

Zdzisław Muras

Urząd Regulacji Energetyki, Warszawa

Warunki formalne uzyskania koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą

Wprowadzenie

Problematyka przesłanek uzyskania koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą przewidzianych w ustawie *Prawo energetyczne* (u-Pe)¹, po nowelizacji dokonanej w ustawie o zapasach (u.zap.)², wzbudza wiele kontrowersji i jest niejednolicie postrzegana w orzecznictwie, zatem usystematyzowanie tych zagadnień wydaje się istotne z punktu widzenia możliwości wykonywania tego rodzaju działalności gospodarczej. Warto bowiem podkreślić, że miarą swobody

podejmowania działalności gospodarczej w danym państwie są nie wymagania stawiane przedsiębiorcom, a ograniczenia wynikające z polityki gospodarczej państwa – polegające m.in. na istnieniu rozbudowanego systemu reglamentacji, podejmowania, wykonywania i zakończenia wykonywania działalności gospodarczej, preferującego także kryteria pozaekonomiczne. Do takiej kategorii reglamentacji możemy niewątpliwie zaliczyć także art. 32 ust. 2 u-Pe.

Zasady uzyskania koncesji

Przepis art. 32 ust. 2 u-Pe normuje szczególne podstawy w zakresie udzielania koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą. Sam komentowany przepis jest tu jednocześnie dość nieprecyzyjny, wskazując, że *koncesje na prowadzenie działalności związanej z obrotem paliwami lub energią, w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą, będą wydawane z uwzględnieniem dywersyfikacji źródeł gazu oraz bezpieczeństwa energetycznego*. Taka redakcja wskazuje, że koncesje dotyczące obrotu gazu ziemnego z zagranicą muszą być bezpośrednio powiązane z koncesjami na obrót paliwami gazowymi. Tym samym przedsiębiorca występując o uzyskanie koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą musi ubiegać się o udzielenie koncesji na obrót paliwami gazowymi na terenie kraju. Ta niejednoznaczność

przepisu wykreowała w praktyce regulacyjnej dwie odrębne koncesje; jednocześnie ich ścisła korelacja wskazuje na fakt, że koncesja na obrót jest niezbędną, ponieważ co najmniej część działalności gospodarczej jest wykonywana na terenie kraju. W przypadku paliw gazowych ustawodawca przyjął zatem odmienną regulację niż ta, z którą mamy do czynienia np. na rynku energii elektrycznej czy paliw ciekłych, gdzie dokonywanie importu lub eksportu energii jest możliwe na podstawie koncesji na obrót tymi paliwami lub energią. W przypadku gazu – ze względu na specyfikę tego nośnika energii i poziom jego dostępności – przyjęto rozwiązanie, zgodnie z którym konieczne jest także posiadanie dodatkowej koncesji, a jej udzielenie zostało uzależnione od **zapewnienia dywersyfikacji oraz bezpieczeństwa energetycznego**. Przesłanki jakie należy uwzględnić przy udzielaniu tej koncesji przesądzają jednocześnie, że koncesja ta nie jest udzielana na tranzyt paliwa gazowego, ale ma decydować o wpływie eksportu/importu na możliwości zaspokojenia zapotrzebowania krajowego. Kwestię pojęcia bezpieczeństwa energetycznego należy rozpatrywać w jej ujęciu podstawowym, określonym

¹ Dz.U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.

² Ustawa z dnia 16 lutego 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 (Dz.U. z 2007 r. Nr 52, poz. 343 z późn. zm.).

w art. 1 u-Pe, czyli jako cel nadrzędny omawianej regulacji ustawowej. Bezpieczeństwo energetyczne zaliczane jest do szeroko rozumianego bezpieczeństwa ekonomicznego, ponieważ energia i surowce energetyczne stanowią produkty strategiczne, mające realny wpływ na wszystkie elementy prawidłowego funkcjonowania państwa – są zatem determinantem działania organów państwa nie tylko na polu gospodarczym, lecz także politycznym, ekologicznym i społecznym. Powoduje to, że w doktrynie wyróżnia się aspekty bezpieczeństwa energetycznego w wymiarze przedmiotowym, podmiotowym i przestrzennym³, natomiast zagadnienia dotyczące poziomu niezbędnej dywersyfikacji zostały określone w akcie wykonawczym do ustawy⁴. Jednocześnie w przepisie art. 32 ust. 3 u-Pe została zawarta delegacja do wydania przez Radę Ministrów (na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki) rozporządzenia, które określi minimalny poziom dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy poprzez ustalenie maksymalnego procentowego udziału gazu z jednego źródła. W przypadku dywersyfikacji należy więc odwołać się do przepisów rozporządzenia RM z 24.10.2000 r., którego § 1 ust. 1 normuje maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku (do roku 2020). Z kolei § 2 ust. 2 powołanego rozporządzenia nakazuje stosować § 1 ust. 1 odpowiednio do przedsiębiorstw energetycznych, którym będą wydawane koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu hurtowego gazem ziemnym z zagranicą. Rozporządzenie to – pomimo swej lakoniczności – wywołuje sporo wątpliwości interpretacyjnych, zwłaszcza co do rozumienia pojęcia *kraju pochodzenia*. Należy zauważyć, że rozporządzenie w tym zakresie posługuje się innymi pojęciami niż sama u-Pe. Art. 32 ust. 2 u-Pe stanowi o *dywersyfikacji źródeł gazu*, natomiast ust. 3 tego artykułu mówi o *udziale gazu z jednego źródła*. Analiza powyższych przepisów rozporządzenia, w kontekście przepisów ustawy, prowadzi do wniosku, że pojęcie *źródło* należy rozumieć jako miejsce (kraj) pozyskania gazu (niekoniecznie tożsame z miejscem jego wydobycia). Tym samym, na potrzeby dywersyfikacji różnicowaniu mają podlegać źródła rozumiane jako kraje

pochodzenia gazu. Kwestią zasadniczą przy ustalaniu kraju pochodzenia gazu, w sytuacji łańcucha pośredników w dostawie tego surowca, będą odpowiednie postanowienia umowy – łączącej przedsiębiorcę zajmującego się obrotem na podstawie koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą, z kontrahentem – określające jakiego pochodzenia jest gaz będący przedmiotem obrotu (przy czym gaz ziemny sprowadzany w ramach nabycia wewnątrzwspólnotowego nie jest uwzględniany przy obliczaniu minimalnego udziału z jednego kraju pochodzenia). *De lege lata* rozporządzenie stanowi o *importie* gazu (import oznaczał przywóz wyrobów akcyzowych z terytoriów państw trzecich na terytorium kraju; przy czym terytorium państwa trzeciego oznacza terytorium inne niż terytorium kraju i terytorium państwa członkowskiego WE – art. 2 pkt 5 i 7 ustawy akcyzowej⁵).

Należy również podkreślić, że zgodnie z obowiązującymi regulacjami koncesja na obrót gazem ziemnym z zagranicą może zostać wydana przedsiębiorcy posiadającemu własne pojemności magazynowe, lub temu kto zawarł umowę o świadczenie usługi magazynowania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego, o których mowa w art. 24 ust. 1 u.zap., w wielkości określonej w art. 25 ust. 2 tej ustawy. Umowa tego typu może mieć charakter umowy przedwstępnej (art. 33 ust. 1a u-Pe). Ponadto wniosek o udzielenie koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą powinien określać prognozowaną wielkość przywozu gazu ziemnego oraz sposób utrzymywania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z art. 24 ust. 1 u.zap. (art. 35 ust. 1a u-Pe). Należy także zauważyć, że w związku ze zmianą brzmienia art. 15b w u-Pe, obecnie przepis ten w ust. 2 nie zawiera pkt 11, zatem art. 35 ust. 1a zawiera błędne odesłanie i jedynie na podstawie wykładni historycznej można ustalić jego zakres.

W odniesieniu do kwestii ubiegania się przez przedsiębiorstwo energetyczne o przyznanie koncesji na obrót paliwami gazowymi z zagranicą wypowiedział się WSA w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 25.10.2005 r.⁶, powołując się na zasady dywersyfikacji i bezpieczeństwa energetycznego, stwierdził, iż przedsiębiorstwo energetyczne ubiegając się o tego typu koncesję musi przedstawić informację o kraju pochodzenia paliwa gazowego. Pod-

³ Zob. szerzej M. Domagała: *Bezpieczeństwo energetyczne. Aspekty administracyjno-prawne*, Lublin 2008 r. s. 26 i podana tam literatura oraz zob. T. Kowalak: *Bezpieczeństwo energetyczne – zakłęcie czy realna kategoria*, Biuletyn URE z 2005 r. nr 6, s. 17 i n.

⁴ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy (Dz.U. 2000 r. Nr 95, poz. 1042).

⁵ Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2008 r. Nr 3, poz. 11).

⁶ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 25.10.2005 r., VI SAB/Wa 27/05, LEX nr 197289.

kreślił także, że w ocenie składu orzekającego organ mógł domagać się również przedłożenia informacji o możliwości świadczenia przez przedsiębiorstwo sieciowe na rzecz wnioskodawcy usługi przesyłu gazu. Zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 3 u-Pe, Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który ma możliwości techniczne prawidłowego wykony-

wania działalności gospodarczej. Żądanie przedstawienia informacji o możliwości przesłania przez przedsiębiorstwo sieciowe ilości gazu, która miałaby być zakupiona przez Skarżącego i dostarczona do odbiorców tego gazu, jest wypełnieniem dyspozycji powołanego przepisu art. 33 ust. 1 pkt 3 u-Pe.

u-Pe a u.zap. – stanowisko judykatury

W odniesieniu do koncesji na obrót gazem z zagranicą należy także rozstrzygnąć, jaka jest relacja postępowania koncesyjnego oraz postępowania w sprawie czasowego zwolnienia z obowiązku utrzymywania zapasów gazu na podstawie u.zap., jeżeli o takie zwolnienie występuje wnioskodawca. Należy tutaj uznać, że rozstrzygnięcie w zakresie drugiego ze wspomnianych postępowań nie może obecnie stanowić zagadnienia wstępnego w rozumieniu art. 97 §1 pkt 4 k.p.a., wpływającego na przebieg postępowania koncesyjnego. W ten sposób orzekł SOKiK w wyroku z dnia 6.01.2009 r.⁷, stwierdzając w uzasadnieniu, iż przyjęcie jednak, że Minister Gospodarki może merytorycznie rozstrzygać w sprawie czasowego zwolnienia z obowiązku utrzymywania zapasów gazu w stosunku do podmiotu, który prowadzi działalność bez uzyskania koncesji wymaganej przez art. 46 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz art. 32 ust. 1 pkt 4 Prawa energetycznego jest niedopuszczalne. Oznaczałoby ono bowiem uwierzytelnienie przez organ państwowy nielegalnej działalności przedsiębiorcy. Dlatego należy uznać, że zwolnienie lub odmowa zwolnienia z obowiązku utrzymywania obowiązkowych zapasów gazu może zostać wydana jedynie w stosunku do przedsiębiorcy, który uzyskał już koncesję na obrót gazem z zagranicą i tym samym nie może stanowić ona zagadnienia wstępnego w rozumieniu 97 k.p.a. w postępowaniu o udzielenie tej koncesji. Identyczne stanowisko zaprezentował Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 27.10.2009 r.⁸ Sąd ten podkreślił jednocześnie, że analizowany przez powoda w apelacji przepis art. 24 ust. 5 ustawy o zapasach dotyczy szczególnej sytuacji, kiedy przedsiębiorca wykonujący działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą lub podmiot dokonujący przywozu gazu ziemnego (co mogą czynić wyłącznie na podstawie wcześniej uzyskanej koncesji) mogą ubiegać się o zwolnienie z obo-

wiązku utrzymania zapasów w sytuacji, gdy nie prowadzą wskazanego w tym przepisie (niskiego) pulapu w zakresie obrotu tym surowcem. Nie jest możliwa zatem sytuacja (...), że można ubiegać się o koncesję wraz z ubieganiem o wskazane w art. 24 ust. 5 i 6 ustawy o zapasach zwolnienie i powoływać się na prejudycjalność rozstrzygnięcia w zakresie zwolnienia, względem rozstrzygnięcia co do uzyskania koncesji. Jednocześnie, w kwestii braku możliwości żądania zwolnienia z obowiązku utrzymywania zapasów paliw zanim przedsiębiorca dokona obrotu paliwami gazowymi z zagranicą wypowiedział się WSA w Warszawie. W wyroku z dnia 7.04.2008 r.⁹ sąd ten wskazał, że przesłanki wynikające z przepisu art. 24 ust. 5 ustawy o zapasach, dające możliwość ubiegania się określonym podmiotom o zwolnienie z obowiązku, są jednoznaczne – liczba odbiorców nie jest większa niż 100 tys., a przywóz gazu nie przekracza w ciągu roku 50 mln m³. Aby możliwe było ustalenie, że warunki te zaistniały, konieczny jest import gazu do Polski. W omawianym przepisie nie mówi się bowiem o sytuacji hipotetycznej, tylko już istniejącej (liczba odbiorców jest; przywóz nie przekracza). Z kolei w wyroku z dnia 19.01.2009 r. WSA w Warszawie po raz kolejny podkreślił, że przesłanką zastosowania art. 24 ust. 5 ustawy o zapasach jest faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na przywozie gazu ziemnego, ponieważ wskazuje na to kryterium ustawowe ubiegania się o zwolnienie, odnoszące się do rozmiaru dokonywanego przywozu i obrotu¹⁰. W tym ostatnim przypadku przedsiębiorca posiadał jednak koncesję na obrót paliwami gazowymi i gazem ziemnym z zagranicą, którą uzyskał przed wejściem w życie regulacji z art. 33 ust. 1a u-Pe. Stanowiska zaprezentowanego przez WSA w Warszawie w ostatnim z omawianych wyroków (ale w odpowiednim zakresie także pozostałych) nie podzielił

⁷ Zob. wyrok SOKiK z 6.01.2009 r. XVII AmE 150/08, www.ure.gov.pl.

⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 27.10.2009 r., VI ACa 375/09, niepubl.

⁹ Zob. wyrok WSA w Warszawie 7.04.2008 r. VI SA/Wa 1893/07, Lex nr 522686 oraz wyrok WSA w Warszawie z 5.03.2009 r. VI SA/Wa 2592/08, orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁰ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 19.01.2009 r. VI SA/Wa 2007/08, orzeczenia.nsa.gov.pl.

NSA. W wyroku z dnia 17.02.2010 r. sąd ten zasadnie wskazał, że przytoczone w skardze kasacyjnej podstawy zaskarżenia uzasadniają rozpoznanie w pierwszej kolejności zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji art. 24 ust. 5 ustawy o zapasach, przez dokonanie jego błędnej wykładni, polegającej na przyjęciu, że przesłanką konieczną do zastosowania tego przepisu jest faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na przywozie gazu ziemnego, na co, zdaniem Sądu I instancji, wskazuje kryterium ustawowe ubiegania się o zwolnienie, odnoszące się do rozmiaru obrotu i przywozu. Ocena przez Naczelny Sąd Administracyjny tak sformułowanego zarzutu wymaga ustalenia znaczenia użytego w analizowanym przepisie pojęcia „wykonujące działalność gospodarczą”. Pojęcie to odnosi się zarówno do przedsiębiorstwa energetycznego dokonującego obrotu gazem z zagranicą, jak i podmiotu dokonującego przywozu gazu ziemnego. Nie zostało ono zdefiniowane w ustawie o zapasach, w związku z tym jego rozumienie, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, nie może opierać się wyłącznie na wykładni literalnej art. 24 ust. 5 ustawy o zapasach, lecz wymaga zastosowania wykładni systemowej, uwzględniającej także treść art. 25 ust. 6 tej ustawy. Zgodnie z tym ostatnim przepisem „Przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą lub podmiot dokonujący przywozu gazu ziemnego są obowiązane poinformować Prezesa URE o zamiarze rozpoczęcia przywozu gazu ziemnego najpóźniej na 30 dni przed rozpoczęciem tego przywozu”. Analiza treści tego przepisu wskazuje, że przymiot „przedsiębiorstwa energetycznego wykonującego działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym” lub „podmiotu dokonującego przywozu gazu ziemnego” mają także przedsiębiorstwa lub podmioty, które fizycznie nie rozpoczęły jeszcze przywozu gazu ziemnego, lecz dopiero mają taki zamiar, ale traktowane są przez ustawodawcę jako wykonujące działalność gospodarczą. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, brak jest uzasadnionych przesłanek, aby w stosunku do identycznej treści pojęć: „przedsiębiorstwo wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą” i „podmiot dokonujący przywozu gazu”, użytych przez ustawodawcę w obu analizowanych przepisach, stosować dwie odmiennie reguły interpretacyjne (...) i przyjmować, że przepis art. 24 ust. 5 dotyczy wyłącznie przedsiębiorstw (podmiotów), które faktycznie wykonują działalność gospodarczą polegającą na przywozie gazu z zagranicy. W świetle powołanych wywodów podniesionych w skardze kasacyjnej zarzut dokonania przez Sąd I instancji błędnej wykładni art. 24 ust. 5 i art. 25 ust. 6

ustawy o zapasach należy uznać za usprawiedliwiony¹¹. W wyroku tym zatem zostało jednoznacznie przesądzone, że w sytuacji, gdy przedsiębiorca spełnia wszystkie kryteria do rozpoczęcia działalności w sensie formalno-prawnym, istnieje podstawa do rozpatrzenia wniosku o zwolnienie z obowiązku utrzymywania zapasów paliw gazowych. Jest to stwierdzenie uzasadnione w świetle brzmienia wspomnianych przepisów, ponieważ inna ich wykładnia prowadziłaby do wewnętrznej sprzeczności pomiędzy przepisami u.zap. Z jednej bowiem strony możliwe byłoby zwolnienie dopiero gdy nastąpiło fizyczne sprowadzenie paliwa gazowego na teren kraju, a z drugiej strony, określony w dyspozycji art. 25 ust. 6 u.zap., przedsiębiorca ma obowiązek poinformować Prezesa URE o zamiarze rozpoczęcia przywozu (nie da się informować o zamiarze po dokonaniu fizycznego przywozu).

Należy jednocześnie podkreślić, że nie zmienia to faktu, iż wszczęcie postępowania o zwolnienie nadal nie może nastąpić zanim przedsiębiorca nie spełni kryteriów formalno-prawnych do wykonywania działalności gospodarczej (co do zasady uzyskania koncesji) oraz że złożenie wniosku o zwolnienie nie stanowi zagadnienia wstępnego dla postępowania o udzielenie koncesji.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z przepisem art. 32 ust. 4 u-Pe. koncesja jest wymagana w odniesieniu do wykonywania działalności gospodarczej dotyczącej obrotu paliwami gazowymi jeżeli wartość obrotu nie przekracza 100 000 euro, natomiast omawiany przepis art. 32 ust. 2 u-Pe określa szczególny przypadek wykonywania działalności związanej z obrotem gazem ziemnym z zagranicą, odsyłając jednak wprost do regulacji z art. 32 ust. 1 pkt 4 u-Pe. Uwzględniając tę ścisłą korelację wspomnianych przepisów prawa energetycznego oraz fakt, że koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą udziela się podmiotom posiadającym koncesję na obrót paliwami gazowymi, można dojść do wniosku, że w zakresie w jakim przedsiębiorca jest zwolniony z obowiązku uzyskania koncesji na obrót gazem ziemnym, jest on również zwolniony z obowiązku uzyskania koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą. Ustawodawca wyszedł tu bowiem z założenia, że obrót ten jest na tyle nieistotny, że nie wymaga szczególnej kontroli państwa. Tym samym w sytuacji, gdy podmiot dokona przywozu gazu ziemnego w ramach tych minimalnych uprawnień, trudno wskazywać, że nie dokonał faktycznego przywozu gazu ziemnego i jednocześnie przyjmować, że mógł, choćby teoretycznie, przekroczyć

¹¹ Zob. wyrok NSA z 17.02.2010 II GSK 408/09, orzeczenia.nsa.gov.pl.

minimalne progi określone w art. 24 ust. 5 u.zap. Należy zatem zauważyć, że kategorię stwierdzenia; zarówno we wskazanym powyżej wyroku SOKiK (XVII AmE 150/08), jak i Sądu Apelacyjnego w Warszawie (VI ACa 375/09), zgodnie z którymi obrót gazem ziemnym z zagranicą jest możliwy *wyłącznie na podstawie wcześniej uzyskanej koncesji*, a rozpatrzenie wniosku przedsiębiorcy o zwolnienie z obowiązku utrzymywania zapasów paliw gazowych *oznaczałoby bowiem uwierzytelnienie przez organ państwowy nielegalnej działalności przedsiębiorcy*, są jednak zbyt daleko idące. Niezaprzeczalnym faktem jest bowiem to, że przedsiębiorca może dokonać tego obrotu bez wymaganej prawem koncesji – do wysokości wartości obrotu 100 000 euro i jest to działanie legalne z punktu widzenia u-Pe. Jednocześnie przedsiębiorca jest zobligowany do dopełnienia wymogów stawianych przez art. 25 ust. 6 u.zap. Podjęcie takich działań faktycznych może stanowić przesłankę do złożenia wniosku, o którym stanowi art. 24 ust. 5 u.zap. i rozpoznania go pozytywnie dla wnioskodawcy, tj. udzielenia stosownego zwolnienia. Działanie takie będzie uzasadnione w świetle cytowanego wyroku NSA, w którym to pojęcia: *przedsiębiorstwo wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą* i *podmiot dokonujący przywozu gazu* zostały słusznie uznane za równoważne, a ponadto NSA zasadnie podkreślił, że zwolnienie może otrzymać także podmiot formalnie spełniający kryteria do wykonywania działalności gospodarczej (podmioty *traktowane są przez ustawodawcę jako wykonujące działalność gospodarczą*). Należy zatem zastanowić się, jakie skutki może wywoływać takie uprzednie zwolnienie – w kontekście możliwości uzyskania koncesji na obrót gazem ziemnym i obrót gazem ziemnym z zagranicą. W świetle brzmienia art. 33 ust. 1a u-Pe przedsiębiorca może uzyskać koncesję jeżeli posiada własne zdolności magazynowe lub co najmniej zawarł umowę przedwstępną o świadczenie usług magazynowych zapasów obowiązkowych gazu ziemnego. Ponadto art. 35 ust. 1a u-Pe stanowi, że wniosek o udzielenie koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą powinien określać prognozowaną wielkość przywozu gazu ziemnego oraz sposób utrzymywania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – zgodnie z art. 24 ust. 1 u.zap. Zarówno zatem regulacja zawarta w art. 33 ust. 1a, jak i art. 35 ust. 1a u-Pe odnosi się do sytuacji, gdy przedsiębiorca jest zobligowany do utrzymywania zapasów paliw gazowych, a więc dotyczy sytuacji faktycznej, dla której została wprowadzona regulacja ustawy o zapasach, tj. w celu zapewnienia zaopatrzenia Rzeczypospolitej Polskiej w gaz ziemny oraz minimalizacji skutków:

- zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa,
- wystąpienia sytuacji awaryjnej w sieci gazowej,
- nieprzewidzianego wzrostu zużycia gazu ziemnego.

Jednocześnie ustawodawca w u.zap. uznał, że dla realizacji tych celów może być nieistotne dokonywanie obrotu w skali o której mowa w art. 24 ust. 5 tej ustawy, co ma ocenić i rozstrzygnąć uprawniony organ – minister właściwy do spraw gospodarki. Tym samym – w przypadku uzyskania takiego uprzedniego zwolnienia z obowiązku utrzymywania zapasów paliw i złożenia wniosku o udzielenie koncesji – wydaje się, że brak jest podstaw do nieuwzględnienia tego faktu przy rozpatrywaniu wniosku o udzielenie koncesji. Zdaniem autora, wówczas regulacje u-Pe należy odczytywać w kontekście systemowym i celowościowym, zatem z uwzględnieniem wspomnianego celu u.zap. Na etapie składania wniosku o udzielenie koncesji, konieczność sposobu utrzymywania zapasów obowiązkowych paliw staje się nieaktualna – w kontekście zwolnienia z takiego obowiązku. Co oczywiste, jeżeli przedsiębiorca w ramach wykonywanej działalności zamierzałby przekroczyć progi uzyskanego zwolnienia, musi odpowiednio wcześniej zapewnić sobie stosowne (wymagane ustawowo) wielkości pojemności magazynowych. Natomiast możliwość podejmowania skutecznych działań ze strony organów państwa została tu zagwarantowana nie tylko w postaci uprawnienia do wymierzania wysokich kar pieniężnych (na podstawie art. 63 w zw. z art. 64 u.zap.), ale także obligatoryjnego cofnięcia przez Prezesa URE koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą – również w przypadku nieutrzymywania przez przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą zapasów obowiązkowych gazu ziemnego lub niezapewnienia ich dostępności zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 oraz art. 25 ust. 2 albo 5 u.zap. (art. 41 ust. 2a u-Pe.), bowiem przekroczenie poziomu zwolnienia należy automatycznie kwalifikować jako sytuację nieutrzymywania obowiązkowych zapasów paliw gazowych, uprawniającą do stosowania wskazanych powyżej działań. *De lege lata* Prezes URE cofa koncesję na obrót gazem ziemnym z zagranicą również w przypadku nieutrzymywania przez przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą zapasów obowiązkowych gazu ziemnego lub niezapewnienia ich dostępności na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Przepis ten stanowi samodzielną przesłankę pozwalającą na cofnięcie koncesji – ale wyłącznie koncesji na obrót paliwami gazowymi z zagranicą. Użycie przez ustawodawcę słowa „również” można odnosić jedynie do pozostałych przesła-

nek określonych w art. 41 u-Pe, zatem – niezależnie od innych podstaw cofnięcia koncesji – można ją cofnąć także gdy przedsiębiorca nie spełnia wymogów określonych w omawianym przepisie. Minimalny wymagany poziom utrzymania zapasów obowiązkowych został określony w art. 24 ust. 2 u.zap. i musi odpowiadać co najmniej 30-dniowemu średniemu dziennemu przywozowi tego gazu, ustalonemu na podstawie wielkości jego przywozu w okresie od dnia 1 kwietnia roku ubiegłego do dnia 31 marca danego roku, na podstawie danych zawartych w sprawozdaniach statystycznych sporządzanych przez przedsiębiorstwo lub podmiot dokonujący przywozu, albo na podstawie danych statystycznych o średniej ilości jego przywozu z dotychczasowego okresu prowadzenia działalności. Należy pamiętać, że koncesja może zostać cofnięta także w sytuacji, gdy gaz ziemny jest magazynowany w wymaganej ilości, ale w instalacjach magazynowych niezapewniających określonej w przepisach prawa dostępności jego swobodnego użycia. Zgodnie bowiem z regulacją art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3 u.zap., przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą lub podmiot dokonujący przywozu gazu ziemnego są zobligowane utrzymywać zapasy obowiązkowe gazu ziemnego w instalacjach magazynowych, których parametry techniczne zapewniają możliwość dostarczenia ich całkowitej ilości

do systemu gazowego w okresie nie dłuższym niż 40 dni. Jednocześnie zobowiązane podmioty zostały zobligowane do przedstawienia operatorowi gazowego systemu przesyłowego lub operatorowi połączonych systemów gazowych charakterystyki instalacji magazynowej, w której utrzymują zapasy obowiązkowe gazu ziemnego, w celu weryfikacji technicznych możliwości dostarczenia zapasów tego gazu do systemu gazowego. Jeżeli zatem, w świetle oceny właściwego operatora, sposób magazynowania gazu nie gwarantuje minimalnej wymaganej przepisami prawa dostępności zmagazynowanego gazu, to ma on obowiązek przekazać stosowną informację prezesowi URE w terminie 7 dni od dnia dokonania takiego ustalenia (art. 24 ust. 4 u.zap.). Należy także zauważyć, że na podstawie art. 63 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz 16, w zw. z art. 64 pkt 1 u.zap., Prezes URE został uprawniony do wymierzenia kary pieniężnej podmiotowi, który:

- nie dopełnia obowiązku tworzenia i utrzymywania zapasów obowiązkowych, o którym mowa w art. 5 lub 24 u.zap., w przewidzianym terminie i wymaganej ilości,
- obniża ilości zapasów obowiązkowych poniżej poziomu określonego w ustawie,
- nie dopełnia obowiązku utrzymania zapasów gazu ziemnego w instalacjach gwarantujących odpowiednią jego dostępność.

Podsumowanie

Koncesja stanowi formę ustawowej reglamentacji działalności gospodarczej przez państwo, a zatem dopuszczalnego odstępstwa od gwarantowanej konstytucyjnie zasady swobody wykonywania działalności gospodarczej, ze względu na ważny interes publiczny, bezpieczeństwo państwa oraz obywateli. Jednocześnie na rynku gazu koncesja została obwarowana wyjątkowo restrykcyjnie. Analiza przepisów u-Pe i u.zap. nie pozostawia wątpliwości, że możliwość wykonywania

działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi, w tym obrotu z zagranicą, jest uzależniona od rozwoju rynku pojemności magazynowych. Tym samym dla rozwoju rynku gazu ziemnego konieczne jest funkcjonowanie nie tylko niezależnego i stosującego niedyskryminacyjne zasady operatora systemu przesyłowego i dystrybucyjnego gazowego, ale także operatora systemu magazynowego oraz odpowiedniej ilości dostępnych pojemności magazynowych.

Artykuł nadesłano do Redakcji 9.06.2010 r. Przyjęto do druku 29.09.2010 r.

Recenzent: doc. dr inż. Andrzej Froński

Zdzisław MURAS, dr nauk prawnych – Dyrektor Departamentu Przedsiębiorstw Energetycznych Urzędu Regulacji Energetyki, wykładowca na Uniwersytecie Warszawskim i w Wyższej Szkole Ekologii i Zarządzania w Warszawie. Autor kilkudziesięciu publikacji naukowych, w tym pięciu książek i opracowań zwartych.