



Aktualna sytuacja prawna gazociągu OPAL

Szymon Zaręba

W grudniu 2016 r. spółkom z grupy PGNiG udało się na drodze sądowej doprowadzić do zawieszenia stosowania decyzji Komisji Europejskiej i zmienionych przez niemieckiego regulatora – na korzyść Gazpromu – zasad eksploatacji gazociągu OPAL. Mimo to Gazprom zwiększył wykorzystanie gazociągu do maksimum. O ile jego postępowanie nie może zostać uznane za sprzeczne z prawem unijnym i niemieckim, o tyle działania niemieckich organów naruszają unijną zasadę lojalnej współpracy. Polska powinna skłonić Komisję Europejską do tego, by zagwarantowała, że do czasu zapadnięcia ostatecznych rozstrzygnięć sądowych nie będą stosowane nowe zasady korzystania z gazociągu.

Podjęte kroki prawne. 4 grudnia 2016 r. spółka PGNiG Supply & Trading GmbH, należąca do polskiej grupy kapitałowej PGNiG, złożyła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) skargę na decyzję Komisji Europejskiej (KE) z 28 października 2016 r. Decyzja ta jest niekorzystna z punktu widzenia polskiego bezpieczeństwa energetycznego, gdyż de facto umożliwia Gazpromowi znaczące zwiększenie ilości gazu ziemnego transportowanego gazociągiem OPAL¹. Zarazem spółka wystąpiła z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności tej decyzji. 16 grudnia decyzję KE zaskarżył też polski rząd, również wnosząc o zawieszenie jej stosowania. 23 grudnia 2016 r. TSUE wydał postanowienie zawieszające. Choć nie zostało ono upublicznione, na podstawie oświadczeń PGNiG i praktyki TSUE można założyć, że będzie obowiązywało do momentu rozstrzygnięcia sprawy przez Trybunał. Jednocześnie zgodnie z regulaminem postępowania przed Trybunałem nie podlega ono zaskarżeniu.

15 grudnia 2016 r. PGNiG Supply & Trading GmbH wraz z jej spółką matką PGNiG S.A. złożyły skargę do niemieckiego wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie na porozumienie między niemieckim regulatorem Bundesnetzagentur (BNetzA) a spółką OPAL Gastransport GmbH i dwiema spółkami zależnymi Gazpromu, zawarte 28 listopada 2016 r. Miało ono dostosowywać obowiązujące wcześniej zasady korzystania z gazociągu OPAL do decyzji Komisji. Obie spółki z grupy PGNiG zwróciły się też z wnioskiem o tymczasowe zawieszenie stosowania tego porozumienia. 30 grudnia 2016 r. sąd w Düsseldorfie wydał postanowienie, w którym częściowo uwzględnił ich wnioski. Zakazał w nim organizowania dalszych aukcji przepustowości gazociągu na okresy dzienne, tygodniowe, miesięczne i roczne do czasu wydania orzeczenia w przedmiocie złożonej do niego skargi. Jeszcze tego samego dnia BNetzA wydała decyzję, na mocy której zawiesiła stosowanie porozumienia z 28 listopada w zakresie wskazanym w postanowieniu.

Prawo a rzeczywistość. 19 grudnia 2016 r. odbyła się zorganizowana przez OPAL Gastransport aukcja przepustowości gazociągu OPAL na styczeń 2017 r. Z informacji medialnych wynika, że prawdopodobnie wszystkie dostępne przepustowości zostały wykupione przez Gazprom. Co więcej, już z 22 na 23 grudnia zaobserwowano znaczny wzrost wykorzystania gazociągu OPAL oraz połączonego z nim gazociągu Nord Stream. Analizując dane udostępniane przez Europejską Sieć Operatorów Systemów Przesyłowych Gazu (ENTSOG), można zauważyć, że o ile jeszcze 22 grudnia ogólne wykorzystanie obu gazociągów wynosiło szacunkowo 69% i 76%, to już 28 grudnia osiągnęło odpowiednio 90% i 91%, a obecnie kształtuje się na poziomie 99% i 101%. Dane ENTSOG odnoszące się do okresu rozpoczynającego się 22–23 grudnia ukazują jednocześnie stopniowo rosnące wielkości jednodniowych rezerwacji tzw. przepustowości przerywanych (z zauważalnym spadkiem w dniu 31 grudnia). Można więc przypuszczać, że do końca 2016 r. Gazprom dokonywał rezerwacji przepustowości gazociągu OPAL w oparciu o kontrakty jednodniowe,

¹ Szerzej na temat samego gazociągu i treści decyzji: S. Zaręba, *Możliwości zaskarżenia decyzji Komisji Europejskiej w sprawie gazociągu OPAL*, „Biuletyn PISM”, nr 86 (1436), 6 grudnia 2016 r.

a z początkiem stycznia 2017 r. zaczął korzystać z niej w pełnym zakresie w oparciu o miesięczne aukcje wygrane 19 grudnia 2016 r.

Przyczyną lekceważącego stosunku Gazpromu i OPAL Gastransport do postanowienia TSUE jest niefortunna konstrukcja prawna zawarta w unijnej dyrektywie 2009/73/WE w zakresie zwolnień ze stosowania jej niektórych postanowień, m.in. zasady dostępu strony trzeciej i regulacji taryfowych. Z brzmienia art. 36 tej dyrektywy – czyli przepisu, który stanowił podstawę decyzji wydanej przez Komisję – wynika, że decyzja w sprawie zwolnienia jest kierowana wyłącznie do organu regulacyjnego danego państwa, który zawiadomił KE o udzieleniu zwolnienia. Jej adresatami nie są więc właściciele, użytkownicy ani operatorzy systemu przesyłowego, a jedynie taki organ. Tę interpretację potwierdza brzmienie decyzji z 28 października, w której na przedostatniej stronie jako adresat wskazana jest wyłącznie BNetzA. Tymczasem art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi wyraźnie, że „decyzja, która wskazuje adresatów [część unijnych decyzji adresatów nie wymienia – przyp. aut.], wiąże tylko tych adresatów”.

OPAL Gastransport i spółki zależne Gazpromu nie są więc związane decyzją Komisji ani odnoszącym się do niej postanowieniem TSUE. Ich działalność regulują bezpośrednio tylko przepisy niemieckie, a do nich spółki te stosowały się niemal wzorowo. W świetle niemieckiego prawa porozumienie między spółkami zależnymi Gazpromu, BNetzA i OPAL Gastransport z 28 listopada 2016 r. pozostawało w mocy do momentu nakazania przez sąd w Düsseldorfie jego tymczasowego zawieszenia. Gazprom i OPAL Gastransport mogły się więc na nie skutecznie powoływać, a sukcesywnie rosnące jednodniowe rezerwacje przepustowości dokonywane przez Gazprom nie były sprzeczne z niemieckim prawem.

Po wydaniu 30 grudnia 2016 r. postanowienia niemieckiego sądu i decyzji BNetzA sytuacja się zmieniła. O ile samo orzeczenie było również skierowane tylko do BNetzA, o tyle zakaz dokonywania m.in. nowych aukcji jednodniowych, ustanowiony przez niemieckiego regulatora, był wiążący dla operatora i użytkowników OPAL-u. To dlatego wielkość rezerwacji przepustowości dokonanej przez Gazprom na 31 grudnia była zauważalnie niższa niż dotąd (zbliżona do tych sprzed grudnia ub.r.) i dlatego tego dnia odnotowano spadek wykorzystania gazociągu. W ten sposób Gazprom dał sygnał, że podporządkował się decyzji BNetzA i powrócił do stosowania obowiązujących uprzednio zasad korzystania z OPAL-u. Ponowne podwyższenie przez Gazprom rezerwacji i wykorzystania przepustowości gazociągu 1 stycznia br., zgodne z warunkami wygranej przez niego aukcji, również nie naruszyło decyzji BNetzA z 30 grudnia, gdyż nie odnosiła się ona do aukcji już zakończonych.

Wnioski. Zaskarżenie przez spółki z grupy PGNiG zawartego 28 listopada 2016 r. porozumienia BNetzA, Gazprom i OPAL Gastransport przed sądem niemieckim należy uznać za ważny krok w kierunku realnego ograniczenia wykorzystania gazociągu OPAL zgodnie z intencją TSUE. W świetle przepisów unijnych od Gazpromu można byłoby bowiem oczekiwać jedynie, by dobrowolnie podporządkował się postanowieniu TSUE dotyczącemu zawieszenia stosowania decyzji KE. Znaczenia tego kroku nie można jednak przeceniać. Skłonienie Gazpromu do zmniejszenia transportu gazu gazociągiem OPAL do poziomu, w jakim korzystał z niego jeszcze na początku grudnia 2016 r., będzie zadaniem trudnym. Dotychczasowe działania Gazpromu dowodzą jego zdolności do perfekcyjnego wykorzystania niefortunnie skonstruowanych przepisów unijnych oraz pobłażliwości władz niemieckich. Wśród potencjalnych zagrożeń należy wskazać bardzo wąski zakres przedmiotowy decyzji BNetzA z 30 grudnia 2016 r., która zabrania operatorowi gazociągu, OPAL Gastransport, wyłącznie organizowania aukcji dziennych, tygodniowych, miesięcznych i rocznych. Nie wyklucza natomiast możliwości przeprowadzenia aukcji na inne okresy – np. śróddziennych lub kwartalnych – i nie ogranicza Gazpromowi prawa do uczestnictwa w takich aukcjach. Jak wynika z uzasadnienia decyzji BNetzA, obowiązek zastosowania takiego rozwiązania został narzucony niemieckiemu regulatorowi przez sąd w Düsseldorfie. Niemniej fakt, że nałożono zobowiązanie tak mało rygorystyczne i łatwe do obejścia w celu zachowania status quo i zapobieżenia poniesieniu strat przez skarżących (taki cel mają środki tymczasowe stosowane w tego rodzaju przypadkach), można uznać jedynie albo za szkolny błąd, albo za działanie świadomie nieporadne.

O ile Gazprom i OPAL Gastransport po prostu maksymalnie wykorzystują pozostawione im możliwości manewru, o tyle działania niemieckich organów państwowych budzą zaskoczenie. Z wyroków TSUE w sprawach C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* i C-94/00 *Roquette Frères* wynika, że w przypadkach, w których Trybunał zarządza środki takie jak zawieszenie stosowania decyzji KE, organy państwa członkowskiego – w tym także sądy – muszą w jak największym stopniu uwzględnić zajęte przez niego stanowisko. Dotyczy to szczególnie spraw, w których władze unijne i krajowe są zobowiązane do koordynacji działań w zakresie swoich kompetencji, by osiągnąć cele unijnych traktatów. W przeciwnym wypadku naruszają obowiązek lojalnej współpracy między Unią i państwami członkowskimi wyrażony w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE). Taka sytuacja występuje w analizowanej sprawie.

Polska powinna rozważyć zasygnalizowanie Komisji Europejskiej, że konieczne są działania w celu wyegzekwowania od władz niemieckich poszanowania postanowienia TSUE. Ważny sprawdzian skuteczności środków przyjętych przez Niemcy i podporządkowania się im przez Gazprom nastąpi na początku lutego br. Upłynie wtedy okres, na jaki Gazprom zakupił wolne przepustowości w grudniu 2016 r. Jeżeli nie spadnie wówczas wykorzystanie przepustowości gazociągu do poziomów z początku grudnia 2016 r., będzie to ewidentny dowód tego, że organy niemieckie nie wdrożyły odpowiednio postanowienia TSUE.