percepção a espíritos simplesmente modernos.

Ao classificar e sistematizar estilos, a Teoria da Arte vem em nosso auxílio, propondo esquemas operacionais de interpretação. Um dos mais notáveis teóricos do século passado, por exemplo, dividiu os estilos arquitectónicos em duas grandes famílias:

- de um lado, o estilo do Ser (Seinstil), onde se inclui românico e renascimento;
- de outro lado, o estilo do Devir (Werdestil), onde encontramos o gótico e o barroco.

É sem dúvida nesta família do devir que se insere o edifício regulatório da energia.

Creio que este colóquio permitiu:

- 1) reflectir sobre os fundamentos da regulação da energia;
- 2) identificar o diagrama das forças – de mercado e outras – aplicadas à estrutura institucional da regulação;
- 3) descrever a relação entre forma jurídico-institucional e função técnico-económica, distinguindo entre elementos estruturantes do espaço e elementos ornamentais;
- 4) analisar o impacto da envolvente sobre a regulação da energia, colocando em rede os conceitos de interesse público, protecção do ambiente, promoção da concorrência e dos direitos dos consumidores;
- 5) confrontar a situação portuguesa com desenvolvimentos na União Europeia.

Creio, em resumo, que o colóquio permitiu demonstrar que o exercício efectivo da função reguladora do Estado requer: a) um quadro legislativo coerente; b) um terreno cultural apropriado e c) um sistema institucional eficiente. Sem estas condições, a regulação não passa de um *tromp-l'oeil*.

A regulação que pretendemos é como este anfiteatro: moderna, funcional, equilibrada, inserida harmoniosa e discretamente num conjunto arquitectónico diferenciado.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na pessoa do ilustre Presidente do Conselho Directivo, desejo agradecer reconhecidamente a possibilidade que nos foi dada de utilizar este espaço nobre. Aos colaboradores do CEDiPRE, empenhados nesta primeira iniciativa pública, vai também a expressão do meu reconhecimento.

Desejo, também, agradecer aos oradores e a todos os participantes no colóquio as suas contribuições, valiosas para a ERSE, interessada em melhorar permanentemente o seu desempenho, e fundamentais para o CEDiPRE, que pretende ser um espaço aberto de reflexão e de elaboração.

A todos, muito obrigado.

Coimbra, 6 de Abril de 2001

Senhor Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Senhor Presidente do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

Minhas Senhoras e meus Senhores

É com prazer que participo na sessão de encerramento deste Colóquio Internacional organizado pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Universidade de Coimbra dedicado à regulação da electricidade e do gás.

O tema em causa reveste-se de grande actualidade e é desejável que sobre ele se proceda a um amplo debate por forma a serem encontradas as soluções mais adequadas.

Acresce que a energia constitui um factor vital na sociedade moderna e encontra-se confrontada com desafios significativos que impõem uma resposta adequada.

Interessa encontrar respostas que garantam uma qualidade de vida acrescida dos cidadãos e uma economia mais competitiva, procurando também minimizar o impacte sobre o ambiente.

Para Portugal, as questões energéticas revestem-se de uma particular importância. O país não dispõe de recursos energéticos endógenos significativos, daí resultando uma forte dependência externa com impacte negativo no saldo da balança de transacções correntes.

A política energética adoptada pelo governo contempla três objectivos estratégicos fundamentais prosseguidos. São objectivos claros e simples, relativamente aos quais existe um amplo consenso, quer a nível nacional quer a nível internacional:

- ◆ **Segurança do abastecimento energético**, designadamente através de uma limitação da dependência e de uma maior diversificação das fontes e origens do aprovisionamento, isto é, dos produtos energéticos e dos fornecedores.
- ◆ **Competitividade da economia**, induzindo maior eficiência tanto do lado da procura como do lado da oferta.
- ◆ **Protecção do ambiente**, elemento indispensável no quadro de valores das sociedades modernas.

Para cada um destes três objectivos estratégicos foram definidos dois vectores de intervenção política:

- ◆ Para o reforço da **segurança do abastecimento**: actuação na **diversificação energética** e no lançamento de novos investimentos em **infraestruturas**.
- ◆ Para o reforço da **competitividade** da economia: a **liberalização** dos mercados e o estímulo à **eficiência** na utilização da energia.
- ◆ Para promover a **salvaguarda ambiental**: metas mais ambiciosas quanto a **emissões** e apoio à **produção de energia** através de formas menos penalizadoras para o meio ambiente.

Durante as sessões do presente Colóquio ficou certamente claro que há necessidade de uma função reguladora nos sectores do gás natural e da electricidade, quer porque a liberalização ainda não é total, quer porque há sempre elementos com características de monopólio natural, quer finalmente pela existência de diversas outras “falhas de mercado”.

Esta regulação é tanto mais necessária quanto menor for o grau de intervenção directa do Estado, facto que tem vindo a verificar-se nos sectores em causa. Aliás, encontra-se em linha com a orientação do Governo de reduzir a prestação directa de serviços, centrando a função do Estado como garante da existência e prestação dos serviços que a comunidade requer e regulador das actividades.

O processo de “desintervenção” encontra-se numa fase mais adiantada no sector da electricidade o que se explica e compreende face ao carácter emergente do gás natural no nosso país.

Sendo a regulação destes sectores necessária, **importa então definir e estabelecer o modelo que se pretende.**

Desde logo, torna-se necessário escolher entre:

- ◆ uma regulação exercida directamente pelo Governo e a autoridade administrativa geral (a Direcção Geral de Energia)

- ◆ ou uma regulação através de uma autoridade reguladora especializada e separada da autoridade administrativa.

No sector do gás natural, que, como referi, foi introduzido recentemente no nosso país e goza de um regime especial de derrogação da aplicação da directiva 98/30/CE relativa ao mercado interno do gás natural, tem estado em vigor a primeira solução.

Relativamente ao sector da electricidade, encontra-se estabelecida uma entidade reguladora independente há quatro anos a quem estão conferidos amplos poderes de regulação, designadamente de definição de preços, elaboração de regulamentação de 2º grau e supervisão.

É intenção do Ministério da Economia adoptar uma solução de regulação do tipo **“entidade independente” para o sector do gás natural.**

É também nossa intenção que a **regulação dos sectores do gás natural e da electricidade seja exercida pela mesma entidade.**

A opção por uma “entidade independente” em contraponto ao exercício da regulação pela autoridade administrativa geral está em linha com a orientação que referi de um Estado menos intervencionista.

Por outro lado, corresponde ao modelo adoptado noutros sectores, embora se verifiquem diferenças significativas no grau de independência, na organização, no funcionamento e nas competências.

A opção por uma “entidade comum para os dois sectores” não só está em linha com o que se tem vindo a verificar em diversos países europeus como permite uma visão e regulação conjunta dos dois sectores que é aconselhável face às fortes ligações existentes.

Está já elaborada uma minuta do diploma legal correspondente, estando a ser objecto de análise preliminar.

É nossa intenção proceder a uma discussão pública mais alargada dentro em breve.

Importa entretanto referir alguns **aspectos fundamentais** que exigem uma resposta para a definição da entidade reguladora comum para os dois sectores.

Desde logo, a definição da **partilha das funções entre o Governo, a autoridade administrativa directa e a autoridade independente**, sendo imprescindível que as fronteiras fiquem claramente definidas por forma a evitar potenciais situações de conflito ou de sobreposição de actuação.

Em todo o caso, qualquer solução deve deixar ao Governo a definição dos princípios e políticas gerais (lei de enquadramento, ...) e a estruturação do sector (contratos de concessão, licenças,...), como aliás ficou claro da breve descrição da política energética que referi há pouco.

Relativamente ao sector eléctrico, pretende-se manter no essencial o regime vigente. No entanto, importa analisar a experiência de regulação no sector, nomeadamente desde a entrada em funcionamento da entidade reguladora, no sentido de extrair os ensinamentos correspondentes e verificar da necessidade de eventuais alterações.

No que se refere ao gás natural, o estado de desenvolvimento diferente dos sectores do gás natural e da electricidade no nosso país, a par de regimes legais diferentes à partida, não poderão ser ignorados nesta definição de responsabilidades.

Uma outra questão importante corresponde à **independência da entidade**.

Pretendemos que a entidade goze de independência, sendo necessário, para o efeito, caracterizar de forma bastante clara o regime de inamovibilidade do membros do conselho de administração, bem como o regime de tutela administrativa, nomeadamente no que se refere a tutela de mérito.

Importa, também, definir mecanismos de publicidade, transparência e de prestação de contas que garantam uma maior legitimidade às decisões da entidade reguladora.

A definição dos órgãos consultivos da entidade reguladora é outro aspecto importante do diploma legal.

Será necessário garantir a audição dos principais interessados nas decisões da entidade, com reflexo na composição e funcionamento dos conselhos.

Por outro lado, é indispensável encontrar um equilíbrio adequado entre a independência do conselho de administração e a consideração das opiniões dos membros dos conselhos, nomeadamente quando reflectem um amplo consenso.

Apesar de sujeitos a regulação, estão os sectores em causa, directa ou indirectamente, sujeitos às regras gerais de concorrência, sendo oportuna uma referência à acção do Governo nesta matéria.

Neste âmbito, é intenção do Ministério da Economia proceder à **criação de uma Autoridade independente para a Concorrência** com poderes de actuação no controlo das operações de concentração e na identificação e aplicação de sanções por práticas restritivas da concorrência.

Também relativamente a esta entidade se colocam questões de competências, independência, composição e funcionamento, sendo certo que se pretende uma entidade independente, credível e eficaz.

Questão não menos importante e com interesse para os sectores do gás natural e da electricidade corresponde à necessária articulação que terá de existir entre esta entidade e as entidades reguladoras sectoriais. Neste âmbito, pretendemos melhorar e reforçar a articulação que tem existido.

Não poderia terminar esta intervenção sem uma referência a **alterações legislativas** que consideramos necessário proceder no âmbito dos sectores do gás e da electricidade.

No primeiro caso, é nossa intenção completar o edifício legislativo por forma a cobrir lacunas e contemplar novas realidades. Aproveitar-se-á também para introduzir as alterações à legislação vigente que a experiência de aplicação revele necessárias.

No caso do sector eléctrico, o aprofundamento da liberalização aconselha a uma revisão, mais ou menos acentuada, para além de ajustamentos decorrentes da experiência vivida de aplicação da legislação em vigor.

Também no que se refere à legislação relativa à defesa e promoção da concorrência irão ser introduzidas alterações por forma a adaptá-la às novas realidades económicas.

A terminar, quero expressar os meus mais sinceros votos de que o conhecimento acrescido que deste Colóquio resultou para os participantes sobre os sectores do gás natural e da electricidade e sobre a regulação possa contribuir para o encontro das soluções mais adequadas para os sectores em causa.

O Governo continua empenhado em garantir que Portugal disponha de sectores do gás natural e da electricidade modernos, competitivos e eficientes.

Muito obrigado