

Robert Zajdler*

**ZASTRZEŻENIA
DO DECYZJI KOMISJI EUROPEJSKIEJ
Z 28 PAŹDZIERNIKA 2016 ROKU W SPRAWIE
ZMIANY ZWOLNIENIA DLA GAZOCIĄGU OPAL
(SPRAWA C(2016)6950 FINAL)**

**OBJECTIONS TO THE EUROPEAN COMMISSION DECISION
OF 28TH OCTOBER 2016 IN THE CASE OF THE EXEMPTION
GRANTED TO THE OPAL GAS PIPELINE (CASE C(2016)6950 FINAL)**

Abstract

The investment process in gas infrastructure is often burdened with high investment costs and the risks associated with ensuring its viability. In order to achieve the public objective of security and stability of supply and competition in the natural gas market, while limiting the investment risk on the investor side of the new gas infrastructure, regulations have been introduced to allow the investor not to apply the legal requirements set out in Article 22 of Directive 2003/55/EC (amended by Article 36 of Directive 2009/73/EC) for a specified period of time and after fulfilment of the indicated requirements. The exemption granted by the European Commission to the OPAL gas pipeline by the decision of 28 October 2016 raises doubts as to the legal basis of such exemption and the fulfilment of the substantive conditions governing its granting. The article analyses the decision by criticizing the grounds and merits of its adoption.

Key words: OPAL, natural gas, market liberalisation, derogation

Wstęp

Jednym z fundamentów wewnętrznego rynku gazu ziemnego Unii Europejskiej jest zapewnienie niedyskryminujących i transparentnych zasad dostępu do infrastruktury gazowej, w tym w szczególności gazociągów. Wprowadzane od lat 90. XX w. przepisy liberalizujące funkcjonowanie rynku gazu ziemnego poprzez m.in.: zapewnienie dostępu stron

* Wydział Administracji i Nauk Społecznych, Politechnika Warszawska, pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa, adres e-mail: info@zajdler.eu

trzecich do sieci (tzw. TPA), rozdział działalności w gazownictwie (tzw. *unbundling*), regulacje w zakresie przeprowadzania akcji na przepustowości, regulacje w zakresie wtórnego udostępniania przepustowości, taryfy czy w końcu kontrola regulacyjna, służyły stworzeniu tego rodzaju spójnych reguł funkcjonowania.

Działalność gospodarcza wymagająca istnienia infrastruktury w warunkach rynku konkurencyjnego rodzi jednak dodatkowe ryzyko dla inwestora. Wynika ono z nakładów, jakie należy ponieść na powstanie tej infrastruktury, często kilka lat przed jej udostępnieniem podmiotom działającym na rynku, przy braku pewności, że podmioty zainteresowane będą skorzystaniem z tej infrastruktury. Powyższe ryzyko dotyczy w szczególności inwestorów opierających swój model biznesowy wyłącznie na opłatach pobieranych od usługobiorców danej infrastruktury, które nie będą przenoszone na ogół podmiotów korzystających z całej infrastruktury danego podmiotu. Ryzyko to może całkowicie zniechęcić do budowy tego rodzaju komercyjnych elementów infrastruktury, jak gazociągi, terminale LNG czy instalacje magazynowe. Aby temu zaradzić, regulacje Unii Europejskiej przewidują zwolnienie z wypełnienia przez tego rodzaju inwestorów niektórych wymagań prawnych wynikających z funkcjonowania wewnętrznego rynku gazu ziemnego w zdeterminowanym okresie, co ma zachęcać do podejmowania tego rodzaju inwestycji. Taka decyzja zwolnieniowa udzielana jest we współdziałaniu krajowego regulatora rynku i Komisji Europejskiej.

Celem niniejszego artykułu jest analiza, na ile podjęta przez Komisję Europejską decyzja w sprawie OPAL (niem. *Ostseepipeline-Anbindungsleitung*), zmieniająca zasady udzielonego wcześniej zwolnienia, jest zgodna z przepisami prawa Unii Europejskiej (szerzej w zakresie znaczenia regionalnego zob. Promińska 2013: 148–151). W artykule postawiono tezę, że decyzja Komisji Europejskiej była obarczona wadą, jeśli chodzi o analizę merytoryczną udzielonego zwolnienia. Mogła być również wadliwa w zakresie podstawy prawnej udzielonego zwolnienia.

Historia uzyskania zwolnienia z zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego dla gazociągu OPAL

Właściciele gazociągu OPAL, planując wybudowanie tej infrastruktury, wszczęli postępowanie przed niemieckim regulatorem rynku energii – Bundesnetzagentur (dalej BNetzA) o zwolnienie gazociągu z części wymagań prawnych wynikających z funkcjonowania wewnętrznego rynku gazu ziemnego. Wynikiem tego były dwie decyzje niemieckiego

regulatora rynku energii (BNetzA) z dnia 25 lutego 2009 r., których adresem był OPAL NEL Gastransport (decyzja nr BK7-08-009) oraz E.ON Ruhrgas (decyzja nr BK7-08-010), zwalniające na podstawie art. 22 dyrektywy 2003/55 gazociąg OPAL z niektórych wymagań wynikających z regulacji rynku gazu ziemnego w Unii Europejskiej. Adresem decyzji byli współwłaściciele gazociągu OPAL posiadający 20% udziałów (późniejsze zmiany właścicielskie skutkują tym, iż obecnie adresatami tych decyzji są: WIGA Transport Beteiligungs-GmbH & Co, dalej WIGA, kontrolowany przez OAO Gazprom i BASF SE, posiadający 80% udziałów, oraz Lubmin-Brandov Gastransport GmbH, dalej LBGT). Uzyskane zwolnienie pozwalało na nieudzielanie dostępu stron trzecich (TPA) do OPAL na zasadach wynikających z art. 18 dyrektywy 2003/55 oraz brak obowiązku przedstawiania taryf do zatwierdzenia, wynikającego z art. 25(2)-(4) dyrektywy 2003/55.

Zgodnie z procedurą z art. 22(4) dyrektywy 2003/55 Komisja Europejska wniosła do BNetzA o zmianę zasad udzielenia zwolnienia (Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur für die OPAL-Gasleitung gemäß Art. 22 der Richtlinie 2003/55, Commission request of 12 June 2009, C(2009)4694). Polegała ona na ograniczeniu przepustowości, którą może wykorzystać podmiot dominujący na rynku hurtowym lub detalicznym gazu ziemnego w Czechach do 50% przepustowości dostępnej w punkcie Brandov (interkonektor Niemcy – Czechy). Ograniczenie mogło być zniesione, jeżeli wnioskodawca wprowadziłby dodatkowe warunki, tj. tzw. program uwalniania gazu (ang. *gas release program*), umożliwiający zakup 3 mln m³ gazu przez podmiot trzeci. Decyzja końcowa udzielająca zwolnienia została wydana w dniu 7 lipca 2009 r. i zawierała ograniczenie mocy gazociągu podlegającą zwolnieniu, w połączeniu z programem uwalniania gazu. W dużym uproszczeniu zatem decyzja Komisji Europejskiej z 2009 r. zakładała, że z całej zdolności przesyłowej w punkcie Brandov, tj. ok. 39,7 mln kWh/h (przy założeniu wartości kalorycznej 11,25), 3,7 mln kWh/h, tj. 3 mld m³, musi być udostępnione przez WIGA w ramach tzw. programu *gas release* podmiotom niezależnym na otwartych, transparentnych, niedyskryminujących zasadach, przy założeniu możliwości wyboru punktu wyjścia z sieci. Brak spełnienia tego warunku przez WIGA uniemożliwiał wykorzystanie dodatkowej przepustowości w punkcie Brandov. Z powyższej wielkości przepustowości w Brandov, tj. 39,7 mln kWh/h, 50%, tj. 15,9 mln kWh/h, była wyłączona dla WIGA z TPA i taryf regulowanych, 7,9 mln kWh/h było zarezerwowanych dla obecnego Lubmin-Brandov Gastransport GmbH (dalej LBTG), a pozostałe 50%, tj. 15,9 mln kWh/h, mogło być wykorzystane przez WIGA pod warunkiem udostępnienia 3,7 mln kWh/h dla

niezależnych podmiotów, czyli WIGA mogła wykorzystać maksymalnie 12,2 mln kWh/h.

W dniu 12 kwietnia 2013 r. właściciele OPAL wnieśli o rewizję powyższych decyzji z 2009 r. W wyniku długotrwałego procesu uzgadniania postępowanie zostało zakończone bez rozstrzygnięcia. W dniu 13 maja 2016 r. BNetzA przedstawiło Komisji Europejskiej kolejną propozycję zmiany powyższej decyzji z 2009 r. W wyniku prowadzonych uzgodnień podjęta została przez Komisję Europejską decyzja z dnia 28 października 2016 r. (Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 października 2016 r. o zmianie warunków wyłączenia Ostseepipeline-Anbindungsleitung z wymagań w zakresie dostępu stron trzecich oraz taryf udzielonego na podstawie dyrektywy 2003/55/WE (C(2016) 6950 final)), która pozwalała BNetzA na zmianę zasad udzielonego dla OPAL zwolnienia. Decyzja Komisji Europejskiej z 2016 r. oznacza aukcje FZK dotyczące wolumenu 3,2 mln kWh/h oraz DZK dotyczące wolumenu 12,7 mln kWh/h dla punktu wyjścia Brandov. Aukcje DZK oznaczają w praktyce, że uczestnik aukcji musi mieć zagwarantowane dostawy gazu z punktu Greifswald, co ograniczać może te aukcje dla podmiotów niezależnych. Aukcje FZK dają możliwość uczestnictwa w aukcji, ale nie gwarantują tego, że podmioty powiązane z WIGA będą mogły wykorzystać również te przepustowości. Analizowane przez nas szczegółowe scenariusze, jakie mogą wystąpić, wskazują na słabość mechanizmów kontrolnych w decyzji Komisji Europejskiej z 2016 r. oraz istnienie scenariuszy aukcji, które mogą znacząco ograniczyć możliwości podmiotów takich, jak wnioskodawca.

Decyzja ta, tj. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 października 2016 r. w sprawie zmiany zwolnienia dla Ostseepipeline-Anbindungsleitung z wymagań dostępu stron trzecich do sieci i regulowanych taryf udzielonego na podstawie dyrektywy 2003/55/WE (sprawa C(2016)6950 final) została zaskarżona do Sądu Unii Europejskiej przez PGNiG Supply&Trading GmbH z siedzibą w Monachium (Niemcy), sprawa nr T-849/16, i Polskę, sprawa nr T-883/16.

Zasady udzielania zwolnienia

Proces inwestycyjny w infrastrukturę gazową jest częstokroć obciążony wysokimi kosztami inwestycyjnymi oraz ryzykiem związanym z zapewnieniem jej rentownego funkcjonowania. W celu umożliwienia realizacji celu publicznego, jakim jest bezpieczeństwo i stabilność dostaw oraz konkurencja na rynku gazu ziemnego, przy jednoczesnym ograniczeniu ryzyka inwestycyjnego po stronie inwestora nowej infra-

struktury gazowej, wprowadzono regulacje umożliwiające inwestorowi niestosowanie wymagań prawnych określonych w art. 22 dyrektywy 2003/55/WE (zastąpionej art. 36 dyrektywy 2009/73/WE) przez określony czas i po spełnieniu enumeratywnie wskazanych wymagań. Takie zwolnienie ma zapewnić większą stabilność inwestorowi w momencie podejmowania decyzji o rozpoczęciu inwestycji.

Ratio legis tych regulacji wynika z zasad wynagradzania operatorów systemów przesyłowych, dystrybucyjnych, LNG i magazynowania, działających na wewnętrznym rynku gazu Unii Europejskiej. Zasady te oparte są na regulowanym zwrocie z inwestycji, określonym w administracyjnie zatwierdzanych taryfach. Ryzyko związane z nowymi inwestycjami infrastrukturalnymi jest trudne do oszacowania i przeniesienia w tych taryfach, co negatywnie wpływa na rozwój nowych inwestycji. Z tego względu istniała konieczność zagwarantowania inwestorom, decydującym się na określone inwestycje infrastrukturalne, większego i bardziej stabilnego źródła przychodu niż może to zagwarantować w pełni zliberalizowany i konkurencyjny rynek gazu (zob. Jong de, Lippe van der, Knops 2007; Jong de, Knops (red.) 2006; Spanjer 2008).

Zgodnie z art. 36 dyrektywy 2009/73:

„Istotna nowa infrastruktura gazowa, tj. połączenia wzajemne, instalacje LNG i instalacje magazynowe, mogą na wniosek zostać zwolnione na czas określony ze stosowania przepisów art. 9, 32, 33 i 34 oraz art. 41 ust. 6, 8 i 10 pod następującymi warunkami:

- a) inwestycja musi zwiększać konkurencję w dostawach gazu i zwiększać bezpieczeństwo dostaw;
- b) poziom ryzyka związanego z inwestycją musi być taki, że inwestycja nie miałaby miejsca bez udzielenia zwolnienia;
- c) infrastruktura musi być własnością osoby fizycznej lub prawnej, która jest odrębna, przynajmniej w zakresie swojej formie prawnej, od operatorów systemów, w których systemach zostanie wybudowana ta infrastruktura;
- d) na użytkowników infrastruktury muszą zostać nałożone opłaty; oraz
- e) zwolnienie nie może mieć szkodliwego wpływu na konkurencję i skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego gazu ziemnego lub na skuteczne funkcjonowanie systemu podlegającego regulacji, do którego podłączona jest dana infrastruktura”.

W świetle powyższego przepisu, analizując podstawy prawne oraz merytoryczne rozstrzygnięcie zawarte w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 28 października 2016 r., powstaje kilka wątpliwości przedstawionych poniżej.

Gazociąg OPAL jako istotna nowa lub istniejąca infrastruktura

Pierwsza z wątpliwości dotyczy istnienia podstawy prawnej zwolnienia. Przepis art. 36 dyrektywy 2009/73 umożliwia udzielenie zwolnienia wyłącznie dla nowej infrastruktury gazowej i istotnej infrastruktury gazowej. Przepis art. 2(33) dyrektywy 2009/73 definiuje nową infrastrukturę jako „infrastrukturę nieukończoną do dnia 4 sierpnia 2003 r.” Brak jest jednak uregulowania, co rozumie się przez infrastrukturę istotną. Brak jest również uregulowania, czy infrastruktura, która może podlegać zwolnieniu, musi spełniać przesłankę „istotnej” i równocześnie „nowej”, czy też wystarczy spełnienie jednej z tych przesłanek.

Wydaje się, że zwolnieniu powinna podlegać wyłącznie infrastruktura nowa, która równocześnie spełnia przesłankę bycia istotną. Zatem obie te przesłanki powinny być spełnione równocześnie. Zwolnienie jest bowiem udzielane nie tylko w interesie samego przedsiębiorstwa gazowego, ale służy równocześnie osiągnięciu określonych celów w ogólnym interesie gospodarczym. Celem takim jest zwiększenie możliwości dywersyfikacyjnych zapewniających wyższy poziom bezpieczeństwa energetycznego, jak również umożliwienie szerszej konkurencji podmiotom działającym na tym rynku poprzez zapewnienie dodatkowych możliwości technicznych funkcjonowania. Nie każda nowa infrastruktura spełnia tego rodzaju cele o charakterze publicznym.

O konieczności takiego rozumienia tego przepisu świadczyć może również art. 36 ust. 2 dyrektywy 2009/73, który dotyczy zwolnienia dla infrastruktury istniejącej. Zgodnie z jego brzmieniem, zwolnienie może być udzielone, jeżeli nastąpi „znaczący wzrost zdolności istniejącej infrastruktury i zmiany tej infrastruktury umożliwiającej rozwój nowych źródeł dostaw gazu”. Powyższe wskazuje zatem na rozróżnienie przesłanek dla nowej infrastruktury oraz dla istniejącej.

W stosunku do istniejącej infrastruktury wątpliwości może budzić, na ile obie przesłanki muszą być spełnione łącznie. Czy na przykład istniejąca infrastruktura gazociągowa musi równocześnie zapewnić wzrost zdolności przesyłowej gazociągu oraz zapewnić rozwój nowych źródeł dostaw gazu, czy też każda z tych przesłanek może być oddzielną podstawą merytoryczną zwolnienia. Wydaje się, że powyższe przesłanki powinny być traktowane oddzielnie. Pomimo że wykładnia językowa przemawia za ich łącznym traktowaniem, to wykładania funkcjonalna wydaje się tego nie potwierdzać. Funkcją tych przepisów jest udzielenie dodatkowych korzyści inwestorowi w zakresie istniejącej infrastruktury. Korzyści te muszą mieć nie tylko wymiar dla tego inwestora, ale mieścić się w ogólnym interesie gospodarczym. Istotny wzrost zdolności przesy-

lowej związany jest ze znaczącymi inwestycjami w gazociąg. Zapewnienie poprzez zmianę infrastruktury dostępności i wykorzystania nowych źródeł gazu nie musi się zaś wiązać ze zwiększeniem przepustowości gazociągu, ale na przykład podłączeniem go do innego źródła pozyskania gazu. W pierwszym przypadku uzyskujemy efekt w ogólnym interesie gospodarczym związany z możliwością większych dostaw gazu, w tym drugim z dywersyfikacją.

Odnosząc się do OPAL, powstaje problem, czy należy tę infrastrukturę traktować jako nową, w rozumieniu art. 36 ust. 1 w zw. z art. 2(33) dyrektywy 2009/73, czy też jako infrastrukturę istniejącą. OPAL nie był ukończony przed dniem 4 sierpnia 2003 r., zatem od strony formalnej spełnia przesłankę bycia „nową infrastrukturą gazową”, pomimo komercyjnego funkcjonowania od kilku lat. Przeciw uznaniu OPAL za nową infrastrukturę przemawia cel tych przepisów. Mają one służyć ograniczeniu ryzyka inwestycyjnego dla inwestora planującego wybudowanie nowej infrastruktury, przy braku pewności co do zainteresowania podmiotów korzystaniem z niej. Tej przesłanki OPAL nie spełnia, gdyż infrastruktura funkcjonuje kilka lat i jest w dużej mierze wykorzystywana komercyjnie. Nie spełnia ona również przesłanek wymaganych dla infrastruktury istniejącej, gdyż nie nastąpiła ani jej rozbudowa dająca znacząco większe zdolności przesyłowej, ani też nie nastąpiło udostępnienie nowych źródeł gazu. Sąd Unii Europejskiej będzie musiał zatem rozstrzygnąć, której z tych interpretacji dać pierwszeństwo. Danie pierwszeństwa wykładni językowej rodzi ryzyko kolejnych wniosków rozszerzających zwolnienie dla infrastruktury nieistniejącej przed 4 sierpnia 2003 r.

Rozpatrując decyzje Komisji Europejskiej w sprawie OPAL, brak jest również analizy w zakresie spełnienia przesłanki „istotności”, czego wymaga przepis art. 36(1) dyrektywy 2009/73. Wydaje się, że odmiennie niż w przypadku analizy, czy infrastruktura jest nowa, przymiot jej istotności nie ulega tak znacznym zmianom w tak krótkim czasie. Stąd to może przesłankę do uznania, iż infrastruktura ta zachowuje przymiot istotności. Z drugiej strony jednak warunki korzystania z tej infrastruktury mogą rodzić wątpliwości co do jej faktycznej istotności z punktu widzenia ogólnego interesu gospodarczego. OPAL stanowi odnogę gazociągu North Stream 1, czyli umożliwia *de facto* przesłanie wyłącznie gazu ziemnego z kierunku rosyjskiego, a co za tym idzie, wyklucza praktycznie zakup gazu z alternatywnego źródła. Porównując to do rynku LNG, można wysnuć tezę, że gazociąg o tak ograniczonych możliwościach dywersyfikacji źródeł pozyskania gazu ziemnego, jak to ma miejsce w przypadku OPAL, czy tak ograniczonych możliwościach

faktycznego dostępu do jego przepustowości w punkcie wejścia może nie spełnić przesłanki „istotności” na obecnym etapie rozwoju rynku gazu ziemnego Unii Europejskiej. Analizą tej przesłanki w kontekście zwolnienia dla OPAL będzie również musiał zająć się Sąd Unii Europejskiej w powyższych postępowaniach.

Spełnienie przesłanek materialnych zwolnienia

Zwolnienie dotyczące gazociągu OPAL udzielone decyzją z 2009 r. oparte było na analizie wymagania art. 22 dyrektywy 2003/55/WE. Pomimo niezmiennego zakresu merytorycznego regulacji art. 36 dyrektywy 2009/97, która zastąpiła poprzednią dyrektywę, przepisy te nie przewidują procedury rewizji decyzji już wydanej. Decyzją z dnia 28 października 2016 r. Komisja Europejska dokonała *de facto* korekty swojej wcześniejszej decyzji i wydanej na jej podstawie decyzji BNetzA z 2009 r. O ile można zgodzić się, że podmiot ma prawo wystąpić o zmianę wydanej decyzji, a organ ma możliwość ją zmienić nawet przy braku wyrażonej delegacji w tym zakresie, to powinno to nastąpić w wyniku całościowej analizy stanu faktycznego i prawnego w momencie wydania tej nowej decyzji. Takie podejście zapewnia uwzględnienie przesłanki interesu publicznego w ponownie dokonanej ocenie. Wymaga również całościowej analizy stanu prawnego i faktycznego na moment wydania nowej decyzji. Analiza powinna obejmować spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2009/36, tj.: 1) czy inwestycja zwiększa konkurencję w dostawach gazu ziemnego, 2) czy inwestycja zwiększa bezpieczeństwo dostaw gazu, 3) czy występuje takie ryzyko dla inwestycji, które wykluczać może jej realizację bez zwolnienia, 4) czy zapewniony jest *unbundling*, 5) czy będą nakładane opłaty na użytkowników, 6) czy nie ma negatywnego wpływu inwestycji na rozwój rynku wewnętrznego i konkurencję na tym rynku. Takiej analizy Komisja Europejska jednak nie dokonała.

Przeprowadzając analizę przedmiotową decyzji Komisji Europejskiej z 2016 r., można odnieść wrażenie, iż służy ona wyłącznie wyeliminowaniu wymagań nałożonych na OPAL w związku z zasadami jego udostępniania podmiotom niezależnym od właścicieli OPAL. W uproszczeniu logika decyzji Komisji Europejskiej jest taka, że skoro inwestor nie wypełnia swoich wcześniejszych zobowiązań wynikających z decyzji zwolnieniowej z 2009 r., w wyniku czego ponosi negatywne konsekwencje finansowe, bo nie może w całości wykorzystywać zdolności przesyłowych gazociągu, to należy obniżyć wymagania w tym zakresie

i obniżyć poziom zobowiązań w ogólnym interesie gospodarczym. Równocześnie Komisja Europejska nie wskazała, że poprzednie wymagania były niemożliwe do spełnienia czy też rażąco wygórowane. Oznacza to brak zabezpieczenia interesów alternatywnych dostawców gazu ziemnego. Stwarza więc groźny dla rynku precedens dokonywania przez Komisję Europejską podobnych zmian dla innych operatorów infrastruktury, którzy uzyskali już decyzję zwolnieniową, wybudowali infrastrukturę będącą przedmiotem zwolnienia i dokonują następnie uzgodnień z krajowym organem regulacyjnym i Komisją Europejską w celu uzyskania dodatkowej przewagi konkurencyjnej na rynku, zamiast realizować przyjęte wcześniej zobowiązanie, które było jednym z elementów zgody na uzyskane wcześniej zwolnienie.

Dalszy rozwój wewnętrznego hurtowego rynku gazu ziemnego w Unii Europejskiej uzależniony jest od większego powiązania infrastrukturalnego, poprzez rozwój gazociągów, w tym połączeń wzajemnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, terminali LNG oraz instalacji magazynowych. Nie jest przy tym istotne jedynie istnienie infrastruktury, ale kluczowy jest dostęp do niej na jednolitych i przejrzystych zasadach. Te jednolite i przejrzyste zasady zostały określone poprzez szereg regulacji prawa Unii Europejskiej. Istotne jest jednak jednolite i transparentne stosowanie tych przepisów w ramach Unii Europejskiej (są to w szczególności: dyrektywa 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz.U. UE L 211 z 14.08.2009 r., s. 94–136), rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 (Dz.U. L 211 z 14.08.2009 r., s. 36–54) oraz uszczegóławiające je przepisy tzw. kodeksów sieci. W szczególności za istotne dla obszaru rynku hurtowego postrzegamy regulacje rozporządzenia Komisji Europejskiej (EU) nr 312/2014 z dnia 26 marca 2014 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący bilansowania gazu w sieciach przesyłowych (Dz.U. L 91 z 27.03.2014 r., s. 15) oraz rozporządzenie Komisji (UE) nr 984/2013 z dnia 14 października 2013 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący mechanizmów alokacji zdolności w systemach przesyłowych gazu i uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 (Dz.U. L 273 z 15.10.2013 r., s. 5–17). Przedmiotowa decyzja Komisji Europejskiej z 2016 r. co prawda odnosi się do powyższych regulacji w zakresie proponowanych aukcji FZK i DZK, ale nie daje żadnych rzeczywistych gwarancji, że możliwe będzie wykorzystanie gazociągu OPAL w większym zakresie niż obecnie przez niezależne podmioty.

Decyzja Komisji Europejskiej z 2016 r. w sposób bardzo ograniczony odnosi się do wpływu zaproponowanej regulacji na rynek konkurencyjny. Argumentacja Komisji Europejskiej w tym zakresie koncentruje się na dwóch aspektach, tj. na wzmocnieniu znaczenia hubu gazowego Gaspool oraz braku jednoznacznych negatywnych konsekwencji dla rozwoju konkurencji na rynku czeskim (hurtowym i detalicznym) po wejściu w życie przedmiotowej decyzji Komisji Europejskiej z 2016 r. W wielu jednak miejscach uzasadnienia tej decyzji oczekiwane pozytywne skutki nie są jednoznaczne. Komisja Europejska nie wskazuje żadnych szacunków, a wielokrotnie uzasadnia swoją decyzję daleko posuniętym oczekiwaniem co do rozwoju sytuacji na rynku. Zgodnie zaś z wymaganiami z art. 36 dyrektywy 2009/73 analiza wpływu na rynek konkurencyjny powinna określać, czy inwestycja zwiększa konkurencję w dostawach gazu ziemnego, przez co należy rozumieć konkurencję na szerszym rynku, tj. co najmniej na rynku regionalnym, jak nie rynku całej Unii Europejskiej.

Komisja Europejska powinna uwzględnić analizę wpływu w kontekście dłuższego horyzontu czasowego. Skoro decyzja zwolnieniowa została wydana w 2009 r. na 22 lata, należałoby dokonać symulacji, jak wyglądać może infrastruktura w tym okresie oraz potencjalne przepływy handlowe przez cały okres obowiązywania zwolnienia z niektórych reguł rynku konkurencyjnego. W przeciwnym razie decyzja ta może skutkować barierami w dalszej integracji rynków.

W końcu, jedną z przesłanek wydana decyzji udzielającej zwolnienia jest udowodnienie przez inwestora, że występuje takie ryzyko dla inwestycji, które wykluczać może jej realizację bez uzyskania zwolnienia. Spełnienie tej przesłanki przez OPAL wydaje się trudne, gdyż infrastruktura została wybudowana i funkcjonuje. Ewentualna decyzja dająca większe zwolnienie może jedynie przynosić dodatkowe korzyści dla inwestora. Powstaje w tym zakresie wątpliwość, czy intencją ustawodawcy wspólnotowego było, aby udzielać zwolnienia również w takiej sytuacji. Wydaje się, że celem było wsparcie wyłącznie takich projektów inwestycyjnych, które nie byłyby zrealizowane bez uzyskania takiego wsparcia.

Podsumowanie

Powyższe argumenty potwierdzają niewzięcie przez Komisję Europejską pod uwagę istotnych przesłanek merytorycznych udzielonego zwolnienia. Wskazują również wątpliwości co do podstaw formalnych tego zwolnienia, gdyż wydaje się, że OPAL powinien być traktowany

jak istniejąca infrastruktura, a nie nowa, a tym samym inna powinna być podstawa prawna i przesłanki warunkujące udzielenie takiej zgody.

Prowadzone przed Sądem Unii Europejskiej postępowania w sprawach z powództwa PGNiG Supply&Trading GmbH oraz Polski przeciwko Komisji Europejskiej o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 28 października 2016 r. w sprawie zmiany warunków wyłączenia gazociągu OPAL z obowiązku stosowania zasady dostępu stron trzecich (TPA) oraz regulacji taryf udzielonych na podstawie dyrektywy 2003/55/WE (sprawy odpowiednio nr T-849/16 i nr T-883/16) mogą odpowiedzieć na kilka kluczowych kwestii związanych z zasadami funkcjonowania rynku gazu ziemnego. Po pierwsze, na ile duża jest swoboda decyzyjna Komisji Europejskiej i krajowych organów regulacyjnych w zakresie zmiany udzielonego zwolnienia z wymagań rynku wewnętrznego gazu ziemnego. Odpowiedzi wymaga, czy możliwe jest dokonanie zmiany tylko niektórych elementów decyzji, bez ponownej całościowej oceny wszystkich przesłanek wynikających z art. 36 dyrektywy 2009/73, w nowym kontekście rynkowym. Po drugie, jak należy rozumieć istotną nową infrastrukturę oraz, w tym kontekście, czy OPAL zaliczałby się do nowej, czy też istniejącej infrastruktury. Rozwianie powyższych wątpliwości może mieć znaczenie w perspektywie dostępu do innych mogących powstać inwestycji infrastrukturalnych w gazownictwie.

Bibliografia

- Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur für die OPAL-Gasleitung gemäß Art. 22 der Richtlinie 2003/55, Commission request of 12 June 2009, C (2009) 4694, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/exemption_decisions_15.pdf
- Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur für die OPAL-Gasleitung gemäß Art. 22 der Richtlinie 2003/55, Commission request of 12 June 2009, C (2009) 4694, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/exemption_decisions_15.pdf
- Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 października 2016 r. o zmianie warunków wyłączenia Ostseepipeline-Anbindungsleitung z wymagań w zakresie dostępu stron trzecich oraz taryf udzielonego na podstawie Dyrektywy 2003/55/WE (C(2016) 6950 final).
- Dyrektywa 2009/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz.U. UE L 211 z 14.08.2009 r., s. 94–136).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.U. L 176 z 15.7.2003r.).
- Jong H.M. de, Knops H.P.A. (red.) 2006, *Merchant transmission investment in Europe: oportunities for private initiatives in a regulated market segment*, IAEE International Conference June 2006, Potsdam.

- Jong H.M. de, Lippe J.C. van der, Knops H.P.A. 2007, *Investment in cross border transmission capacity: Economics or Politics?*, A European Case Study, Delf University of Technology, The Netherlands.
- Promińska K. 2013, *Wpływ współpracy energetycznej krajów Europy Środkowej na regionalne bezpieczeństwo energetyczne i politykę energetyczną UE*, „Zeszyty Natolińskie“ nr 51, Warszawa.
- Rozporządzenia Komisji Europejskiej (EU) nr 312/2014 z dnia 26 marca 2014 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący bilansowania gazu w sieciach przesyłowych (Dz.U. L 91 z 27.03.2014 r., s. 15).
- Rozporządzenie Komisji (UE) nr 984/2013 z dnia 14 października 2013 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący mechanizmów alokacji zdolności w systemach przesyłowych gazu i uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 (Dz.U. L 273 z 15.10.2013 r., s. 5–17).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 (Dz.U. L 211 z 14.08.2009 r., s. 36–54).
- Spanjer A. 2008, *Do TPA Exemptions Solve The Hold-Up Problem on European Gas Markets?*, *Zeitschrift für Energiewirtschaft*, vol. 32, no. 1, s. 46–51.