

DA  
OBRIGATORIEDADE  
DE SEPARAÇÃO DE  
IMAGEM ENTRE  
OPERADORES DE REDE  
DE DISTRIBUIÇÃO  
DE ENERGIA E  
COMERCIALIZADOR

JOÃO QUINTELA CAVALEIRO<sup>1</sup>  
Advogado

ANA CRISTINA PRETO<sup>2</sup>  
Advogada

## **EXCERDOS**

*“A harmonização e a liberalização do mercado energético têm-se assumido como um dos principais planos de atuação no âmbito das políticas comuns da União Europeia (EU)”*

*“Compete ainda à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) proteger adequadamente os interesses dos consumidores, em particular os consumidores economicamente vulneráveis”*

*“A introdução da regulação no setor veio permitir, para o caso da eletricidade, que coexistam atividades potencialmente competitivas (produção e comercialização) e atividades de monopólio (transporte, distribuição)”*

*“Cabe à ERSE assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição cumpram as obrigações que lhes são incumbidas por força das diretivas comunitárias e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças”*

## I. Enquadramento da Temática

A temática da separação da imagem entre operadores de rede de distribuição de energia e comercializadores reassumiu nos últimos tempos assomada repercussão pública, catapultada por um conjunto de notícias vindas a público. A discussão sobre obrigação de separação de imagem entre operador de rede de distribuição e comercializador não é de todo uma novidade. Insere-se num quadro legislativo no âmbito das políticas comuns da União Europeia (UE) que, em conjunto com outras medidas, pretende, em *ultima ratio*, estabelecer medidas que visam a consolidação de um mercado energético que funcione em benefício de todos os consumidores, independentemente da sua dimensão, e que garanta ao mesmo tempo um fornecimento de energia mais seguro, competitivo e sustentável na UE.

É pois neste contexto que a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos) procedeu à aprovação e publicação dos regulamentos do setor elétrico e ao regulamento da qualidade de serviço do setor eléctrico e do gás natural, no passado dia 4 de outubro de 2017. A revisão foi motivada pela necessidade de consagrar e clarificar a nível regulamentar especificidades decorrentes de desenvolvimentos legislativos, mas também a necessidade de reforçar obrigações comunitárias de separação de imagem que impendem sobre os operadores de rede de distribuição.

O presente artigo visa analisar as alterações legislativas e regulamentares *em matéria de separação de imagem entre operador e comercializador*, tendo por base:

- i. análise das diretivas comunitárias que estabelecem as regras comuns para o mercado interno, quer da eletricidade, quer do gás natural;
- ii. análise da legislação que transpõe para a ordem jurídica portuguesa as diretivas comunitárias;
- iii. os diplomas regulamentares adoptados pela ERSE;
- iv. os motivos e as razões que fundamentaram as alterações legislativas e o atual contexto legislativo; e por fim
- v. o papel do regulador e as consequências de uma eventual violação das imposições legais.

Em concreto, a necessidade de revisão do Regulamento das Relações Comerciais surgiu da avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE)

relativamente à concretização das disposições referentes à separação e diferenciação de imagem, que constam já do “*Terceiro Pacote Energético*”. Aprovado pela UE e transposto para o ordenamento jurídico português, estabelece as regras comuns para o mercado interno tanto da eletricidade quanto do gás natural.

No caso específico de Portugal, foram identificadas dúvidas quanto à correta transposição daquelas normas, dúvidas que poderão vir a consubstanciar-se numa possível abertura de um processo de incumprimento a Portugal, por incorreta transposição das diretivas para o mercado interno energético.

De acordo com o Documento Justificativo da Proposta de Alteração ao Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, a ERSE veio esclarecer que

As dúvidas colocadas pela CE centram-se, no essencial, na adequada separação de imagem comercial das empresas de distribuição e de comercialização de um mesmo grupo económico, o que sugere que, na perspetiva da Comissão Europeia, não existirá a devida segregação de imagem entre aquelas empresas.

À situação identificada pela Comissão Europeia, acresce, com alguma frequência, o mesmo tipo de circunstância identificada por outras entidades e agentes a atuar no mercado português de eletricidade, subsistindo, de certa forma, a ideia que o nível de separação atingido não será o ideal.

Desde a primeira definição de disposições relativas à separação e diferenciação de imagem pela ERSE, em particular no quadro regulamentar, foi estabelecido como objetivo central desta atuação, uma concreta e efetiva garantia dos princípios de transparência e de igualdade de tratamento e oportunidades no exercício de atividades reguladas.

Neste sentido, a presente revisão regulamentar pretende garantir a implementação de normas mais claras e estritas em relação à separação de imagem de entidades verticalmente integradas e que atuem no âmbito do setor elétrico. Em consequência, tais disposições deverão assegurar que a avaliação efetuada pela Comissão Europeia afasta todas as dúvidas quanto a uma correta transposição das normas constantes da última Diretiva para o mercado interno da eletricidade.

Para concretização destes objetivos, as alterações propostas deverão abranger, com maior efetividade, a separação de imagem comercial e a reformulação dos programas de conformidade das empresas em causa, de modo a assegurar que a separação de imagem (perspetiva quase apenas gráfica) corresponda um efetivo conjunto de obrigações de transparência, não discriminação e igualdade de tratamento (por exemplo ao nível da informação gerida e disponibilizada ao mercado).

Em concreto, propõe-se agora que a imagem comercial dos operadores de rede de distribuição e dos comercializadores de último recurso, não possam conter elementos comuns na sua imagem gráfica e designação comercial relativamente a outras empresas que, em relação de grupo, atuem em outras atividades do setor elétrico. Daqui decorrerá que os logotipos e a própria designação comercial daqueles agentes se devem objetivamente diferenciar das que são utilizados por, por exemplo, comercializadores em regime de mercado do mesmo grupo ou a própria sociedade holding.”(sublinhado nosso)

Pelo exposto, o novo Regulamento das Relações Comerciais para o setor energético, recentemente aprovado, visa aprofundar a obrigatoriedade de separação de imagem, que já resultava, no entanto, do referido “*Terceiro Pacote Energético*”, que analisaremos *infra*.

A harmonização e a liberalização do mercado energético têm-se assumido como um dos principais planos de atuação no âmbito das políticas comuns da União Europeia (EU). Entre 1996 e 2009 têm-se adotado consecutivamente medidas legislativas que regulam o acesso ao mercado, a transparência e a regulamentação, a proteção dos consumidores, o apoio à interligação e os níveis adequados de fornecimento.

Atualmente o contexto legislativo e regulamentar tem como principais objetivos o aumento da concorrência, a existência de uma regulamentação eficaz e o incentivo ao investimento em benefício dos consumidores, estabelecendo medidas que visam a consolidação de um mercado que funcione em benefício de todos os consumidores, independentemente da sua dimensão e que garanta ao mesmo tempo o fornecimento de energia mais seguro, competitivo e sustentável na União Europeia.

Em Portugal, a responsabilidade pela regulamentação do setor energético está atualmente cometida, desde 2007, à Direção Geral de Energia e Geologia, criada com a entrada em vigo do Decreto-Lei 139/2007, de 27 de abril, que tem como principal objetivo “*contribuir para a concepção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa óptica do desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento*”.

Compete ainda à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) proteger adequadamente os interesses dos consumidores, em particular os consumidores economicamente vulneráveis em relação a preços, qualidade de serviço, acesso à informação e segurança de abastecimento; promover a concorrência entre os agentes intervenientes nos mercados, nomeadamente no âmbito do mercado interno da energia, garantindo às empresas dos setores regulados exercidos em regime de serviço público o equilíbrio económico-financeiro no âmbito de uma gestão adequada e eficiente; contribuir para a progressiva melhoria das condições económicas e ambientais, e ainda arbitrar e resolver litígios, fomentando a resolução extrajudicial de litígios (cfr. Decreto-Lei 84/2013, de 25 de junho), competindo-lhe ainda as funções sancionatórias do setor energético (cfr. Lei 9/2013, de 28 de janeiro).

Por outro lado, tal como outro mercado competitivo, também aqui a Autoridade da Concorrência, criada em 2003, tem como dever assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, com um elevado nível de progresso técnico e, sobretudo, o prosseguimento de maior benefício para os consumidores. (cfr. art. 1º do Decreto-Lei 10/2003, de 18 de janeiro).

## **II. Da legislação genericamente aplicável**

O enquadramento legal da questão em apreço já se configurava tendo em conta o “*Terceiro Pacote Energético*” aprovado pela UE e transposto para o ordenamento jurídico português, que estabelece as regras comuns para o mercado interno quer da eletricidade, quer do gás natural, e que tem por base os seguintes diplomas:

- i. Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003;
- ii. Diretiva 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003;
- iii. Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009;
- iv. Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009;
- v. Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, que transpõe para a ordem jurídica a Diretiva 2009/72/CE;
- vi. Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, que transpõe para a ordem jurídica a Diretiva 2009/73/CE;
- vii. Regulamento 561/2014, de 22 de dezembro de 2014, Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico, entretanto revogado;
- viii. Lei 9/2013, de 28 de janeiro, que aprova o regime sancionatório do setor elétrico;
- ix. Decreto-Lei 84/2013, de 25 de junho, que aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos;
- x. Diretiva 23/2013, de 22 de novembro, que aprova as medidas para a diferenciação da imagem da EDP Distribuição;
- xi. Regulamento 416/2016, de 29 de abril de 2016, que aprova o Regulamento das Relações Comerciais do Setor do Gás Natural.

Da conjugação da legislação é patente uma intenção por parte da União Europeia no sentido de solidificar o mercado da eletricidade e do gás natural, visando proporcionar uma possibilidade real de escolha a todos os consumidores, sejam eles cidadãos ou empresas, criar novas oportunidades de negócio e intensificar o comércio transfronteiriço, de modo a assegurar ganhos de eficiência, preços competitivos e padrões de serviço mais elevados e a contribuir para a segurança do fornecimento e a sustentabilidade.

Nesse sentido, as diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho vieram estabelecer regras comuns para o mercado interno da eletricidade, nomeadamente:

- a) abertura de mercado e reciprocidade;
- b) obrigações de serviço público e proteção dos consumidores;
- c) separação dos operadores nas várias atividades;

- d) acesso às redes regulado;
- e) exigência de separação das atividades das empresas verticalmente integradas;
- f) entidades reguladoras.

Essas medidas seguiram a ideia de harmonização das competências das entidades reguladoras, de criação de mecanismos adequados e eficazes de regulação, supervisão e transparência, de forma a evitar abusos de posição dominante, discriminação e distorção da concorrência e a garantir o respeito pelas normas de confidencialidade. O objetivo era igualmente dar cumprimento aos princípios da liberdade de circulação de mercadorias e da liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços que pressupõem um mercado plenamente aberto que pudesse permitir a todos os consumidores a livre escolha de comercializadores e a todos os comercializadores o livre abastecimento dos seus clientes.

As regras vigentes em matéria de separação jurídica e funcional, tal como previstas naquelas diretivas não levaram, todavia, à separação efetiva dos operadores das redes de transporte, mantendo-se os conflitos de interesses e a discriminação dos concorrentes no acesso às redes e no investimento no fornecimento, sendo que se manteve o incentivo que se apresentava às empresas verticalmente integradas.

### **III. Da separação jurídica e da obrigação de diferenciação de imagem entre operador de rede de distribuição e comercializador de energia**

O termo “separação” (*unbundling*) já era comum para a maioria dos agentes dos mercados e serviços relacionados com o setor energético. De fato, a política de separação está no centro das modificações estruturais do setor energético como um meio para atingir um fim.

Já no “*Segundo Pacote Energético de 2003*”, ou seja, nas diretivas de 2003, a separação jurídica e contabilística estava prevista, podendo os Estados-membros optar pela separação da propriedade. No entanto, a subsistência de situações de integração vertical e de monopólios atrasaram significativamente o estabelecimento de uma sã concorrência, o que terá determinado a manifesta insuficiência de investimentos infraestruturais e a manutenção de mercados fechados que limitam as oportunidades de entrada de novos agentes.



Assim como as Diretivas 2009/72/CE e 2009/73/CE, o objetivo final pretendido foi o de assegurar a separação/independência de atividades de transporte de qualquer um dos agentes integrados em sociedades verticalmente integradas, proporcionando uma quebra na cadeia da propriedade no setor da energia.

Em concreto, no que toca à presente questão, as diretivas são claras no sentido da separação das redes dos operadores das redes de distribuição das várias atividades, para que seja evitada a discriminação entre utilizadores ou categorias de utilizadores da rede, em especial a favor das empresas suas coligadas.

No mesmo sentido, a atividade dos operadores deverá ser independente das demais atividades no setor, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas com a distribuição, por forma a evitar que possa tirar proveito da sua integração vertical para distorcer a concorrência junto do ramo de comercialização.

Quanto ao operador de rede de distribuição, este deve ser independente, no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões de outras atividades não relacionadas com a distribuição. Em particular, os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade.

Os termos em que essa diferenciação deve ser feita ficam para disposições regulamentares, ou seja, para os termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais. Cabe, em última análise, à ERSE a fixação dos termos que os operadores de rede devem respeitar, cabendo-lhe igualmente poderes de fiscalização e auditoria.

Quanto à questão em análise, as diretivas prescrevem que o operador da rede de distribuição deve ser independente, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas com a distribuição (cfr. art. 26º, n. 1).

E, ainda no mesmo parágrafo, prescreve-se que *“estas normas não criam a obrigação de separar da empresa verticalmente integrada a*

Cabe à ERSE a fixação dos termos que os operadores de rede devem respeitar, cabendo-lhe igualmente poderes de fiscalização e auditoria

*propriedade dos ativos da rede de distribuição*”. No entanto, no 3º parágrafo, as diretivas tornam-se claras no sentido em que “os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados *não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada*”.

Nesse sentido, as diretivas prescrevem que nas empresas verticalmente integradas, no âmbito das respectivas atividades, devem estas assegurar a sua distinção, que deverá ser feita em termos que, do ponto de vista do homem médio, seja suscetível de diferenciação, entendimento que deverá ser extensível aos postos de atendimento, que deverão também ser diferenciados.

Este entendimento era já vertido no Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico e no Regulamento de Relações Comerciais do Setor do Gás Natural (cfr. art. 57º, n. 3, alí. b) onde, tendo em vista a separação das atividades dos operadores das redes de distribuição, se previa:

n. 3 – Com o objetivo de assegurar os princípios no número anterior, os operadores das redes de distribuição devem adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que atuam no SEM;

c) Disponibilizar uma página na Internet autónoma das restantes entidades que atuam no SEM.

Ainda, para este efeito (cfr. art. 58º) prescrevia-se que os operadores das redes de distribuição deviam elaborar um Programa de Conformidade contendo as regras a observar no exercício das atividades, incluindo as medidas necessárias para garantir a exclusão de comportamentos discriminatórios e o seu controlo de forma adequada. Quanto a esta matéria, o novo Regulamento das Relações Comerciais aprovado não trouxe grandes novidades, mantendo-se a obrigatoriedade de os operadores das redes de distribuição manterem um “*Código de Conduta*”, no qual os agentes devem estabelecer as regras a observar no que se refere à independência, imparcialidade, isenção e responsabilidade dos atos dos responsáveis, bem como estabelecer as regras adequadas à salvaguarda

dos direitos e interesses dos utilizadores da rede de distribuição. Normas que devem sempre assegurar a observância das regras de concorrência e da transparência das relações comerciais, *evitando comportamentos que possam influenciar a escolha do comercializador de energia elétrica* (cfr. art. 58, n. 4). Os procedimentos a utilizar no serviço de atendimento aos utilizadores da rede de distribuição devem ser disponibilizados, de forma destacada do Código de Conduta onde se integram, na página da internet do operador da rede de distribuição e nos locais destinados ao atendimento presencial dos consumidores.

Nestes termos, ainda que não fosse claro, podia-se já retirar que não era admissível a utilização dos mesmos postos de atendimento quer pelo operador quer pelo comercializador, pois que muito facilmente essa utilização mútua poria em causa a salvaguarda da informação comercialmente sensível, de proteção de dados pessoais e de práticas comerciais desleais, bem como levaria a uma influência na escolha do consumidor pelo comercializador de energia elétrica, situações que a legislação pretende vedar.

O referido programa de conformidade é aprovado pela ERSE, na sequência de proposta a apresentar pelos operadores das redes de distribuição, e todos os anos deve ser enviado à ERSE um relatório sobre as medidas aprovadas pelos programas de conformidade e implementadas nesse mesmo ano. Os referidos relatórios anuais devem ser publicados nas páginas da internet dos operadores das redes de distribuição e da ERSE.

Em concreto, no que toca à diferenciação da imagem, as diretivas são também claras quando preveem que os operadores de redes de distribuição verticalmente integrados não devem, nas suas comunicações e imagens de marca, criar confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada (cfr. art. 26º, § 3).

No normativo transposto para a legislação nacional, nos termos do Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, e no Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, se prevê que “*o operador de rede de distribuição deve garantir a diferenciação da sua imagem*” (art. 36º, n. 2, al. e)).

No que ao comercializador de último recurso diz respeito, a legislação nacional autonomizou o princípio da separação numa subseção

autónoma (subsecção III), salvaguardando também aqui o princípio da separação jurídica da atividade de comercializador de último recurso. Assim, o comercializador de último recurso deve diferenciar as suas imagem e comunicação das restantes entidades que atuam no âmbito do SEN por forma a não induzir confusão com estas últimas entidades, nos termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais (cfr. art. 47º e art. 57º do Regulamento de Relações Comerciais).

Pelo exposto, já resultava da legislação vigente a obrigatoriedade de distinção das atividades dos operadores de rede de distribuição da atividade das restantes entidades que atuam no SEN, distinção que mesmo à luz do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico já era perceptível.

As dúvidas que pudessem persistir são agora afastadas perante a publicação do novo Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, que quanto a esta matéria prevê o seguinte:

#### Artigo 57º

(...)

n. 3 – Com o objetivo de assegurar os princípios estabelecidos no número anterior, os operadores das redes de distribuição devem adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que actuam no SEM, de forma inequívoca para os consumidores finais de eletricidade, devendo obrigatoriamente a respetiva imagem gráfica e designação comercial não conter elementos comuns com os utilizados por quaisquer outras entidades com as quais possuam relação de grupo e que atuem noutras atividades no setor elétrico.

#### Artigo 58º

(...)

n. 9 – Sem prejuízo das competências de fiscalização e monitorização atribuídas à ERSE neste domínio, o relatório previsto no número anterior deve igualmente conter uma avaliação independente, por entidade terceira, da perceção pelos consumidores de energia elétrica de uma diferenciação de imagem do operador de rede de distribuição relativamente a outras entidades que, em relação de

grupo económico, atuem noutras atividades do setor elétrico.

(...)

Artigo 80º

(...)

n. 3 – Com o objetivo de assegurar o cumprimento dos princípios estabelecidos no número anterior, o comercializador de último recurso deve adotar as seguintes medidas:

(...)

b) Diferenciar a sua imagem das restantes entidades que atuam no SEM, de forma inequívoca para os consumidores finais de eletricidade, devendo obrigatoriamente a respetiva imagem gráfica e designação comercial não conter elementos comuns com os utilizados por quaisquer outras entidades com as quais possuam relação de grupo e que atuem noutras atividades no setor elétrico.

(...)

Tendo a audição pública decorrido no passado dia 22 de junho de 2017, das entidades presentes destacamos a contribuição da EDP Distribuição, que a par de outras reservas, quanto à questão em apreço, considerou:

A proposta da ERSE de criação de um novo logótipo para a EDP Distribuição dificilmente terá acolhimento por parte dos consumidores que não aceitarão suportar os custos induzidos por esta medida (sublinhado nosso). Por outro lado, uma vez que a EDP Distribuição faz parte de um Grupo económico cuja identificação surge na sua designação, não pode o símbolo do Grupo deixar de fazer parte do logótipo da EDP Distribuição, à semelhança do que se passa noutros países, nomeadamente em Espanha.

Refira-se que apesar de não existir uma marca própria para a EDP Distribuição a Empresa, cuja actividade visa, nomeadamente, proporcionar a todos que o solicitem, o acesso às redes de distribuição de energia eléctrica, tem pautado o exercício das respectivas funções por princípios de transparência e de não discriminação. Por outro lado, os serviços da União Europeia, na sequência dos inquéritos que têm realizado para avaliação da aplicação da Directiva 2003/54/CE, não têm levantado objecções de fundo à situação existente em Portugal em termos da marca.

Quanto à Internet, a EDP Distribuição já possui uma área própria na página da EDP. Julga-se que um acesso autónomo só poderá vir a ser equacionado uma vez apurado o respectivo impacto, tendo em conta o que venha a ser definido no âmbito ibérico.

No que se refere ao Código de Conduta, a EDP Distribuição tem já aprovada e em fase de divulgação junto dos seus colaboradores, numa acção que será largamente participada, uma nova versão do código já anteriormente publicado, que se julga ir ao encontro das pretensões da ERSE<sup>3</sup>.

Ora, quanto à imputação dos custos aos consumidores, existe um conjunto vasto de entidades que perfilham a opinião de que tal custo não poderá recair sobre os consumidores. Para os defensores desta posição, a obrigação de separação de imagem já deveria ter sido cumprida no âmbito do “*Terceiro Pacote Energético*”, transposto para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei 77/2011, de 20 de junho, e pelo Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, concretizado nos termos do Regulamento das Relações Comerciais ora revogado. Entendem que os custos da separação da imagem não poderão ser imputados aos consumidores, uma vez que se trata, de fato, de um incumprimento, pois em todo o caso a formulação regulamentar agora adotada não constitui uma nova obrigação, antes visando suprir uma insuficiência detectada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária.

Em relação a isso, a ERSE ainda não adotou uma posição oficial (pelo menos à data da concepção do presente artigo). No documento de discussão dos comentários à proposta de revisão do regulamento das relações comerciais do setor elétrico, ressaltou que, “nesta como noutras matérias, a aceitação de custos e sua repercussão *tarifária dependem do escrutínio e avaliação pela ERSE da sua exigibilidade e racionalidade económica intrínseca*. Em todo o caso, convirá recordar que a formulação regulamentar agora adotada não constitui uma nova obrigação, antes visando suprir uma insuficiência detetada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária.”

Quanto a esta questão o panorama permanece em aberto, existindo, pelo menos em tese (pela não definição expressa a este respeito), a possibilidade de imputação dos custos de alteração e separação de imagem da fatura dos consumidores, dependendo da análise e escrutínio da ERSE.

Naturalmente que os contra-argumentos são fortes, na proporção em que é manifesto que a medida não constitui uma nova obrigação e que já existia no quadro vigente anterior, tendo a sua génese radicado numa exigência da União. Fazendo uma análise do previsto nas diretivas, as imposições parecem ser claras no sentido de uma efetiva separação dos operadores nas várias atividades, de forma a evitar que nas suas comunicações e imagens de marca, crie-se “*confusão no que respeita à identidade distinta do ramo de comercialização da empresa verticalmente integrada*” (Cfr. art. 26º, n. 1, § 3, da diretiva), apesar de não haver uma obrigatoriedade de separação da empresa verticalmente integrada a propriedade dos ativos da rede de distribuição.

O tema em questão assume particular relevância em mercados em que exista uma elevada concentração, em que algum dos operadores possua quota de mercado substancial nos principais segmentos (grandes consumidores, industriais, pequenos negócios e domésticos). Pelos dados que têm sido publicitados, o mercado retalhista português apresenta uma alta concentração de mercado por um dos operadores.

Vale a pena sempre recordar a este propósito quais os princípios que têm norteado a União Europeia neste campo para assim poder enquadrar melhor a análise. Tem-se ressaltado, desde há vários anos, muito antes do novo Regulamento de Relações Comerciais da ERSE, que a União propugna pela tomada de medidas adicionais de promoção da concorrência e da transparência de informação, fins que visam alcançar para a construção de um verdadeiro mercado liberalizado no setor energético. A construção de um mercado livre, transparente, concorrencial tendo em vista a proteção do consumidor parece ser o fim último que as instituições comunitárias – Conselho, Comissão e Parlamento Europeu – têm perseguido com essas medidas.

#### **IV. O contexto atual do mercado energético português e o papel do regulador**

A organização dos setores da eletricidade assenta, ainda, em empresas verticalmente integradas, ou sob a ação direta do Estado, ou, embora já possam estar fora dessa dependência, ainda permanecem monopolistas ou com posições dominantes no seu mercado. A alteração

em curso deste paradigma, para mercados que começam a estar abertos à concorrência, poderá criar a desintegração das várias atividades da cadeia de valor, tendendo estas a ser exercidas por operadores e empresas diferenciadas.

A introdução da regulação no setor veio permitir, para o caso da eletricidade, que coexistam atividades potencialmente competitivas (produção e comercialização) e atividades de monopólio (transporte, distribuição).

O objetivo da separação e de outras medidas era criar condições regulamentares para um mercado interno da energia, porém tal ainda não se verificou, em muitos casos não existindo ainda um verdadeiro mercado liberalizado e concorrencial face a operadores de distintas atividades na mesma estrutura integrada vertical.

Nessa esteira, não parece fazer sentido que se continuem a confundir os operadores das atividades de produção, distribuição, transporte e comercialização quanto a marcas, imagens, comunicação, instalações, colaboradores, informações e acessos.

A 25 de junho de 2009<sup>4</sup>, Portugal, em conjunto com outros 24 Estados-membros, foi notificado formalmente pela Comissão Europeia da não aplicação da legislação comunitária sobre energia, o que aumentou a pressão sobre a entidade reguladora para tomar as medidas necessárias a fim de que a liberalização do mercado fosse realizada com sucesso.

Nessa notificação, o comissário do Pelouro da Energia à data – Andris Piebalgs – considerou inaceitável que os consumidores e as empresas fossem prejudicados pelo funcionamento deficiente do mercado da energia. A iniciativa prendia-se com o incumprimento de várias disposições do chamado “*Segundo Pacote*” da energia, de 2003.

Os principais incumprimentos identificados pela comissão eram atinentes à escassez de informações fornecidas pelos operadores de sistemas de transporte de eletricidade e gás, o que impedia o acesso efetivo das companhias de abastecimento às redes; à inadequação dos sistemas de repartição da capacidade da rede para otimizar a utilização desta para o transporte de eletricidade e gás nos Estados-membros; e ainda à falta de coordenação e cooperação transfronteiriças entre os operadores de sistemas de transporte de eletricidade e as autoridades nacionais, coordenação e cooperação essas que são necessárias para uma melhor



repartição da capacidade das redes em interconexões transfronteiriças, de forma a otimizar a rede elétrica existente numa perspectiva regional e europeia, em vez de nacional.

Atualmente e perante a avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE) relativamente à concretização das disposições referentes à separação e diferenciação de imagem, que constam já do “*Terceiro Pacote Energético*” aprovado pela EU, impunha-se a aprovação do novo Regulamento das Relações Comerciais em outubro de 2017, conforme apresentado e discutido no anterior dia 22 de junho de 2017, transpondo para a ordem jurídica portuguesa, sem inequívocos, uma obrigação comunitária.

Cabe à ERSE assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição cumpram as obrigações que lhes são incumbidas por força das diretivas comunitárias e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças (Cfr. art. 35º).

A ERSE é uma «*pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*», regendo-se pelos seus «*Estatutos*» pelas disposições legais que lhe sejam especificamente aplicáveis e, subsidiariamente, pelo regime jurídico das entidades públicas empresariais ressalvadas as regras incompatíveis.

Nos termos do n. 3 do art. 1º dos seus estatutos, a ERSE tem por finalidade a regulação dos setores do gás natural e da eletricidade «*nos termos dos presentes Estatutos, e no quadro da lei, dos contratos de concessão e das licenças existentes*», e é independente no exercício das suas funções, sem prejuízo dos princípios orientadores da política energética fixados pelo governo, nos termos constitucionais e legais, e dos atos sujeitos a tutela ministerial, nos termos da lei e dos seus estatutos (cfr. art. 2º, n. 2, dos Estatutos).

A Lei 9/2013, de 28 de janeiro, veio aprovar o regime sancionatório do setor energético, competindo à ERSE processar e punir as infrações administrativas à legislação que estabelece as bases dos setores da eletricidade e do gás, incluindo a produção a partir de fontes de energia renováveis, e respectiva legislação complementar e regulamentação, às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei (cfr. art. 2º).

Para efeitos do regime sancionatório são contraordenações muito graves no âmbito do SEN, puníveis com coima (cfr. art. 28º, n. 1):

- d) A violação, pelos intervenientes do SEN, dos deveres de separação jurídica e patrimonial legalmente impostos;
- e) A violação, pelo operador de transporte independente, das obrigações que lhe incumbem, nos termos da lei, e, em particular, o comportamento discriminatório deste em benefício da empresa verticalmente integrada, caso seja designado um operador de transporte independente para a Rede Nacional de Transporte de Eletricidade (RNT);

E são contraordenações graves no âmbito do SEN, puníveis com coima (cfr. art. 28º, n. 2):

- l) A omissão da obrigação de diferenciação, pelo comercializador de último recurso, da sua imagem relativamente a outras entidades do setor, incluindo da imagem dos comercializadores em regime de mercado.

Uma leitura paralela do regime sancionatório do setor energético e da nova Lei da Concorrência (Lei 19/2012, de 8 de maio) permite sem dificuldade notar que as normas relativas ao processo contraordenacional, à aplicação de coimas e a recursos previstas na Lei 9/2013 são quase decalcadas das disposições análogas presentes na Lei da Concorrência, no que toca aos procedimentos contraordenacionais relativos a práticas restritivas da concorrência.

A regulação setorial tem por objetivo proporcionar uma situação de relativa igualdade material que permita a aplicação de normas de defesa da concorrência.

Em primeiro lugar deve existir algum tipo de responsabilização perante os parlamentos nacionais, nomeadamente em termos de audições dos reguladores perante comissões especializadas.

Em segundo lugar, é importante ter um processo de tomada de decisões transparente. Tal implica, por um lado, envolver todas as partes interessadas nesse processo, nomeadamente através de processos de consulta ou salvaguardando nas respectivas estruturas dos organismos

de regulação órgãos de consulta onde estejam representados os interesses dos mesmos.

Outra forma de aumentar a transparência dos procedimentos é dar publicidade às decisões dos reguladores e, dessa forma, permitir aos interessados, sejam eles profissionais ou consumidores, conhecer os resultados finais.

Relacionado com este critério está também a necessidade de justificação específica das decisões dos reguladores. É preciso que os reguladores justifiquem as respectivas decisões, fornecendo argumentos não só para fundamentar a opção escolhida mas também fornecendo os argumentos utilizados para rejeitar outras opções que tenham sido levantadas pelos interessados.

Desse modo, a ERSE surge não apenas como responsável pela aplicação da regulação no seu contexto puramente sectorial, mas também como essencial garante no mercado (a par da AdC), visando impedir, designadamente, que quaisquer operadores obtenham vantagens em relação aos demais por simplesmente não cumprirem as regras do setor a que se encontram adstritos.

À ERSE exige-se que não incida somente nas atividades que constituem monopólios naturais, mas também nos segmentos potencialmente competitivos das cadeias de valor, a produção de energia elétrica/aquisição de gás natural e a comercialização, de forma a reduzir o grau de concentração e as quotas de mercado dos ainda monopolistas, viabilizando a emergência de mercados mais eficientes e estimulando a concorrência na comercialização.

## V. Das considerações finais

Um dos principais objetivos da Diretiva 2009/72/CE e 2009/73/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, era a *separação efetiva das redes dos operadores da rede de distribuição das várias atividades, para que seja evitado o mesmo controlo e o exercício dos direitos nas várias pessoas coletivas* (cfr. capítulo VI).

Neste sentido, a atividade de distribuição deverá ser independente das demais atividades no setor, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas

com a distribuição, por forma a evitar que possa tirar proveito da sua integração vertical para distorcer a concorrência junto do ramo de comercialização (cfr. art. 26º).

Compete às entidades reguladoras assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição e, se for o caso, os proprietários das redes cumpram as obrigações que lhes incumbem por força da presente diretiva e de outra legislação comunitária aplicável, inclusive no que respeita a questões transfronteiriças.

Aquelas diretivas vieram, assim, estabelecer regras comuns para a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como regras para a proteção dos consumidores, a fim de melhorar e

integrar mercados da energia competitivos na Comunidade.

O que o legislador nacional, a reboque o legislador comunitário, pretendeu salvaguardar foi o funcionamento de um mercado energético verdadeiramente livre

O sistema de separação entre as pessoas coletivas e as atividades visou *eliminar quaisquer conflitos de interesses entre os produtores, os fornecedores e os operadores e evitar qualquer posição dominante ou a distorção da concorrência*. Neste sentido, a identificação de cada pessoa coletiva e de qual a sua atividade devem ser evidenciados em todos os meios utilizados no contato com os consumidores, como forma de assegurar a independência prevista. “O operador da rede de distribuição deve garantir a

*diferenciação da sua imagem e comunicação das restantes entidades que actuam no âmbito do SEM, nos termos estabelecidos no Regulamento de Relações Comerciais*” (cfr. art. 36º das diretivas).

A legislação nacional remete para diplomas regulamentares a efetivação e a garantia dessa diferenciação e independência, deixando nas mãos das entidades regulamentares a verificação dessa independência.

Assim, os Regulamentos das Relações Comerciais, quer do setor da energia, quer do setor do gás natural, preveem já essa diferenciação de imagem. No entanto, como se analisou *supra*, pela avaliação efetuada pela Comissão Europeia (CE), isso parece não ser o suficiente, arriscando-se Portugal a ser alvo de um processo de incumprimento por incorreta transposição das diretivas comunitárias.

A adesão à União Europeia implica a cedência de poderes estaduais para esta entidade supranacional, sendo que as medidas harmonizadoras instituídas visam dirimir os obstáculos que se opõem às quatro liberdades comunitárias: pessoas, serviços, capitais e mercadorias.

Competirá à ERSE rever e alterar os referidos regulamentos, bem como processar e punir as infrações administrativas à legislação que estabelece as bases dos setores da eletricidade e do gás, e respectiva legislação complementar e regulamentação, quanto às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei (cfr. art. 2º).

A lei estabelece sanções para contraordenações graves e muito graves no âmbito do SEN, mas em concreto nenhuma sanção para a utilização dos mesmos postos de atendimento, deixando essa questão ao livre arbítrio ou interpretação das entidades reguladoras.

Perante este enquadramento não parece fazer sentido que se continue a confundir os operadores das atividades de produção, distribuição, transporte e comercialização quanto a marcas, imagens, comunicação, instalações, colaboradores, informações e acessos. O novo Regulamento do Setor Elétrico ambiciona colocar um ponto final em eventuais dúvidas que ainda possam persistir. O que o legislador nacional, a reboque o legislador comunitário, pretendeu salvaguardar foi o funcionamento de um mercado energético verdadeiramente livre. No fundo, que aos olhos do consumidor o operador de rede seja absolutamente distinto do comercializador. A pretensão será que o consumidor não seja nunca induzido por marcas, imagens, instalações que sejam similares, condicionando assim a sua escolha, desvirtuando o princípio de liberalização do mercado de energia. Se o consumidor confunde a imagem do operador com comercializador – porque as marcas, os logotipos, os postos de atendimento são similares – estará, pelo menos em tese, condicionado a contratar com o comercializador. Não fará a escolha com base na transparência da informação e da concorrência, mas condicionado por marcas que manifestamente lhe pareceriam as mesmas. E assim, quando contata o operador, este pode funcionar quase como comercializador – o que violaria frontalmente

as disposições vigentes a propósito desta temática. São estes alguns dos motivos que impeliram a União Europeia e agora também o regulador nacional a reiterar a obrigatoriedade de distinção de imagem. Assim, pelo menos em tese, o legislador permite que o consumidor consiga distinguir que quem opera a rede de distribuição de gás e eletricidade não é, nem terá de ser, obrigatoriamente o mesmo que a comercializa.

Questão diferente e que poderá agora levantar outras questões será a imputação dos custos dessa mudança de imagem, visto que, em bom rigor, alguém terá de vir a assumir essa fatura. Em consulta pública para a revisão do Regulamento das Relações Comerciais do Setor Elétrico, a EDP defendeu que a diferenciação de imagem da EDP – Serviço Universal relativamente ao Grupo EDP é um custo de “carácter excepcional e de imposição regulamentar” que deverá ser totalmente suportado pelo consumidor.

A ERSE quanto a esta questão ainda não se pronunciou, observando, no entanto, que a medida não constitui uma nova obrigação, mas sim a supressão de uma insuficiência detectada no cumprimento de disposições e regulamentação comunitária. A eventual aceitação de custos dependerá “do escrutínio e avaliação” quanto à sua “exigibilidade e racionalidade económica intrínseca”. Contudo, os defensores de que os custos não devem ser assumidos pelos consumidores propugnam que a obrigatoriedade de separação de imagem já devia ter sido cumprida à luz do “Terceiro Pacote Energético”, não constituindo uma novidade, nem mesmo à luz do anterior Regulamento das Relações Comerciais que já indicava nesse sentido. Pelo que entendem os patronos desta posição que os custos decorrentes desta separação não devem ser imputados aos consumidores, uma vez que se tratará, de fato, de um incumprimento.

## Notas

1. João Quintela Cavaleiro. Advogado.
2. Ana Cristina Preto. Advogada.
3. Comentários da EDP Distribuição à proposta da ERSE de alteração dos Regulamentos de Relações Comerciais e Tarifário; em <http://www.erse.pt/>
4. Cfr. IP/09/1035 e MEMO/09/296 da Comissão Europeia.