

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**ESCOLA DE LISBOA**



**CATOLICA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

---

ESCOLA DE LISBOA

**A LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO DA ELETRICIDADE NO  
PLANO CONCORRENCIAL**

**Francisca Delgado Flores**

Mestrado em Direito Empresarial

**Sob orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais**

17 de dezembro 2019

## **RESUMO**

A necessidade de liberalizar o setor elétrico levou à reorganização do ordenamento jurídico europeu.

A iniciativa da União Europeia no sentido de promover medidas que harmonizassem as práticas dos Estados membros foram traduzidas em três Diretivas, entre 1996 e 2009.

Esta reforma legislativa teve como principais objetivos a separação das diferentes atividades do setor, a saber, a produção, o transporte, a distribuição e a comercialização.

A produção e a comercialização foram submetidas ao regime da concorrência, tendo sido mantido o transporte em monopólio natural.

Nesta dissertação, foi estudado o caminho percorrido na construção de um Mercado Único de Energia: os objetivos na sua concretização a nível concorrencial, de forma a que fosse promovida a eficiência do acesso ao mercado, a distribuição da eletricidade, os problemas que foram surgindo durante o processo de liberalização e em que medida se mantêm estas questões nos dias de hoje: quais os impedimentos para o encontro de um mercado liberalizado e a falta de concorrência nos mercados.

## **TERMOS DE PESQUISA/ PALAVRAS-CHAVE**

direito da concorrência / liberalização do mercado da eletricidade / direito da união europeia /regulação

## **ABSTRACT**

The need to liberalize the electricity sector has led to the reorganization of the European legal system.

The European Union's initiative to promote measures that would harmonize the practices of the European Union Members was translated into three Directives between 1996 and 2009.

The main objective of this reform was to separate the different activities of the sector, namely production, transport, distribution and supply, subjecting production and supply to competition and maintaining transport under a natural monopoly.

In this dissertation, we studied the path taken in the construction of a Single Energy Market, which would be effectively competitive and that promoted the efficiency of access and distribution of electricity. The problems that have arisen during the liberalization process and how they remain today. What are the impediments to achieve a liberalized market and the lack of competition in the markets.

## **KEY WORDS**

competition law / electricity market liberalization / european union law / regulation

## **ABREVIATURAS**

Ac. Acórdão

ACER – Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia

AdC – Autoridade da Concorrência

CE/UE – Comunidade/União Europeia

DGEG – Direção Geral da Energia e Geologia

DL – Decreto-Lei

EDP – Energias de Portugal

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

MIBEL – Mercado Ibérico da Eletricidade

N.º - Número

p. - página

PRE – Produção em Regime Especial

PRO – Produção em Regime Ordinário

REN – Redes Elétricas Nacionais

RND – Rede Nacional de Distribuição

RNT – Rede Nacional de Transporte

SEI – Sistema Elétrico Independente

SEN – Sistema Elétrico Nacional

SEP – Sistema Elétrico de Serviço Público

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

# ÍNDICE

<b>I. O IDEAL DE UM MERCADO ÚNICO DE ELETRICIDADE – O PERCURSO LEGISLATIVO NA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>8</b>
1. A PRIMEIRA DIRETIVA DA ELETRICIDADE .....	9
2. A SEGUNDA DIRETIVA DA ELETRICIDADE .....	12
3. A TERCEIRA DIRETIVA DA ELETRICIDADE .....	17
<b>II. O PANORAMA EUROPEU: UM MODELO HÍBRIDO .....</b>	<b>20</b>
1. O MODELO BRITÂNICO .....	21
2. O MODELO FRANCÊS .....	22
3. O MODELO ALEMÃO .....	24
4. O MODELO PORTUGUÊS.....	25
<b>III. OS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO DA ELETRICIDADE .....</b>	<b>26</b>
<b>IV. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO DA ELETRICIDADE .....</b>	<b>29</b>
1. A REGULAÇÃO DO SETOR DA ELETRICIDADE .....	29
1.1. A ERSE .....	30
1.2. A DGEG.....	31
1.3. A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA.....	32
<b>V. OS CASOS QUE TÊM SURGIDO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ASSENTES EM QUATRO PILARES .....</b>	<b>33</b>
1. OS ACORDOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA .....	33
2. OS ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	34
3. CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS.....	40
4. OS AUXÍLIOS PÚBLICOS DO ESTADO .....	43
<b>VI. A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>45</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>50</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Europa experienciou uma enorme transformação no mercado de energia. Observámos mercados compostos por monopólios do Estado transformarem-se em mercados liberalizados onde as empresas privadas concorrem entre si.

Esta liberalização foi projetada para que os consumidores tivessem acesso à eletricidade a preços mais baixos – de forma a aumentar a eficiência – e tornar os mercados mais transparentes e competitivos.

O objetivo inicial era a criação de um Mercado Único Europeu de Energia para que todos os consumidores da Europa tivessem acesso às mesmas condições, independentemente do seu local de residência.

Este processo foi desenvolvido para os principais setores de energia – o gás natural e a eletricidade – sendo que ambos passaram por processos semelhantes e com um objetivo comum: a privatização do setor de forma a promover a concorrência e tornar o sistema mais eficiente.

O processo de liberalização tem sido longo, difícil e está ainda longe de ser concluído. Como iremos compreender, isto deve-se, principalmente, ao facto de existirem ainda profundas diferenças entre os membros da UE.

Com o objetivo de alcançar um verdadeiro mercado único da energia, o legislador europeu tomou a iniciativa de promover medidas que integrassem práticas por parte todos os Estados-Membros. Entre 1998 e 2009, foram aprovados três pacotes legislativos abrindo o mercado europeu à concorrência e que, numa fase mais avançada, idealizaram a construção de um mercado interno da energia na União Europeia.

A Primeira Diretiva<sup>1</sup>, pioneira deste processo, mas insuficiente para os objetivos delineados, idealizou o processo de liberalização para 15 países. Atualmente, a União Europeia é composta por 28 países, sendo que cada país que entenda tornar-se membro da UE deve passar individualmente por este processo.

---

<sup>1</sup> 1ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece as regras gerais de regulação do mercado nacional de eletricidade.

As seguintes Diretivas<sup>2</sup> abordaram a questão de uma forma mais eficiente. No entanto, ainda há margem para melhoria. Como observaremos de seguida, o sistema atual não é o ideal, e longe de se encontrar totalmente liberalizado.

O objetivo desta dissertação, consistirá na análise das razões que levaram a União Europeia a adotar esta transição para um mercado mais liberal e compreender se todo este processo provou ser benéfico para os consumidores europeus.

Cabe compreender se a liberalização do mercado alcançou as suas propostas e objetivos principais, melhorando o setor da eletricidade e tornando-o mais competitivo.

A experiência na reforma do setor da eletricidade, tem demonstrado que os mercados da eletricidade são propícios a que seja exercido poder de mercado, o que torna este processo mais moroso e difícil.

Irão ainda ser analisados, nesta dissertação, os artigos 101.º, 102.º e 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de forma a compreender o papel do Direito da Concorrência no processo de liberalização do mercado da eletricidade.

Iremos ainda compreender a forma como a Comissão Europeia recorre ao Direito da Concorrência para diminuir as barreiras de mercado que o setor encontra e como permitiu uma mudança estrutural e controlada no setor da eletricidade.

Finalmente, este trabalho aborda os problemas e dificuldades que surgiram no decorrer do processo de liberalização – que hoje ainda nos debatemos – e os casos que têm surgido no Direito da Concorrência.

---

<sup>2</sup> 2ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece as regras gerais para o mercado nacional da eletricidade, revoga a Diretiva de 1996, e o Regulamento (CE) 1228/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade e 3ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE.

## I. O IDEAL DE UM MERCADO ÚNICO DE ELETRICIDADE – O PERCURSO LEGISLATIVO NA UNIÃO EUROPEIA

Como um dos setores mais desafiantes de liberalizar – e de forma a criar um sistema de mercado perfeitamente concorrencial – o setor da eletricidade tem percorrido um longo caminho para chegar a este fim: ”Experience with electricity industry reform has highlighted that electricity markets are prone to exercise of market power. This is due to a combination of factors including: inelastic demand, lack of extensive practical storage of electricity, transmission congestion, transmission loop flows and capacity constraints coupled with diversity in the marginal costs of different types of generators”<sup>3</sup>.

Na União Europeia, temos vindo a observar um processo de liberalização progressivo e regulado, de forma a bloquear situações de concorrência desleal e manipulações de mercado. O legislador europeu procurou assim reformar todo o setor da eletricidade, partindo da “*liberalização da produção, a montante, e a liberdade de escolha dos consumidores, a jusante, com a existência de uma única rede de transporte e de distribuição.*”<sup>4</sup>

A experiência da reforma neste setor tem evidenciado a fraqueza do mercado da eletricidade no que toca ao exercício de poder de mercado por parte das empresas dominantes. Isto deve-se a uma combinação de fatores, incluindo procura inelástica, falta de possibilidade de armazenamento de eletricidade, congestão na transmissão e constrangimentos de capacidade juntamente com a diversidade nos custos marginais dos diferentes tipos de geradores<sup>5</sup>.

Como veremos mais adiante, no caso português, e através da atribuição de direitos exclusivos à EDP<sup>6</sup>, o setor da eletricidade baseou-se num monopólio que conferia a esta Empresa o domínio de todo o setor, desde a produção à comercialização.

---

<sup>3</sup> “Competition Issues in the Electricity Sector”, OECD Journal, [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/competition-issues-in-the-electricity-sector\\_clp-v6-art11-en](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/competition-issues-in-the-electricity-sector_clp-v6-art11-en), p. 84.

<sup>4</sup> Cf. Vital Moreira, *Os caminhos da privatização da Administração pública – Serviço público e concorrência. A regulação do sector elétrico*, pp. 236, Coimbra Editora, 2001.

<sup>5</sup> Competition Issues in the Electricity Sector - OECD

<sup>6</sup> A 30 de Junho de 1976, através do Decreto-Lei 502/76 foi criada a Electricidade de Portugal – Empresa Pública (EDP), que resultou da fusão de 12 empresas previamente nacionalizadas que operavam em Portugal. A EDP passou assim a controlar quase a totalidade da produção e distribuição de energia elétrica em Portugal.

A instituição dos Contratos de Aquisição de Energia (CAE)<sup>7</sup> como forma de remuneração pelo investimento feito no setor da eletricidade, veio estabelecer um novo modelo de organização para o setor e dar ainda mais força à EDP, dificultando a abertura dos mercados e, por sua vez, o sucesso da liberalização no setor da eletricidade.

## 1. A PRIMEIRA DIRETIVA DA ELETRICIDADE

A primeira diretiva direcionada para liberalização do mercado de energia foi adotada em 1998 e tinha como principal objetivo a integração do mercado europeu, através da abertura progressiva dos mercados. Pela primeira vez neste setor, são estabelecidas normas comuns de organização do setor. Foi definido um calendário em que se estabelece a entrada progressiva de novos concorrentes ao mercado de forma a que os consumidores tenham mais opções de escolha<sup>8</sup>.

A principal medida introduzida por esta diretiva, diz respeito à própria reestruturação do mercado. A Comissão Europeia começou por distinguir as áreas competitivas das não competitivas do setor onde a produção e distribuição são consideradas áreas de potencial competitividade da cadeia de valor, enquanto a comercialização e distribuição foram consideradas áreas de regime livre e vistas como monopólios naturais<sup>9</sup>.

Neste sentido, procedeu-se à separação vertical das empresas: o grande problema da verticalização do mercado era que Empresas que exerciam diferentes atividades ao longo

---

<sup>7</sup> Decreto de Lei 185/95 de 27 de Julho, publicado na sequência da abertura do setor elétrico à iniciativa privada através do Decreto-Lei n.º 449/88 de 10 de Dezembro.

<sup>8</sup> Nicolas Jabko, *"The reform of energy regulation in the EU: The market as a norm"*, (2005), pg. 2.

<sup>9</sup> Segundo PEREIRA P. T., AFONSO., ARCANJO, M., SANTOS, J. C. G., A razão de ser dos monopólios naturais dá-se pelo facto de *"existirem economias de escala na produção de forma que os custos médios de produção diminuam com níveis crescentes de produção tornando-se potencialmente mais vantajoso que exista uma única empresa no mercado. Outra é existir regulamentação pública ou outras formas de barreiras à entrada que impeçam eventuais concorrentes de entrarem no mercado, mesmo em condições de custos de produção constantes. O primeiro caso é usualmente designado por monopólio natural e o segundo pode ser designado por monopólio "artificial"*, *Economia e Finanças Públicas*, 3ª Edição, Escolar Editora, p. 61 a 63.

da cadeia de valor, tinham o domínio total no mercado e dificultando a entrada de novos concorrentes.

Em relação à operação da rede, a Diretiva estipulava no seu artigo 7.º a designação, pelos Estados Membros, de “um operador da rede de transporte responsável pela exploração, manutenção e eventual desenvolvimento da rede de transporte numa determinada área e das suas interligações com outras rede, a fim de garantir a segurança de abastecimento”. Estas entidades estavam proibidas de discriminar os utilizadores, ou a categoria de utilizadores, nomeadamente a favor das suas filiais ou dos seus acionistas.

Esta primeira Diretiva, estabelecia ainda que os operadores deveriam ser independentes de quaisquer outras atividades que não fossem relacionadas com rede de transporte.

O objetivo desta previsão, foi abrir o mercado e evitar discriminação das empresas verticalmente integradas para com potenciais concorrentes. Se uma rede de transporte não for efetivamente separada das suas atividades concorrentes (produção e distribuição), não é possível falarmos em verdadeira concorrência<sup>10</sup>. Para esse fim, a Diretiva concebeu três métodos de acesso por terceiros ao mercado: o acesso negociado, em que os produtores e comerciantes de energia negociam o acesso à rede com o operador; o acesso regulamentado, em que os produtores e comerciantes podem aceder à rede de transporte através de tarifas previamente publicadas ou; sob a opção de “*single buyer*”<sup>11</sup> em que um único comprador, designado pelo Estado-Membro, é responsável pela compra de eletricidade para as necessidades gerais do país.

Em relação à produção, o artigo 4.º da Diretiva é discricionário, permitindo que “os Estados-membros optem entre um sistema de autorização e/ou um sistema de adjudicação por concurso”. A Diretiva, no que fiz respeito à construção de novas instalações de produção, não impôs muitas restrições, definindo apenas que, em qualquer das duas opções que fossem tomadas, estas deviam “processar-se segundo critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios”.

---

<sup>10</sup> Christopher Jones, William Webster, *EU Energy Law: The Internal Energy Market* (Vol. I, 2nd edition, Claeys&Casteels 2006), p.70.

<sup>11</sup> Artigo 18.º da Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Dezembro de 1996.

Não obstante, e com o objetivo de abrir o mercado europeu, a Diretiva previa que qualquer Empresa deveria ter o direito de construir, de forma livre, instalações de produção de energia em qualquer país da União Europeia.

Esta opção de conferir uma maior liberdade e opção de escolha, levou à criação de diferenças no setor de produção entre os Estados-Membros, originando um mercado irregular dentro da União Europeia. Observamos, no período posterior à Diretiva, que enquanto alguns países abriram o seu mercado na totalidade, outros tiveram uma abordagem mais protetora.

Por fim, no setor da Distribuição, a abertura dos mercados apenas se deu no mercado grossista – os grandes consumidores e distribuidores – sujeitando o seu cumprimento a alguns prazos e limites.

De uma forma geral, podemos afirmar que a Primeira Diretiva tinha as suas limitações: o seu grau de flexibilidade não impôs muita pressão nos Estados-Membros. O que aconteceu, foi que a abertura e discricionariedade dada pela Diretiva, levou a que fossem criadas assimetrias entre os Estados-Membros, resultando num mercado irregular, dificultando o objetivo de criar um mercado interno eficaz<sup>12</sup>.

Uma das principais consequências da Diretiva, foi o aumento do número de fusões e de aquisições por toda a Europa, cujo objetivo era fortalecer a indústria nacional dos Estados-Membros. Estas operações levaram a uma concentração na indústria da eletricidade que nunca se tinha observado antes, aumentando a concentração vertical e levando a um comportamento abusivo por parte das Empresas<sup>13</sup>.

Assim, e apesar de ter tido algumas falhas<sup>14</sup>, esta Primeira Diretiva deu um passo importante e necessário para o processo de liberalização do mercado, levando à compreensão do caminho que ainda teria de ser percorrido, nomeadamente no que diz

---

<sup>12</sup> Nicolas Jabko, *"The reform of energy regulation in the EU: The market as a norm"*, (2005), pg. 12.

<sup>13</sup> Luis Guillermo Vélez Álvarez, *"El mercado Europeo de la Electricidad"*, 2012, CIEF.

<sup>14</sup> Como o facto de não designar nenhum regulador independente para controlar o mercado, levando à falta de coordenação supranacional e prejudicando o estabelecimento de um mercado integrando. Observou-se um conjunto de mercados individuais liberalizados sem qualquer participação intracomunitária, Cfr. CAMERON, *"Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union"*. Oxford University Press, 2002.

respeito à criação de um mercado comum de eletricidade. No entanto, poderia ter dado um passo mais, se tivesse, desde logo, introduzindo um caminho de uniformização dos Mercados na Europa. Ao invés, a sua discricionariedade levou a que os diferentes Estados Membros seguissem variadas opções, criando um mercado que, até aos dias de hoje se encontra difícil de unir e que, definitivamente, é uma grande barreira na criação de concorrência efetiva.

## **2. A SEGUNDA DIRETIVA DA ELETRICIDADE**

Depois das reformas introduzidas pela Diretiva anterior e pela compreensão da falta de uniformidade entre os Estados-Membros na aplicação da Primeira Diretiva foi adotada, a 26 de junho de 2003, a Segunda Diretiva da Eletricidade.

Com a nova Diretiva, passa a ser requisito mínimo a separação legal das Empresas: uma empresa não pode ser proprietária da rede e exercer ainda atividades para da operação da mesma.

As partes não competitivas da indústria (produção e rede de distribuição) foram obrigadas a permitir que terceiros tivessem acesso às infraestruturas. As restrições que eram impostas aos consumidores no que diz respeito à alteração de fornecedores foram gradualmente removidas e reguladores independentes foram introduzidos para monitorizar o setor.

No campo da concorrência, compreendeu-se a necessidade de distinguir aquele mercado que deveria ser mantido como monopólio natural – o transporte – daqueles que deveriam passar a ser submetidos ao direito da concorrência – a produção e venda a clientes finais. Assim, e de uma forma gradual, os Estados-Membros começaram a abrir os mercados à concorrência e trabalhar no sentido da criação de um mercado interno da eletricidade. Isto resultou em várias questões, como a grande concentração de mercado que sempre existiu e a falta de possibilidades para entrar no mercado devido aos contratos a longo termo entre os consumidores e os operadores do mercado<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Estas questões foram analisadas em 2007, através de um inquérito da Comissão Europeia: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/index_en.html)

Por outro lado, foram feitos alguns avanços para cumprir com estes objetivos, tais como a separação da distribuição e fornecimento da energia, o direito de trocar o fornecedor de energia e, principalmente, a integração do mercado único.

A ideia subjacente a esta segunda Diretiva, consistia na ideia de um mercado mais eficiente, com preços mais baixos, maior competitividade e concorrência equitativa<sup>16</sup>.

Ao contrário do que acontecia com a Diretiva anterior, são agora expressamente mencionados os consumidores finais, estabelecendo regras e objetivos atinentes à sua proteção e direitos<sup>17</sup>. Destes direitos, podemos destacar a possibilidade e facilidade de alteração e escolha do fornecedor, à segurança e regularidade no fornecimento da eletricidade e a garantia de igualdade de acesso das empresas do setor da energia elétrica da União Europeia aos consumidores nacionais.

A Diretiva vem ainda limitar substancialmente o poder discricionário dos Estados Membros em relação ao estabelecimento à rede. Deixa de haver os três métodos de acesso à Rede estatuidos pela anterior Diretiva, passando a ser exigido um acesso regulado à Rede.

Em termos práticos, a opção de “*single buyer*” nunca foi devidamente implementado<sup>18</sup>, e o acesso à rede por via de negociação foi descartado devido à grande controvérsia criada em torno da eficácia deste sistema<sup>19</sup>.

Neste Segunda Diretiva, foi deixado ao critério dos Estados-Membros a escolha do procedimento a adotar para o regulamento das taxas, termos e condições de acesso à rede.

Em relação à produção, foi definido o método da autorização como principal, no que diz respeito à construção de novas infraestruturas. O método de concurso, apenas deveria ser utilizado quando o método da autorização não resultasse numa produção suficiente de eletricidade.

Os procedimentos atinentes à autorização, têm o objetivo de facilitar a entrada no mercado, sendo que a sua recusa deveria ser bem fundamentada, objetiva e não discriminatória<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Ponto 2 da introdução da Diretiva.

<sup>17</sup> Artigo 3 da Diretiva.

<sup>18</sup> Apenas a Alemanha optou por este sistema.

<sup>19</sup> Thomas Von Danwitz, “*Regulation and liberalization of the European electricity market – a German view*”, 2006, 27 Energy Law Journal, p. 441.

<sup>20</sup> Pavle Jakovac, “*Electricity directives and evolution of the EU internal electricity market*”, 2012, p. 320.

Pela primeira vez, foram implementados mecanismos de controlo, de forma a garantir a não discriminação, a concorrência efetiva e o bom funcionamento do mercado. Nestes termos, os Estados-Membros deveriam designar ou criar uma entidade reguladora independente, que implementasse mecanismos, relacionados, nomeadamente, como situações de congestionamento da rede nacional de eletricidade, a separação efetiva das contas e com o nível de transparência e concorrência<sup>21</sup>.

A Diretiva veio ainda exigir a apresentação de um relatório que abordasse temas como posições dominantes, concentrações no mercado e comportamentos predatórios ou anti-concorrenciais. Foi ainda exigido um relatório anual ao Parlamento Europeu, abordando, entre outros temas, a existência de acesso não discriminatório às redes, a eficácia da regulação, o desenvolvimento das infraestruturas de interligação, e a evolução dos preços<sup>22</sup>.

Estas medidas aumentaram o controlo e a informação sobre o processo de liberalização do mercado em cada Estado-Membro e envolveram as Instituições Europeias no seu objetivo comum.

No entanto, e apesar das melhorias introduzidas, ainda não se tinha conseguido alcançar o mercado interno da energia. Também os consumidores não estavam a receber todos os benefícios derivados da liberalização.

Diante destes problemas, a Comissão realizou um Inquérito com o fim de compreender as principais questões que impediam o cumprimento dos objetivos propostos e encontrar soluções adequadas<sup>23</sup>.

No relatório final, publicado em 2007<sup>24</sup>, as principais deficiências identificadas pela Comissão foram:

- Elevada concentração na maioria dos mercados nacionais (dando oportunidade aos agentes de exercer poderes de mercado);

---

<sup>21</sup> Artigo 23 da Diretiva.

<sup>22</sup> Artigos 27 e 28 da Diretiva.

<sup>23</sup> Segundo o artigo 17.º do Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, a Comissão pode conduzir inquéritos setoriais, sempre que alguma circunstância fizer presumir que a concorrência no mercado comum possa ser restringida ou distorcida, de forma a preservar as regras concorrenciais dos artigos 81.º e 82.º do TFUE.

<sup>24</sup> Comunicação da Comissão – Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da electricidade. Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52006DC0851>

- Falta de liquidez, impedindo o sucesso de entradas novas no mercado;
- Pouca/falta de integração entre os mercados dos Estados-Membros;
- Falta de informação transparente relativa aos mercados, levando a uma quebra de confiança nos preços praticados;
- Níveis inadequados de separação entre a rede e os fornecedores, causando repercussões negativas no funcionamento do mercado e nos incentivos ao investimento;
- Consumidores “presos” a certos fornecedores através de contratos de fidelização a longo termo;
- Integração vertical na produção, transporte e distribuição de energia desincentivando a entrada de novos concorrentes no Mercado e;
- Comercialização de energia entre Estados-Membros muito reduzida, não exercendo qualquer pressão nos agentes dominantes dos mercados nacionais.

O inquérito feito pela Comissão veio demonstrar que a Segunda Diretiva não foi suficiente para alcançar o mercado interno da eletricidade. No seu discurso, Philip Lowe, Diretor Geral da Concorrência na Comissão Europeia à data<sup>25</sup>, identificou o problema da concentração do mercado e a falta de integração entre os Estados Membros, que ainda se levanta nos dias de hoje. Dificilmente podemos afirmar que os mercados se encontravam liberalizados. Não é suficiente que exista a possibilidade de o consumidor escolher o seu fornecedor de eletricidade quando continuam a existir claras desigualdades de oportunidades e que se veem espelhadas no domínio do mercado. Falamos, por exemplo, na existência dos Contratos de Aquisição de Energia, criados em 1995, que consistem em remunerações pelo investimento feito no setor da eletricidade e que claramente deixam de fazer sentido neste novo panorama europeu de liberalização dos mercados.

Assim, e foi ainda com esta Diretiva comunitária, que se encontrou sentido na extinção dos CAE<sup>26</sup> em Portugal. Já não havia necessidade de prestar este tipo de incentivos a determinadas empresas, quando existe um novo objetivo de garantia de igualdade das condições de acesso a todos os concorrentes. Procura-se nesta fase a existência de uma

---

<sup>25</sup> "The Liberalisation of EU Energy Markets", *The Royal Society*, London, 2006.

<sup>26</sup> O Decreto-Lei n. 185/2003 de 20 de agosto estabelece os princípios de cessação antecipada dos CAE.

verdadeira concorrência e que se ofereçam produtos e serviços aos preços mais baixos possíveis. Isto, só pelo efeito da concorrência é que se consegue.

Pela cessão antecipada dos CAE, foram estabelecidos os Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC)<sup>27</sup> que, na prática, vieram substituir aqueles, garantindo uma renda adicional às empresas no mercado da eletricidade.

O principal problema que aqui se coloca, e que perdura até aos dias de hoje, é a natureza excessiva da remuneração assegurada pelos CMEC.

Na Comissão Parlamentar de inquérito ao pagamento de rendas excessivas aos produtores de eletricidade realizada a 13 de fevereiro de 2019, a Presidente da Autoridade da Concorrência, Margarida Matos Rosa, afirma que “o que torna também este mercado menos livre ou menos concorrencial é o facto de 90% do consumo associado à produção estar associado a algum tipo de subsidiação ou garantia” e que este numero excessivo faz com que “as regras do mercado não sejam completamente livres”, uma vez que “são influenciadas por políticas, porventura justificadas, que enviesam o funcionamento livre do mercado”.

No parecer do regulador (ERSE) ao projeto do DL 240/2004<sup>28</sup>, já eram identificadas as suas consequências negativas ao nível dos preços, quantificando-se o risco de sobrecusto para além dos 7,5% para os consumidores.

Apesar das recomendações, os CMEC foram instituídos, e permanecerão no sistema elétrico até 2027. Esta questão, ainda muito atual – e que retomaremos no *Capítulo VI. A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA* – não nos parece alinhada com os objetivos da liberalização dos mercados nem num mercado concorrencial. Não faz sentido que uma Empresa tenha este tipo de vantagens sobre os demais concorrentes que se limitam à receita que conseguem obter – por via da venda em mercado – da respetiva produção elétrica. Na maioria dos casos, estamos a falar de apoios a centrais hidroelétricas com

---

<sup>27</sup> Decreto-Lei 240/2004 de 27 de dezembro que aprova o novo mecanismo de remuneração, os CMEC.

<sup>28</sup> *Parecer da ERSE sobre o projecto de Decreto-Lei CMEC*, Maio 2004, <http://www.erse.pt/pt/documentos/erse/ErseDocs/Attachments/534/Parecer%20da%20ERSE%20sobre%20o%20Projecto%20de%20Decreto-Lei%20CMEC%20-%20Maio%202004.pdf>

dezenas de anos de operação, em que o investimento inicial está totalmente recuperado, e que os custos operacionais são essencialmente de manutenção.

Adiante, e identificadas as principais deficiências identificadas pela Comissão, urge a necessidade de uma terceira medida, que viria a surgir 6 anos mais tarde.

### **3. A TERCEIRA DIRETIVA DA ELETRICIDADE**

O terceiro e último pacote legislativo da União Europeia, adotado em 2009, foi criado para suprir as necessidades, na medida em que o anterior pacote foi insuficiente.

Foi criado um enquadramento regulatório com base no progresso do mercado único de energia e que deu um novo impulso na abertura dos mercados da União Europeia e nas trocas transfronteiriças. Reforçou-se a separação das atividades de produção e fornecimento, e promoveu o investimento em infraestruturas.

A Diretiva pretendia liberalizar ainda mais fortemente o mercado interno da eletricidade, aumentar a competitividade e proteger mais o consumidor, com um prazo de implementação curto: a 3 de março de 2011.

As novas regras introduzidas neste pacote, especificamente relacionadas com a proteção do consumidor, contidas no Capítulo 3 e sob a epígrafe “Regras gerais de organização do sector” consubstanciam<sup>29</sup>:

- A garantia de que todos os clientes, independentemente do Estado-Membro em que está registado, tenham direito ao fornecimento de eletricidade;
- A garantia de que os consumidores possam mudar de comercializador, sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo, no prazo de três semanas;
- A proteção dos consumidores finais: cada Estado-Membro deve definir o conceito de clientes vulneráveis e garantir o respeito dos direitos e obrigações relacionados com os mesmos. “Mais concretamente, devem aprovar medidas para proteger os clientes finais de zonas afastadas”.
- A transparência nas faturas, nomeadamente no que diz respeito ao impacto ambiental e aos direitos dos consumidores;

---

<sup>29</sup> Artigo 3.º, pontos 4, 5, 7, 9, 12 e 13 da Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009.

- A disponibilização de balcões, para que os consumidores possam informar-se dos seus direitos, da legislação em vigor e dos meios de resolução de litígios e;
- A criação de um mecanismo independente, pelos Estados-Membros, para o tratamento eficiente das reclamações e da resolução extrajudicial de litígios.

Para além destas regras relacionados com a proteção do consumidor, a Diretiva procurou introduzir ainda novidades que assegurassem o cumprimento destes objetivos: a separação mais eficaz das atividades da rede, comercialização e produção. Para tal, foram introduzidas três soluções para promover esta separação: a separação da propriedade, o operador independente de rede e o operador independente de transporte<sup>30</sup>.

A separação total da propriedade, abrange a separação total entre as atividades de rede e de transporte, onde o transmissor e o proprietário da rede devem estar completamente separados, não podendo ambas fazer parte de uma empresa verticalmente integrada. Isto levaria à dissolução das grandes empresas do setor<sup>31</sup>.

A abordagem na solução do operador independente, permite que a propriedade dos ativos da rede permaneça na mesma empresa, mas implica que a operação e a manutenção da rede seja realizada por um operador independente. Isto é, uma entidade que não tenha qualquer tipo de associação com a Empresa proprietária nem a quaisquer outras empresas que ajam em setores competitivos do mercado de energia.

Uma vez que esta abordagem não se adequava a alguns Estados-Membros, nomeadamente França, Alemanha e Áustria<sup>32</sup>, procurou-se encontrar uma alternativa a este modelo: o operador independente de transporte.

A Diretiva implementou ainda uma cláusula de proteção relacionada com o mercado interno, prevenindo a concorrência desleal fora da União Europeia. A cláusula de Certificação relativamente a países terceiros<sup>33</sup> exige que as empresas não pertencentes à

---

<sup>30</sup> Pavle Jakovac, “*Electricity directives and evolution of the EU internal electricity market*”, 2012, p. 328.

<sup>31</sup> Michael Diathesopoulos. “*From Energy Sector Inquiry to Recent Antitrust Decisions in European Energy Markets: Competition Law as a Means to Implement Sector Regulation*”, 2010, p.4.

<sup>32</sup> Mehmet Kayıkçı, “*The European Third Energy Package: How Significant for the Liberalisation of Energy Markets in the European Union?*”, 2011, p. 13.

<sup>33</sup> Artigo 11.º da Diretiva 2009/72/CE.

UE cumpram o regime interno da UE, no caso de aquisição de parte significativa de uma rede de transporte na UE.

Nos setores de produção, nomeadamente no que diz respeito ao acesso de terceiros, não existem alterações substanciais introduzidas pela diretiva, mantendo assim o regime anterior.

Em relação à supervisão regulatória dos Estados Membros, a Diretiva procurou uma maior independência por parte das Entidades Reguladoras Nacionais, aumentando as suas tarefas e poderes<sup>34</sup>.

A falta de organização e coordenação supranacional entre as Entidades Reguladoras Nacionais, levou à criação da Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER) em 2010.

As funções da ACER são principalmente de complemento e coordenação do trabalho das autoridades reguladoras nacionais e, entre outras, na colaboração na elaboração de regras para a rede europeia. Em certas situações a ACER participa na tomada de decisões individuais vinculativas sobre as condições de acesso e segurança operacional para infraestruturas transfronteiras, tendo ainda como função a monitorização dos mercados internos e na informação dos resultados dessa monitorização. Finalmente, é ainda da sua competência, a monitorização dos mercados grossistas da energia para identificar eventuais abusos, em colaboração com as autoridades reguladoras nacionais<sup>35</sup>.

A ACER veio assim substituir o Grupo Europeu de Reguladores da Eletricidade e do Gás (ERGEG)<sup>36</sup>, que tinha como objetivo assistir a Comissão na consolidação de um mercado único de energia europeu.

Como veremos de seguida, as três diretivas que foram até agora referidas, foram passos num processo que ainda tem um longo caminho a ser percorrido.

Nesta última Diretiva, focou-se principalmente na proteção do consumidor. No entanto, os principais problemas neste processo continuam a ser as condições em que os concorrentes se encontram. A melhor maneira de proteger um consumidor, é garantir a justa concorrência. Num mercado em que esta é pouca, ou mesmo nenhuma, o

---

<sup>34</sup> Artigos 35.º, 36.º e 37.º da Diretiva 2009/72/CE.

<sup>35</sup> A ACER assumiu esta função em 20120, ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 1227/2011 relativo à integridade e à transparência nos mercados grossistas da energia.

<sup>36</sup> Ao contrário da ACER, a ERGEG não tinha personalidade jurídica, sendo apenas um Grupo que providenciava opiniões e conselhos.

consumidor – por mais liberdade de escolha que tenha – continua à mercê das condições impostas pelos fornecedores.

Deve efetivamente trabalhar-se para a construção de um Mercado de verdadeira livre concorrência, em que os fornecedores tenham as mesmas condições de acesso e manutenção. É a proteger a concorrência que se protege o consumidor.

## II. O PANORAMA EUROPEU: UM MODELO HÍBRIDO

A implementação da Terceira Diretiva foi um passo importante e necessário no Processo de alcançar um mercado único de eletricidade. No entanto, este processo está ainda longe de ser alcançado<sup>37</sup>.

O razão principal pela qual não caminhamos ainda para a criação do mercado único da eletricidade, deve-se ao facto de existirem ainda muitos modelos de mercados de energia diferentes na Europa. Cada Estado Membro adaptou o processo de liberalização ao seu mercado, partindo das suas diferentes características e condições. As Diretivas Europeias com vista à liberalização do mercado da energia, não estabeleceram um modelo comum a todos os Estados Membros, originando a criação de diferentes mercados, desiguais, e com condições diferentes para os consumidores dos vários Estados Membros.

De forma a compreender o atual panorama europeu, é importante estudar os três principais modelos que existiam na Europa, antes da liberalização, desde um modelo totalmente nacionalizado e com a indústria centralizada em França; a uma estrutura de múltiplos monopólios regionais na Alemanha; e ainda a um sistema de concorrência no Reino Unido. Estes três exemplos, representam todo o espectro existentes na União Europeia, quando confrontados com a liberalização, tornando mais difícil o trabalho das instituições Europeias, na busca de posições comuns, na criação do Mercado Único da Eletricidade<sup>38</sup>.

A liberdade de escolha, introduzida na Primeira e na Segunda Diretiva, possibilitou a manutenção original, dentro do possível, das estruturas dos países da União Europeia. Isto leva-nos ao panorama que podemos observar na Europa nos dias de hoje, e às

---

<sup>37</sup> Erkan Erdogdu, *“Electricity Market Reform: Lessons for developing countries”* (2010) MPRA Paper No. 27317, p. 20.

<sup>38</sup> Thomas Von Danwitz, *“Regulation and liberalization of the European electricity market – a German view, 2006, 27 Energy law journal, p. 432.*

diferenças substanciais existentes de um Estado Membro para o outro, no que respeita ao mercado interno da eletricidade.

## 1. O MODELO BRITÂNICO

A primeira abordagem na liberalização dos mercados deu-se no Reino Unido. Idealmente, o exemplo do Reino Unido teria sido seguido pelos restantes países como o ideal de plena liberalização que a Europa procurou nos últimos anos: este modelo foi considerado como *inspiração* para as Diretivas subsequentes da União Europeia<sup>39</sup>.

Como se disse, o Reino Unido foi pioneiro na União Europeia, no que diz respeito à liberalização do setor elétrico na Europa, através dos *Energy Acts* de 1983<sup>40</sup> e 1989<sup>41</sup>, e tendo a sua experiência servido de base às políticas adotadas pela UE.

Atualmente, o mercado da Eletricidade no Reino Unido encontra-se totalmente aberto e a concorrência no fornecimento de energia está estabelecida. Uma das reformas mais importantes que foram introduzidas neste Mercado foi a privatização do *Central Electricity Generation Board* – originalmente uma empresa verticalmente integrada –, a separação dos setores de distribuição e produção de energia e ainda a promoção da entrada de novos concorrentes no setor de fornecimento de eletricidade.

A rede de transporte manteve-se nas mãos de três empresas, tendo então passado a ser operada por um único e independente operador de rede de transporte. Este operador independente é responsável pela gestão da rede, assegurando a independência e regulação de preços<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Erkan Erdogdu, “*Electricity Market Reform: Lessons for developing countries*” (2010) MPRA Paper No. 27317, p. 21.

<sup>40</sup> Cfr. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/25/enacted>

<sup>41</sup> Cfr. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/29/contents>

<sup>42</sup> Erkan Erdogdu, “*Electricity Market Reform: Lessons for developing countries*” (2010) MPRA Paper No. 27317, p. 21.

Posteriormente, e através do *Utilities Act* de 2000<sup>43</sup>, foi possível a criação de um Mercado de eletricidade que incluía todas as regiões do Reino Unido (Escócia, País de Gales e Inglaterra), tendo começado a operar a 27 de março de 2001<sup>44</sup>.

Todos estes passos fizeram com que a abertura do Mercado Britânico ao Mercado Único da Eletricidade não encontrasse resistência aquando na implementação das subsequentes Diretivas.

No caso britânico, podemos afirmar que foi possível reformar um setor inteiro, incluindo a reestruturação, privatização, regulação e concorrência.

## 2. O MODELO FRANCÊS

O modelo de liberalização francês pode ser considerado o oposto do modelo Britânico. França foi um dos últimos países europeus a iniciar a abertura do mercado em 1999, através da implementação das Diretivas Europeias. Na transposição da Diretiva de 1996, França procurou manter os níveis mínimos de abertura permitidos pela legislação da União Europeia<sup>45</sup>. Consequentemente, esta reforma não produziu grandes alterações no Mercado Francês, que sempre foi caracterizado pela forte intervenção pública.

Em França, a indústria da eletricidade foi nacionalizada em 1946 com a criação da *Electricité de France*. A *Electricité de France* que monopolizou a produção, transmissão e distribuição<sup>46</sup> de eletricidade desde essa data, exercia um grande poder de mercado: 90% da quota de distribuição de eletricidade era detida por esta, sendo que os restantes 10% eram divididos pelos seus concorrentes.

Em França, o fornecimento de energia foi sempre considerado como um serviço público obrigatoriamente prestado pelo Estado, de forma a prevenir apagões e garantir a segurança na distribuição de energia. O Estado Francês tinha o dever de assegurar o

---

<sup>43</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/27/contents>

<sup>44</sup> Delia V. Rotaru, "A Glance at the European energy market liberalization", (2003) CES Working papers, 100 a 110.

<sup>45</sup> Delia V. Rotaru, "A glance at the European energy market liberalization", 2013, CES Working papers 100-110.

<sup>46</sup> Giangranco Chicco, "Electricity Market Evolution in Europe", Scientific Bulletin of the Electrical Engineering Faculty, nº 2/2009, p. 19.

acesso à energia por parte de todos os consumidores, assim como garantir que estes eram tratados de forma equivalente<sup>47</sup>.

Finalmente, em 2004, o Estado Francês começou a tomar medidas orientadas para a liberalização do mercado nacional. O primeiro passo, foi a privatização parcial da *Electricité de France*, tendo enfrentado uma forte oposição na tomada desta decisão. O objetivo era abrir 30% do seu capital a investidores privados (o nível mais baixo exigido pela Diretiva)<sup>48</sup>.

O processo de liberalização levado a cabo pelo governo Francês inclui ainda a criação de uma autoridade de regulação independente, a *Comission de Regulation de l'Ectricite*, que passou a gerir os setores da transmissão e distribuição de eletricidade. Foi ainda criado em 2001 um mercado regulamentado, o *Powenext*, e foi dada a possibilidade ao consumidor de escolher o seu fornecedor de eletricidade.

Na prática, o regime de separação das atividades do setor consiste apenas numa forma de separação contabilística entre a transmissão e a geração de energia, mantendo essencialmente a integração vertical do setor da eletricidade<sup>49</sup>.

Independentemente das pequenas alterações que foram introduzidas, os níveis de concentração de mercado continuam altos. O mercado nacional de eletricidade ainda tem uma forte intervenção do Estado, nomeadamente através de tarifas reguladas.

A inadaptabilidade de França à abertura do seu Mercado, destaca negativamente a participação deste Estado-Membro no caminho da liberalização do Mercado da energia Europeu, da restante União<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Thomas Von Danwitz, “*Regulation and liberalization of the European electricity market – a german view*”, 2006, 27, *Ebergy Law Journal*, p. 430.

<sup>48</sup> Matthias Haddenhausen, “*Privatisations in Europe’a liberalized electricity markets – the cases of the UK, Sweden, Germany and France*”, 2007, p. 19.

<sup>49</sup> Erkan Erdogan, “*Electricity Market Reform: Lessons for developing countries*” (2010) MPRA Paper No. 27317, p. 22.

<sup>50</sup> Sophie Meritet, “*French perspectives in the emerging EU energy policy*”, *Energy policy*, Oxford Elsevier, p. 2.

### 3. O MODELO ALEMÃO

Podemos afirmar que o modelo Alemão, em termos de eficácia no processo de liberalização, encontra-se entre o Modelo Britânico e o Modelo Francês.

Na Alemanha, nunca houve um monopólio como se verificava em França. Contrariamente, existia sim um regime onde as empresas, em parte detidas por investidores privados e em parte por empresas públicas, monopolizavam mercados regionais. Estas empresas detinham contratos exclusivos que cobriam áreas territoriais específicas, excluindo explicitamente a concorrência nessas áreas<sup>51</sup>, tendo uma forte posição e influencia sobre as autoridades regionais.

Apesar de existir um grande número de fornecedores, o mercado não conseguia ser competitivo o suficiente devido a estes acordos de exclusividade. A visão alemã sobre segurança no fornecimento de energia é baseada na obrigação pública de assegurar um fornecimento adequado. No entanto, não é necessariamente ao Estado a quem compete a obrigação de fornecer a Energia, formando-se assim estes pequenos monopólios regionais.

A liberalização do setor começou em 1998, com a transposição da Primeira Diretiva, incluindo uma abertura total do mercado para os consumidores e abolindo os mencionados monopólios territoriais. Os Estados Federais venderam as suas participações nas empresas e completaram a sua privatização.

A Alemanha foi o único país que optou pelo acesso ao mercado negociado, em que os produtores e comerciantes de energia negociam o acesso à rede com o próprio operador. Este modelo, não conseguindo garantir um acesso indiscriminado à rede, foi abandonado com a Segunda Diretiva, estabelecendo o acesso regulado à rede de distribuição<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Thomas Von Danwitz, "Regulation and liberalization of the European electricity market – a German view", 2006, 27 Energy law journal, p. 427.

<sup>52</sup> Matthias Haddenhausen, "Privatisations in Europe's liberalized electricity markets – the cases of the UK, Sweden, Germany and France", 2007, p. 15.

Apesar da abertura do mercado e dos passos dados no caminho da liberação, a separação vertical dos operadores<sup>53</sup> do setor da eletricidade ficou por fazer<sup>54</sup>. Os maiores operadores encontram-se envolvidos em cada uma das partes do setor, havendo um grau de integração vertical severamente elevado. Por este motivo, juntamente com a redução do número de operadores (eram oito e passaram a quatro), a concentração no mercado interno de eletricidade foi-se mantendo elevada, afastando a concorrência e criando barreiras à entrada de novos investidores.

#### 4. O MODELO PORTUGUÊS

O mercado de eletricidade português, embora já privatizado na totalidade, tem ainda um longo percurso pela frente no processo de liberalização.

Historicamente, as atividades de produção e transporte de eletricidade eram competências públicas mas prestação do serviço, não era necessariamente prosseguida pelo Estado: através da celebração de contratos de concessão, o cumprimento destas atividades passava a ser assegurado por empresas privadas.

Em 1975 foram nacionalizadas 13 empresas do setor elétrico<sup>55</sup> das suas diferentes composições setoriais (produção, transporte e distribuição), fundindo-as numa só, a “Eletricidade de Portugal”, abreviadamente EDP – Empresa Pública<sup>56</sup>.

Através da atribuição de direitos exclusivos à EDP, foi criado um monopólio público verticalmente integrado no qual a EDP tinha a inteira responsabilidade perante todo o setor: setor desde a produção à comercialização.

Durante o processo de liberalização do setor elétrico, procedeu-se à respetiva desintegração vertical tendo ainda sido criadas entidades reguladores independentes, de forma a assegurar a concorrência no mercado e evitando abusos de posição dominante.

---

<sup>53</sup> “Entende-se por desintegração vertical (*Unbundling*) o processo de separação das atividades presentes na cadeia produtiva do sector, neste caso eléctrico, em atividades asseguradas por entidades independentes. A desintegração horizontal corresponde à participação de vários intervenientes na mesma etapa da cadeia de valor”. Cfr. *O setor da eletricidade em Portugal – O papel da EDP Soluções Comerciais*, LOURENÇO, MARIANA ISABEL DIAS, Coimbra Editora, 2010, p. 142.

<sup>54</sup> J. L. García Delgado, *Energía: del monopolio al mercado*, Thomson Civitas economy collection, 2006, p. 207.

<sup>55</sup> Através do Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril.

<sup>56</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.º 502/75, de 30 de junho.

A Diretiva 2003/54/CE foi transposta para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 29/2006<sup>57</sup>, de 15 de fevereiro.

É neste diploma que encontramos estabelecidos os alicerces do Sistema Elétrico Nacional (SEN), tendo mais tarde sido complementado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006<sup>58</sup>.

Com a transposição da Diretiva 2009/72/CE para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei 78/2011, de 20 de junho, foram estabelecidas medidas cujo objetivo focava-se na eliminação de obstáculos ao comércio de eletricidade: promoveu-se a igualdade de condições através do reforço da supervisão reguladora<sup>59</sup>.

A visão Europeia segue um entendimento que as pequenas e médias empresas são as mais eficientes no mercado. Um grande número de pequenas empresas a atuar no mercado que entram e saem livremente, sem serem confrontadas com barreiras.

Neste sentido, o conceito de responsabilidade especial dos agentes dominantes, tem um caráter intervencionista<sup>60</sup>.

### **III. OS EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DA LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO DA ELETRICIDADE**

A liberalização do Mercado da Eletricidade introduziu vários benefícios para os consumidores. Foram estabelecidos altos padrões no que diz respeito às obrigações de serviço público e proteção ao consumidor europeu. As medidas europeias, são complementadas por iniciativas nacionais, que contribuem substancialmente para a eficiência da regulação europeia.

Apesar de todos os esforços, o processo de liberalização no Mercado da Eletricidade ainda está longe de estar finalizado.

---

<sup>57</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de março, pelo Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro.

<sup>58</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 237-B/2006, de 18 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 23/2009, de 20 de janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro.

<sup>59</sup> Foi criado um regulador supranacional através do Regulamento CE n.º 713/2009, que regula a criação de uma Agência de Cooperação das Entidades Reguladoras da Energia.

<sup>60</sup> A tendência da política concorrencial europeia tende a ser mais intervencionista, muito devido às suas origens ordo-liberais.

Algumas das medidas nacionais com vista à liberalização do mercado não tiveram os resultados pretendidos. Os variados precedentes históricos dos Estados-Membros e a grande variedade de propostas e flexibilidade de aplicação das três Diretivas da Eletricidade, resultou em condições diferentes para os consumidores, variando de um Estado para o outro.

Várias foram as consequências originadas por estas condições que impediram a construção de um verdadeiro Mercado Interno.

A Comissão Europeia, como observamos Inquérito posterior à Segunda Diretiva, identificou algumas destas consequências negativas causadas pela variedade regulatória dos Estados Membros. Em relação aos valores a pagar pela eletricidade, o cenário ideal seria que os preços fossem determinados através da concorrência entre os operadores. No entanto, a verdade é que ainda existem muitos Estados em que a regulação dos preços é uma realidade consequente da incapacidade da regulação europeia, afetando a concorrência no Mercado e a determinação de preços.

De acordo com os dados partilhados pela Comissão Europeia, existe ainda um nível muito elevado de concentração no Mercado da eletricidade<sup>61</sup>, afetando não apenas a concorrência como também a possibilidade de entrada de novos operadores nos mercados. Países como Portugal, França e Itália, com operadores de Mercado a controlar o setor em mais de 50% originam uma grande desigualdade de preços pela Europa<sup>62</sup>, sendo esta uma consequência direta da implementação desigual das mesmas Diretivas.

Estas consequências são meros exemplos neste panorama irregular introduzidas por Diretivas que falharam no seu objetivo de regulação. O caminho do processo de liberalização do Mercado da eletricidade devia ser feito em conjunto, e da mesma forma por todos os Estados-Membros. No entanto, o que observamos são mercados completamente desconcertados um dos outros, movidos por decisões e opções independentes: *“Market regulation is being driven by national decisions, with the effect*

---

<sup>61</sup> COM(2012), *“Making the internal energy market work”*, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/publication/1\\_EN\\_ACT\\_part1\\_v9\\_web.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/publication/1_EN_ACT_part1_v9_web.pdf)

<sup>62</sup> Jerzy Buzek, *“The many steps EU governments must still take if the internal energy market is to work”*, in Discussion Paper *“EU’s internal energy market: Tough decision and a daunting agenda”*, p. 15.

*of maintaining closed national markets and subverting plans for greater cross-border competition*”<sup>63</sup>.

Um dos objetivos da Liberalização do Mercado da Eletricidade consistia na possibilidade de os consumidores terem acesso a eletricidade a preços reduzidos. No entanto, não só este objetivo não foi atingido – não tendo os preços da eletricidade decrescido – como o seu aumento progressivo foi uma realidade nos últimos anos<sup>64</sup>.

Esta não foi uma tendência isolada: analisando o período entre 2008 e 2012, quase todos os Estados-Membros da União Europeia observaram um aumento progressivo e consistente nos preços da eletricidade, tanto a nível doméstico como industrial<sup>65</sup>.

Em média, os preços médios da eletricidade a nível doméstico na União Europeia aumentaram pelo menos 4% por ano, apenas no período compreendido entre 2008 a 2012, sendo que esta percentagem é mais alta nalguns países do que noutros (até 10% de aumento por ano em Espanha, Letónia e Chipre)<sup>66</sup>.

Na grande maioria dos países, o aumento dos preços foi mais significativo no abastecimento doméstico. Isto reflete o desenvolvimento da concorrência e maturidade do Mercado industrial, uma vez que este foi o primeiro a ser liberalizado<sup>67</sup>.

Ainda que esta seja uma tendência global, afeta a todos os Estados-Membros, também é verdade que, apesar dos esforços feitos no sentido de criar um Mercado Único de Energia da UE, as condições dos preços de retalho permanecem persistentemente diferentes entre fronteiras<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Hans Ten Berge, *“The many steps EU governments must still take if the internal energy market is to work”*, in Discussion Paper *“EU’s internal energy market: Tough decision and a daunting agenda”*, p. 61.

<sup>64</sup>

<http://www.erse.pt/pt/eletricidade/tarifaseprecos/comparacoesinternacionaisdeprecos/Paginas/default.aspx>

<sup>65</sup> Comissão Staff Working Document, “Energy prices and cost report”, SWD 2014 20 final/2, p. 9.

<sup>66</sup> Comissão Staff Working Document, *no documento já citado*, p. 7.

<sup>67</sup> ACER/CEER “Annual Report on the results of monitoring the Internal Electricity and Gas markets in 2012”, 2013, p. 24.

<sup>68</sup> Dentro da União Europeia, dependendo de onde um consumidor mora, o preço pago por kWh de eletricidade pode variar até 120% *cfr.* CHRISTOPHE DOMACQUE, “European Residential Energy Price Report”, 2013, VaasaETT, p. 10.

#### **IV. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO DA ELETRICIDADE**

Tendo compreendido o que levou ao processo de liberalização do Mercado da eletricidade e todo o seu percurso até aos dias de hoje, cabe agora estudar o papel fundamental do Direito da concorrência na regulação dos mercados, nomeadamente no que respeita ao processo sobre o qual nos temos debruçado.

O objetivo primordial do Direito da Concorrência baseia-se na eficiência económica e no bem-estar dos consumidores<sup>69</sup>. “É através da concorrência que as empresas procuram baixar preços e melhorar qualidade ou serviços aos clientes/consumidores e de forma a aumentar o seu lucro”<sup>70</sup>.

A política da União Europeia, assenta num pressuposto de que o mercado não se governa sozinho: cabe intervenção das autoridades públicas para regular o mercado<sup>71</sup>.

##### **1. A REGULAÇÃO DO SETOR DA ELETRICIDADE**

A liberalização do mercado, abrindo portas à concorrência e à competitividade dos agentes entre si, tornou fundamental a criação de um aparelho regulatório independente, como realidade institucional que garantisse o bom funcionamento do Mercado. É na compreensão que a eficiência do mercado tem limites que está a génese da criação dos organismos reguladores<sup>72</sup>.

O setor elétrico está sujeito a uma dupla regulação, de forma a garantir os mecanismos necessários de controlo, que colmatem as falhas de mercado e as práticas abusivas ou discriminatórias: a regulação transversal, como é o caso da Lei n.º 19/2012 (Novo Regime Jurídico da Concorrência) que, como indica, não se aplica somente ao setor da eletricidade

---

<sup>69</sup> Sofia Oliveira Pais, “Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da união. Breves reflexões”, *Revista de Concorrência e Regulação*, número 35, 2018., p. 124.

<sup>70</sup> Abel Mateus, “Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência”, Seminário para Juízes sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência, Tomar, 2006, p.3-4.

<sup>71</sup> Este pressuposto de que o mercado não se governa sozinho segue a teoria económica de Harvard.

<sup>72</sup> Abel Mateus, “Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência”, Seminário para Juízes sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência, Tomar, 2006, p. 6.

e a regulação setorial, papel desempenhado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) e pela Direção Geral de Energia e Geologia (DGEG)<sup>73</sup>.

Para este efeito, a ERSE tem competências de âmbito mais técnico, enquanto a DGEG tem responsabilidades de natureza mais política e administrativa.

Por fim, e com uma competência mais geral, sobre a aplicação da Lei da Concorrência e pela promoção da política da concorrência em Portugal, falamos da Autoridade da Concorrência.

### **1.1. A ERSE**

Criada a 1995 e em funcionamento a 1997, a ERSE encarrega-se de questões de âmbito regulatório e de natureza mais técnica, tendo por missão a proteção dos interesses dos consumidores em relação a preços, forma e qualidade de prestação de serviços, acesso à informação e qualidade de abastecimento<sup>74</sup>. A ERSE tem a responsabilidade de, por exemplo, preparar e emitir o Regulamento Tarifário estabelecendo, periodicamente e nos termos desse regulamento, os valores das tarifas e os preços a aplicar, publicando-os no Diário da República.

Cabe ainda à ERSE, promover a concorrência eficiente, de forma a garantir que as empresas reguladas tenham condições que permitam a obtenção de equilíbrio económico e financeiro, quando geridas de forma adequada e eficiente. A ERSE é também responsável por assegurar que todos os agentes do setor cumprem com as obrigações estabelecidas na lei e nos regulamentos aplicáveis. As competências da ERSE abrangem grande parte do setor elétrico, tendo responsabilidade direta na maioria dos segmentos.

Por fim, a ERSE exerce ainda competências sancionatórias junto das entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional (SEM), cujas atividades estejam sujeitas à sua regulação<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Pedro Gonçalves, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, p. 116.

<sup>74</sup> Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro e finalmente pelo Decreto-Lei n.º 84/2013 de 25 de junho.

<sup>75</sup> O regime sancionatório do setor elétrico foi aprovado pela Lei n.º 9/2013 de janeiro, enquadrando as competências sancionatórias da ERSE no âmbito do Sistema Nacional de Gás Natural e Sistema Elétrico Nacional.

A implementação da liberalização do setor elétrico é ainda um dos desafios com que a ERSE se confronta, estando a mesma fixada no artigo 3.º dos seus Estatutos.

## **1.2. A DGEG**

A Direção Geral de Energia e Geologia (DGEG)<sup>76</sup> é um serviço central da administração direta do Estado que tem como objetivo contribuir para a conceber, promover e avaliar as políticas relacionadas com a energia e aos recursos geológicos, num plano de desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento.

As funções que competem à DGEG são as de contribuir para a definição, realização e avaliação da execução das políticas energéticas e a identificação e exploração dos recursos geológicos, procurando a sua valorização e utilização apropriada e acompanhando o funcionamento dos respetivos mercados, empresas e produtos; promover e participar na elaboração do enquadramento legislativo e regulamentar 1. adequado ao desenvolvimento dos sistemas, processos e equipamentos ligados à produção, transporte, distribuição e utilização da energia, em particular visando a segurança do abastecimento, diversificação das fontes energéticas, a eficiência energética e a preservação do ambiente e ainda 2. relativo ao desenvolvimento das políticas e medidas para a prospeção, aproveitamento, proteção e valorização dos recursos geológicos e o respetivo contexto empresarial e contratual.

A DGEG é ainda competente no apoio da participação do Ministério da Economia e do Emprego no domínio comunitário e internacional, na área da energia e dos recursos geológicos, bem como promover a transposição de diretivas comunitárias e acompanhar a implementação das mesmas; no apoio do Governo na tomada de decisão em situações de crise ou de emergência, no âmbito da lei, e proporcionar os meios para o funcionamento permanente da Comissão de Planeamento Energético de Emergência e, por fim, a DGEG deve proceder a ações de fiscalização nos domínios da energia e recursos geológicos, nos termos da legislação aplicável aos respetivos sectores<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Decreto-Lei n.º 151/2012, de 12 de julho.

<sup>77</sup> <http://www.dgeg.gov.pt/default.aspx?cn=716572157231AAAAAAAAAAAA>

### 1.3. A Autoridade da Concorrência

A Autoridade da Concorrência (AdC), criada em 2003, atua como um regulador independente, responsável pela aplicação da Lei da Concorrência e pela promoção da política da Concorrência<sup>78</sup>.

Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação, estabelecidos na Lei n.º 19/2012 de 8 de maio e ainda nos seus Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

No exercício dos seus poderes sancionatórios, a AdC pode identificar e investigar os comportamentos que sejam suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas; aplicar coimas, medidas e sanções previstas na lei e, ainda, adotar medidas cautelares.

No que respeita ao exercício de poderes de supervisão, a AdC pode instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia e proceder à realização de estudos, inspeções e auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários.

Por fim, no exercício dos seus poderes de regulamentação, pode a AdC elaborar e aprovar regulamentos, instruções ou outras normas de caráter geral ou particular; emitir recomendações e diretivas genéricas, pronunciar-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à promoção e defesa da concorrência; e ainda, formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.

---

<sup>78</sup> Abel Mateus, “Portugal precisa de uma política da concorrência mais ativa”, *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 35, p. 151.

## V. OS CASOS QUE TÊM SURGIDO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ASSENTES EM QUATRO PILARES

A defesa do Direito da Concorrência assenta em quatro pilares. O primeiro pilar proíbe os acordos restritivos da concorrência; o segundo, pretende proteger o mercado contra os abusos de posições dominantes; o terceiro, prevê o controlo das concentrações de empresas e por fim; o quarto, diz respeito aos auxílios de Estado.

### 1. OS ACORDOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA

O primeiro pilar respeita à proibição de acordos restritivos da concorrência.

O art. 101.º do TFUE fixa uma proibição dos acordos entre empresas que restringem a concorrência.

Os atos previstos e proibidos pelo Tratado, serão nulos, uma vez preenchidos quatro requisitos: (i) consistir num acordo<sup>79</sup> (ii) por duas ou mais empresas<sup>80</sup>, (iii) suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros<sup>81</sup> e que tenham um (iv) objetivo ou efeito anti concorrencial no mercado comunitário.

De forma a ilustrar esta situação temos o caso da Energias de Portugal (EDP) e da Sonae MC (Sonae)<sup>82</sup>.

A Autoridade da Concorrência (AdC) acusou em 2012<sup>83</sup> estas duas entidades de terem estabelecido um acordo que restringia a concorrência.

---

<sup>79</sup> Este é um conceito, definido pela jurisprudência. Em Bayer, para que exista acordo, o Tribunal de Justiça supõe a existência de uma concordância de vontades entre, pelo menos, duas partes. A forma de manifestação desta vontade não é relevante, desde que constitua a expressão fiel de vontades dessas partes. (Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Janeiro de 2004, *Bayer/Comissão*, Processos apensos C-2/01 p E c-3/01 P)

<sup>80</sup> Este é também um conceito europeu definido pela jurisprudência. Em Höfner, “no âmbito do direito da concorrência, o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento” (Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Höfner/Macroton*, Processo C-41/90, parágrafo 22). Em *Wouters*, e para mais, “qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado constitui uma atividade económica (Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2001, *Wouters*, Processo 309, 99, parágrafo 47).

<sup>81</sup> O critério utilizado é o volume de negócio.

<sup>82</sup> PRC/2014/5, Lisboa, 4 de maio de 2017,

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Deciso es\\_da\\_AdC/Documents/PRC%202014%205%20Decisão%20Final%20Condenatória\\_VNC\\_Para%20Publicação.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Deciso es_da_AdC/Documents/PRC%202014%205%20Decisão%20Final%20Condenatória_VNC_Para%20Publicação.pdf), último acesso a 16 de dezembro de 2019.

<sup>83</sup>

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias\\_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado\\_AdC\\_201616.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201616.aspx), último acesso a 8 de dezembro de 2019.

Este acordo recíproco de não concorrência, nos setores de comercialização de energia elétrica e de gás natural e da distribuição retalhista de bens alimentares comprometia as empresas de não entrar nos respetivos mercados, nomeadamente, vinculando a Sonae a não concorrer na comercialização de energia elétrica, em Portugal Continental, pelo período de dois anos.

Cinco anos depois da acusação, a AdC condenou<sup>84</sup> as empresas dos grupos EDP e Sonae por aquele acordo, ao pagamento de coimas no montante global de cerca de trinta e oito milhões de euros.

Foi lembrado neste caso, que a violação das regras da concorrência reduz o bem-estar dos consumidores e prejudica a competitividade das empresas, penalizando a economia como um todo.

No que toca aos objetivos da liberalização do mercado, a limitação da entrada de concorrentes do mercado foi um dos princípios que se procurou introduzir desde a primeira Diretiva da Eletricidade.

## **2. OS ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE**

Um dos principais focos da Comissão Europeia, tem sido corrigir os abusos de posição dominante através de condutas exploratórias e excludentes<sup>85</sup>.

O segundo pilar Direito da Concorrência, vertido no art. 102.º do TFUE, protege o mercado contra a exploração, de forma abusiva, de uma posição dominante no mercado. De acordo com o disposto no art. 102.º do TFUE, é vedado às “empresas explorarem de fora abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”.

---

<sup>84</sup>

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Documents/PRC%202014%205%20Decis%20Final%20Condenat%20ria\\_VNC\\_Para%20Publica%20c%20o.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/PRC%202014%205%20Decis%20Final%20Condenat%20ria_VNC_Para%20Publica%20c%20o.pdf), página 164, último acesso a 16 de dezembro de 2019.

<sup>85</sup> Ulrich Scholz, Stephan Purps, “Application of EC Competition Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 1, n.º 1, 2010, p. 40.

Assim, para que determinada atuação seja caracterizada como abusiva nos termos deste preceito, e para que seja protegida pelo Direito da Concorrência, têm que estar preenchidos quatro elementos: (i) a prática deve ser feita por parte de uma *empresa*, (ii) essa empresa exercer uma *posição dominante* em mercado relevante, (iii) deve haver, efetivamente, um abuso dessa posição, e ainda (iv) haver *afetação do comércio* entre os Estados Membros.

No que diz respeito ao *conceito de abuso*, não encontramos no Tratado uma definição. Esta tem-nos sido esclarecida pela doutrina e pelas instituições europeias, divergindo entre uma noção ampla e uma noção restrita de abuso.

Pelos professores Ernst-Joachim Mestmäcker e René Joliet, era debatida a questão se apenas podiam ser subsumidos ao conceito de abuso de posição dominante aqueles comportamentos que prejudicassem de forma direta o consumidor ou se aquela proibição também subsumia práticas que, ao bloquear a concorrência criando obstáculos à liberdade de mercado dos concorrentes, causassem um dano para o processo concorrencial ou só indiretamente ao consumidor<sup>86</sup>.

Segundo Joliet, defensor de uma noção restrita de abuso, “todos os exemplos de práticas abusivas enumeradas pelo Tratado mostram que a preocupação deste não é a de assegurar a manutenção de uma situação de concorrência, mas antes de zelar por que a dominação do mercado não seja utilizada efetivamente em prejuízo dos utilizadores ou dos consumidores”<sup>87</sup>.

A tese, segundo a qual o abuso poderia igualmente incidir sobre a própria estrutura concorrencial do mercado, designadamente pela eliminação da restante concorrência era, pelo contrário, defendida por Mestmäcker<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Sofia Oliveira Pais, *Entre Inovação e Concorrência*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 474.

<sup>87</sup> René Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante*, p. 682.

<sup>88</sup> Ernst-Joachim Mestmäcker, “Die Beurteilung von Unternehmungskombinationen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft”, p. 345.

Com o acórdão *Continental Can*, de 1973<sup>89</sup>, O Tribunal de Justiça tomou uma posição quanto à noção de abuso a aplicar, adotando um conceito amplo de abuso. Neste acórdão, afirmou que “(...) como resulta das alíneas c) e d), do artigo 86.º n.º2 [atual artigo 102.º do TFUE], esta disposição não visa apenas práticas suscetíveis de causarem um prejuízo imediato ao consumidor, mas também aquelas que lhe causam um prejuízo ao atentarem contra uma estrutura de concorrência efetiva tal como mencionada no artigo 3.º, al g), do Tratado CE”.

Nos últimos anos, a Comissão da União Europeia reviu a interpretação que tem vindo a ser feita do artigo 102.º do TFUE. Há muito que se esperava uma modernização nesta área, sendo que a aplicação deste artigo pela Comissão e pelos tribunais tem sido criticada por não se basear num racional económico, protegendo os concorrentes ao invés de proteger a concorrência<sup>90</sup>.

Consciente da questão e motivada ainda pelas preocupações relacionadas com “inexistência de uma política da União sobre condutas abusivas fundada em teorias económicas credíveis; necessidade de serem fornecidas orientações às empresas e aos consumidores incrementando a respectiva segurança jurídica: indiferença das instituições europeias perante efeitos pró-concorrenciais de condutas tradicionalmente consideradas abusivas; perigo de surgirem objectivos divergentes e conflitantes no domínio da política da concorrência (...), bem como com a necessidade de se garantir uma interpretação e aplicação uniforme do Regulamento (CE) n.º 1/2003”<sup>91</sup>, esta revisão resultou no lançamento, a 19 de dezembro de 2005, do *Documento para o Artigo 102.º* do TFUE, substituído em 2009 pela Comunicação da Comissão – Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo (102.º do TFUE) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (JOUE C 45/7 de 24.2.2009).

---

<sup>89</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Comissão*, Processo 6/72.

<sup>90</sup> Entre os críticos, encontram-se Eleanor M. Fox, “Monopolization and Dominance in the United State Review, Volume 61, Issue 5, p. 981 e 1004; Per Jebsen e Robert Stevens, “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union”, 1996, *Antitrust Law Journal* Volume 64, p. 443 e John Kallaugher e Brian Sher, “Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82”, 2004, *European Law Review* Volume 25, issue 5, p. 263.

<sup>91</sup> Sofia Oliveira Pais, *Entre Inovação e Concorrência*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 449.

Como explica Brian Sher, o artigo 102.º do TFUE deve oferecer uma abordagem integrando, na sua aplicação, teorias económicas modernas e credíveis com o objetivo fundamental de proteção do consumidor; deve elaborar princípios gerais de abuso que não se limitem a uma enumeração sob o esquema ilustrativo estabelecido pelo próprio artigo nem títulos individuais, mas sim, que se baseiem exploração abusiva ou em exclusão abusiva<sup>92</sup>.

No entanto, a Comunicação da Comissão limitou-se à exclusão abusiva, deixando mais uma vez de fora a exploração abusiva<sup>93 94</sup>.

Com se depreende, a tese de noção de abuso anteriormente referida não vingou, sendo a doutrina ampla de abuso que tem vindo a ser a adotada nas decisões da Comissão. Na já referida Comunicação, a Comissão veio esclarecer que o objetivo do artigo 102.º do TFUE é o de proteger a concorrência e não os concorrentes, estando em linha com as orientações e passos dados no processo de modernização da política da concorrência.

Ainda sobre o artigo 102.º do TFUE e reforçando a ideia da preocupação e priorização da Comissão no que diz respeito à política da concorrência da União e aos comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, cabe agora referir a defesa da Comissão de que o conceito de posição dominante deve ter uma visão económica como base<sup>95</sup>. Na referida *Comunicação sobre o artigo 102.º do TFUE*, a Comissão Europeia afirma que o conceito de posição dominante se refere “a uma posição

---

<sup>92</sup> Brian Sher, “The last of the steam-powered trains: modernising article 82” *ECLR*, 2004, p. 245.

<sup>93</sup> No *Documento para o Artigo 102.º do TFUE*, já tinha sido “esquecida” a revisão interpretativa no que fiz respeito à exploração abusiva, Pinar Akman, “Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?”, CCP Working Paper 09-1, Forthcoming in (2008-2009) 11 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 3.

<sup>94</sup> A exclusão abusiva, refere-se à prática de uma empresa dominante que pretende prejudicar, ou mesmo excluir, a posição dos seus concorrentes do mercado. Por sua vez, a exploração abusiva pode ser definida como a tentativa de uma empresa dominante usar o seu poder de mercado para prejudicar, de uma forma direta, os consumidores, Carles Esteva Mosso e Stephen Ryan, “Article 82 – Abuse of a Dominant Position”, *EC Law Competition Law*, Oxford University Press, 2003, p. 283.

<sup>95</sup> O conceito de abuso de exclusão é dado no acórdão *Hoffmann-La Roche* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche & Co AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 86/76, Rec. 1979), e implica que a empresa tenha capacidade de excluir a concorrência do Mercado.

de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado”.

No caso *United Brands*, este conceito é definido como “o poder económico da empresa”, que lhe permite “obstar à manutenção de uma concorrência efetiva e de se comportar, em medida apreciável, independentemente dos seus concorrentes, cliente, e finalmente, dos consumidores”<sup>96</sup>.

Para Sofia Oliveira Pais, “o que se visa com a definição do conceito de poder de mercado significativo é estabelecer, de forma clara, o nível a partir do qual pode tal poder económico ser considerado indesejável para a sociedade em geral (e para os consumidores em particular) ou pelo menos preocupante, no sentido do poder vir a merecer a atenção por parte das autoridades da concorrência”<sup>97</sup>

Como já foi explicado anteriormente, um dos resultados que se procurou obter com o processo de liberalização do mercado da eletricidade, foi estabelecer uma posição mais justa entre todos os agentes de mercado. Previa-se assim que o mercado estivesse distribuído de uma forma mais equitativa, reduzindo o domínio de um certo agente no mercado.

O abuso de uma posição dominante dificulta a prossecução de um dos principais objetivos na liberalização do mercado: a criação de um mercado único de eletricidade.

A existência de um agente dominante, afeta não apenas a entrada de novos concorrentes a nível nacional, como restringe as possíveis negociações que poderiam ser feitas com agentes comunitários, restringindo assim a concorrência.

Exemplo é, o caso da TenneT TSO GmbH (TenneT). A TenneT é a maior das quatro empresas alemãs de Redes de Distribuição.

Esta rede transporta a eletricidade desde os centros de geração até aos consumidores de eletricidade industriais e aos operadores de distribuição, sendo estes que, posteriormente distribuem a eletricidade até aos consumidores domésticos.

---

<sup>96</sup> Acórdão *United Brands* (Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, Processo 27v/76, 1978).

<sup>97</sup> Sofia Oliveira Pais, *Entre Inovação e Concorrência*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 462.

A Comissão, atenta a uma possível situação de *antitrust*, abriu uma investigação em Março de 2018<sup>98</sup> focada nos indicadores de que a TenneT poderia estar a reduzir o volume de eletricidade transmitida na interconexão elétrica na fronteira com a Dinamarca.

A preocupação da Comissão neste caso em concreto, estava relacionada com o facto de a TenneT, através deste comportamento, discriminasse os produtores de eletricidade que não fossem alemães. Esta situação é completamente contrária aos objetivos da criação de um mercado único. Esta conduta, impediu a exportação de eletricidade mais barata, produzida nos países nórdicos, amplamente gerada a partir de fontes de energia renováveis (principalmente eólica e hídrica) para a Alemanha.

Existindo uma menor concorrência entre os produtores de eletricidade no mercado alemão (uma vez que estão a fechar as portas a concorrentes estrangeiros), os preços da eletricidade são mais altos, prejudicando o consumidor: a maior preocupação da União Europeia, durante todo o processo de liberalização do mercado.

Após a abertura da investigação, a TenneT comprometeu-se a abordar o problema e atender às preocupações da Comissão, propondo o cumprimento de certos compromissos<sup>99100</sup>.

Os compromissos, posteriormente aceites pela Comissão que os tornou vinculativos, previam as seguintes condutas: a TenneT deveria disponibilizar ao mercado a capacidade máxima de transmissão de energia entre a Dinamarca e a Alemanha, nunca abaixo de 1300 *megawatts* no interconector (cerca de 75% da sua capacidade técnica).

Esta capacidade mínima deverá ser garantida numa fase de implementação de até seis meses, sendo que, até janeiro de 2026 a TenneT deverá aumentar progressivamente a capacidade mínima para 2625 *megawatts*.

---

<sup>98</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-2122\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2122_en.htm), último acesso a 8 de dezembro de 2019.

<sup>99</sup> Figura jurídica de âmbito concorrencial, os compromissos surgiram na EU em 2004 com a adoção do Regulamento 1/2003. Tendo como propósito a garantia do cumprimento dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, consubstanciam um meio alternativo à declaração formal de existência de uma infração. Através deste mecanismo, e perante a suspeita de uma infração, a Comissão Europeia pode tornar vinculativos determinados compromissos propostos pelas empresas, sem que a existência de uma infração venha a ser comprovada.

De acordo com o Regulamento 1/2003, quando confrontados com a existência de uma potencial infração concorrencial, a Comissão pode emitir uma decisão condenatória (artigo 7.º), estabelecer a adoção de medidas provisórias (artigo 8.º) ou proceder à celebração de compromissos (artigo 9.º), Inês Azevedo, “A utilização jusconcorrencial de compromissos”, Revista de Concorrência e Regulação, n.º 36, 20018, p. 148 a 151.

<sup>100</sup> [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40461/40461\\_187\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40461/40461_187_3.pdf), último acesso a 17 de dezembro de 2019.

Apenas em circunstâncias muito excepcionais poderá a TenneT reduzir a capacidade oferecida, como será o caso de não poder ser garantida a segurança da rede na transmissão.

Este compromisso permanecerá em vigor por nove anos, sendo que um existirá um responsável pelo controlo do cumprimento da TenneT com estes compromissos.

A nível sancionatório, ficou finalmente acordado que, no caso de violação dos compromissos, a Comissão poderá aplicar uma multa de até 10% do volume de negócios da empresa a nível mundial<sup>101</sup>.

No sentido da vinculação dos compromissos acima mencionados, a Comissária Margrethe Vestager, responsável pela Concorrência, afirmou “ Our decision to impose binding obligations on TenneT to increase capacity on the electricity interconnector between Denmark and Germany will allow more electricity producers to access the German wholesale market. This is fully in line with our ambition to make the European energy market more competitive and integrated, and to facilitate the EU's transition to cleaner, renewable energy sources to the benefit of consumers.”<sup>102</sup>

### **3. CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS**

O terceiro pilar do direito da concorrência prevê o controlo das concentrações de empresas, sendo que os Tratados Europeus iniciais não previam nenhum mecanismo de controlo das concentrações de empresas.

Esta questão viu-se resolvida em 1989 com o Regulamento 4064/89<sup>103</sup>. Este Regulamento sofreu algumas alterações, sendo que a última versão é a do Regulamento 139/2004<sup>104</sup>.

Os objetivos deste Regulamento são, como se compreende, a garantia da defesa da concorrência e o seu tratamento igual em toda a Europa. O campo de aplicação do

---

<sup>101</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-6722\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6722_en.htm)

<sup>102</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-6722\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6722_en.htm)

<sup>103</sup> Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas.

<sup>104</sup> Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

regulamento incidirá sobre concentrações com dimensão comunitária, nomeadamente fusões, aquisições de participações e empresas comuns.

Relativamente aos requisitos que cabem no conceito de “dimensão comunitária” estes são aferidos pelo volume de negócios realizado individualmente ou pelo conjunto das empresas em causa<sup>105</sup>.

Inicialmente, no Regulamento de 1989, eram proibidas as operações de concentração que criassem ou reforçassem uma posição dominante da qual resultassem entraves significativos à concorrência.

A redação atual do Regulamento, tem um campo de aplicação mais lato, devendo ser “declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante”<sup>106</sup>.

A alteração da letra da lei deve-se ao facto de existirem situações em que a concentração entrava a concorrência, apesar de não originar uma posição dominante.

A Comissão Europeia tem prestado uma atenção especial às fusões operadas por empresas dominantes no mercado da eletricidade. A título exemplificativo, a comissão proibiu a fusão proposta entre a Energias De Portugal (EDP) e a Gás De Portugal (GDP) em Portugal, em 2004<sup>107</sup>.

A Comissão, na sequência de uma investigação, concluiu que a operação em causa constituiria um obstáculo a uma concorrência efetiva. A EDP, dominante nos mercados grossista e retalhista da eletricidade em Portugal, reforçaria a sua posição e, em especial, impediria a GDP de concorrer nos mercados de eletricidade. Adicionalmente, e sabendo que o gás é atualmente uma das formas mais eficientes de produzir eletricidade<sup>108</sup>, a concentração tornaria os produtores atuais e, eventualmente, futuros de eletricidade de Portugal dependentes do seu principal concorrente: a EDP<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Requisitos constantes na letra do artigo 1.º n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

<sup>106</sup> Letra do artigo 2.º n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

<sup>107</sup> Processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004.

<sup>108</sup> O gás representa a terceira principal fonte de energia primária no mundo, *AIR, World Energy Outlook 2017, New Policies Scenario*;

<sup>109</sup> Sendo a GDP dominante no mercado da eletricidade, e sabendo que as empresas produtoras da eletricidade estão dependentes desta matéria-prima para a produção da eletricidade, a Fusão da GDP com a EDP poderia implicar barreiras estratégicas às concorrentes da EDP,

A Comissão concluiu na sua investigação que “a operação de concentração reduziria significativamente ou contrariaria os efeitos da liberalização dos mercados da electricidade e do gás e aumentaria os preços a nível dos clientes nacionais e industriais”<sup>110</sup>

A Comissária Neelie Kroes, responsável pela Concorrência, afirmou: “A Comissão deve assegurar que os consumidores beneficiam de uma concorrência mais efectiva em termos de escolha de fornecedor e de preços mais baixos, em resultado de operações de concentração. A existência de uma concorrência efectiva nos mercados nacionais contribui igualmente para a eficiência dos fornecedores e para que consigam penetrar melhor noutros mercados. Uma das minhas prioridades consiste em assegurar uma concorrência efectiva em mercados recentemente liberalizados, tais como o da energia, de modo a impedir que as empresas que se associam neutralizem os efeitos do acesso a novos mercados. Neste caso específico, o reforço das posições dominantes dos fornecedores existentes de electricidade e de gás teria resultado em preços mais elevados a nível dos consumidores e dos utilizadores industriais portugueses e, por conseguinte, numa perda de competitividade da economia portuguesa. Na ausência de soluções adequadas, a Comissão foi obrigada a proibir esta operação.”

Em sentido oposto, a Comissão também age, quando as autoridades nacionais criam condições restritivas injustificadas às fusões de dimensão comunitária<sup>111</sup>.

Em especial, e ao abrigo do artigo 21.º do Regulamento das concentrações comunitárias, a Comissão declarou, a 20 de dezembro de 2006, no âmbito do processo E.ON/Endesa<sup>112</sup> que, algumas das medidas adotadas pelas autoridades espanholas eram incompatíveis com o direito comunitário. Estas medidas, constituíam restrições injustificadas a esta fusão e, por conseguinte, deveriam ser retiradas até 19 de janeiro de 2007.

As autoridades espanholas não cumpriram o pedido da Comissão, tendo esta iniciado um processo por infração ao artigo 226.º do Tratado da Comunidade Europeia (hoje artigo 248.º do TFUE).

---

nomeadamente através da limitação da venda de gás – o que limitaria a sua produção, e ficando dependentes de uma empresa concorrente.

<sup>110</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1455\\_pt.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1455_pt.htm)

<sup>111</sup> Cfr. [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-1853\\_en.htm?locale=en](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1853_en.htm?locale=en)

<sup>112</sup> Processo COMP/M.4197 — E.ON/Endesa — C(2006) 4279 final.

Posteriormente, em julgamento, Tribunal de Justiça da União Europeia, veio esclarecer que, Espanha violou o Direito Comunitário ao incumprir com as decisões tomadas pela Comissão<sup>113</sup>.

#### 4. OS AUXÍLIOS PÚBLICOS DO ESTADO

Outra das missões da Comissão Europeia é controlar os auxílios públicos concedidos às empresas de energia, de forma a garantir que estes são bem aplicados no sentido de necessidade e proporcionalidade.

Este quarto e último pilar vem referido nos artigos 107.º a 109.º do TFUE, sendo estipulada a proibição de auxílios estatais<sup>114</sup> ou provenientes estatais quando conferem uma vantagem económica<sup>115</sup> para um destinatário, restringindo a concorrência e afetando o comércio entre os Estados-Membros.

De forma ilustrativa, a Comissão iniciou em 2005 um processo de investigação sobre os contratos de fornecimento de energia a longa duração<sup>116</sup> na Hungria<sup>117</sup> entre a empresa Estatal de rede de distribuição MVM Rt. e certos produtores de energia. A Comissão duvidava da compatibilidade destes contratos com as regras de Concorrência, no sentido em que proibia a concessão de auxílios ou subsídios, que distorcessem, ou ameaçassem distorcer a concorrência dentro do Mercado Único União Europeia.

Note-se que estes contratos garantiam aos produtores um retorno de investimento sem qualquer tipo de risco. Estes contratos cobriam cerca de 80% do mercado Húngaro, não deixando qualquer margem para entrada de novos concorrentes.

A Comissária Neelie Kroes, responsável pela Concorrência, afirmou: “The Commission has a duty to verify that the EC Treaty state aid rules are respected in the electricity sector,

---

<sup>113</sup>Cfr. o comunicado de imprensa em [https://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-08-147\\_en.htm?locale=en](https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-147_en.htm?locale=en)

<sup>114</sup> Falamos em auxílios estatais no caso de haver um encargo para o Estado – pode, inclusive, tratar-se de uma prestação negativa, como por exemplo a isenção de impostos ou pagamentos à Segurança Social.

<sup>115</sup> Vantagem/situação que não resulta do normal funcionamento do Mercado.

<sup>116</sup> Estes contratos, estabelecidos são estabelecidos entre duas partes: um produtor de energia e um comercializador de energia.

<sup>117</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-05-1407\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-1407_en.htm)

in particular to ensure that state compensation is proportionate and does not deter new competitors from entering the market”<sup>118</sup>.

A Comissão compreendeu que estes acordos de longa duração eram incompatíveis com a liberalização do mercado da eletricidade, tendo decidido pelo término destes acordos até ao final de 2008, tal como aconteceu, de forma semelhante, na Polónia<sup>119</sup>. Mais uma vez, no âmbito desta decisão, a Comissária Neelie Kroes defende a liberalização afirmando<sup>120</sup>: “The phasing out of long term purchase agreements is a crucial step in the liberalisation of the electricity market in Hungary. The termination of very similar agreements in Poland in April this year has already led to lower electricity prices. A well-functioning free market can now develop on the Hungarian wholesale electricity market too. I hope that the advantages of genuine competition both for competitors and for consumers will become apparent on the Hungarian market as rapidly as they have in Poland.”

Aproveitando agora para nos referirmos ao caso Polaco, em novembro de 2005, a Comissão abriu uma investigação sobre os contratos de fornecimento a longo prazo na Polónia. Nestes contratos, estando acordado que o operador da rede (Polish Network Operator) tinha uma obrigação de compra para uma quantidade certa de eletricidade, a um preço fixo. O último contrato de fornecimento a longo prazo acabaria em 2027, sendo que cerca de 50% do mercado de produção de eletricidade polaco advinha destes acordos<sup>121</sup>.

Entre 2006 e 2007, as autoridades polacas elaboraram um Projeto de Lei prevendo o fim destes acordos e um novo sistema de compensação para os produtores de energia, desenhado sob a metodologia de análise dos auxílios estatais ligados aos custos ociosos<sup>122</sup>.

Esta metodologia, permite compensações ocultas de custos, aliviando o efeito da liberalização sem ameaçar a continuação do fornecimento de eletricidade. Por outro lado, devem ser proporcionais, de forma a não desencorajar a entrada de novas empresas no mercado de produção de energia.

---

<sup>118</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-05-1407\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-1407_en.htm)

<sup>119</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-08-850\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-850_en.htm)

<sup>120</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-08-850\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-850_en.htm)

<sup>121</sup> [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1408\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1408_en.htm)

<sup>122</sup> [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/stranded\\_costs\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_pt.pdf)

## VI. A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

Nas palavras de Abel Mateus, “Ao contrário de países como os Estados Unidos da América (EUA) ou Reino Unido (RU), pode dizer-se que em Portugal a política da concorrência nasceu por exigência das nossas participações nas Comunidades Europeias. Poderíamos ir mais longe e afirmar que a política da concorrência nunca esteve no ADN da governação em Portugal”<sup>123</sup>.

O antigo presidente da Autoridade da Concorrência critica as opções políticas que têm sido seguidas pelo Governo português, notando que no setor energético é onde existem as maiores tensões entre as diferentes perspetivas da política e da concorrência.

Segundo este, os Governos em Portugal, e à semelhança de muitos países, têm uma grande preocupação em proteger as grandes empresas, como a EDP, em detrimento da defesa de uma maior concorrência.

No discurso de Philip Lowe em 2006, o Diretor Geral da Concorrência na Comissão Europeia à data<sup>124</sup>, identificava já a falta de apoio dos Governos na abertura dos mercados: “Competition Law can not by itself open markets and resolve all the shortcoming identified by the Sector Inquiry [Refere-se ao inquérito feito durante a Segunda Diretiva para compreender quais eram as falhas que ainda se mantinham e que impediam (e impedem) uma verdadeira liberalização de mercado]. In order to achieve this, it is necessary to complement the competition enforcement through an improved legal framework”.

Em Portugal, e segundo Abel Mateus, as recomendações da AdC não têm sido seguidas, o que dificulta a liberalização do mercado. Na Comissão Parlamentar de inquérito ao pagamento de rendas excessivas aos produtores de eletricidade, este afirma mesmo não existir concorrência no setor da energia e considera mesmo que “até hoje não houve liberalização nenhuma no mercado” da eletricidade em Portugal.

---

<sup>123</sup> Abel Mateus, “Portugal precisa de uma política da concorrência mais ativa”, *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 35, p. 151

<sup>124</sup> “The Liberalisation of EU Energy Markets”, *The Royal Society*, London, 2006.

De forma conclusiva, e compreendendo que a EDP detem ainda 77% do mercado português em termos de comercialização e detém ainda grande parte da produção, dificilmente podemos concluir que aquilo que se propôs através da Primeira Diretiva foi conseguido. Depois daquilo que foi exposto, não podemos afirmar que existe verdadeira concorrência nos mercados. Essencialmente, precisamos de um Governo mais ativo e que efetivamente defenda os consumidores.

## CONCLUSÃO

A liberalização do mercado da eletricidade tem sido um longo e difícil processo. Desde a Primeira Diretiva da Eletricidade aos dias de hoje, podemos afirmar que o processo de liberalização transformou a Europa e todos os Estados-Membros envolvidos.

No entanto, a liberalização do mercado da eletricidade está ainda muito longe de concluída.

A Primeira Diretiva deu um primeiro passo importante no processo da liberalização, sendo que uma das suas principais limitações – o seu elevado grau de flexibilidade – ditou os passos que iriam ser dados posteriormente. Foi criado um mercado europeu irregular que, ainda nos dias de hoje dificulta a entrada de concorrência e fecha as portas à construção de um Mercado Único da Eletricidade.

Com a Segunda Diretiva, foram implementados, pela primeira vez, mecanismos de controlo no que respeita à discriminação, concorrência efetiva e bom funcionamento do mercado, através da criação de uma entidade reguladora independente.

Mais uma vez, e como veio demonstrar o Inquérito levado a cabo pela Comissão, a falta de integração entre os Estados-Membros mantém-se. A dificuldade de dismantelar a concentração dos mercados e a separação dentro do setor são também graves questões por resolver, tendo urgido a necessidade de criar um novo pacote legislativo.

A Terceira e última Diretiva da Eletricidade, olhou agora para o consumidor tendo, principalmente, criado regras que visavam a sua proteção juntamente com mecanismos que assegurasse, o cumprimento destas regras. A tentativa de separação dos setores foi um forte indicativo de que, efetivamente, a concentração dos mercados nacionais persiste, dificultando o processo da liberalização e procurou-se ainda uma maior independência por parte das Entidades Reguladoras Nacionais, criadas pela Segunda Diretiva.

No entanto, muitos destes problemas continuam presentes nos nossos sistemas: a posição dominante no mercado pelos operadores que já estavam instalados, continuam a ser um grande obstáculo ao desenvolvimento de novos concorrentes e investimentos, dificultando a liberalização e a concorrência no mercado da eletricidade.

Podemos afirmar que dois elementos fundamentais neste processo foram a abertura do acesso às redes por parte de terceiros e, contrariamente ao que se poderia esperar de um mercado liberalizado, a regulação da produção e da comercialização.

Em relação à criação de um Mercado Único Europeu para a energia, compreendemos que este ainda não foi totalmente conseguido. Existem ainda diferenças significativas entre os Estados-Membro, tanto no que toca às condições conferidas à concorrência, como na defesa do consumidor, nomeadamente, no que diz à prática de preços.

Como pudemos verificar, alguns casos conseguiram chegar ao sucesso de uma forma mais célere, como Reino Unido, muito devendo às suas precoces reformas neste setor, em 1989. O caso britânico, veio mostrar-nos a importância da desconstrução verticalmente integrada dos monopólios, e lembrar-nos que este é um caminho possível para todos os Estados-Membros.

O caso francês, é um caso de maior insucesso na Europa neste setor, com uma preocupante concentração de mercado, existindo uma empresa com o domínio de quase 90% do setor da eletricidade do país. Existe aqui um grande atraso na liberalização, mas não deixa por isso de ser um caminho possível.

Apesar de ainda termos um longo caminho a percorrer, o percurso está traçado: não há forma de os Estados-Membros voltarem aos seus sistemas originais.

Pelas palavras do Comissário Europeu da Energia Günther Oettinger: “Europe’s energy sector is on the threshold of an unprecedented period of change. Secure energy supplies and affordable prices are crucial for our growth, job creation and quality of life. There is no time to waste if we are to ensure a brighter future for our energy market. The global energy system is entering a phase of rapid transition with potentially far-reaching implications that will unfold in the next decades. Europe has to act before the window of opportunity closes. Time is short.”<sup>125</sup>

Da prática, que surgem nos casos da concorrência analisados compreendemos que ainda existe uma grande concentração nos mercados. Esta questão, levantada desde a Primeira

---

<sup>125</sup> “Energy 2020 - A Strategy for competitive, sustainable and secure energy”, [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011\\_energy2020\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_energy2020_en_0.pdf)

Diretiva, só poderá ser “combatida” através de uma concorrência mais efetiva, garantida através da concessão das mesmas condições a todos os agentes no mercado.

Os Governos nacionais devem ainda estar em linha com os objetivos concorrenciais, trabalhando com o fim único da efetiva abertura dos Mercados da Eletricidade.

## BIBLIOGRAFIA

AKMAN, Pinar, “Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?”, CCP Working Paper 09-1, Forthcoming in (2008-2009) 11 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 3.

AZEVEDO, Inês, “A utilização jusconcorrencial de compromissos”, Revista de Concorrência e Regulação, n.º 36, 20018.

BERGE, Hans Ten, “The many steps EU governments must still take if the internal energy market is to work”, in Discussion Paper “EU’s internal energy market: Though decision and a daunting agenda”;

BUZEK, Jerzy, “The many steps EU governments must still take if the internal energy market is to work”, in Discussion Paper “EU’s internal energy market: Though decision and a daunting agenda”;

CAMERON, Peter D.: “*Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*”, Oxford University Press, 2002;

CHICCO, Gianfranco, “Electricity Market Evolution in Europe”, *Scientific Bulletin of the Electrical Engineering Faculty*, nº 2/2009;

DELGADO, J. L. García, *Energía: del monopolio al mercado*, Thomson Civitas economy collection, 2006;

DIATHESOPOULOS, Michael: “From Energy Sector Inquiry to Recent Antitrust Decisions in European Energy Markets: Competition Law as a Means to Implement Sector Regulation”, 2010;

FOX, Eleanor M., “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness”, 1986, Notre Dame Law Review, Volume 61, Issue 5;

ERDOGDU, Erkan, “Electricity Market Reform: Lessons for developing countries” (2010) MPRA Paper No. 27317;

GONÇALVES, Pedro, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008;

HADDENHAUSEN, Matthias, “Privatisations in Europe’a liberalized electricity markets – the cases of the UK, Sweden, Germany and France”;

JABKO, Nicolas: “The reform of energy regulation in the EU: The market as a norm”, 2005;

JAKIVAC, Pavle, “Electricity directives and evolution of the EU internal electricity market”, 2012;

JEBSEN, Per; STEVENS; Robert, “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union”, 1996, *Antitrust Law Journal* Volume 64;

JOLIET, René, *Monopolisation et abus de position dominante*

JONES, Christopher; WEBSTER, William: “EU Energy Law: The Internal Energy market”, 2012;

KALLAUGHER, John; SHER, Brian, “Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82”, 2004, *European Law Review* Volume 25, issue 5;

KAYIKÇI, Mehmet, “The European Third Energy Package: How Significant for the Liberalisation of Energy Markets in the European Union?”, 2011;

MERITET, SOPHIE, “French perspectives in the emerging EU energy policy”, *Energy policy*, Oxford Elsevier;

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, “Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft”;

MOSSO, Carles Esteva; RYAN, Stephen, “Article 82 – Abuse of a Dominant Position”, EC Law Competition Law, Oxford University Press, 2003;

MATEUS, Abel, “Portugal precisa de uma política da concorrência mais ativa”, *Revista da Concorrência e Regulação*;

MATEUS, Abel, “Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência”, Seminário para Juízes sobre Direito Comunitário e Nacional da Concorrência, Tomar, 2006;

MOREIRA, Vital, *Os caminhos da privatização da Administração pública – Serviço Público e concorrência. A regulação do setor elétrico*, Coimbra Editora, 2001;

PAIS, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011;

Sofia Oliveira Pais, “Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da união. Breves reflexões”, *Revista de Concorrência e Regulação*, número 35, 2018;

ROTARU, Delia V., “A Glance at the European energy market liberalization”, (2003) CES Working papers;

SCHOLZ, Ulrich, PURPS, Stephan, “Application of EC Competition Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 1, n.º 1, 2010;

SHER, Brian, “The last of the steam-powered trains: modernising article 82” *ECLR*, 2004;

VÉLEZ ÁLVAREZ, Luis G.: “El mercado Europeo de la Electricidad”, 2012, Centro de Investigaciones Económicas y Financieras CIEF, <http://ssrn.com/abstract=2395273>;

VON DANWITZ, Thomas: “Regulation and liberalization of the European electricity market – a German view”, 2006, *Energy Law Journal*, Vol 27.

## **JURISPRUDÊNCIA**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Comissão*, Processo 6/72.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, Processo 27/76

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche & Co AG/Comissão*, Processo 85/7

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Höfner/Macroton*, Processo C-41/90

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters*, Processo 309/99

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Janeiro de 2004, *Bayer/Comissão*, Processos apensos C-2/01 p E c-3/01 P