

Niemiecki regulator przeciwko preferencjom dla Nord Streamu 2

Ryszarda Formuszewicz, Szymon Kardaś

15 maja Federalna Agencja ds. Sieci (BNetzA) odrzuciła wniosek spółki Nord Stream 2 AG w sprawie wyłączenia należącego do niej gazociągu z reżimu dyrektywy gazowej UE. Agencja nie podzieliła tym samym forsowanej przez wnioskodawcę gospodarczo-funkcjonalnej interpretacji kryterium „ukończenia”. Na mocy nowelizacji dyrektywy gazowej w 2019 r. reżim trzeciego pakietu energetycznego UE został częściowo rozszerzony na gazociągi z państw trzecich kończące się na terytorium lub na morzu terytorialnym państwa członkowskiego UE. Zmodyfikowane postanowienia dyrektywy wdrożone zostały w Niemczech terminowo w grudniu 2019 r. poprzez nowelizację federalnej ustawy o zaopatrzeniu w energię elektryczną i gaz (EnWG).

W dyrektywie, a następnie w niemieckiej ustawie, przewidziano obłożoną warunkami możliwość odstąpienia od stosowania regulacji unijnej. Korzystając z tej opcji, spółka Nord Stream 2 AG wystąpiła 10 stycznia br. o udzielenie tego odstępstwa na podstawie § 28b EnWG (sygnatura akt BK7-20-004). 17 marca do udziału w toczącym się postępowaniu zostały dopuszczone Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo oraz jego niemiecka spółka zależna – PGNiG Supply & Trading.

Wniosek o wyłączenie z reżimu dyrektywy został złożony, mimo że budowa gazociągu nie została ukończona przed przewidzianym w niej terminem 23 maja 2019 r. Na podstawie przedłożonej opinii prawnej spółka oponowała przeciw przyjęciu „wąskiego rozumienia” odwołującego się do uwarunkowań konstrukcyjno-technicznych. Domagała się uwzględnienia skali nieodwracalnych nakładów dokonanych przez inwestora w zaufaniu do stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie modyfikacji dyrektywy gazowej. Argumentacja ta została zakwestionowana przez niemieckiego regulatora, który skupił się na stanie faktycznym.

BNetzA zobowiązana jest do opublikowania tekstu decyzji, co jeszcze nie nastąpiło. Ponadto zapowiedziała upublicznienie – pod warunkiem uzyskania na to zgody – opinii dziesięciu państw członkowskich, które wzięły udział w konsultacjach na podstawie art. 49a ust. 2 dyrektywy gazowej. Według informacji Agencji żadne z przedłożonych stanowisk nie podzieliło argumentacji spółki co do interpretacji kryterium „ukończenia”.

Konsekwencje dla Gazpromu

Rozstrzygnięcie niemieckiego regulatora potwierdziło znaczenie działań skutkujących opóźnieniem budowy gazociągu, poczynając od przedłużania się procesu uzyskiwania pozwoleń na budowę (co najdłużej, tj. do 30 października 2019 r., trwało w przypadku Danii). Ponadto wskutek nałożonych przez USA pod koniec 2019 r. sankcji przerwane zostało układanie rur. W obawie przed amerykańskimi restrykcjami z budowy wycofała się szwajcarska firma Allseas. Zastąpić może ją ewentualnie specjalistyczny rosyjski statek Akademik Czerski, który Rosjanie sprowadzili na Bałtyk. Jako możliwy termin dokończenia prac i uruchomienia gazociągu wskazuje się obecnie drugą połowę 2020 lub początek 2021 r.

Choć decyzja BNetzA nie wpłynie na proces dokończenia budowy Nord Streamu 2, to może rodzić negatywne konsekwencje dla Gazpromu w momencie uruchomienia go. Po pierwsze obowiązywanie zasady dostępu strony trzeciej na niemieckim odcinku rurociągu uniemożliwiać będzie koncernowi wykorzystywanie pełnej przepustowości nowej magistrali. Utrzymanie w mocy tego ograniczenia przyniosłoby straty finansowe rosyjskiej firmie, obniżając rentowność inwestycji. Po drugie – ze względu na obowiązywanie unijnych regulacji na obszarze morza terytorialnego Niemiec – Gazprom nie mógłby zostać właścicielem i operatorem całości nowego gazociągu. Zgodnie bowiem z zasadą rozdziału właścicielskiego (*ownership unbundling*) ten sam podmiot nie może być jednocześnie dostawcą gazu oraz właścicielem i operatorem infrastruktury, którą surowiec jest dostarczany. Dodatkowo ustanowienie operatora niemieckiej części gazociągu będzie wymagało certyfikacji ze strony Komisji Europejskiej.

Utrzymanie w mocy ograniczeń wynikających z unijnego prawa uniemożliwiłoby stronie rosyjskiej osiągnięcie jednego z ważniejszych celów zewnętrznej polityki energetycznej, którym jest uniezależnienie się od szlaków tranzytowych przechodzących przez państwa trzecie. Zarówno projekty Nord Stream 1 i Nord Stream 2, jak i TurkStream miały w założeniu pozwolić na przekierowanie całości przesyłu rosyjskiego surowca ze szlaku ukraińskiego na nowe magistrale.

Jednocześnie decyzja BNetzA oraz inne trudności związane z realizacją projektu Nord Stream 2 nie będą stanowiły ograniczenia dla funkcjonowania Gazpromu na rynku europejskim w perspektywie średnioterminowej. Istniejąca infrastruktura oraz baza normatywna, w szczególności zawarty w grudniu 2019 r. nowy, pięcioletni kontrakt tranzytowy z ukraińską spółką Naftohaz, zapewniają rosyjskiemu koncernowi możliwość wywiązywania się z zobowiązań kontraktowych wobec odbiorców europejskich.

Można się jednak spodziewać prób oddziaływania na niemiecką opinię publiczną, np. poprzez rozpowszechnianie informacji o dodatkowych kosztach dla niemieckich odbiorców gazu wynikających z rygorów prawa unijnego. Należy się także liczyć z dalszym podsycaniem nastrojów antyamerykańskich w Niemczech przez promotorów projektu, zwłaszcza gdyby doszło do rozszerzenia sankcji USA w przypadku kontynuowania prac budowlanych z wykorzystaniem statku Akademik Czerski.

Dalsze kroki strony rosyjskiej

Choć reakcje strony rosyjskiej są na razie bardzo skromne, to należy się spodziewać, że zarówno przedstawiciele władz, jak i Gazprom będą kontynuowali działania na rzecz

wyłączenia gazociągu Nord Stream 2 spod restrykcji wynikających z unijnego prawa energetycznego.

Po pierwsze kontrolowana przez Gazprom spółka Nord Stream 2 AG już zasugerowała możliwość podważenia decyzji BNetzA. W ciągu miesiąca od doręczenia decyzji może się ona odwołać do Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie (§ 78 ustawy o zapatrzeniu w energię elektryczną i gaz). Jeśli to nastąpi, niemiecki sąd może wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości UE o interpretację kryterium „ukończenia” w dyrektywie gazowej w trybie pytania prejudycjalnego, co oddaliłoby w czasie rozstrzygnięcie sprawy.

Po drugie należy spodziewać się kontynuacji działań podjętych jeszcze w 2019 r., których celem jest uchylene nowelizacji dyrektywy gazowej. W lipcu spółka Nord Stream 2 AG zaskarżyła dyrektywę do Trybunału Sprawiedliwości UE, wnosząc sprawę przeciwko Radzie UE i Parlamentowi Europejskiemu. Z kolei we wrześniu znowelizowana dyrektywa gazowa została przez firmę zaskarżona do Trybunału Arbitrażowego. Spółka zarzuciła Unii Europejskiej, że przyjęcie nowelizacji stanowi naruszenie zasad Traktatu Karty Energetycznej, a w szczególności regulacji dotyczących ochrony inwestycji. Oba postępowania znajdują się obecnie we wstępnej fazie; nie są również znane szczegóły dotyczące argumentacji spółki. Tym samym trudno na obecnym etapie przesądzać, jaki może być efekt końcowy wszczętych postępowań.

Po trzecie należy również oczekiwać, że strona rosyjska – niezależnie od prób kwestionowania legalności unijnych restrykcji – podejmie próby wypracowania rozwiązań zmierzających do obejścia prawa UE. Jeszcze w marcu ub.r. „Financial Times” sygnalizował, że spółka Nord Stream 2 AG zamierza wykorzystać w tym celu wynikające z dyrektywy geograficzne ograniczenie zakresu jej stosowania do morza terytorialnego państwa UE, na którego obszarze kończy się gazociąg transgraniczny. Rozważany przez stronę rosyjską wariant zakładał ustanowienie odrębnych podmiotów zarządzających poszczególnymi częściami Nord Streamu 2: przebiegającą przez niemieckie morze terytorialne (ok. 4% długości całej infrastruktury) i pozostałą – położoną na wodach duńskich, szwedzkich, fińskich i rosyjskich. Jeden byłby właścicielem i operatorem odcinka niemieckiego, który podlegałby restrykcjom unijnego prawa, a drugi – najprawdopodobniej w pełni kontrolowany przez Gazprom – odpowiadałby za zarządzanie pozostałą częścią gazociągu, która zgodnie ze znowelizowaną dyrektywą gazową nie podlega przepisom unijnym. O możliwości zastosowania takiego rozwiązania pisał również niemiecki „Handelsblatt” w listopadzie 2019 r. Wariant ten pozwoliłby Gazpromowi, poprzez spółkę Nord Stream 2 AG, zachować kontrolę nad zdecydowaną większością budowanej infrastruktury, co z pewnością przełożyłoby się na korzyści finansowe wynikające z jej eksploatacji.

Inną opcją jest skorzystanie ze ścieżki przewidzianej w znowelizowanej dyrektywie gazowej, która umożliwia państwom członkowskim UE zawieranie z państwami trzecimi umów międzyrządowych w sprawie eksploatacji linii przesyłowych. Rozpoczęcie negocjacji wymaga jednak uzyskania upoważnienia ze strony Komisji Europejskiej. KE może nie udzielić zgody na rozmowy, jeśli uzna, że umowa: byłaby sprzeczna z prawem unijnym; byłaby szkodliwa dla funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego, konkurencji lub bezpieczeństwa dostaw w jednym z państw członkowskich lub w Unii; podważałaby cele negocjacji umów międzyrządowych prowadzonych przez Unię z państwem trzecim; byłaby dyskryminująca. Ponadto przed udzieleniem upoważnienia KE ocenia, czy planowana

umowa dotyczy gazociągów, które dzięki nowym źródłom surowca przyczyniają się do dywersyfikacji dostaw i dostawców gazu ziemnego. Poza tym ostateczny tekst wynegocjowanej umowy wymaga akceptacji ze strony KE.

Po czwarte wreszcie można oczekiwać, że w przypadku fiaska działań mających na celu podważenie legalności unijnych restrykcji oraz nieskuteczności prób obejścia prawa UE strona rosyjska wprowadzi pewne działania adaptacyjne. Mogłyby one polegać w pierwszej kolejności na częściowej zmianie zasad handlu rosyjskim gazem dostarczanym odbiorcom europejskim, np. poprzez sprzedaż surowca w punkcie początkowym gazociągu Nord Stream 2, czyli na terytorium Rosji. Mniej prawdopodobne wydaje się natomiast podjęcie działań obejmujących ograniczenie monopolu Gazpromu na eksport gazu systemem rurociągowym. Taka decyzja mogłaby doprowadzić do naruszenia równowagi sił w sektorze energetycznym Rosji, otwierając dyskusję dotyczącą szerszych zmian funkcjonowania krajowego rynku gazowego, czym rosyjskie władze nie są obecnie zainteresowane.