Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NIILA JÄÄSKINENA
przedstawiona w dniu 14 listopada 2013 r.[1]

**Sprawa C-198/12**

**Komisja Europejska**
**przeciwko**

**Republice Bułgarii**

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego — Rynek wewnętrzny energii — Transport gazu — Operator systemu przesyłowego (OSP) — Obowiązek zapewnienia maksymalnej zdolności — Wirtualny wsteczny przepływ gazu („backhaul") — Artykuł 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 — Dopuszczalność

## I – Wprowadzenie

1. W sytuacji gdy fizyczny transport gazu w obu kierunkach w obrębie danej sieci jest technicznie niemożliwy, operator systemu przesyłowego gazu (zwany dalej „OSP") może jeszcze zaoferować zdolność wirtualnego „przepływu wstecznego" lub „backhaul", czyli przesyłu gazu w odwrotnym kierunku. W takim przypadku gaz w rzeczywistości nie porusza się w przeciwnym kierunku, lecz żądany przepływ gazu w odwrotnym kierunku jest odejmowany od gazu przesyłanego w głównym kierunku. Takie rozwiązanie określa się mianem „nettingu".

2. Artykuł 14 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1775/2005[2] zobowiązuje OSP do oferowania usług wszystkim użytkownikom sieci w sposób niedyskryminacyjny oraz do zapewniania zarówno ciągłych, jak i przerywanych usług związanych z dostępem osób trzecich.

3. Artykuł 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009 stanowi, że uczestnikom rynku udostępnia się maksymalną zdolność we wszystkich punktach, o których mowa w art. 18 ust. 3, uwzględniając integralność systemu i skuteczną eksploatację sieci, natomiast art. 16 ust. 2 lit. b) zobowiązuje OSP do wdrażania i podawania do publicznej wiadomości niedyskryminacyjnych i przejrzystych mechanizmów alokacji zdolności, w tym mechanizmów rynków transakcji natychmiastowych i centrów handlu gazem, przy jednoczesnym zachowaniu elastyczności i zdolności dostosowywania się do zmieniającej się sytuacji rynkowej.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Dz.U. L 211, s. 36. Zobacz również sprostowanie do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 (Dz.U. L 229, s. 29).

4. Zdaniem Komisji wspomniane przepisy rozpatrywane łącznie, a w szczególności wymóg udostępniania „maksymalnej zdolności" przewidziany w art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009, zawierają wymóg zapewnienia usługi „backhaul" choćby wirtualnie w sposób opisany w pkt 1 niniejszej opinii, jeśli państwo członkowskie nie może zaoferować fizycznej zdolności dwukierunkowej umożliwiającej przepływ gazu w obu kierunkach. Republika Bułgarii uważa natomiast, że rozporządzenie nr 715/2009 nie przewiduje takiego obowiązku po stronie danego OSP.

5. W związku z tym Komisja wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że Republika Bułgarii uchybiła zobowiązaniom, jakie na niej ciążą na podstawie art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) tego samego rozporządzenia, polegającym na udostępnieniu wszystkim uczestnikom rynku maksymalnej zdolności, a w szczególności na świadczeniu usług wirtualnego wstecznego przepływu gazu, oraz o obciążenie Republiki Bułgarii kosztami postępowania.

6. Strony nie zgadzają się co do wielu okoliczności dotyczących istnienia domniemywanego naruszenia, które miałyby znaczenie, gdyby Trybunał uznał, że zgodnie z prawem Unii istnieje obowiązek zapewnienia wirtualnego wstecznego przepływu gazu. Ponadto Republika Bułgarii twierdzi, że skarga jest niedopuszczalna.

7. W ramach postępowania administracyjnego wszczętego przez Komisję przeciw Republice Bułgarii Komisja powołała się na akt Unii obowiązujący przed rozporządzeniem nr 715/2009, mianowicie na rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 września 2005 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego [3]. Zostało ono uchylone ze skutkiem od dnia 3 marca 2011 r. na mocy art. 31 rozporządzenia nr 715/2009. Wniesiona przez Komisję skarga do Trybunału opatrzona jest datą 26 kwietnia 2012 r., a żądania Komisji odnoszą się wyłącznie do rozporządzenia nr 715/2009. O doniosłości tych faktów wspomnę pokrótce, gdy przystąpię do badania dopuszczalności skargi Komisji, a także znaczenia celów trzeciego pakietu energetycznego, który obejmował rozporządzenie nr 715/2009 (oczywiście nie dotyczyło to już rozporządzenia nr 1775/2005), dla wykładni przepisów wymienionych we wspomnianych żądaniach.

8. Skarga wniesiona przez Komisję opiera się jednak zarówno na rozporządzeniu nr 1775/2005, jak i na rozporządzeniu nr 715/2009, które jej zdaniem są identyczne co do istoty w odniesieniu do spornej kwestii prawnej, z wyjątkiem różnicy omówionej w pkt 38 poniżej. W niniejszej opinii oprę się zatem na rozporządzeniu nr 715/2009, choć odniosę się również, tam gdzie zajdzie potrzeba, do rozporządzenia nr 1775/2005.

## II – Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi oraz postępowanie przed Trybunałem

9. W dniu 26 czerwca 2009 r. Komisja skierowała do Republiki Bułgarii wezwanie do usunięcia uchybienia, w którym to piśmie stwierdziła między innymi, że wspomniane państwo członkowskie uchybiło zobowiązaniom wynikającym z art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 1775/2005 [obecnie art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009]. W odpowiedzi rząd bułgarski przesłał w dniu 26 sierpnia 2009 r. pismo kwestionujące zarzuty Komisji.

10. Nieusatysfakcjonowana tą odpowiedzią, Komisja skierowała do Republiki Bułgarii w dniu 28 czerwca 2010 r. uzasadnioną opinię opartą na rozporządzeniu nr 1775/2005. W tej uzasadnionej opinii stwierdziła między innymi, że usługi „backhaul" mogą być świadczone w zastępstwie fizycznej zdolności przepływu dwukierunkowego. Władze bułgarskie odpowiedziały pismem z dnia 27 sierpnia 2010 r. oraz przekazały Komisji dodatkowe informacje pismami z dnia 24 sierpnia 2011 r., 28 grudnia 2011 r. oraz 19 stycznia 2012 r.

3 — Dz.U. L 289, s. 1.

11. Nieusatysfakcjonowana odpowiedzią Republiki Bułgarii, w dniu 26 kwietnia 2012 r. Komisja wniosła do Trybunału, na podstawie art. 258 TFUE, niniejszą skargę o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego.

12. W rozprawie w dniu 4 września 2013 r. wzięli udział pełnomocnicy Republiki Bułgarii i Komisji.

## III – Krótkie streszczenie głównych argumentów

13. Komisja podniosła między innymi, że bułgarski OSP, czyli Bulgartransgaz, nie zapewnił zdolności w zakresie dostaw gazu w obu kierunkach w każdym punkcie wejścia i punkcie wyjścia na terytorium Bułgarii, w szczególności w punktach, w których system bułgarski łączy się z systemem rumuńskim i systemem greckim. W Grecji taki punkt znajduje się w Sidirokastro, a w Rumunii – w Negru Voda.

14. W związku z tym Komisja utrzymuje, że przewidziany w art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009 (art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 1775/2005) obowiązek udostępnienia uczestnikom rynku *maksymalnej zdolności* w połączeniu z obowiązkiem zapewnienia ciągłych i przerywanych usług związanych z dostępem osób trzecich, o którym mowa w art. 14 rozporządzenia nr 715/2009 (art. 4 rozporządzenia nr 1775/2005), oznacza, że OSP musi oferować zdolność przepływu w obu kierunkach należącego do niego systemu gazociągów. W przypadkach, gdy fizyczny transport gazu w obu kierunkach jest niemożliwy, Komisja podnosi, że OSP może zawsze oferować zdolność wirtualnego „przepływu wstecznego" lub „backhaul". Zdaniem Komisji umożliwia to OSP zaoferowanie zdolności, która nawet przewyższa zdolność techniczną sieci [4].

15. Ponadto Komisja twierdzi, że nie udostępniając zdolności przepływu wstecznego w sposób przerywany, OSP narusza wynikające z rozporządzenia nr 715/2009 obowiązki wdrażania mechanizmów alokacji zdolności, zgodnych z mechanizmami rynkowymi, w tym z centrami handlu gazem. Komisja zauważa, że art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 [art. 5 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1775/2005] wymaga, by OSP wdrażał i podawał do publicznej wiadomości niedyskryminacyjne i przejrzyste mechanizmy alokacji zdolności, które „są zgodne z mechanizmami rynkowymi, w tym z mechanizmami rynków umów krótkoterminowych [transakcji natychmiastowych] i centrów handlu gazem, a jednocześnie zachowują elastyczność i zdolność dostosowywania się do zmieniającej się sytuacji rynkowej".

16. Według Komisji płynność rynków gazowych wymaga, by sygnały cenowe mogły przepływać w obu kierunkach sieci, a nie tylko w tym samym kierunku co przepływ fizyczny w przypadku sieci jednokierunkowej. Ponadto skuteczna eksploatacja sieci, o której mowa w art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009 wymaga uwzględnienia zdolności przepływu wstecznego w całkowitej zdolności sieci, którą należy zmaksymalizować.

17. Warto też zauważyć, że pomiędzy stronami istnieje spór co do faktów. Sprawa wniesiona przez Komisję opiera się ewidentnie na stwierdzeniu dotyczącym stanu faktycznego, że Republika Bułgarii *nie* udostępnia zdolności wirtualnego wstecznego przepływu w sposób przerywany pomiędzy Sidirokastro a Negru Voda oraz że właściwe organy regulacyjne nie podjęły konkretnych środków, aby zapewnić realizację tego obowiązku. Tymczasem rząd bułgarski podnosi pomocniczo, że wspomniane usługi są w rzeczywistości zapewniane. Jego zdaniem znajduje to odzwierciedlenie w informacjach zamieszczonych na stronie internetowej Bulgartransgaz dotyczących usług „backhaul" [5].

4 — W sytuacji gdy został już uzgodniony wirtualny wsteczny przepływ gazu w wysokości 20 jednostek, OSP może zgodzić się na zarezerwowanie zdolności przepływu w głównym kierunku do maksymalnej wysokości120 jednostek, nawet jeśli zdolność fizyczna gazociągu wynosi tylko 100 jednostek (ponieważ 20 pierwszych wspomnianych jednostek odejmuje się od zarezerwowanej zdolności przepływu w głównym kierunku, która wynosi 120 jednostek).

5 — Akta sprawy nie zawierają kopii odpowiedniej strony, która była dostępna w danym dniu, mianowicie w dniu 28 sierpnia 2010 r., dwa miesiące po przekazaniu uzasadnionej opinii przez Komisję. Obecnie wydaje się, że adres wymieniony w skardze oraz w odpowiedzi na skargę sformułowanej przez Republikę Bułgarii nie jest dostępny publicznie. Zobacz http://www.bulgartransgaz.bg/UserFiles/File/reverse_bg.pdf.

18. Argument główny podniesiony przez Republikę Bułgarii dotyczy jednak tego, że z łącznej lektury art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 [art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1775/2005] nie wynika obowiązek zapewnienia przez to państwo członkowskie zdolności przepływu wstecznego, wirtualnego czy też innego. Republika Bułgarii utrzymuje, że ten wniosek jest ewidentny bez względu na to, czy właściwe przepisy rozporządzenia nr 1775/2005 zostaną objęte wykładnią literalną, historyczną, kontekstualną czy też teleologiczną.

19. Republika Bułgarii dodaje, że wyraźnie sformułowany w rozporządzeniu (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 994/2010 z dnia 20 października 2010 r. w sprawie środków zapewniających bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego i uchylenia dyrektywy Rady 2004/67/WE[6] obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie stałej i fizycznej dwukierunkowej dostawy gazu przemawia przeciwko wykładni art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009, zgodnie z którą państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić podobną usługę w sposób wirtualny.

20. Ponadto Republika Bułgarii zwraca uwagę, że istnienie dwóch odrębnych systemów gazowych w Bułgarii, z których jeden jest systemem krajowym, a drugi tranzytowym, jak również trudności techniczne w Negru Voda wynikające z braku niezbędnych środków koordynacyjnych po stronie OSP sąsiedniego kraju, uniemożliwiają jej świadczenie usług wirtualnego przesyłu wstecznego gazu.

21. Republika Bułgarii wskazuje również na szereg umów, które zostały zawarte z ZSRR w 1986 r. oraz później, ale przed przystąpieniem Republiki Bułgarii do Unii Europejskiej, które uniemożliwiają jej dostarczanie usług wirtualnego przesyłu wstecznego gazu między Sidirokastro a Negru Voda.

## IV – Analiza

### 1. Dopuszczalność skargi

22. Na początku chciałbym zauważyć, że datą kluczową dla oceny zgodności postępowania Republiki Bułgarii z obowiązującym prawem jest dzień 28 sierpnia 2010 r., która przypada dwa miesiące po dacie wysłania uzasadnionej opinii przez Komisję[7], w związku z czym aktem prawodawczym Unii mającym zastosowanie ratione temporis do niniejszego sporu jest rozporządzenie nr 1775/2005. Dlatego też za problematyczny uznaję fakt, iż żądania Komisji odnoszą się tylko do rozporządzenia nr 715/2009, czyli aktu, który nie był wiążący dla Republiki Bułgarii przed dniem 3 marca 2011 r.

23. Jednakże w przynajmniej jednym przypadku Trybunał przeformułował żądania Komisji na podstawie utrwalonej zasady, że „w przypadku zmiany prawa wspólnotowego w toku postępowania poprzedzającego wniesienie skargi dopuszczalna jest skarga Komisji o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom, które wynikają z pierwotnej wersji aktu prawa wspólnotowego, następnie zmienionego lub uchylonego, i które zostały utrzymane w nowych przepisach”[8].

6 — Dz.U. L 295, s. 1.

7 — Wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-363/00 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-5767, pkt 21.

8 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 22. Zaznaczam, że w innych przypadkach, w których stosowne przepisy Unii zostały zmienione w okresie między etapem administracyjnym a etapem sądowym postępowania w przedmiocie skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom złożonej przez Komisję przeciwko państwu członkowskiemu, Komisja w swoich żądaniach powoływała się zarówno na wersję stosownych przepisów Unii obowiązujących podczas postępowania administracyjnego, jak i na wersję wskazaną w postępowaniu sądowym. Zobacz na przykład wyrok z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-53/08 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-4309, pkt 1, oraz żądania opublikowane w Dz.U. C 107, s. 15; wyrok z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie C-54/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4355, pkt 1, oraz żądania opublikowane w Dz.U. C 107, s. 16; wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-416/07 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-7883, oraz żądania opublikowane w Dz.U. C 283, s. 16.

24. Wydawałoby się zatem, że brak jest podstaw, by zakwestionować dopuszczalność skargi Komisji z tego tytułu, że Komisja powołała się w niej na rozporządzenie, które jeszcze nie obowiązywało, zważywszy, że odnośne przepisy materialne rozporządzeń nr 1775/2005 i nr 715/2009 są identyczne co do istoty.

25. Jednakże ponieważ rozporządzenie nr 715/2009 zostało wydane w ramach trzeciego pakietu energetycznego, który stanowił bardziej ambitne podejście do realizacji rynku wewnętrznego gazu, z teleologicznego punktu widzenia tylko cele wcześniejszego rozporządzenia, mianowicie rozporządzenia nr 1775/2005, mogą być brane pod uwagę przy wykładni art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009, a raczej obowiązujących wcześniej przed nimi przepisów, czyli art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1775/2005.

26. Republika Bułgarii wnosi do Trybunału o oddalenie skargi jako niedopuszczalnej z innych względów. Wspomniane państwo członkowskie twierdzi, że z powodu rozbieżności między zarzutami sformułowanymi przez Komisję w postępowaniu administracyjnym a zarzutami przedstawionymi w skardze do Trybunału nie mogło ono określić dokładnie zobowiązania, którego niewykonanie jest mu zarzucane, w związku z czym nie było w stanie prowadzić skutecznej obrony przed zarzutami Komisji.

27. Republika Bułgarii twierdzi zasadniczo, że wezwanie do usunięcia uchybienia i uzasadniona opinia wystosowane przez Komisję dotyczyły nieudostępnienia przez Bułgarię zdolności fizycznego wstecznego przepływu, podczas gdy skarga Komisji wniesiona do Trybunału dotyczyła niezapewnienia zdolności wirtualnego wstecznego przepływu („backhaul"). Przedmiot skargi był zatem inny niż przedmiot sporu przedstawiony w postępowaniu administracyjnym.

28. Moim zdaniem brak jest podstaw, by uznać, że skarga Komisji jest niedopuszczalna z powodu rozbieżności między stosownymi dokumentami. Jestem tego zdania, gdyż w wezwaniu do usunięcia uchybienia, w uzasadnionej opinii, jak również w skardze do Trybunału mowa jest o wirtualnym wstecznym przepływie. Ponadto zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Komisja ma prawo *ograniczyć* zakres swoich zarzutów w skardze do Trybunału w porównaniu z argumentami podniesionymi przez nią w uzasadnionej opinii i w wezwaniu do usunięcia uchybienia[9].

29. Przypominam również, że w każdym razie orzecznictwo Trybunału nie wymaga, by trzy etapy postępowania (czyli wezwanie do usunięcia uchybienia, uzasadniona opinia i skarga do Trybunału) były ze sobą całkowicie zgodne. Jeśli przedmiot sporu zaprezentowany w uzasadnionej opinii nie zostaje rozszerzony lub zmieniony w skardze do Trybunału, należy uznać, iż Komisja spełniła obowiązki proceduralne ciążące na niej na podstawie prawa Unii[10]. Pomimo zastąpienia przepisów, które zostały podobno naruszone, przepisami rozporządzenia nr 715/2009 Komisja postąpiła w niniejszej sprawie zgodnie z tą zasadą.

30. Tytułem uzupełnienia dodam, iż oddalam jako pozbawioną znaczenia zawartą w replice Komisji informację, że na etapie postępowania administracyjnego Republika Bułgarii nie kwestionowała tego, czy łączna lektura art. 4 ust. 1, art. 5 ust. 1 i art. 5 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 1775/2005 [art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009] wymaga od niej udostępniania

9 — W pkt 25 wyroku z dnia 16 września 1997 r. w sprawie C-279/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-4743, Trybunał orzekł, że „wymóg ten [wymóg, by uzasadniona opinia Komisji oraz skarga opierały się na tych samych zarzutach] nie może jednak oznaczać, że w każdym przypadku musi istnieć całkowita zbieżność między przedmiotem sporu określonym w uzasadnionej opinii a żądaniami skargi, jeśli przedmiot sporu nie został rozszerzony ani zmieniony, lecz po prostu ograniczony". Zobacz także wyroki: z dnia 1 lutego 2005 r. w sprawie C-203/03 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-935, pkt 29; z dnia 14 marca 2006 r. w sprawie C-177/04 Komisja przeciwko Francji, Zb.Orz. s. I-2461, pkt 37; z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-441/02 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-3449, pkt 61.

10 — Wyrok z dnia 8 lipca 2010 r. w sprawie C-171/08 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-6817.

zdolności przepływu wstecznego o charakterze wirtualnym lub innym w sposób przerywany. Jak zauważyła Republika Bułgarii w odpowiedzi na skargę, państwo członkowskie ma prawo powoływać się, w celu skorzystania z prawa do obrony, na argumenty w postępowaniu sądowym, które nie zostały podniesione w postępowaniu poprzedzającym wniesienie skargi [11].

31. Z tych względów uważam, że skarga Komisji jest dopuszczalna.

2. Kwestie dotyczące wykładni art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009

32. Sedno niniejszej sprawy tkwi w ustaleniu, czy obowiązek zapewnienia maksymalnej zdolności z uwzględnieniem skutecznej eksploatacji sieci oznacza również szczególny obowiązek zapewnienia zdolności wirtualnego wstecznego przepływu. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest negatywna, wówczas wszystkie przedstawione Trybunałowi przez strony argumenty, które omówiłem powyżej, stają się bezprzedmiotowe. Rozpatrywana sprawa sprowadza się zatem, przynajmniej na początku, do dokonania wykładni art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009. Przypominam, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału przy ustalaniu znaczenia przepisu prawa Unii należy wziąć pod uwagę jego kontekst, brzmienie i cele [12].

– Kontekst i brzmienie

33. Jak Republika Bułgarii wskazała w odpowiedzi na skargę, ani rozporządzenie nr 715/2009, ani rozporządzenie nr 1775/2005 nie nawiązują wyraźnie do obowiązku świadczenia przez OSP usług wirtualnego wstecznego przepływu gazu.

34. Dodam, że art. 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia nr 715/2009 definiuje „zdolność" jako „maksymalny przepływ – wyrażony w normalnych metrach sześciennych na jednostkę czasu lub w jednostkach energii na jednostkę czasu – do którego użytkownik sieci jest uprawniony zgodnie z postanowieniami umowy przesyłowej". Ponadto zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 18 tego rozporządzenia „zdolność techniczna" oznacza maksymalną zdolność ciągłą, jaką operator systemu przesyłowego może zaoferować użytkownikom sieci, biorąc pod uwagę integralność systemu i wymagania eksploatacyjne sieci przesyłowej. Ani przytoczone powyżej przepisy, ani inne liczne przepisy rozporządzenia nr 715/2009, w których użyty jest termin „zdolność", nie wskazują w jakikolwiek sposób na to, że ów termin obejmuje także przepływy wirtualne. Jak wyjaśniłem w pkt 1 niniejszej opinii, w fizycznym sensie oznacza to brak ruchu gazu.

35. Definicja dostępnej zdolności zawarta w art. 2 ust. 1 pkt 20 rozporządzenia nr 715/2009 ma w istocie szczególne znaczenie. Ów przepis stanowi, że „dostępna zdolność" oznacza część zdolności technicznej, to znaczy maksymalną ciągłą zdolność, która nie została przydzielona i w danym momencie jest nadal dostępna w ramach systemu. Ponieważ celem wirtualnego wstecznego przepływu jest zwiększenie dostępnej zdolności w głównym kierunku poprzez odjęcie od niej sprzedanego gazu przesłanego w odwrotnym kierunku, można by się spodziewać, że definicja „dostępnej zdolności" będzie zawierała wzmiankę o przepływie wstecznym, a nie tylko o zdolności technicznej, tym bardziej że – jak podkreśla Komisja – zapewnienie wirtualnych wstecznych przepływów rzeczywiście umożliwia udostępnienie zdolności w głównym kierunku sieci, przekraczającej zdolność techniczną tej sieci.

11 — Przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5585, pkt 19.

12 — Zobacz wyroki: z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-174/08 NCC Construction Danmark, Zb.Orz. s. I-10567, pkt 23; z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-33/11 A, pkt 27; zob. także pkt 28 mojej opinii z dnia 27 listopada 2012 r. w sprawie C-85/11 Komisja przeciwko Irlandii.

36. Szczególnie trudno jest mi odnieść się do stanowiska, że zmniejszenie fizycznego przepływu gazu poprzez stosowanie wirtualnej dostawy może odbywać się w ramach zwiększania zdolności transportowej sieci lub gazociągu w tradycyjnym sensie. Moim zdaniem tak samo można by twierdzić, że zniechęcanie ekspedytorów towarów do fizycznego korzystania z sieci kolejowych byłoby sposobem na zapewnienie im maksymalnej zdolności do transportu towarów. Tak naprawdę rozmaite techniki handlowe mające zminimalizować potrzebę transportu towarów, papierów wartościowych lub pieniędzy z miejsca A do miejsca B poprzez odjęcie przepływów z miejsca B do miejsca A od przepływów z miejsca A do miejsca B były znane w Europie już w średniowieczu. Jednakże owe techniki nie są sposobem na maksymalne zwiększenie zdolności sieci transportowych, lecz handlowym sposobem na obejście niedogodności, w przypadku gdy możliwości transportowe są ograniczone.

37. Moim zdaniem maksymalna zdolność w rozumieniu art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009 dotyczy dostępnej zdolności w rozumieniu technicznej zdolności sieci, która nie została jeszcze przydzielona, w związku z czym jest dostępna, lub też jest dostępna z powodu niewykorzystania zamówionej zdolności przez użytkowników sieci. Innymi słowy, OSP nie może dopuszczać do tego, aby część zdolności technicznej sieci marnowała się. Taką zdolność należy oferować użytkownikom rynku w sposób niedyskryminacyjny. Przedstawiona tu wykładnia znajduje potwierdzenie w tytule artykułu, który odnosi się do zasad mechanizmów alokacji zdolności i procedur zarządzania ograniczeniami dotyczących OSP (mianowicie art. 16 rozporządzenia nr 715/2009), a także w przepisach artykułu dotyczących problemu umownego lub fizycznego ograniczenia sieci.

38. Prawdą jest, że art. 16 ust. 5 rozporządzenia nr 715/2009 w sposób dorozumiany odnosi się do „maksymalizacji" zdolności sieci, rozumianej jako utworzenie nowych zdolności przesyłowych dzięki nowym inwestycjom, przy czym OSP jest zobowiązany do regularnego dokonywania oceny zapotrzebowania na te nowe zdolności. Jednakże ów przepis, który nie istniał w art. 5 rozporządzenia nr 1775/2005, wyraźnie odnosi się do technicznej zdolności sieci, a ponadto nie określa żadnego prawnego obowiązku zwiększania takiej zdolności.

39. Jeśli chodzi o relację między art. 14 ust. 1 a art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009, przypominam, że pierwszy z wymienionych przepisów zobowiązuje OSP do oferowania usług wszystkim użytkownikom sieci w sposób niedyskryminacyjny oraz do świadczenia zarówno ciągłych, jak i przerywanych usług związanych z dostępem osób trzecich. Obowiązki te nie potwierdzają wykładni art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 przedstawionej przez Komisję.

40. Moim zdaniem obowiązek niedyskryminacji nie wymaga od OSP świadczenia nowych usług, a jedynie powstrzymania się przez niego od stosowania dyskryminacji w stosunku do użytkowników sieci przy świadczeniu istniejących usług. Obowiązek świadczenia przerywanych usług przez OSP również nie oznacza, że musi on zapewnić wszelką możliwą do zrealizowania usługę sieciową, która mogłaby być świadczona w sposób przerywany. W tym miejscu chciałbym zauważyć, że ze względów technicznych „backhaul" może być oferowany tylko w sposób przerywany [13]. Dlatego też obowiązek świadczenia usługi „backhaul" opartej na wirtualnym wstecznym przepływie nie może zostać wyprowadzony z art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) w związku z art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009.

41. Wreszcie skuteczna eksploatacja sieci, o której mowa w art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 715/2009, a którą Komisja przywołuje jako argument na poparcie swojego zarzutu, jest wymieniona w tym przepisie razem z integralnością systemu jako możliwym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę przy udostępnianiu uczestnikom rynku maksymalnej zdolności we wszystkich stosownych punktach

13 — Wirtualny wsteczny przepływ zależy od przepływu głównego o tej samej lub większej wielkości. Dlatego też można go oferować tylko jako usługę przerywaną.

sieci, do których zgodnie z art. 18 ust. 3 należą punkty wejścia i wyjścia. Moim zdaniem wzmianka o skutecznej eksploatacji sieci stanowi w istocie warunek ograniczający dostępną zdolność, a nie czynnik wymagający jej maksymalizacji. Innymi słowy, OSP nie musi obciążać dostępnej zdolności w stopniu, który zagrażałby skutecznej eksploatacji sieci.

– Cele

42. Z prac przygotowawczych, *travaux preparatoires*, nad rozporządzeniem nr 1775/2005 i rozporządzeniem nr 715/2009 nie wynika, by w którymś ze wspomnianych rozporządzeń został zawarty obowiązek zapewnienia usługi „backhaul" w formie usługi wirtualnego wstecznego przepływu [14]. Wbrew temu, co Komisja twierdziła na rozprawie, moim zdaniem cele trzeciego pakietu energetycznego nie mogą mieć znaczenia dla oceny zobowiązań państwa członkowskiego odnośnie do świadczenia wspomnianej usługi „backhaul". Projekty aktów prawnych tworzące ten pakiet zostały bowiem przyjęte we wrześniu 2007 r. [15]. Dlatego też nie mogą wpływać na wykładnię przepisów rozporządzenia nr 1775/2005, na którym zostały oparte wezwanie do naprawienia uchybienia oraz uzasadniona opinia. Gdyby było inaczej, zaszłaby rozbieżność między postępowaniem administracyjnym a skargą Komisji, naruszająca prawo Republiki Bułgarii do obrony.

43. Ponadto, jak Republika Bułgarii zauważyła w odpowiedzi na skargę, art. 6 ust. 5 rozporządzenia nr 994/2010 zobowiązuje OSP do ustanowienia zdolności dwukierunkowego przepływu na wszystkich transgranicznych połączeniach między państwami członkowskimi do dnia 3 grudnia 2013 r., poza określonymi wyjątkami. Trudno jest zatem nie dojść do wniosku, że gdyby prawodawca Unii zamierzał wprowadzić zdolność dwukierunkowego przepływu, wirtualną lub inną, w rozporządzeniu nr 715/2009 lub w rozporządzeniu nr 1775/2005, przewidziałby ją wyraźnie, jak to uczynił w rozporządzeniu nr 994/2010.

44. Jak wskazała Komisja, prawdą jest, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w przypadku gdy przepis prawa Unii może być interpretowany w różny sposób, należy nadać mu znaczenie zgodne z przepisami traktatu, odrzucając wszelkie inne znaczenia, które byłyby z nim niezgodne [16].

45. Ponadto zdaję sobie sprawę z tego, że rynek wewnętrzny stanowi impuls prawny dla rozporządzenia nr 1775/2005, którego celem jest stworzenie takiego rynku w zakresie gazu ziemnego. Pragnę również zauważyć, że zgodnie z motywem 12 rozporządzenia nr 715/2009 „w celu dokończenia budowy rynku wewnętrznego gazu ziemnego, konieczne jest osiągnięcie wystarczającego poziomu zdolności w zakresie transgranicznych połączeń wzajemnych oraz wspieranie integracji rynku". Motyw ten nie występuje jednak w rozporządzeniu nr 1775/2005, w związku z czym nie można brać go pod uwagę przy ocenie domniemywanego uchybienia zobowiązaniom przez Republikę Bułgarii, zważywszy, że stosowna data w tym względzie to sierpień 2010 r. (zob. pkt 22 powyżej). Należy też zauważyć, że ciążący na OSP obowiązek ułatwiania „transgranicznej wymiany gazu ziemnego" przewidziany w art. 16 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 715/2009 in fine nie pojawia się w analogicznym przepisie rozporządzenia nr 1775/2005, mianowicie w art. 5 ust. 2 lit. a).

46. Zgodnie z orzecznictwem Trybunał nie może dokonać, wbrew jasnemu i precyzyjnemu brzmieniu aktu prawnego Unii, wykładni przepisu mającej na celu jego skorygowanie i tym samym rozszerzenie związanych z nim zobowiązań państw członkowskich [17].

14 — Na rozprawie pełnomocnik Komisji został poproszony o wskazanie, na którym etapie powstawania wspomnianych rozporządzeń można stwierdzić, że zamiarem prawodawcy Unii było wprowadzenie obowiązku świadczenia usługi wirtualnego „backhaul". Jednakże ów pełnomocnik nie był w stanie przedstawić takiego dowodu.

15 — Zobacz w szczególności projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego COM(2007) 532.

16 — Wyrok z dnia 13 grudnia 1983 r. w sprawie C-218/82 Komisja przeciwko Radzie, Rec. s. I-4063.

17 — Wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-582/08 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-7195, pkt 51.

47. W konsekwencji nie mogę stwierdzić, że z art. 14 ust. 1 w związku z art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 wynika wymóg udostępnienia zdolności przepływu wstecznego, w sposób wirtualny lub inny, niezależnie od tego, jaka metoda wykładni zostanie przyjęta. Jak już wspomniałem, wyraźnie sformułowany w rozporządzeniu nr 994/2010 obowiązek utworzenia fizycznej zdolności dwukierunkowego przepływu gazu sprawia, że jeszcze trudniej wyprowadzić z art. 14 ust. 1, art. 16 ust. 1 i art. 16 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 715/2009 obowiązek udostępnienia zdolności wirtualnego wstecznego przepływu.

48. Wreszcie, biorąc pod uwagę wniosek, do którego doszedłem w kwestii nieistnienia w prawie Unii obowiązku zapewnienia przez OSP usługi „backhaul" w postaci zdolności wirtualnego zwrotnego przepływu, nie jest konieczne zbadanie, czy Komisja przedstawiła wystarczające dowody w celu wykazania uchybienia [18], ani też przeanalizowanie innych argumentów podnoszonych przez Republikę Bułgarii odnośnie do napotykanych przez nią trudności w zapewnieniu wirtualnego wstecznego przepływu w sposób przerywany, zarówno z technicznego punktu widzenia, jak i w świetle ciążących na niej przedakcesyjnych międzynarodowych zobowiązań.

## V – Wnioski

49. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał oddalił skargę Komisji i obciążył ją kosztami postępowania.

18 — Zobacz na przykład wyroki: z dnia 25 maja 1982 r. w sprawie 96/81 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. 1791, pkt 6; z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-246/08 Komisja przeciwko Finlandii, Zb.Orz. s. I-10605, pkt 52.