*Bartłomiej Nowak**

Rozdział przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo w sektorze energii elektrycznej i gazu na podstawie dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej. Mit czy rzeczywistość?

1. *Unbundling* – uwagi ogólne

Niedyskryminacyjny dostęp do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych jest koniecznym elementem rozwoju konkurencji w sektorze energii elektrycznej i gazu. W wielu krajach Unii Europejskiej sieci przesyłowe i dystrybucyjne w dalszym ciągu są własnością tak zwanych przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo (PZP) odpowiedzialnych za co najmniej jedną z funkcji wytwarzania lub dostawy[1] energii elektrycznej oraz gazu i co najmniej jedną z funkcji przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej oraz gazu. Integracja pionowa stwarza przedsiębiorstwom uprzywilejowanym możliwość (i pokusę) wspierania własnych oddziałów przez wykorzystywanie dominującej pozycji na rynku, co skutecznie blokuje potencjalną konkurencję. Istnieje wiele sposobów skutecznej dyskryminacji konkurentów, niektóre z nich to:

- Tworzenie technicznych barier, np. kosztownych i długotrwałych procedur dla klientów, którzy chcą zmienić dostawcę energii elektrycznej lub gazu, przez wprowadzanie skomplikowanych wymagań technicznych wobec systemów pomiarowo-rozliczeniowych, w tym obowiązek instalacji nowych syste-

* Mgr **Bartłomiej Nowak** – doktorant w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji.

[1] Dostawa energii elektrycznej lub gazu w niniejszej pracy rozumiana jest również jako obrót (sprzedaż).

mów, a także wymóg tworzenia złożonych grafików bilansujących;[2]

- Manipulacja taryfami dostępu do sieci (np. operator systemu dystrybucyjnego będący częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo może wymagać od klientów zmieniających dostawcę przedstawienia informacji dotyczących nowego kontraktu, a następnie selektywnie oferować zniżki tylko wybranym klientom.[3] Wiąże się to z obowiązkiem zachowania przez operatora systemu dystrybucyjnego poufności istotnych z handlowego punktu widzenia informacji, które uzyskał podczas swej działalności;[4]
- Manipulacja zdolnościami przesyłowymi i dystrybucyjnymi;
- Częste zmiany zasad zarządzania i alokacji przepustowości linii elektrycznych i gazociągów w celu utrudnienia korzystania z sieci innym użytkownikom, niezwiązanym z PZP.

To metody dyskryminacji spotykane najczęściej. Poza tym przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo stosują rozmaite niezgodne z dyrektywami i powszechnie obowiązującymi zasadami rynkowymi techniki subsydiowania skrośnego tzw. *cross-subsidies* poszczególnych swoich działów, gdzie straty z jednej działalności pokrywane są przez zyski z innej, co niewątpliwie nie sprzyja rozwojowi konkurencji w sektorze energii elektrycznej i gazu.

W związku z tym, aby przeciwdziałać ograniczającym konkurencję praktykom przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, konieczne jest oddzielenie prowadzonej przez nie działalności sieciowej – prze-

[2] Niektóre spółki dystrybucyjne wymagają przeprowadzenia wymiany przekładników prądowych i napięciowych na przekładniki wyposażone w dwa rdzenie pomiarów, zasilające niezależnie układy pomiarowe podstawowy i rezerwowy. W przypadku dużych zakładów (odbiorców energii elektrycznej), które mają kilka przyłączy o napięciu 110 kV, spełnienie takiego warunku wymaga wymiany kilkudziesięciu przekładników prądowych i napięciowych, co praktycznie oznacza przebudowę rozdzielni 110 kV w warunkach zapewnienia ciągłości zasilania zakładu i jest zabiegiem bardzo kosztownym. Więcej na ten temat zob.: R.Guzik, *Prawo wyboru sprzedawcy w polskiej elektroenergetyce – teoria a rzeczywistość*. Artykuł zamieszczony na stronie URE (http://www.ure.gov.pl/index.php?dzial=199&id=1217). Zob. również: M.Jaszczuk, *Odbiorca energii i jego problemy. Relacje sprzedawca – odbiorca,* „Biuletyn URE" nr 2, marzec 2006; D.Kozioł, *Pozycja odbiorcy na rynku energii – aspekty lokalne,* „Biuletyn URE" nr 5/2006 r.

[3] Więcej na ten temat zob.: Ch.W.Jones, *EU Energy Law. Volume 1 – The Internal Energy Market,* Claeys & Casteels, 2004, s.61.

[4] Na temat poufności informacji handlowych zob. np.: art. 14(1) dyrektywy gazowej.

syłu i dystrybucji,[5] od działalności komercyjnej – wytwarzania i dostawy (obrotu) z jednej strony oraz zapewnienie przejrzystego i niedyskryminacyjnego dostępu do sieci elektroenergetycznych i gazowych z drugiej. Taki jest cel wprowadzenia przepisów dotyczących *unbundlingu* i *third party access* (TPA) zawartych w dyrektywach elektroenergetycznej[6] i gazowej.[7] Niniejszy artykuł jest poświęcony *unbundlingowi,* czyli rozdziałowi przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. W celu zachowania przejrzystości pracy i ułatwienia zrozumienia procesów zachodzących w sektorze energii elektrycznej i gazu, w niektórych miejscach tekstu używane będą określenia anglojęzyczne.

2. Rodzaje *unbundlingu*

Dyrektywy przewidują trzy rodzaje *unbundlingu*:[8]

- funkcjonalny (zarządzania),
- księgowości (rachunkowości),
- prawny.

Rozdział funkcjonalny

W literaturze często zamiast określenia rozdział zarządzania (rozdział organizacyjny – *management unbundling*) używane jest również: rozdział funkcjonalny (*functional unbundling*).[9] Istotą funkcjonalnego *unbundlingu* jest niezależność operatora systemowego (będącego częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo) od

[5] Przesył i dystrybucja oraz magazynowanie (w przypadku gazu) jako monopol naturalny we wszystkich krajach Unii Europejskiej są przedmiotem regulacji, natomiast wytwarzanie oraz dostawa (obrót) są przedmiotem reguł konkurencji.

[6] Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad runku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE, O.J., L 176/37 z 15.07.2003 r.

[7] Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE, O.J., L 176/57 z 15.07.2003 r.

[8] Polski ustawodawca, dokonując implementacji dyrektyw do prawa krajowego, wprowadził w artykule 9d Ustawy - Prawo energetyczne zapis dotyczący *unbundlingu*, Dz.U. nr 89/2006, poz. 625.

[9] Zob. np.: P.Cameron, C*ompetition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union,* Oxford University Press, Oxford 2002, s.17.

innych działalności, niezwiązanych z przesyłem lub dystrybucją, pod względem organizacyjnym i podejmowania decyzji. Niezależność ta szczególnie istotna jest w przypadku dostępu do sieci. Operatorzy systemu przesyłowego i dystrybucyjnego powinni też mieć rzeczywiste prawa do podejmowania decyzji dotyczących aktywów koniecznych do konserwacji i remontów, eksploatacji i rozbudowy sieci, szczególnie gdy aktywa te są własnością i są eksploatowane przez przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo.

Oczywiście nasuwa się pytanie, w jaki sposób zapewnić niezależność (autonomię podejmowania decyzji) operatorom systemowym. Odpowiedzi na to pytanie należy szukać w dyrektywach[10] oraz w nocie interpretacyjnej Generalnego Dyrektoriatu do Spraw Transportu i Energii na temat *unbundlingu*.[11] Jeśli OSP lub OSD ma działać niezależnie od PZP, operator systemowy powinien posiadać samodzielne władze (zarząd). Innymi słowy, osoby odpowiedzialne za zarządzanie operatorem systemu dystrybucyjnego nie mogą uczestniczyć w strukturach przedsiębiorstwa energetycznego zintegrowanego pionowo i być odpowiedzialne, bezpośrednio lub pośrednio, za bieżące wytwarzanie, przesyłanie i dostarczanie energii elektrycznej oraz gazu. Ten sam warunek obowiązuje w przypadku operatorów systemu przesyłowego. Dyrektywy co prawda wskazują, jak należy rozumieć niezależność osób odpowiedzialnych za zarządzanie operatorem systemowym, jednak milczą o sposobie uzyskania niezależności. W tym kontekście nieoceniona wydaje się nota interpretacyjna[12] Komisji Europejskiej na temat *unbundlingu*, która stanowi, że:

[10] Art. 10 dyrektywy elektroenergetycznej oraz art. 9 dyrektywy gazowej wyznaczają podstawowe kryteria, jakie państwa członkowskie powinny wypełnić, aby rozdział organizacyjny (funkcjonalny) w stosunku do operatorów systemów przesyłowych był skuteczny. Podobne postanowienia dotyczące operatorów systemów dystrybucyjnych znajdują się w art. 15 dyrektywy elektroenergetycznej i art. 13 dyrektywy gazowej.

[11] Note of DG Energy & Transport (DG TREN) on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas. The Unbundling Regime, 16.1.2004. Zamieszczona na stronie:

http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_en.pdf

[12] Noty interpretacyjne jako instrument *soft law* nie mają charakteru prawnie wiążącego dla państw członkowskich. Instrumenty *soft law* jedynie wskazują państwom członkowskim pewien sposób postrzegania stanu faktycznego przez instytucje unijne. Nie należy jednak nie doceniać *soft law*, bowiem często się zdarza, że interpretacja danego zagadnienia przez np. Komisję jest wdrażana w życie za pomocą przepisu prawnego.

1. Zarobki osób odpowiedzialnych za zarządzanie operatorem systemowym ustalane powinny być *ex ante,* na podstawie wyników finansowych przesyłu lub dystrybucji. Innymi słowy, zarobki pracowników operatora nie mogą być zależne od innych działalności PZP niezwiązanych z przesyłem lub dystrybucją;
2. Wszelkich zmian personalnych w zarządzie operatora systemowego należy dokonywać zgodnie z postanowieniami statutu przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo ustanowionymi w tej materii;
3. Powinny obowiązywać przejrzyste procedury transferu pracowników wewnątrz przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo i wygasania umów o pracę w strukturze operatora systemowego.

Szczególne obowiązki i uprawnienia pracowników w zapewnianiu eliminacji zachowań dyskryminacyjnych określane są również w programach zgodności (*compliance program*) opracowywanych przez operatorów systemowych. Jednocześnie operatorzy zostali zobligowani do przedstawienia narodowym regulatorom rocznych sprawozdań dotyczących działań podjętych w celu realizacji tych programów. Jednym ze szczególnych obowiązków nałożonych na pracowników operatorów systemowych powinien być obowiązek ochrony oraz nieujawniania informacji handlowych o charakterze poufnym.

Rozdział księgowości

Rozdział księgowości (rachunkowości) (*accounting unbundling*) wymaga prowadzenia odrębnej księgowości przez operatora systemowego. W zasadzie przepisy dyrektyw dotyczące rozdziału księgowości są dosyć przejrzyste i czytelne. Jest jednak kilka kwestii, które należy wyjaśnić. Po pierwsze, artykuł 17 dyrektywy gazowej i artykuł 19 dyrektywy elektroenergetycznej, które dotyczą rozdziału rachunkowości, są szczególnie istotne w przypadku OSD, którzy nie zostali prawnie wydzieleni ze struktur PZP w związku z pewnymi okresami przejściowymi (zob. Wykres 1.). Poza tym należy zwrócić uwagę, że w dyrektywach nie ma mowy o okresach przejściowych w zakresie rozdziału rachunkowości, co oznacza, że *accounting unbundlingu* jest minimalnym wymogiem, który należy bezwarunkowo spełnić. W przypadku sektora gazu oddzielna księgowość musi być prowadzona nie tylko dla przesyłu i dystrybucji, lecz również dla magazynowania oraz skraplania i regazyfikacji LNG. Prowadzenie oddzielnej rachunkowości ma przede wszystkim chronić przed subsydiowaniem skrośnym wewnątrz przedsiębiorstwa zintegrowanego

pionowo oraz wypaczeniem konkurencji. Organem, który sprawuje nadzór nad odpowiednią alokacją aktywów i pasywów, wydatków i przychodów, jak również amortyzacją, z zachowaniem stosowanych w kraju zasad rachunkowości, jest regulator, zgodnie z artykułem 23 ust. 1e) dyrektywy elektroenergetycznej oraz artykułem 25 ust. 1e) dyrektywy gazowej.

Rozdział prawny

Rozdział prawny wymaga, aby systemy przesyłowe i dystrybucyjne były eksploatowane przez prawnie wydzielone spółki. Innymi słowy, *legal unbundling* zakłada utworzenie oddzielnego podmiotu prawnego (osoby prawnej), która pełnić będzie rolę operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego. Należy jednak zauważyć, że rozdział prawny nie wymaga zmiany własności aktywów, tzn. operator systemowy nie staje się automatycznie właścicielem sieci, a jedynie powinien pozostawać niezależny pod względem organizacyjnym i podejmowania decyzji od przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo zgodnie z wymogami rozdziału funkcjonalnego.[13] Można zatem rozumieć, że brak obowiązku przeniesienia własności sieci i gazociągów na operatorów systemowych, przekształca rozdział prawny po prostu w rozdział funkcjonalny uzupełniony o rozdział rachunkowości. W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy *legal unbundling*, który powinien być najbardziej optymalnym rozwiązaniem w celu wspierania konkurencji, w ogóle jest konieczny, jeżeli nie idzie w parze z przeniesieniem własności aktywów oraz jeżeli państwa członkowskie spełniają obowiązki wynikające z rozdziału funkcjonalnego i rozdziału rachunkowości. Ch.W.Jones twierdzi, że Komisja Europejska, wprowadzając do dyrektyw zapis o rozdziale prawnym, wierzyła, że jeśli operator sytemu będzie posiadał odrębną osobowość prawną, będzie odrębnym, zidentyfikowanym przedsiębiorstwem, to pracownicy operatora uzyskają *corporate identity,* będą się więc niejako utożsamiać ze swoim miejscem pracy, a tym samym podejmować decyzje nieskrępowane wytycznymi przedsiębiorstwa zintegrowane-

[13] Zob.: art. 10(1) i 15(1) dyrektywy elektroenergetycznej oraz art. 9(1) i 13(1) dyrektywy gazowej. Dla przykładu art. 9(1) dyrektywy gazowej stanowi: „*W przypadku, gdy operator systemu przesyłowego stanowi część pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa, powinien on pozostać niezależny, przynajmniej w swej formie prawnej, organizacyjnej i podejmowaniu decyzji, od innych działań niezwiązanych z przesyłem. Te przepisy nie stwarzają obowiązku wyodrębnienia własności aktywów systemu przesyłowego z pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa (…)*".

go pionowo.[14] Z drugiej jednak strony, biorąc pod uwagę silną dominację państwowych monopoli w sektorze energii elektrycznej i gazu, można przypuszczać, że Komisja Europejska po prostu nie miała wystarczającego poparcia ze strony państw członkowskich, aby przeprowadzić *ownership unbundling*, w związku z czym zdecydowała się na *legal unbundling* jako „mniejsze zło". Oczywiście na gruncie zasady subsydiarności państwa członkowskie wraz z rozdziałem prawnym mogą wprowadzić rozdział właścicielski, co w niektórych przypadkach zostało uczynione.

Poza tym niezbędnym elementem *unbundlingu*, kilkakrotnie już wspominanym, jest wyznaczenie operatorów systemowych – operatorów systemu przesyłowego i operatorów systemu dystrybucyjnego. Operatorzy systemowi mają kluczowe znaczenie dla rynku energii elektrycznej i gazu. Są jedynymi podmiotami upoważnionymi do prowadzenia działalności w zakresie przesyłu lub dystrybucji. Trzeba jednak pamiętać, że nie mają umocowania prawnego do uczestniczenia w obrocie (sprzedaży) energią elektryczną czy gazem; ich rola ogranicza się jedynie do przesyłu lub dystrybucji.[15] Ponadto operatorzy systemowi zobowiązani są do udostępnienia swojej bazy sieciowej na zasadzie dostępu stron trzecich (DST), zgodnie z obowiązującymi taryfami zatwierdzonymi przez krajowe agencje regulacyjne.[16] Na marginesie należy wspomnieć, że operatorzy systemów przesyłowych, którzy są przede wszystkim odpowiedzialni za bezpieczeństwo funkcjonowania całego systemu krajowego i za połączenia międzysystemowe, mają nieco trudniejsze zadanie w bilansowaniu i zarządzaniu ograniczeniami systemowymi niż operatorzy systemów dystrybucyjnych.

Artykuł 2(4) dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej stanowi:[17]

„operator systemu przesyłowego wyznacza osobę fizyczną lub prawną odpowiedzialną za działanie, zapewnianie konserwacji i, jeżeli konieczne, rozwój systemu przesyłowego na danym obszarze,

[14] Ch.W.Jones, *EU Energy Law. Volume 1 – The Internal Energy Market*, Claeys & Casteels, 2004, s.73.

[15] Zob.: art. 2(3) i 2(5) dyrektywy elektroenergetycznej oraz art. 2(3) i 2(5) dyrektywy gazowej. Zobacz również: art. 3 ust. 4 oraz ust. 5 Ustawy - Prawo energetyczne (Dz.U. nr 89/2006, poz. 625 z późn. zm.), ustawy, która notabene dokonuje transpozycji dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej do prawa polskiego. Powyższe zapisy świadczą jednoznacznie, że przesył i dystrybucja nie zawierają obrotu (sprzedaży).

[16] B.Nowak, *Liberalizacja rynku energii elektrycznej i gazu w Unii Europejskiej jako element strategii Wewnętrznego Rynku Energii – wybrane aspekty. Lekcja dla Polski?,* „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" nr 10/2006, s.7.

[17] Zob. również: art. 3 ust. 24 i 25 Ustawy - Prawo energetyczne.

a także, gdzie stosowne, za jego połączenia z innymi systemami, a także za zapewnianie długoterminowej sprawności systemu do spełnienia uzasadnionych wymogów przesyłania energii elektrycznej [transportu gazu]".

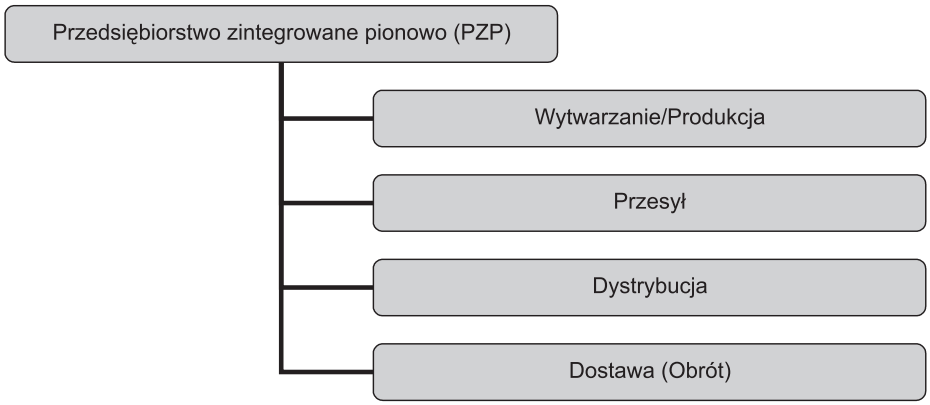
Artykuł 2(6) dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej stanowi natomiast:

„operator systemu dystrybucyjnego wyznacza osobę fizyczną lub prawną odpowiedzialną za działanie, zapewnianie konserwacji i, jeśli konieczne, rozwój systemu dystrybucyjnego na danym obszarze, a także, gdzie stosowne, za jego połączenia z innymi systemami oraz za zapewnianie długoterminowej sprawności systemu do spełnienia uzasadnionych wymogów dystrybucji energii elektrycznej [dystrybucji gazu]".

3. Przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo

W celu przeprowadzenia *unbundlingu* potrzebne jest przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo. Wykres 1. przedstawia najprostszy i najbardziej typowy schemat takiego przedsiębiorstwa. Jednakże należy mieć na uwadze, że struktura PZP jest dosyć płynna i istnieją różne mniej lub bardziej skomplikowane warianty.

Wykres 1. Struktura najbardziej typowego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo



Źródło: opracowanie własne.

Dodatkowo artykuł 2(21) dyrektywy elektroenergetycznej oraz artykuł 2(20) dyrektywy gazowej określają przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo jako:[18]

Artykuł 2(21):

„(…) przedsiębiorstwo lub grupę przedsiębiorstw, których wzajemne relacje są zdefiniowane w art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw,[19] a dane przedsiębiorstwo/grupa realizuje co najmniej jedną z funkcji przesyłania lub dystrybucji i co najmniej jedną z funkcji wytwarzania lub dostarczania energii elektrycznej".

Artykuł 2(20):

„(…) przedsiębiorstwo gazownicze lub grupę przedsiębiorstw, których wzajemne relacje określone są w art. 3 ust. 3 rozporządzenia Rady nr 4064/89 (EWG) z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw,[20] gdy dane przedsiębiorstwo/dana grupa przedsiębiorstw prowadzi przynajmniej jedną z wymienionych działalności: przesył, dystrybucja, LNG (skraplanie) lub magazynowanie oraz przynajmniej jedną z działalności: produkcja (wytwarzanie) albo dostawa gazu ziemnego".

W związku z powyższym *unbundling* właściwy jest w przypadku, gdy:

- co najmniej jedna z funkcji wytwarzania lub dostawy energii elektrycznej i gazu oraz co najmniej jedna z funkcji przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej i gazu wykonywana jest przez jedno przedsiębiorstwo,
- holding kontroluje kilka zależnych podmiotów, z których jedne aktywne są w przemyśle sieciowym (przesył lub dystrybucja), a inne w sektorze wytwórczym lub dostawczym.

Pierwsza kategoria organizacyjna, co do której konieczny jest *unbundling,* w zasadzie nie wymaga komentarza. Natomiast druga kategoria, w przypadku której istnieją oddzielne w zakresie osobowości prawnej jednostki organizacyjne, gdzie jedne zajmują się prze-

[18] Analogiczny zapis znajduje się w Ustawie - Prawo energetyczne w art. 3 ust. 12a.

[19] Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw zostało znowelizowane przez rozporządzenie nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (O.J., L 24 z 29.01.2004 r.) i w związku z powyższym zapis art. 3 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 z 21 grudnia 1989 został zastąpiony art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 z 20.01.2004.

[20] Ibidem.

syłem bądź dystrybucją, a inne funkcjonują w sektorze wytwórczym bądź dostawczym, a wspólnym mianownikiem jest holding, wymaga kilku zdań wyjaśnienia. *Unbundling* jest konieczny, gdy holding obecny w sektorze wytwórczym bądź dostawczym kontroluje spółkę z sektora sieciowego. Z drugiej jednak strony możliwa jest sytuacja, w której akcje spółki z sektora sieciowego są w posiadaniu zarówno holdingu, jak i innego podmiotu prawnego niezależnego od holdingu. W takim kontekście pojawia się pytanie: ile akcji powinien posiadać holding, aby mieć kontrolę nad spółką dystrybucyjną, co wymagałoby przeprowadzenia *unbundlingu*? Jeśli holding w kontrolowanej spółce sieciowej ma ponad 51% akcji, można założyć, że konieczny jest *unbundling*, gdyż holding może skutecznie wpływać (w wyniku posiadania większościowego pakietu akcji) na działalność kontrolowanej spółki. Analogicznie, jeżeli holding ma np. tylko 20% akcji spółki sieciowej (pakiet akcji mniejszościowy), mało prawdopodobne, aby był w stanie wpływać na jej działalność, w związku z czym nie ma potrzeby przeprowadzania *unbundlingu*. Co natomiast, jeśli holding posiada niewiele mniej niż 51% akcji, np. 40%? W rzeczywistości holding posiadający 40% akcji spółki sieciowej, przy założeniu, że nie istnieje akcjonariusz, do którego należałby pakiet większościowy (powyżej 51%), w zasadzie ma większość głosów na zjeździe akcjonariuszy. Dzieje się tak, ponieważ mniejsi akcjonariusze często są nieobecni podczas walnego zgromadzenia, co pozwala holdingowi *de facto* sprawować kontrolę. W takim przypadku *unbundling* wydaje się jak najbardziej uzasadniony.

Instrumentem, który może pomóc w wyjaśnieniu kwestii kontroli jednej spółki nad drugą, jest Regulacja Wspólnot Europejskich dotycząca kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami (the EC Merger Regulation[21]), a w szczególności artykuł 3(2) Regulacji.[22]

Podsumowując, należy stwierdzić, że kontrola istnieje, kiedy spółka A posiada większościowy udział w spółce B lub kiedy spółka A co

[21] Rozporządzenie nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J., L 24 z 29.01.2004 r. zamieszczone na: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129en00010022.pdf

[22] Art. 3(2) stanowi: „*Control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by: a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking; b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking*".

prawda nie ma większościowego udziału w spółce B, lecz *de facto* jest w stanie wydawać decyzje wiążące dla spółki B. Może to być efekt oddziaływania czynników wymienionych wcześniej lub postanowień kontraktowych (umownych), dzięki którym spółka z mniejszościowym udziałem, spółka A, będzie miała prawo do podejmowania strategicznych decyzji dotyczących spółki B.[23]

4. Okresy przejściowe *unbundlingu*

Państwa członkowskie mają możliwość zastosowania okresów przejściowych do prawnego i funkcjonalnego wydzielenia operatorów systemów dystrybucyjnych, jednakże pod pewnymi warunkami (zob. Tabela 1.).

Tabela 1. Zastosowanie rozdziału działalności (*unbundling*) do OSP i OSD

	Rozdział prawny	Rozdział zarządzania (funkcjonalny)	Rozdział rachunkowości
OSP	+	+	+
OSD zaopatrujący powyżej 100 000 odbiorców	Zwolnienie możliwe do 1.7.2007	+	+
OSD zaopatrujący poniżej 100 000 odbiorców	Możliwe zwolnienie nieograniczone w czasie	Możliwe zwolnienie nieograniczone w czasie	+

Źródło: opracowanie na podstawie dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej oraz Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas. The Unbundling Regime, 16.1.2004. Zamieszczone na:
http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_en.pdf
+ oznacza bezwarunkowy podział.

Jeśli przedsiębiorstwo działające w branży dystrybucji i obrotu (dostawy), nazwijmy je przedsiębiorstwem dystrybucyjnym lub spółką dystrybucyjną, ma więcej niż 100 000 klientów, tzn. jeżeli wię-

[23] Zob. więcej na ten temat w: Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas. The Unbundling Regime, 16.1.2004.

cej niż 100 000 klientów jest przyłączonych do sieci dystrybucyjnej, państwa członkowskie mogą zastosować okres przejściowy i zwolnić takie przedsiębiorstwo z wprowadzenia *unbundlingu* prawnego, jednak tylko do 1 lipca 2007 roku.[24] Do tego momentu przedsiębiorstwo dystrybucyjne może wykonywać działalność dystrybucyjną i komercyjną w postaci obrotu w jednej spółce,[25] jednak pod warunkiem dokonania rozdziału funkcjonalnego. Jeżeli natomiast przedsiębiorstwo dystrybucyjne zaopatruje mniej niż 100 000 klientów albo obsługuje małe wydzielone systemy, zwolnienie z prawnego i funkcjonalnego *unbundlingu* jest nieograniczone w czasie. Warto sobie zadać pytanie: dlaczego w przypadku przedsiębiorstw obsługujących mniej niż 100 000 klientów można w ogóle nie stosować *unbundlingu* funkcjonalnego i prawnego? Wydaje się, że najbardziej racjonalna odpowiedź oparta jest na ewaluacji kosztów. Nałożenie na małe spółki dystrybucyjne wymogu wydzielania operatorów, mogłoby znacznie zwiększyć koszty ich funkcjonowania. Dlatego „(…) *dla uniknięcia nakładania nieproporcjonalnych obciążeń finansowych i administracyjnych na małe spółki dystrybucyjne, państwa członkowskie powinny mieć możliwość, gdzie konieczne, wyłączyć takie spółki ze spełniania wymogów rozdziału dystrybucji*".[26]

Oczywiście państwa członkowskie mogą wprowadzić do swojego ustawodawstwa krajowego obowiązek wydzielenia prawnego i funkcjonalnego operatorów systemów dystrybucyjnych również z mniejszych spółek dystrybucyjnych, mimo że dyrektywy takiego obowiązku nie nakładają. Zwolnienie z *unbundlingu* mniejszych

[24] Art. 30(2) dyrektywy elektroenergetycznej stanowi: „*Państwa członkowskie mogą odroczyć wykonanie art. 15 ust. 1 do 1 lipca 2007 r. Działanie takie nie powoduje uszczerbku dla wymagań zawartych w art. 15 ust. 2*". Identyczne postanowienie dotyczące terminu 1 lipca 2007 r. zawarte jest w dyrektywie gazowej w art. 32(2).

[25] Zob.: art. 15 dyrektywy elektroenergetycznej oraz art. 13 dyrektywy gazowej: „(…) *Państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o niestosowaniu ust. 1 i 2 do zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych obsługujących mniej niż 100 000 przyłączonych odbiorców lub obsługujących małe, wydzielone systemy*". Poza tym ustawodawca polski wyłączył obowiązek wydzielenia operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, obsługującego system elektroenergetyczny o rocznym zużyciu energii nieprzekraczającym 3 TWh w 1996 r., w którym mniej niż 5% rocznego zużycia energii pochodziło z innych połączonych z nim systemów elektroenergetycznych; gazowego, jeżeli liczba odbiorców przyłączonych do sieci nie jest większa niż 100 000 i sprzedaż paliw gazowych w ciągu roku nie przekracza 100 mln m^3. Zob.: art. 9d) ust. 7 Ustawy - Prawo energetyczne, Dz.U. nr 89/2006, poz. 625 z późn. zm.

[26] Zob.: ustęp 11 dyrektyw elektroenergetycznej i gazowej.

spółek dystrybucyjnych pozostawione jest w gestii państw członkowskich zgodnie z zasadą subsydiarności.[27]

W przypadku kiedy kraje unijne nie wypełniają postanowień wynikających z dyrektywy elektroenergetycznej lub gazowej, w tym nie dotrzymują terminów *unbundlingu,* Komisja Europejska ma prawo wszcząć procedurę wyjaśniającą, zgodnie z artykułem 226 TWE, która w końcowej fazie może zakończyć się postępowaniem sądowym przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości.[28]

5. *Unbundling* w praktyce

Wiele państw członkowskich skorzystało z okresów przejściowych, wyłączając mniejsze spółki dystrybucyjne z wymogu prawnego i funkcjonalnego rozdziału oraz przesuwając spełnienie wymogu rozdziału prawnego przez większe spółki dystrybucyjne na lipiec 2007 r. Trzeba jednak również pamiętać, że część państw, m.in. Belgia, Dania, Wielka Brytania, Hiszpania, Szwecja i Holandia, nie skorzystała z przysługujących okresów przejściowych i od razu wprowadziła prawny *unbundling*. Niektóre dokonały tego nawet przed terminem wejścia w życie dyrektyw, czyli przed rokiem 2004.[29] W przypadku operatorów systemu przesyłowego spora część państw znacznie wykroczyła poza ramy dyrektyw, wprowadzając rozdział własności. Tabela 2. przedstawia stan faktyczny wydzielenia OSP i OSD w 25 państwach członkowskich na początku 2006 roku. W przypadku OSD klasyfikacja dotyczy spółek zaopatrujących powyżej 100 000 odbiorców.

[27] Zasada subsydiarności głosi, że w dziedzinach, które nie są w wyłącznej kompetencji Wspólnoty (tj. nie są traktatowo zastrzeżone dla Unii Europejskiej), Wspólnota podejmuje działania tylko wtedy, jeśli cele zamierzonych działań nie mogą być zrealizowane w wystarczającym stopniu na szczeblu państw członkowskich i dlatego ze względu na ich zakres lub skutki lepiej osiągnięte zostaną na szczeblu Unii. Więcej na ten temat zob.: http://www.exporter.pl/zarzadzanie/patrz_rowniez/unia_4_subsydiarnosc.html

[28] Więcej na ten temat zob.: B.Nowak, *Implementacja dyrektyw do systemu prawa krajowego. Przypadek Polski,* „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" nr 5/2006, s.7.

[29] Ch.Russell, Gomez-Acebo & Pombo Abogados, *Unbundling of Electricity and Gas Transmission and Distribution System Operators. Final Report*, December 2005, s.9.

Tabela 2. Wydzielenie OSP i OSD w 25 krajach UE[30]

	Wydzielenie operatora systemu przesyłowego (OSP)	Wydzielenie operatora systemu dystrybucyjnego (OSD)
Austria	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – prawny
Belgia	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny
Cypr	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – brak danych	Elektr. – brak danych/Gaz. – brak danych
Czechy	Elektr. – własność/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość
Dania	Elektr. – własność/Gaz. – własność	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny
Estonia	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość
Finlandia	Elektr. – własność/Gaz. – brak danych	Elektr. – prawny/Gaz. – brak danych
Francja	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny	Elektr. – rachunkowość/Gaz. – rachunkowość
Grecja	Elektr. – prawny/Gaz. – brak danych	Elektr. – rachunkowość/Gaz. – brak danych
Hiszpania	Elektr. – własność/Gaz. – prawny	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny
Holandia	Elektr. – własność/Gaz. – własność	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny
Irlandia	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – rachunkowość
Luksemburg	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – prawny/Gaz. – funkcjonalny
Litwa	Elektr. – własność/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość
Łotwa	Elektr. – prawny/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – prawny/Gaz. – funkcjonalny
Malta	Brak danych	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny
Niemcy	Elektr. – prawny/Gaz. – częściowo prawny	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – rachunkowość
Polska	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny	Elektr. – rachunkowość/Gaz. – rachunkowość
Portugalia	Elektr. – własność/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – brak danych
Słowacja	Elektr. – własność/Gaz. – rachunkowość	Elektr. – funkcjonalny/Gaz. – funkcjonalny
Słowenia	Elektr. – własność/Gaz. – prawny	Elektr. – rachunkowość/Gaz. – rachunkowość
Szwecja	Elektr. – własność/Gaz. – własność	Elektr. – prawny/Gaz. – funkcjonalny
Węgry	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny	Elektr. – prawny/Gaz. – funkcjonalny
Włochy	Elektr. – własność/Gaz. – prawny	Elekrt. – prawny/Gaz. – prawny
Wielka Brytania	Elektr. – własność/Gaz. – własność	Elektr. – prawny/Gaz. – prawny

Źródło: Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie z postępów w tworzeniu wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego SEC(2005) 1448 końcowy (third Benchmarking Report). Russell Ch., LLP and Gomez-Acebo & Pombo Abogados SL (2006) Unbundling of Electricity and Gas Transmission and Distribution System Operators. Technical Annex – Country overview. Corrigendom – Commission Communication on Progress in creating the internal gas and electricity market, COM(2005) 568. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Prospects for the internal gas and electricity market.– COM(2006) 841 final; COM(2006) 846; Commissions Staff Working Document. Implementation Report – SEC(2006) 1709.

[30] Trzeba mieć na uwadze, że jest to stan prawny na początek roku 2006. Przez ostatnich 12 miesięcy mogły nastąpić pewne zmiany, które nie są uwzględnione w Tabeli 2. Nie uwzględnia ona również dwóch nowych krajów członkowskich, tj. Bułgarii i Rumunii.

Jak wynika z Tabeli 2., w wielu przypadkach przedsiębiorstwa energetyczne i gazowe nie zakończyły jeszcze procesu rozdziału, co jest częściowo skutkiem opóźnienia we wdrażaniu dyrektyw przez większość państw członkowskich. Więcej problemów notuje się w sektorze gazu niż w sektorze energii elektrycznej. Wynika to ze specyficznego uwarunkowania sektora gazowego, a między innymi z: ograniczonego dostępu do źródeł gazu, konieczności zawierania kontraktów długoterminowych na jego dostawy oraz większej dominacji struktur monopolistycznych.

Należy również podkreślić, że w pewnych przypadkach funkcjonalny rozdział wprowadzony przez państwa członkowskie nie spełnia wymogów dyrektyw. Wiele państw skorzystało z okresów przejściowych, co bardzo utrudnia dokładną klasyfikację, z ostatecznym osądem należy się więc wstrzymać do lipca 2007 roku.[31] Już teraz jednak widać, że w wielu państwach nie uda się dotrzymać wyznaczonych w dyrektywach terminów, szczególnie jeśli chodzi o operatorów systemów dystrybucyjnych.

Jednym z krajów, które skorzystały z okresu przejściowego, jest Polska, gdzie operatorzy systemów dystrybucyjnych nie są wyodrębnieni prawnie i wciąż działają w strukturach przedsiębiorstw zajmujących się zarówno dystrybucją, jak i obrotem. W związku z tym na rynku energii elektrycznej działa 14., a na rynku gazu 6. spółek dystrybucyjnych pełniących zarazem funkcje operatorów systemowych. Poza tym na rynku gazu wszystkie spółki dystrybucyjne są zależne w 100% od PGNiG jako spółki matki (spółki skarbu państwa).[32] Na domiar złego PGNiG obecne jest w sektorze obrotu gazem, co niewątpliwie znacznie zmniejsza możliwości konkurowania w obszarze do tego predestynowanym. Rynek energii elektrycznej jest bardziej przejrzysty, ale i tu dominacja państwowego monopolisty PSE SA jest widoczna gołym okiem. Na 14 spółek tylko o dwóch – Stoenie SA i GZE SA – można powiedzieć, że są spółkami o kapitale prywatnym, natomiast pozostałych 12 w mniejszym lub większym stopniu jest zależnych od skarbu państwa.[33]

---

[31] Najbardziej wiarygodnym miernikiem transpozycji dyrektyw w kwestii *unbundlingu* jest to, gdy Komisja Europejska rozpoczyna formalną procedurę *infringement proceedings* za łamanie i niewykonywanie ich postanowień związanych z *unbundlingiem*.

[32] Zob. więcej na ten temat w: M.Kwiecień, *Strategia urynkowienia gazownictwa – trzy lata później,* „Biuletyn URE" nr 1/2005.

[33] Ch.Russell, Gomez-Acebo & Pombo Abogados, *Unbundling of Electricity and Gas Transmission and Distribution System Operators. Annexes – Country Overview – Poland*, December 2005, s.151.

Połączenie mimo okresów przejściowych operatorów systemowych ze spółkami dystrybucyjnymi jest dosyć niekorzystne, gdyż interesy operatorów utożsamiane są z interesami spółek dystrybucyjnych, co z kolei zwiększa ryzyko uprzywilejowanego traktowania spółek dystrybucyjnych (spółek macierzystych) kosztem innych podmiotów. To niewątpliwie ma negatywny wpływ na rozwój konkurencji na rynku energii elektrycznej i gazu, co niestety przekłada się na wysokie ceny dla odbiorców końcowych. Taka sytuacja nie sprzyja również realizacji obowiązków o charakterze użyteczności publicznej, jakie powinni wypełniać operatorzy systemowi, nie wspominając już, że brak niezależności operatora systemowego nie gwarantuje wszystkim użytkownikom systemu równego i przejrzystego dostępu do sieci.

Co więcej, w większości przypadków ten sam zarząd nadzoruje zarówno dystrybucję, jak i obrót, co wskazuje, że funkcjonalny *unbundling* w rozumieniu dyrektyw oraz artykułu 9d ust. 2 Ustawy - Prawo energetyczne również został odłożony w czasie. Problem w tym, że w Polsce wszystkie spółki dystrybucyjne zaopatrują w energię elektryczną bądź gaz powyżej 100 000 klientów, okres przejściowy dotyczący wprowadzenia funkcjonalnego *unbundlingu* nie może więc być zastosowany. Dostrzegła to również Komisja Europejska, która na początku kwietnia 2006 roku rozpoczęła procedurę wyjaśniającą w związku z opóźnieniami w zakresie liberalizacji rynku gazu i elektryczności. Efekt jest taki, że do ETS-u została skierowana skarga przeciwko Polsce. Według Komisji Europejskiej w Polsce nie przygotowano przepisów, które zagwarantowałyby rozdział operatorów odpowiedzialnych za dystrybucję energii i gazu,[34] co (jak wynikaz powyższej analizy) wydaje się jak najbardziej uzasadnione.

Jeśli chodzi o operatorów systemu przesyłowego sytuacja jest bardziej klarowna, gdyż dyrektywy nie przewidywały okresów przejściowych. Na skutek tego ze struktur PSE SA i PGNiG SA wydzielono operatorów systemów przesyłowych – spółki PSE-Operator i PGNiG-Przesył, którą w kwietniu 2005 roku przemianowano na Gaz-System.[35] Zarówno PSE-Operator, jak i Gaz-System co prawda są spółkami prawnie i funkcjonalnie wydzielonymi, ale nie posiadają własności sieci przesyłowych, na skutek czego w zasadzie w 100% są podmiotami zależnymi od swoich spółek macierzystych. Taka sytuacja jest dosyć niekorzystna, gdyż nie da się wykluczyć, że

[34] Zob.: *Polska nie przestrzega prawa unijnego*, „Gazeta Prawna", 19.12.2006.

[35] B.Nowak, *Liberalizacja rynku energii elektrycznej i gazu w Unii Europejskiej jako element strategii Wewnętrznego Rynku Energii – wybrane aspekty. Lekcja dla Polski?,* „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" nr 10/2006, s.7.

PSE-Operator, jako jedyny operator systemu przesyłowego na polskim rynku energii elektrycznej, będzie zmuszać swoich klientów, będących nowymi podmiotami, dopiero wchodzącymi na rynek, do przyjęcia przygotowanych przez siebie warunków, skoro właścicielem sieci jest jego spółka macierzysta PSE SA. W analogicznej sytuacji jest Gaz-System jako jedyny OSP na rynku. Poza tym odbiorcy planujący sprowadzać gaz z ominięciem PGNiG mogą natrafić na przeszkody ze strony Gaz-Systemu, wynikające z zapisów Ustawy - Prawo energetyczne. Nie wchodząc zbytnio w szczegóły, gdyż materia ta dotyczy dostępu do sieci, a ramy tego artykułu nie pozwalają na dogłębne przestudiowanie *unbundlingu* i *third party access,* należy jedynie stwierdzić, że artykuł 4f ust. 2[36] zawiera zapis o tzw. zasadzie negatywnej wzajemności, która jest dosyć subiektywna (uznaniowa) i zaczerpnięta została z dyrektywy gazowej. Zgodnie z tą zasadą przedsiębiorstwo zajmujące się przesyłem gazu ziemnego nie ma obowiązku świadczenia usług przesyłowych, jeżeli gaz dostarczany jest z systemu gazowego innego państwa, które nie nałożyło tego obowiązku na działające w tym państwie przedsiębiorstwa lub gdy odbiorca, do którego gaz miałby być dostarczany, nie jest uznany za uprawnionego do korzystania z usług przesyłowych w tym państwie.

W związku z powyższym nie można wykluczyć zaistnienia sytuacji, w której Gaz-System z mniej lub bardziej formalnych powodów uzna przedsiębiorstwo zainteresowane za nieuprawnione do korzystania z usługi przesyłowej lub przedsiębiorstwo zainteresowane nie uzyska statusu odbiorcy uprawnionego do korzystania z usług przesyłowych. Jest to tym bardziej prawdopodobne, gdy pod uwagę weźmie się przedsiębiorstwa zza wschodniej granicy.[37] Kraje Dalekiego Wschodu po prostu nie są członkami Unii Europejskiej i nie obowiązuje ich ustawodawstwo wspólnotowe, tym bardziej dotyczące Wspólnego Rynku czy procesów na nim zachodzących. Gaz-System zatem wtedy, kiedy to będzie dla niego korzystne, może powołać się na zasadę negatywnej wzajemności i znacznie utrudnić przesył innym podmiotom.

Również artykuł 4h ust. 1 Ustawy - Prawo energetyczne może posłużyć jako instrument operatorowi systemu przesyłowego do blokowania przesyłu. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorstwo ener-

[36] Ustawa - Prawo energetyczne, DzU nr 89/2006, poz. 625, z późn. zm.

[37] W przypadku Polski współpraca ze wschodnimi partnerami, pomijając aspekty polityczne, stanowi najbardziej ekonomiczne rozwiązanie w zakresie dostaw gazu.

getyczne, wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, może odmówić świadczenia usług przesyłu, jeżeli ich świadczenie może przynieść PZP trudności finansowe związane z realizacją wcześniejszych zobowiązań, wynikających z uprzednio zawartych umów typu *take or pay,*[38] lub gdy świadczenie usług przesyłowych uniemożliwia spełnienie obowiązków w zakresie ochrony środowiska czy w zakresie ochrony interesów odbiorców. Gaz-System w związku z tym może się powołać np. na zobowiązania wynikające z kontraktu jamalskiego,[39] stwierdzając, że świadczenie dodatkowych usług grozi całej grupie PGNiG negatywnymi skutkami ekonomicznymi, a tym samym skutecznie odmówić usługi przesyłu. Taka argumentacja mogłaby również zyskać poparcie władz państwowych, gdyż PGNiG jako spółka strategiczna jest własnością skarbu państwa. Przeciwstawić się takim działaniom może jedynie prezes URE, który musi wyrazić zgodę na odmowę świadczenia usług przesyłowych zgodnie z artykułem 4h ust. 2 i 3. Problem w tym, czego ze zrozumiałych względów nie wspomina się w ustawie, że URE finansowany jest metodą przydziałów funduszy z budżetu państwa. Jeżeli budżet regulatora zależny jest od budżetu państwa ustalanego przez rząd, istnieje ryzyko wykorzystywania tej zależności przez rząd w celu wpływania na regulatora, czyli ograniczenia jego niezależności. Co więcej minister gospodarki sprawuje nadzór nad URE, a w myśl przepisu art. 34a (1) Ustawy z 8 sierpnia 1996 o Radzie Ministrów, minister może wydawać kierownikom urzędów lub jednostek (w tym prezesowi URE), które nadzoruje i które mu podlegają, wytyczne i polecenia w celu dostosowania zasad i kierunków ich działania do polityki energetycznej ustalonej przez Radę Ministrów. Jest więc tajemnicą poliszynela, że prezes URE raczej nie będzie chciał wchodzić w spory z Ministerstwem Gospodarki.

Wnioski

Problemy *unbundlingu*, o których wspomniano wyżej, nie są typowe jedynie dla Polski. W zasadzie państwa członkowskie podeszły do niezależności operatorów w sposób zróżnicowany (zob. Tabela 2.). W niektórych operatorzy są całkowicie zależni od swoich spółek ma-

[38] Kontrakty typu *take or pay* wprowadzają obowiązek zapłaty za określoną (w kontrakcie) ilość gazu ziemnego, niezależnie od ilości pobranego gazu.

[39] Kontrakt jamalski wygasa w 2022 roku.

cierzystych (krajowych monopoli), a tym samym pośrednio od decyzji politycznych, w innych operatorzy są spółkami prywatnymi, ba, nawet notowanymi na giełdzie. Francja jest przykładem pierwszego rozwiązania – zależność operatora systemu przesyłowego Reseau de Transport Electrique (RTE) od spółki macierzystej Electricite de France (EdF) – właściciela sieci elektroenergetycznych, może posłużyć do wprowadzania instrumentów, które miałyby na celu ograniczanie konkurencji. Na przeciwnym biegunie znajduje się Anglia, gdzie operator systemu przesyłowego National Grid Company plc (NGC), jest wyłącznym właścicielem sieci przesyłowych, notowanym na giełdzie w Londynie (London Stock Exchange).[40] Właśnie rozdział właścicielski i przeniesienie na operatora systemowego własności sieci i gazociągów niewątpliwie zmniejsza ryzyko wykorzystywania operatorów systemowych przez spółki macierzyste i wydaje się najbardziej optymalnym, prokonkurencyjnym rodzajem rozdziału. Istotą rozdziału własności jest obowiązek sprzedaży przez przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo aktywów własności sieci i gazociągów przedsiębiorstwu, które nie jest obecne w sektorze przesyłu lub dystrybucji. Niestety, *ownership unbundling* nie został wprowadzony do dyrektyw. Najbardziej oczywistym powodem wydaje się duże upolitycznienie sektorów energii elektrycznej i gazu. Kiedy dyrektywy były tworzone i konsultowane z różnymi środowiskami, istniała mało realna szansa, aby większość państw członkowskich (większość kwalifikowana) poparła *ownership unbundling*. Państwowe monopole, będąc spółkami w dużej mierze strategicznymi z punktu widzenia państwa, obawiały się również sytuacji, w której konkurencja w nowej rzeczywistości mogłaby oznaczać poważny spadek dochodów i utratę dominującej pozycji na rynku. W związku z tym siła państwowych monopoli przeważyła nad korzyściami wynikającymi z rozdziału własnościowego. Wydaje się również, że taki stan rzeczy jest wynikiem pewnego niezdecydowania Komisji Europejskiej, która założyła, że *ownership unbundling* mógłby zostać wprowadzony, jeśli funkcjonalny i prawny rozdział nie przyniesie oczekiwanych rezultatów.[41] Dokładnie analizując sytuację na europejskich rynkach energii elektrycznej i gazu, łatwo dojść do wniosku, że rozdział prawny

[40] J.Bremen, *National Approaches to implementation – The United Kingdom* w: *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe,* red. P.Cameron, Oxford University Press, Oxford 2005, s.348.

[41] Ch.W.Jones, *EU Energy Law. Volume 1 – The Internal Energy Market*, Claeys & Casteels, 2004, s.65.

i funkcjonalny nie przyniósł oczekiwanych skutków, warto więc zastanowić się nad rozdziałem własności. Nie jest to jednak takie proste w opinii przeciwników *ownership unbundling*. Jednym z argumentów przeciwników rozdziału własności jest zasada subsydiarności w powiązaniu z artykułem 295 TWE, który stanowi:

„Niniejszy traktat nie przesądza w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich".

Przeciwnicy argumentują, że artykuł 295 TWE ogranicza możliwości Komisji, jeśli chodzi o *ownership unbundling* przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, gdyż prawo własności i jego regulacja są domeną państw członkowskich, a nie Komisji. Podobnego zdania jest L.Hancher,[42] który twierdzi, że artykuł II-17 nowej Konstytucji Europejskiej dotyczący prawa do własności, może dostarczyć kolejnych argumentów przeciw inicjatywie legislacyjnej Komisji, która chciałaby wprowadzić rozdział własności monopoli w sektorach energii elektrycznej i gazu. Taka argumentacja jest w zasadzie zgodna z kanonami logiki prawniczej, jednak nie uwzględnia okoliczności, z jakimi w sektorze energii elektrycznej i gazu mamy do czynienia, a mianowicie naturalnych monopoli, jest więc na swój sposób nieadekwatna. Poza tym nowa Konstytucja Europejska nadaje energetyce szczególne miejsce w ustawodawstwie wspólnotowym. Otóż energetyka zyskałaby status *shared competencies*,[43] czyli wspólnych kompetencji w zakresie energetyki. To powoduje w praktyce przesunięcie ośrodka decyzyjnego ze szczebla narodowego na wspólnotowy, a co za tym idzie, uzyskanie przez Komisję większej swobody w inicjatywie legislacyjnej dotyczącej energetyki. Jeśli Konstytucja Europejska zostałaby przyjęta, argument przeciwników rozdziału prawnego, opierający się na zasadzie subsydiarności i artykule 295 TWE, zostałby niewątpliwie osłabiony. Ponadto artykuły II-17 nowej Konstytucji Europejskiej czy artykuł 295 TWE, które gwarantują państwom członkowskim utrzymanie pewnych gałęzi przemysłu pod kontrolą

[42] L.Hancher, *The New EC Constitution and the European Energy Market* w: *European Energy Law Report II*, red. M.M.Roggenkamp, U.Hammer, Intersentia, 2005, s.4.

[43] Generalnie w zakresie wspólnych kompetencji UE i państwa członkowskie mogą przyjmować wiążące akty prawne głosami większości kwalifikowanej, czyli 15 z 25 krajów członkowskich, i reprezentującej 65% społeczeństwa - obywateli Wspólnoty. Jednogłośność w przypadku przyjęcia nowej Konstytucji Europejskiej obowiązywałaby nadal w przypadku spraw dotyczących surowców naturalnych, polityki dostaw i polityki fiskalnej. Więcej na ten temat zob.: L.Hancher, *The New EC Constitution and the European Energy Market* w: *European Energy Law Report II*, red. M.M.Roggenkamp, U.Hammer, Intersentia, 2005, s.7.

państwa, nie stoją w sprzeczności z rozdziałem własności, w ramach którego narodowe monopole zostałyby rozdzielone na kilka mniejszych przedsiębiorstw niezależnie kontrolowanych przez państwo. Takie rozwiązanie wydaje się jednak być jedynie przejściowym.

Bibliografia

J.Bremen, *National Approaches to implementation – The United Kingdom* w: *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe,* red. P.Cameron, Oxford University Press, Oxford 2005

P.Cameron, C*ompetition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union,* Oxford University Press, Oxford 2002

Corrigendum – Commission Communication on Progress in creating the internal gas and electricity market, COM (2005) 568, 12 January 2006. Technical Annex, SEC(2005) 1445. Zamieszczone na stronie: http://ec.europa.eu/energy/electricity/report_2005/doc/2005_report_corrigendum_en.pdf

Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE, O.J., L 176/37 z 15.07.2003 r.

Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE, O.J., L 176/57 z 15.07.2003 r.

Polska nie przestrzega prawa unijnego, „Gazeta Prawna", 19.12.2006

R.Guzik, *Prawo wyboru sprzedawcy w polskiej elektroenergetyce – teoria a rzeczywistość*. Artykuł zamieszczony na stronie URE: http://www.ure.gov.pl/index.php?dzial=199&id=1217

L.Hancher, (2005) *The New EC Constitution and the European Energy Market* w: „European Energy Law Report II", red. M.M.Roggenkamp, U.Hammer, Intersentia, 2005

M.Jaszczuk, *Odbiorca energii i jego problemy. Relacje sprzedawca – odbiorca,* „Biuletyn URE" nr 2/2006

Ch.W.Jones, *EU Energy Law. Volume 1 – The Internal Energy Market*. Claeys & Casteels, 2004

Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie z postępów w tworzeniu wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego SEC(2005) 1448 końcowy. Zamieszczony na stronie:

http://ec.europa.eu/energy/electricity/report_2005/doc/2005_report_pl.pdf
D.Kozioł, *Pozycja odbiorcy na rynku energii – aspekty lokalne*, „Biuletyn URE" nr 5/2006

M.Kwiecień, *Strategia urynkowienia gazownictwa – trzy lata później*, „Biuletyn URE" nr 1/2005

Note of DG Energy & Transport (DG TREN) on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the Internal Market in Electricity and Natural Gas. The Unbundling Regime, 16.1.2004. Zamieszczona na stronie:
http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/unbundling_en.pdf

B.Nowak, *Implementacja dyrektyw do systemu prawa krajowego. Przypadek Polski*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" nr 5/2006

B.Nowak, *Liberalizacja rynku energii elektrycznej i gazu w Unii Europejskiej jako element strategii Wewnętrznego Rynku Energii – wybrane aspekty. Lekcja dla Polski?*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" nr 10/2006

Ch.Russell, Gomez-Acebo & Pombo Abogados, *Unbundling of Electricity and Gas Transmission and Distribution System Operators. Annexes – Country Overview – Poland*, December 2005

K.Smagieł, M.Syroka, *Aspekty prawnego wydzielenia działalności operatora systemu dystrybucyjnego*, „Biuletyn URE" nr 2/2006

Ustawa - Prawo energetyczne, Dz.U. nr 89/2006, poz. 625, z późn. zm.

Abstract

Split of vertically-integrated undertakings in electric power and gas sectors under electric power and gas directives. Myth or reality?

In many EU countries electricity networks/gas pipelines are still owned by the so-called vertically integrated undertakings (VIU) responsible for generation/extraction, supply, transmission and/or distribution of energy. Whilst competition can be promoted on generation/production and supply side of vertically integrated companies, transmission and distribution segments remain natural monopolies in which market mechanisms are hindered, at least to a certain extent. Vertical integration simply provides incumbents with opportunities to favor their own divisions and block new entrants. To cope with the problem, the European Commission proposed, within the Electricity and Gas Directives, to separate network operators,

that is transmission system operators responsible for transmission activities and distribution system operators responsible for distribution, from the VIU. This was supposed to be achieved at three levels: unbundling of accounts, functional (managerial) and legal unbundling. Unfortunately, practical, domestic execution of the unbundling provisions is still undone. In many cases current unbundling provisions implemented into national legislations simply fail to remove incentives for cross subsidization or discrimination against competitors regarding third party access (TPA). In this case, the most feasible solution and motivation for system operators to operate, maintain and develop networks in the interest of all market players would be unbundling of assets or, basically, unbundling of ownership.