

## Gazowa próba sił. Komisja otworzyła postępowanie przeciwko spółce Gazprom

### I. Ewolucja sprawy

W dniu 4 września 2012 r. Dyrekcja Generalna ds. Konkurencji Komisji Europejskiej (dalej: KE) otworzyła oficjalnie postępowanie przeciwko spółce Gazprom<sup>1</sup>. Komunikat Komisji nastąpił niecały rok po niezapowiedzianych kontrolach KE w siedzibach szeregu przedsiębiorstw energetycznych, z których większość działa w krajach Europy Środkowo-Wschodniej<sup>2</sup>.

Co ciekawe, w ciągu tego roku miała miejsce swoista ewolucja podejścia KE: w miejsce oczekiwanej sprawy z art. 101 TFUE (porozumienia ograniczające konkurencję) wszczęto oficjalne postępowanie tylko przeciwko Gazpromowi z art. 102 TFUE (nadużywanie pozycji dominującej). W swoim komunikacie Komisja odnosi się do trzech zespołów praktyk Gazpromu, które potencjalnie naruszają konkurencję w Europie Środkowo-Wschodniej, tj. do: (i) podziału rynków poprzez zaburzanie wolnego przepływu gazu pomiędzy państwami członkowskimi; (ii) przeciwdziałania dywersyfikacji dostaw gazu; a także (iii) narzucania kontrahentom nieuczciwych cen poprzez wiązanie cen gazu z cenami ropy naftowej.

W trakcie kontroli w 2011 r. KE zabezpieczyła tysiące stron dokumentów (w większości w języku rosyjskim). Zabezpieczenie przez KE dokumentów na wczesnym etapie postępowania jest zazwyczaj środkiem, który umożliwia jej wywieranie nacisku na uczestników postępowania w celu uzyskania ustępstw (zobowiązań) z ich strony. Owe zobowiązania są w istocie alternatywą do długiego „tradycyjnego” postępowania (oraz wysokich grzywien mogących sięgać nawet do 10% rocznego obrotu ukaranego podmiotu). Praktyka polegająca na dążeniu do uzyskania zobowiązań ze strony przedsiębiorstw energetycznych w sprawach z art. 102 TFUE stała się niejako *modus operandi* Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji, która w pewnym sensie przejęła część zadań związanych z liberalizacją rynku, nominalnie zarezerwowanych dla Dyrekcji Generalnej ds. Energii. W ostatnich latach, aby uniknąć dotkliwych grzywien, europejskie przedsiębiorstwa energetyczne (w ramach zobowiązań zaakceptowanych przez KE) zmuszone były zbywać swoje aktywa przesyłowe, odsprzedawać elektrownie, rozwiązywać umowy długoterminowe. W tym kontekście należy pamiętać, iż Gazprom jest największym na świecie producentem gazu ziemnego, w przypadku którego potencjalna grzywna mogłaby wynieść nawet ok. 13–15 mld dolarów.

Możliwość „zaakceptowania wiążących zobowiązań” to jedno z najbardziej skutecznych narzędzi proceduralnych, jakie ma do dyspozycji KE. Najistotniejszą cechą takiego zakończenia postępowania jest to, iż Komisja nie przesądza czy naruszenie art. 101 lub 102 TFUE rzeczywiście miało miejsce (KE nie wymierza grzywny, natomiast podmioty, które chcą wnieść skargę odszkodowawczą w ramach tzw. *private enforcement* są w o wiele trudniejszej sytuacji niż w przypadku „tradycyjnej” decyzji stwierdzającej naruszenie, na własną rękę muszą bowiem wykazać złamanie

<sup>1</sup> Komunikat prasowy KE IP/12/937.

<sup>2</sup> Kontrole zostały przeprowadzone m.in. w siedzibie polskiego PGNiG, estońskiego Eesti Gas, litewskiego Lietuvos Dujos, bułgarskiego Bulgargaz i Overgaz, łotewskiego Latvia Latvijas Gaze, węgierskiego E.ON Hungary oraz czeskiego Vemex.

prawa konkurencji). Zobowiązania składane są „dobrowolnie” przez uczestnika postępowania, w praktyce jednak są przedmiotem negocjacji z zespołem KE (często prowadzonych równoległe do ścieżki spornej<sup>3</sup>). Po przedstawieniu odpowiednich (wystarczających w ocenie KE do wyeliminowania lub zapobieżenia skutkom domniemanego naruszenia) zobowiązań przez uczestnika postępowania, KE poddaje je publicznym konsultacjom i (w przypadku pozytywnego rezultatu konsultacji) czyni wiążącymi dla tego podmiotu. Oznacza to, iż w sytuacji, gdy KE stwierdzi złamanie „obietnic” zawartych w zatwierdzonych zobowiązaniach, może niejako automatycznie (tj. bez konieczności prowadzenia „pełnego” postępowania) nałożyć na zobowiązany podmiot grzywnę do 10% obrotu tego podmiotu – czyli taką samą, jak gdyby stwierdzone zostało pierwotnie zarzucane naruszenie<sup>4</sup>.

Patrząc szerzej, obecne postępowanie przeciwko Gazpromowi wydaje się być pokłosiem badania sektorowego rynków energetycznych, które to KE zakończyła w 2007 r. W tym kontekście po fali postępowań przeciwko firmom z Europy Zachodniej oczekiwano, iż KE zwróci swoją uwagę na Wschód – gdzie nadal obowiązywały umowy długoterminowe, często zawierane jeszcze z ZSRR i mogące naruszać przepisy prawa konkurencji (postępowanie przeciwko CEZ, gdzie w 2012 r. KE przekazała zaproponowane zobowiązania do konsultacji i uczyniła je wiążącymi 10 kwietnia 2013 r.<sup>5</sup>, nie jest najprawdopodobniej ostatnim w naszym regionie – szczególnie, że problemy na rynkach energetycznych zidentyfikowane przez KE podczas badania sektorowego<sup>6</sup> zdają się utrzymywać). Od lat jednak wiadome było, iż w miarę jak wpływy UE rozszerzały się na wschód, istniał w Brukseli pewien niepisany kompromis z Federacją Rosyjską – spółki rosyjskie miały być „zostawione w spokoju” albo miano oszczędzić im trudów oraz konsekwencji pełnego postępowania antymonopolowego (*vide* negocjacje pomiędzy Gazpromem a KE odnośnie *destination clauses* zakończone nieformalną ugodą w 2003 r.<sup>7</sup>).

Obecne postępowanie przed KE zdaje się łamać ten *status quo*.

## II. Co się zmieniło?

Warto zauważyć, iż pierwsza z praktyk wspomnianych przez KE, czyli podział rynków i utrudnianie przepływu gazu, wydaje się odnosić do *destination clauses* (tzn. klauzul dotyczących miejsca przeznaczenia). W skrócie, klauzule takie ograniczają terytoria, na które gaz kupowany na podstawie danej umowy może być odsprzedawany. Co ciekawe, nominalnie takie klauzule zostały usunięte przez Gazprom z umów już 10 lat temu<sup>8</sup>. Jakkolwiek wydaje się, iż pewna ilość takich klauzul może jeszcze być obecna w niektórych umowach, zapewne jednak nie wystarczyłoby to, żeby wszcząć nowe postępowanie.

Co się zatem zmieniło? Zmianie na pewno uległy warunki panujące na rynku.

<sup>3</sup> KE bardzo często najpierw wysłała tzw. Zawiadomienie o Zastrzeżeniach (znane nieformalnie jako „akt oskarżenia”), w którym przedstawia dowody zgromadzone przeciwko uczestnikowi postępowania oraz analizę prawną domniemych naruszeń. Wraz z wysłaniem Zawiadomienia uczestnikowi postępowania przysługuje prawo do wystosowania odpowiedzi, a także (niepublicznego) wysłuchania. W praktyce, wysłanie Zawiadomienia o Zastrzeżeniach z art. 102 TFUE kończy się decyzją stwierdzającą istnienie naruszenia i wymierzającą grzywnę bądź decyzją akceptującą wiążące zobowiązania.

<sup>4</sup> Zob. decyzja KE w sprawie Microsoft stwierdzająca naruszenie postanowień decyzji zobowiązującej odnośnie do wyboru przeglądarek internetowych z 16 grudnia 2009 r. Dnia 6 marca 2013 r., KE nałożyła na Microsoft grzywnę w wysokości 561 mln euro za złamanie zobowiązań.

<sup>5</sup> Komunikat prasowy KE IP/13/320.

<sup>6</sup> Główne problemy zidentyfikowane przez KE dotyczą: (i) zbyt wysokiej koncentracji rynków; (ii) braku płynności rynku uniemożliwiającego wejście na rynek przez nowych graczy; (iii) zbyt małej integracji rynków energetycznych w poszczególnych państwach Europy; (iv) braku przejrzystości informacji skutkującego ograniczonym zaufaniem do obowiązujących mechanizmów cenowych; (v) niedostatecznego rozdziału pomiędzy działalnością przesyłową a sprzedażą gazu ziemnego lub energii elektrycznej; (vi) nadmiernego przywiązania odbiorców do dostawców wynikające z umów długoterminowych.

<sup>7</sup> W tym samym czasie spółki europejskie, takie jak GDF, ENI czy ENEL były adresatem „pełnego” postępowania, choć KE nie wymierzyła im grzywnien.

<sup>8</sup> Komunikat prasowy KE IP/03/1345.

Po pierwsze, obecne ceny gazu na rynkach *spot* są o wiele niższe niż te przewidziane w umowach długoterminowych zawieranych przez Gazprom z przedsiębiorstwami energetycznymi z naszej części Europy.

Ponadto, Gazprom zawiera umowy długoterminowe (które mogą trwać nawet 10–15 lat) na bardzo duże ilości gazu w oparciu o zasadę „bierz lub płać” (*take or pay*). W tej sytuacji odbiorcy nie mają możliwości (ani zachęty finansowej) do rozwijania alternatywnych źródeł zaopatrzenia (choćby przez terminale LNG, gdzie cena gazu w ostatnich latach spada drastycznie w odpowiedzi na „łupkową rewolucję” trwającą w Stanach Zjednoczonych). W tym kontekście należy pamiętać, że według europejskiego prawa konkurencji, podmioty posiadające pozycję dominującą nie mogą zawierać umów skutkujących (*de facto*) wyłącznością dla swoich dostaw.

Dywersyfikacja dostaw przy umowach trwających kolejne 10–15 lat będzie bardzo powolna, chyba że KE zdoła rozluźnić kontrolę Gazpromu nad gazociągami oraz doprowadzi do rozwiązania części umów długoterminowych. W tym zakresie prawo konkurencji może odegrać strategiczną rolę.

Trzecim elementem jest wiązanie cen gazu z cenami ropy naftowej. Co ciekawe, Komisarz Almunia w odpowiedzi na krytykę ze strony administracji rosyjskiej odnośnie do tego aspektu postępowania podkreślił, iż wiązanie cen (które ma np. zastosowanie w umowach na dostawy gazu z Norwegii) jest nielegalne tylko wtedy, gdy skutkuje nadużywaniem pozycji dominującej (nieuczciwe zawyżanie cen przez spółki o pozycji dominującej może prowadzić do odpowiedzialności z art. 102 TFUE).

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Gazprom od wielu lat stara się zostać znaczącym graczem na europejskich rynkach i nie chce być tylko i wyłącznie eksporterem surowca. Jak pokazują ostatnie doniesienia, związane z podpisaniem memorandum w sprawie budowy drugiej nitki gazociągu jamalskiego, Gazprom jest zdeterminowany, aby pozycję tę umacniać. Jednocześnie nie jest tajemnicą, iż od dawna ambicją Gazpromu było wejście na rynki detaliczne gazu ziemnego w Europie Zachodniej. Na celowniku Gazpromu znalazła się zwłaszcza Wielka Brytania, gdzie ceny gazu płacone przez odbiorców końcowych (zarówno przemysłowych oraz domowych) są tradycyjnie wyższe niż w innych krajach UE. Projekt Nord Stream (obok swojego podłoża politycznego) był widziany właśnie jako element tej strategii (np. wymiana akcji w 2006 r. pomiędzy Gazpromem a holenderską Gasunie dająca im wzajemne udziały odpowiednio w gazociągach Nord Stream oraz Balgzand Bacton Line – BBL, biegnącej pomiędzy Holandią a Wielką Brytanią)<sup>9</sup>. Drugim ważnym elementem tej strategii miał być zakup przedsiębiorstwa prowadzącego sprzedaż gazu bezpośrednio do odbiorców końcowych. UE skutecznie pokrzyżowała te plany, umieszczając w „trzecim pakiecie energetycznym” postanowienie (znane nieformalnie jako „klauzula antygazpromowa”), zgodnie z którym podmioty spoza UE, chcące prowadzić sprzedaż komercyjną gazu na terenie Unii, muszą poddać całość swoich aktywów operacji rozdzielania części przesyłowej/dystrybucyjnej/magazynowej od komercyjnej (*unbundling*). Jest bardzo wątpliwe, iż Gazprom będzie kiedykolwiek chciał poddać się temu obowiązkowi.

<sup>9</sup> Aktualność ww. ambicji potwierdza fakt, że Gazprom, podpisując 8 kwietnia 2013 r. z holenderską Gasunie list intencyjny ws. współpracy przy ewentualnej budowie trzeciej nitki gazociągu Nord Stream do Wielkiej Brytanii, uzależnił realizację tej inwestycji od podpisania długoterminowej umowy na dostawę gazu brytyjskim partnerom.

### III. Reakcja Gazpromu

Od początku postępowania zarówno Gazprom, jak i administracja rosyjska (która bardzo często zabiera głos w sprawie) wyrażają opinie, iż prowadzone postępowanie jest umotywowane politycznie. Twierdzenie to jest nieodmiennie odpierane przez KE.

Jak na razie głównym argumentem prawnym wysuwany przez Gazprom wydaje się być fakt, iż prawo europejskie nie powinno mieć zastosowania do jego działań. Po wszczęciu postępowania strona rosyjska zdawała się znajdować dwie odpowiedzi.

Po pierwsze, Gazprom oświadczył, iż jest „organizacją strategiczną” obarczoną „specjalnymi funkcjami społecznymi” – wskazując od samego początku, że postępowanie prowadzone przez KE nie będzie miało rutynowego (standardowego) charakteru, tak jak postępowania przeciwko potentatom energetycznym z Francji czy Niemiec.

Po drugie, administracja rosyjska przyjęła dekret chroniący „strategiczne” aktywa przed obcą interwencją. W ten sposób dano Kremlowi (oficjalną) możliwość interwencji w sposób, w jaki Gazprom kooperuje z urzędami poza granicami Rosji. Kwestią, którą Gazprom może ująć w swojej obronie jest wątpliwość czy prawo europejskie może mieć do niego zastosowanie bez naruszania innych zobowiązań międzynarodowych.

Dla KE odpowiedź jest prosta. Jeżeli dany podmiot sprzedaje (działa) w UE, musi przestrzegać europejskiego prawa konkurencji. Przedstawiciele KE podkreślają, iż udział państwa w spółce nie ma znaczenia, przytaczając przykład takich spółek, jak EDF, w której udziały posiada państwo francuskie, a która to spółka była w przeszłości karana przez KE.

Dla Gazpromu, kontrargument wydaje się być następujący: spółka wypełnia jedynie swoje obowiązki prawne nałożone nań przez państwo rosyjskie. KE nie może prowadzić postępowania przeciwko Rosji, ponieważ nie jest ona członkiem UE<sup>10</sup>. Ten argument zdaje się sugerować, iż wg Gazpromu sankcje KE na podstawie prawa konkurencji mogą łamać prawo międzynarodowe, naruszają bowiem interesy suwerennego państwa. Gazprom z pewnością odniesie się do zasady „nieinterwencji” (*non-interference*) w działania innych państw.

Sądy UE niekoniecznie jednak zaakceptują taki argument. Dawno ustaliły bowiem one, iż KE ma prawo używać europejskiego prawa konkurencji przeciwko praktykom biznesowym podmiotów zależnych państw trzecich w Europie. Argumenty, iż rząd państwa kryje się w tle, pociągając za korporacyjne „sznurki”, jak na razie nie przekonywały sędziów. W jednym z karteli gumowych, polska spółka Trade-Stomil Sp. z o.o. jako jeden z argumentów podnosiła, iż nie może zostać uznana za winną naruszania prawa konkurencji, ponieważ jej działanie wynikało z faktu posiadania monopolu eksportowego (przyznanego jeszcze za czasów PRL). Sąd nie wziął pod uwagę tego argumentu, ostatecznie stwierdzając nieważność decyzji Komisji Europejskiej w stosunku do Trade-Stomil Sp. z o.o. z innych względów.

Gazprom może jednakże przytoczyć sprawę Norwegii z 2002 r. dotyczącą ówczesnego potentata gazowego, GFU. W czasie postępowania przed KE rząd norweski oświadczył, że sytuacja, w której królewski akt prawny regulował zachowanie rynkowe GFU, oznaczała wyłączenie zastosowania prawa europejskiego. Ostatecznie postępowanie zakończyło się ugodą, dlatego nie wiemy, jak KE odniosła się do tego argumentu.

<sup>10</sup> Według orzecznictwa europejskiego prawo konkurencji nie ma zastosowania do działalności państw trzecich, nawet jeśli państwa te swoimi działaniami mogą naruszać zasady konkurencji wewnątrz UE (np. obok względów politycznych powod, dla którego KE nigdy nie podjęła działań przeciwko OPEC).

Mimo że urzędnicy europejscy wydają się być pewni swoich racji w stosowaniu prawa europejskiego do działalności Gazpromu, sama spółka (oraz jej najważniejszy, rządowy udziałowiec) może szukać sprawiedliwości przed sądami poza UE. Być może rozważy ona czy takie fora, jak Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości lub Światowa Organizacja Handlu zaakceptowałyby argument o zastosowaniu zasady nieinterwencji.

Ponadto, Gazprom może podnosić, iż jego domniemana dominacja na europejskich rynkach gazu ziemnego wynika wyłącznie z zobowiązań narzuconych przez państwo rosyjskie. Taki argument byłby zatem nakierowany na podważenie warunku *sine qua non* całego prowadzonego postępowania antymonopolowego – a mianowicie faktu posiadania przez Gazprom pozycji dominującej.

Tak czy inaczej, wiele państw członkowskich UE dysponuje obecnie bardzo ograniczonym (lub zgoła żadnym) wyborem źródła zaopatrzenia w gaz ziemny. W tym kontekście dominacja Gazpromu wydaje się być argumentem trudnym do podważenia.

#### IV. Podsumowanie

Z ostatnich wypowiedzi Komisarza Almunii można wywnioskować, iż KE jest w pełni zdeterminowana, aby dalej badać sprawę<sup>11</sup>. Na chwilę obecną wydaje się jednak, iż postępowanie przeciwko Gazpromowi zostanie zakończone w drodze „ugody”. Sam Komisarz Almunia jest zdecydowanym zwolennikiem decyzji zobowiązujących i często próbuje „rozciągać” tę procedurę celem zakończenia postępowań z art. 102 TFUE bez wnoszenia formalnych oskarżeń (*vide* postępowanie przeciwko Google<sup>12</sup>). Wątek polityczny nie pozostaje bez znaczenia, bowiem egzekwowanie zobowiązań wydaje się o wiele łatwiejsze i politycznie akceptowalne, niż np. ściąganie z Gazpromu wysokiej grzywny. Jednakże sam Gazprom nie wydaje się być (przynajmniej oficjalnie) skłonny do rozmów na temat jakichkolwiek zobowiązań i może podnosić zasadność prowadzenia postępowania przed sądami innymi niż sądy UE, ze względów formalnych.

Przedstawiciele rządu rosyjskiego oraz sam Gazprom przekonują, iż negocjacje polityczne odnośnie do natury relacji energetycznych UE–Rosja są lepszym sposobem na realizację celu, jakim jest ograniczenie uzależnienia od rosyjskiego gazu. Wydają się oni sugerować, iż agresywne postępowanie KE przeciwko rosyjskiej „perle w koronie” jest po prostu niestosowne.

Tak czy inaczej, jeżeli można cokolwiek wyczytać z zalewu skarg z Kremla, to na pewno, iż otwierając obecne postępowanie KE wreszcie wywarła wrażenie na swoim wschodnim sąsiedzie. Po latach dyplomatycznych manewrów celem podważenia gazowej hegemonii Rosji, Europa być może znalazła bardziej efektywne narzędzie – postępowania antymonopolowe. Wątpliwe jest, aby KE łatwo zrezygnowała z tego narzędzia.

#### Eryk Dziadykiewicz

Adwokat w brukselskim biurze kancelarii Gibson, Dunn & Crutcher

<sup>11</sup> Opinia taka została wygłoszona m.in. podczas Fordham 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, która odbyła się w dniach 26–27 września 2013 r. w Nowym Jorku.

<sup>12</sup> W odróżnieniu od poprzednich postępowań z art. 102 TFUE Komisarz Almunia używał publikacji prasowych oraz wywiadów do wywierania nacisku na Google, w miejsce wysłania oficjalnego Zawiadomienia o Zastrzeżeniach. Strategia taka, obok podważania autorytetu KE, rodzi obawy o zachowanie zasady sprawiedliwości proceduralnej w stosunku do podmiotów wnoszących skargi z art. 102 TFUE.