



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

TESE DE MESTRADO

O NOVO REGIME JURÍDICO DO GÁS NATURAL

**Em especial: O Operador da Rede de Transporte e Gestor Técnico Global
do Sistema Nacional de Gás Natural**

**Universidade Católica Portuguesa - Mestrado em Direito Administrativo
Vertente Energia**

2014

Discente: Rui Eduardo Ferreira Rodrigues Pena

Orientando: Samir Osman

ÍNDICE

I.- Considerações introdutórias.

II.- Breve referência à problemática do Operador da Rede de Transporte.

III.- A Concessão da exploração da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural.

IV.- Enquadramento Legislativo Comunitário:

1.- A Directiva n.º 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998.

2.- A Directiva n.º 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003.

3.- A Directiva n.º 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009.

3.1.- O *Unbundling*.

3.2.- A Certificação do Operador da Rede de Transporte.

V.- Enquadramento Legislativo Nacional:

1.- O Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro.

2.- O Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro.

3.- O Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho.

4.- O Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro.

5.- O Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro.

VI.- O modelo adoptado pela REN.

VII.- *Third Party Access*.

VIII.- Gestão Técnica Global do Sistema.

IX.- Considerações conclusivas.

Agradecimentos

Os meus melhores e sinceros agradecimentos à minha família e amigos, por todo o apoio que me concederam ao longo da minha vida pessoal e académica.

Uma especial menção ao meu orientador Professor Rui Pena, por toda a atenção dispensada na feitura deste estudo, e por todos os conhecimentos transmitidos ao longo deste tempo.

O meu obrigado...

Samir Osman

I. Considerações introdutórias

Como ponto introdutório, iremos indagar das principais razões que nos conduziram à abordagem deste tema e esboçar um enquadramento inicial da problemática que nos propomos analisar.

Em primeiro plano, consideramos indubitável o crescimento e, conseqüentemente, a gradual importância que o sector do gás natural presenciou em Portugal. A génese do sector do gás natural surge aquando da celebração do primeiro contrato comercial de fornecimento que data de Abril de 1997. Um longo caminho foi percorrido desde então, observando-se presentemente uma consolidação efectiva do sector gasista a nível nacional e comunitário¹.

No que concerne ao enquadramento legislativo nacional originário, este deu-se através da publicação do Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro, que definiu o regime da importação, armazenagem, transporte e distribuição do gás natural². Sendo que, nem os juristas, advogados e especialistas mais optimistas auspiciariam o crescimento exponencial que se verificaria no sector, o qual, presentemente, apresenta uma acuidade bastante elevada no que se refere à política energética nacional.

Noutro prisma, não se pode deixar de aludir como *conditio sine qua non*, à crescente importância e à plena autonomização de um recente ramo de direito “O Direito da Energia”³.

Neste contexto, ganha ainda maior pertinência a abordagem deste tema. Atentemos ao redobrado interesse que as matérias referentes ao Direito da Energia⁴ despertam em

¹ ...”L’espace européen du gaz naturel est encore aujourd’hui en phase de construction...” Jean-Marie Chevalier: “Les grandes batailles de l’énergie” pp.264.

² Vide quanto ao enquadramento legislativo nacional originário Rui Pena, Marisa Apolinário, Mónica Carneiro Pacheco: “Legislação do Sector Energético” pp.23 e Suzana Tavares da Silva: “Direito da Energia” pp.141.

³ Quanto à autonomização do Direito da Energia em Suzana Tavares da Silva: “Direito da Energia” pp.30 e ss.

⁴ ...”O Direito da Energia pode e deve ser analisado não apenas como se de um ramo do direito administrativo especial se tratasse, mas antes como um regime normativo sectorial que, pelas suas especificidades, vem contribuindo para impulsionar a transição do modelo administrativo geral da modernidade para um novo direito administrativo...” Suzana Tavares da Silva: “O Direito da Energia” pp.26.

juristas e advogados, principalmente naqueles que encontram o seu *laboris* no contexto do Direito Público, mormente do Direito Administrativo e do Direito da Energia⁵.

Acresce às razões expostas, a dificuldade que deriva da criação de um *vade mecum*⁶ dos diplomas que regulam o Direito da Energia, em especial, no sector do gás natural. A natureza dispersa dos corpos normativos dificulta ainda mais a compreensão de um ramo de Direito, que pela sua recente implementação acarreta e suscita as mais variadas questões relativas à sua interpretação e à aplicação das respectivas normas legais.

Assim, a abordagem a que nos propomos realizar assenta numa análise da legislação reguladora do sector do gás natural, em especial, no que concerne à figura do Operador da Rede de Transporte e como tal Gestor Técnico Global do Sistema. Neste sentido, iremos analisar o regime legal originário, efectuando uma passagem pelos diplomas mais relevantes até chegarmos ao “estado da arte” actual. Deste modo, analisando a evolução legislativa do sector e ao mesmo tempo observando as principais diferenças do enquadramento legal, no que toca aos direitos e deveres do Operador da Rede de Transporte.

Assim sendo, procederemos a uma análise do enquadramento legislativo comunitário e nacional referente a esta actividade, bem como à problemática relativa ao acesso de terceiros à rede de transporte e ainda a actividade de Gestão Técnica Global do Sistema.

Outra das questões que será analisada em sede própria prende-se com os três modelos alternativos referentes à actividade de transporte de gás natural previstos na legislação comunitária, propondo-nos analisar a sua transposição e aplicação no caso da Rede Energética Nacional (adiante “REN”)⁷. No âmbito do tema em apreço, cumpre desde já referir que a actividade de transporte de gás natural é exercida pela REN Gasodutos S.A, obedecendo esta actividade ao instituto jurídico da concessão de serviço público.

⁵ ...”O Direito da Energia não só conhece hoje uma verdadeira autonomia científica e pedagógica nas academias europeias, como tende até já a um movimento especialização”...Suzana Tavares da Silva: “O Direito da Energia” pp.30.

⁶ Quanto a esta referência Rui Pena, Marisa Apolinário, Mónica Carneiro Pacheco: “Legislação do Sector Energético” Prefácio.

⁷ A REN-Redes Energéticas Nacionais actua em duas grandes áreas de negócios: o transporte de electricidade em muito alta tensão e a gestão técnica global do Sistema Eléctrico Nacional; e o transporte de gás natural em alta pressão e a gestão técnica global do Sistema Nacional de Gás Natural, garantindo a recepção, armazenamento e regaseificação de GNL, bem como o armazenamento subterrâneo de gás natural.

II. Breve referência à problemática relativa ao Operador da Rede de Transporte

A actividade de transporte de gás natural é exercida pela REN Gasodutos S.A., mediante a exploração da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural (adiante, “RNTGN”) (ver anexo I), que corresponde a uma única concessão do Estado, exercida em regime de serviço publico. Esta actividade é separada jurídica e patrimonialmente das demais actividades desenvolvidas no âmbito do Sistema Nacional de Gás natural (adiante, “SNGN”), assegurando-se a independência e a transparência do exercício da actividade e do seu relacionamento e articulação com as demais⁸.

Neste sentido, no que concerne à problemática referente ao Operador da Rede de Transporte de Gás Natural, o aperfeiçoamento do regime legal afigura-se como essencial para a prossecução dos objectivos comunitários e nacionais no que toca ao sector do gás natural e ao sector energético⁹.

Observemos o *laboris* legislativo referente aos objectivos e metas relativos à separação jurídica e patrimonial da actividade de transporte e à elevada importância dessa actividade no contexto do SNGN; importa ter em conta, nomeadamente, no âmbito do Operador da Rede de Transporte, a legislação comunitária¹⁰ que aponta no sentido de uma efectiva separação entre as redes de transporte e distribuição e as actividades de produção e de comercialização, como condição essencial na prossecução de um mercado interno de gás natural¹¹.

É assim indiscutível que a Rede Nacional de Transporte de Gás Natural assume um papel crucial no âmbito do SNGN, sendo que a sua exploração integra igualmente a gestão global do sector, assegurando uma coordenação sistemática das infra-estruturas de armazenamento, dos terminais e das redes de distribuição de gás natural, tendo em

⁸ Prefácio do Decreto-Lei n.º 30/2006.

⁹ Vide Considerando 8 da Directiva n.º 2009/73/CE.

¹⁰ ...”Dentro do contexto europeu da liberalização visa-se, assim, actualmente, a criação de um mercado de energia único, liberalizado e concorrencial através da promoção e dinamização do mercado, proporcionando a livre escolha dos consumidores, bem como a garantia do acesso livre às redes de transporte e de distribuição...” Rui Pena, Marisa Apolinário, Mónica Carneiro Pacheco: “Legislação do Sector Energético” pp.26.

¹¹ Vide Considerando 6 da Directiva n.º 2009/73/CE.

vista a continuidade e a segurança do abastecimento e o funcionamento integrado e eficiente do sistema de gás natural¹².

A Directiva n.º 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, de 2009 (adiante, “Directiva n.º 2009/73/CE”), que estabelece as regras comuns para o mercado interno do gás natural, no seu considerando n.º 8 não podia ser mais esclarecedora quanto à importância do nível de concretização dos objectivos relativos à rede de transporte. Também quanto a esta matéria, sublinhamos a relevância da Resolução do Parlamento Europeu de 10 de Julho de 2007, mencionada na Directiva n.º 2009/73/CE, que considerou que a separação da propriedade ao nível do transporte constitui o meio mais eficaz para promover o investimento nas infra-estruturas de forma não discriminatória, um acesso equitativo à rede por parte dos novos operadores, bem como a transparência do mercado. Por conseguinte, devem os Estados Membros assegurar que a mesma pessoa não seja autorizada a exercer controlo sobre uma mesma empresa de produção ou de comercialização, ao mesmo tempo que exerce controlo ou direitos sobre um operador de rede ou uma rede de transporte¹³.

Dos recentes diplomas legais nacionais que regulam o sector, mormente o Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro e o Decreto-Lei n.º 231/2012, de 26 de Outubro, infere-se o advento de novos direitos e deveres que emergem para o Operador da Rede de Transporte e, conseqüentemente, na sua actividade de Gestor Técnico Global do Sistema. Deste modo, iremos analisar e procurar esclarecer sobre as incidências destas novas regras na actividade de transporte de gás natural, observando igualmente o regime legal precedente nesta actividade específica. De realçar ainda que os diplomas legais nacionais supra mencionados apresentam como objectivo primordial a transposição para a ordem jurídica nacional das orientações normativas comunitárias, previstas na Directiva n.º 2009/73/CE.

A relevância do tema em estudo é ainda reforçada com o facto de esta abordagem aludir a uma das actividades do sector que se consubstancia num monopólio natural. Afere-se desde logo essa circunstância, pelas condições naturais associadas à impossibilidade de duplicação da infra-estrutura de transporte de gás natural, sendo esta, na nossa opinião, uma das actividades mais relevantes que se inserem no SNGN (actividades comumente

¹² Sobre esta matéria Rui Pena, Marisa Apolinário, Mónica Carneiro Pacheco: “Legislação do Sector Energético” pp.17 e ss.

¹³ Ver Resolução do Parlamento Europeu de 10 de Julho de 2007.

exercidas por empresas verticalmente integradas). Aferindo-se o conceito de empresa verticalmente integrada constante da Directiva n.º 2009/73/CE, que estatuiu no seu artigo 2.º n.º 20, como sendo uma empresa de gás natural ou um grupo de empresas de gás natural em que a mesma pessoa ou as mesmas pessoas têm direito, directa ou indirectamente, a exercer controlo e em que a empresa ou grupo de empresas exerce, pelo menos, uma das actividades de transporte ou distribuição, Gás Natural Liquefeito (adiante “GNL”) ou armazenamento e, pelo menos, uma das actividades de produção ou comercialização de gás natural.

Presentemente, no panorama nacional, o Operador da Rede de Transporte de Gás Natural já não se configura como uma empresa verticalmente integrada, sendo essa actividade exercida pela REN que, em concreto, e em obediência ao quadro legal e regulamentar aplicável, constituiu a REN Gasodutos S.A. que, por sua vez, exerce a actividade de transporte de gás natural com base numa concessão de serviço público.

Em relação a este ponto cumpre, desde logo, referir a Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de Outubro¹⁴ na qual se determinou a autonomização dos activos regulados do sector do gás natural, nomeadamente, o transporte, de forma a ser operacionalizada a junção à empresa operadora da rede de transporte de electricidade. No que toca ao enquadramento legal do regime em apreço, este encontrava-se, ao abrigo do regime anterior, previsto no artigo.º 65 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, no qual se referia a forma de concretizar a separação das actividades de transporte de gás natural, armazenamento subterrâneo de gás natural e de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL (este último regulado anteriormente pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro), e no âmbito do qual a TRANSGÁS era autorizada a transmitir à REN, ou a sociedades em relação de domínio total inicial com esta, o conjunto de bens e outros activos que se encontrassem afectos à actual concessão do serviço público de importação, transporte e fornecimento de gás natural.

Nesse âmbito, a REN foi autorizada através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 85/2006, de 30 de Junho, a proceder à constituição de novas sociedade cujo objectivo visava assegurar o exercício da concessão de serviço público de transporte de gás natural em alta pressão e das restantes actividades concessionadas, no âmbito do

¹⁴ Diploma que define a Estratégia Nacional para a Energia (ENE2005), actualmente substituída pela Estratégia Nacional para a Energia (ENE2020) aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2010, de 15 de Abril de 2010.

SNGN¹⁵. Foi através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 105/2006, de 23 de Agosto de 2006, que seria aprovada a minuta do contrato de concessão de serviço público de transporte de gás natural através da rede de alta pressão, a celebrar entre o Estado Português e a sociedade REN Gasodutos S. A.

O facto de se estar perante uma actividade monopolista faz com que os operadores responsáveis sejam, por excelência, os destinatários directos do regime regulatório que cumpre ser aplicado pelas entidades reguladoras competentes. Em Portugal, essa competência de regulação sectorial é exercida pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (adiante, “ERSE”)¹⁶, sendo de realçar que a legislação comunitária mais recente prevê uma mudança de paradigma ao nível da regulação comunitária e nacional, prevendo-se agora um reforço dos poderes (principalmente dos poderes de fiscalização e sancionatórios) atribuídos às entidades reguladoras nacionais¹⁷.

Neste contexto, importa destacar que a actividade de comercialização encontra-se liberalizada, dinamizando-se ao abrigo das regras do mercado livre; por contraste, as actividades monopolistas não sujeitas à concorrência, isto é as inerentes ao transporte e distribuição são aquelas que mais árdua tarefa “delegam” no legislador e, conseqüentemente, ao regulador na progressiva construção de um Mercado Energético Interno Único¹⁸.

Neste sentido, e no que toca a esta matéria, as normas do Terceiro Pacote Energético visam essencialmente reforçar a separação efectiva entre as redes de transporte, de distribuição e as actividades de produção e comercialização. De toda esta conjuntura, importa ainda realçar o facto de recentemente se terem verificado processos de reprivatização do capital social de empresas no sector energético, *maxime* no que respeita à REN¹⁹.

¹⁵ Ver Marisa Apolinário: “A Regulação do sector do gás natural em Portugal: Presente e Futuro” pp.243.

¹⁶ Quanto a este ponto Marisa Apolinário: “A Regulação do sector do gás natural: Presente e Futuro” pp.255.

¹⁷ Marisa Apolinário: “A Regulação do sector do Gás Natural em Portugal: Presente e Futuro” pp.254-255.

¹⁸ Quanto a esta problemática Gimeno Feliu, J.M: ”Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitária”. Noticias de la Unión Europea n.º148 1997 Pp.49 y 54.

¹⁹ O controlo da REN Gasodutos, S.A. era detido pelo Estado Português com cerca de 51% do capital social da REN. Em 2011, o Estado português decidiu reprivatizar parte do capital social da REN deixando, deste modo, de controlar a REN Gasodutos, S.A. Em 8/2/2012 foi publicada no Diário da República a Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2012 em que as empresas Oman Oil Company S.

De referir que esta abertura do sector do gás natural à iniciativa privada é contra-balançada com “(...) o facto de as actividades serem privatizadas e liberalizadas em caso algum pode significar a extinção de toda a responsabilidade pública. O que alterou foi decerto o grau de responsabilidade: se antes era uma responsabilidade de execução de satisfação directas das necessidades pelo próprio Estado, hoje é cada vez mais uma responsabilidade de garantia das prestações...”²⁰. Inferindo-se daqui a importância crucial do quadro regulatório no controlo e fiscalização das actividades sob o regime da concessão de serviço público, havendo uma tendência de transformação do regime de prestação de serviços públicos num regime de fornecimento de bens e serviços regulado pelo mercado²¹.

III. A Concessão de exploração da Rede de Transporte de Gás Natural

O exercício da actividade do Operador da Rede de Transporte obedece ao instituto jurídico da concessão de serviço público. De acordo com os ensinamentos gerais, a concessão é um acto administrativo de Direito público que, sob a forma de acto administrativo ou de contrato administrativo, transfere o direito de gestão de um serviço público para uma entidade privada, criando assim, uma relação de colaboração entre o Estado, titular de um serviço público, e um sujeito privado, gestor desse mesmo serviço²².

Importa quanto a esta matéria, fazer uma breve referência relativa ao conceito de serviço público dada a sua mutação por influência dominante do Direito da União Europeia²³. Por outro lado, em razão do processo de privatização e liberalização dos grandes serviços públicos, exige-se agora uma compatibilização dos pressupostos tradicionais de serviço público com as regras comunitárias da concorrência.

A. O. C. e State Grid International Development Limited são seleccionadas para procederem à aquisição de, respectivamente, 15% e 25% do capital social da REN.

²⁰ Vide Pedro Gonçalves, Licínio Lopes Martins: “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador”, pp.299.

²¹ Suzana Tavares Da Silva: “Direito da Energia” pp.19.

²² Ver quanto a esta matéria Pedro Gonçalves: “A Concessão de Serviços Públicos”; Rui Pena, Mónica Carneiro Pacheco, Marisa Apolinário: “Legislação do sector energético” Prefácio; Suzana Tavares da Silva: “Direito da Energia” pp.31 pp.141.

²³ Quanto à autonomização dos “SIEG’s” no Direito Europeu Gallo, 2010, pp234 ss.

O conceito de serviço público passou, assim, a dar lugar ao conceito de serviços económicos de interesse geral²⁴. Nesta nova concepção, o que releva é estarmos perante serviços que visam a satisfação de necessidades colectivas, independentemente de serem da titularidade pública ou privada. As novas actividades do serviço público passam, assim, a estar no âmbito da titularidade privada (*desplubicatio*), reforçando-se a importância dos deveres dos privados que, por sua vez, continuam a ter que cumprir as obrigações de serviço público. Sem prejuízo, o Estado continua obrigado a garantir o respeito pelo cumprimento das obrigações legais, regulando o mercado de forma indirecta com o objectivo de proteger os consumidores e garantir o bom funcionamento do mercado²⁵.

Analisemos sucintamente em que termos se desenvolve a concessão da Rede de Transporte de gás natural. A actual concessão tem por objecto o recebimento, transporte e entrega de gás natural através da rede de alta pressão, a construção e manutenção e operação das infra-estruturas, o planeamento, desenvolvimento e expansão da rede de transporte, a gestão técnica global do SNGN e, ainda, o controlo da constituição e manutenção das reservas de segurança de gás natural.

A concessão em referência tem um prazo de 40 anos, com carácter exclusivo em regime de serviço público, detendo a concessionária a posse e a propriedade dos bens afectos à concessão até à extinção daquela e gozando, para além do direito à renumeração regulada pelo uso da rede, da possibilidade de receber do Estado Português compensações directas ao abrigo do direito de reposição do equilíbrio económico-financeiro²⁶ decorrente de alterações legislativas que afectem a renumeração dos activos. Por outro lado, prevê-se também o direito a uma indemnização/compensação correspondente ao valor contabilístico dos bens afectos à concessão que ainda não tenham sido amortizados depois de decorrido o respectivo prazo²⁷.

O exercício desta actividade deve obedecer às obrigações de serviço público que vinculam as entidades prestadoras desse serviço. Neste sentido, afere-se do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 230/2012 que são obrigações de serviço público, nomeadamente, a segurança, a regularidade e a qualidade do abastecimento, a garantia de ligação dos

²⁴ Menção expressão ao conceito previsto no artigo 106º n.º2 primeira parte do TFUE.

²⁵ Ver Marisa Apolinário: “A regulação do sector do gás natural em Portugal: Presente e Futuro” pp.235; Pedro Gonçalves: “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador” pp.187

²⁶ Código dos Contractos Públicos artigo.º 282 e artigo.º 314.

²⁷ Quanto a este ponto ver Suzana Tavares da Silva: “Direito da Energia” pp.190

clientes às redes nos termos previstos nos contractos de concessão ou nos títulos das licenças, a protecção dos consumidores, designadamente quanto a tarifas e preços e a promoção da eficiência energética e da utilização racional e a protecção do ambiente.

Ou seja, exige-se o respeito pelas denominadas obrigações de serviço público em homenagem à filosofia fundamental da concepção europeia de serviço público, cabendo ao Estado garantir o respeito por estas obrigações, em função do seu novo papel de regulador da economia²⁸. Assim, a regulação deixa de ter como objectivo central o controlo do sistema e dos seus intervenientes, para passar a centrar-se na promoção e garantia da concorrência, bem como na protecção dos direitos dos consumidores²⁹.

IV. Enquadramento Legislativo Comunitário

1. A Directiva n.º 98/30/CE, de 22 de Junho de 1998.

A Directiva n.º 98/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998 (adiante abreviadamente designada por, “Directiva n.º98/30/CE”), relativa às regras comuns para o mercado do gás natural constitui o primeiro marco normativo para a criação do mercado interno do gás natural³⁰. Este diploma surge na sequência da Directiva n.º 90/377/CEE, de 29 de Junho de 1990, respeitante ao processo comunitário de transparência dos preços no consumidor final industrial de gás natural e electricidade (com o intuito de promover a livre escolha dos consumidores) e da Directiva n.º 91/296/CEE, de 31 de Maio de 1991, relativa ao trânsito de gás natural nas grandes redes, que se fundamentou no artigo 95.º do Tratado Comunidade Europeia e se consubstanciou numa medida para harmonizar a legislação ao nível dos Estados-Membros. Estes dois diplomas são as primeiras medidas que prepararam o caminho para a adopção da Directiva n.º 98/30/CE, com o objectivo de criar um mercado interno de gás natural. Até então, consideramos que apenas existiam, essencialmente,

²⁸ ...”Assiste-se à transformação de um modelo económico público institucionalizado para um modelo funcional em que os privados são chamados a participar activamente no Estado de bem-estar”... Suzana Tavares da Silva: “O Direito da Energia” pp.18 e Krajewski,2011 pp.527 ss.

²⁹ Marisa Apolinário: “A regulação do sector do gás natural em Portugal: presente e futuro”pp.236-238

³⁰ Ver Suzana Tavares da Silva: “O Direito da Energia” pp.142.

instrumentos de “*soft-law*” tendo sido a partir destas medidas legislativas que foi traçado um caminho para a concretização dos objectivos comunitários propostos para o sector.

No âmbito deste diploma pode observar-se que a principal preocupação era garantir a separação (*unbundling*) contabilística das actividades do SNGN, o acesso de terceiros à rede e a criação de um sistema de autorizações para novas instalações de produção³¹.

Apontava-se assim para a fragmentação dos monopólios tradicionais, assentes numa lógica de empresa verticalmente integrada, sem prejuízo de um grupo de empresas poder actuar em todas as actividades. As empresas de gás natural passavam a ser obrigadas a manter contas separadas (*accounting unbundling*) das respectivas actividades de transporte, distribuição e armazenamento de gás natural e os Estados a instituir mecanismos (negociados ou regulamentados) de acesso à rede, bem como a determinar o universo dos clientes elegíveis, ou seja, aqueles a que seria reconhecida a capacidade jurídica para celebrar contractos de fornecimento de gás natural ou para adquirir gás natural³². Este regime legal não chegou contudo a ser implementado entre nós pois, em Portugal, país com um mercado de tipo emergente³³, havia uma dispensa de cumprimento que permitia beneficiar de uma derrogação quanto à liberalização do mercado³⁴, tal como previsto no artigo 26.º n.º 2 da Directiva.

Não obstante estas regras não se aplicarem a Portugal por se tratar de um mercado emergente, cumpre indagar dos objectivos e metas a que este diploma se propôs quanto à prossecução de um mercado interno energético a nível comunitário. Aqui, importa referir que a transposição da referida Directiva foi efectuada através do Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de Janeiro, relativo à organização do sector do gás natural, onde se previa a salvaguarda da sua eficácia para o momento em que Portugal deixasse de ser um mercado emergente, ou seja, em 2008.

A ideia que subjaz a este diploma relaciona-se com a criação de um único mercado de energia a nível europeu, o que se traduz na possibilidade de os consumidores poderem

³¹ Quanto a esta questão ver Suzana Tavares da Silva “O Direito da Energia” pp.33.

³² Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.142.

³³ Mercado emergente é “O Estado- membro em que o primeiro fornecimento comercial do seu gás natural de longa duração tenha sido efectuado há menos de dez anos” artigo.º2 n.º22 da Directiva 98/30/CE.

³⁴ João Miranda “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional” pp.123 Temas de Direito da Energia n.º3 2008.

escolher livremente os seus fornecedores e de estes poderem abastecer os seus clientes sem quaisquer obstáculos, assegurando-se a concretização das liberdades de circulação de mercadorias, de prestação de serviços e de estabelecimento que se encontram previstas no Tratado da Comunidade Europeia³⁵.

No que toca à actividade exercida pelo Operador da Rede de Transporte estatua este diploma diversas normas sobre a temática do transporte do gás natural. Em virtude da limitação espacial do presente trabalho, apenas se fará alusão a algumas das normas que consideramos serem relevantes para efeitos de contextualização do tema, compreensão do estado atual da técnica legislativa e objetivos ainda a prosseguir. Como já mencionado, esta Directiva previa o *accounting unbundling* para as empresas de gás natural, dispondo o artigo 13.º n.º 3 que na sua contabilidade interna, as empresas integradas de gás natural manterão contas separadas das suas actividades de transporte, distribuição e armazenamento de gás natural e, se for esse o caso, contas consolidadas das actividades não ligadas ao sector do gás, tal como lhes seria exigido se as actividades em questão fossem exercidas por empresas distintas, a fim de evitar discriminações, subsídios cruzados e distorções de concorrência. Essa contabilidade interna incluirá necessariamente um balanço e uma conta de ganhos e perdas de cada actividade.

Nesta linha, o artigo 12.º, relativo à separação e transparência das contas a que se encontrava adstrito o Operador da Rede de Transporte referia que os Estados-membros ou quaisquer autoridades competentes por eles designadas, gozavam do direito de aceder à contabilidade das empresas de gás natural, devendo para isso preservar a confidencialidade das informações comercialmente sensíveis, podendo os Estados-membros introduzir excepções ao princípio da confidencialidade quando tal se revelar necessário para que as autoridades competentes desempenhem as suas funções.

Cabe ainda observar o previsto no artigo 14.º relativo ao acesso à rede, podendo os Estados-membros optar entre o regime previsto no artigo 15.º, que previa o acesso negociado à rede ou, em alternativa, por um regime de acesso regulamentado à rede em conformidade com o previsto no artigo 16.º.

³⁵ ~~Actualmente previsto no artigo 26.º sobre o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que estatua no seu n.º2 que o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.~~

Dentro do enquadramento legal referente à actividade de transporte, é ainda de referir o estatuído no artigo 7.º que referia que a empresa encarregue do transporte de gás natural deveria explorar em condições economicamente viáveis as instalações de transporte de forma segura, fiável e eficaz, no devido respeito pelo ambiente, abstendo-se de tomar medidas discriminatórias entre os utilizadores da rede e devendo prestar informações suficientes para assegurar que o transporte é efectuado de forma compatível com uma exploração segura e eficaz da rede. Estatuía-se ainda a obrigação legal de preservar a confidencialidade das informações sensíveis obtidas no exercício da actividade mencionava o artigo 8.º da Directiva.

No nosso entender, no que toca à actividade de transporte de gás natural, estas conformam as principais normas que cabe referir, sem olvidar da não aplicação deste regime no âmbito territorial de Portugal em virtude de o respetivo mercado se configurar como um mercado emergente.

2. A Directiva n.º 2003/55/CE, de 26 de Junho de 2003

Na sequência da reunião do Conselho Europeu de Lisboa de 23 e 24 de Março de 2000, apelou-se a uma acção rápida no sentido de concretizar o mercado interno do gás e acelerar a sua liberalização, com vista à implementação de um mercado plenamente operacional.

Adoptou-se assim a nova Directiva n.º 2003/55/CE, de 26 de Junho, assentando a política europeia para o sector do gás natural em três vectores essenciais³⁶:

- (i) Separação das actividades das empresas verticalmente integradas;
- (ii) Acesso de terceiros às redes de transporte sem qualquer discriminação;
- (iii) Criação de entidades reguladoras independentes, com autonomia face aos Governos dos Estados Membros, que ficavam responsáveis por assegurar a observância das regras da concorrência.

³⁶ João Miranda “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional” pp.125 Temas de Direito da Energia n.º3 2008.

A adopção deste novo regime legal deveu-se essencialmente à constatação de que a Directiva antecedente não surtiu os resultados desejados, não tendo tal sucedido devido ao conteúdo da Directiva e, também, à transposição incompleta por parte dos Estados-membros, ao que acresce as situações de abuso de posição dominante e casos de concentração no sector energético. Ou seja, os objectivos tendentes à criação de um mercado interno energético ficaram aquém das expectativas, esperando-se que a adopção de um novo regime legal corrigisse as problemáticas supramencionadas³⁷.

Em especial no sector do gás natural, a problemática relativa à não redução das tarifas, a existência de situações de discriminação de certos consumidores e a falta de equidade na concorrência, bem como as questões relativas ao acesso à rede e ao armazenamento, e ainda a conjectura relativa aos principais países fornecedores como a Rússia e os Países do Norte de África (estes últimos os principais fornecedores de Portugal³⁸ -ver, quanto a esta parte, o anexo II), foram as principais razões que estiveram na base da adopção deste diploma.

Como medidas principais, merecem destaque as seguintes: (i) constituição de um regime de autorizações para os operadores, (ii) separação das actividades, (iii) acesso regulado e negociado às redes e (iv) instituição de uma regulação independente para o sector. Faziam ainda parte deste Segundo Pacote Energético, o Regulamento (CE) n.º 2005/1775/CE para as redes de gás natural e a Directiva n.º 2004/67/CE relativa às medidas para garantir a segurança no aprovisionamento do gás natural³⁹.

A nosso ver, é de realçar o disposto no considerando 10 da Directiva n.º 2003/55/CE, que referia *“(...) para assegurar um acesso eficiente e não discriminatório às redes é conveniente que as redes de transporte e de distribuição sejam exploradas por entidades juridicamente separadas nos casos em que existem empresas verticalmente integradas(...)”*.

Com efeito, apenas mediante a separação jurídica das actividades, nomeadamente das actividades de transporte e de distribuição relativamente à actividade de comercialização de gás natural é possível assegurar aos consumidores o direito de

³⁷ João Miranda “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional” pp.125 Temas de Direito da Energia n.º3 2008.

³⁸ Países caracterizados pela sua instabilidade política, ao que se associa a inerente volatilidade dos mercados.

³⁹ Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.34

escolherem livremente o seu fornecedor⁴⁰, notando-se, assim, a importância do reforço das medidas relativas ao *unbundling*, nomeadamente no exercício da actividade de transporte.

Quanto ao presente estudo, cabe também referir que na transposição deste novo regime legal o legislador nacional⁴¹ acabaria, no entanto, por ir mais longe do que o legislador comunitário. Com efeito, enquanto na Directiva expressamente se afirmava que a separação jurídica não implicava a separação da propriedade, uma das orientações dadas pelo Governo na Resolução do Conselho de Ministro n.º 169/2005 foi precisamente a de determinar, para além da separação jurídica, a separação patrimonial dos operadores das redes de transporte de gás natural e de outras empresas com interesses no sector de forma a garantir a sua total independência, bem como a existência de condições não discriminatórias no acesso às redes⁴².

Nesta linha, consagrou-se a nível nacional a separação de actividades, e em particular, a separação de propriedade das infra-estruturas de alta pressão. No caso da rede de transporte a propriedade da rede pertencia a uma empresa verticalmente integrada, sendo que a separação patrimonial veio a ocorrer a 26 de Setembro de 2006, data de celebração dos “novos” contractos de concessão com referência às diferentes actividades⁴³.

Deste modo, o legislador nacional foi mais ambicioso do que o legislador comunitário, tendo regulamentado a matéria com um maior alcance e, como tal, mais detalhado do que o disposto na Directiva n.º 2003/98/CE⁴⁴. Embora a Directiva apenas impusesse a separação contabilística das actividades de transporte face às restantes actividades do sector, o nosso legislador determinou a sua separação jurídica, acompanhada da separação patrimonial relativa às actividades de distribuição e de comercialização. Para além da separação jurídica e patrimonial, o legislador nacional previu também a

⁴⁰ Marisa Apolinário “A regulação do sector do gás natural em Portugal: Presente e Futuro” pp.244-245.

⁴¹ A transposição desde quadro normativo comunitário foi efectuada pelo Decreto-Lei 30/2006, de 15 de Fevereiro.

⁴² Marisa Apolinário “A Regulação do Sector do Gás Natural em Portugal: Presente e Futuro” pp.245.

⁴³ Como já referido anteriormente a Resolução do Conselho de Ministros n.º 105/2006, de 23 de Agosto de 2006, aprovaria a minuta do contrato de concessão do serviço público de transporte de gás natural através da rede de alta pressão a celebrar entre o Estado Português e a sociedade REN, Gasodutos, S. A.

⁴⁴ Não só em relação à actividade de transporte se foi mais longe do que o previsto na Directiva 2003/55/CE, como também em relação às actividades de recepção, armazenamento e regaseificação de GNL e de armazenamento subterrâneo.

separação funcional⁴⁵, pois se não se impusesse este nível de separação, nada impediria que, embora, existindo entidades juridicamente distintas, os órgãos de direcção dessas mesmas entidades pudessem ser os mesmos.

Assim sendo, e de forma a prevenir a existência de abusos de posição dominante, estabeleceram-se limitações quanto à participação na estrutura accionistas das empresas da Rede Nacional de Transporte, condicionando a participação quer das entidades que não sejam intervenientes no SNGN, quer das entidades que exercem actividades no sector do gás natural, sejam nacionais ou estrangeiras. Estabeleceu-se no artigo 21.º n.º 4, alínea e), do Decreto-Lei n.º 30/2006 (que procedeu à transposição da Directiva n.º 2003/55/CE) que nenhuma pessoa singular ou colectiva pode deter, directamente ou sob qualquer forma indirecta, mais de 10% do capital social de cada empresa concessionária da Rede Nacional de Transporte, Infra-estruturas de Armazenamento e Terminais de GNL (adiante abreviadamente designada por “RNTIAT”). Esta limitação é de 5% para entidades que exerçam actividades no sector do gás natural, independentemente de serem nacionais ou estrangeiras. Previa-se ainda que estas limitações não se aplicavam, no entanto, quer ao Estado propriamente dito, quer às empresas por ele controladas, quer ainda à empresa operadora da rede nacional de transporte ou à empresa que a controle.

Analisemos então as principais normas previstas na Directiva referentes à actividade de transporte de gás natural. Em primeiro plano, deve observar-se o regime relativo à separação entre as redes de transporte e os operadores das redes de transporte. O artigo 9.º deste diploma refere que no caso de o operador da rede de transporte fazer parte de uma empresa verticalmente integrada, deve esta ser independente, pelo menos no plano jurídico, no que respeita à organização e tomada de decisões, das outras actividades não relacionadas com o transporte.

O n.º 2 do referido artigo 9.º determina também os critérios mínimos para assegurar a independência do operador da rede de transporte, determinando que as pessoas responsáveis pela respectiva gestão não podem participar nas estruturas da empresa de gás natural integrada responsáveis, directa ou indirectamente, pela exploração diária da produção, distribuição e fornecimento de gás natural.

⁴⁵ A separação funcional é claramente um “*plus*” relativamente à separação jurídica e patrimonial.

Apontava-se ainda para o compromisso de adotar medidas adequadas para garantir que os interesses profissionais das pessoas responsáveis pela gestão do operador da rede de transporte sejam tidos em conta de maneira a assegurar a sua capacidade de agir de forma independente. Em sentido complementar, o operador da rede de transporte deve dispor de poder de decisão efectivo e independente da empresa de gás integrada no que respeita aos activos necessários para manter, explorar ou desenvolver a rede, devendo ainda elaborar um programa de conformidade, que enuncie as medidas adoptadas para garantir a exclusão de comportamentos discriminatórios e garantir que a sua observância seja controlada de forma adequada.

Ademais, o artigo 8.º refere as atribuições do operador da rede de transporte que se consubstanciam em explorar, manter e desenvolver, em condições economicamente viáveis, instalações de transporte seguras, fiáveis e eficientes, no devido respeito pelo ambiente, devendo abster-se de discriminar os utilizadores ou as categorias de utilizadores da rede, em especial em favor das empresas suas coligadas, devendo também facultar a todos os outros operadores de redes de transporte, de armazenamento, de GNL e/ou de distribuição informações suficientes para assegurar que o transporte e o armazenamento de gás natural possam ser efectuados de forma compatível com uma exploração segura e eficiente.

Por último, e com referência ao regime de acesso de terceiros à rede, previsto no artigo 18.º, deviam os Estados-Membros garantir a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição e às instalações de GNL, baseado em tarifas publicadas aplicáveis a todos os clientes elegíveis, incluindo as empresas de fornecimento, e aplicadas objectivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede.

3. A Directiva 2009/72/CE, de 13 de Julho de 2009

No âmbito do tema abordado, passamos agora à análise da Directiva n.º 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece as regras comuns para o mercado interno do gás natural. Este diploma – que se insere na adopção

do Terceiro Pacote Energético⁴⁶ – visa prosseguir mais eficazmente a liberalização do mercado do gás natural, através da garantia de acesso de terceiros às infra-estruturas, em condições de igualdade, e da separação efectiva entre as actividades de produção e de comercialização e as actividades de gestão de infra estruturas⁴⁷.

Verifica-se, assim, um reforço das medidas já de si implementadas pelas directivas antecedentes, procurando-se promover um esforço legislativo na ambicionada construção de um mercado de gás natural livre e concorrencial.

O Terceiro Pacote Energético prevê, no âmbito do sector do gás natural, a criação de uma Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia, com competência para apresentar orientações-quadro não vinculativas, e a adopção pela Comissão Europeia de códigos de rede vinculativos prevendo, nomeadamente, procedimentos operacionais para situações de emergência baseados nas orientações quadro da Agência.

Por outro lado, surge a criação de uma Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte de Gás Natural – a REORT. Ademais, acresce que os operadores de rede de transporte terão de apresentar anualmente à entidade reguladora um plano decenal de desenvolvimento da rede baseado na oferta e na procura actual e prevista, o qual deve prever medidas eficientes destinadas a garantir a adequação da rede e a segurança do fornecimento.

Sublinhamos ainda a função dos Estados-Membros e das entidades reguladoras que, neste contexto, devem cooperar entre si para promover a integração dos seus mercados nacionais, a um ou a mais níveis regionais, como um primeiro passo rumo à plena liberalização do mercado interno (promoção da cooperação regional), entre outras medidas que visem reforçar a independência das entidades reguladoras nacionais.

Efectuada uma primeira abordagem ao conteúdo normativo da Directiva, mormente no que se refere aos seus objectivos e inovações legislativas, iremos agora analisar as principais alterações legislativas que incidem sobre o operador da rede de transporte, bem como as suas implicações ao nível comunitário e nacional.

⁴⁶ Relativamente ao sector do gás natural o Terceiro Pacote Energético adopta a Directiva n.º 2009/72/CE de 13 de Julho de 2009; Regulamento (CE) n.º 715/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009; Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009.

⁴⁷ Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 230/2012.

Neste sentido, as principais alterações legislativas relacionam-se com o *unbundling* e com as normas que visam promover o seu reforço com vista a garantir uma separação efectiva das actividades da cadeia de valor e a criação de um novo regime jurídico relativo à certificação do Operador da Rede de Transporte.

3.1. UNBUNDLING

Relativamente ao *unbundling* a Directiva n.º 2009/73/CE estabelece três tipos distintos de separação e controlo dos operadores das redes de transporte e das redes de transporte - e que configuram três modelos alternativos:

Em primeiro plano, está prevista a separação total da propriedade, exigindo-se neste campo uma separação total entre as actividades de produção e comercialização e as actividades de transporte (rede e operadores de rede), devendo os Estados-membros assegurar a implementação de medidas específicas relativas à propriedade das redes e ao controlo dos operadores de redes de transporte a partir de 3 de Março de 2012 (artigo 9.º da Directiva n.º 2009/73/CE).

Prevê-se também a figura jurídica do operador de rede independente; neste caso, se a rede transporte pertencer a uma empresa verticalmente integrada, os Estados-membros podem optar por designar um operador de rede independente (adiante “ORI”), exigindo-se uma clara separação jurídica, funcional e contabilística entre o proprietário da rede (que pode continuar a ser uma empresa verticalmente integrada) e o operador de rede. O ORI é uma entidade externa proposta pela empresa verticalmente integrada e designada pelo Estado-membro e que assume a operação técnica do sistema, a gestão de capacidades e o controlo total sobre os investimentos e manutenção dos activos da rede de transporte (artigo.º 14 e 15 da Directiva n.º 2009/73/CE).

Outra das alternativas no âmbito do operador de transporte independente - apelidada de *terceira via* – à semelhança do ORI – assenta num modelo no qual o titular da actividade de transporte é uma empresa verticalmente integrada mas que se deve submeter ao cumprimento de um regime rigoroso que garanta a efectiva separação entre

as actividades e confira vastos poderes de fiscalização às entidades reguladoras independentes (regime desenvolvido no capítulo IV da Directiva).

Estes modelos apresentam um diferente grau de separação da rede de transporte, devendo todos garantir “*a separação efectiva mediante a supressão do incentivo que se apresenta às empresas verticalmente integradas para discriminarem os concorrentes no acesso às redes ou no investimento*”⁴⁸.

Os modelos alternativos à separação patrimonial permitem às empresas verticalmente integradas manter a propriedade dos activos de rede, assegurando simultaneamente a efectiva separação de interesses, sob a condição de o operador de rede independente ou de o operador de transporte independente desempenhar todas as funções de um operador de rede e serem instituídos mecanismos de regulamentação circunstanciada e de supervisão regulamentar abrangente.

3.2. A CERTIFICAÇÃO DO OPERADOR DA REDE DE TRANSPORTE

No âmbito do Terceiro Pacote Energético, acresce aos mencionados modelos alternativos a obrigação de certificação do operador da rede de transporte. Assim, um operador de rede de transporte só pode ser aprovado e designado como tal depois de concluído o processo de certificação previsto no artigo 10.º da Directiva n.º 2009/73/CE.

O processo de certificação é aplicável a todos os modelos de separação do operador de rede de transporte, sendo que no caso do ORI e do OTI, aplicar-se-ão as disposições específicas para a certificação e designação destes operadores.

Importa também referir que as entidades reguladoras independentes estão obrigadas a dar início ao processo de certificação mediante a notificação de um candidato a operador de rede de transporte ou do proprietário da rede de transporte ou após pedido fundamentado da Comissão (artigo 10.º n.º4 alínea a) e c) da Directiva n.º 2009/73/CE. Fora destes casos, como existe um permanente acompanhamento e fiscalização do cumprimento das condições da certificação concedida, sempre que a entidade

⁴⁸ Considerando n.º8 da Directiva 2009/73/CE.

reguladora nacional tiver conhecimento da ocorrência de uma infracção às regras da separação, deve dar início a um novo processo de certificação (neste sentido se expressa o artigo 10.º n.º4 alínea b).

No que respeita a prazos, refira-se que a entidade reguladora deve proferir a decisão sobre o pedido de certificação no prazo de 4 meses a contar da data da sua apresentação (seja pelo candidato a operador de rede transporte, pelo proprietário de rede ou pela Comissão). Com referência à formação do ato, de mencionar a existência de um sistema do deferimento tácito para as situações em que, findo o referido prazo de 4 meses, não tenha havido ainda uma decisão da entidade reguladora (neste sentido, veja-se, por favor, o artigo 10.º n.º 5 da Directiva. Em todo o caso, a decisão só produzirá efeitos depois de obtido o parecer da Comissão, nos termos previstos no artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 715/2009, de 13 de Julho de 2009.

Quando a certificação for solicitada por um candidato a operador da rede de transporte que seja controlado por uma pessoa ou pessoas de um país terceiro à União Europeia, aplicar-se-á o procedimento previsto no artigo 11.º da Directiva, aplicando-se o conceito de “*controlo*” previsto no artigo 3.º do Regulamento CE n.º139/2004, de 20 de Janeiro. Nestes casos, a entidade reguladora deve notificar imediatamente a Comissão do pedido de certificação relativamente a países terceiros e deve elaborar um projecto de decisão que enviará à Comissão e onde se avaliarão os seguintes pontos:

Se o operador da rede transporte ou o proprietário da rede cumpre integralmente os requisitos de independência nos termos dispostos no artigo 9.º da Directiva e na alínea a) do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva; e,

Se a atribuição da certificação põe ou não em risco a segurança no abastecimento energético da União Europeia (neste sentido, veja-se a alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 2009/73/CE). Apesar de não expressamente referido, a Comissão, na sua nota interpretativa, refere que a separação patrimonial, o modelo ORI e OTI, consoante os casos estão incluídos quando na alínea a) se faz referência aos requisitos do artigo 9.º.

Este é um aspecto que pode, ainda assim, levantar algumas dúvidas porque, de facto, o artigo 9.º da Directiva trata apenas da separação jurídica, funcional e patrimonial e não dos modelos ORI e OTI, podendo, por conseguinte, colocar-se a questão de saber se, no

caso de países terceiros se exige a separação patrimonial. Esta dúvida acabaria por ser resolvida com recurso aos princípios da não discriminação, da livre circulação de capitais e de estabelecimento vertidos nos Tratados da União Europeia. No entanto, e no que respeita ao âmbito de aplicação, os Tratados aplicam-se apenas aos seus signatários, ou seja, aos Estados-membros e não a países terceiros, pelo que, por regra, o princípio do tratamento não discriminatório só poderá ser invocado quando estiverem em causa acordos ou tratados entre esses países terceiros e a União ou tratados bilaterais com os Estado-membros. No entanto, o artigo 63.º do TFUE estabelece que o princípio da livre circulação de capitais se aplica aos Estados-membros e à relação entre Estados-Membros e países terceiros.

No que respeita ao investimento directo estrangeiro, importa destacar as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa assim como a recente Comunicação da Comissão, que coloca, em causa as disposições da Directiva n.º 2009/73/CE, em particular, no que respeita às restrições de propriedade e à garantia da segurança no abastecimento.

Assim, no que concerne à questão da segurança no abastecimento, a entidade reguladora ou outras entidades competentes devem ter em conta os acordos internacionais celebrados entre a União Europeia e/ou os Estados-membros e o país terceiro em causa, entre os quais os acordos referidos no capítulo II, e ainda outros factos e circunstâncias específicos quando estejam em causa países terceiros (neste sentido veja-se, por favor, o artigo 11.º n.º 3 da Directiva).

No que se refere ao ónus de provar o cumprimento dos requisitos dos modelos de *unbundling* cabe este ao candidato a operador de rede de transporte ou ao proprietário da rede, sob pena de não poder ocupar uma das destas posições. Refira-se ainda que a entidade reguladora nacional não poderá emitir a sua decisão final sem o parecer prévio da Comissão que, por sua vez, pode solicitar a opinião da Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER) do Estado-Membro em causa e dos interessados. No que respeita a prazos, a Comissão deve emitir o seu parecer no prazo de 2 meses, equivalendo o silêncio à aceitação da decisão da entidade reguladora nacional (cfr. artigo 11.º n.º 6 da Directiva).

Com referência ao processo de certificação, importa ter presente que a Comissão Europeia publicou um documento de trabalho com orientações práticas relativas a esta matéria de forma a permitir a melhor compreensão das orientações práticas relativas ao

processo de certificação com vista a ajudar as entidades reguladoras nacionais nesta tarefa, tendo já sido enviados para a Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento CE n.º 715/2009, algumas decisões de entidades reguladoras nacionais. Essas decisões foram analisadas pela Comissão, tendo sido produzidas diversas recomendações dirigidas às entidades reguladoras nacionais que devem ser tidas em conta na decisão final de certificação.

Assim sendo, quanto ao enquadramento legislativo comunitário respeitante a esta matéria, cremos serem estas as principais inovações legislativas a observar, designadamente, pela importância da incidência destas novas regras no exercício da actividade de transporte de gás natural e pela respetiva importância para a prossecução dos objectivos tendentes à construção de um Mercado Energético Interno Único.

V. Enquadramento Legislativo Nacional

5.1- O Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro

No âmbito do tema em análise cabe em primeiro plano referir o diploma legislativo originário o Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro, que definiu o regime de importação, armazenagem, transporte e distribuição de gás natural. Desde logo, cumpre observar o previsto no artigo 2.º n.º 1 que referia a actividade de transporte seria exercida em regime de serviço público e em regime de exclusivo.

A construção, manutenção e reparação das instalações e gasodutos que integrem os projectos da concessionária seriam efectuadas por esta, que suportaria os respectivos custos sendo que, no termo da concessão os bens integrantes da mesma reverterem a favor do Estado, tendo a concessionária direito ao pagamento de uma indemnização nos termos do artigo 8.º.

Relativamente ao concurso para a atribuição da concessão, previa-se que a adjudicação de uma concessão seria sempre precedida de concurso público, não podendo a duração da concessão estabelecida de acordo com a sua natureza, exceder os 40 anos.

No que toca ao operador da rede de transporte estatua o artigo 15.º o elenco dos seus direitos, enquanto os seus deveres encontravam-se previstos no artigo 16.º.

Na esteira deste diploma surge também o Decreto-Lei n.º 284/90, de 18 de Setembro, que aprovaria o regime de concurso público para adjudicação da concessão do gasoduto de transporte e também o Decreto-Lei n.º 285/90, de 18 de Setembro, que previa as bases da concessão de serviço público do gasoduto. No âmbito deste regime legal a adjudicação do gasoduto, bem como a construção das infra-estruturas relativas à respectiva exploração foi concessionada ao consórcio GDF-GDP-RUHRGAS-Total-FAF-Quintas& Quintas.

Subsequentemente, o Decreto-Lei n.º 374/89 seria alterado pelo Decreto-Lei n.º 274-A/93, de 4 de Agosto, que substitua o regime concursal pelo regime de ajuste directo na outorga das concessões do terminal de GNL e do transporte e fornecimento através da rede de alta pressão (gasoduto), uma vez que à data não tinha sido ainda possível celebrar o contrato de concessão com a adjudicatária do concurso realizado nos termos do Decreto-Lei n.º 284/90, de 18 de Setembro⁴⁹.

Através deste último diploma o Decreto-Lei n.º 274-A/93, regulava-se a importação de gás natural, o seu transporte e fornecimento através da rede em alta pressão (gasoduto de transporte de gás natural entre Setúbal e Braga).

A outorga da concessão foi adjudicada à Transgás- um consórcio constituído por várias empresas, entre as quais, a GDP-Gás de Portugal, S.A., na sequência do convite endereçado àquela sociedade pelo Ministro da Indústria e Energia, para apresentar uma proposta tendente à adjudicação da concessão da exploração do serviço público da importação de gás natural do seu transporte e fornecimento através da rede de alta pressão. Para além da GDP, o consórcio integrava ainda as seguintes entidades: EDP-Electricidade de Portugal,S.A.,Caixa Geral de Depósitos S.A, SETGÁS-Sociedade de produção e distribuição de Gás S.A, LUSITÂNIA GÁS-Companhia de Gás do Centro S.A. e PORTGÁS-Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A.

O contrato de concessão celebrado entre o Estado e a Transgás conferia à segunda o exclusivo do exercício das actividades de importação, transporte e fornecimento de GN, conforme o disposto nas bases aprovadas pelo Decreto-Lei n.º274-C/93, de 4 de Agosto,

⁴⁹ Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.143.

aprovadas em conformidade com o disposto nas Resolução do Conselho de Ministros, n.º 61/93, de 18 de Outubro.

Na mesma linha, a construção e implantação da rede (gasoduto de transporte em alta pressão) no território ficaria a cargo da referida concessionária, prevendo-se a reversão dos bens para o Estado no termo da concessão, mediante o pagamento de um indemnização.

5.2.- O Decreto-Lei n.º30/2006, de 15 de Fevereiro

Num primeiro momento cabe desde logo referir que até à entrada em vigor deste diploma, vigorou até então o regime constante no Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de Outubro (com as suas sucessivas alterações) que assentava numa concessão de serviço público nos moldes já anteriormente analisados no capítulo V ponto 1⁵⁰.

O Decreto-Lei n.º30/2006, de 15 de Fevereiro, de 2006 teve como objectivo a transposição para o ordenamento jurídico nacional da Directiva n.º 2003/55/CE, cabendo desde logo referir, entre outras medidas a opção por antecipar o fim do regime jurídico excepcional de mercado emergente no qual se inseria Portugal, alterando-se a calendarização prevista para a liberalização do sector⁵¹.

A entrada em vigor deste diploma veio implementar em Portugal um regime de mercado no sector do gás natural, o qual pressupôs uma alteração do modelo de concessões de serviço público em regime de exclusivo, passando assim a vigorar neste sector um regime de *unbundling* das actividades, a semelhança do que sucedia no sector eléctrico.

A concessão em regime de serviço público, com carácter de exclusivo, da RNTGN em alta pressão, antes integrada no contrato de serviço público de importação, transporte e fornecimento de GN outorgado à Transgás em 1993, por 35 anos, foi transmitido à REN Gasodutos S.A, por força do disposto no artigo 65.º do Decreto-lei n.º 140/2006, de acordo com a minuta do contrato aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º

⁵⁰ João Miranda “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional” pp.122 Temas de Direito da Energia n.º3 2008.

⁵¹ Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.147.

105/2006, de 23 de Agosto, com a duração de 40 anos, incluindo-se no respectivo objecto: o recebimento, transporte e entrega de gás natural através da rede de alta pressão; construção, manutenção e operação das infra-estruturas; planeamento, desenvolvimento e expansão da RNTGN; Gestão Técnica Global do SNGN; controlo da constituição e manutenção das reservas de segurança de gás natural⁵².

No que toca a este diploma, cumpre ainda observar as principais regras que incidem sobre a actividade do operador da rede de transporte: (i) o artigo 21.º n.º1 referia que o operador da rede de transporte é independente, no plano jurídico e patrimonial, das entidades que exerçam, directamente ou através de empresas coligadas, as actividades de distribuição e comercialização de gás natural (ii) o n.º 4 do mesmo preceito previa o elenco de critérios mínimos que devem ser garantidos para assegurar a referida independência, em obediência ao *plus* legislativo adoptado pelo legislador nacional que consagrou a separação funcional. Remetemos assim quanto a esta parte para as considerações já efectuadas quanto a esta temática no capítulo IV ponto 2.

Relativamente aos deveres previstos para o operador da rede de transporte, encontram-se estes previstos no artigo 20.º cumprindo destacar os seguintes: (i) a obrigação de assegurar a exploração e a manutenção da RNTGN em condições de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço; (ii) gestão os fluxos de gás natural na RNTGN, assegurando a sua interoperacionalidade com as redes a que esteja ligada; (iii) assegurar o planeamento da Rede Nacional de transporte, infra-estruturas de armazenamento e terminais de GNL (adiante, “RNTIAT”) e a construção e a gestão técnica da RNTGN, de forma a permitir o acesso de terceiros; (iv) gerir de forma eficiente as infra-estruturas e os meios técnicos disponíveis, assegurando a não discriminação entre os utilizadores da rede, devendo ainda preservar a confidencialidade das informações comercialmente sensíveis obtidas no exercício das suas actividades; (v) prever o nível de reservas necessárias à garantia de segurança do abastecimento no curto e médio prazo.

⁵² Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.149-150.

5.3.- O Decreto-Lei n.º140/2006, de 26 de Julho

O Decreto-lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, desenvolve as bases do SNGN previstas no Decreto-Lei n.º 30/2006, concretizando as regras a que devem obedecer o exercício da actividade de transporte de gás natural.

Em primeiro plano observemos o artigo 14.º n.º1 que dispõe que a actividade de transporte é exercida através da exploração da RNTGN, compreendendo esta actividade o recebimento, o transporte, os serviços de sistema e a entrega de gás natural através da rede de alta pressão, a construção, manutenção, operação e exploração de todas as infra-estruturas que integram a RNTGN e das interligações às redes e infra-estruturas a que esteja ligada e, bem assim, das instalações que são necessárias para a sua operação.

No que concerne às obrigações da concessionária da RNTGN previstas no artigo 15.º, cumpre destacar o dever de assegurar a exploração e a manutenção da RNTGN, em condições de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço, gerir os fluxos de gás natural da RNTGN, cabendo-lhe ainda fazer o planeamento da RNTIAT e garantir a expansão e gestão técnica da RNTGN, para permitir o acesso de terceiros, de forma não discriminatória e transparente, assegurar a não discriminação entre os utilizadores da rede, e preservar a confidencialidade das informações comercialmente sensíveis obtidas no exercício das suas actividades, devendo também prestar informação relativa à constituição e manutenção de reservas de segurança e assegurar a gestão técnica global do SNGN.

Este diploma previa ainda as bases da concessão da actividade de transporte de gás natural através da Rede Nacional de Transporte de gás natural, merecendo especial destaque o previsto no artigo 65.º que estipula a transmissão de activos no âmbito do anterior contrato de concessão de serviço público de importação, transporte e fornecimento de gás natural em que se autoriza a transmissão da concessão de serviço público entre a TRANSGÁS e a REN. De referir ainda o previsto no artigo 66.º que se refere à modificação do contrato de concessão da TRANSGÁS, no sentido de esta actividade se coadunar com o novo enquadramento legal previsto no Decreto-Lei n.º 30/2006 e no Decreto-Lei n.º 140/2006.

5.5.- O Decreto-Lei n.º 230/2012, de 26 de Outubro

No que respeita ao diploma identificado em epígrafe importa mencionar previamente que na observação da evolução legislativa do sector optamos propositadamente por não proceder a uma análise do Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de Junho, que iniciou o processo de transposição da Directiva n.º 2009/73/CE, sendo que o novo enquadramento jurídico encontra-se reproduzido e complementado nos diplomas subsequentes, mormente no Decreto-Lei n.º 230/2012 e no Decreto-Lei n.º 231/2012.

O Decreto-Lei n.º 230/2012 reforça as regras de separação jurídica das actividades desenvolvidas no âmbito do SNGN e estabelece o procedimento de certificação e avaliação das condições de separação jurídica e patrimonial do operador da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural quando seja controlado por entidades de países terceiros à União Europeia.

Definem-se agora dois modelos alternativos de separação jurídica e patrimonial da concessionária da rede de transporte face às actividades de comercialização e de produção, nos casos em que a entidade reguladora conclua que a concessionária da RNTGN integra uma empresa verticalmente integrada e que não reúne as condições de separação jurídica e patrimoniais exigidas. Nestes casos, a ERSE pode impor ao operador da RNTGN a adopção de determinados actos, bem como das medidas necessárias para assegurar o cumprimento integral das condições relativas à separação jurídica e patrimonial, podendo a concessionária da RNTGN requerer, em alternativa, a sua designação como Operador de Transporte Independente (OTI).

O Decreto-Lei n.º 230/2012 procede a uma nova revisão do Decreto-Lei n.º 30/2006. A importância destas alterações ganha maior relevo, em face dos processos de reprivatização do capital social de empresas do sector energético, clarificando-se e reforçando-se as exigências impostas em matéria de independência e separação jurídica dos intervenientes com maior relevo no SNGN, como é o caso do Operador da Rede Nacional de Transporte de Gás Natural.

Como já referido, além da reformulação das disposições concernentes ao procedimento de certificação e de reapreciação do operador do RNTGN e da previsão do

procedimento de certificação relativamente a países terceiros, contemplam-se ainda os modelos alternativos ao modelo de separação jurídica e patrimonial do operador da RNTGN, designado *ownership unbundling*, previstos na Directiva n.º 2009/73/CE, com vista a assegurar a liberdade da entidade reguladora dos serviços energéticos (ERSE) na condução e decisão dos referidos procedimentos. O diploma prevê ainda a promoção do planeamento e desenvolvimento adequado das redes de transporte de gás natural e o acesso não discriminatório a estas redes, aliados à operacionalização de mecanismos de monitorização e garantia da segurança no abastecimento de gás natural, em linha com os princípios estabelecidos no Regulamento n.º 715/2009, relativos às condições de acesso às redes de transporte de gás natural.

Cumpra ainda observar as principais regras que incidem sobre o operador da rede de transporte nomeadamente o artigo 21.º, destacando-se o facto de o operador da RNTGN ou as empresas que o controlem não puderem, directa ou indirectamente, exercer controlo ou direitos sobre uma empresa que exerça qualquer das actividades de produção ou de comercialização de gás natural ou de electricidade. Isto é as entidades ou que exerçam qualquer das actividades de produção ou de comercialização de gás natural ou de electricidade ou as empresas que as controlem não podem, directa ou indirectamente, exercer controlo ou direitos sobre o operador da RNTGN ou a RNTGN. As restantes alíneas deste preceito prendem-se com limitações ao nível da designação dos membros da administração ou de fiscalização, bem como à integração de órgãos sociais por parte do operador da rede de transporte em relação às quais deve ser independente (em obediência aos critérios definidos da separação funcional das actividades).

Relativamente à aprovação, designação e certificação do operador da rede de transporte refere o artigo 21.º-A que a entidade concessionária da rede de transporte deve ser aprovada e designada como operador da RNTGN pelo membro do Governo responsável pela área da energia, o qual deve comunicar essa designação à Comissão Europeia e promover a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia. Ao que acresce o previsto no n.º 2 que refere que para que possa ser aprovada e designada como operador da RNTGN, a entidade concessionária da rede de transporte deve requerer a sua certificação, sem prejuízo de a ERSE poder promover a referida certificação no caso de a entidade concessionária não o fazer atempadamente.

Na nossa opinião são estas as principais alterações legislativas que cumpre observar, sendo que os modelos alternativos previstos para esta actividade foram já referidos anteriormente aquando da análise da Directiva n.º 2009/73/CE.

5.6.- O Decreto-Lei 231/2012, de 26 de Outubro

Com o Decreto-Lei n.º 231/2012, pretendeu-se proceder a uma revisão alargada do Decreto-Lei n.º 140/2006, reforçando-se as regras de separação jurídica das actividades exercidas no âmbito do Sistema Nacional de Gás Natural, e desenvolvendo as regras aplicáveis à gestão técnica global do SNGN e aprofundando-se o regime de planeamento das infra-estruturas que integram o SNGN, em particular a RNTIAT. Ademais, reforçam-se os mecanismos de garantia e monitorização da segurança do abastecimento e as obrigações de constituição e manutenção de reservas de gás natural⁵³.

Em consonância com a Lei de Bases, mencionam-se os processos de reprivatização ocorridos no sector energético, clarificando-se e reforçando-se as obrigações que impendem sobre os operadores do RNTIAT, com vista a garantir a cabal prossecução dos objectivos e orientações definidos no âmbito da política energética e a segurança no abastecimento energético nacional. Para o efeito, são instituídas novas medidas de acompanhamento e supervisão do cumprimento das obrigações constantes dos contractos de concessão e adaptadas às respectivas bases.

No âmbito deste corpo normativo o Operador da rede de transporte é a entidade responsável pelo desenvolvimento, exploração e manutenção da rede de transporte e, quando aplicável, das suas interligações com outras redes, bem como pela garantia da capacidade da rede a longo prazo para atender aos pedidos razoáveis de transporte de gás natural.

Quanto a este diploma ainda de realçar o previsto quanto ao planeamento da RNTIAT, devendo este assegurar a existência de capacidade das infra-estruturas, o

⁵³ Vide Regulamento (UE) n.º 994/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro, relativo a medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento de gás.

desenvolvimento adequado e eficiente da rede e a segurança do abastecimento, tendo em conta o previsto no Regulamento (CE) n.º 715/2009, nomeadamente quanto ao plano decenal não vinculativo de desenvolvimento da rede à escala comunitária. Neste sentido, o operador da RNTGN deve elaborar, nos anos ímpares, um plano decenal indicativo de desenvolvimento e investimento da RNTIAT.

Por último, de mencionar que se procedeu a alterações nas bases da concessão da rede de transporte prevista no anexo I contantes do anterior Decreto-Lei n.º 140/2006.

VI.- O modelo adoptado pela REN

No seguimento do exposto cumpre agora observar a transposição e aplicação dos modelos referentes ao *unbundling* previstos na Directiva n.º 2009/73/CE, em especial qual o modelo adoptado pela REN.

Afere-se do previsto na Directiva n.º 2009/73/CE, as regras a que deve obedecer o modelo da separação total da propriedade (*ownership unbundling*). Estatui o artigo.º 9 da Directiva que cada empresa proprietária de uma rede de transporte que actue como operador da rede de transporte não se encontra autorizada a, directa ou indirectamente, exercer controlo sobre uma empresa que exerça qualquer das actividades de produção ou comercialização nem a, directa ou indirectamente, exercer controlo ou exercer direitos sobre um operador de rede de transporte ou uma rede de transporte, ou directa ou indirectamente, exercer controlo sobre um operador de rede de transporte ou uma rede de transporte nem a, directa ou indirectamente, exercer controlo ou exercer direitos sobre uma empresa que exerça qualquer das actividades de produção ou comercialização.

Em sentido complementar a mesma pessoa ou as mesmas pessoas não estão autorizadas a designar e ocupar membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização ou dos órgãos que representam legalmente a empresa, de um operador de rede de transporte ou de uma rede de transporte, nem a, directa ou indirectamente, exercer controlo ou exercer direitos sobre uma empresa que exerça qualquer das actividades de produção ou comercialização. Onde se inclui, em particular: (i) o poder de exercer direitos de voto;

(ii) o poder de designar membros dos órgãos de administração ou de fiscalização ou dos órgãos que representam legalmente a empresa; (iii) a detenção da maioria do capital social.

Em relação aos restantes modelos alternativos, que se consubstanciam na figura jurídica do operador de rede independente e do operador independente, para o caso de o operador da rede transporte fazer parte de uma empresa verticalmente integrada remetemos para as considerações efectuadas a esses regimes no ponto 3 do capítulo IV do presente trabalho.

Tendo em consideração os modelos alternativos propostos pela Directiva n.º 2009/73/CE, a actividade de transporte de gás natural exercida pela REN Gasodutos S.A., deve assim, se coadunar com o regime legal que regula o sector. Neste sentido, o exercício da actividade desenvolvida pelo operador da RNTGN encontra-se conforme o enquadramento legal do sector desde que se efectuou a separação jurídica, patrimonial e funcional. No sentido do exposto o modelo adoptado em Portugal consubstancia um esquema de *ownership unbundling*, sendo aliás esse o modelo adoptado pela maioria dos Estados-membros da União Europeia. A Directiva consagra o modelo de separação patrimonial, admitindo excepções para o caso de, em 3 de Setembro de 2009⁵⁴, as redes de transporte pertencerem a uma empresa verticalmente integrada, podendo assim os Estados-Membros optar por designar um operador de rede independente ou um operador de transporte independente. Porém, se aquela data a rede de transporte pertencesse já a uma entidade não integrada verticalmente, deixaria de ser possível ao Estado-membro exercer a opção por um modelo ISO ou OTI/ORI⁵⁵.

Como já mencionado, no panorama nacional, dá-se o caso de a rede de transporte pertencer a uma entidade não integrada verticalmente. Aplicando-se o modelo de *ownership unbundling*, em conformidade com regime legal da separação entre as redes de transporte e os operadores das redes de transporte, desde 2006, aquando da outorga da transmissão do contrato de concessão da rede de transporte nacional da Trángás à REN e posterior constituição da REN Gasodutos S.A para exercer esta actividade.

Quanto a esta matéria, partilhamos da opinião que embora os argumentos contra a política da separação da propriedade, possam ser válidos, não obstam à argumentação a

⁵⁴ Data de entrada em vigor da Directiva 2009/73/CE.

⁵⁵ Artigo de opinião “O erro do Governo” do Doutor Rui Pena ao Jornal Económico em 31/07/12.

favor da implementação dessa política como uma medida que induz a concorrência nos mercados grossistas e retalhistas, viabilizando o estabelecimento e acesso de terceiros às redes e permitindo a implementação de uma concorrência de mercado mais eficaz, suportada por normas de confidencialidade de tratamento de dados. Outro argumento a favor desta política tem a ver com a abertura há muito esperada dos mercados regionais às novas actividades decorrentes da evolução de operadores de transporte de interligação transfronteiriços⁵⁶.

VII.- Third Party Access

O livre acesso de terceiros às infra estruturas de gás natural – como é o caso da rede de transporte de gás natural- é uma das pedras angulares do SNGN, na medida em que de ele depende, em grande parte, a existência de um mercado concorrencial de gás natural⁵⁷.

*Citando Ariño Ortiz (...) ”a chave da abóbada, a cruz do sistema é e será o direito de acesso à rede. Se este é recusado ou se desaparece, desaparece o mercado e a concorrência. Assim sendo, a garantia de acesso não discriminatório de terceiros à rede representa uma vertente indeclinável de uma “regulation for competition” do sector eléctrico (analogicamente aplicável ao sector do gás natural), surgindo como um instrumento decisivo para garantir a ordem pública económica e o correcto funcionamento do mercado (...)*⁵⁸.

Com efeito a Directiva n.º 2009/73/CE estatui no seu artigo 32.º n.º 1 que os Estados-Membros devem garantir a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte baseado em tarifas publicadas, aplicáveis a todos os clientes elegíveis e aplicadas objectivamente e sem discriminação aos utilizadores da rede.

Assim, o direito de acesso de terceiros às infra-estruturas, nomeadamente à rede de transporte, reveste-se da máxima importância para a concretização de um mercado de

⁵⁶ Nota informativa Energia e Recursos Naturais “Alterações finais ou mais um passo?” 2009.

⁵⁷ Marisa Apolinário “A Regulação do sector do Gás Natural em Portugal: Presente e Futuro” pp. 247-248.

⁵⁸ Ver Ariño Ortiz: “La competencia en Sectores Regulados” 2003.

gás natural livre e concorrencial⁵⁹, sendo uma das bases fundamentais em que assenta o quadro regulatório do sector do gás natural⁶⁰. O acesso de terceiros às infra-estruturas é essencial para garantir a existência de concorrência mesmo nas actividades que por razões técnicas, são monopólios naturais⁶¹.

A problemática relativa ao acesso de terceiros à rede assenta essencialmente no facto de as infra-estruturas energéticas (no nosso caso os gasodutos), constituírem-se em termos económicos num monopólio natural⁶², dada a impossibilidade de duplicação, associada à imprescindibilidade do respectivo uso para a prestação do serviço, sendo essa a razão que justifica a subordinação da exploração destes bens a uma regulação intensa, no intuito de impedir que através dessa actividade – exploração e gestão das redes- venham a ser erigidas barreiras técnicas ao desenvolvimento do mercado⁶³.

Somente assegurando a existência de um livre acesso de terceiros às infra-estruturas, nomeadamente ao que nos concerne à rede de transporte, com base em critérios não discriminatórios e transparentes, se garante efectivamente um mercado liberalizado⁶⁴.

No âmbito do Terceiro Pacote Energético, é aprovado o Regulamento (CE) N.º 715/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural. No que tange a este Regulamento, visam criar-se regras não discriminatórias para as condições de acesso às redes de transporte de gás natural. Prevendo-se o estabelecimento de princípios harmonizados para as tarifas, ou para as metodologias subjacentes ao seu cálculo, de acesso à rede.

No plano nacional estatui o Decreto-Lei n.º 230/2012, no seu artigo 24.º, que os operadores da RNTIAT devem proporcionar aos interessados, de forma não discriminatória e transparente, o acesso às suas infra-estruturas, baseado em tarifas aplicáveis a todos os clientes, nos termos do Regulamento do Acesso às Redes, às Infra-estruturas e às Interligações e do Regulamento Tarifário.

⁵⁹ “... L’ accès des tiers aux réseaux (ATR) est le second élément moteur du processus d’ ouverture des marchés à la concurrence...” Jean-Marie Chevalier. “Les grandes batailles de l’ énergie” Gallimard 2004 pp.156-15.7

⁶⁰ Rui Pena, Mónica Carneiro Pacheco, Marisa Apolinário: “Legislação do Sector Energético” pp.122.

⁶¹ Charpentier: “l’ incidence du droit communautaire sur le sector gazier” “Service public et communauté européenne: entre l’ intérêt général et le marche” tome I Paris 1998 pp.301

⁶² Suzana Tavares Da Silva: “Direito da Energia” pp.188.

⁶³ Caballero Sànchez: “El papel central de las infraestructuras en rede” 2003.

⁶⁴ Rui Pena, Mónica Carneiro Pacheco, Marisa Apolinário: “Legislação do Sector Energético” pp.78

Analisemos em que termos se efectiva o acesso à rede de transporte, de acordo com o Regulamento do Acesso às Redes, às Infra-estruturas e às Interligações do Sector do Gás Natural em particular o artigo 7.º refere que têm direito de acesso às infra-estruturas da Rede Pública de Gás Natural (adiante, “RPGN”) todos os agentes de mercado. O acesso às infra-estruturas é formalizado com a celebração, por escrito, de um contrato de uso das infra-estruturas, sendo no caso do transporte, formalizado através da celebração de um Contrato de Uso da Rede de Transporte.

Deste modo, os operadores das infra-estruturas têm o direito de receber uma retribuição pelo uso das suas instalações físicas e serviços inerentes, pela aplicação das tarifas relativas ao uso de cada infra-estrutura, nos termos definidos no Regulamento Tarifário. Este Regulamento estatui no seu artigo 47.º e seguintes as regras a que devem obedecer às tarifas de uso da rede de transporte. O acesso à rede de transporte deve ainda conformar-se com o previsto no Regulamento de Relações Comerciais do Sector do Gás Natural e no Regulamento da Qualidade de Serviço do Sector do Gás Natural.

Por último importa mencionar que este direito de acesso pode ser recusado em três situações: (i) falta de capacidade das infra-estruturas (ii) existência de sérias dificuldades económicas e financeiras resultantes da celebração de contractos *take or pay* (iii) no caso da existência de novas infra-estruturas.

Em qualquer caso de recusa, deve ser emitida a correspondente fundamentação adequada.

VIII. Gestão Técnica Global do SNGN

Analisemos agora à função acessória relacionada com a actividade de transporte de gás natural que cabe ao mesmo nos termos do artigo 17.º n.º2 do Decreto-Lei 230/2012 e do artigo 13.º n.º1 do Decreto-lei 231/2012, de acordo com estes preceitos legais compete a gestão técnica global do SNGN compete ao operador da RNGTN.

Apesar de ser esta uma actividade acessória em relação à actividade de transporte, não se pode inferir desta acessoriedade a sua menor importância, pois na nossa opinião serão

as actividades de transporte e de gestão técnica global do sistema as que consideramos mais importantes no funcionamento normal e regular do SNGN.

A gestão técnica global do SNGN é exercida com independência, de forma transparente e não discriminatória, e consiste na coordenação sistemática das infra-estruturas que o constituem, de forma assegurar o funcionamento integrado e harmonizado do sistema de gás natural e a segurança e continuidade do abastecimento.

Dispõe ainda o artigo 13.º n.º 3 do Decreto-lei n.º 231/2012, que as instruções técnicas emitidas pela concessionária da RNTGN, na qualidade de gestora técnica global do sistema vinculam todos os operadores do sector, bem como terceiros com direito de acesso à rede, sendo esta actividade desenvolvida em conformidade com as regras do Regulamento de Operação das Infra-estruturas, do Regulamento de acesso às redes, às infra-estruturas e às interligações, com o Regulamento da qualidade de serviço e com o Regulamento de relações comerciais, aprovados pela ERSE⁶⁵.

Esta actividade assegura a coordenação do funcionamento das infra-estruturas do SNGN e das infra-estruturas ligadas a este sistema, tendo em vista garantir a salvaguarda do interesse público através da manutenção da segurança de abastecimento, a liberdade de acesso e a igualdade de tratamento e de oportunidades, segundo critérios de não discriminação, imparcialidade e transparência.

De um ponto de vista técnico, deve ainda assegurar que os gasodutos têm capacidade suficiente para processar os pedidos dos utilizadores, gerindo os fluxos e as diversas pressões para garantir a capacidade de resposta e a disponibilidade da rede. Nessa qualidade de Gestor Técnico Global do sistema, é responsável pelo acesso de terceiros às infra-estruturas e por assegurar o equilíbrio entre a oferta e a procura, promovendo uma gestão eficiente da rede de gás natural de alta pressão. Compete ainda à REN Gasodutos a gestão da interligação da RNTGN com as redes internacionais e as infra-estruturas de armazenamento subterrâneo e com o terminal de GNL, bem como o controlo da constituição e manutenção das reservas de segurança de gás natural⁶⁶.

No exercício da sua função acessória de Gestor Global de Sistema, o operador da RNTGN, goza dos direitos elencados no artigo 13.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 231/2012

⁶⁵ Suzana Tavares da Silva “Direito da Energia” pp.150.

⁶⁶ Informações e dados constantes no sítio da internet da REN Gasodutos S.A.

designadamente: (i) exigir e receber dos titulares dos direitos de exploração das infra-estruturas, dos operadores dos mercados e de todos os agentes directamente interessados a informação necessária para o correcto funcionamento do SNGN; (ii) exigir aos terceiros com direito de acesso às infra-estruturas e instalações a comunicação dos seus planos de entrega e de levantamento e de qualquer circunstância que possa fazer variar substancialmente os planos comunicados; (iii) Exigir o estrito cumprimento das instruções que emita para a correcta exploração do sistema, manutenção das instalações e adequada cobertura da procura; (iv) Receber adequada retribuição pelos serviços prestados.

No que respeita a deveres e obrigações nos termos do artigo 13.º n.º5 refira-se designadamente: (i) actuar nas suas relações com os operadores e utilizadores do SNGN de forma transparente e não discriminatória; (ii) assegurar o planeamento da RNTIAT e garantir a expansão e gestão técnica da RNTGN, para permitir o acesso de terceiros, de forma não discriminatória e transparente, e gerir de modo eficiente as infra-estruturas e meios técnicos disponíveis; (iii) gerir os fluxos de gás natural, em conformidade com as solicitações dos agentes de mercado e em coordenação com os operadores das restantes infra-estruturas do SNGN, garantindo a sua operação coerente, no respeito pela regulamentação aplicável.

Ademais, encontra-se ainda adstrito às obrigações em matéria de segurança no abastecimento previstas no artigo 53.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º231/2012.

De referir que o Regulamento de Operação de Infra-Estruturas no seu artigo 7.º prevê, para a função de Gestor Global de Sistema a aplicação de determinados princípios e regras entre os quais a salvaguarda do interesse público, a manutenção da segurança no abastecimento, igualdade de tratamento e de oportunidades, a não discriminação e transparência, objectividade das regras e de decisões, e ainda o respeito pelo estabelecido no Regulamento do Acesso às Redes, às Infra-Estruturas e às Interligações, no Regulamento de Qualidade de Serviço e no Regulamento das Relações Comerciais.

Por outro lado o Gestor Técnico Global do SNGN, no âmbito das suas competências de gestão integrada e de coordenação sistémica das infra-estruturas da RNTIAT, tem a obrigação proceder à movimentação de quantitativos de gás natural entre as infra-estruturas que compõem a RNTIAT e a rede interligada, sempre que for justificado

aplicar medidas para garantir a segurança de pessoas ou infra-estruturas e da continuidade do fornecimento de gás.

Para cada dia gás, o Gestor Técnico Global estabelece, em sede de Programa de Operação, os fluxos de gás natural necessários à gestão segura e eficiente da RNTIAT. Cabe-lhe ainda, igualmente o dever de garantir o acesso às capacidades de armazenamento previamente atribuídas no terminal de GNL e armazenamento subterrâneo.

Efectuada uma análise do enquadramento legislativo desta actividade e ao modo de actuação do Gestor técnico global do SNGN, iremos agora fazer alusão a alguns dos pontos que na nossa opinião determinam a importância crucial da figura do Gestor Global do Sistema, possuindo esta actividade um papel central na viabilização do circuito comercial e sua compatibilização com o circuito físico.

Atendendo à relevância desta actividade – pois dela depende a garantia do bom funcionamento do mercado – infere-se dos direitos e deveres legalmente previstos, que a coordenação sistemática desta actividade é absolutamente crucial para o regular e normal funcionamento do SNGN.

Numa primeira análise, cabe-nos efectuar uma abordagem quanto ao regime de certificação do operador da rede de transporte e a relevância deste quanto a actividade em apreço. Através deste novo regime dá-se um claro reforço quanto à independência do operador da rede de transporte e gestor técnico global do sistema, visando-se garantir assim que esta actividade seja exercida com a isenção indispensável e conforme as regras e objectivos que impendem sobre esta função. Ou seja através deste mecanismo assegura-se que esta actividade, que se reveste da máxima importância para o SNGN, é exercida de modo transparente, independente e não discriminatória, por parte do operador da RNTGN.

A importância desta actividade é reforçada com o facto de todos os operadores que exerçam qualquer das actividades que integram o SNGN ficam sujeitos à gestão técnica global, ao que acresce à importância no que concerne ao exercício do direito de acesso de terceiros à rede, já que através da gestão técnica global do SNGN em razão dos critérios de independência que devem ser observados se determina um reforço das garantias dos agentes com direito de acesso à rede.

VII. Considerações Conclusivas

Face ao exposto, e após uma análise transversal dos vários diplomas que regulam a actividade do transporte do gás natural em Portugal e na União Europeia, destacamos as seguintes conclusões notas conclusivas:

I. O Decreto-Lei n.º 374/89 consubstanciou-se no primeiro diploma legislativo relativo ao sector do gás natural e no qual se definiu o regime de importação, armazenagem, transporte e distribuição de gás natural. Subsequentemente, este diploma seria alterado pelo Decreto-Lei n.º 274-A/93 substituindo-se, assim, o regime concursal pelo regime de ajuste directo em que se regulava igualmente a importação, transporte e fornecimento através da rede de alta pressão.

II. Com o advento de uma política energética comum a nível europeu, mormente com a adopção da Directiva n.º 2003/55/CE, alterou-se o regime vigente até então por um regime de mercado com os seguintes objectivos: (i) Separação das actividades das empresas verticalmente integradas; (ii) Acesso de terceiros às redes de transporte sem qualquer discriminação; (iii) Criação de entidades reguladoras independentes, com autonomia face aos Governos dos Estados Membros.

III. A transposição das orientações comunitárias da Directiva n.º 2003/55/CE foi efectuada pelo Decreto-Lei n.º 30/2006 e pelo Decreto-Lei n.º 140/2006. Embora a legislação comunitária apenas determinasse a obrigação de o operador da rede de transporte proceder à separação jurídica da actividade de transporte em relação às restantes actividades, foi-se mais longe no plano nacional impondo-se também a separação jurídica, patrimonial e funcional desta actividade.

IV. Com a adopção da Directiva n.º 2009/73/CE, evidenciou-se um esforço legislativo para o cumprimento do dever de independência que impende sobre a actividade de transporte em relação às restantes actividades. Neste sentido, com o reforço das regras relativas ao unbundling e com o novo regime de certificação do operador da rede de transporte reforçaram-se assim os critérios de independência e separação efectiva do operador da RNGTN.

V. O novo regime legal do sector do gás natural previsto na Directiva n.º2009/73/CE foi transposto, a nível nacional, pelo Decreto-Lei n.º 230/2012 e pelo Decreto-lei n.º 231/2012, dando-se assim cumprimento às orientações comunitárias e adoptando-se o novo enquadramento legal do sector com vista a dar cumprimento à prossecução de um mercado interno de energia, e, em particular, à conformação de um novo regime legal relativo à actividade de transporte de gás natural.

VI. No que toca ao modelo adoptado pela REN, e à escolha já consagrada, aquando da transposição da Directiva n.º 2003/73/CE, do modelo do ownership unbundling, cremos ter sido esta a opção mais consonante com o panorama nacional (sendo este aliás o modelo adoptado pela maioria dos Estados-membros da União Europeia). Neste âmbito, partilhamos da opinião de que este modelo se apresenta como o paradigma jurídico e funcional que garante uma verdadeira independência do operador da rede de transporte em relação às demais actividades.

VII. Em relação à matéria referente ao acesso de terceiros à rede de transporte concluímos que este tema se reveste da maior importância, pois é um instrumento essencial para o desenvolvimento do mercado de gás natural e para o reforço do direito de acesso à rede. Quanto a este ponto, destacamos a importância e necessidade de este instituto dever ser analisado conjuntamente com as regras de independência e não discriminação em conexão com as das actividades que originam do ponto de vista económico como monopólios naturais.

VIII. Relativamente à gestão técnica global do sistema, conjuntamente com a actividade de transporte de gás natural, estamos perante as actividades da maior relevância ao nível do SNGN, cabendo aquela actividade ao operador da rede de transporte e sendo imperativo que as regras que conformam esta actividade se revistam da máxima transparência, não discriminação e objectividade.

Em conclusão, cremos que a recente legislação do sector do gás natural surtiu o efeito desejado no que toca à prossecução dos seus objectivos. As normas que incidem sobre o operador da rede de transporte revelam-se adequadas para garantir a pretendida independência e separação efectiva, em particular com os novos regimes concernentes ao unbundling e à certificação do operador da RNTGN. As medidas legislativas adoptadas surtiram efeito ao nível do mercado do gás natural, constatando-se um incremento da concorrência e caminhando-se para a efectivação de um verdadeiro

mercado liberalizado. Em relação à função de gestão técnica global do SNGN, por esta se encontrar intrinsecamente ligada à actividade do transporte, é de realçar que efectivando as regras relativas ao transporte de gás natural estas se reflectem também no exercício desta função. Assim sendo, embora assinalemos que presentemente se garantem regras que permitem afirmar que esta actividade é exercida com independência, de forma transparente e não discriminatória não se deverá excluir a possibilidade de mudar o paradigma actualmente implementado, adoptando-se um esquema em que esta actividade fosse executada por uma entidade totalmente independente, no âmbito do SNGN.

BIBLIOGRAFIA

- Anastácio, Gonçalo: “Regulação da Energia, in Regulação em Portugal: Novos Tempos Novos Modelo?” Almedina 2009.
- Apolinário, Marisa: “A Regulação do Sector do Gás Natural em Portugal: Presente e Futuro” Volume I- Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida”: Almedina 2011.
- Caballero, Sánchez R.:“ El papel central de las infraestructuras en rede” Administrativo n.º 1 2002.
- Charpentier, B:”l’indidence du droit communautaire sur le sector gazier” “Service public et communauté européenne: entre l’intérêt général et le marche” Tome I Paris 1998.
- Chevalier, Jean-Marie: “Les grandes batailles de l’ énergie”-Petit traite d’une économie violente: Gallimard 2004.
- Cordeiro, António Menezes: “Parâmetros evolutivos do Direito da Energia” Almedina 2009.
- Da Silva, Suzana Tavares: “Direito da Energia”: Coimbra Editora 2011.
- Del Guayo, Castiella: “El sistema Gasista y su Gestión Técnica”
- Del Guayo, Castiella:”Tratado de Derecho del Gas Natural” Marcial Pons Madrid 2010.
- EuroGas Statistical Report 2012.
- ERSE “Relatório anual para a Comissão Europeia ”-Agosto 2012.
- Lobo, Carlos Baptista: “Sectores em rede: Regulação para a concorrência?” Almedina 2009.
- Livro Branco sobre o mercado o mercado interno 1985.
- Gimeno, J.M Feliu: ”Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitária”: Noticias de la Unión Europea n.º148 1997.
- Gonçalves, Pedro: “Regulação, Electricidade Telecomunicações” Estudos Direito Administrativo da Regulação: Coimbra Editora 2008.
- Gonçalves, Pedro, Martins, Licínio Lopes: “Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador” Estudos Regulação Pública I: Coimbra Editora 2004.
- Gonçalves, Pedro: “A Concessão de Serviços Públicos”: Almedina, Coimbra 2004.

- Gutiérrez, M. Matilde Sánchez: “La regulación de sector del gas natural”: Tirant blanch 1ª Edición 2006.
- Miranda, João: “O regime jurídico de acesso às actividades de produção e comercialização no sector energético nacional” Temas de Direito da Energia Cadernos O Direito n.º3 Almedina 2008.
- Ortiz, Arino: “La Competencia en Sectores Regulados” 2003.
- Pena, Rui, Pacheco, Mónica, Carneiro Apolinário, Marisa: “Legislação do Sector Energético” Volume I-Legislação do Gás Natural-Bases Gerais Comentadas: Almedina 2008.
- Protásio, Manuel, Correia, Catarina Pinto: “Portugal in Legal Aspects of EU Energy Regulation: Implementing the New Directive on Electricity and Gas across Europe” Oxford University Press 2005.
- Manual de Procedimentos da Gestão Técnica Global do Sistema do SNGN 2013.
- Martínez, Juan Miguel De La Cuétara: “La regulación subsiguiente a la liberalización y privatización de servicios públicos” “Os caminhos da privatização da Administração Pública” Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora 2001.
- Marques, Paulo, Melo, Pedro, Pulido, João Garcia, Beato, Alexandra: “ Estudos sobre Energia: Petróleo e Gás”: Almedina 2004.
- Moreira, Vital: “Serviço Público e Concorrência A Regulação do sector eléctrico”: Coimbra Editora 2001.
- Regulamento (UE) n.º 994/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro, relativo a medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento de gás.
- Regulamento da Qualidade de Serviço do Sector do Gás Natural 2013.
- Regulamento de Relações Comerciais do Sector do Gás Natural 2013.
- Regulamento do Acesso às Redes, às Infra-estruturas e às Interligações do Sector do Gás Natural 2013.
- Regulamento Tarifário do Sector do Gás Natural Abril 2013.
- World Energy Outlook 2013.

Outras fontes:

- Sítio da internet da REN: “www.REN.pt”.
- Sítio da internet da Associação Portuguesa de Empresas de Gás Natural: “www.agnatural.pt”.
- Sítio da internet da ERSE: “www.ERSE.pt”.
- Sítio da internet da EDP: “www.edp.pt”.
- Sítio da internet da GALP: “www.galp.pt.”

Anexo I

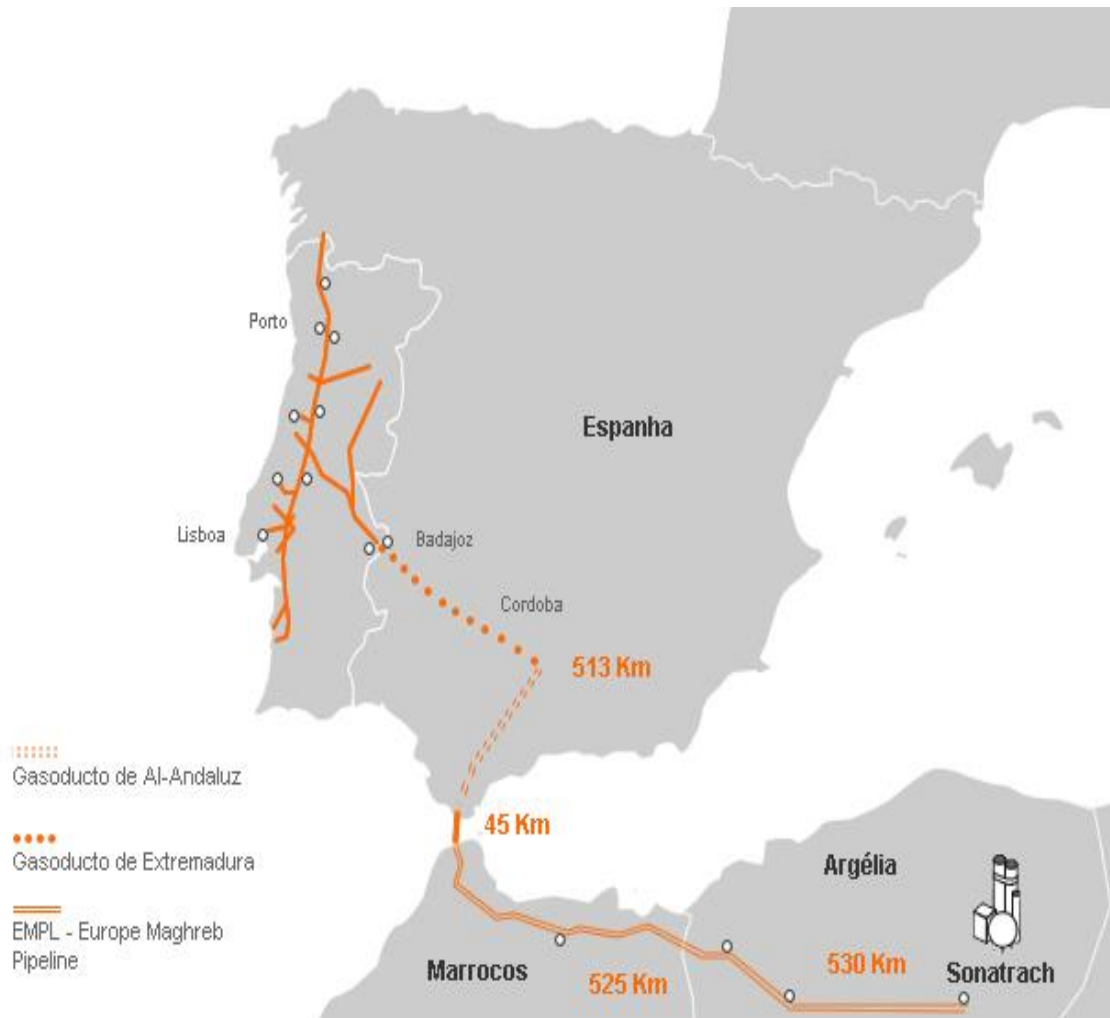
-Rede Nacional de Transporte, Infraestruturas de Armazenamento e Terminais de GNL⁶⁷;



⁶⁷ Mapa disponibilizado pela REN no sítio da internet (acesso em 15.10.2013).

Anexo II

-Rede de Transporte Nacional e Gasodutos de fornecimento de GN⁶⁸;



⁶⁸ Mapa disponibilizado pela Galp no sítio da internet (acesso em 18.11.2013).