

Kamil Iwicki, radca prawny, współnik w Kancelarii Wawrzynowicz i Wspólnicy Sp. k.

# Projekt nowego rozporządzenia dywersyfikacyjnego

Na początku kwietnia br. Ministerstwo Gospodarki przekazało do uzgodnień międzyresortowych oraz konsultacji społecznych długo oczekiwany przez branżę gazowniczą projekt nowego rozporządzenia, które ma uchylić i zastąpić obecnie obowiązujące rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy<sup>1</sup>. Z przygotowywanym aktem prawnym wiązane są duże nadzieje, obowiązujące obecnie rozporządzenie wskazywane jest bowiem jako jedna z najbardziej istotnych barier w rozwoju konkurencyjnego rynku gazu ziemnego w Polsce. Przyjęcie przez Radę Ministrów projektowanego rozporządzenia planowane jest jeszcze w bieżącym roku, przed zbliżającymi się wyborami parlamentarnymi.

Podstawę prawną do wydania rozporządzenia dywersyfikacyjnego stanowi delegacja ustawowa zawarta w art. 32 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne<sup>2</sup>, zgodnie z którym „Rada Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki, określi, w drodze rozporządzenia, minimalny poziom dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy poprzez ustalenie maksymalnego procentowego udziału gazu z jednego źródła. Rozporządzenie określi poziom dywersyfikacji na okres co najmniej 10 lat”. Przywołany powyżej przepis został wprowadzony nowelizacją ustawy Prawo energetyczne z dnia 26 maja 2000 r.<sup>3</sup> i związany był z ówczesnymi przygotowaniem do sprowadzania gazu ziemnego z Norwegii w ramach projektów



Fot. SXC.HU

1) Dz. U. z 2000 r. Nr 95 poz. 1042.

2) Dz. U. 2012 r. poz. 1059 ze zm.

3) Ustawa z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2000 r., Nr 48, poz. 555).

„Baltic Pipe” oraz „Skanled”. Rozporządzenie dywersyfikacyjne miało stanowić prawną gwarancję i wsparcie dla realizacji ww. inwestycji. Co więcej, ustawodawca wprowadził zasadę, że wszystkie koncesje na obrót gazem ziemnym z zagranicą powinny być wydawane z uwzględnieniem dywersyfikacji źródeł gazu. W wykonaniu powyższej delegacji ustawowej, w dniu 24 października 2000 r., wydane zostało przez Radę Ministrów rozporządzenie dywersyfikacyjne, w którym ustalono „maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku”. W chwili obecnej udział taki wynosi 59%, by zmniejszył się w latach 2018-2019 do 49%.

W związku z faktem, iż plany zakupu gazu ziemnego w Norwegii nie zostały zrealizowane, niemal od początku obowiązywania rozporządzenia dywersyfikacyjnego powstały problemy z prawidłowym wykonaniem jego przepisów. Należy bowiem mieć na uwadze, że o ile obecnie połączenia międzysystemowe z krajami Europy zachodniej i południowej zostały nieco rozbudowane (Lasów, Cieszyn), o tyle w momencie przyjmowania analizowanego rozporządzenia polski system gazowy umożliwiał import gazu ziemnego niemal wyłącznie z kierunku wschodniego. W związku z powyższym, PGNiG S.A. przez długi czas nabywał część rosyjskiego gazu od ukraińskiego pośrednika RosUkrEnergo, co zapewniało formalne wykonanie przepisów rozporządzenia dywersyfikacyjnego. Możliwość takiej „dywersyfikacji” dostaw gazu ziemnego ustała w trakcie kryzysu gazowego w 2009 r., kiedy to Gazprom zrezygnował z korzystania z pośredników w handlu gazem ziemnym.

Dodatkową trudnością w wykonaniu rozporządzenia dywersyfikacyjnego jest niekorzystna dla przedsiębiorstw energetycznych interpretacja jego przepisów przyjęta przez prezesa URE, a więc organ, który jest uprawniony do kontroli wykonywania obowiązków dywersyfikacyjnych. W tym

miejscu warto dodać, że w przypadku gdy regulator stwierdzi niewłaściwe wykonywanie obowiązków dywersyfikacyjnych, uprawniony jest do nałożenia kary pieniężnej mogącej sięgać 15% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorstwo energetyczne w poprzednim roku podatkowym.

Prezes URE przyjął wykładnię pojęcia import zgodną z przepisami ustawy o podatku akcyzowym, różnicującą pojęcie „import” od „nabycia wspólnotowego”. Taka wykładnia została przyjęta pomimo faktu, że rozporządzenie

”  
**Projektowane rozporządzenie zakłada zasadniczą zmianę w sposobie ustalania poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy**

dywersyfikacyjne weszło w życie przed wejściem Polski do Unii Europejskiej, kiedy to nie istniało w polskim prawie pojęcie „nabycia wewnątrzspółnotowego”. W konsekwencji regulator wymaga, aby przedsiębiorstwa importujące gaz ziemny na terytorium Polski z krajów nienależących do UE dywersyfikowały te dostawy importem z innego kraju nienależącego do Unii. Sprowadzanie gazu ziemnego z terytorium państw członkowskich UE uznawane jest bowiem za nabycie wewnątrzspółnotowe, a w rezultacie nie jest uwzględniane przez prezesa URE przy obliczaniu poziomu dywersyfikacji przedsiębiorstwa energetycznego. W rezultacie podmiot, który przykładowo sprowadzałby połowę gazu ziemnego z Rosji, a połowę z Niemiec, nie spełniałby, w ocenie regulatora, wymogów dywersyfikacji. Ten sam podmiot

sprowadzający jednak połowę gazu ziemnego z Rosji, a połowę przykładowo z Ukrainy, realizowałby w pełni obowiązki wynikające z rozporządzenia dywersyfikacyjnego. Oczywiście jest, że taka wykładnia w żaden sposób nie wpływa na wzrost bezpieczeństwa energetycznego kraju, a wręcz przeciwnie - przyczynia się do faktycznego zmniejszenia możliwości dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego do Polski. W obecnych warunkach geopolitycznych sprowadzanie gazu z co najmniej dwóch krajów nienależących do UE może być bowiem utrudnione oraz nieoptyczne ekonomicznie. Tak więc sprzedawcy gazu, z obawy przed karą nakładanymi przez prezesa URE, mogą zrezygnować z możliwości zakupu gazu poza granicami UE, nawet w przypadku gdyby było to opłacalne ekonomicznie i zwiększało ich faktyczny poziom dywersyfikacji.

Kolejną problematyczną kwestią jest podejście regulatora do pojęcia „kraju pochodzenia”, które to pojęcie ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy na potrzeby określenia minimalnego poziomu dywersyfikacji należy brać pod uwagę miejsce nabycia gazu ziemnego (kraj pochodzenia rozumiany jako kraj nabycia), czy też miejsce wydobywania tego gazu (kraj pochodzenia rozumiany jako kraj wydobywania). Powyższe rozstrzygnięcie ma istotny wpływ na stosowanie przepisów rozporządzenia dywersyfikacyjnego w praktyce, o ile bowiem ustalenie miejsca nabycia gazu ziemnego nie stanowi istotnego problemu, o tyle ustalenie miejsca jego wydobywania już tak. W sektorze gazowym nie praktykuje się bowiem wydawania certyfikatów pochodzenia gazu, a sam gaz w sieci gazowej ulega wymieszaniu. Interpretacja przepisów rozporządzenia dywersyfikacyjnego wskazuje, że intencją prawodawcy było ustalenie kraju pochodzenia jako kraju wydobywania gazu. Prezes URE z jednej strony w swoich wystąpieniach oficjalnie podziela takie stanowisko, jednak ustalając poziom dywersyfikacji przedsiębiorstw energetycznych bierze faktycznie pod uwagę

kraj nabywania tego gazu. Warto dodać, że przyjęcie wykładni, zgodnie z którą przez kraj nabywania gazu ziemnego należy rozumieć kraj jego wydobycia - może budzić wątpliwości w kontekście sprowadzania gazu ziemnego w ramach wirtualnego rewersu na gazociąg Jamal-Europa. Gaz sprowadzany w taki sposób nabywany jest od kontrahentów zachodnich, niemniej jednak faktycznym miejscem jego wydobycia jest Rosja.

Przepisy obecnie obowiązującego rozporządzenia dywersyfikacyjnego są więc niedostosowane do obecnej sytuacji na rynku gazu ziemnego, a w szczególności do coraz większego stopnia konkurencyjności tego rynku. Uniemożliwiają one elastyczne podejmowanie decyzji odnośnie źródeł pozyskania gazu ziemnego przez przedsiębiorstwa energetyczne, a przy tym nie przyczyniają się do zwiększenia bezpieczeństwa energetycznego. Nie może budzić wątpliwości, że na obecnym etapie rozwoju rynku nie ma już uzasadnienia dla administracyjnego oddziaływania na decyzje przedsiębiorców w zakresie wyboru źródeł pozyskania gazu. Nie może więc dziwić, że sektor gazu ziemnego od dłuższego czasu domagał się uchylecia lub nowelizacji tego rozporządzenia.

Ministerstwo Gospodarki podzieliło ww. ocenę, wskazując w uzasadnieniu projektowanego rozporządzenia, że dotychczasowy akt prawny „jednie zwiększa ryzyka i koszty działalności przedsiębiorstw. Dywersyfikacja na podstawie rozporządzenia może nastąpić jedynie poprzez import przez terytorium rosyjskie lub LNG. Jedyłą inną możliwością, aby nie narazić się na kary związane ze spełnieniem obowiązku dywersyfikacji, jest zaprzestanie przywozu gazu ziemnego spoza UE”<sup>4</sup>.

Projektowane rozporządzenie zakłada zasadniczą zmianę w sposobie ustalania poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy. Przede wszystkim maksymalny udział

gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia ma być ustalany nie w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego - jak to ma miejsce obecnie, ale do całkowitej wielkości sprzedaży gazu ziemnego. W konsekwencji możliwym będzie wypełnienie obowiązku dywersyfikacyjnego gazem nabywanym na terytorium kraju oraz na terytorium UE. Z pewnością znacznie

” (...) maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia ma być ustalany nie w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego - jak to ma miejsce obecnie, ale do całkowitej wielkości sprzedaży gazu ziemnego

zwiększy to możliwości importu gazu ziemnego na terytorium Polski. Minimalny poziom dywersyfikacji będzie mógł bowiem zostać osiągnięty przez przedsiębiorstwa energetyczne bez konieczności nabywania gazu ziemnego w więcej niż jednym kraju nienależącym do UE. Ponadto planuje się umożliwienie łącznego obliczania poziomu dywersyfikacji w danym roku dla więcej niż jednego przedsiębiorstwa energetycznego, pod warunkiem zgłoszenia takiego zamiaru prezesowi URE. Umożliwi to zawieranie importerem gazu porozumień, dzięki którym będą w stanie wypełnić obowiązki dywersyfikacyjne. Rozwiązanie takie wydaje się szczególnie korzystne dla tzw. małych sprzedawców gazu ziemnego.

Istotną zmianą jest także wprowadzenie przepisu, zgodnie z którym „gaz

importowany ze źródeł należących do jednej grupy kapitałowej traktuje się jako gaz z jednego źródła.” Rozwiązanie to ma na celu ograniczenie „fikcyjności dywersyfikacji”.

Wadą projektowanego aktu prawnego jest natomiast niezmieniony poziom dywersyfikacji (59% w latach 2015-2018 oraz 49% w latach 2019-2025). Wydaje się, że taki poziom jest zbyt restrykcyjny i może nie być możliwy do zrealizowania przez część przedsiębiorców, a w szczególności przez PGNiG S.A.

W trakcie konsultacji społecznych branża gazownicza co do zasady poparła proponowane zmiany, proponując jednak wdrożenie kilku istotnych zmian. W szczególności proponuje się wyłączenie spod reżimu projektowanego aktu prawnego gazu LNG, z uwagi na fakt, że rynek tego gazu jest już całkowicie konkurencyjny, łatwo zmieniać dostawców tego gazu, a w rezultacie brak jest podstaw do jakiegokolwiek ingerencji administracyjnej w zasady jego sprowadzania na terytorium Polski. Ponadto proponuje się wyłączenie spod obowiązków dywersyfikacyjnych tzw. małych sprzedawców gazu ziemnego, a także zliberalizowanie określonych w rozporządzeniu minimalnych poziomów dywersyfikacji.

Nie ulega wątpliwości, że projektowane rozporządzenie jest krokiem we właściwym kierunku. Biorąc jednak pod uwagę rozwój konkurencyjności gazu ziemnego, wątpliwości może budzić jakakolwiek prawna ingerencja w źródła gazu nabywanego przez przedsiębiorców. Wydaje się więc, że docelowo prawodawca powinien dążyć do całkowitego wyeliminowania analizowanego aktu prawnego z polskiego porządku prawnego, co zresztą było już planowane w trakcie prac nad projektem tzw. Dużego Trójpaku Energetycznego (projekt nowej ustawy Prawo energetyczne, ustawy Prawo gazowe oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii). □

4) Uzasadnienie do projektu rozporządzenia, s. 3