

Adam Szafranski
Uniwersytet Warszawski

AGENCJA DS. WSPÓLPRACY ORGANÓW REGULACJI ENERGETYKI

1. AGENCJA DS. WSPÓLPRACY ORGANÓW REGULACJI ENERGETYKI – CZYM JEST I CZEMU SŁUŻY

Znakomity artykuł¹ niedawno zmarłego sędziego Antonina Scalii spowodował mnie do poświęcenia chwili uwagi niezależnym organom w Polsce i Unii Europejskiej, doprowadzając, z racji moich zainteresowań, do jednego z nich: do nowej agencji regulacyjnej Unii Europejskiej zajmującej się nadzorem nad rynkiem energetycznym. Wprawdzie A. Scalia prowadził swoje rozważania wokół aktywizmu sędziowskiego, rozpoczął je jednak od przywołania powszechnej w pierwszej połowie XX w. wiary w niezależne od rządu agencje specjalistów podejmujących ważne decyzje w odseparowaniu od polityki rządu. Jednocześnie autor uznał tę wiarę za naiwność niemającą wiele wspólnego z rzeczywistością. Kwestionował kompetencje „specjalistów” do podejmowania decyzji politycznych poza kontrolą legitymowanego do tego przez wybory rządu.

Podważana przez A. Scalię wiara przywołuje polskie dyskusje na temat niezależnych organów centralnych, które mają dodatkowo europejski kontekst. Części bowiem z nich nie byłoby, gdyby nie wymuszały tego przepisy europejskie. Jeśli zaś istniałyby, to zapewne nie w takim kształcie jak obecnie. Można przypuszczać, że w obszarze energetyki, a ten jest bodaj najbardziej emblematyczny ze względu na ilość zmian wprowadzanych w ostatnich dwudziestu latach, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki nie byłby organem kadencyjnym, wyposażonym w takie kompetencje jak obecnie, gdyby nie prawo Unii Europejskiej. Ostatecznie okoliczność, czy kształt danej instytucji jest proweniencji wyłącznie krajowej czy też europejskiej, nie zmienia faktu, że może być on poddany krytyce jako kolejny wyraz przekonania, że najlepsze co może nas spotkać, to rządy niezależnych specjalistów.

¹ A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as moral arbiters*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2009, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf> (dostęp: 16.12.2017 r.).

Do, nazwijmy ją, „krytyki naiwności” należy dodać podnoszony przez politologów i prawników deficyt legitymacji instytucji Unii Europejskiej na poziomie europejskim. Jej znanym wyrazicielem jest Joseph Weiler². Chodzi tu nie tyle o legalność instytucji, co ich akceptowalność społeczną i etyczne uzasadnienie istnienia i prowadzenia działalności. W refleksję nad kryzysem legitymacji organów i instytucji Unii Europejskiej wpisują się rozważania wokół organów wyspecjalizowanych, tworzonych obok Komisji Europejskiej. Czy tworzenie takich organów, a jest ich już w Unii 29, sprawia, że Unia Europejska w większym stopniu uzasadnia swoje istnienie w oczach obywateli państw członkowskich, czy też przeciwnie? To pytanie wymaga odpowiedzi, o ile postąpi się za myślą J. Weilera.

Wszystkie te ogólne uwagi mają jedynie ten cel, aby wprowadzić w tematykę powstałej w 2010 r. nowej niezależnej Agencji ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (ang. *Agency for the Cooperation of Energy Regulators*, dalej: ACER³). Chciałbym nie tylko opisać historię, strukturę, zadania i kompetencje ACER, lecz także odpowiedzieć na pytania bardziej podstawowe, takie jak: czy ACER służy legitymizacji Unii oraz czy ACER nie jest li tylko wyrazem naiwnej wiary w rządy specjalistów. Chodzi zatem przede wszystkim o to, aby postarać się opowiedzieć o ACER w kontekście wyzwań stojących przed Unią Europejską i postrzeganych w literaturze napięć na linii rządu polityków – rządy specjalistów.

2. ACER JAKO AGENCJA REGULACYJNA UNII EUROPEJSKIEJ

Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki jest jedną z 29 agencji, które określa się wspólnym mianem europejskich agencji regulacyjnych (ang. *European Regulatory Agency*) lub agencji zdecentralizowanych, lub jeszcze inaczej – agencji tradycyjnych w odróżnieniu od agencji wykonawczych⁴.

Jak dotychczas, agencje regulacyjne nie doczekały się ujęcia w jedne ramy prawne, stąd też znalezienie dla nich wspólnego mianownika stanowi przed-

² J. Weiler, J. H. H. Weiler, *Europe in Crisis – on “Political Messianism”, “Legitimacy” and the “ule of Law”*, “Singapore Journal of Legal Studies” 2012, s. 248–268, DOI: 10.2139/ssrn.2255263.

³ Zagadnieniu ACER nie poświęcono w polskiej literaturze jak dotychczas wiele uwagi. Jednym z interesujących artykułów jest praca Przemysława Zdyba: P. Zdyb, *Współpraca Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z Agencją do spraw Współpracy Organów Regulacji Energetyki*, (w:) J. Sługocki (red.), *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy administracyjnoprawne. Tom I*, Wrocław 2014, s. 183–193.

⁴ Agencje wykonawcze powoływane są na mocy rozporządzenia Rady 58/2003/WE z dnia 19 grudnia 2002 r. ustanawiającego statut agencji wykonawczych, którym zostaną powierzone niektóre zadania w zakresie zarządzania programami wspólnotowymi, Dz.Urz. UE L 11 z 16.01.2003, s. 1. Ich zadania są ściślej zdefiniowane i polegają na zapewnieniu wsparcia w procesie zarządzania programami wspólnotowymi.

miot dyskusji. Najogólniej rzecz ujmując, można stwierdzić, że agencje stanowią wyodrębnione instytucjonalnie jednostki organizacyjne posiadające osobowość prawną, służące do nadzorowania i monitorowania określonych dziedzin życia społecznego, w tym gospodarczego, mające swoją podstawę prawną w rozporządzeniach Unii Europejskiej. Poza monitorowaniem i nadzorowaniem agencje mogą zajmować się koordynowaniem prac organów krajowych, informowaniem Komisji o stanie spraw monitorowanych czy wreszcie wydawaniem decyzji. Uzasadnieniem i zarazem konsekwencją tworzenia agencji jest stopniowe uniezależnienie niektórych obszarów administrowania od rządów i parlamentów państw członkowskich oraz wzmocnienie zdolności regulacyjnej na poziomie wykonawczym Unii Europejskiej przez dostarczanie Komisji szczegółowych informacji dotyczących poszczególnych dziedzin⁵.

Chociaż nie istnieją na płaszczyźnie europejskiej ogólne warunki tworzenia agencji, to jednak w dokumentach Unii Europejskiej przywoływany jest wycofany ostatecznie projekt porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie utworzenia ram prawnych dla europejskich sieci agencji regulacyjnych⁶. Mimo starań Komisji z 2005 r. Rada nie podjęła inicjatywy przyjęcia tego porozumienia, wyrażając wątpliwość niemerytoryczną, lecz formalną: Rada nie podzielała poglądu Komisji co do prawidłowości wyboru formy prawnej porozumienia międzyinstytucjonalnego. Ostatecznie zatem projekt porozumienia został przez Komisję wycofany. Nie zmienia to faktu, że jak powiedziano, porozumienie jest przywoływane w oficjalnych dokumentach Unii. Może zatem stanowić punkt odniesienia dla rozwiązań przyjętych przy konstruowaniu ACER.

Powracając do kwestii definicyjnych i mając już wiedzę na temat znaczenia przywoływanego porozumienia, można wskazać na jego fragment, zgodnie z którym europejską agencją regulacyjną jest niezależna jednostka prawna stworzona przez ustawodawcę, mająca za zadanie uczestniczenie w regulowaniu jednej z dziedzin na szczeblu europejskim oraz wdrażanie określonej polityki wspólnotowej. Realizując swoje zadania, agencja przyczynia się do poprawy sposobu wdrażania i stosowania reguł w całej Unii Europejskiej. W ten sposób uczestniczy ona aktywnie w wykonywaniu uprawnień wykonawczych na szczeblu wspólnotowym.

Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki jest zatem niezależną od Komisji i Rady jednostką organizacyjną, która posiada osobowość prawną, której powierzono zadania wykonawcze Unii polegające przede wszystkim na monitorowaniu i nadzorowaniu rynków energii elektrycznej i gazu w Unii Europejskiej, koordynacji prac krajowych organów regulacyjnych, a w niektórych sytuacjach wydawanie decyzji w indywidualnych przypadkach dotyczących

⁵ M. Swora, *Aktualne tendencje w zakresie tworzenia agencji w Unii Europejskiej – administracja europejska in statu nascendi*, Warszawa 2006, s. 42–43.

⁶ Projekt Porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie utworzenia ram prawnych dla europejskich agencji regulacyjnych z 25.05.2005, COM(2005)59.

przedsiębiorstw energetycznych. Ponadto zgodnie z art. 2 ust. 1 rozporządzenia 713/2009⁷ ACER jest organem Wspólnoty.

Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki stała się więc jedną z wielu agencji, które łączy kilka wspólnych cech. To jeszcze jednak nie wyjaśnia istoty, dla której określenia historia jej powstania wydaje się być nieodzowna.

3. HISTORIA ACER

Rzeczą niewątpliwie podstawową dla historii ACER jest idea stworzenia wspólnego rynku energii elektrycznej i gazu w Unii Europejskiej i spowodowanie utworzenia w państwach członkowskich niezależnych organów regulacyjnych. Organy te nadzorują rynki krajowe, m.in. pod kątem realizacji nakładanych na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązków dotyczących liberalizacji rynków energii i tworzenia podstaw wspólnego rynku energii elektrycznej i gazu. Organy krajowe z jednej zatem strony odpowiadają za realizację celów polityki krajowej, z drugiej zaś stosują i wprowadzają w życie zasady określone na płaszczyźnie europejskiej. Można przypuszczać, że wsparcie w budowaniu niezależności organów krajowych, przypieczętowane w III pakiecie regulacyjnym⁸, było właśnie podyktowane ułatwieniem realizacji celów europejskich stojących niekiedy na przekór planom rządowym.

Krajowe organy regulacyjne, stosując prawo europejskie, były kontrolowane i wspierane przez Komisję Europejską. Ta jednak ostatecznie uznała się za niezdolną do objęcia całości zagadnień wymagających zwłaszcza koordynacji prac między państwami członkowskimi. Tak powstała mocą decyzji Komisji⁹ Europejska Grupa Nadzoru ds. Energii Elektrycznej i Gazu (ERGEG). Zadaniem ERGEG było przede wszystkim ułatwienie konsultacji, koordynacji i współpracy między organami krajowymi oraz między tymi organami a Komisją Europejską w celu wspierania rozwoju wewnętrznego rynku energii. Europejska Grupa Nadzoru ds. Energii Elektrycznej i Gazu była złożona z przedstawicieli krajowych

⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 713/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki, Dz.Urz. UE L 211 z 14.08.2009, s. 1, z późn. zm. (dalej: rozporządzenie ACER).

⁸ Zgodnie z art. 35 ust. 4 dyrektywy 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz.Urz. UE L 211 z 14.08.2009, s. 55) państwa członkowskie gwarantują niezależność organu regulacyjnego; podobnie zgodnie z art. 39 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego uchylającej dyrektywę 2003/55/WE (Dz.Urz. UE L 211 z 14.08.2009, s. 94) państwa członkowskie gwarantują niezależność organu regulacyjnego.

⁹ Decyzja Komisji 2003/796/WE z dnia 11 listopada 2003 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Organu Nadzoru Energii Elektrycznej i Gazu, Dz.Urz. UE L 296, z 14.11.2003, s. 34.

organów regulacyjnych, więc w założeniu była instytucją przedstawicielską krajowych organów regulacyjnych i to właśnie krajowe organy określały w ramach wytyczonych decyzją Komisji priorytety działalności ERGEG.

Komisja, doceniając działalność ERGEG jako instytucji doradczej, uznała jednak formułę, w której działała Grupa, za niewystarczającą z punktu widzenia celu, jakim jest ustanowienie wspólnego rynku. W uzasadnieniu do projektu rozporządzenia ACER¹⁰ wskazano argumenty przemawiające za utworzeniem nowej agencji zastępującej ERGEG, wypowiadając się najpierw w sprawie jego dotychczasowej działalności. Komisja stwierdziła: „Działania ERGEG prowadzone w ostatnich latach, polegające na wydawaniu niewiążących wytycznych oraz przedstawianiu Komisji zaleceń i opinii, bardzo pozytywnie przyczyniły się do postępów procesu tworzenia wewnętrznego rynku gazu i energii elektrycznej”. Po tym pochlebnym wobec ERGEG zdaniu, Komisja wskazała przede wszystkim na dwie zasadnicze kwestie określające jego dysfunkcyjność.

Po pierwsze, w ramach ERGEG do zawarcia porozumienia mogło dojść zazwyczaj za zgodą 27 krajowych organów regulacyjnych przy udziale 30 operatorów systemów przesyłowych¹¹. Przyjmowanie w ten sposób zaleceń i opinii w sprawach technicznych Komisja uważała za zbyt utrudnione.

Po drugie, ERGEG, wydając opinie i zalecenia, przyczyniła się do ujednoczenia w sprawach technicznych rynków energii elektrycznej i gazu. Ujednoczenie to pozostawiało jednak wiele do życzenia choćby z tego powodu, że opinie i zalecenia nie miały wiążącego charakteru. W efekcie, jak stwierdzono w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia ACER, „doprowadziło to do stworzenia pewnej liczby niewiążących kodeksów oraz działań w kierunku osiągnięcia zgodności co do wspólnego podejścia poprzez «stopniową konwergencję», ale nie doprowadziło do podjęcia koniecznych decyzji w sprawie trudnych problemów”.

W rezultacie Komisja doszła do wniosku, że należałoby utworzyć nową instytucję, w której działalności można by wyeliminować mankamenty ERGEG. W sposób formalny Komisja wyraziła swój pogląd w tej sprawie w Komunikacie z 2007 r. zatytułowanym Europejska Polityka Energetyczna¹². Wówczas wskazała, że ERGEG mogłaby być zastąpiona przez instytucję, którą roboczo nazwano ERGEG+: „mechanizm zostałby sformalizowany, a sama grupa otrzymałaby zadanie formułowania wiążących decyzji dla organów regulacyjnych

¹⁰ Wniosek o rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki, COM/2007/0530.

¹¹ Na problem długości procesu decyzyjnego oraz złożoności uzyskiwania konsensu przy oddolnym podejściu do integracji jak w przypadku ERGEG (*bottom – up approach*) zwrócił uwagę Mariusz Swora: M. Swora, *Krajowe organy regulacyjne w trzecim pakiecie liberalizacyjnym*, (w:) M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*, Lublin 2013, s. 102–103.

¹² Komunikat Komisji do Rady Europejskiej i Parlamentu Europejskiego z 10.01.2007 r. – Europejska Polityka Energetyczna, COM/2007/01.

i uczestników rynku, dotyczących kwestii technicznych i wymiany transgranicznej”. Ten właśnie postulat ma obecnie realizować ACER.

Gdyby zatem podsumować argumenty przemawiające za utworzeniem nowej instytucji, które przedstawiała Komisja w uzasadnieniu do projektu rozporządzenia, to wyglądałyby one następująco:

1) formuła ERGEG wyczerpała się i nie jest w stanie w pełni zrealizować celu, jakim jest szybkie stworzenie warunków do zaistnienia rynku wewnętrznego energii;

2) brak wspólnych dla Unii Europejskiej standardów technicznych uniemożliwia utworzenie nowego rynku, trzeba więc lepszych instrumentów umożliwiających standaryzację techniczną;

3) trudności w zawieraniu porozumień w ramach ERGEG ze względu na udział 27 państw spowalniają i fragmentaryzują proces decyzyjny; należy więc uprościć mechanizm decyzyjny;

4) Komisja nie jest właściwym organem, który mógłby usnąć wyżej wymienione mankamenty, należy zatem powołać nową instytucję.

Zastanawiając się nad tym, w jakie formule powinien funkcjonować nowy organ Unii Europejskiej, którego zadaniem byłoby ułatwienie stworzenia rynku wewnętrznego energii, Komisja rozważała trzy możliwości:

1) utworzenie sieci organów krajowych na wzór Europejskiej Sieci Konkurencji, która ułatwia podział zadań pomiędzy organami krajowymi a Komisją;

2) utworzenie instytucji na wzór Europejskiego Systemu Banków Centralnych;

3) utworzenie kolejnej agencji regulacyjnej.

Z tych trzech dróg najmniej prawdopodobna była druga. Utworzenie instytucji na wzór Europejskiego Systemu Banków Centralnych wymagałoby, jak przyznała sama Komisja, zmiany traktatowej, z powodu braku właściwej podstawy prawnej w TFUE. Pierwszy model natomiast, przewidziany dla organów ochrony konkurencji, zakłada, że Komisja jest wyposażona w kompetencje samodzielne i nowa instytucja ułatwia ich dzielenie z organami krajowymi. Musiałoby zatem nastąpić mocą rozporządzenia przyznanie Komisji kompetencji, których obecnie nie posiada. Zabieg ten uznano za niewłaściwy z tego przede wszystkim powodu, że Komisja nie dysponuje wiedzą umożliwiającą jej ocenę warunków technicznych działalności prowadzonej w obszarze energetyki. W uzasadnieniu wprost stwierdzono, że „w praktyce jedynie krajowe organy regulacyjne mają potencjał wiedzy niezbędny do skutecznego działania w tej dziedzinie”.

Uznano ostatecznie zatem, że rzeczą niezbędną jest powołanie nowej agencji regulacyjnej, która łączyłaby pozytywne doświadczenia ERGEG – przede wszystkim udział krajowych organów regulacyjnych – oraz jednocześnie byłaby zdolna do szybszego podejmowania decyzji, które miałyby bardziej wią-

zący charakter¹³. Tą agencją, działającą w pełni od wiosny 2011 r., jest Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (ACER). Gdy ACER zaczęła funkcjonować, wyczerpała się misja ERGEG. Komisja podjęła zatem decyzję¹⁴ o likwidacji tej jednostki.

Warto na marginesie niniejszych rozważań dotyczących historii powstania ACER wspomnieć o tym, że obok ERGEG od 2001 r. istnieje dobrowolne stowarzyszenie krajowych organów regulacyjnych: Rada Europejskich Regulatorów Energii (ang. *Council of European Energy Regulators*, dalej: CEER). Rada Europejskich Regulatorów Energii nie ma, rzecz jasna, uprawnień do wydawania decyzji wiążących wobec kogokolwiek. Nieformalnie jednak wpływa na politykę regulacyjną zrzeszonych w nim organów przez wydawane opinie, kodeksy dobrych praktyk oraz stanowiska i inne dokumenty¹⁵. Obok zatem organu Unii Europejskiej, który z założenia funkcjonuje w oparciu o wiedzę i kompetencje organów krajowych, istnieje ich dobrowolne zrzeszenie. Dodatkowo należy wspomnieć o dwóch forach: florenckim (dla energii elektrycznej) i madryckim (dla gazu ziemnego), w ramach których raz lub dwa razy do roku odbywają się spotkania przedstawicieli krajowych organów regulacyjnych, Komisji, rządów, konsumentów i przedsiębiorstw energetycznych, w tym operatorów systemów przesyłowych.

4. ZADANIA

Historia ACER wyjaśnia zagadnienie jej celu, a więc tego, co we współczesnym języku korporacji określane jest misją. Nie tylko z rozporządzenia ACER, z uzasadnienia do jego projektu, lecz także z informacji zawartej na stronie internetowej wynika, że celem istnienia Agencji jest budowa wewnętrznego rynku

¹³ Historię powstania ACER wyjaśnioną sekwencją wydarzeń – powierzenie kompetencji krajowym organom regulacyjnym, zacieśnienie ich współpracy, potrzeba powołania bardziej sztywnych ram instytucjonalnych – przedstawił Robert Zajdler: R. Zajdler, *Komentarz do dyrektywy 2009/72 dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej*, Warszawa 2011, s. 75.

¹⁴ Decyzja Komisji 2011/280/UE z dnia 16 maja 2011 r. uchylająca decyzję 2003/796/WE w sprawie ustanowienia Europejskiego Organu Nadzoru Energii Elektrycznej i Gazu, Dz.Urz. UE L 129 z 17.05.2011, s. 14.

¹⁵ W jednej z publikacji OECD stwierdzono wprost, że ACER w swojej działalności opiera się na krajowych organach regulacyjnych i właśnie CEER: „Finally, CEER continues to operate as a forum for the cooperation of national regulators and as informal body to ACCER and the Commission, including preparatory work on the framework guidelines. ACER has a small staff of 50, so is likely to be heavily reliant on NRAs and CEER for the expertise and advice”: OECD (2013), *International Regulatory Cooperation: Case Studies. Vol. 2. Canada-US Co-operation. EU Energy Regulation. Risk Assessment and Banking Supervision*, OECD Publishing, s. 36.

energii z korzyścią dla wszystkich konsumentów Unii Europejskiej (ang. *Working towards a single Energy market to the benefit of all EU consumers*). W jaki sposób cel ten jest determinowany zadaniami wynikającymi z prawa Unii Europejskiej? Odpowiedź na to pytanie zostanie udzielona poniżej. Najpierw jednak warto wskazać źródła prawa, z których te zadania wynikają.

Należą do nich, co oczywiste, rozporządzenie 739/2009 kreujące ACER, potem inne akty prawne III pakietu liberalizacyjnego¹⁶, przyjęte równocześnie z rozporządzeniem ACER, i wreszcie rozporządzenie 1227/2011 w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii (ang. *Regulation on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency*, dalej: rozporządzenie REMIT)¹⁷ oraz rozporządzenie 347/2013 w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej (dalej: rozporządzenie 347/2013)¹⁸. Jak więc widać, zadania na ACER nakłada nie tylko regulacja podstawowa i pozostałe akty prawne III pakietu liberalizacyjnego, lecz także dwa inne rozporządzenia przyjęte już po utworzeniu Agencji. W przyszłości może to oznaczać trwałą już tendencję zwiększania ilości zadań i kompetencji w kolejnych dokumentach Unii Europejskiej związanych z tworzeniem rynku wewnętrznego energii.

Ogólna charakterystyka zadań ACER może sprowadzać się do twierdzenia, zgodnie z którym Agencja powinna uzupełniać jedynie to, czego nie są w stanie pojedynczo czy też w porozumieniu realizować krajowe organy regulacyjne. Krajowe organy regulacyjne spełniają bowiem podwójną rolę. Są z jednej strony centralnymi organami administracji publicznej stosującymi przepisy krajowe, z drugiej zaś uczestniczą w procesach regulacyjnych na poziomie Unii Europejskiej¹⁹. W tej drugiej roli ich działania z punktu widzenia zasadniczego celu, jakim jest utworzenie rynku wewnętrznego energii, mogą być niewystarczające. Zgodnie zatem z zasadą pomocniczości, charakteryzującą cały system instytucjo-

¹⁶ Chodzi tu zwłaszcza o dwie dyrektywy: elektroenergetyczną i gazową (por. przyp. 8) oraz dwa rozporządzenia dotyczące dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1228/2003, Dz.Urz. L 211 z 14.08.2009, s. 15, z późn. zm., oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005, Dz.Urz. UE L 211 z 14.08.2009, s. 36, z późn. zm.

¹⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1227/2011 z 25 października 2011 r. w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii, Dz.Urz. UE L 326 z 8.12.2011, s. 1.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 347/2013 z 17 kwietnia 2013 r. w sprawie wytycznych dotyczących transeuropejskiej infrastruktury energetycznej, uchylające decyzję nr 1364/2006/WE oraz zmieniające rozporządzenia (WE) nr 713/2009, (WE) nr 714/2009 i (WE) nr 715/2009, Dz.Urz. UE L 115 z 25.04.2013, s. 39, z późn. zm.

¹⁹ M. Swora, *Organy właściwe w sprawach energetyki (charakter, zadania i kompetencje)*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 8B. Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2013, s. 163.

nalny Unii Europejskiej, w zadanie tworzenia rynku wewnętrznego włączone są w pierwszej kolejności organy krajowe i uzupełniająco organ unijny ACER, który *nota bene*, w dużej mierze w wykonywaniu swoich zadań opiera się na wiedzy krajowych organów regulacyjnych. Istotą zadań ACER jest więc uzupełnianie zadań krajowych organów regulacyjnych dotyczących budowy rynku wewnętrznego. Jest to też zarazem podstawowe uzasadnienie jego istnienia. W każdym zatem punkcie, w którym zadania lub kompetencje ACER przekraczałyby to co konieczne, należałoby stwierdzić ich niezgodność z unijną zasadą pomocniczości, a w konsekwencji niezgodność z pierwotnym prawem Unii Europejskiej²⁰.

Dalej, wskazówkę dotyczącą tego, czym ACER powinna się zajmować, daje projekt porozumienia międzyinstytucjonalnego, zgodnie z którym agencje regulacyjnej mogą być powierzone następujące zadania:

- 1) podejmowanie samodzielnych decyzji o wiążącym skutku prawnym;
- 2) świadczenie bezpośredniego wsparcia na rzecz Komisji, i w odpowiednim przypadku, państw członkowskich działających w interesie wspólnoty, w formie opinii technicznych lub naukowych;
- 3) tworzenie powiązań i organizowanie współpracy między właściwymi organami krajowymi.

Zgodnie z prawem Unii Europejskiej, Agencji powierzono wszystkie trzy rodzaje zadań. Jest więc ACER wyposażona w możliwość wydawania decyzji indywidualnych, wydaje dokumenty o charakterze niewiążącym (opinie, zalecenia), wreszcie stanowi przestrzeń do współpracy krajowych organów regulacyjnych.

Pierwsza grupa zadań wskazanych w porozumieniu międzyinstytucjonalnym dotyczy wydawania decyzji. W rozporządzeniu ACER powierzono Agencji kompetencję do wydawania decyzji w sprawie warunków dostępu do infrastruktury elektroenergetycznej i gazowej łączącej co najmniej dwa państwa członkowskie (art. 8 rozporządzenia ACER) oraz do wydawania decyzji o zwolnieniu nowych połączeń wzajemnych prądu stałego oraz nowej infrastruktury gazowej (art. 9 rozporządzenia ACER). Podstawą dla wydawania tych decyzji jest nie tylko rozporządzenie ACER, lecz także inne akty prawne III pakietu liberalizacyjnego²¹. Ponadto rozporządzenie 347/2013 przewiduje wydawanie decyzji przez ACER w odniesieniu do projektów będących przedmiotem wspólnego zainteresowania. W tym przypadku ACER wydaje decyzję w sprawie wniosku inwestycyj-

²⁰ Zgodnie z art. 5 ust. 3 TUE, w dziedzinach, które nie należą do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej (energetyka do takiej nie należy), Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie – na poziomie Unii.

²¹ Podstawą zwolnień dla nowej infrastruktury są przepisy rozporządzenia 2009/714 oraz art. 36 dyrektywy 2009/73 wdrożonej do polskiego porządku prawnego przez art. 4i ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 220, z późn. zm.

nego obejmującą transgraniczną alokację kosztów, a także w sprawie sposobu odzwierciedlania kosztu inwestycji w wysokości opłat taryfowych.

W każdym przypadku, w którym Agencji powierzono kompetencję do wydawania decyzji, jej działalność ma charakter subsydiarny wobec działań krajowych organów regulacyjnych. Poszczególne przepisy stanowią bowiem, że Agencja podejmuje decyzje w tych kwestiach, które należą do kompetencji krajowych organów regulacyjnych jedynie w przypadku, gdy organy te złożyły wspólny wniosek lub gdy nie były w stanie osiągnąć porozumienia w terminie sześciu miesięcy od przedłożenia sprawy ostatniemu z nich (termin ten może być co do zasady przedłużony).

Ponadto ACER wpływa na treść decyzji krajowych organów regulacyjnych, przedstawiając opinie w sprawie zgodności decyzji podjętych przez organ regulacyjny z wytycznymi określonymi na podstawie III pakietu liberalizacyjnego. Odpowiednio wcześniej, na wniosek krajowego organu regulacyjnego, ACER wydaje opinię w sprawie, która mogłaby rodzić wątpliwości. W takich przypadkach ACER nie wydaje sama decyzji, lecz może mieć wpływ na ich treść.

Podsumowując, kompetencje Agencji do wydawania decyzji są mocno ograniczone i nieliczne, co jak podkreśla się w literaturze, stanowi rezultat niechętnego stanowiska państw członkowskich²².

Druga grupa zadań związana jest ze wsparciem działań Komisji i państw członkowskich w formie opinii czy też innych działań o charakterze niewładczym. Ten rodzaj działalności Agencji jest najbardziej rozbudowany. Właściwą formą działania jest tu wydawanie opinii, zaleceń i niewiążących wytycznych ramowych (art. 4 rozporządzenia ACER). Innym rodzajem działania, o którym należy wspomnieć, jest monitorowanie sytuacji na rynku i informowanie o jego stanie Komisji.

Opinie i zalecenia mogą dotyczyć wszelkich kwestii związanych z celami, w jakich Agencja została ustanowiona. Może ona działać na wniosek lub też z własnej inicjatywy. W niektórych jednak sytuacjach wyraźnie określono zakres władzy opiniodawczej. Wśród nich warto wskazać dwie, związane bezpośrednio z zasadniczym celem działalności Agencji. ACER opiniuje zatem plany rozwoju sieci elektroenergetycznych i gazowych o zasięgu wspólnotowym oraz wydaje wspomniane już opinie co do zgodności decyzji wydawanych przez krajowe organy regulacyjne z wytycznymi wydanymi na podstawie aktów prawnych III pakietu liberalizacyjnego.

Wytyczne ramowe wydawane są przez ACER w skomplikowanej procedurze powstawania kodeksów sieci. Kodeksy sieci są dokumentami określającymi warunki korzystania z sieci, między innymi zasady bezpieczeństwa i niezawodności sieci, w tym zasady dotyczące technicznej zdolności rezerwowej zapewniania

²² M. Swora, *Niezależne organy administracji*, Warszawa 2012, s. 149, i przywoływana tam literatura.

jącej bezpieczeństwo eksploatacyjne sieci, zasady przyłączenia do sieci, zasady dostępu stron trzecich czy procedury operacyjne w sytuacjach awaryjnych. Brak spójności między poszczególnymi państwami członkowskimi w odniesieniu do zasad technicznych postrzegany jest jako istotna bariera w rozwoju rynku wewnętrznego energii. Dlatego też prawodawca europejski uznał, że kodeksy sieci powinny powstawać w sposób scentralizowany z udziałem Komisji, Agencji oraz ENTSO energii elektrycznej i ENTSO gazu. ENTSO to europejskie sieci operatorów systemów przesyłowych (ang. *European Network of Transmission System Operators for Electricity/Gas*). W opracowanie kodeksów sieci zaangażowani są zatem przez ENTSO także krajowi operatorzy systemów przesyłowych. Unia Europejska kładzie duży nacisk na jednolitość zasad technicznych, stąd też znaczna rola ACER ze względu na jej fachową techniczną wiedzę. Agencja wydaje wytyczne ramowe dla opracowania przez ENTSO kodeksów sieci. Wytyczne te, jak stwierdzono w preambule do rozporządzenia ACER, są „z natury niewiążące”, ale kodeksy sieci „muszą być” z nimi zgodne. W innych wersjach językowych rozporządzenia również zastosowano czasownik modalny „musieć” (ang. *must*, fr. *doivre*, niem. *müssen*, hiszp. *deber*). Można zatem wnioskować, że udział ACER w powstawaniu kodeksów sieci przez wydawanie wytycznych ramowych jest nie tylko wstępną opinią, lecz także wiążącym punktem wyjścia dla ich powstania, a potem ewentualnej zmiany. Procedury w tym zakresie szczegółowo określają rozporządzenia 714/2009 i 715/2009.

Odrębnym działaniem ACER jest kontrolowanie (monitorowanie) sytuacji na rynku energii. Zgodnie z rozporządzeniem ACER, Agencja monitoruje rynki wewnętrzne energii elektrycznej i gazu ziemnego, a w szczególności ceny detaliczne energii elektrycznej i gazu, dostęp do sieci, w tym dostęp do energii wytworzonej z odnawialnych źródeł energii oraz przestrzeganie praw konsumentów. Co do zasady, ACER monitoruje również te obszary działalności przedsiębiorstw energetycznych, które mogą być przedmiotem jej działania w zakresie opinii, zaleceń i wytycznych. Agencja kontroluje więc realizację planów inwestycyjnych związanych z rozwojem sieci o znaczeniu wspólnotowym, przestrzeganie kodeksów sieci czy też w ogóle współpracę regionalną operatorów systemowych sieci. Szczególną regulację, która nakłada obowiązki na ACER w zakresie monitorowania, stanowi rozporządzenie 1227/2011. Zgodnie z art. 1 rozporządzenia 1227/2011 celem regulacji jest ustanowienie przepisów zakazujących nadużywania praktyk wpływających na hurtowe rynki energii, które są spójne z przepisami mającymi zastosowanie do rynków finansowych oraz z właściwym funkcjonowaniem hurtowych rynków energii, przy jednoczesnym uwzględnieniu ich specyfiki. Rolą Agencji jest więc monitorowanie hurtowych rynków energii z uwzględnieniem oddziaływań między systemem handlu uprawnieniami do emisji a hurtowymi rynkami energii elektrycznej w celu zapobiegania ewentualnym manipulacjom.

Trzeci rodzaj zadań związany jest z koordynacją i współpracą krajowych organów regulacyjnych. Taką współpracę wymusza sama struktura ACER. Jednym

z jej organów jest rada regulacyjna składająca się z przedstawicieli krajowych organów regulacyjnych. Ponadto rozporządzenie ACER nakłada na Agencję obowiązek stworzenia ram dla takiej współpracy (art. 7 rozporządzenia ACER), jednakże bez precyzowania, jaki instytucjonalny charakter miałyby one mieć.

Jak wygląda w praktyce realizacja zadań przez Agencję?

Rozkład pracy i zaangażowanie Agencji w poszczególnych obszarach jej kompetencji ukazują nieco statystyki, dlatego też warto przyjrzeć się pracy ACER przez pryzmat danych liczbowych i treści poszczególnych dokumentów. Należy mieć przy tym świadomość, że jeden dokument nie jest równoważny, gdy chodzi o wkład pracy, drugiemu. Nie każde też działanie angażujące siły i czas wielu osób mierzy się wielkością opracowania. Zdarza się, że w ogóle go nie ma. Mając zatem świadomość ograniczeń metody, należy przystąpić do przedstawienia pracy Agencji, ukazując liczby i treść poszczególnych form prawnych działania, poczynając od wytycznych ramowych dotyczących kodeksów sieci, przez opinie, rekomendacje, decyzje indywidualne, kończąc na raportach i innych publikacjach²³.

Zasadniczo²⁴ sposób przygotowania wytycznych dla kodeksów sieci, uregulowany w rozporządzeniach 714/2009 i 715/2009, jest następujący: Komisja opracowuje na każdy rok pracy listę priorytetów, którymi chce się zająć w zakresie opracowania kodeksów sieci. Następnie ACER wydaje wytyczne ramowe, na podstawie których ENTSO energii elektrycznej i ENTSO gazu opracowują projekt kodeksu sieci. Taki kodeks jest następnie przedstawiony do zaopiniowania ACER. Jeśli projekt uzyska rekomendację Agencji, zostaje odesłany przez Komisję do Komitetu Energii (ang. *Electricity Cross-Border Committee*) w przypadku energii elektrycznej, a w przypadku gazu podlega komitologii. W Komitecie Energii zasiadają specjaliści z zakresu energii delegowani przez krajowe ministerstwa energii. Po uzyskaniu opinii komitetów, Komisja przyjmuje jako prawnie wiążące²⁵ kodeksy sieci lub też wytyczne. Dotychczas Komisja przyjęła dwa dokumenty dla energii elektrycznej²⁶ i dwa dla gazu²⁷, będące owocem

²³ Stan informacji pochodzi z dnia 8 czerwca 2016 r i polega na źródle: www.acer.europa.eu/Official_documents/Pages/default.aspx.

²⁴ Pomijam w tym miejscu uproszczoną procedurę opracowywania kodeksów sieci z inicjatywy ENTSO energii lub ENTSO gazu.

²⁵ Charakter prawny kodeksów sieci przyjętych przez Komisję budzi w literaturze wątpliwości. Por. analizę znaczenia prawnego kodeksów sieci dla elektroenergetyki na gruncie rozporządzenia 2009/714: A. Walaszek-Pyziół, *Kilka refleksji na temat tzw. europejskich kodeksów sieci (grid codes)*, (w:) A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja. Innowacja w sektorze energetycznym*, Warszawa 2013, s. 176 i n.

²⁶ Rozporządzenie Komisji (UE) 2015/1222 z dnia 24 lipca 2015 r. ustanawiające wytyczne dotyczące alokacji zdolności przesyłowych i zarządzania ograniczeniami przesyłowymi, Dz.Urz. UE L 197 z 25.07.2015, s. 24, oraz rozporządzenie Komisji (UE) 2016/631 z dnia 14 kwietnia 2016 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący wymogów w zakresie przyłączenia jednostek wytwórczych do sieci, Dz.Urz. UE L 112 z 27.04.2016, s. 1.

²⁷ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 312/2014 z dnia 26 marca 2014 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący bilansowania gazu w sieciach przesyłowych, Dz.Urz. UE L 91 z 27.03.2014, s. 15;

współpracy z ACER. Agencja uczestniczy w tym procesie w sposób aktywny, w ten sposób, że przygotowuje wytyczne ramowe, przeprowadza publiczne konsultacje w odniesieniu do nich i organizuje spotkania dla uczestników rynku w celu zapoznania się z ich opinią. Cały proces przyjęcia kodeksu sieci na przykładzie kodeksu sieci dotyczącego wymogów w zakresie przyłączenia jednostek wytwórczych do sieci od chwili przedstawienia do konsultacji przez ACER projektu wytycznych do chwili przyjęcia kodeksu sieci przez Komisję trwał 5 lat (od marca 2011 r. do kwietnia 2016 r.). Dotychczas Agencja opracowała 7 wytycznych ramowych. Sposób ich tworzenia oraz objętość wskazują na duży wkład pracy ACER w tym obszarze. Na marginesie można dodać, że zakończenie procedury przyjęcia kodeksu sieci przez ACER przed przesłaniem go do Komisji ma formę decyzji generalnej (ang. *general decision*).

Liczną grupę dokumentów wydanych przez ACER stanowią opinie (86). Dwanaście z nich było skierowanych do ENTSO energii i gazu i dotyczyło kodeksów sieci, 60 skierowano do ENTSO energii i gazu w innych sprawach niż kodeksy sieci, 2 opinie zostały wydane na prośbę krajowych organów regulacji (litewskiego i polskiego). Ponadto wydano 12 innych opinii dotyczących przede wszystkim planów inwestycyjnych o charakterze transgranicznym.

Obok opinii, a więc dokumentów o charakterze niewiążącym, należy wymienić rekomendacje, których ACER wydała dotychczas 24. Dotyczyły one różnych zagadnień. Część z nich stanowiła propozycje skierowane do Komisji zmian legislacyjnych (np. kodeksów sieci przyjętych w formie rozporządzenia Komisji), inne dobrych praktyk (np. w odniesieniu do wniosków inwestycyjnych składanych na podstawie art. 12 ust. 3 rozporządzenia 347/2013). Przykładem podejmowania przez Agencję tematów nie na prośbę lub zlecenie innego organu stanowi rekomendacja dotycząca niezależności ACER oraz krajowych organów regulacyjnych²⁸.

Kolejną grupę aktów prawnych wydawanych przez Agencję stanowią decyzje. Dotychczas wydano dwie decyzje w sprawach indywidualnych. I w jednym, i w drugim przypadku dotyczyły one wniosków inwestycyjnych na podstawie art. 12 ust. 3 i art. 12 ust. 6 rozporządzenia 347/2013. Wydanie decyzji przez ACER było spowodowane upływem terminu na rozpatrzenie wniosku przez organy krajowe. W jednym przypadku decyzja dotyczyła wniosku inwestycyjnego w związku z budową połączenia międzysystemowego energii elektrycznej LitPol²⁹, w drugim

rozporządzenie Komisji (UE) 2015/703 z dnia 30 kwietnia 2015 r. ustanawiające kodeks sieci dotyczący zasad interoperacyjności i wymiany danych, Dz.Urz. UE L 113 z 01.05.2015, s. 13.

²⁸ ACER-Recommendation of 30 May 2016 on Ensuring the Independence of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators and of National Regulatory Authorities.

²⁹ Decision of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators No. 02/2015 of 16 April 2015 on the Investment Request Including Cross-Border Cost Allocation for the Lithuanian Part of the Interconnection between Alytus (LT) and the Lithuanian/Poland Border. Project of Common Interest No. 45.1

zaś wniosku inwestycyjnego w sprawie połączenia międzysystemowego gazu ziemnego, również na granicy polsko-litewskiej³⁰.

Ostatnią grupę dokumentów publikowanych przez Agencję stanowią różnego rodzaju programy, raporty, informacje. Jest ich łącznie 78. Część z nich dotyczy działalności ACER, a więc określa roczny harmonogram pracy lub też stanowi sprawozdanie z działalności. Inne publikacje to raporty o stanie rynku lub też raporty wydawane na podstawie rozporządzenia REMIT. Wydawanie raportów jest owocem tej kompetencji ACER, którą jest monitorowanie rynku.

Praca Agencji, która w niewielkim stopniu ma wyraz w aktach prawnych, wytycznych, opiniach czy innych dokumentach, a która stanowi istotny element konstrukcyjny zadań wykonywanych przez ACER, to koordynowanie i organizowanie współpracy między krajowymi organami regulacyjnymi. Płaszczyzną umożliwiającą tę współpracę stanowi przede wszystkim Rada Organów Regulacyjnych (ang. *Board of Regulators*, BoR). Posiedzenia Rady są okazją do wymiany stanowisk i opinii, a jednocześnie podejmowania decyzji o wymiarze ogólnoeuropejskim. Obok Rady przestrzeniami współpracy są grupy robocze (ang. *Agency Working Groups*, AGWs), które zajmują się odrębnie m.in. sprawami energii, gazu, integracją rynku i jego przejrzystością, wdrożeniem, monitorowaniem i procedurami. Przykładowo w 2014 r. różne gremia powołane przez Agencję zaangażowały do współpracy za pośrednictwem krajowych organów regulacyjnych łącznie 230 ekspertów.

Przeгляд zadań, które stawia przed ACER prawo Unii Europejskiej i jednocześnie przeгляд zadań realizowanych w praktyce przez Agencję każe w tej chwili postawić pytanie o to, co w jej codzienności stanowi istotę przedsięwzięć. Wydaje się, że zasadniczy cel Agencji, jakim jest pomoc w utworzeniu rynku wewnętrznego, najbardziej pomagają realizować wytyczne ramowe i w ogóle współpraca przy tworzeniu kodeksów sieci. Sama Agencja podkreśla ich znaczenie dla swojej działalności. W raporcie z działalności w 2014 r. wskazano, że integracja rynku wewnętrznego energii odbywa się równolegle w dwojaki sposób³¹. Po pierwsze dzięki prawnie określonym wytycznym ramowym i kodeksom sieci. Po drugie, promując dobrowolne korzystanie przez uczestników rynku z kodeksów sieci, które nie zostały jeszcze formalnie zatwierdzone przez Komisję. Jak więc widać z perspektywy ACER, to co jest związane z regulacją i na co ma rzeczywisty wpływ Agencja, to przede wszystkim udział w kształtowaniu kodeksów sieci uspołniających działanie rynku energii wewnątrz Unii Europejskiej. Pozostałe

³⁰ Decision of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators No 01/2014 of 11 August 2014 on the Investment Request including Cross-Border Cost Allocation for the Gas Interconnection Poland-Lithuania Project of Common Interest No. 8.5.

³¹ Annual Activity Report of the Agency of Energy Regulators Year 2014, dostępny na stronie http://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20annual%20activity%20report%20for%20the%20year%202014%20-%20Old.pdf (dostęp: 16.12.2017 r.).

zadania ACER nie są bagatelne, jednak te związane z tworzeniem kodeksów sieci wysuwają się obecnie na pierwszy plan.

Większość zadań Agencja realizuje przez zastosowanie tzw. instrumentów miękkich, a więc przez opinie, zalecenia, wytyczne i inne dokumenty o niewiążącym charakterze (przy zastrzeżeniu dotyczącym związania wytycznymi ramowymi). Mimo to dostrzega się, że w kwestii budowy wewnętrznego rynku energii ACER może odgrywać istotną rolę³².

5. STRUKTURA

Po przedstawieniu zadań ACER należy przejść do omówienia jej struktury. Celem przyjrzenia się ustrojowi Agencji jest doprowadzenie do zdefiniowania jej specyfiki na tle innych agencji regulacyjnych oraz ocena jej efektywności działania li tylko na podstawie lektury przepisów, a nie przyjętej pragmatyki działania. Gdyby zatem zastanowić się nad najważniejszym kryterium oceny struktury, to z pewnością byłaby nim efektywność. W porozumieniu międzyinstytucjonalnym w sprawie utworzenia ram prawnych dla europejskich agencji regulacyjnych dodatkowo wskazuje się na konieczność zachowania równowagi między autonomią i kontrolą: „struktura agencji powinna nie tylko pozwolić im na skuteczne wykonywanie powierzonych im zadań, lecz także zachowywać subtelną równowagę pomiędzy autonomią i kontrolą”. To drugie kryterium odwołuje się do potrzeby zbudowania struktury, która jest niezależna, ale zarazem kontrolowana przez podmiot zewnętrzny. Kryteriami oceny rozwiązań ustrojowych, o których będzie mowa poniżej, są więc efektywność oraz zapewnienie równowagi między autonomią i kontrolą. Są to kryteria wewnątrzsystemowe określone wprost przez prawo Unii Europejskiej. Kwestią otwartą pozostanie natomiast ocena struktury ACER na tle podstawowych pytań przedstawionych we wstępie artykułu.

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu rozporządzenia ACER „ramy instytucjonalne oraz zasady zarządzania Agencją ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki opierają się na standardowych zasadach i praktykach funkcjonowania agencji regulacyjnych we Wspólnocie”. W rzeczywistości jednak model struktury ACER odbiega nieco od typowego, przedstawionego w porozumieniu międzyinstytucjonalnym w sprawie utworzenia ram prawnych dla europejskich agencji regulacyjnych, o czym będzie jeszcze mowa.

Z pewnością standardowymi organami agencji regulacyjnych są dwa organy ACER: dyrektor oraz Rada Administracyjna. Organem ponadstandardowym

³² M. Domagała, *Podstawy prawne funkcjonowania wewnętrznego rynku gazu w Unii Europejskiej*, (w:) J. Sługocki (red.), *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne. Tom I*, Wrocław 2014, s. 382.

i określającym specyfikę Agencji na tle innych agencji regulacyjnych jest Rada Organów Regulacyjnych. Te trzy organy uczestniczą w bieżącej pracy ACER. Czwarty organ – Komisja Odwoławcza, zajmuje się rozpatrywaniem odwołań od decyzji indywidualnych przyjmowanych przez ACER. Poniżej należy zatem przede wszystkim przedstawić zasady kreowania trzech najważniejszych organów, ich wzajemne relacje oraz zadania.

Rada Administracyjna składa się z 9 członków, z czego 2 powołuje Komisja, 2 Parlament Europejski i 5 Rada. Kadencja członków trwa 4 lata. Rada Administracyjna podejmuje decyzje większością 2/3 głosów i zbiera się co najmniej dwa razy do roku. W praktyce jej posiedzenia odbywają się częściej, około 5–6 razy rocznie. Do jej zadań należy powołanie dyrektora po uzyskaniu pozytywnej opinii Rady Organów Regulacyjnych oraz powołanie Komisji Odwoławczej. Ponadto przyjmuje roczny i wieloletni program pracy Agencji, przyjmuje i publikuje roczne sprawozdanie z działalności Agencji oraz wykonuje uprawnienia budżetowe.

W skład Rady Organów Regulacyjnych wchodzi wysocy przedstawiciele organów regulacyjnych oraz przedstawiciel Komisji bez prawa głosu. Rada liczy zatem 28 członków, każdy z jednym głosem, przy czym większość uchwał wymaga większości 2/3 głosów. Warto zatem zwrócić uwagę na uelastycznienie pracy przez odejście od jednomyślności, która jako zasada funkcjonowała w ERGEG. Rada Organów Regulacyjnych przedstawia dyrektorowi opinie dotyczące opinii, zaleceń i decyzji przyjmowanych przez ACER oraz udziela dyrektorowi wskazówek, ponadto zatwierdza roczny program pracy ACER oraz jeden z rozdziałów sprawozdania rocznego ACER. Jak już była o tym mowa, Rada Organów Regulacyjnych wydaje opinię w sprawie kandydata na dyrektora ACER (większością 3/4 głosów). Istnienie Rady Organów Regulacyjnych stanowi przejaw odejścia od modelu agencji regulacyjnych i stanowi wyraz podejścia do administrowania nazywanego w literaturze wspólnym administrowaniem (*joined-up*) lub też administracją sieciową³³. Termin opisuje różne sposoby skupiania formalnie odrębnych organizacji na rzecz realizacji danych celów³⁴.

Organem zarządzającym ACER i reprezentującym ją jest dyrektor. W swojej działalności kieruje się wskazówkami Rady Organów Regulacyjnych. Powoływany jest na 5 lat przez Radę Administracyjną z listy 3 kandydatów przedstawionych przez Komisję po uzyskaniu pozytywnej opinii Rady Organów Regulacyjnych. Dyrektor ma wiele zadań o charakterze przygotowawczym. Do niego należy zaproponowanie rocznego planu pracy, wieloletniego planu pracy, budżetu i sprawozdania. Podstawowym jednak zadaniem dyrektora jest przyjmowanie i publikowanie opinii, zaleceń i decyzji ACER, które uzyskały pozytywną opinię Rady Organów Regulacyjnych.

³³ E. Kozak-Hamala, „*Wspólne administrowanie*” jako element budowy wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego, (w:) A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja. Innowacja w sektorze energetycznym*, Warszawa 2013, s. 285.

³⁴ *Ibidem*, s. 277.

Na koniec przeglądu organów wypada wspomnieć o Komisji Odwoławczej, która składa się z 6 członków wybranych spośród byłego lub aktualnego wyższego rangą personelu krajowych organów regulacyjnych, organów ochrony konkurencji lub innych instytucji krajowych lub wspólnotowych. Kadencja członków Komisji Odwoławczej trwa 5 lat.

Jaki obraz wyłania się z przeglądu zadań organów? Z pewnością cechą szczególną ACER jest istnienie Rady Organów Regulacyjnych. Z jednej strony jest ona płaszczyzną współpracy krajowych organów regulacyjnych, z drugiej zaś stanowi wzmocnienie roli państw członkowskich. Wprawdzie członkowie Rady Organów Regulacyjnych powinni być niezależni od instrukcji rządowych czy jakichkolwiek innych podmiotów publicznych lub prywatnych, to jednak nie są wskazywani przez organy Unii Europejskiej, lecz przez organy krajowe. Ich związek ze strukturą administracji państw członkowskich jest więc oczywisty. Dalej, specyfiką ACER jest znaczenie, jakie przypisuje się Radzie Organów Regulacyjnych. Jest ona włączona w proces decyzyjny Agencji. Z przepisów rozporządzenia ACER wynika, że wszystkie dokumenty o znaczeniu prawnym wydawane przez Agencję są przyjmowane przez dyrektora z uwzględnieniem opinii Rady Organów Regulacyjnych. W proces decyzyjny są więc zaangażowane dwa organy. Warto przy tym podkreślić, że Rada Administracyjna odgrywa w tym procesie rolę pomniejszą, związaną z przyjmowaniem programu pracy i sprawozdania. Nie uczestniczy w wydawaniu wytycznych, opinii, zaleceń i decyzji.

Ocena działalności ACER z punktu widzenia kryterium efektywności powinna uwzględnić wzajemne powiązania oraz liczebność organów. Największe wątpliwości dotyczące zdolności decyzyjnej wiążą się z pracą Rady Organów Regulacyjnych. Ciało składające się z 28 członków, mówiących różnymi językami, nawet przy założeniu, że każdy z nich zna jeden z języków powszechnie używanych, jest podatne z pewnością na pokusę utworzenia jakiejś grupy wewnętrznej, która będzie nadawać ton pozostałym. W innym, gorszym wariantcie wpływ na kierunek pracy Rady Organów Regulacyjnych będzie miał dyrektor. Zgodnie zaś z rozporządzeniem ACER powinno być odwrotnie. To dyrektor powinien w swojej pracy kierować się wskazówkami Rady. Zagrożenie bezwładu jest realne, choć należy na usprawiedliwienie prawodawcy zauważyć, że trudno zorganizować pracę Agencji inaczej, jeśli chce się włączyć w proces decyzyjny krajowe organy regulacyjne. Nie da się bowiem pominąć któregoś z nich. Wspomniane zagrożenie może niwelować wymagany profesjonalizm członków Rady Organów Regulacyjnych. Z kompetencjami osobistymi członków wiąże się bowiem z pewnością chęć wpływania na decyzje w sposób rzeczywisty, a nie pozorny. Liczebność i charakter członkostwa Rady Organów Regulacyjnych nie się więc ze sobą ryzyko pomniejszenia znaczenia tego organu. To ryzyko w pewnej mierze może zmniejszać profesjonalizm i determinacja członków Rady.

Przy uwzględnieniu powyższych zastrzeżeń i wątpliwości, skuteczność działania Agencji należy ocenić pozytywnie. Powierzenie prac przygotowawczych mono-

kratycznemu organowi, jakim jest dyrektor, umożliwi sprawne przedstawianie dokumentów do akceptacji pozostałym organom. Kluczowe znaczenie dyrektora dla procesu decyzyjnego w sprawie opinii, zaleceń, wytycznych i decyzji stanowi również przejaw realizacji paradygmatu skutecznego działania. Dotychczasowe doświadczenia wskazują zaś, że ACER osiągnęła w pełni sprawność operacyjną.

Należy jeszcze na koniec przyrzeć się kryterium równowagi pomiędzy autonomią i kontrolą. W rozporządzeniu ACER podkreśla się w przepisach dotyczących kreacji poszczególnych organów ich niezależność zarówno od podmiotów publicznych, jak i prywatnych. W praktyce powiązania poszczególnych członków, zwłaszcza Rady Administracyjnej, z podmiotami funkcjonującymi na rynku mogą budzić pewne wątpliwości³⁵. Ich wyjaśnienie leży po stronie Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, które mają wpływ na działalność ACER przez wykonywanie uprawnień kontrolnych.

Kontrola ta wyraża się przede wszystkim obowiązkami sprawozdawczymi po stronie ACER. Agencja publikuje i przesyła Parlamentowi Europejskiemu, Radzie, Komisji i Trybunałowi Obrachunkowemu roczne sprawozdanie z działalności. Ponadto dyrektor może być wezwany przez Parlament Europejski lub Radę do przedłożenia sprawozdania z wykonywania obowiązków. Parlament Europejski może także wezwać dyrektora do złożenia oświadczenia przed właściwą komisją oraz do udzielenia odpowiedzi na pytania. Przejawem wykonywania uprawnień kontrolnych przez Komisję jest obowiązek prawny przeprowadzenia oceny pracy dyrektora z udziałem niezależnego eksperta zewnętrznego.

Niezależność ACER przejawia się więc przede wszystkim w kadencyjności organów, własnym budżecie, prawnie określonych kompetencjach i możliwości odwołania się od jej decyzji wyłącznie do organu sądowego. Przepisy rozporządzenia ACER dodatkowo w przypadku każdego z organów odrębnie odnoszą się do kwestii niezależności. Kontrola natomiast sprawowana jest przez Parlament Europejski, Radę i Komisję i realizuje się w formach przewidzianych przez rozporządzenie ACER. Tym samym zostaje zachowana pożądana równowaga pomiędzy autonomią i kontrolą.

6. PODSUMOWANIE

Podsumowując, można powrócić do pytań zadanych na początku niniejszego artykułu. Czy przyglądając się zadaniom ACER, można stwierdzić, że Agencja

³⁵ W jawnym formularzu dotyczącym potencjalnego konfliktu interesów jeden z członków Rady Administracyjnej oświadczył, że jest członkiem rady nadzorczej jednego z przedsiębiorstw energetycznych oraz że jest przełożonym w firmie konsultingowej, działającej na rynku energetycznym.

jest instytucją wyspecjalizowaną, która ogranicza działalność Komisji, jest wyrazem wiary w specjalistów oraz dodatkowo komplikuje przejrzystość działalności Unii Europejskiej, przyczyniając się *toutes proportions gardées* do kryzysu legitymizacji?

Pierwszym wskazanym przeze mnie zagadnieniem był problem przejmowania pola zarezerwowanego dla polityki przez wyspecjalizowane agencje złożone z ekspertów. Czy można stwierdzić z pełnym przekonaniem, że taką właśnie agencją pozbawiającą mocy rząd jest ACER? Odpowiedź na to pytanie zależy od tego, czy uzna się, że zadania ACER są z istoty polityczne. Przegląd prawodawstwa, a następnie praktyki wskazują, że Agencja zajmuje się przede wszystkim kwestiami technicznymi, w szczególności przygotowaniem kodeksów sieci. Wprawdzie cel jej istnienia, a więc stworzenie rynku wewnętrznego, jest polityczny *par excellence*, to jednak realizowany jest on nie tylko przez Agencję. Jej rola w tworzeniu rynku wewnętrznego energii jest konstrukcyjnie postrzegana jako pomocnicza z jednej strony wobec działań krajowych organów regulacyjnych, z drugiej zaś wobec Komisji. Komisja, przedstawiając problem utworzenia nowej agencji regulacyjnej, stwierdziła, że niektórych zadań związanych z tworzeniem wewnętrznego rynku energii nie jest w stanie realizować ze względu na brak kompetencji materialnych po jej stronie. W dużej mierze chciała ona, kreując ACER, oprzeć się na wiedzy i zasobach ludzkich obecnych w krajowych organach regulacyjnych. Zasadniczo techniczny charakter działań ACER i okoliczność, że nie jest ona jedynym organem realizującym cel polityczny, przemawiają za tym, że nie mamy tu do czynienia z nową instytucją, która odbiera rządowi to, co z natury powinno należeć do niego.

Praktyka wskazuje również, że dotychczas ACER nie miała okazji zajmować się zagadnieniami budzącymi kontrowersje, przy rozpatrywaniu których należy odwoływać się do wartości, co jest charakterystyczne dla polityki. Do tej pory jedyną sprawą, która na polskiej scenie politycznej podnoszona jest w gremiach związanych z energetyką, jest niemiecko-austriacki problem tzw. przepływów kołowych, które powodują w Polsce, Czechach, na Słowacji i Węgrzech destabilizację systemu elektroenergetycznego³⁶. ACER wydała jesienią 2015 r. opinię w tej sprawie na korzyść państw Europy Środkowo-Wschodniej. Uznanie, że przepływy kołowe stanowią problem, to wprawdzie tyle, co powiedzieć, że białe jest białe. Wydanie tej opinii ma jednak konsekwencje polityczne, skoro stanowi dla polskiego rządu mocny atut w rozmowach z rządem niemieckim w sprawie uregulowania tej kwestii czy to w rozmowach bilateralnych, czy to na płaszczyźnie europejskiej. Sprawa ta ma wprawdzie konsekwencje polityczne, z natury swej jest jednak techniczna. Nie zmienia zatem obrazu i znaczenia Agencji jako instytucji bardziej eksperckiej niż politycznej.

³⁶ Tchórzewski z Canete m.in. o solidarności energetycznej, Portal CIRE.PL, <http://www.cire.pl/item,123568,1,0,0,0,0,tchorzewski-z-canete-m-in-o-solidarnosci-energetycznej.html> (dostęp: 16.12.2017 r.).

Na koniec rozważań dotyczących polityczności lub niepolityczności ACER warto zauważyć, że istnieje pewien potencjał, który może w przyszłości uruchomić się i wpłynąć na zmianę powyższej oceny. Przede wszystkim ACER może mieć ambicje w podejmowaniu odważnych decyzji w sprawach dotyczących połączeń transgranicznych i określania procedury alokacji zdolności na podstawie art. 9 rozporządzenia ACER. Wówczas swoimi decyzjami mogłaby kształtować, dysponując uznaniem, politykę lub też na nią istotnie wpływać. Kwestię tę jako hipotetyczną można jednak w tej chwili pominąć.

Przechodząc do drugiego zagadnienia, a więc kwestii braku legitymizacji demokratycznej Unii Europejskiej, należy zauważyć, że Agencja jako instytucja wyspecjalizowana, niezależnie od tego jak byłaby ukształtowana, nie wpływa w znaczący sposób na postrzeganie całej Unii Europejskiej. Mając zatem świadomość miary i proporcji, należy zauważyć dwa elementy konstruujące ACER, które wiążą się z zagadnieniem legitymizacji.

Po pierwsze Agencja została skonstruowana w ten sposób, aby opierać się w swojej działalności na krajowych organach regulacyjnych. Ich piastuni wyłaniani są w ramach procedur demokratycznych danego państwa członkowskiego³⁷. Udział krajowych organów regulacyjnych wyraża się przez prace w ramach Rady Organów Regulacyjnych oraz powoływaniu grup roboczych i ekspertów z udziałem przedstawicieli krajowych organów regulacyjnych. Agencja, jak można zauważyć, czerpie legitymację do swego istnienia w znacznej mierze od organów krajowych. O ich zaś pozycji (pomijając wymogi prawa Unii Europejskiej w tym zakresie) decydują państwa członkowskie – zwłaszcza o procedurze wyboru.

Po drugie, w sprawach w których ACER wydaje decyzje indywidualne, prawo Unii Europejskiej za każdym razem przewiduje subsydiarny udział Agencji. Decyzje zatem podejmowane są albo na wniosek krajowych organów regulacyjnych, albo w sytuacjach, w których organy regulacyjne nie dochodzą do porozumienia w określonym terminie. Sprawy te mają charakter transgraniczny, gdyż dotyczą kwestii wymagających decyzji więcej niż jednego krajowego organu regulacyjnego. Tak określone uczestnictwo ACER w podejmowaniu decyzji indywidualnych sprawia, że nie można postawić Agencji zarzutu przejmowania zadań państw członkowskich. Na obraz Unii Europejskiej i legitymizację wpływa to w ten sposób, że adresaci decyzji mają świadomość, że Agencja wydaje decyzje sporadycznie (dotychczas dwa razy) i jedynie pomocniczo. Nie przejmuje więc zadań państw członkowskich, osłabiając prestiż Unii Europejskiej.

³⁷ W ramach przewidzianych przez prawo Unii Europejskiej istnieje swoboda państw członkowskich w kształtowaniu statusu prawnego krajowych organów regulacyjnych, włącznie z możliwością wyznaczenia parlamentu jako krajowego organu regulacyjnego. Szerzej na ten temat: M. Szydło, *Krajowy parlament jako regulator sektorów sieciowych*, Warszawa 2013, s. 134 i n.

BIBLIOGRAFIA

- Domagała M., *Podstawy prawne funkcjonowania wewnętrznego rynku gazu w Unii Europejskiej*, (w:) J. Sługocki (red.), *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne. Tom I*, Wrocław 2014
- Kozak-Hamala E., „*Wspólne administrowanie*” jako element budowy wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego, (w:) A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja. Innowacja w sektorze energetycznym*, Warszawa 2013
- Scalia A., *Mullahs of the West: Judges as moral arbiters*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2009, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf> (dostęp: 16.12.2017 r.)
- Swora M., *Aktualne tendencje w zakresie tworzenia agencji w Unii Europejskiej – administracja europejska in statu nascendi*, Warszawa 2006
- Swora M., *Krajowe organy regulacyjne w trzecim pakiecie liberalizacyjnym*, (w:) M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*, Lublin 2013
- Swora M., *Niezależne organy administracji*, Warszawa 2012
- Swora M., *Organy właściwe w sprawach energetyki (charakter, zadania i kompetencje)*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 8B. Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2013
- Szydło M., *Krajowy parlament jako regulator sektorów sieciowych*, Warszawa 2013
- Tchórzewski z Canete m.in. o solidarności energetycznej, Portal CIRE.PL, <http://www.cire.pl/item,123568,1,0,0,0,0,tchorzewski-z-canete-m-in-o-solidarnosci-energetycznej.html> (dostęp: 16.12.2017 r.)
- Walaszek-Pyziół A., *Kilka refleksji na temat tzw. europejskich kodeksów sieci (grid codes)*, (w:) A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja. Innowacja w sektorze energetycznym*, Warszawa 2013
- Weiler J., Weiler J. H. H., *Europe in Crisis – on “Political Messianism”, “Legitimacy” and the “Rule of Law”*, “Singapore Journal of Legal Studies” 2012, DOI: 10.2139/ssrn.2255263
- Zajdler R., *Komentarz do dyrektywy 2009/72 dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej*, Warszawa 2011
- Zdyb P., *Współpraca Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z Agencją do spraw Współpracy Organów Regulacji Energetyki*, (w:) J. Sługocki (red.), *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy administracyjnoprawne. Tom I*, Wrocław 2014

THE AGENCY FOR THE COOPERATION OF ENERGY REGULATORS

Summary

The Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) has been established in 2009 in the Third Liberalization Package of Energy Sector. The Agency became fully operational in 2011. After 5 years of its functioning the Author presents his opinion on general issues like legitimacy of the European Union regarding the tendency of creating new European agencies (among them ACER) and the problem of the common belief in rule of experts in the typical field of politics. Subsequently the paper handles the history of setting up the Agency and the description of its bodies and competencies in order to present the achievements of ACER within 5 years of its work. The Author concludes with positive statement: ACER meets its goals, encompassing the principle of subsidiarity and helping the Commission and National Regulatory Authorities in realizing the aim of establishing the common energy market in European Union.

KEYWORDS

Agency, ACER, Energy law

SŁOWA KLUCZOWE

Agencja, ACER, Prawo energetyczne