

dr hab. Bartłomiej Nowak, prof. ALK
Katedra Prawa UE i Prawa Międzynarodowego
Akademia Leona Koźmińskiego
Ul. Jagiellońska 57/59, Warszawa

Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Marcina Kamińskiego

Rola prawa ochrony konkurencji Unii Europejskiej w liberalizacji i zmianach sektora energetycznego

1. Przedmiot badań, cel pracy, tezy i pytania badawcze

Rozprawa doktorska mgr Marcina Kamińskiego pt. *Rola prawa ochrony konkurencji Unii Europejskiej w liberalizacji i zmianach sektora energetycznego* nie jest pierwszą pracą naukową w Polsce i poza Polską, która dotyka relacji pomiędzy regułami konkurencji a regulacją sektorową. To jednak, co wyróżnia recenzowaną rozprawę doktorską, to kompleksowe omówienie relacji, wpływu czy też przenikania się reguł konkurencji z regulacją sektorową na przykładzie sektora energetycznego z perspektywy blisko 30 lat procesu liberalizacji rynku energetycznego w Unii Europejskiej. Badania oparte są nie tylko na studiach literatury przedmiotu, ale także na analizie orzecznictwa oraz decyzjach organów odpowiedzialnych za nadzór nad sektorem energetyki oraz regułami konkurencji, co stanowi wartość dodaną pracy. Na podkreślenie zasługuje szeroka analiza decyzji, przede wszystkim Komisji Europejskiej, z zakresu prawa ochrony konkurencji oraz przyjmowanych w ramach tych decyzji środków w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych. Analiza, a w konsekwencji wnioski wyciągnięte z analizy pozwoliły Doktorantowi zaproponować zbiór zasad, które powinny przestrzegać przedsiębiorstwa energetyczne w ramach

reguł konkurencji. Co istotne, analiza rozwiązań przyjmowanych przez Komisję Europejską ma znaczenie dla wszystkich przedsiębiorstw, nie tylko tych działających w sektorze energetycznym.

Cel pracy, który zdefiniował Autor (choć – moim zdaniem – nie jest precyzyjnie sformułowany), to zbadanie na ile prawo ochrony konkurencji odgrywało istotną rolę w liberalizacji sektora energetycznego – podlegającego ścisłej regulacji sektorowej – i na ile jest ono istotne obecnie. W związku z powyższym Autor stawia kilka tez i pytań badawczych, które mają pomóc w realizacji celu pracy i sformułowaniu wniosków oraz rekomendacji na przyszłość. Podstawowe pytania badawcze to: „Czy prawo ochrony konkurencji stanowi właściwe narzędzie do osiągnięcia celów zakładanych w regulacjach sektorowych?” oraz „Jaka powinna być rola prawa ochrony konkurencji w sektorze energetycznym po wprowadzeniu regulacji sektorowych?”.

Doktorant w rozprawie posługuje się podstawowymi metodami badawczymi przeznaczonymi dla nauk prawnych, to jest: metodą językowo-logiczną, prawnohistoryczną oraz – w niewielkim wymiarze – prawnoporównawczą.

2. Struktura pracy

Praca została podzielona na pięć rozdziałów.

W rozdziale pierwszym wskazano przedmiot badawczy, cel pracy, tezy i pytania badawcze oraz literaturę przedmiotu i metody badawcze użyte w pracy.

W rozdziale drugim Doktorant przedstawia rys historyczny liberalizacji rynku energii oraz proces tworzenia prawa energetycznego Unii Europejskiej w kontekście mechanizmów prawnych mających za zadanie zapewnienie konkurencji na rynku energetycznym. Ponadto w rozdziale drugim Autor przedstawia podstawowe informacje na temat regulacji sektorowych i instrumentów prawnych z zakresu prawa ochrony konkurencji.

Rozdział trzeci stanowi analizę postępowań Komisji Europejskiej z zakresu prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do sektora energetycznego. Analizowane decyzje KE (zobowiązujące, zakazujące, warunkowe, dotyczące nadużywania pozycji dominującej, zawierania niedozwolonych porozumień, a także kontroli koncentracji)

zostały tak sklasyfikowane, aby można było określić ich cel, a w konsekwencji – rolę, jaką prawo ochrony konkurencji odgrywało w liberalizacji sektora energetycznego. Autor przyjął założenie, że właściwe sklasyfikowanie postępowań KE, oparte na przyjętych ostatecznie środkach, pozwoli zweryfikować, w jaki sposób prawo ochrony konkurencji wpływało na strukturę i zasady funkcjonowania sektora energetycznego, w tym ocenić, czy uzupełniało luki, egzekwowało, czy szło o krok dalej – wprowadzało quasi-regulacje sektorowe.

W rozdziale czwartym Doktorant – przy wykorzystaniu analiz z rozdziału trzeciego – weryfikuje, czy w ramach prawa ochrony konkurencji stworzono wyjątkowe quasi-regulacyjne zasady mające zastosowanie do sektora energetycznego, czy może są to zasady uniwersalne, stosowane niezależnie od charakterystyki rynków. Ponadto w rozdziale czwartym Doktorant analizuje obecny i przyszły zakres zastosowania prawa ochrony konkurencji w sektorach regulowanych i znaczenia owych zasad we w właściwym kształtowaniu, a w efekcie – funkcjonowaniu rynków. Ma to na celu wyciągnięcie wniosków odnośnie roli prawa ochrony konkurencji w sektorze energetycznym oraz wzajemnych relacji między regulacjami sektorowymi a omawianą dziedziną prawa.

Rozdział piąty jest podsumowaniem całej pracy. Doktorant przedstawia w nim wnioski i weryfikuje postawione w pracy tezy oraz wskazuje postulaty *de lege ferenda* związane z właściwym sposobem prowadzenia polityki sektorowej oraz ochrony konkurencji z perspektywy skuteczności działań, spójności systemu, a także pewności prawa.

3. Uwagi do rozprawy doktorskiej

Podjęcie państw członkowskich UE do sektorów energetycznych zmieniało się wraz z upływem lat. Ma to duży związek z ideą liberalizacji rynków energetycznych, która od połowy lat 90. XX wieku opanowała europejskie rynki, a niezależna regulacja sektorowa stała się jednym z kluczowych jej elementów. Jednak przez szereg lat stosowanie postanowień Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej czy prawa wtórnego UE dotyczących przemysłu energetycznego funkcjonującego za

pośrednictwem sieci faktycznie pozostawało fikcją, w efekcie czego zasadniczą rolę w regulowaniu sektora energetycznego pełniło ustawodawstwo krajowe, spychając prawo unijne na dalszy plan. Prowadziło to do segmentacji krajowych rynków, przyznając państwu dominującą rolę w regulacji sektorów energetycznych. Dominacja przejawiała się przede wszystkim tym, że w ustawodawstwie znakomitej większości państw członkowskich UE dostarczaniem energii elektrycznej i gazu zajmowało się jedno lub najwyżej kilka przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, zależnych od państwa i będących właścicielami całego łańcucha elektroenergetycznego/gazowego, od wytwarzania aż po obrót. W rezultacie przyjmowano, że sektor energetyki traktowany jest jako specjalna strefa, która w pewnych szczególnych okolicznościach nie musi podlegać normalnym i w pełni stosowanym przepisom prawa UE, przede wszystkim prawa ochrony konkurencji UE. Fala liberalizacji, która przechodzi przez Unię Europejską już od 30 lat, wymusiła jednak zmianę podejścia państwa nie tylko do gospodarki, ale także do kwestii regulacji tej gospodarki w zgodzie z zasadami konkurencji, szczególnie na rynkach energetycznych. Niemniej jednak w dalszym ciągu rolę państwa działającego w imieniu wszystkich obywateli jest – w ramach prowadzonej polityki gospodarczej – prawo do kontrolowania i nadzorowania podmiotów gospodarczych. Z tym, że współczesna, właściwa gospodarce rynkowej kontrola (nadzór) państwa ma na celu przede wszystkim zapewnienie prawnych warunków działania podmiotom gospodarczym w oparciu o konkurencyjne zachowania się tych podmiotów (w oparciu o reguły konkurencji).

Wspomniany nadzór odbywa się w zakresie ustawowo określonych ram instytucjonalnych (zarówno na szczeblu europejskim, jak i krajowym), za pomocą specyficznych narzędzi, tworzących łącznie system nadzoru nad zachowaniem podmiotów gospodarczych. Taki rodzaj działań przybiera formę wyspecjalizowanej regulacji i zwykle jest podejmowany w sektorach, w których zawodzą mechanizmy rynkowe bądź te mechanizmy są mocno ograniczone, lub też gdy zachodzi konieczność ochrony interesu publicznego, z reguły niepoddającego się rynkowej weryfikacji. W przypadku energetyki mamy do czynienia przede wszystkim z dwiema pierwszymi sytuacjami: mechanizmy rynkowe zawodzą lub nie działają, szczególnie w przypadku naturalnych monopolii i ich działalności sieciowej, w tym odmowy dostępu do sieci.

Zgadzam się z Autorem, że regulacja sektorowa nie obejmuje wszystkich działań podmiotów funkcjonujących na rynku energetycznym, tym samym prawo konkurencji – co do zasady – odgrywa istotną rolę, uzupełniając luki regulacyjne i stymulując rozwój rynków. Analizowane przez Autora zobowiązujące, zakazujące oraz warunkowe decyzje Komisji Europejskiej wskazują na dużą rolę postępowań z zakresu prawa ochrony konkurencji w zapewnieniu właściwego funkcjonowania rynków energetycznych, a tym samym wpływu na proces liberalizacji tych rynków. Można zatem podążać dalej za Doktorantem i wskazać, że zastosowanie prawa ochrony konkurencji w sektorze energetycznym służyło dotychczas realizacji następujących funkcji:

- wsparcia procesu liberalizacji i stymulowania konkurencji na rynku;
- pełnienia funkcji quasi-regulacyjnej, uzupełniającej regulacje;
- dbania o właściwe wdrożenie istniejących regulacji sektorowych, a nawet ich przekraczanie.

Z tym, z czym się jednak nie zgodzę, jeśli chodzi o wywód, to wątpliwości Doktoranta w kontekście realizacji wymienionych powyżej funkcji. Przede wszystkim w kwestii, czy Komisja Europejska nie poszła za daleko w ramach przyjmowania środków (np. decyzje warunkowe KE wprowadzające zasady unbundlingu), naruszając zasady podziału władzy. Nie dostrzegam tutaj naruszenia zasad podziału władzy czy też zasady subsydiarności (pomocniczości) przez KE. Nie znajduję podstaw, aby stwierdzić, że Komisja przekroczyła swojej kompetencje, wydając przedmiotowe decyzje, a jeśli tak było, to każdy zainteresowany podmiot mógł/może wystąpić ze skargą z art. 263 TFUE, czyli skargą na nieważność decyzji do TSUE. Co więcej, założenia unbundlingu nie wynikają jedynie z założeń czy wnioskowań KE, ale z przyjętych przez wszystkie państwa członkowskie dyrektyw i rozporządzeń w ramach kolejnych pakietów dotyczących liberalizacji sektorów energetycznych państw członkowskich UE. Tym samym logiczne jest stwierdzenie, że decyzje KE dotyczące unbundlingu w konkretnych przypadkach realizowały cel dyrektyw i rozporządzeń.

Zgadzam się z Autorem rozprawy w kwestiach unbundlingu i celu jego wprowadzenia – szczególnie prawnego, ale też funkcjonalnego – czyli zwiększenia niezależności operatorów, a w konsekwencji konkurencji na rynku dostawców energii elektrycznej czy gazu. W rezultacie, jak wskazuje Autor, powstały odrębne spółki

prawa handlowego należące do jednej grupy kapitałowej, która zajmuje się całym łańcuchem dostaw energii. Spółki te prowadzą działalność we własnym imieniu, co sprawia w teorii, że powinny dążyć one do podejmowania decyzji najkorzystniejszych z punktu widzenia prowadzonej przez nie działalności, a nie interesu przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (grupy kapitałowej). Tutaj pozwolę sobie nie zgodzić się z Doktorantem. Działalność w ramach grupy kapitałowej oznacza, że wszystkie podmioty w grupie działają w interesie całej grupy, a zysk operatora wchodzi do skonsolidowanego zysku grupy. Jeśli notowana jest strata, obciąża ona nie tylko operatora, ale też całą grupę. Dotyczy to również decyzji inwestycyjnych w infrastrukturę operatora, które mogą narażać całą grupę na poważne problemy finansowe. Tym samym spółki z grupy będące operatorami systemów powinny nie tylko podejmować decyzje korzystne z ich perspektywy, ale także w interesie spółki matki i całej grupy kapitałowej. Decyzje takie powinny być podejmowane również przy założeniu, że skuteczna konkurencja na rynku energetycznym wymaga, aby operatorzy systemów lub właściciele sieci umożliwili każdemu dostawcy energii elektrycznej lub gazu równy dostęp do tych sieci. Operatorzy systemów przesyłowych i dystrybucyjnych są zatem zobowiązani do oferowania swoich usług wszystkim użytkownikom w sposób niedyskryminacyjny. Muszą oni oferować te same usługi różnym użytkownikom na identycznych warunkach (charakter, czas trwania itp.). Skuteczny i niedyskryminacyjny dostęp stron trzecich do sieci (w sektorze gazowym – również do magazynów i terminali LNG) jest zasadniczym warunkiem istnienia rzeczywistych i konkurencyjnych rynków energetycznych w UE. W odniesieniu do konkurencyjnego wewnętrznego rynku energii UE musi wspierać nie tylko zmiany prawne, lecz także budowę infrastruktury magazynowej i sieciowej w państwach członkowskich. Należy rozbudować infrastrukturę, w tym połączenia międzysystemowe, aby wzmocnić istniejące sieci i zapewnić rozwój handlu transgranicznego.

Ciekawe rozważania prowadzi Autor w kontekście rozdziału własnościowego przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. *Ownership unbundling* budził dotychczas sporo kontrowersji. Najważniejszymi argumentami z biznesowego punktu widzenia, przytaczanymi jako przyczyny rezygnacji z wymogu rozdzielenia własności OSD, były: obawa przed obniżeniem ratingu kredytowego zintegrowanych spółek oraz fakt, że sprzedaż aktywów pomniejsza bazę kapitałową spółki. Inny argument, często

podnoszony przez przeciwników rozdzielenia własności, polega na powołaniu się na wspomnianą już zasadę subsydiarności, interpretowanej łącznie z postanowieniami art. 345 TFUE, który stanowi, że traktat nie przesądza w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich UE. Przeciwnicy argumentują, że art. 345 TFUE ogranicza możliwości Komisji, jeśli chodzi o *ownership unbundling* przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, gdyż prawo własności i jego regulacja są domeną państw członkowskich, a nie Komisji. W rezultacie, jak słusznie zauważył Autor, Komisja wprowadziła swoimi decyzjami w opisanych w pracy przypadkach np. E.ON rozdział własnościowy – środek, który okazał się niemożliwy do osiągnięcia w regulacji sektorowej.

Nie mogę zgodzić się z założeniem Doktoranta, że w zależności od stanu konkurencji na rynku rola prawa ochrony konkurencji się zmienia. Jak wskazuje Doktorant, w odniesieniu do sektorów regulowanych można wyróżnić dwa odrębne etapy stosowania prawa ochrony konkurencji: a) w początkowym okresie liberalizacji, w którym wprowadzane są kolejne regulacje sektorowe, oraz b) w okresie, w którym już istnieje ugruntowane otoczenie regulacyjne. Uważam, że bez względu na to, jakie etapy wydzielimy i jakie instrumenty w zależności od rozwoju rynku będziemy stosować, rola prawa ochrony konkurencji pozostaje niezmienną – promowanie reguł konkurencji i nadzorowanie rynku w celu eliminacji praktyk antykonkurencyjnych. Celem wprowadzenia regulacji jest stworzenie takich warunków na rynku, które pozwolą na działanie podmiotów gospodarczych na podstawie zasad rynkowych. Nie zgodzę się jednak z twierdzeniem, że po stworzeniu takich odpowiednich warunków ma nastąpić deregulacja, czyli usunięcie tymczasowych regulacji i pozostawienie swobody konkurencji. Rynek sam nie rozwiąże problemów. Wolny rynek to taki rynek, który gwarantuje równość szans przy poszanowaniu praw wszystkich uczestników. Taką gwarancję daje odpowiedni nadzór nad gospodarką, poszczególnymi sektorami gospodarki przez niezależne organy regulacyjne, które mogą wykorzystywać zarówno regulację sektorową, jak i ogólne reguły prawa ochrony konkurencji. Typowym przykładem działań regulacyjnych jest np. proces koncesjonowania czy taryfowania, inaczej: kontrola cen energii dla klientów końcowych. Regulacja cen jest instrumentem, który budzi jednak mieszane uczucia, jeśli chodzi o konkurencję na rynku energetycznym. Regulowane ceny, czyli utrzymywanie cen energii elektrycznej czy gazu w kategoriach realnych na stałym

poziomie, pomimo oczywistego wzrostu kosztów pierwotnych źródeł energii, takich jak węgiel, ropa naftowa, gaz, odnawialne źródła energii, z pewnością uniemożliwia dostosowanie popytu na energię do rynkowej tendencji, do wzrostu cen na finalny produkt energetyczny. Podobnie w sektorze gazowym – sztucznie zaniżone ceny są trudne do pogodzenia z czynnikami rynkowymi mającymi wpływ na ceny, takimi jak konieczność przejścia na droższe źródła dostaw, jak LNG. W rezultacie ceny regulowane działają jak silny czynnik zniechęcający do inwestowania, np. w nowe moce produkcyjne lub ogólnie w infrastrukturę energetyczną. Ponadto, jeżeli ceny regulowane nie są zgodne z poziomem cen rynkowych, dostawcy (sprzedawcy) niemający znacznych mocy produkcyjnych działających po niskich kosztach lub równoważnych kontraktów długoterminowych nie będą w stanie przedstawić konkurencyjnych ofert pokrywających poniesione koszty dostaw, szczególnie jeśli sektor zdominowany jest przez naturalne monopole. Z drugiej strony, ceny regulowane mogą sprzyjać ochronie klientów w pewnych szczególnych sytuacjach, np. w okresach przejściowych do efektywnej konkurencji albo dla ochrony klientów wrażliwych. W okresach przejściowych natomiast, poprzedzających osiągnięcie prawidłowo funkcjonującej konkurencji, współistnienie cen regulowanych i rynkowych może być pożądane, ale głównie w celu ochrony klientów przed potencjalnymi nadużyciami ze strony podmiotów posiadających pozycję dominującą. Tym samym, po spełnieniu określonych warunków, regulacja cen powinna zostać zniesiona jako element jedynie tymczasowej ingerencji w rynek. W chwili obecnej, kiedy mamy do czynienia z kryzysem energetycznym, powinniśmy postawić na szali dwie wartości: utrzymanie cen regulowanych niższych od rynkowych dla gospodarstw domowych, kosztem zadłużania się przedsiębiorstw energetycznych, które kredytują swoją działalność w celu uniknięcia bankructwa. W związku z powyższym na zakończenie chciałbym zadać Doktorantowi pytanie: czy w sytuacji, w jakiej się obecnie znajdujemy, powinno się uwolnić ceny energii dla gospodarstw domowych?

4. Podsumowanie

Reasumując logika wyводу jest spójna z całością pracy, a przeprowadzone analizy w oparciu o podstawowe dla nauk prawnych metody badawcze odpowiadają kanonom

nauk prawych. Pewne błędy stylistyczno-językowe i moje uwagi merytoryczne do pracy nie przesłaniają faktu, że rozprawa doktorska spełnia wymagania pracy na stopień w tym wypadku stopień doktora nauk prawnych. W związku z powyższym biorąc również pod uwagę walory merytoryczne rozprawa doktorska Pana Marcina Kamińskiego pt. „Rola prawa ochrony konkurencji Unii Europejskiej w liberalizacji i zmianach sektora energetycznego” spełnia kryteria określone w art. 13 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. Nr. 65 z 2003 r., poza. 595 z póź. zm.), a tym samym wnioskuje za dopuszczeniem rozprawy do dalszych czynności przewodu doktorskiego w tym publicznej obrony.

