

NOTA INFORMATIVA

INFORMATIVE NOTE

ENERGIA E RECURSOS NATURAIS
ENERGY AND NATURAL RESOURCES

PLMJ

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

A LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO EUROPEU O TERCEIRO PACOTE COMUNITÁRIO ENERGÉTICO E O “UNBUNDLING”

THE LIBERALISATION OF THE EUROPEAN ENERGY MARKET THE THIRD COMMUNITY ENERGY PACKAGE AND UNBUNDLING

1. O que é o Terceiro Pacote Energético?

O Terceiro Pacote Comunitário Energético (“TPCE”) é um conjunto de normas legislativas, propostas pela Comissão Europeia (a “Comissão”) em 19 de Setembro de 2007, tendo por objectivo completar as normas actualmente existentes relativas ao Mercado Europeu (interno) da Energia. Este pacote, ainda em fase de discussão e aprovação, contém propostas para alteração (i) da Directiva CE/54/2003, de 26 de Junho, referente às regras comuns para o mercado interno da electricidade (DE), (ii) da Directiva CE/55/2003, de 26 de Junho, sobre as regras comuns para o mercado interno do gás natural (DGN), (iii) uma proposta de regulamento para criação de uma Agência de Cooperação das Entidades Reguladoras de Energia, e, finalmente, (iv) uma proposta de modificação dos Regulamentos (CE) n.º 1228/2003, de 26 de Junho e (CE) n.º 1775/2005, de 28 de Setembro, respectivamente, sobre as condições de acesso às redes para as trocas transfronteiriças de electricidade e do gás.

As alterações de maior importância propostas pelo TPCE, que serão desenvolvidas no presente, incluem e resultam no seguinte:

- Mais um passo para a separação funcional (para além de contabilística e organizacional) dos activos entre entidades que desenvolvam a sua actividade das áreas de transporte e de distribuição;
- Uma desconcentração de maior escala e menos flexível das actividades desenvolvidas nos sectores da electricidade e do gás;
- O acesso total de terceiros, em regime aproximado ao da livre concorrência, às redes e infra-estruturas de transporte.
- Por regra, os Operadores dos Sistemas de Transmissão deverão operar e deter a rede de transporte. Exceptuam-se casos de derrogação e nomeação de um Operador Independente de Sistema;
- Previsão de uma Cláusula de Concorrência Equilibrada por forma a que não possam ser feitas aquisições das redes de transportes de sociedades já em *ownership unbundling* por sociedades ainda verticalmente integradas; e,
- Possibilidade de coexistência no Mercado Interno Energético de 3 modelos diferentes de dissociação das actividades de ambos os sectores.

1. What is the Third Energy Package?

The Third Community Energy Package (“TCEP”) is a set of legislative provisions proposed by the European Commission (the “Commission”) on 19 September 2007 with the objective of completing the existing provisions on the (internal) European Energy Market. The package, which is still at the discussion and approval stage, contains proposals for the amendment of (i) Directive 2003/54/EC, of 26 June, on the common rules for the internal market in electricity (ED), (ii) Directive 2003/55/EC, of 26 June, on the common rules for the internal market in natural gas (DNG), (iii) a proposed regulation for the creation of an Agency for the Cooperation of Energy Regulators and, lastly, (iv) a proposal to amend EC Regulations 1228/2003, of 26 June, and 1775/2005, of 28 September, on the conditions for access to the networks for cross-border exchanges in electricity and gas respectively.

The most significant amendments proposed by the TCEP, which will be discussed below, include or result in the following:

- Yet another step towards the functional separation (in addition to accounting and organisational separation) of assets for entities that carry on transmission and distribution activities;
- A less flexible larger scale deconcentration of the activities carried on in the gas and electricity sectors;
- Full access for third parties to the transmission networks and infra-structures under a regime similar to that of free competition;
- Generally speaking, the Transmission System Operators will operate and own the transmission network, except in cases of derogation and the nomination of an Independent System Operator;
- A balanced competition clause so as to ensure that the transmission networks of companies which are ownership unbundled cannot be acquired by companies which are still vertically integrated; and
- The possibility of the co-existence of 3 different dissociated models for the activities in both sectors.

“Melhor Sociedade de Advogados no serviço ao Cliente” - Client Choice - International Law Office, 2008
“Best Portuguese Law Firm for Client Service”

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano” - IFLR Awards 2006 & Who’s Who Legal Awards 2006, 2008
“Portuguese Law Firm of the Year”

2. Quais os objectivos destas medidas?

As medidas propostas visam completar as anteriormente existentes e a assegurar o funcionamento do mercado interno, para todos os consumidores, permitindo que o fornecimento de energia seja mais seguro, competitivo e durável.

As propostas acima referidas consideram já os constrangimentos sentidos no mercado da energia ao nível Europeu, i.e., a) o *share* elevado de domínio do mercado e de comportamentos predatórios de alguns dos actuais intervenientes e b) a aplicação discriminatória de tarifas no que concerne às actividades de transporte e de distribuição.

O objectivo primordial destas políticas Comuns é assim o da separação total dos activos entre as actividades de transporte e distribuição (“Ownership Unbundling”) chegando-se assim à total liberalização do Mercado Energético Interno (MEI);

Estas políticas procuram ainda a redução dos custos energéticos em benefício dos consumidores individuais e das indústrias, visando maior viabilidade e competitividade acrescida nessas mesmas indústrias, beneficiando-se de condições atractivas e de segurança no fornecimento.

3. Quais os obstáculos encontrados?

Os sectores da Electricidade e do Gás são ou eram muito similares nas suas características enquanto monopólios legais devido ao monopólio natural das infra-estruturas e das redes de transporte e distribuição. Outras características comuns eram a necessidade de coordenação entre alta e baixa voltagem/pressão entre as redes de transporte e as de produção, a tentativa de manutenção de baixos custos de transacção - tendo em conta que as transacções se faziam tipicamente dentro da mesma empresa ou grupo de empresas e eram, assim, facilmente controlados - e, à utilização de economias de escala.

A integração do MEI não se está a dar sem constrangimentos devido à necessidade de prossecução de estratégias internas integradas e da extrema diversidade deste mercado e entre cada Estado Membro, nomeadamente no que respeita a requisitos técnicos, às normas de saúde, segurança e tributárias, tudo devendo ser sujeito a harmonização. De salientar ainda a necessidade de ultrapassar os constrangimentos próprios decorrentes de estarmos a tratar de um sector extremamente sensível e estratégico em cada país.

Para além do mais, a atribuição de direitos exclusivos no âmbito das actividades de transporte e distribuição (para electricidade e gás) a entidades públicas e privadas representou, por um longo período, um grande obstáculo às trocas entre Estados Membros, limitando (i) o livre-trânsito do Gás Natural e da Electricidade na UE e (ii) o acesso directo aos recursos existentes (por uma sociedade transportadora ou distribuidora). As propostas do Terceiro Pacote visam assegurar o acesso de terceiros às redes e procuram, portanto, aumentar os níveis de concorrência e eliminar distorções de mercado, disciplinando-se as “Ajudas” (directas ou indirectas) dos Estados e o uso de tarifários energéticos procurando-se a transparência nos custos e preços energéticos.

4. Unbundling e Concentração: incompatibilidade?

A concentração de actividades não é ilimitadamente proibida e mantém o seu lugar no MEI, sendo as fusões e aquisições controladas pelas Autoridades Nacionais da Concorrência de cada Estado-Membro e/ou pela Comissão. A abertura do mercado interno neste sector é um processo *step-by-step* procurando atingir um resultado estruturado, forte e equilibrado.

2. What do these measures seek to attain?

The aim of the proposed measures is to complete the previous measures and guarantee the functioning of the internal market for all consumers, thereby allowing the supply of energy to be safer, more competitive and more durable.

The above proposals have already taken into account the constraints on the energy market at a European level, i.e. a) the significant market share and predatory behaviour of some of the current operators and b) the discriminatory imposition of tariffs as regards transmission and distribution activities.

The primary objective of these common policies is ownership unbundling, i.e. a total division of the transmission and distribution assets, thus achieving full liberalisation of the Internal Energy Market (IEM).

These policies also envisage a reduction in energy costs for individual consumers as well as industries, aiming at increased viability and competitiveness in these same industries by taking advantage of the attractive conditions and guaranteed supplies.

3. What are the obstacles?

The electricity and gas sectors have or had very similar characteristics to those of a legal monopoly owing to the natural monopoly of the infra-structures and the transmission and distribution networks. Other common features were the need to coordinate high and low voltage/pressure between the transmission networks and the production networks, the attempt to maintain low transmission costs – bearing in mind that the transactions were usually carried out within the company or group of companies and were thus easily controlled – and the use of economies of scale.

The integration of the IEM is not forging ahead constraint-free, however, owing to the need to pursue integrated internal strategies as well as to the extreme diversity of this market and of each Member State, namely in respect of technical requirements, health, safety and tax provisions, all of which must be harmonised. It should also be pointed out that there is a need to overcome the constraints created by the fact that this is an extremely sensitive and strategic sector in each country.

Moreover, the attribution of exclusive rights in transmission and distribution activities (for electricity and gas) on state and private entities represented a huge barrier to exchanges between Member States for a very long time, limiting (i) the free transit of natural gas and electricity in the EU and (ii) direct access to the existing resources (for a transmission or distribution company). The Third Package proposals aim to guarantee third party access to the networks and thus seek to raise the levels of competition and eliminate distortions in the market, controlling (direct or indirect) state aid and the use of energy tariffs and seeking transparency in energy costs and prices.

4. Unbundling and concentration: are they incompatible?

A concentration of these activities is not wholly prohibited and its place in the IEM continues, while mergers and acquisitions are controlled by the national competition authorities of each Member State and/or by the Commission. The opening of the internal market in this sector is a *step-by-step* process working toward a strong, structured and balanced outcome.

Unbundling can be understood as “separation”. Its aim is to separate

Unbundling pode ser traduzido por “separação”, visando-se a separação de actividades possivelmente competitivas nas indústrias do gás e electricidade; evitar ou por termo à detenção de participações cruzadas nas actividades de transporte e distribuição sendo essas participações cruzadas apenas toleradas dentro dos limites necessários à alocação e suporte de riscos dos mercados.

Esta separação tem vindo a evoluir da separação de registos contabilísticos entre actividades detidas pelos mesmos intervenientes (primeiro pacote comunitário energético), passando pela separação legal das entidades detentoras das mesmas e apontando-se já para uma separação final e total do exercício dessas actividades.

Se o segundo pacote comunitário energético legislativo pressupõe uma separação legal no âmbito da operação dos sistemas de transporte e distribuição, na produção e no retalho, esta pressupõe ainda uma separação funcional caracterizada por medidas organizacionais e buscando-se a independência dos decisores para a implementação de um processo decisório não discriminatório.

Até ao presente, a separação das redes para permissão de acesso total e não discriminatório por produtores concorrentes e retalhistas não se encontra suficientemente implementada, o que resulta numa insuficiência de investimento em infra-estruturas, na distorção nos incentivos aos Operadores de Sistemas de Transporte e de Sistemas de Distribuição ligados a outros interesses em actividades de fornecimento integradas.

5. Inovação e o TPE

Estas novas propostas atribuem uma enorme importância à separação das redes de transporte, entre produção e fornecimento (*Ownership Unbundling*), prevendo que qualquer entidade titular de participações, directas ou indirectas, num Operador de Sistema de Transporte, não poderá deter uma participação ou controlar um estabelecimento de fornecimento e vice-versa. São excepcionadas posições minoritárias e que não impliquem qualquer controle.

Uma evolução em relação aos pacotes anteriores, é a de que os **Operadores de Sistemas de Transmissão** deverão operar e deter a titularidade da rede de transporte. É possível a derrogação desta norma através da implementação do Modelo de Operador Independente do Sistema, mediante o qual a titularidade dos activos da rede será mantida pelo estabelecimento de fornecimento.

Contudo, tal significa que a operação, técnica e comercial deverá manter-se sob a responsabilidade de uma entidade independente a ser designada por cada Estado-Membro. Estas entidades independentes deverão cumprir igualmente com os requisitos de separação aplicáveis a outros operadores de rede e preencher deveres adicionais.

Foram ainda apresentadas **medidas quanto a entidades de países terceiros**, não membros da UE, relativamente à sua participação em companhias ditas “de rede”, por forma a assegurar que essas entidades deverão igualmente cumprir com os requisitos de *Unbundling* aplicáveis na UE, prevendo-se que o controle de um Operador do Sistema de Transmissão ou de uma rede deva ser submetido a um acordo prévio entre a UE e o país terceiro.

6. Discussão das medidas propostas

No passado dia 10 de Outubro, o Conselho da UE chegou finalmente a um acordo político e formal sobre este pacote legislativo, em particular no respeitante às medidas (referidas acima) relativas ao cumprimento de requisitos por entidades de países terceiros (denominada usualmente por Cláusula Gazprom dado visar acautelar

potentially competitive activities in the gas and electricity industries and to avoid or put an end to cross-holdings in transmission and distribution activities. Cross-holdings will only be tolerated within the limits necessary to allocate and bear market risks.

This separation has developed out of the separation of accounting records relating to activities held by the same company (first community energy package) via the legal separation of the holding companies of such a company and works toward to a full and final separation of the development of these activities.

While the second energy community legislative package entails a legal separation as regards the operation of the transmission and distribution activities, at both retail and production levels, this package entails a functional separation, characterised by organisational measures, which brings the independence of the decision-makers to bear on the implementation of a non-discriminatory decision-making process.

Until now, network separation for full non-discriminatory access by competing producers and retailers has not been sufficiently implemented, which has resulted in a lack of investment in infrastructure and led to distortion in incentives for transmission system operators and distribution system operators that have links to other interests in integrated supply activities.

5. Innovation and the TCEP

These new proposals attach enormous significance to the separation of transmission networks, as between production and supply (*Ownership Unbundling*), providing that any direct or indirect shareholder in a Transmission System Operator cannot have a holding in or control of a supply entity and vice versa. This does not include minority holdings or non-controlling holdings.

A new development is that the **Transmission Systems Operators** must operate and own the transmission network. It is possible to derogate from this provision by implementing an Independent Operator System Model whereby ownership of the network assets will remain in the hands of the supply establishment.

However, this means that the technical and commercial operation will come under the control of an independent body to be nominated by each Member State. These independent entities should also comply with the separation requirements applicable to other network operators and meet additional requirements.

It also introduces **measures for entities from third countries** which are not EU members, with regard to their holdings in the so-called “network” companies, so as to ensure that these entities also comply with the unbundling requirements applicable in the EU. It also provides that control of a Transmission System Operator or a network should be subject to a prior agreement between the EU and the third country.

6. The discussion of the proposed measures

On 10 October, the EU Council finally reached a formal political agreement as to this legislative package, particularly with regard to the (above-mentioned) measures on third country entity compliance with the requirements (usually known as the Gazprom Clause as it seeks to provide direct protection against Russia/Gazprom

directamente a obtenção de interesses pela Rússia/Gazprom na Europa) e a redacção da cláusula de concorrência equilibrada.

No respeitante à “**Cláusula Gazprom**” que trata do controle de redes por entidades de países terceiros de uma forma não proteccionista e que visa garantir o respeito, por essas entidades, das mesmas normas aplicáveis a sociedades da UE, pretende-se fixar os critérios para avaliação do investimento de países terceiros, em particular para efeitos de salvaguarda da segurança no fornecimento da UE, prevendo-se um procedimento de certificação pelos investidores dos países terceiros que pretendam tomar o controlo de um Sistema de Transporte de Energia ou do respectivo operador, especificando detalhes sobre os respectivos responsáveis e o papel dos reguladores nacionais e da Comissão.

Já a “**Cláusula de Concorrência Equilibrada**”, visa responder às preocupações dos Estados Membros que escolheram o *Ownership Unbundling* (sendo os grupos EDP e GALP directamente interessados nesta opção) - que consideram verificar-se deslealdade concorrencial caso as companhias verticalmente integradas (compreendendo as actividades de produção, fornecimento e transporte) possam adquirir as redes de transporte, já separadas. As disposições aprovadas relativas a esta cláusula passaram a incluir um respeito pela coexistência no MEI de três modelos diferentes de dissociação, por um lado, das actividades de produção e fornecimento e, por outro lado, do transporte de energia. Prevê-se, nomeadamente, que as sociedades com actividades na produção ou fornecimento de gás/electricidade não poderão controlar, de facto ou de direito, um operador de uma rede de transporte de um Estado Membro que tenha optado pela dissociação integral dessas actividades.

Foi igualmente criada uma **terceira solução** visando a **separação efectiva das actividades de fornecimento e de produção face à actividade de gestão de redes**. Trata-se do Sistema de Operador de Transporte Independente, pelo qual seriam estabelecidos gestores de redes independentes. Esta opção permite às empresas manter a titularidade das redes de transporte sob condição de serem geridas por um gestor independente de rede, devendo ser respeitadas garantias suplementares. Esta solução deverá ser aplicável nos Estados membros em que as redes de transporte sejam detidas por uma só empresa, verticalmente integrada à data da entrada em vigor das futuras Directivas do Gás e da Electricidade.

Prevêem-se novos desenvolvimentos em Janeiro de 2009.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2008

obtaining interests in Europe) and to the drawing up of the balanced competition clause.

The “**Gazprom**” clause, dealing with the control of networks by entities from third countries in a non-protectionist manner and which seeks to secure the compliance of these entities with the same provisions that apply to EU companies, intends to set the criteria for assessing third party investment, in particular for the purposes of safeguarding the safety of the EU supply, setting forth a certification procedure for third countries’ investors that intend to take over an Energy Transmission System or its operator and specifying details as to the persons in charge and the role of national and Commission regulators.

The aim of the “**Balanced Competition Clause**” is to respond to the concerns of Member States that have opted for ownership unbundling (the EDP and GALP groups are directly interested in this option) – which are that it constitutes unfair competition if vertically integrated companies (covering production, supply and transmission activities) can acquire the already unbundled transmission networks. The approved provisions in respect of this clause will include the possibility of the coexistence, within the IEM, of three different unbundling models for production and supply activities, **on the one hand**, and energy transmission **on the other**. It ensures that companies engaged in the production or supply of gas/electricity cannot control, in fact or in law, a transmission network operator from a Member State which has opted for the full unbundling of these activities.

A **third solution** has also been created which is aimed at the **effective separation of the supply and production activities from network operations**. This entails an Independent Transmission Operator System which will include independent network managers and allow companies to maintain ownership of the transmission networks conditioned to these companies being managed by an independent network manager. In this case other additional guarantees should be complied with. This solution will apply in Member States where the transmission networks are held by just one company if vertically integrated at the time the future Gas and Electricity Directives come into force.

Further developments are expected in January 2009.

Lisbon, 2nd of December

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Dra. Ana Oliveira Rocha- e.mail: aor@plmj.pt, tel: (351) 21 319 74 20.

This Informative Note is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Informative Note may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact Dra. Ana Oliveira Rocha- e.mail: aor@plmj.pt, tel: (351) 21 319 74 20.

Lisboa . Porto . Faro . Coimbra . Açores . Guimarães . Viseu . Angola . Moçambique . Brasil . Macau
Lisboa . Oporto . Faro . Coimbra . Azores . Guimaraes . Viseu . Angola . Mozambique . Brazil . Macao