



Izabela Albrycht, Wojciech Bigaj, Grzegorz Pytel
**Narodowy Operator Kopalni
 Energetycznych – przyniesie zyski,
 czy zniechęci inwestorów?**

Izabela Albrycht – prezes Instytutu Kościuszki, redaktor naczelna International Shale Gas & Oil Journal, politolog.

Wojciech Bigaj – radca prawny w Kancelarii GWJ Gramza Wawrzynowicz Jenerowicz, specjalizuje się w doradztwie regulacyjnym na rzecz podmiotów z branży energetycznej i gazowniczej.

Grzegorz Pytel – ekspert ds. ropy i gazu w Instytucie Sobieskiego w Warszawie. Ukończył informatykę teoretyczną na Uniwersytecie Londyńskim. Od 1990 r. związany z branżą poszukiwania i wydobywania węglowodorów.

Wprowadzenie

Celem briefu programowego jest analiza uwag do przygotowanego przez Ministerstwo Środowiska projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo geologiczne i górnicze oraz niektórych innych ustaw, które zostały sformułowane przez głównych interesariuszy i ekspertów w ramach konsultacji społecznych tego projektu¹, trwających od 15 lutego 2013 r.

Nowe przepisy będą w znaczącym zakresie regulować sposób prowadzenia poszukiwań i wydobywania gazu ziemnego w Polsce, będą one głównym *benchmarkiem* do oceny możliwości rozwoju sektora wydobywania węglowodorów niekonwencjonalnych. Są zatem niezwykle istotne w kontekście planowanego rozwoju sektora gazu łupkowego w Polsce, któremu rząd zapowiedział stworzenie najbardziej konkurencyjnych warunków rozwoju w Europie. **Wśród kluczowych zastrzeżeń pojawiających się w ramach konsultacji społecznych znajduje się kwestia powołania oraz zakresu kompetencji Narodowego Operatora Kopalni Energetycznych (NOKE).** Tym samym kwestionowane jest *de facto* główne założenie projektu ustawy dotyczące zasad udziału Skarbu Państwa w zakresie rozpoznawania złóż węglowodorów i ich późniejszego wydobywania. Analiza propozycji regulacji dotyczących NOKE jest więc kwestią szczególnie istotną,

zwłaszcza, że wśród zgłoszonych uwag pojawiają się też takie, które wskazują, że NOKE nie jest potrzebne w ogóle, ani jako podmiot kontrolny ani nadzorczy.

W niniejszym tekście w pierwszej kolejności pod rozprawę poddane zostaną cele stawiane przed NOKE i szanse na ich osiągnięcie poprzez powołanie specjalnej jednoosobowej spółki Skarbu Państwa. W ten sposób autorzy będą mogli odpowiedzieć na pytanie o potrzebę powołania NOKE. W kolejnej części tekstu – na podstawie założenia, zgodnie z którym NOKE jednak miałyby zostać powołane – przedstawiona zostanie analiza funkcji i sposobu działania NOKE, tak aby zmaksymalizować jego potencjalny pozytywny wpływ i zminimalizować oczekiwane negatywne skutki jego działania. W ostatniej części tekstu autorzy zastanawiać się będą czy koncepcja NOKE adresuje główne problemy rozwoju branży łupkowej w Polsce.

Dla porządku analizy należy jednak zaznaczyć, że nie można rozważać przyszłego kształtu sektora poszukiwawczo-wydobywczego gazu ziemnego w Polsce w oderwaniu od kształtu krajowego rynku gazu. W tym miejscu ograniczymy się jednak do stwierdzenia, że

¹ <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/141245/katalog/141249>, data dostępu 21.04.2013 r.

warunkiem rozwoju sektora gazu niekonwencjonalnego w Polsce jest liberalizacja rynku gazu i zapewnienie jego konkurencyjności. Podstawową kwestią jest taryfowanie obrotu gazem ziemnym. Taryfy są ustalane na bazie średniego kosztu pozyskania i dostarczenia gazu, a cena jest wypadkową ceny importowej i kosztu wydobycia. Niesie to ze sobą tak negatywne konsekwencje jak:

- brak urynkowienia ceny, co uniemożliwia ocenę realnego zapotrzebowania;

- blokowanie impulsu ekonomicznego do zwiększenia produkcji krajowej;
- monopolista nie ma motywacji do obniżenia kosztów².

Spodziewanymi efektami „rewolucji gazu niekonwencjonalnego” będzie obniżenie ceny gazu w Polsce, zarówno w odniesieniu do ceny importowej jak i tej na rynku wewnętrznym³. Aby taka wizja się ziściła musi istnieć konkurencyjny rynek, w którym gaz produkowany na terenie Polski będzie w posiadaniu wielu różnych podmiotów⁴.

² Szerzej w M. Kołaczowski, Liberalizacja rynku gazu i wzrost bezpieczeństwa energetycznego w kontekście rozwoju sektora gazu niekonwencjonalnego w Polsce, [w:] I. Albrycht i in., Gaz niekonwencjonalny – szansa dla Polski i Europy? Analiza i rekomendacje, Instytut Kościuszki, 2011, str. 125, 126.

³ Ibidem, s. 126, 127.

⁴ Ibidem, s. 127

Izabela Albrycht

Debata nad NOKE

Nowe przepisy ustawy PGG mają według Ministerstwa Środowiska unowocześnić system koncesyjny dla węglowodorów w Polsce. Wybór koncesjonariuszy odbywać się będzie tylko w drodze przetargu. Państwo będzie mniejszościowym udziałowcem w działalności rozpoznawczej i wydobywczej do 5%. Prawa te przypadną Narodowemu Operatorowi Kopalni Energetycznych S. A. – spółce powołanej przez BGK oraz NFOŚiGW i kontrolowanej wyłącznie przez te dwa podmioty. NOKE ma pracować równocześnie na licznych koncesjach – wszystkie koncesje wydane po wejściu w życie nowelizacji PGG i dodatkowo niektóre obecne koncesje, do których NOKE zostałoby zaproszone w ramach procedury przekształcania koncesji.

Według projektodawców NOKE ma zrealizować cele związane z realizacją uprawnień Skarbu Państwa wynikające z prawa własności do zasobów węglowodorów (własności górniczej)⁵; realizacją ogólnych celów publicznych dotyczących rozpoznawania i wydobywania węglowodorów (tj. „(...) zapewnianie długotrwałej i zrównoważonej gospodarki zasobami węglowodorów oraz ochrony środowiska, zdrowia publicznego, generowania korzyści wielopokoleniowych, budowy konkurencyjnego i przejrzystego rynku energii (...)”⁶), realizacją funkcji redystrybucyjnej obejmującej rentę surowcową⁷. Na podstawie analizy projektu rządowego, wnioskować można że treść przepisów regulujących zasady działania, a także uprawnienia i zadania NOKE zdeterninowana została dążeniem do osiągnięcia kilku wzajemnie

powiązanych ze sobą celów. NOKE ma bowiem jednocześnie gwarantować wykonywanie w imieniu państwa, funkcji nadzorczych i kontrolnych nad wydobywaniem węglowodorów, ma również współuczestniczyć w zarządzaniu konkretnymi projektami inwestycyjnymi, a także zapewniać państwu osiągnięcie korzyści finansowych z wydobywania węglowodorów (poprzez udział w zyskach z realizowanych projektów).

Interesariusze sektora poszukiwań i wydobycia węglowodorów prawdopodobnie dostrzegają strukturalne przeszkody dla rozwoju sektora łupkowego w Polsce, przedstawione na początku niniejszego opracowania. Zgłaszają także szereg swoich zastrzeżeń co do kształtu rozwiązań zaproponowanych w propozycji nowelizacji PGG. Swoją opinię w tej sprawie przedstawiło około 100 podmiotów.

Niektóre z nich mają **wiele zastrzeżeń co do zasadności powołania NOKE do realizacji wskazanych dla niego celów. Zauważają na przykład, że wprowadzenie dodatkowej oprócz instytucji użytkownika górniczego, formy zabezpieczenia uprawnień Skarbu Państwa wynikających z własności górniczej jest zbędne, a kwestia ta została uregulowana w sposób spójny w aktualnie obowiązującym PGG⁸.**

Z kolei cele publiczne dotyczące rozpoznawania i wydobywania węglowodorów są przedmiotem bieżącej działalności organów administracji publicznej, w szczególności Głównego

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo geologiczne i górnicze oraz niektórych innych ustaw, s. 21.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, s. 23.

⁸ Zgłoszenie PGNiG S.A. do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo geologiczne i górnicze oraz niektórych innych ustaw (wersja z dnia 15 lutego 2013 r.), <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/141245/141248/dokument70153.pdf?lastUpdateDay=19.04.13&lastUpdateHour=16%3A33&userLogged=false&date=niedziela%2C+21+kwiecie%C5%84+2013>, data dostępu 21.04.2012.

Inspektora Ochrony Środowiska, urzędów górniczych, organów koncesyjnych, państwowej służby geologicznej czy Urzędu Regulacji Energetyki. NOKE będzie zatem dublowało funkcje istniejących organów administracji publicznej, przy dodatkowych kosztach operacyjnych koniecznych do stworzenia i utrzymywania struktur spółki, nie wytwarzając przy tym wartości dodanej do projektów poszukiwawczo-wydobywczych. Co więcej koszty te będą pochłaniały część renty surowcowej, która mogłaby być alokowana w inny sposób. Koszty mogą sięgnąć milionów złotych. Interesariusze piszą, że Polska to nie Kuwejt czy Arabia Saudyjska, a projekt ustawy dostosowany został na wyrost do państwa – znaczącego producenta węgłowodórów. **Wydaje się, że na obecnym etapie i kilkuletniej perspektywie niewielkie wzmocnienie kadrowe Departamentu Geologii i Koncesji Geologicznych przy współpracy z PSG i Urzędem Górniczym wystarczy do sprawowania skutecznego nadzoru geologicznego w zakresie węgłowodórów⁹.** Ponadto administracja publiczna nadzorująca sektor poszukiwawczo-wydobywczy wraz z jego rozwojem będzie się rozrastała – dodając kolejne koszty do tego rachunku¹⁰. Co więcej, powielanie kompetencji już funkcjonujących organów decyzyjno-kontrolnych z pewnością wprowadzi bezwład decyzyjny (spowodowany brakiem kompetencji nowych urzędników), spory kompetencyjne (z powodu dublujących się uprawnień). Wraz z nałożeniem na przedsiębiorców nowych (znacznie krótszych) terminów realizacji zobowiązań koncesyjnych, opóźni się program realizacji prac, co z kolei spowoduje nakładanie kar i doprowadzi do odbierania koncesji¹¹.

„Polska to nie Kuwejt czy Arabia Saudyjska, a projekt ustawy dostosowany został na wyrost do państwa – znaczącego producenta węgłowodórów – mówi uwaga jednego z koncesjonariuszy.”

Także w przypadku trzeciego celu, który ma charakter „parapodatkowy” związany z redystrybucją renty surowcowej pobieranej przez NOKE, interesariusze wskazują, że podmiot ten nie będzie dysponował uprawnieniami organów administracji publicznej i tym samym nie będzie mógł skutecznie pełnić funkcji kontrolnej w odniesieniu do działalności wydobywczej. Te same funkcje mogłyby zatem realizować struktury organów podatkowych, których zasoby i prerogatywy mogłyby zostać zoptymalizowane względem nowych wyzwań¹². Co więcej na poziomie administracji należałoby dążyć do synergii narzędzi o charakterze fiskalnym dedy-

kowanych sektorowi poszukiwawczo-wydobywczemu węgłowodórów. Ponieważ projekt ustawy o specjalnym podatku węgłowodorowym przewiduje wprowadzenie dodatkowych obciążeń podatkowych, których realizacja podlegałaby kontroli urzędów skarbowych, to optymalnym rozwiązaniem byłoby umiejscowienie obu funkcji kontrolnych w jednej, zamiast w dwóch równoległych strukturach. Mechanizmy podatkowe dają Skarbowi Państwa możliwość elastycznego dostosowywania poziomu obciążeń nakładanych na inwestorów do okoliczności budżetowych czy rynkowych panujących w danym momencie. Co istotne wskazuje się także, że **wynagrodzenie należne NOKE z tytułu prowadzonej działalności będzie stanowić de facto quasi-podatek, czyli dodatkowe opłaty, oprócz klasycznych obciążeń fiskalnych.** Co za tym idzie wysokość wynagrodzenia należnego NOKE, którego na obecnym etapie nie sposób przewidzieć i skalkulować, zwiększa ryzyko gospodarcze w percepcji przedsiębiorców planujących długofalowy rozwój działalności w Polsce¹³.

„Wynagrodzenie należne NOKE z tytułu prowadzonej działalności będzie stanowić de facto quasi-podatek, czyli dodatkowe opłaty, oprócz klasycznych obciążeń fiskalnych.”

Niepokoje także większy procentowy udział NOKE w zyskach niż w kosztach. Krytycy alarmują, że będzie to niezgodne ze standardami branżowymi i bardzo negatywnie wpływa na wartość projektów szacowaną na podstawie różnych modeli ekonomicznych. **Nie do obrony jest także brak mechanizmu, który zapewniłby udział NOKE we wcześniejszych kosztach poniesionych na etapie poszukiwawczym¹⁴.** Jedno z kluczowych zastrzeżeń dotyczących NOKE wywodzi swoją podstawę prawną nawet z Konstytucji RP. Utworzenie NOKE pełniącego rolę „nadzorca” (obok innych organów nadzoru) i posiadającego inne istotne uprawnienia należy postrzegać w kontekście naruszenia zasady proporcjonalności (art. 20 i 22 Konstytucji RP) przez organ stanowiący prawo z punktu widzenia celu, jaki ma być osiągnięty dzięki wprowadzającym regulacjom, a tym samym ograniczenia wolności gospodarczej. Dorobek orzecznicy Trybunału Konstytucyjnego, jak również doktryna wskazuje, że zasada proporcjonalności powinna być rozumiana jako wymóg przydatności, konieczności (wybór środków najmniej uciążliwych) i proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu¹⁵.

9 Opinia w sprawie projektu ustawy, NSZZ Solidarność Sekcja Krajowa Geologiczno-Wiernicza, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/141245/141249/141252/dokument70251.pdf?lastUpdateDay=19.04.13&lastUpdateHour=16%3A33&userLogged=false&date=niedziela%2C+21+kwiecie%5%84+2013>, data dostępu: 21.04.2013 r.

10 Zgłoszenie PGNiG S.A.

11 Kluczowe wnioski OPPPW do projektów zmieniających działalność poszukiwań i wydobycia węgłowodórów oraz wybrane uwagi szczegółowe, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/141245/141249/141252/dokument70253.pdf?lastUpdateDay=19.04.13&lastUpdateHour=16%3A33&userLogged=false&date=niedziela%2C+21+kwiecie%5%84+2013>, data dostępu 21.04.2013r.

12 Zgłoszenie PGNiG S.A. zainteresowania pracami nad projektem ustawy o zmianie ustawy – Prawo geologiczne i górnicze oraz niektórych innych ustaw, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/141245/141248/dokument70153.pdf?lastUpdateDay=19.04.13&lastUpdateHour=16%3A33&userLogged=false&date=niedziela%2C+21+kwiecie%5%84+2013>, data dostępu: 21.04.2013 r.

13 Op.cit., Kluczowe wnioski OPPPW ...

14 Ibidem.

15 Op.cit., Kluczowe wnioski OPPPW ...

Wobec powyższych zastrzeżeń nie dziwi nawet postulat całkowitej rezygnacji z powoływania NOKE¹⁶. Koncesjonariusze nie przewidywali udziału NOKE w momencie, kiedy ubiegali się o koncesje, niektórzy z nich uznają te nowe uwarunkowania za „szokujące”¹⁷.

Według interesariuszy relacja NOKE – koncesjonariusz, została ukształtowana niernynkowo i nadmiernie obciąża przedsiębiorców sektora upstreamowego. Inwestorzy wskazują, że rola NOKE jest nieproporcjonalnie uprzywilejowana nie tylko w projekcie ustawy, ale także w projekcie umowy o współpracy, który stanowi tzw. materiał dodatkowy. Odbiega to w ich przekonaniu choćby od standardów norweskich, na których według deklaracji wzorowało się Ministerstwo Środowiska. W Norwegii podmiot o podobnym charakterze (Petoro) nie jest uprzywilejowany w wykonywaniu praw i obowiązków w konsorcjum wydobywczym.¹⁸

Propozycje przepisów w obecnym kształcie nie dają jasnej odpowiedzi, czy NOKE występować będzie w charakterze podmiotu realizującego zadania państwa (nie prowadzącego działalności gospodarczej), czy też jednak spółki prowadzącej działalność gospodarczą, której w związku z powierzeniem w drodze ustawy określonych zadań przyznane zostały prawa

16 Op.cit., Zgłoszenie PGNiG...

17 Uwagi do projektu ustawy zgłoszone przez ConocoPhillips E&P Poland sp. z o.o., <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/141245/141249/141252/dokument70622.pdf?lastUpdateDay=1-9.04.13&lastUpdateHour=16%3A33&userLogged=false&date=niedziela%2C+21+kwiecie%5C%84+2013>, data dostępu: 21.04.2013 r.

18 Ibidem.

specjalne. W pierwszym przypadku, konieczne jest określenie w drodze ustawy wysokości przysługującego NOKE udziału w zysku (jako *quasi* daniny publicznej). W drugim przypadku, do NOKE miałyby zastosowanie unijna zasada jednakowego traktowania sektora publicznego i prywatnego (art. 345 TFUE), zaś jej działalność podlegałaby (unijnemu) prawu konkurencji, w tym art. 106 TFUE (prawa specjalne). Planowany zakres ingerencji NOKE w działalność koncesjonariuszy wydaje się przekraczać ramy określone w dyrektywie 94/22/WE¹⁹.

„Rola NOKE jest nieproporcjonalnie uprzywilejowana nie tylko w projekcie ustawy, ale także w projekcie umowy o współpracy, który stanowi tzw. materiał dodatkowy.”

Argumenty zaprezentowane dotychczas przez Ministerstwo Środowiska jako przemawiające za utworzeniem NOKE wydają się dalece niewystarczające wobec merytorycznych zastrzeżeń sformułowanych przez interesariuszy. Jeśli Ministerstwo Środowiska nie będzie w stanie wykazać, że NOKE jest najlepszą metodą osiągnięcia celów stawianych przed nową regulacją sektora poszukiwawczo-wydobywczego i pozostanie przy swojej propozycji legislacyjnej, nie można wykluczyć, że szanse na zaangażowanie zagranicznych inwestorów w rozwój sektora łupkowego w Polsce znacząco zmniejszą.

19 Ibidem.

Wojciech Bigaj

Jeśli z NOKE, to w jakim kształcie?

Wśród wielu zastrzeżeń wniesionych do projektu omawianej ustawy w toku konsultacji społecznych, uwagę zwraca krytyka samej koncepcji powołania oraz funkcjonowania NOKE. Wskazuje się zwłaszcza, że **działalność NOKE wiązać się będzie ze znaczącymi kosztami operacyjnymi, ponieważ konieczne będzie stworzenie i utrzymywanie struktur nowej spółki, które umożliwią równoczesną pracę na licznych koncesjach**. W konsekwencji potencjalne zyski z wydobywania węglowodorów, przypadające NOKE, przeznaczane będą na prowadzenie działalności NOKE, a zatem będą wydawane na bieżące potrzeby tego podmiotu (tymczasem zyski z przypadającej państwu renty surowcowej powinny zasilać w całości projektowany Fundusz Pokoleń). Jest to niezwykle istotny argument, który podważa ideę powołania NOKE.

Przyjmując jednak, że w toku dalszych prac legislacyjnych koncepcja NOKE zostanie utrzymana, zasadne wydaje się rozważenie wprowadzenia kilku zmian w zakresie dotyczącym zadań oraz zasad działania NOKE, tak aby

funkcjonowanie tego podmiotu przyczyniło się w maksymalny sposób do osiągnięcia podstawowego celu nowych regulacji, tj. optymalizacji wydobycia węglowodorów w Polsce.

Oprócz rozważenia przedstawionych powyżej kluczowych uwag interesariuszy, **istotne jest przede wszystkim właściwe określenie oraz precyzyjne zdefiniowanie obszaru działalności NOKE – czyli zadań tego operatora**. Mogą bowiem powstać wątpliwości co do tego, czy zasadne jest powierzenie NOKE obowiązkowego udziału w zarządzaniu każdym projektem wydobywczym (mając zwłaszcza na uwadze ustawowo gwarantowany niski poziom zaangażowania kapitałowego NOKE w każde przedsięwzięcie inwestycyjne, a także wyłączenie odpowiedzialności NOKE za działania członków konsorcjum w stosunku do podmiotów zewnętrznych). Takie rozwiązanie może okazać w praktyce mało efektywne, nie tylko ze względu na szczupłość zasobów kadrowych czy finansowych NOKE (w porównaniu do przewidywanej liczby przyszłych koncesji i zakładanych

projektów inwestycyjnych), ale także z punktu widzenia interesów inwestorów prywatnych (którzy mogą nie być zainteresowani współpracą w zakresie zarządzania projektem wydobywczym z podmiotem o charakterze publicznym). Z powyższych względów warto rozważyć pozbawienie NOKE omawianych kompetencji zarządczych.

„Potencjalne zyski z wydobywania węglowodorów, przypadające NOKE, przeznaczone będą na prowadzenie jego działalności tymczasem zyski z przypadającej państwu renty surowcowej powinny zasilać w całości projektowany Fundusz Pokoleń.”

Dla rozwoju sektora istotne jest ponadto zapewnienie finansowych bodźców dla możliwie szerokiego grona inwestorów, którzy mogą być potencjalnie zainteresowani działalnością w obszarze poszukiwań i wydobycia węglowodorów. Z powyższego punktu widzenia kluczowa może okazać się regulacja przewidująca kapitałowe zaangażowanie NOKE w każdy projekt wydobywczy (i to na poziomie gwarantującym NOKE, wraz z operatorem koncesji, ponad 50 % udziałów w zysku). Taka regulacja może w praktyce spowodować spadek zainteresowania podjęciem działalności wydobywczej przez kapitał prywatny. Przyjmując zatem zmianę modelu NOKE i rezygnację z przyznawania temu podmiotowi kompetencji o charakterze zarządczym (współzarządzanie projektami wydobywczymi), można również rozważyć odstąpienie od konieczności zaangażowania kapitałowego NOKE w konsorcjum wydobywcze. Jednocześnie brak byłoby wówczas konieczności określania udziału NOKE w kosztach prac geologicznych.

W konsekwencji przyjęcia wyżej nakreślonych założeń **działalność NOKE ograniczona zostałaby do udziału w zyskach z konkretnych projektów inwestycyjnych** (można również zaproponować obniżenie zaangażowania NOKE w przypadku projektów niewielkich, nieprzekraczających ustalonego w ustawie pułapu). Zagwarantowanie przepisami prawa udziału NOKE w zyskach odpowiadać będzie dążeniu do zabezpieczenia interesów państwa w zakresie osiągnięcia korzyści z powierzenia podmiotom prywatnym możliwości wydobywania węglowodorów; z drugiej strony wdrożenie odpowiednich instrumentów regulacyjnych dotyczących udziału w zyskach (np. poprzez ustalanie maksymalnego udziału NOKE w zyskach na etapie konkretnych przetargów, lub ustalenie udziału w zyskach na stałym poziomie) powinno zapewnić właściwą stymulację dla podmiotów z branży wydobywczej.

Kolejne propozycje zmian w modelu funkcjonowania NOKE dotyczą treści umowy o współpracę, zawieranej pomiędzy NOKE a uczestnikami zwycięskiego konsorcjum. W kontekście postulowanego ograniczenia zadań NOKE, proponowana w projekcie regulacja, zakładająca ustalenie obligatoryjnej treści umowy o współpracę na poziomie aktu normatywnego (rozporządzenia), nie wydaje się zasadna. Niezależnie od braku faktycznej potrzeby wprowadzenia takiej regulacji, wątpliwości może budzić zakres

dopuszczalnej swobody kontraktowej stron przy zawieraniu umowy i ustalaniu ostatecznej jej treści (w jakim stopniu możliwe będzie ukształtowanie treści umowy w sposób odmienny od wzorca ustalonego w rozporządzeniu). Ponadto wyłączenie, w projektowanym art. 49zf ust. 6 ustawy, stosowania art. 864 Kodeksu cywilnego w stosunku do zobowiązań stron umowy o współpracę rodzić może wątpliwości co do charakteru prawnego tej umowy (nie jest jasne czy jednym ze skutków zawarcia umowy będzie zawiązanie spółki cywilnej). Z powyższych względów zasadne jest znaczne **uproszczenie przepisów regulujących umowę o współpracę, i uregulowanie jedynie najważniejszych kwestii, które powinny stanowić *essentialia negotii* takiej umowy** (np. w sposób podobny do regulacji art. 5 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, wskazującej najważniejsze postanowienia umów zawieranych przez podmioty z branży energetycznej).

Niezależnie od wyżej opisanych propozycji zmian projektowanego modelu regulacyjnego, uwagę zwraca określenie udziału NOKE w projektach inwestycyjnych, w korelacji czasowej do momentu wejścia w życie nowych zasad organizacji sektora. Zgodnie z projektem, w przypadku inwestycji wymagających uzyskania koncesji wydawanych po wejściu ustawy w życie, udział NOKE będzie obligatoryjny, natomiast w odniesieniu do inwestycji realizowanych na podstawie dotychczas wydanych koncesji (przed wejściem w życie ustawy) udział NOKE nie będzie wymagany. Jednocześnie w przypadku zamiaru przedłużenia obecnych koncesji na dalsze okresy, konieczne będzie zaangażowanie NOKE, co nie wydaje się uzasadnione mając na uwadze dotychczasowe zaangażowanie finansowe beneficjentów koncesji w prace wydobywcze. Podobnie należy ocenić regulacje ograniczające możliwość dokonywania zmian w składach konsorcjum po podpisaniu umowy o współpracę od zgody NOKE (i organu koncesyjnego); w praktyce może to utrudnić prowadzenie działalności przez konsorcjum (poprzez ograniczenie możliwości pozyskania nowych źródeł finansowania), a także utrudnić wyjście z inwestycji lub pozyskanie nowych partnerów biznesowych. Z tych samych względów **postulowane jest wprowadzenie regulacji bardziej przyjaznych dla inwestorów finansowych, zainteresowanych udziałem w określonych projektach wydobywczym; dotyczy to zniesienia wymogu prekwalifikacji w postępowaniu koncesyjnym w stosunku do takich podmiotów, i ograniczenie postępowania prekwalifikacyjnego jedynie do przyszłego operatora koncesji, tj. do inwestorów branżowych.**

Analiza projektu ustawy wskazuje, że intencją autorów nowych regulacji jest przyznanie NOKE ogromnej roli i znaczenia nie tylko w obszarze funkcjonowania sektora poszukiwań i wydobycia węglowodorów, ale również w całym systemie związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego państwa.

Analiza omawianego projektu ustawy wskazuje, że intencją autorów nowych regulacji jest przyznanie NOKE ogromnej

roli i znaczenia nie tylko w obszarze funkcjonowania sektora poszukiwań i wydobycia węglowodorów, ale również w całym systemie związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego państwa. W konsekwencji, niezależnie od przyjęcia szczegółowych rozwiązań legislacyjnych regulujących zadania i działalność NOKE, rozważenia wymaga również przyjęcie takiej regulacji, która zagwarantuje państwu utrzymanie w każdym czasie całkowitej kontroli nad NOKE. W przypadku NOKE – który ma zapewnić

dbałość o interes publiczny i zabezpieczyć potrzeby finansowe państwa w długoletnim horyzoncie czasowym (poprzez wpłaty na Fundusz Pokoleń) – celowe jest przede wszystkim jednoznaczne zagwarantowanie sprawowania wyłącznej kontroli nad tym operatorem przez Skarb Państwa (w szczególności poprzez ustawowe wyłączenie możliwości zaangażowania kapitałowego w NOKE przez podmioty inne niż Skarb Państwa lub jednostki przez niego kontrolowane).

Grzegorz Pytel

NOKE nie jest odpowiedzią na problemy rozwoju branży łupkowej w Polsce

„Nie należy szukać czarnego kota, w na czarno wymalowanym i ciemnym pokoju, zwłaszcza jeżeli go tam nie ma” mówi stare powiedzenie. Ministerstwo Środowiska nie docenia płynącej z tej sentencji ponadczasowej prawdy i od kilkunastu miesięcy poszukuje instytucjonalnych rozwiązań dla działalności poszukiwawczo-wydobywczej gazu z łupków m.in. poprzez propozycję powołania NOKE, podczas gdy zasadnicza przeszkoda w rozwoju branży leży gdzie indziej. **Próba stworzenia nowej tzw. ustawy węglowodorowej wyznaczającej warunki poszukiwania i wydobycia węglowodorów w Polsce, podejmowana jest z pominięciem fundamentalnej reformy struktury tej branży w Polsce stosując mechanizmy wolnorynkowe przy zachowaniu strategicznej kontroli państwa.** Ustawa ta powinna z jednej strony zadowalać władze państwowe, gwarantując im kontrolę nad tym procesem oraz odpowiednio wysokie dochody w przyszłości, z drugiej strony ma zadowalać firmy prywatne tak, aby przygotowane były podejmować wielkie i długoterminowe inwestycje oparte na stopie zwrotu, która uzasadniałyby podejmowane ryzyko. Warto zaznaczyć, że na tak wczesnym etapie, zwanym *greenfield*²⁰, na jakim jest obecnie poszukiwanie i wydobycie gazu z łupków w Polsce, ryzyko to jest bardzo wysokie (często wręcz niemożliwe by je w praktyczny sposób oszacować).

Na obecnym etapie mamy do czynienia z sytuacją sprzężenia zwrotnego. Otóż brak jasno zdefiniowanych warunków podnosi ryzyko działających firm, a w związku z tym firmy te oczekują wyższej stopy zwrotu. Jednakże to oczekiwanie powoduje, że władze nie są przygotowane wyjść naprzeciw oczekiwaniom firm, aby nie narazić się z kolei na oskarżenie oddawania nazbyt wiele bogactwa narodowego inwestorom. Brak tego wyjścia naprzeciw coraz bardziej podnosi ryzyko. I tak dalej... to sprzężenie zwrotne się nakręca, a jego efektem jest wzrastające ryzyko.

Głównym powodem tego stanu rzeczy jest struktura branży poszukiwania i wydobycia węglowodorów w Polsce. **Oparta jest ona na państwowych firmach, w tym firmach serwisowych.** Do czasu rozpoczęcia się gorączki poszukiwania gazu w łupkach, rola firm prywatnych sektora poszukiwawczo-wydobywczego była znikoma i miała często niejasny i nieprzejrzysty charakter. Taka struktura skutkuje po pierwsze bardzo niskim ryzykiem ponoszonym przez firmy państwowe w relacjach z władzami. Wynika ono z faktu, że skoro państwo kontroluje firmy poszukujące i wydobywające węglowodory w Polsce, to ich zarządy nie muszą się obawiać, że państwo im zaszkodzi np. poprzez zbyt wysokie opodatkowanie czy nieodpowiednie regulacje. Nie oznacza to, że państwo tego zrobić nie może. Jest to po prostu taki sam problem jak dla prywatnej firmy niekorzystne decyzje prywatnych udziałowców: one zarządów nie obciążają i nie jest to ich sprawa, mimo że mogą firmę doprowadzić do bankructwa. Co innego w przypadku prywatnych firm poszukujących i wydobywających węglowodory: to właśnie do obowiązków – wobec prywatnych udziałowców – zarządów tych firm jest ocenić ryzyka wynikające z decyzji władz państwowych krajów, w których działają i o ile możliwe ryzyka te minimalizować, oraz wobec nich odpowiednio określać stopę zwrotu podejmowanych inwestycji.

Sytuacja jest jeszcze bardziej skomplikowana w przypadku wydobycia surowców naturalnych przez państwowe firmy. Wtedy presja polityczna, aby państwo maksymalizowało swoje przychody z tytułu podatków nie istnieje. Bo to co nie zostanie ściągnięte przez państwo pozostaje przecież w państwowej firmie. Produktem ubocznym takiej sytuacji jest bardzo niska produktywność ekonomiczna państwowych firm wydobywających surowce naturalne. Tworzy to pewnego rodzaju *equilibrium*: firmy, aby nie stwarzać pretekstu do zbyt wysokiego opodatkowania, tak prowadzą swoją działalność, aby nie wykazywać zbyt wysokich zysków. W sumie jest to esencja zasad realnego socjalizmu w praktyce.

²⁰ Więcej na ten temat w raporcie Instytutu Kościuszki „Analiza infrastruktury gazowej w Polsce z perspektywy przyszłych wyzwań energetycznych i rozwoju sektora gazu niekonwencjonalnego”, red. I.Albrycht, str. 167-181.

Konsekwencje tych mechanizmów można było np. zaobserwować w Polsce po 2004 r. Podczas gdy ceny ropy naftowej wzrosły dwukrotnie podatek CIT został obniżony z 27% do 19%. Ceny gazu ziemnego wzrosły też proporcjonalnie, bowiem indeksowane one były do ceny ropy. Inne podatki z tytułu wydobycia ropy naftowej kształtowały się poziomie rządu 1% czyli można je praktycznie pominąć. Z jednej strony przy takim wzroście ceny ropy naftowej było ekonomicznie nieracjonalne tak drastyczne obniżenie opodatkowania. Z drugiej, nie doprowadziło to jednak, jak można by było oczekiwać z wolnorynkowego punktu widzenia, do rozkwitu branży w Polsce.

W sytuacji tak niskiego opodatkowania wydobycia węglowodorów w Polsce, i to z bardzo łatwych i świetnie już rozpoznanych zasobów konwencjonalnych, prywatne firmy muszą brać pod uwagę, że władze będą chciały podnieść stopę opodatkowania. Jednak czy obecna debata tocząca się równoległe do debaty o założeniach ustawy węglowodorowej o tym czy 40% opodatkowania węglowodorów to za mało czy za dużo ma w ogóle sens? Bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuację, gdy w niezbyt sprzyjających warunkach ekonomicznych lub gdy zasoby okażą się zbyt mało atrakcyjne z technicznego punktu widzenia, 40% będzie dużo za dużo. Podobnie realnym jest scenariusz ryzyka, gdy przy wysokim zapotrzebowaniu na gaz lub gdy zasoby okażą się łatwe i tanie do wydobycia (np. na skutek rozwoju technologicznego), 40% okaże się dużo za mało. Takiego właśnie ryzyka nie sposób ogólnie określić na etapie *greenfield*, w aktach prawnych, które miałyby obowiązywać przez dziesięciolecia. Co więcej poszczególne prywatne firmy mogą te ryzyka zupełnie inaczej oceniać. Dodatkowo mogą one też zupełnie inaczej te same ryzyka wyceniać z punktu widzenia oczekiwanej stopy zwrotu np. z powodu ich aktualnego profilu ryzyka inwestycyjnego.

Jedynym sposobem zmaksymalizowania przez państwo przychodów z podatków z wydobycia węglowodorów w przyszłości, jest skorzystanie z wolnorynkowego mechanizmu przetargu, którego efektem byłyby indywidualne kontrakty. Ogólnie kontrakty te nazywane są *Production Sharing Agreements*. To firmy postawione w konkurencji między sobą same musiałyby zdecydować o wziętych na siebie zobowiązaniach. Można przy tym zastosować mechanizmy wielorundowe (np. jak w przypadku akcji UMTS w Wielkiej Brytanii w 2000 r.). Nawet przy obecnym przydzieleniu prawie wszystkich licencji w Polsce na poszukiwanie gazu w łupkach można to podejście zastosować. Opisane to zostało w artykule w Rzeczpospolitej, „Polskie łupki: stan przed zapaścią”²¹.

Jednak nawet takie podejście nie rozwiązuje długoterminowej wiarygodności poziomu opodatkowania działalności firm prywatnych przez państwo. Nawet gwarantując stabilność *Production Sharing Agreements* poprzez zasady

międzynarodowego arbitrażu, państwo zawsze znajdzie drogę do kieszeni podatników, w tym wypadku prywatnych firm produkujących węglowodory w przyszłości, na zasadzie wprowadzenia innych przepisów czy regulacji fiskalno-podatkowych. Z tej roli państwo nie jest w stanie abdykować w umowach z prywatnymi firmami ponieważ rezygnowałoby z roli suwerena.

„Debata o tym czy idea powołania NOKE jest optymalna, będzie pozbawiona racjonalnego i merytorycznego sensu dopóki nie zostaną dokonane głębokie, wolnorynkowe zmiany strukturalne w branży poszukiwania i wydobycia węglowodorów w Polsce.”

Jedyną metodą gwarantowania stabilności i sprzyjających zasad fiskalnych i regulacyjnych dla prywatnych firm poszukujących węglowodorów jest sytuacja, gdy samo państwo oraz podmioty od niego zależne stają się zakładnikami sukcesu całej branży. Na wczesnym etapie poszukiwania węglowodorów, czyli *greenfield*, jest to powiązanie poprzez bezpośrednie dzielenie ryzyka inwestycyjnego (np. posiadanie udziałów w tych samych licencjach przy zastosowaniu zasady tzw. *ring fencing*) oraz otwarcie sektora serwisowego według zasad wolno rynkowych²². Nie powinno też być zaskoczeniem, że właśnie taki model wypracowała Norwegia. Obecne przywoływanie jakoby propozycja nowej ustawy węglowodorowej oparta była na norweskich wzorcach, jest dla Norwegów niezrozumiała o ile nie obraźliwa. To tak jakby konstruktor wozu drabiniastego twierdził, że wykwyty jego wynalazczości oparte są na rozwiązaniach Ferrari, bo zamontował zderzaki i hamulce z kilku różnych modeli tej renomowanej marki.

Zatem pozbawionym jest racjonalnego, merytorycznego sensu debata czy opodatkowanie wydobycia węglowodorów w przyszłości na poziomie 40% czy też idea powołania NOKE są optymalne, czyli korzystne zarówno dla interesów państwa, jak i prywatnych inwestorów. Nawet gdyby przy dopracowaniu pewnych szczegółów (próba taka podjęta zostanie w dalszej części briefu) i w odpowiednich warunkach ekonomicznych i prawnych były to i tak są one długoterminowo niewiarygodne. Bardzo łatwo jest przewidzieć ryzyko sytuacji, że za 5, 10 czy 15 lat, gdy prywatne spółki okazałyby się zbyt dochodowe, zmiany prawne niekorzystne dla prywatnych firm mające także *quasi* retrospektywny charakter, stałyby się głównym tematem kampanii wyborczych ze skutkiem dla firm prywatnych z góry łatwym do przewidzenia.

Z punktu widzenia rachunku ryzyka inwestycyjnego, bez głębokich zmian strukturalnych w branży poszukiwania i wydobycia węglowodorów w Polsce, mających charakter wolnorynkowy, ale przy zachowaniu kontroli

²² To podejście opisane zostało w artykule w Pomorskim Przeglądzie Gospodarczym, G. Pytel „Czy Polska może stać się potęgą surowcową?” [http://www.ppg.gda.pl/index.php/pol/wydawnictwo/dzial_glowny/czy_polska_moze_stac_sie_potega_surowcowa], data dostępu 21.04.2013.

²¹ <http://www.ekonomia24.pl/artykul/970447.html>, data dostępu 21.04.2013 r.

strategicznej państwa, nie da się stworzyć korzystnych i wiarygodnych warunków, które zachęciłyby prywatnych inwestorów do podjęcia olbrzymich, długoterminowych inwestycji. Podobnie jak w warunkach realnego socjalizmu istniejące prywatne firmy nie były w stanie zapewnić równowagi rynkowej, zakładając dobrą wolę

obu stron (czyli np. że władzom nie chodzi o utrzymanie aktualnej stagnacji inwestycyjnej), zarówno władze, jak i firmy poszukujące gazu w łupkach w Polsce, ogarnięci są wypracowaniem obopólnie satysfakcjonujących rozwiązań w sytuacji, gdy przy obecnej strukturze branży takie rozwiązania po prostu nie istnieją.

Podsumowanie

Bezdiskusyjna jest potrzeba zabezpieczenia interesów państwa w procesie poszukiwania i wydobycia gazu z łupków w Polsce, a także zapewnienia skutecznej kontroli organów tego państwa nad koncesjonariuszami. Wydaje się jednak, że w pierwszej kolejności rząd przygotować powinien spójną i przemyślaną strategię rozwoju sektora gazu łupkowego w Polsce. Przeprowadzić należy fundamentalną reformę struktury branży poszukiwawczo-wydobywczej z zastosowaniem mechanizmów wolnorynkowych, przy zachowaniu strategicznej kontroli państwa.

W dalszej kolejności zadbać należy o likwidację barier negatywnie wpływających na tempo poszukiwań i rozpoznania polskich zasobów gazu w łupkach. W następnym kroku o stworzenie przewidywalnego i stabilności systemu regulacyjnego, jednakże bez wprowadzania bardzo restrykcyjnego systemu nadzoru i kontroli nad działalnością operacyjną inwestorów, które znacznie obniżają atrakcyjność inwestycyjną i konkurencyjność Polski wśród innych krajów, które uruchomiły bądź zamierzają rozwinąć sektor węglowodorów niekonwencjonalnych.



W ramach projektu
Gaz niekonwencjonalny – szansa dla Polski i Europy?



KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH SP. P.



INSTYTUT KOŚCIUSZKI

Instytut Kościuszki jest niezależnym, pozarządowym instytutem naukowo-badawczym (Think Tank) o charakterze non profit, założonym w 2000 r.

Misją Instytutu Kościuszki jest działanie na rzecz społeczno-gospodarczego rozwoju i bezpieczeństwa Polski jako aktywnego członka Unii Europejskiej oraz partnera sojuszu euroatlantyckiego. Instytut Kościuszki pragnie być liderem pozytywnych przemian, tworzyć i przekazywać najlepsze rozwiązania, również na rzecz sąsiadujących krajów budujących państwo prawa, społeczeństwo obywatelskie i gospodarkę wolnorynkową.

Biuro w Krakowie: ul. Lenartowicza 7/4, 31-138 Kraków, Polska, tel.: +48 12 632 97 24, www.ik.org.pl, e-mail: ik@ik.org.pl

Projekt layoutu, skład i opracowanie graficzne: Małgorzata Kopecka, pani.kopecka@gmail.com

Dalsze informacje i komentarze: Izabela Albrycht – izabela.albrycht@ik.org.pl – tel. +48 512 297 897