

# Decyzje w sprawie derogacji obu gazociągów Nord Stream jako ogniwo wielopoziomowego egzekwowania prawa unijnego

## Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Kontekst unijny nowelizacji dyrektywy gazowej
  1. Kontekst międzynarodowy nowelizacji dyrektywy gazowej
- III. Kontekst krajowy stosowania nowelizacji dyrektywy gazowej
- IV. Jurysdykcja organu krajowego a wymóg ukończenia infrastruktury
- V. Charakter terminu „do 24 maja 2020 r.” a kompetencje organu krajowego
- VI. Podsumowanie

## Streszczenie

Ogłoszone w drugiej połowie maja 2020 r. decyzje niemieckiego regulatora, Bundesnetzagentur, dotyczące udzielenia derogacji spod unijnych zasad wspólnego rynku gazu dla Nord Stream oraz odmowy jej udzielenia dla Nord Stream 2 są następstwem przyjętej 17 kwietnia 2019 r. nowelizacji dyrektywy gazowej, przez co wpisują się w szerszy kontekst. Włączają się one w dyskurs nad obowiązywaniem unijnego reżimu regulacyjnego w czasie i przestrzeni, a także stanowią ważny przykład zastosowania złożonego pod względem proceduralnym i materialnoprawnym przypadku regulacji epizodycznej. Towarzyszą im postanowienia Sądu UE odrzucające skargi spółek Nord Stream na nowelizację dyrektywy gazowej oraz ogłoszenia zarządzeń (*procedural orders*) przez Trybunał Arbitrażowy, rozpatrujący skargę Nord Stream 2 AG na UE, współdeterminujące wielopoziomowe egzekwowanie prawa unijnego.

**Słowa kluczowe:** derogacja; dyrektywa gazowa; Nord Stream; solidarność energetyczna; zwolnienie regulacyjne.

**JEL:** K20, K23, K33

## I. Wprowadzenie

W drugiej połowie maja 2020 r. niemiecka Federalna Agencja Sieci (Bundesnetzagentur), unitarny regulator energetyki, poczty, telekomunikacji i kolei, ogłosiła rozpatrzenie wniosków o udzielenie derogacji złożonych przez Nord Stream AG (postępowanie wszczęte w dniu 23 grudnia

---

\* Adwokat; doktorant w Akademii Leona Koźmińskiego; e-mail [zawodzinski@gmail.com](mailto:zawodzinski@gmail.com). <https://orcid.org/0000-0002-5420-5656>.

2019 r. pod sygnaturą BK7-19-108, zakończone decyzją z 20 maja 2020 r.)<sup>1</sup> oraz Nord Stream 2 AG (postępowanie wszczęte w dniu 10 stycznia 2020 r. pod sygnaturą BK7-20-004, zakończone decyzją z dnia 15 maja 2020 roku)<sup>2</sup>. W toku obu postępowań niemiecki organ regulacyjny przeprowadził przewidziane prawem unijnym konsultacje z państwami członkowskim. Dodatkowo, do udziału w postępowaniu BK7-20-004 regulator dopuścił dwie spółki, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. oraz PGNiG Supply&Trading GmbH (decyzja z 17 marca 2020 r., znak BK7-20-004-B1)<sup>3</sup>. Inne decyzje w przedmiocie udziału interesariuszy w sprawach nie zapadły.

Rozważając te orzeczenia administracyjne, warto zwrócić uwagę na uwarunkowania proceduralne i instytucjonalne zarówno wewnątrzunijne, jak i międzynarodowe, determinujące wielopoziomowe egzekwowanie prawa unijnego w tej sprawie.

## II. Kontekst unijny nowelizacji dyrektywy gazowej

W dniu 17 kwietnia 2019 r. uchwalona została dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2019/692 zmieniająca dyrektywę 2009/73/WE dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego<sup>4</sup> (dyrektywa nowelizująca dalej: nowelizacja; dyrektywa nowelizowana dalej: dyrektywa gazowa<sup>5</sup>). Nowelizacja dyrektywy gazowej została opublikowana w dniu 3 maja 2019 r. i weszła w życie 23 maja 2019 roku. Akt ten wprowadził zmiany w definicji połączenia wzajemnego w sposób eliminujący wątpliwości co do jurysdykcji unijnej nad gazociągami prowadzącym z państw trzecich, czemu towarzyszy odpowiedni doprecyzowanie art. 36 dyrektywy gazowej, regulującego tzw. zwolnienia (wyłączenia) regulacyjne dla nowej infrastruktury. Potwierdzono tym samym stosowanie prawa unijnego do tego rodzaju obiektów infrastrukturalnych jako regułę.

Ściśle powiązane z przedmiotową modyfikacją jest ustanowienie dwóch trybów – udzielania derogacji (art. 49a dyrektywy gazowej) oraz uregulowania statusu gazociągu z państwa trzeciego w drodze umowy międzynarodowej, negocjowanej na podstawie upoważnienia udzielonego przez Komisję Europejską (art. 49b dyrektywy gazowej).

Derogacja może być udzielona *verba legis* z powodów obiektywnych, takich jak umożliwienie odzyskania poczynionej inwestycji lub ze względów bezpieczeństwa dostaw, pod warunkiem, że odstępstwo to nie będzie miało szkodliwego wpływu na konkurencję na rynku wewnętrznym gazu ziemnego lub na skuteczne funkcjonowanie tego rynku ani na bezpieczeństwo dostaw w Unii. Pogłębiona analiza materialnoprawnych przesłanek derogacji oraz ich subsumpcji w obu rozstrzygnięciach wykracza poza ramy niniejszego tekstu.

Projekt nowelizacji Komisja Europejska przedstawiła Parlamentowi Europejskiemu<sup>6</sup>. Relacjonowanie prac nie wydaje się celowe, jednak w kontekście zarzutów dotyczących ochrony praw słusznie nabytych i interesów w toku wypadu zauważyć, że w trakcie prac legislacyjnych

<sup>1</sup> <https://www.bundesnetzagentur.de/EN/Service-Funktionen/RulingChambers/Chamber7/BK7-19-0108EN/BK7-19-0108EN.html?nn=361360> (7.06.2020).

<sup>2</sup> [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004\\_Verfahrenseinleitung.html?nn=361360](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004_Verfahrenseinleitung.html?nn=361360) (7.06.2020).

<sup>3</sup> [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1\\_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004\\_B1\\_Beiladungsbeschl\\_nicht\\_BDBext.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK7-GZ/2020/BK7-20-0004/BK7-20-0004_B1_Beiladungsbeschl_nicht_BDBext.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (7.06.2020).

<sup>4</sup> Dz. Urz. UE 2019 L 117/1.

<sup>5</sup> Dyrektywa 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. Urz. UE 2009 L 211/94).

<sup>6</sup> [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/act\\_gas\\_dir\\_adopted.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/act_gas_dir_adopted.pdf) (7.06.2020).

Nord Stream pozostawał aktywny, w szczególności poprzez składane przez siebie uwagi do projektu, natomiast projekt pojawił się na długo przed rozpoczęciem robót budowlanych.

Zarówno Nord Stream, jak i Nord Stream 2 zdecydowały się na podjęcie próby unieważnienia nowelizacji dyrektywy gazowej w postępowaniu przed TSUE (sprawy odpowiednio pod sygnaturą T-530/19<sup>7</sup> oraz T-526/19<sup>8</sup>). Postanowieniami z dnia 20 maja 2020 r. Sąd Unii Europejskiej odrzucił obie skargi jako niedopuszczalne. W swoich orzeczeniach Sąd wskazał na brak legitymacji skargowej wynikający z braku indywidualnego i bezpośredniego oddziaływania dyrektywy na jednostkę. Jest to zupełnie zrozumiałe wobec brzmienia art. 4 nowelizacji, potwierdzającego konieczność implementacji dyrektywy do prawa krajowego, aby następnie możliwe było ustanowienie środka wykonawczego w postaci decyzji państwa członkowskiego. Dodatkowo, słusznie zauważono, że w takiej sytuacji obie spółki mają możliwość kontestowania niesatysfakcjonującego ich rozstrzygnięcia na poziomie państwa członkowskiego, a w ramach sądowej kontroli takiego rozstrzygnięcia – żądania, aby właściwy sąd państwowy przedstawił pytanie prejudycjalne, przy czym przedmiotem takowego odesłania mogłaby być także legalność nowelizacji dyrektywy gazowej.

Postanowienie unijnej judykatury ma istotne znaczenie jeszcze z dwóch innych względów: terytorialnego zakresu stosowania regulacji sektorowej oraz ochrony tajemnicy pomocy prawnej i legalności pochodzenia dokumentów. Koncentrując się na pierwszym z tych wątków, należy zauważyć, że potwierdziło one, że skarżący nie nabyli uprawnień do prowadzenia działalności poza reżimem prawa unijnego, gdyż prawo to winno być egzekwowane także w stanie prawnym sprzed nowelizacji, przynajmniej w granicach wód terytorialnych państw członkowskich. Konstatacja tej natury wskazywać może na zaniechanie po stronie niemieckiego regulatora w egzekwowaniu między innymi zasady dostępu stron trzecich oraz rozdziału działalności (*unbundling*). Nie jest to sposobność do roztrząsania czy następstwem takiego ustalenia będzie skierowanie skargi przeciwko Republice Federalnej Niemiec o stwierdzenie naruszenia zobowiązań państwa członkowskiego, której towarzyszyłby wniosek o zastosowanie środka tymczasowego polegającego na podjęciu przez Bundesnetzagentur wszelkich czynności, które oddalą ryzyko przedawnienia się karalności naruszenia regulacji sektorowych przez Nord Stream.

## 1. Kontekst międzynarodowy nowelizacji dyrektywy gazowej

W dniu 12 kwietnia 2019 r. Nord Stream 2 skierował do Jean-Paula Junckera, przewodniczącego Komisji Europejskiej, wystąpienie, w którym w szczególności wskazał, że otwiera ono termin na polubowne załatwienie sporu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 1 Traktatu Karty Energetycznej. Następnie, po upływie terminu przewidzianego w tej umowie międzynarodowej, spółka zdecydowała się na zainicjowanie międzynarodowego sporu arbitrażowego przeciwko UE, administrowanego przez Stały Trybunał Rozjemczy (*Permanent Court of Arbitration*) w Hadze<sup>9</sup>, składając 26 września 2019 r. wezwanie na arbitraż (*notice of arbitration*). Szersze roztrząsanie arbitrażu inwestycyjnego nie jest w tym miejscu celowe, należy jednak pamiętać o pośrednim związku między orzeczeniem Trybunału Arbitrażowego a sytuacją prawną Nord Stream 2. Po pierwsze, Trybunał Arbitrażowy nie jest władny, aby nakazać zmiany w prawie (praktyce jego

<sup>7</sup> ECLI:EU:T:2020:213.

<sup>8</sup> ECLI:EU:T:2020:210.

<sup>9</sup> <https://pca-cpa.org/en/cases/239/> (7.06.2020).

stosowania). Po drugie, prawo międzynarodowe, choć stanowi część unijnego porządku prawnego, niekoniecznie wywiera bezpośredni skutek w stosunkach wewnętrznych. Dalece przedwczesne byłoby antycypowanie, że taki dylemat kiedykolwiek się w ogóle pojawi. Niepodobna przesądzać ani o dopuszczalności wywiedzionej skargi, ani o zasadności powództwa.

### III. Kontekst krajowy stosowania nowelizacji dyrektywy gazowej

Pracom parlamentarnym nad rządowym projektem nowelizacji ustawy o gospodarce energetycznej (niemieckiego prawa energetycznego; *Energiewirtschaftsgesetz*) towarzyszyły kontrowersje. Kluczowa dotyczyła redakcyjnego usytuowania daty i charakteru prawnego sformułowania „ukończonego przed 23 maja 2019 r.”. W projekcie rządowym zarówno elementy konstytuujące łącznik jurysdykcyjny, jak i materialnoprawne przesłanki udzielenia derogacji oraz kryteria oceny wniosku objęte były jednym wyliczeniem<sup>10</sup>. Ostateczną redakcję par. 28b ustawy o gospodarce energetycznej przyjęto w kształcie zbliżonym do dyrektywy.

Konsekwentnie niemiecki prawodawca dążył do nadania kompetencji do orzekania w przedmiocie derogacji organowi regulacyjnemu. Dla porządku należy zauważyć, że na państwie członkowskim nie ciążyła w ogóle konieczność przewidzenia możliwości ubiegania się o derogację, natomiast jej instytucjonalizacja nie wymagała powierzenia władztwa w tym zakresie regulatorowi.

W prawie niemieckim pojawiły się przy tym dwa istotne uzupełnienia, w pełni dopuszczalne, biorąc pod uwagę niepełną harmonizację na poziomie unijnym. Po pierwsze, prawodawca krajowy zrezygnował z neutralnego brzmienia przepisu dyrektywy gazowej, niewskazującego impulsu procesowego dla państwa członkowskiego na rzecz doprecyzowania, iż państwo członkowskie winno działać „na wniosek operatora”. Po drugie, określono termin na złożenie wniosku o derogację wynoszący jeden miesiąc od wejścia w życie nowelizacji krajowej.

Pojęcie operatora wydaje się mieć tutaj dwojakie znaczenie. Pierwsze z nich obejmuje przedsiębiorstwo energetyczne, które prowadzi działalność regulowaną zgodnie z właściwą decyzją regulatora rynku gazu oraz decyduje się na inwestycję w nowy obiekt infrastrukturalny (swoistą rozbudowę posiadanej już sieci przesyłowej). Drugie natomiast, jak można się zgodzić, odnosi się do podmiotu, który faktycznie wykonuje wszystkie obowiązki operatora, mimo braku formalnego ich powierzenia w drodze decyzji właściwego organu (przypadek Nord Stream AG). Żadnego z tych przymiotów nie posiadał Nord Stream 2, będący jedynie inwestorem prowadzącym w dacie złożenia i rozpatrzenia wniosku na budowę gazociągu.

Przewidziany w krajowej implementacji termin 30 dni dla wnioskodawców ubiegających się o derogację mieści się w ramach autonomii środków (autonomii proceduralnej i instytucjonalnej) państwa członkowskiego. Co więcej, wprowadzenie terminu prekluzyjnego, pozwalającego na koncentrację materiału procesowego oraz dyscyplinującego zainteresowanych przedsiębiorców jest zrozumiałe, a nawet celowe, wzięwszy pod uwagę konieczność przeprowadzenia przez organ regulacyjny skomplikowanego postępowania administracyjnego, w ramach którego należy odbyć konsultacje z zainteresowanym państwami członkowskimi, w duchu traktatowej zasady solidarności energetycznej. Ewentualny rygoryzm tego formalnego obostrzenia złagodzone, publikując wytyczne dla wnioskodawców.

<sup>10</sup> [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-erdgasbinnenmarkt-stand-august-2019.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-erdgasbinnenmarkt-stand-august-2019.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (7.06.2020).

## IV. Jurysdykcja organu krajowego a wymóg ukończenia infrastruktury

W świetle komunikatu niemieckiego regulatora, informującego o zakończeniu postępowań, centralną osią sporu co do możliwości udzielenia derogacji dla Nord Stream 2 wydaje się ukończenie w terminie do 23 maja 2020 roku.

Pierwsza wątpliwość to w istocie pytanie, co należało ukończyć przed wejściem w życie nowelizacji dyrektywy gazowej. Jedyne z pozoru odpowiedź na to pytanie jest prosta i sprowadza się do lapidarnego stwierdzenia: cały gazociąg. Pojawia się bowiem kolejna kwestia, jak należy rozumieć „ukończenie” w odniesieniu do całego gazociągu. Poprawna interpretacja winna zakładać ukończenie procesu inwestycyjnego w sposób pozwalający na bezpieczną i zgodną z prawem eksploatację infrastruktury. W szczególności winno wiązać się to z uzyskaniem pozwoleń na użytkowanie bądź analogicznych zezwoleń publicznoprawnych. Wydaje się, że nie jest konieczne, aby takie decyzje były prawomocne. Ich skuteczne wzruszenie na gruncie właściwej procedury sądowej prowadzić będzie do wstrzymania eksploatacji i przebudowy bądź rozbiórki nielegalnie posadowionej infrastruktury, wobec czego substrat derogacji może w ogóle przestać istnieć.

Chybione byłoby przy tym argumentowanie, że o ukończeniu miałyby świadczyć podjęcie przez inwestora decyzji inwestycyjnej i przystąpienie do jej realizacji. Tego rodzaju odstępstwo od oczywistego brzmienia przepisu błędnie zdaje się kierować założeniem, że nowelizacja dyrektywy gazowej godzi w prawa nabyte do prowadzenia – nawet nierozpoczętej jeszcze – działalności przesyłowej w określony sposób. Rozumowanie takie stałoby na przeszkodzie usankcjonowania jakichkolwiek zmian w reżimie regulacyjnym, przykładowo w przeszłości zaprzepaściłoby wprowadzenie podstawowych zasad wspólnego rynku gazu i energii.

Nieuchronnie należy też zadać pytanie, czy rzeczywiście należy oczekiwać od wnioskodawcy ukończenia całego gazociągu, czy też wyłącznie takiej jego części, która zlokalizowana jest w granicach terytorium państwa członkowskiego rozpoznającego wniosek bądź w obrębie terytorium unijnego w ogóle. Nie ulega kwestii, że niezbędnym warunkiem jest zrealizowanie całej inwestycji, a nie jej odcinka. Fragmentarycznie wykonana inwestycja nie jest zdatna do eksploatacji, przez co ustanowienie dla niej derogacji byłoby bezprzedmiotowe. Dodatkowo, porównać można to z progami przychodów dla zgłoszeń zamiaru koncentracji; art. 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>11</sup> posługuje się obrotami światowymi, choć w oczywisty sposób nie są one generowane wyłącznie na terytorium Unii Europejskiej.

Prowadzi to do wniosku, że ukończenie gazociągu przed 23 maja 2019 r. jest – obok umiejscowienia punktu połączenia przedmiotowej infrastruktury z systemem przesyłowym państwa członkowskiego – łącznikiem jurysdykcyjnym, którego wystąpienie warunkuje z perspektywy prawa unijnego dopuszczalność wniosku.

Jakkolwiek przy ocenie dopuszczalności wniosku organ krajowy bierze pod uwagę całą inwestycję, możliwość ustanowienia derogacji ograniczona jest do odcinków takiej linii przesyłowej gazu znajdujących się na jego terytorium lub morzu terytorialnym państwa udzielającego jej.

<sup>11</sup> Dz. Urz. WE 2004 L 24/1.



## V. Charakter terminu „do 24 maja 2020 r.” a kompetencje organu krajowego

Kolejny ważny termin przewidziany w nowelizacji dyrektywy gazowej wyznacza data 24 maja 2020 roku. Wskazuje on na jedynie epizodyczny charakter przepisu pozwalającego na udzielenie derogacji, a co się z tym wiąże – oznacza wygaśnięcie kompetencji organu krajowego do jej udzielenia po nadejściu tego terminu. Do jego przedłużenia nie mogą prowadzić krajowe przepisy o zawieszeniu lub przerwaniu biegu terminów, ich zastosowanie byłoby bowiem sprzeczne z wyjątkowym charakterem przedmiotowej normy i nadrzędną wartością, jaką jest zapewnienie pewności co do reżimu regulacyjnego infrastruktury oraz efektywności prawa unijnego, od którego odstępstwo decyzja derogacyjna wprowadza.

Wydaje się przy tym, że upływ terminu prowadzi także do utraty po stronie organu krajowego możliwości zmiany decyzji, z wyjątkiem przewidzianego w nowelizacji dyrektywy gazowej przypadku przedłużenia obowiązywania derogacji. Odmienne rzecz się natomiast ma w przypadku potrzeby wyeliminowania decyzji derogacyjnej z obrotu prawnego. Gdyby okazało się, że oparto ją na nieprawdziwych lub niekompletnych materiałach, konieczne byłoby jej uchylenie. Podobnie, ilekroć adresat decyzji nie wykonywałby nałożonych na niego warunków (obowiązków), organ winien mieć prawo uchylić decyzję, analogicznie do przypadku decyzji zobowiązującej, kończącej postępowanie antymonopolowe (art. 9 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu<sup>12</sup>).

Pojawia się przy tym pytanie, jak po upływie terminu 24 maja 2020 r. przebiegać będzie kontrola sądowa decyzji, zwłaszcza negatywnych. Niewątpliwie przy wykładni terminu należy wziąć pod uwagę prawo do sądu oraz dobrej administracji. Nie wydaje się jednak, że ograniczenie kognicji sądu krajowego do stwierdzenia wydania odmowy derogacji z naruszeniem prawa godzi w prawa podstawowe, jeżeli towarzyszy temu możliwość dochodzenia przez wnioskodawcę roszczeń odszkodowawczych od państwa członkowskiego, które bezzasadnie odmówiło ustanowienia derogacji, co prawomocnie stwierdził właściwy sąd.

## VI. Podsumowanie

Decyzje dotyczące derogacji dla obu nitek Gazociągu Północnego budzą zrozumiałe zainteresowanie z uwagi na ich ekonomiczne i polityczne znaczenie. Pozostaną one także przedmiotem zainteresowania ze strony nauk prawnych, zwłaszcza po publikacji obu rozstrzygnięć należy pochylić się nad analizą kryteriów derogacji i skonfrontować je z przesłankami ustanowienia wyłączenia regulacyjnego, przewidzianego w art. 36 dyrektywy gazowej, a także z wywodami Sądu UE zaprezentowanymi w postanowieniu o odrzuceniu skargi na nowelizację dyrektywy gazowej.

Niedostępność przedmiotowych decyzji wymusiła skoncentrowanie się w niniejszym tekście na uwarunkowaniach proceduralnych, z których centralną rolę odgrywa termin 23 maja 2019 r., warunkujący możliwość ubiegania się o derogację. Słusznie niemiecki regulator doszedł do przekonania, że Nord Stream 2 nie został ukończony w wymaganym terminie.

<sup>12</sup> Dz. Urz. WE 2003 L 1/1.