

Koncesja jako instrument realizacji polityki energetycznej w świetle wyroku Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2016 r., III SK 28/15

Spis treści

- I. Koncesja jako instrument realizacji polityki energetycznej
- II. Stan faktyczny w sprawie III SK 28/15
- III. Wybrane warunki koncesyjne w świetle sprawy III SK28/15
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

W niniejszej glosie autor w świetle orzeczenia SN sygn. III SK 28/15 podejmuje próbę przedstawienia koncesji jako instrumentu realizacji polityki energetycznej państwa. W tym celu najpierw przedstawiono odpowiedzi na pytanie – jaki wpływ ma działalność Prezesa URE na politykę energetyczną państwa. Następnie, krótko zreferowano najważniejsze wnioski z orzeczenia Sądu Najwyższego sygn. III SK 28/15, umożliwiające analizę wybranych warunków koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą oraz na obrót paliwami gazowymi. Jednocześnie, przeprowadzono analizę wybranych postanowień koncesyjnych stanowiących przejaw działania przez Prezesa URE, mającego na celu realizację polityki energetycznej państwa. Ostatecznie, podjęto próbę oceny zasadności istnienia takiego rozwiązania w praktyce.

Słowa kluczowe: koncesje; Prezes URE; III SK 28/15; polityka energetyczna.

JEL: K20, K23, K32

I. Koncesja jako instrument realizacji polityki energetycznej

Za pozornie prostymi instytucjami prawnymi stoją wartości, wynikające z konkretnej wizji rzeczywistości podzielanej nie zawsze intencjonalnie przez ustawodawcę. Wartości stanowią funkcję celu danej regulacji, co potwierdza przypadek koncesji. Instytucja ta znajduje zastosowanie wszędzie tam, gdzie państwo dostrzega potrzebę wprowadzenia mechanizmu kontroli. Inaczej mówiąc, koncesja służy ograniczeniu zakresu swobody wykonywania działalności gospodarczej, poprzez nałożenie określonych zasad reglamentacji wykonywanej działalności (Muras i Swora, 2016). Oznacza to, że państwo korzystając ze swoich uprawnień może ograniczać konstytucyjną wartość, jaką stanowi swoboda prowadzenia działalności gospodarczej kosztem innych, ważniejszych wartości z perspektywy państwa lub obywateli. Do takich wartości można zaliczyć *inter alia* bezpieczeństwo państwa, z którym należy utożsamiać między innymi bezpieczeństwo energetyczne, bezpieczeństwo obywateli lub inny ważny interes publiczny (Elżanowski, 2015). Tak szeroki zakres potencjalnie chronionych wartości prowadzi do tego, że mogą one ze sobą

wzajemnie występować – wzmacniać potrzebę regulacji lub wzajemnie konkurować – dochodzi wtedy do powstania konfliktu wartości (Szafranski, 2014). Fakt ten może powodować sytuację, że do niektórych rodzajów działalności gospodarczej dostęp będzie znacznie bardziej ograniczony niż do innych. W efekcie akty prawne regulujące warunki koncesjonowania poszczególnej działalności będą przewidywały, w niektórych sektorach, bardziej rygorystyczne wymogi dla jej rozpoczęcia niż w pozostałych. Wydaje się więc, że właśnie do tej bardziej rygorystycznej kategorii należy zaliczyć działalność gospodarczą związaną z sektorem energetycznym. Wynika to przede wszystkim z tego, że koncesja stanowi jedno z najważniejszych narzędzi regulacyjnych „zmiernych do osiągnięcia celów ustawy, a więc zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, prawidłowej gospodarki paliwami oraz ochrony interesów odbiorców” (Pawełczyk, 2013, s. 199). Konsekwencją takiego założenia jest przede wszystkim to, że w ustawie – Prawo energetyczne¹ ustawodawca wprowadził szereg wymogów, które musi spełnić przedsiębiorca chcący rozpocząć prowadzenie koncesjonowanej działalności gospodarczej (Elżanowski i Manteuffel, 2017).

W kwietniu 2018 r. wraz z wejściem w życie ustawy – Prawo przedsiębiorców², doszło do zasadniczej zmiany w podejściu ustawodawcy do kwestii koncesjonowania. W ustawie – Prawo przedsiębiorców, w przeciwieństwie do jej poprzedniczki, zrezygnowano z określenia ogólnych wymogów koncesyjnych oraz określenia rodzajów działalności koncesjonowanej. W obecnym systemie prawnym to właśnie ustawy szczególne regulują daną dziedzinę oraz określają warunki uzyskania koncesji. Ustawa – Prawo przedsiębiorców zawiera jedynie niezbędne minimum w tym zakresie. Takie podejście było zamierzone przez ustawodawcę i miało na celu doprowadzić do przywrócenia rangi ustawy jako swoistego aktu nadrzędnego, względem aktów szczegółowych, a w konsekwencji zwiększyć przejrzystość ww. ustawy oraz wprowadzić generalne instytucje, które będą stanowić wytyczne dla organów administracji³.

Organem koncesyjnym w przypadku sektora energetyki jest Prezes URE. To do jego kompetencji należy wydawanie, odmowa oraz zmiana koncesji. Zgodnie z art. 23 ust. 1 upe Prezes URE „reguluje działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą i polityką energetyczną państwa, zmierzając do równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii”. W przytoczonym przepisie dość niefortunnie zestawiono ze sobą obowiązek kierowania się ustawą oraz polityką energetyczną państwa.

Zgodnie z art. 15a upe polityka energetyczna państwa przyjmowana jest w formie uchwały przez Radę Ministrów. Natomiast, jak wynika z art. 93 Konstytucji, uchwały Rady Ministrów mają charakter wewnętrzny (Haczkowska, 2014). Oznacza to, że polityka energetyczna państwa obowiązuje tylko jednostki organizacyjne podległe organowi wydającemu te akty. Inaczej mówiąc, Prezes URE jako centralny organ administracji rządowej zobowiązany jest do jej przestrzegania. Dodatkowo, warto zwrócić uwagę, że obowiązek zapewnienia niezależności państwowego organu regulacyjnego nie stoi w sprzeczności z obowiązkiem kierowania się polityką energetyczną państwa przez Prezesa URE. Zgodnie z art. 39 dyrektywy gazowej⁴ organ regulacyjny musi

¹ Ustawa z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. 2018, poz. 755 ze zm.) (dalej: upe lub ustawa – Prawo energetyczne).

² Ustawa z dnia 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. poz. 646) (dalej: upp lub ustawa – Prawo przedsiębiorców).

³ *Vide* uzasadnienie do ustawy – Prawo przedsiębiorców.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13.07.2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE L z 2009 r. Nr 211, s. 94) (dalej: dyrektywa gazowa).

być prawnie odrębny i funkcjonalnie niezależny od jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego lub prywatnego. Natomiast pracownicy organu mają być niezależni od jakichkolwiek interesów rynkowych. Tym samym, nie mogą oni zwracać się o bezpośrednie polecenia ani wykonywać bezpośrednich poleceń któregoś z rządów lub innego podmiotu publicznego czy prywatnego. Powyższe wymogi pozostają „bez uszczerbku dla ścisłej współpracy, w stosownych przypadkach, z innymi właściwymi organami krajowymi oraz dla ogólnych wytycznych polityki opracowanych przez rząd niezwiązanych z uprawnieniami i obowiązkami regulacyjnymi [...]”. Oznacza to, że zgodnie z dyrektywą gazową dopuszczalna jest możliwość współpracy pomiędzy regulatorem a rządem oraz stosowanie polityki energetycznej państwa przez regulatora, o ile nie narusza ona jego uprawnień i obowiązków regulacyjnych, o których mowa w art. 41 dyrektywy gazowej.

W świetle powyższego, należy zgodzić się ze stanowiskiem podkreślanym przez doktrynę, że polityka energetyczna w działalności Prezesa URE nie może być w żadnym stopniu konkurencyjna względem ustawy – Prawo energetyczne (Muras i Swora, 2016). Wniosek ten pozostaje również aktualny w sytuacji, w której polityka energetyczna będzie reprezentowała przeciwne rozwiązanie do przepisów prawa UE, np. rozporządzeń jako aktów prawa UE stosowanych bezpośrednio⁵. Polityka energetyczna powinna zatem wyznaczać kierunki rozwoju sektora energetycznego przy zachowaniu zgodności z ustawodawstwem krajowym i UE, natomiast nigdy nie powinna stać w kontrze do nich, mimo że cele polityczne państwa mogą pozostawać w sprzeczności do rozwiązań przyjętych w prawie UE. W konsekwencji należy uznać, że polityka energetyczna może tworzyć brakujący element, niezbędny do dokonania prawidłowej wykładni danego przepisu, w przypadku korzystania z uznania administracyjnego przez Prezesa URE, natomiast nigdy na odwrót – nie powinna stanowić uzasadnienia dla działania *contra legem* (Szafranski, 2014).

Należy więc rozumieć, że Prezes URE jako organ administracji rządowej zobowiązany jest do realizacji i regulowania działalności gospodarczej zgodnie z polityką energetyczną państwa, natomiast kierowanie się polityką energetyczną państwa nie może prowadzić do działań sprzecznych z ustawą – Prawo energetyczne lub stosowanym bezpośrednio prawem Unii Europejskiej.

II. Stan faktyczny w sprawie III SK 28/15

Sprawa o sygn. III SK 28/15 dotyczy nałożenia przez Prezesa URE na spółkę energetyczną działającą na rynku gazu kary w wysokości 2 mln zł za naruszenie warunków koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą w ten sposób, że w latach 2007–2008 spółka ta nie przestrzegała obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy.

Uzasadnieniem do nałożenia kary było ustalenie Prezesa URE, że w latach 2007–2008 spółka naruszyła przepisy dotyczące dywersyfikacji źródeł gazu, a tym samym warunek koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą. Prezes URE ustalił, że w jego ocenie udział gazu importowanego z Rosji, w stosunku do całkowitej wielkości importowanego gazu w 2007 r., wyniósł 73,14%, zaś w 2008 r. – 74,76%. Było to o 1,14% w roku 2007 i odpowiednio 2,76% w roku 2008 więcej niż maksymalny dopuszczalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia. Warunek ten został określony przez

⁵ Wyr. TSUE z dnia 9.03.1978 r. w sprawie *Simmenthal C-106/77*.

§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego⁶. Ustalony na lata 2005–2009 maksymalny dopuszczalny poziom importowanego paliwa z jednego kraju pochodzenia wynosił 72%. W ocenie Prezesa URE, naruszenie to kwalifikowało się do nałożenia kary zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 12 upe.

Prezes URE doszedł do wniosku, że zobowiązany do dywersyfikacji podmiot nie zrealizował tego obowiązku, z uwagi na przyjętą przez siebie argumentację, w której podnosił, że import należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym⁷, a nie *sensu largo* jako przywóz dokonywany z każdego innego państwa, w tym państwa członkowskiego UE⁸. W efekcie, Prezes URE uznał, że import dokonywany w ramach nabycia wewnątrzspółnotowego nie stanowi importu, *ergo* nie wpływa na realizację obowiązku dywersyfikacyjnego. Argument ten znalazł uznanie również w oczach Sądu Okręgowego.

Natomiast SN stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym Prezes URE błędnie założył, że import należy utożsamiać z definicją wskazaną w ustawie o podatku akcyzowym, ponieważ taka interpretacja tych przepisów stała w sprzeczności z wolą ustawodawcy. SN sięgając do stenogramów, wskazał, że celem rozporządzenia dywersyfikacyjnego „było zmniejszenie zależności od gazu rosyjskiego. Zamierzenie to nie uwzględnia, po pierwsze, trudności z identyfikacją krajowego pochodzenia gazu w przypadku nabywania go od pośredników, a zwłaszcza na rynkach giełdowych, a po drugie (z racji akcesji Polski do Unii Europejskiej w 2004 r.), że towar (gaz) dopuszczony do obrotu na rynku wewnętrznym korzysta ze swobody przepływu towarów. W okolicznościach niniejszej sprawy, brak możliwości zaliczenia przez powoda gazu zakupionego w innym państwie członkowskim na poczet realizacji obowiązku dywersyfikacji gazu, skutkuje wyciągnięciem negatywnych konsekwencji (kara pieniężna) wobec podmiotu, który korzystał z możliwości nabycia gazu na rynku unijnym”. Jak wynika ze stanowiska SN, pogląd reprezentowany przez Prezesa URE **należało uznać za sprzeczny z wolą ustawodawcy, istotą swobody przepływu towarów oraz zakazem stosowania środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w przywozie.**

III. Wybrane warunki koncesyjne w świetle sprawy III SK 28/15

Abstrahując od meritum orzeczenia SN w niniejszej sprawie, należy zwrócić uwagę na inny pogląd wyrażony przez ten sam sąd, który jest istotny z perspektywy badanego zagadnienia. SN wskazał na ówczesne brzmienie art. 32 ust. 2 upe, zgodnie z którym „koncesje na prowadzenie działalności w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą, będą wydawane z uwzględnieniem dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego oraz bezpieczeństwa energetycznego”. W ocenie SN oznacza to, „[...] że wydając decyzje koncesyjne na obrót gazem z zagranicą, Prezes Urzędu może kierować się względami dotyczącymi dywersyfikacji gazu. W ten sposób koncesja staje

⁶ Dz.U. 2000 Nr 95, poz. 1042.

⁷ Dz.U. 2004 Nr 29, poz. 257 ze zm. (dalej: uopa lub ustawa o podatku akcyzowym).

⁸ Wniosek ten zbudowany był w oparciu o ustawę o podatku akcyzowym, zgodnie z którą za import należy rozumieć – przywóz: a) samochodów osobowych z terytorium państwa trzeciego na terytorium kraju; b) wyrobów akcyzowych z terytorium państwa trzeciego na terytorium kraju: – jeżeli wyroby te z chwilą ich wprowadzenia na terytorium kraju nie zostaną objęte procedurą specjalną: tranzytu zewnętrznego, składowania celnego, wolnego obszaru celnego, odprawy czasowej lub uszlachetniania czynnego, a także nie zostaną objęte czasowym składowaniem, – jeżeli zostało zakończone czasowe składowanie tych wyrobów lub została zamknięta procedura specjalna: tranzytu zewnętrznego, składowania celnego, wolnego obszaru celnego, odprawy czasowej lub uszlachetniania czynnego, którą wyroby te były objęte, i powstał dług celny. Natomiast za terytorium państwa trzeciego należy rozumieć – terytorium inne niż terytorium Unii Europejskiej.

się instrumentem realizacji polityki energetycznej państwa. Przesłanka dywersyfikacji źródeł gazu podlega badaniu w toku postępowania koncesyjnego i może stanowić podstawę dla nałożenia szczegółowego obowiązku koncesyjnego, którego akceptacja przez wnioskodawcę może determinować udzielenie koncesji. Prezes Urzędu może uzależnić wydanie decyzji od ujawnienia źródeł sprowadzenia gazu, nałożyć obowiązek sprowadzania gazu z określonego kierunku, odmówić udzielenia koncesji na sprowadzanie gazu z Rosji, dookreślić szczegóły wykonania obowiązku realizacji minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy”. Należy bezsprzecznie zgodzić się z poglądem SN, który wskazuje, że Prezes URE, zgodnie z ww. przepisem, został wyposażony w możliwość kreowania polityki energetycznej państwa poprzez:

- 1) badanie w toku postępowania czy przedsiębiorca ubiegający się o koncesję potencjalnie w przypadku otrzymania koncesji zamierza prowadzić działalność zgodnie z wymogami rozporządzenia dywersyfikacyjnego;
- 2) nałożenie szczegółowego obowiązku koncesyjnego;
- 3) uzależnienie wydania decyzji od ujawnienia źródeł sprowadzenia gazu lub
- 4) odmówienie udzielenia koncesji na sprowadzanie gazu z Rosji.

Jak zostało wskazane przez SN, Prezes URE posiada szereg instrumentów, które umożliwiają weryfikację planów związanych z prowadzoną działalnością. Ostatecznie Prezes URE, działając zgodnie z polityką energetyczną państwa, uprawniony jest odmówić udzielenia koncesji w przypadku kiedy wnioskodawca zamierza prowadzić działalność jedynie w oparciu o przywóz gazu z Rosji. Z powyższym wnioskiem należy się w pełni zgodzić przy założeniu, że SN posłużył się uproszczeniem z racji na realia, w jakich funkcjonował polski rynek gazu, co stanowiło refleks stanowiska przytoczonego przez SN w stenogramie. W ocenie autora, rozporządzenie dywersyfikacyjne ma szerszy cel niż jedynie ograniczenie przywozu gazu z Rosji. Po pierwsze, wynikało to z ówczesnego brzmienia samego rozporządzenia dywersyfikacyjnego, które określało maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku⁹. Po drugie, celem rozporządzenia dywersyfikacyjnego jest niedopuszczenie do sytuacji, w której Polska jest w dużym stopniu zależna od jednego dostawcy, niezależnie od tego „kim on jest”. Założenie takie *expressis verbis* zostało wyrażone w Polityce energetycznej państwa do roku 2030¹⁰, gdzie wskazano, że „realizacja celów polityki energetycznej pozwoli na zmniejszenie stopnia uzależnienia Polski od importu gazu ziemnego, ropy naftowej i paliw płynnych z jednego kierunku”. W świetle powyższego należy uznać, że jedynie stan faktyczny determinuje fakt, że SN pisze o Rosji, a nie o innym państwie, ponieważ Rosja jest głównym dostawcą gazu do Polski. **Wobec powyższego, za niezgodną z obowiązkiem dywersyfikacji należy uznać sytuację, w której podmiot ubiegający się o koncesję planuje przywóz gazu ziemnego w 100% z jednego kraju, nawet jeżeli będzie to kraj inny niż Rosja. Taka sytuacja powinna również być kwalifikowana przez Prezesa URE jako właściwa do odmowy udzielenia koncesji lub nałożenia kary.**

⁹ Wniosek ten będzie aktualny niezależnie od tego czy mówimy o starej wersji rozporządzenia, właściwej dla toczącej się sprawy, czy dla nowej wersji rozporządzenia, uchwalonej w konsekwencji wydania orzeczenia w niniejszej sprawie. Aktualnie zmieniono nadano następujące brzmienie w § 3 rozporządzenia: „Minimalny poziom dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy ustala się poprzez maksymalny udział gazu ziemnego importowanego przez przedsiębiorstwo energetyczne z jednego źródła w danym roku kalendarzowym, który nie może być wyższy niż [...]”.

¹⁰ Ministerstwo Gospodarki, *Polityka energetyczna Polski do 2030 roku*. Dokument przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 10.11.2009 r. – Załącznik do uchwały nr 202/2009 Rady Ministrów z dnia 10.11.2009 r.

W świetle powyższego stanowiska SN, odnoszącego się do możliwości wprowadzenia szczególnych warunków koncesyjnych, należy zwrócić uwagę na fakt, że Prezes URE aktywnie korzystał z takiej możliwości przy wydawania koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą. Ówczesnie obowiązująca ustawa – Prawo energetyczne nie przewidywała sankcji za naruszenie obowiązku dywersyfikacji. Taki stan prawny prowadził do sytuacji, w której potencjalny koncesjonariusz po uzyskaniu koncesji nie musiał przestrzegać obowiązku dywersyfikacji (Długosz, 2018). Fakt ten wynikał z tego, że do momentu nowelizacji z dnia 22 lipca 2016 r.¹¹ przedmiotowy przepis był jedynie normą kierowaną do Prezesa URE, zgodnie z którą wyłącznie regulator musiał uwzględniać obowiązek dywersyfikacji, w momencie udzielania koncesji. Natomiast praktyka urzędu wykreowała ten obowiązek znacznie szerzej, w tym jako obowiązek permanentnej dywersyfikacji w trakcie prowadzenia działalności przez koncesjonariusza. Pytanie, czy takie rozszerzenie przez Prezesa URE obowiązku dywersyfikacji poprzez koncesje należy uznać z perspektywy prawnej, odrywając się od realiów funkcjonowania rynku gazu, za uzasadnione i dopuszczalne. W ocenie autora, jak najbardziej tak. Bez wątplenia jest to przejaw realizowania uprawnień, o których mowa w art. 23 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2 upe. Poprzez nałożenie szczegółowego obowiązku koncesyjnego Prezes URE zobowiązał koncesjonariuszy do realizowania polityki energetycznej państwa. Niemniej jednak, po nowelizacji ustawy – Prawo energetyczne z 22 lipca 2016 r. dotychczasowa praktyka Prezesa URE straciła na znaczeniu, w szczególności z uwagi na fakt, że ustawodawca na kanwie niniejszej sprawy wyeliminował uchybienia i niedostatki legislacyjne ówczesnie obowiązujących przepisów¹², poprzez wprowadzenie wyrażonego wprost obowiązku przestrzegania dywersyfikacji przez przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się obrotem gazem ziemnym z zagranicą. Jednocześnie, ustawodawca uzupełnił ten przepis o sankcję, dodając art. 56 ust. 1 pkt 12d, zgodnie z którym kto nie przestrzega obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy, o którym mowa w art. 32 ust. 2 podlega karze. Wysokość kary pieniężnej w tej sytuacji nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, wynikającego z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Uzupełnienie przez ustawodawcę upe wydaje się potwierdzać słuszność praktyki Prezesa URE.

Przytoczony powyżej przykład nie stanowi jedynego takiego rozwiązania stosowanego przez regulatora, gdzie w związku z brakiem regulacji kreuje się protezy przepisów, w celu reagowania na braki ustawy – Prawo energetyczne. Kolejnym takim przykładem jest zakaz zawierania umów „sprzedaży paliw gazowych z przedsiębiorcami wykonującymi działalność gospodarczą w zakresie magazynowania, skraplania gazu ziemnego oraz regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego, przesyłania, dystrybucji lub obrotu paliwami gazowymi, jeżeli nie posiadają koncesji, w przypadkach gdy taka koncesja jest wymagana przepisami ustawy – Prawo energetyczne”. Oznacza to, że na koncesjonariuszu ciąży obowiązek weryfikacji swoich kontrahentów. W przypadku gdyby doszło do sprzedaży gazu do podmiotu, który nie posiada koncesji, a zgodnie z przepisami powinien ją posiadać, Prezes URE wymierzy karę koncesjonariuszowi. Gdyby nie powyższy warunek koncesyjny, nie istniałaby żadna odstrasżająca sankcja, którą można by było nałożyć na przedsiębiorstwo

¹¹ Ustawa z dnia 22.07.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 1165).

¹² Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 22.07.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 1165).

energetyczne za prowadzenie działalności bez koncesji. Ustawa – Prawo energetyczne nie przewiduje takiej sankcji. Prowadzi to do dość specyficznej sytuacji, w której to uczestnicy rynku zobowiązani są do weryfikacji swoich kontrahentów. Jednocześnie w przypadku uchybienia temu obowiązki Prezes URE będzie zobowiązany do wymierzenia kary zgodnie z art. 56 ust. 12 upe przedsiębiorcy, który posiada koncesję, natomiast podmiot, dokonujący obrotu gazem bez koncesji naraża się jedynie na karę zgodnie z art. 60¹ kodeksu wykroczeń¹³. Kara przewidziana za ten czyn to ograniczenie wolności lub grzywna do 5000 zł. Takie uregulowanie tej kwestii może budzić uzasadnioną wątpliwość w kontekście spójności systemu, w szczególności w zestawieniu z odpowiedzialnością podmiotu, który posiada koncesję i odpowiada do 15% przychodu z działalności koncesjonowanej. Rozwiązanie takie stanowi *de facto* przerzucenie obowiązku zapewnienia, że koncesjonowana działalność w zakresie energetyki prowadzona jest w oparciu o wymaganą zgodnie z prawem koncesję na podmioty, które ją posiadają. Można argumentować, że jest to najprostsze rozwiązanie, ponieważ zobowiązuje to podmioty posiadające koncesję do odpytania kontrahentów o ich koncesję lub dokonania weryfikacji kontrahenta poprzez bazę koncesji na stronie bip.ure.gov.pl. Sprawa wyraźnie komplikuje się w praktyce. Dobrym przykładem będą podmioty prowadzące działalność w niedużej skali, które zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 4 zwolnione są z posiadania koncesji, jeżeli roczna wartość ich obrotu paliwami gazowymi nie przekracza równowartości 100 000 euro. Istnienie takiego zwolnienia w zestawieniu z obowiązkiem weryfikacji przez podmioty rynkowe prowadzi do sytuacji, w której podmioty działające na polskim rynku zobowiązane są weryfikować swoich kontrahentów w przypadku, jeżeli wartość rocznego obrotu pomiędzy koncesjonowanym przedsiębiorcą a kontrahentem nie przekracza 100 000 euro, nie zawierają innych umów i nie zakupują gazu, np. jeszcze z innych źródeł, w efekcie czego nie wpadają w obowiązek uzyskania koncesji. Sytuacja taką należy ocenić negatywnie, ciężko sobie bowiem wyobrazić, żeby każdy „zaglądał w zęby swoim kontrahentom” i sprawdzał czy roczny ich obrót przekracza 100 000 euro. *De lege lata*, taki stan rzeczy zachęca małe podmioty do prowadzenia działalności bez koncesji, ponieważ ich odpowiedzialność finansowa jest ograniczona do minimum (5000 zł grzywny lub kara ograniczenia wolności) w przeciwieństwie do podmiotów będących dostawcami. Interesujący jest również fakt, że ustawodawca ustawą z 2014 r.¹⁴ wprowadził do ustawy – Prawo energetyczne obowiązek prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami ciekłymi wyłącznie pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi posiadającymi wymagane koncesje oraz sankcję za brak realizacji tego obowiązku, natomiast nie zmienił tego w odniesieniu do innych sektorów.

Kolejną zajmującą kwestią poruszaną przez SN w niniejszej sprawie jest fakt oceny możliwości ukarania podmiotu na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 upe, tj. za naruszenie warunków koncesyjnych. Jak wynika z oceny SN, jest to dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy uznaje się za „czyn podlegający karze pieniężnej zachowanie przedsiębiorstwa energetycznego polegające na nieprzestrzeganiu przez koncesjonariusza obowiązków wynikających z koncesji, to podstawę do nałożenia kary pieniężnej stanowi nieprzestrzeganie tylko takich obowiązków, które wynikają z koncesji, a decyzja o jej udzieleniu musi być autonomicznym źródłem przedmiotowych

¹³ Ustawa z dnia 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. 2018, poz. 618 ze zm.) (dalej: kodeks wykroczeń).

¹⁴ Ustawa z dnia 30.05.2014 r. o zmianie ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakładce na rynku naftowym oraz niektórych innych ustaw.

obowiązków. Nie można natomiast traktować jako wynikającego z koncesji obowiązku, którego bezpośrednim źródłem jest przepis obowiązującego prawa, określający dany obowiązek w sposób umożliwiający jego bezpośrednią realizację, bez potrzeby dodatkowej konkretyzacji”. Oznacza to, że zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 12 upe, po pierwsze, kara może zostać wprowadzona jedynie w przypadku, gdy obowiązek taki nie wynika już z prawa, a po drugie obowiązek taki wynika wyłącznie z koncesji. Jak podkreśla SN, art. 56 ust. 1 pkt 12 nie może być traktowany jako „mała klauzula generalna”, uprawniająca Prezesa URE do nakładania kar pieniężnych za jakiegokolwiek naruszenie ustawy – Prawo energetyczne, które nie jest sankcjonowane na podstawie norm wynikających z pozostałych jednostek redakcyjnych art. 56 ust. 1 upe.

W świetle powyższego należy uznać, że do koncesji musi zostać wpisany *expressis verbis* taki warunek, który nie jest już sankcjonowany przez ustawę – Prawo energetyczne lub przez inną relewantną ustawę (np. ustawę o zapasach¹⁵), aby art. 56 ust. 1 pkt 12 upe mógł stanowić podstawę do wymierzenia kary. Inaczej mówiąc, obowiązek taki musi być wyłącznie oraz dokładnie określony, w sposób umożliwiający nałożenie kary w koncesji.

W konsekwencji, koncesja może być jedynie instrumentem realizacji polityki energetycznej państwa w zakresie, w jakim nie rozstrzyga tego norma ustawowa. Takie postanowienie nie może również wpływać na ograniczenie działalności gospodarczej w sposób szerszy niż jest to przewidziane ustawą. Oznacza to, że swoboda z jaką Prezes URE działa, nawet realizując wytyczne polityki energetycznej państwa, zawsze pozostaje ograniczona przez obowiązujące prawo. Ponadto, z przytoczonego wyroku SN wynika, że odmienne podejście będzie prowadziło do sytuacji, w której nawet zawarcie takiego postanowienia nie będzie mogło stanowić podstawy do nałożenia kary zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 12 upe. W świetle powyższego zobowiązania przewidziane w koncesji do przestrzegania przepisów ustawy – Prawo energetyczne, ustawy o zapasach lub realizacji obowiązku dywersyfikacji dostaw, należy uznać za postanowienia mające charakter pouczenia lub przypomnienia. Oznacza to, że *de facto* w przypadku koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą oraz koncesji na obrót paliwami gazowymi warunkami, które stanowią coś więcej niż tylko przypomnienie realizacji obowiązków stanowi warunek dotyczący zakazu zawierania umów sprzedaży z podmiotami nieposiadającymi koncesji, jeżeli koncesja taka jest wymagana. Taki sam charakter ma również występujący zakaz subsydiowania skrośnego. Na marginesie należy dodać, że co do zasady koncesje nie są wydawane na okres dłuższy niż do roku 2030, co wynika właśnie z faktu uwzględniania przez Prezesa URE okresu, do którego obowiązuje aktualna polityka energetyczna państwa. Oznacza to, że Prezes URE nie wydaje koncesji na okres dłuższy, żeby mieć pewność, że działalność przedsiębiorstw energetycznych jest regulowana zgodnie z polityką energetyczną państwa – zgodnie z art. 23 ust. 1 upe (Mizioch, 2018).

IV. Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że Prezes URE jako organ administracji rządowej zobowiązany jest do realizacji i regulowania działalności gospodarczej zgodnie z polityką energetyczną państwa, natomiast kierowanie się polityką energetyczną państwa nie może prowadzić do działań

¹⁵ Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1210 ze zm.) (dalej: ustawa o zapasach).

sprzecznych z prawem. Analogicznie należy rozumieć możliwość kierowania się polityką energetyczną państwa w przypadku postępowań koncesyjnych. Oznacza to, że Prezes URE może jedynie wprowadzać dodatkowe warunki koncesyjne, jeżeli nie jest to sprzeczne z powszechnie obowiązującym prawem i jednocześnie istnieje uzasadnienie do jego wprowadzenia. W przypadku powtórzenia obowiązku ogólnego, takiego jak obowiązek przestrzegania prawa lub już sankcjonowanego ustawą – Prawo energetyczne, należy uznać, że koncesja nie będzie mogła stanowić wytrychu do ukarania danego przedsiębiorstwa, ponieważ obowiązek taki nie jest autonomicznie określony w koncesji oraz dostatecznie sprecyzowany, żeby mógł stanowić samodzielne źródło kary. Pozytywnie należy ocenić więc fakt korzystania przez Prezesa URE z koncesji jako instrumentu realizacji polityki energetycznej państwa, mający na celu łatanie niedoskonałości ustawy – Prawo energetyczne. W takich przypadkach działanie Prezesa URE stanowi swoistą klamrę systemową spinającą przepisy, praktykę w jedną spójną całość. Ponadto zawsze otwarte pozostanie pytanie o granice tego co może być wpisane w koncesję jako warunek dopuszczalny oraz zgodny z prawem i polityką energetyczną państwa. Natomiast wydaje się, że katalog postanowień koncesyjnych nie musi być jedynie ograniczony do tego co ustawodawca wskazał w art. 37 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 37 ust. 2 upe¹⁶.

W celu wzmocnienia możliwości oddziaływania Prezesa URE poprzez koncesję na rynek, należy *de lege ferenda* wprowadzić możliwość do samodzielnego dostosowywania koncesji w przypadku zmieniającego się prawa przez Prezesa URE tak, żeby regulator mógł reagować na zmieniające się prawo. Wydaje się to konieczne, w szczególności w świetle potencjalnej możliwości dezaktualizacji części postanowień koncesyjnych. Przykładem mogą być opisane postanowienia odnoszące się do obowiązku przestrzegania dywersyfikacji, które w nowym stanie prawnym należy uznać za zbędne, z uwagi na fakt zobowiązania przedsiębiorstw przez ustawodawcę do realizowania tego obowiązku na gruncie samej ustawy (Muras, 2008).

Bibliografia

- Długosz, T. (2018). Obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy przedsiębiorstwa energetycznego. W: M. Pawełczyk (red.), *Współczesne problemy bezpieczeństwa energetycznego. Sektor gazowy i energetyczny*. Warszawa: Wydawnictwo Ius Publicum.
- Elżanowski, F. (2015). *Prawnoprocesowa sytuacja przedsiębiorstwa energetycznego w sprawach z zakresu regulacji energetyki*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Elżanowski, F. i Manteuffel, P. (2017). Koncesja jako prawny instrument bezpieczeństwa energetycznego. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 6(6, <http://dx.doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.6.6.2>).
- Haczkowska, M. (2014). Komentarz do art. 93. W: M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Mizioch, T. (2018). Długość obowiązywania decyzji koncesyjnej w prawie energetycznym a zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego. W: M. Pawełczyk (red.), *Współczesne problemy bezpieczeństwa energetycznego. Sektor gazowy i energetyczny*. Warszawa: Wydawnictwo Ius Publicum.

¹⁶ Odmiennie stanowisko: Elżanowski, 2015, s. 72.

- Muras, Z. (2008). Koncesje w prawie energetycznym – zakres dominium państwowego. W: M. Swora, M. Szewczyk, K. Ziemiński (red.), *Prawo energetyczne wobec wyzwań liberalizacji*. Warszawa: Wydawnictwo Urzędu Regulacji Energetyki.
- Muras, Z. i Swora, M. (red.). (2016). *Prawo Energetyczne. Tom II. Komentarz do art. 12–72*. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Pawełczyk, M. (2013). *Publicznoprawne obowiązki przedsiębiorstw energetycznych jako instrument zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego w Polsce*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Szafrański, A. (2014). *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Jakub Faszczka

Doktorant w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie
e-mail: faszczka.jakub@gmail.com.

Poglądy reprezentowane w niniejszej pracy są prywatnymi poglądami Autora.