

Michał Będkowski-Kozioł

Kierunki zmian polskiego prawa energetycznego w świetle regulacji dyrektyw 2003/54/WE oraz 2003/55

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/1, 67-122

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Michał Będkowski-Kozioł**

**KIERUNKI ZMIAN
POLSKIEGO PRAWA ENERGETYCZNEGO
W ŚWIETLE REGULACJI DYREKTYW
2003/54/WE ORAZ 2003/55/WE
W SPRAWIE WSPÓLNYCH ZASAD
DLA RYNKU WEWNĘTRZNEGO
ENERGII ELEKTRYCZNEJ I GAZU ZIEMNEGO**

1. WSTĘP

Polskie prawo energetyczne, które od momentu uchwalenia obecnie obowiązującej ustawy – Prawo energetyczne w 1997 r.¹ podlegało licznym nowelizacjom związanym także z dostosowywaniem jego postanowień do regulacji prawa wspólnotowego w związku z przygotowaniami do akcesji Polski do Unii Europejskiej², staje ponownie przed koniecznością dalszych zmian dostosowawczych. Wpływ na tę sytuację ma fakt bardzo dynamicznego w ostatnim czasie rozwoju wspólnotowych regulacji dotyczących rynku energetycznego. Wymienić można tu

* Mgr Michał Będkowski-Kozioł, LL.M. European Integration Law (Dresden), asystent w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego, Wydział Prawa Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, doktorant na Wydziale Prawa Technische Universität w Dreźnie

¹ Ustawa z 10.4.1997 r. – Prawo energetyczne, Dz.U. Nr 54, poz. 348 (t.j.: Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1504, z późn. zm.).

² Najdalej idące zmiany w kierunku dostosowania polskiego prawa energetycznego do prawa wspólnotowego przewidywała jak dotychczas nowela z 2002 roku – patrz: Ustawa z 24.7.2002 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne, Dz.U. Nr 135, poz. 1144 – zgodnie z nią część nowych przepisów wchodzi w życie dopiero z dniem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej.

m.in. Dyrektywę 2001/77/WE o wspieraniu produkcji energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii³, czy też dyrektywę 2004/8/WE o wspieraniu produkcji energii elektrycznej w skojarzeniu z produkcją ciepła⁴. Jednakże najbardziej kompleksowe i obejmujące najszerszy krąg zagadnień zmiany niosą ze sobą uchwalone 26.6.2003 r. dyrektywy 2003/54/WE⁵ oraz 2003/55/WE⁶ dotyczące wspólnych zasad funkcjonowania wewnętrznego rynku energii elektrycznej oraz wewnętrznego rynku gazu ziemnego. Dyrektywy te wprowadzają daleko idące zmiany dotychczasowych wspólnotowych ram prawnych liberalizacji i regulacji sektora energetycznego, których podstawę stanowiły postanowienia dyrektywy 96/92/WE⁷ w odniesieniu do rynku energii elektrycznej i dyrektywy 98/30/WE⁸ w odniesieniu do rynku gazu ziemnego. Z jednej strony zmierzają one do przyspieszenia liberalizacji poprzez zwiększenia tempa otwarcia rynku, a z drugiej strony dokonują rewizji dotychczasowych rozwiązań w kierunku wzmocnienia regulacji rynku energetycznego, i to zarówno w wymiarze materialnym, jak i instytucjonalnym⁹.

³ Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, O.J. 2001, L 283/33 z 27.10.2001 r. – zgodnie z art. 9 dyrektywy termin jej transpozycji do prawa krajowego państw członkowskich upłynął 27 X 2003 r., a tym samym Polska jest zobowiązana do wprowadzenia jej postanowień do prawa krajowego najpóźniej 1.5.2004 r.

⁴ Directive 2004/8/EC of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 on the promotion of cogeneration based on a useful heat demand in the internal electricity market and amending Directive 92/42/EEC, O.J. 2004, L 52/50 z 21.2.2004 r. – zgodnie z art. 15 dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane dokonać transpozycji jej postanowień najpóźniej do 21.2.2006 r.

⁵ Directive 2003/54/EC the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, O.J. 2003, L 176/37 z 15.7.2003 r.

⁶ Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC, O.J. 2003, L 176/57 z 15.7.2003 r.

⁷ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, O.J. 1997, L 27/20 z 30.1.1997 r.

⁸ Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, O.J. 1998, L 204/1 z 21.7.1998 r.

⁹ Zob.: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament „Completing the internal energy market” and proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas

Krótki termin transpozycji przepisów dyrektywy, który upływa 1.7.2004 r., zmusza ustawodawców krajowych do szybkiego podjęcia mniej lub bardziej zaawansowanych zmian dotychczasowego krajowego prawa energetycznego, w zależności od dotychczasowych regulacji w tej materii. Odnosi się to także do ustawodawcy polskiego, który od 1.5.2004 r. podlega obowiązkowi implementacji przepisów dyrektywy w takim samym zakresie i na tej samej podstawie, co dotychczasowe państwa członkowskie Unii Europejskiej. Zagadnienia związane z przyjęciem dyrektyw 2003/54/WE oraz 2003/55/WE nie doczekały się przy tym szerszych opracowań w literaturze¹⁰.

Powyższe względy skłaniają do przedstawienia zarówno genezy obecnie przyjętych rozwiązań (pkt 2) i podstawowych regulacji nowych dyrektyw dotyczących energetycznego rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej (pkt 3), jak też konsekwencji, jakie z uchwalenia obu dyrektyw wynikają dla polskiego prawa energetycznego (Pkt 4). Niemniej istotne jest też wskazanie na tym tle kierunków ewentualnych koniecznych zmian w zakresie krajowych ram prawnych funkcjonowania sektora elektroenergetycznego i gazowego.

and proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r.; Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning rules for the internal markets in electricity and natural gas and amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, COM (2002) 304 final, z 7.6.2002 r.; por. także: *Ostateczne stanowisko w sprawie liberalizacji rynków energii elektrycznej i gazu*, Departament Integracji Europejskiej i Studiów Porównawczych Urzędu Regulacji Energetyki, „Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki” 2003, Nr 1, (www.ure.gov.pl/integracja/stanowisko_12003.html); por. także w sprawie pierwszej propozycji Komisji Europejskiej: L. Kumkar, *Der Strombinnenmarkt und die Kommissionsvorschläge: Zentralisierung oder Wettbewerb der (De-)Regulierungsansätze?*, Kieler Arbeitspapier No. 1055, Institut für Weltwirtschaft, Kiel 2001; P.M. Mombaur, *Aktuelle Entwicklungen des Europäischen Energierechts*, „Recht der Energiewirtschaft” 2001, s. 88 i n.; C. Hampel, *Die „EU-Änderungsrichtlinie für den Energiebinnenmarkt”* [w:] H.-P. Schwintowski (red.), *Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt*, Baden-Baden 2002, s. 237 i n.

¹⁰ Por. jednak: M. Kozak, P. Seklecki, *Nowe dyrektywy – podstawy prawne funkcjonowania wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego w krajach UE*, „Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki” 2003, Nr 5, dostępny na stronie internetowej: www.ure.gov.pl/integracja/nowe52003.html; M. Duda, *Implikacje dyrektywy 2003/54/EC dla krajowego rynku energii elektrycznej*, Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki” 2003, nr 5, dostępny na stronie internetowej: www.ure.gov.pl/integracja/implikacje52003.html; por. także: J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne – Komentarz*, Kraków 2002, s. 22 i n.

2. GENEZA WSPÓLNOTOWEJ REGULACJI RYNKU WEWNĘTRZNEGO ENERGII ELEKTRYCZNEJ I GAZU ZIEMNEGO

W czasach pogłębiającej się integracji europejskiej, w szczególności po uchwaleniu Jednolitych Aktów Europejskich w 1986 r., których konsekwencją było powołanie rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej (Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej) i wzrostu transgranicznej konkurencji w wielu sektorach europejskiej gospodarki, energetyka stanowiła jaskrawy wyjątek. Zarówno ramy prawne funkcjonowania tego sektora jak i istniejąca struktura rynku w poszczególnych państwach członkowskich wykazywały daleko idące różnice. Transgraniczny handel energią elektryczną miał bardzo ograniczony zakres. Nieco inaczej rysowała się sytuacja w gazownictwie, z uwagi na geograficzne uwarunkowania występowania źródeł gazu ziemnego, jednakże i ten rynek nie był poddany jakimkolwiek regułom konkurencji.

Próby zmiany powyższej sytuacji podejmowane były już od połowy lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku¹¹. Komisja Europejska przyjęła przy tym na początku lat dziewięćdziesiątych tzw. koncepcję trójfazową¹².

W fazie pierwszej uchwalono dyrektywy sprzyjające zwiększeniu przejrzystości cen energii elektrycznej i gazu oraz wspierające ich transgraniczny tranzyt¹³. Ponadto Komisja Europejska podjęła rów-

¹¹ Por. Białą Księgę Komisji Europejskiej w sprawie wprowadzenia rynku wewnętrznego – White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28–29 June 1985): Completing the Internal Market, COM (1985) 310 final, z 14.6.1985 r., jak również uchwalone przez Radę w 1986 roku „Nowe cele polityki energetycznej Wspólnoty” – Council Resolution of 16 September 1986 concerning new Community energy objectives for 1995 and convergence of the policies of the Member States, O.J. 1986, C 241/1 z 25.9.1986.

¹² H. Jarass, *Europäisches Energierecht*, Berlin 1996, s. 30 i n.

¹³ Council Directive 90/377/EEC of 29 June 1990 concerning a Community procedure to improve the transparency of gas and electricity prices charged to industrial and-users, O.J. 1990, L 185/16 z 17.7.1990; Council Directive 90/547/EEC of 29 October 1990 on the transit of electricity through transmission grids, O.J. 1990, L 313/30 z 13.11.1990; Council Directive 91/296/EEC of 31 May 1991 on the transit of natural gas through grids, O.J. 1991, L 147/37 z 12.6.1991; patrz także: P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow, *Zasady konkurencji a regulacja w gazownictwie i przemyśle elektroenergetycznym* [w:] *Konkurencja a regulacja w energetyce*, red. P. Jasiński, T. Skoczny,

nocześnie próby otwarcia sieci energetycznych dla swobodnego transgranicznego przesyłu energii elektrycznej i gazu bezpośrednio na regulacji art. 82 TWE (wówczas art. 86 TWE) oraz art. 86 ust. 2 TWE (wówczas art. 90 ust. 2 TWE)¹⁴. Z uwagi jednak na fakt, iż po pierwsze brak jest jednoznacznej interpretacji ostatnio wymienionego przepisu, a po drugie, z pomocą tych przepisów nie da się osiągnąć koniecznej dla funkcjonowania rynku wewnętrznego harmonizacji przepisów prawnych państw członkowskich, TWE okazał się niewystarczającą podstawą do stworzenia opartego na regułach konkurencji rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu. Spektakularne potwierdzenie teza ta znalazła w uzasadnieniu orzeczeń ETS dotyczących francuskiego, holenderskiego, włoskiego i hiszpańskiego monopolu na import i eksport energii elektrycznej i gazu¹⁵. Również próby uzupełnienia Traktatu Wspólnoty Europejskiej o rozdział „Energia”, a ty, samym poszerzenia polityk Wspólnoty w tym zakresie, nie przyniosły rezultatu¹⁶.

G. Yarrow, Warszawa 1995, s. 58 i n.; P. Jasiński, *Tworzenie podstaw jednolitego rynku elektroenergetycznego w trybie działań prawodawczych* [w:] *Studia nad integracją europejską. Elektroenergetyka*, red. P. Jasiński, T. Skoczny, Warszawa 1996, s. 219 i n.; P. Jasiński, *Tworzenie podstaw jednolitego rynku gazowego w trybie działań prawodawczych* [w:] *Studia nad integracją europejską. Gazownictwo*, red. P. Jasiński, T. Skoczny, Warszawa 1996, s. 166; A. Jaroszyński, *Dostosowanie polskiego prawa energetycznego do prawa wspólnotowego* [w:] *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, red. P. Saganek, T. Skoczny, Warszawa 1999, s. 413 i n.; H. Jarass, op.cit., s. 30 i n.

¹⁴ B. Rapp-Jung, *Zur Tragweite von Art. 90 Abs. 2 für die Energiewirtschaft*, „Recht der Energiewirtschaft” 1994, s. 165 i n.; tejże, *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 1994, s. 464 i n.

¹⁵ ETS, orzeczenia z 23.10.1997 r. w sprawach C-159/94, C-157/94, C-158/94, C-160/94 [1997] ECR I-5815, I-5699, I-5789, I-5851; patrz także: H. Lecheler, J. Gundel, *Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt – Zur Bedeutung der EuGH-Entscheidungen vom 23.10.1997 für die Zukunft*, „Recht der Energiewirtschaft” 1998, s. 92 i n.

¹⁶ Na temat początków rozwoju europejskiego prawa energetycznego patrz także w literaturze niemieckiej: m.in.: C.-D. Ehlermann, *EG-Binnenmarkt für die Energiewirtschaft*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 1992, s. 689 i n.; tenże, *Die vorgesehene Regelung zur Strom- und Gasdurchleitung (TPA) als Verwirklichung der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages*, „Recht der Energiewirtschaft” 1993, s. 41 i n.; P. Faross, *Der Europäische Energiemarkt: Vereinbarkeit von Wettbewerb und Versorgungssicherheit* [w:] *Expert Meeting The European Energy Market: Reconciling Competition and Security of Supply*, red. L. Hancher, Europäische Rechtsakademie Trier Vol. 13, Köln 1995, s. 30 i n.; R. Lukes, *Energierrecht* [w:] *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, red. M. Dausen, t. II., rozdz. M., München (2001), Nb. 59 i n.

W fazie drugiej Komisja Europejska zamierzała sama wydać na podstawie art. 86 ust. 3 TWE (wówczas art. 90 ust. 3 TWE) dyrektywę, na mocy której zniesione zostałyby monopole w zakresie wytwarzania energii elektrycznej i budowy sieci energetycznych w państwach członkowskich. Ponadto przewidziano wydanie przez Radę dyrektywy w sprawie funkcjonowania sektora elektroenergetycznego i gazowniczego na podstawie ówczesnego art. 100a TWE. Jako że Komisja Europejska zrezygnowała z pierwszego pomysłu i podjęła pogłębiony dialog polityczny z państwami członkowskimi, Radą i Parlamentem Europejskim¹⁷, ostatecznie zostały przez nią przedłożone jedynie propozycje dyrektyw w sprawie wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego¹⁸.

Fazę trzecią, tzn. urzeczywistnienie idei opartego na zasadach konkurencji rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu ziemnego, otworzyły dyrektywa 96/92/WE oraz dyrektywa 98/30/WE w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu¹⁹.

Celem, jaki przyświecał uchwaleniu zarówno dyrektywy 92/96/WE jak i dyrektywy 98/30/WE, które pod względem struktury i treści zostały oparte – z pewnymi wyjątkami – na identycznej konstrukcji, było stworzenie konkurencyjnego rynku energii elektrycznej i gazu, a tym samym uczynienie kolejnego kroku w kierunku urzeczywistnienia idei rynku wewnętrznego Wspólnoty, wyrażonej w art. 14 TWE²⁰.

¹⁷ H. Jarass, op.cit., s. 31.

¹⁸ COM (1991) 548 final z 21.2.1992 r.; O.J. 1992, C 65/4 i C 65/15. W tym miejscu nadmienić jeszcze można o przedłożonych przez Komisję propozycjach wydania rozporządzenia oraz decyzji w sprawie transeuropejskich sieci energetycznych i gazowych, które jednak nie doczekały się realizacji w praktyce – H. Jarass, op.cit., s. 30, przyp. 14.

¹⁹ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, O.J. 1997, L 27/20 z 30.1.1997 r.; Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, O.J. 1998, L 204/1 z 21.7.1998 r.

²⁰ Por. Pkt 1 i 2 uzasadnienia dyrektywy 96/92/WE oraz pkt 1 i 3 uzasadnienia dyrektywy 98/30/WE. Na temat dyrektywy 98/92/WE; por: A. Jaroszyński, op.cit., s. 414 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Świadczenie usług przesyłowych w zakresie energii elektrycznej w prawie Unii Europejskiej – implikacje dla Polski* [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego – Księga jubileuszowa Prof. zw. dra hab. Józefa Filipka*, Kraków 2001, s. 750; tejsze, *Świadczenie usług przesyłowych w prawie Unii Europejskiej i w polskim prawie energetycznym*, PUG 2001, nr 7, s. 2; G. Britz, *Öffnung der Europäischen Strommärkte durch die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie?*, „Recht der Energiewirtschaft” 1997, s. 85 i n., w szczególności s. 87; R. Lukes, op.cit., Nb. 78; S. Schulte-Beckhausen, *Stromhandel – Möglichkeiten und Grenzen im neuen europäischen und nationalen Ordnungsrahmen für Energie*, „Recht der Energiewirtschaft” 1999, s. 51.

Należy jednak podkreślić, iż dyrektywy nie przewidują pełnej harmonizacji krajowych porządków prawnych w dziedzinie prawa energetycznego²¹ i przyznają z góry, iż także po ich implementacji do prawa krajowego nadal będą istnieć „ograniczenia w handlu energią elektryczną i gazem” pomiędzy państwami członkowskimi²².

U podstaw regulacji obu dyrektyw legły trzy założenia. Po pierwsze, wzmocnienie konkurencji i otwarcie rynku, przy czym na pierwszym miejscu znalazło się wzmocnienie konkurencyjności gospodarki Unii Europejskiej poprzez obniżenie cen energii – w szczególności dla odbiorców przemysłowych – na skutek uaktywnienia mechanizmów konkurencji w sektorze energetycznym. Po drugie, potwierdzenie faktu, że zaopatrzenie w energię i gaz ma charakter usługi użyteczności publicznej²³. Po trzecie, pozostawienie państwom członkowskim dość szerokiej swobody w zakresie implementacji postanowień obu dyrektyw, w szczególności poprzez możliwość wyboru między różnymi rozwiązaniami odnośnie systemu otwarcia rynku oraz możliwością wprowadzenia w uzasadnionych przypadkach odstępstw od niektórych rozwiązań²⁴.

Instrumenty przyjęte w obu dyrektywach można podzielić na dwie grupy: tzw. „rozwiązania ilościowe” (ang. *quantitative measures*, niem. *quantitative Vorgaben*) oraz tzw. „rozwiązania jakościowe” (ang. *qualitative measures*, niem. *qualitative Vorgaben*). Pierwsze odnoszą się do stopnia (i tempa) otwarcia rynku energii elektrycznej i gazu, gdy tymczasem drugie przyjmują postać konkretnych rozwiązań prawnych w zakresie wspierania konkurencji w sektorze energetycznym oraz regulacji działalności przedsiębiorstw energetycznych. Stanowią one trzon

²¹ Por. Pkt 11 uzasadnienia dyrektywy 96/92/WE oraz pkt 9 uzasadnienia dyrektywy 98/30/WE.

²² Pkt 39 uzasadnienia dyrektywy 96/92/WE oraz pkt 32 uzasadnienia dyrektywy 98/30/WE; por. A. Walaszek-Pyziół, *Świadczenie usług przesyłowych w zakresie...*, s. 750; teźże, *Świadczenie usług przesyłowych w prawie...*, s. 2; B. Rapp-Jung, *Die EU-Richtlinie für Elektrizität im Spannungsfeld zwischen den Wettbewerbsregeln des Vertrages und den verbleibenden energiepolitischen Befugnissen der Mitgliedstaaten*, „Recht der Energiewirtschaft” 1997, s. 134.

²³ Wniosek taki wynika z pkt 13 uzasadnienia dyrektywy 96/92/WE i pkt 12 dyrektywy 98/30/WE; por. także Komunikaty Komisji Europejskiej na temat usługi użyteczności publicznej z 1996 i 2001 r. – Communication from the Commission – Services of general interest in Europe, O.J. 1996, C 281/3 z 26.9.1996 r.; Communication from the Commission – Services of general interest in Europe, O.J. 2001, C 17/4 z 19.1.2001 r.

²⁴ A. Jaroszyński, op.cit., s. 414 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Świadczenie usług przesyłowych w zakresie...*, s. 750; teźże, *Świadczenie usług przesyłowych w prawie...*, s. 2; S. Schulte-Beckhausen, op.cit., s. 52.

obu dyrektyw, jako że same rozwiązania ilościowe nie byłyby jeszcze wystarczające do tego, aby uaktywnić konkurencję na rynku energii elektrycznej i gazu. Chodzi tu o wprowadzenie takich instrumentów, które bezpośrednio służą wspieraniu konkurencji w energetyce, albo też wywierają na nią istotny wpływ. Należą tu postanowienia odnośnie dostępu do sektora wytwarzania energii elektrycznej i wydobycia oraz importu gazu, dostępu do sieci energetycznych, budowy odcinków sieci służących bezpośrednio dostawom energii i gazu do odbiorców, instytucjonalnej struktury regulacji przedsiębiorstw energetycznych oraz nakładania na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązków w interesie publicznym. Regulacje zawarte w obu dyrektywach doczekały się już dość obszernego omówienia w polskiej literaturze przedmiotu²⁵, stąd też zostaną one przedstawione w dalszej części na tle rozwiązań przyjętych w nowych dyrektywach dotyczących rynku wewnętrznego z 2003 r.

W wyniku dyskusji, którą zapoczątkowało przedstawione przez Radę Europejską w Lizbonie w dniach 23–24.3.2001 r. wezwanie do Komisji, Rady i krajów członkowskich o przyspieszenie procesów liberalizacji rynków energetycznych i przedstawione następnie przez Komisję: komunikat w sprawie urzeczywistnienia wewnętrznego rynku energetycznego²⁶ oraz Zielona Księga „Ku europejskiej strategii bezpiecznych dostaw energii”²⁷, Komisja Europejska przygotowała pakiet propozycji nowych dyrektyw i rozporządzeń zmierzających m.in. do przyspieszenia procesów rozwoju konkurencji jako czynnika zwiększającego bezpieczeństwo energetyczne Europy. Chodzi tu w pierwszym rzędzie o nowe dyrektywy w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, jak i rozporządzenie Parlamentu i Rady UE w sprawie warunków dostępu stron trzecich w transgranicznym handlu energią elektryczną²⁸. Dyrektywy 2003/54/WE oraz 2003/55/WE przewidują przy tym znaczące zmiany dotychczasowych rozwiązań ilościowych jak i jakościowych w zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu. Zostaną one poniżej przedstawione.

²⁵ Zob. w szczególności: A. Jaroszyński, op.cit., s. 416 i n.

²⁶ COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r.

²⁷ Green Paper „Towards a European Strategy for the Security of Energy Supply”, COM (2000) 769 final, z 29.11.2000 r.

²⁸ Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, O.J. L 176/1 z 15.7.2003 r.

3. POSTANOWIENIA DYREKTYW Z 2003 ROKU NA TLE DOTYCHCZASOWEJ REGULACJI RYNKU WEWNĘTRZNEGO ENERGII ELEKTRYCZNEJ I GAZU

3.1. POSTANOWIENIA „ILOŚCIOWE”

W ramach postanowień ilościowych dyrektywy z roku 1996 i 1998 ustanawiały minimalny poziom otwarcia rynku energii elektrycznej i gazu, w postaci przyznania odbiorcom prawa dostępu do sieci, a tym samym swobody wyboru dostawcy energii i gazu, przy czym zamiarem obu dyrektyw w żadnym razie nie było pełne otwarcie rynku. W sektorze elektroenergetycznym otwarcie to miało wynosić 30% krajowego zużycia energii elektrycznej w roku 2000 i 35% w roku 2003²⁹, zaś w sektorze gazu ziemnego 20% krajowego zużycia gazu ziemnego w roku 2000 i 28% w roku 2003³⁰. Ponieważ, z jednej strony, wiele państw członkowskich otworzyło swoje rynki energetyczne w stopniu znacznie przekraczającym przedstawiony poziom minimalny, a z drugiej strony, istniejące wciąż przeszkody dla powstania w pełni funkcjonującego konkurencyjnego rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego wynikają – zdaniem prawodawcy wspólnotowego – m.in. właśnie z istniejących różnic w poziomie otwarcia rynków w poszczególnych krajach członkowskich³¹, obie dyrektywy z 2003 r. przewidują znacznie przyspieszone rozszerzenie zakresu zastosowania zasady dostępu stron trzecich do sieci (TPA) w stosunku do wszystkich odbiorców energii i gazu, które w dodatku ma w obu sektorach nastąpić równolegle w tym samym czasie. Już w propozycji dotyczącej wydania obu dyrektyw z 2001 r. Komisja argumentowała, iż jednoczesne otwarcie obu rynków ma bardzo istotne znaczenie z uwagi na coraz silniejsze powiązania pomiędzy sektorem elektroenergetycznym i sektorem gazu³².

²⁹ Por. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament „Completing the internal energy market” and proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas and proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 3; zob. także: art. 19 dyrektywy 96/92/WE.

³⁰ Ibidem; zob. także: art. 18 dyrektywy 98/30/WE.

³¹ Por. pkt 5 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE oraz pkt 6 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

³² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning common rules for the internal market in electricity and natural gas, O.J. 2001, C 240 E z 28.8.2001 r., s. 60 i n.

Zgodnie z art. 21 dyrektywy 2003/54/WE do 1.7.2004 jako odbiorcy uprawnieni, tzn. odbiorcy korzystający z prawa dostępu do sieci, będą traktowani wszyscy odbiorcy, którzy mieli nabyć to prawo zgodnie z postanowieniami dyrektywy 96/92/WE. Od 1.7.2004 odbiorcami uprawnionymi staną się wszyscy odbiorcy, nie będący odbiorcami komunalno-bytowymi (tzn. gospodarstwami domowymi), a od 1.7.2007 r. wszyscy pozostali odbiorcy. Jednakowo brzmiące postanowienia – w tym wypadku nawiązując do postanowień dyrektywy 98/30/WE – zawiera art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE w odniesieniu do otwarcia dostępu do sieci gazowych.

3.2. POSTANOWIENIA „JAKOŚCIOWE”

3.2.1. DOSTĘP DO SEKTORA WYTWARZANIA ENERGII

Dyrektywa 96/92/WE zmierzała do otwarcia rynku we wszystkich podsektorach elektroenergetyki, przy czym w rozdziale III poświęciła szczególną uwagę otwarciu dostępu do podsektora wytwarzania, mając na celu umożliwienie podjęcia działalności gospodarczej w tym podsektorze nowym podmiotom. Państwom członkowskim pozostawiono wybór pomiędzy trybem udzielania zezwoleń a trybem przetargowym w odniesieniu do budowy nowych jednostek wytwórczych, przy czym oba tryby winny były opierać się na obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących kryteriach (art. 4–6 dyrektywy 96/92/WE). W odniesieniu do sektora gazu przewidziano w art. 4 dyrektywy 98/30/WE jedynie tryb zezwoleń, jednakże jego zakres wyznaczono szerzej aniżeli w elektroenergetyce, bowiem państwa członkowskie mogły objąć obowiązkiem uzyskania zezwolenia nie tylko budowę instalacji gazowych, ale także ich eksploatację oraz dostarczanie gazu odbiorcom hurtowym.

Z uwagi na fakt, że niemal wszystkie kraje członkowskie zdecydowały się na tryb zezwoleń w sektorze energetycznym, który w większym stopniu sprzyja rozwojowi konkurencji aniżeli tryb przetargowy³³, dyrektywa 2003/54/WE nie przewiduje już tego ostatniego w odniesieniu do budowy nowych jednostek wytwórczych. Tryb przetargowy może być jednak wprowadzony przez państwa członkowskie w przy-

³³ W przypadku trybu przetargowego rozstrzyga się z reguły jedynie o przyznaniu prawa do budowy dodatkowych koniecznych mocy produkcyjnych; nowi producenci są tym samym dopuszczani do rynku tylko wówczas, gdy istniejące moce produkcyjne okażą się niewystarczające.

padku, gdy moce produkcyjne działające na podstawie udzielonych zezwoleń nie będą w stanie zapewnić bezpieczeństwa dostaw, wspierania rozwoju nowych technologii oraz realizacji celów ochrony środowiska (art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/54/WE)³⁴.

Już na gruncie regulacji dyrektywy 96/92/WE pojawiły się wątpliwości, czy państwa członkowskie mogą wprowadzić obowiązek uzyskania zezwolenia tylko i wyłącznie w odniesieniu do budowy nowych jednostek wytwórczych, czy też obowiązkiem uzyskania zezwolenia mogą objąć działalność także w pozostałych podsektorach, tzn. przesyłu, dystrybucji i handlu energią elektryczną. Dyrektywa 96/92/WE nie zawierała w tym zakresie żadnych postanowień, jednakże w pkt 29 uzasadnienia stwierdzała, że w odniesieniu do zaopatrywania odbiorców na określonym obszarze państwa członkowskie mogą przewidzieć obowiązek uzyskania koncesji lub zezwolenia. Tymczasem dyrektywa 2003/54/WE nie zawiera podobnych postanowień.

Należy tym samym zastanowić się, czy dyrektywa 2003/54/WE (podobnie jak dyrektywa 2003/55/WE) zezwala na wprowadzenie obowiązku koncesyjnego jedynie na te rodzaje działalności, które zostały wyraźnie wymienione, czy też zamiarem obu dyrektyw jest jedynie harmonizacja przepisów państw członkowskich w zakresie dostępu do podsektora wytwarzania energii elektrycznej oraz wydobywania i importu gazu (ewentualnie także rynku eksploatacji instalacji gazowych i handlu hurtowego gazem ziemnym), a tym samym, czy dyrektywy pozostawiają państwom członkowskim swobodę w zakresie regulowania dostępu do innych podsektorów: przesyłu, dystrybucji oraz handlu energią i paliwami gazowymi.

Z żadnego z postanowień obu dyrektyw nie wynika, iż nakazują one państwom członkowskim usunięcie wszelkich barier administracyjnych w dostępie do podsektorów nie wymienionych w art. 6 i 7 dyrektywy 2003/54/WE, bądź w art. 4 dyrektywy 2003/55/WE. Należałoby się w związku z tym opowiedzieć za rozwiązaniem, zgodnie z którym do wyłącznej kompetencji państw członkowskich należy uregulowanie zasad dostępu do tych podsektorów, z poszanowaniem jednak celów dyrektywy, tzn. rozwoju konkurencji i zapobieganiu dyskryminacji w dostępie do danego rynku. Twierdzenie to może się wprawdzie wydać nieuzasadnione w świetle wymienionych celów dyrektyw, które – pomimo znacznego wzmocnienia elementów regulacyjnych – w dalszym ciągu na pierwszym miejscu stawiają właśnie rozwój konkurencji na rynku energii i gazu³⁵.

³⁴ Por. pkt 22 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE.

³⁵ Por. pkt 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz pkt 2 dyrektywy 2003/55/WE.

Należy mieć jednak na uwadze fakt, iż obie dyrektywy odwołują się szeroko do zasady subsydiarności, pozostawiającej państwom członkowskim szeroki zakres swobody w odniesieniu do organizacji sektora energetycznego³⁶. Ponadto należy wskazać, iż prawo wspólnotowe nie wyłącza – co do zasady – swobody państw członkowskich w zakresie wprowadzania zezwoleń czy koncesji na działalność gospodarczą, o ile zasady ich udzielania odpowiadają zasadom prawa wspólnotowego, tzn. uwzględniają zasady niedyskryminacji, równego traktowania, wzajemnego uznania oraz proporcjonalności³⁷.

3.2.2. DOSTĘP STRON TRZECICH DO SIECI (*THIRD PARTY ACCESS*)

Najważniejszy instrument dla rozwoju konkurencji w sektorze elektroenergetycznym i gazowym stanowi tzw. zasada dostępu stron trzecich do sieci (ang. *Third Party Access*, niem. *Netzzugang Dritter*), przewidziana zarówno w dyrektywie 96/92/WE i 98/30/WE jak i obecnie w dyrektywie 2003/54/WE i 2003/55/WE. Stanowi ona w przypadku energetyki sieciowej podstawową przesłankę dla powstania i prawidłowego funkcjonowania konkurencji. Z uwagi na to, że z jednej strony podstawowym zamierzeniem dyrektyw jest wprowadzenie konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami zajmującymi się dostarczaniem energii elektrycznej i gazu, a z drugiej strony budowa równoległych odcinków sieci przez konkurenta dotychczasowego lokalnego dostawcy energii i gazu wiąże się z wysokimi kosztami inwestycyjnymi, które – abstrahując od pozostałych faktycznych i prawnych ograniczeń w budowie równoległej sieci – w praktyce uniemożliwiają podjęcie działalności przez konkurenta, możliwość korzystania z sieci energetycznych i gazowych należących do już działających na rynku przedsiębiorstw przez konkurencyjne przedsiębiorstwa energetyczne i ich odbiorców stanowi podstawowy warunek dla swobodnego handlu energią i gazem³⁸.

³⁶ Por. pkt 31 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE; pkt 30 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

³⁷ Por. np. Komunikat Komisji Europejskiej w sprawie wykładni przepisów dotyczących koncesji w prawie wspólnotowym – Commission interpretative communication on concessions under Community law, O.J. 2000, C 121/2 z 29.4.2000 r.; por. także na tle swobody zakładania przedsiębiorstw: A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 198 i n.

³⁸ Szerzej na temat znaczenia i źródeł zasady dostępu stron trzecich do sieci zob.: P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow, op.cit., s. 13 i n.; A. T. Szablewski, *Promowanie konkurencji i uwarunkowania wyboru metody regulacji cen energii i paliw*, [w:] *Liberalizacja sektora energetycznego i telekomunikacyjnego* (red. A. T. Szablewski), Warszawa 1998, s. 18 i n.; koncepcja dostępu stron trzecich do sieci ma swe źródło w wy-

Z uwagi na różnice występujące pomiędzy państwami członkowskimi w odniesieniu do organizacji sektora elektroenergetycznego i gazowego występujące przed liberalizacją rynków, dyrektywy z roku 1996 i 1998 dawały państwom członkowskim możliwość wyboru pomiędzy alternatywnymi modelami dostępu do sieci³⁹. W sektorze elektroenergetycznym zgodnie z art. 16 dyrektywy 96/92/WE były to: model wyłącznego nabywcy, uregulowany w art. 18 dyrektywy 96/92/WE (ang. *Single Buyer*, niem. *Alleinabnehmer*), model negocjowanego dostępu do sieci, uregulowany w art. 17 ust. 1 dyrektywy 96/92/WE (ang. *negotiated Third Party Access*, niem. *verhandelter Netzzugang*) oraz model regulowanego dostępu do sieci, uregulowany w art. 17 ust. 2 dyrektywy 96/92/WE (ang. *regulated Third Party Access*, niem. *geregelter Netzzugang*)⁴⁰. W sektorze gazowym państwa członkowskie mogły wybrać jedynie pomiędzy modelem negocjowanego a modelem regulowanego dostępu do sieci (art. 15 i 16 dyrektywy 98/30/WE).

Dyrektywy z roku 2003 wprowadzają daleko idące zmiany dotychczasowej wspólnotowej regulacji dostępu do sieci. Po pierwsze, całkowicie zrezygnowano z modelu wyłącznego nabywcy. Ponieważ żadne z państw członkowskich ostatecznie nie zdecydowało się na wprowadzenie tego modelu, praktyczne znaczenie tej zmiany jest niewielkie. Po drugie, nowe dyrektywy rezygnują także z modelu negocjowanego dostępu do sieci, a tym samym kluczową rolę w zapewnieniu równego i wolnego od dyskryminacji dostępu do sieci przypisano organom regulacyjnym⁴¹. Już

pracowanej na gruncie orzecznictwa antymonopolowego Stanów Zjednoczonych tzw. doktrynie „essential facilities” – na ten temat patrz m.in.: M. Będkowski-Koziół, *Wpływ amerykańskiej doktryny „essential facilities” na rozwój europejskiego prawa antymonopolowego*, PUG 2000, Nr 12, s. 2 i n.; J. Cave, E. Crowther, *Competition law approaches to regulating access to utilities: the essential facilities doctrine*, „Rivista Internazionale di Scienze Sociali” 1995, nr. 1, s. 141 i n.; Furse, *The „Essential Facilities” Doctrine in Community Law*, „European Competition Law Review” 1995, Vol. 16. No. 8, s. 469 i n.; S. Klaue, *Zur Rezeption der amerikanischen „essential-facility-doctrine” in das europäische und deutsche Kartellrecht*, „Recht der Energiewirtschaft” 1996, s. 51 i n.; K. Markert, *Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerungen des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen”*, [w:] *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker* (red. U. Immenga, W. Möschel, D. Reuter), Baden-Baden 1996, s. 661 i n.; por. także: G. Knieps, *Der disaggregierte Regulierungsansatz der Netzökonomie*, [w:] *Zwischen Regulierung und Wettbewerb – Netzsektoren in Deutschland*, red. G. Knieps, G. Brunekreeft, Heidelberg 2000, S. 17 i n.

³⁹ Por. pkt 10 i 11 uzasadnienia dyrektywy 96/92/WE.

⁴⁰ Na temat tych modeli zob.: A. Jaroszyński, op.cit., s. 435 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Świadczenie usług przesyłowych w zakresie...*, s. 751–754.

⁴¹ Por. pkt 15 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE i pkt 13 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

w przedstawionym przez Komisję Europejską projekcie nowych dyrektyw pojawiło się stwierdzenie, że dokonywana *ex ante* regulacja opłat i warunków dostępu do sieci nie tylko wspiera rozwój konkurencji, lecz stanowi także jej podstawową przesłankę, choć Komisja nie uzasadniła wówczas bliżej swego stanowiska⁴². Jednocześnie zmianie uległa w nowych dyrektywach sama koncepcja regulacji. Podczas, gdy na gruncie dyrektywy 96/92/WE i dyrektywy 98/30/WE przedmiotem regulacji były konkretne ceny i stawki opłat za świadczenie usług przesyłowych, to obecnie, na gruncie dyrektywy 2003/54/WE i dyrektywy 2003/55/WE regulacja może przybrać zarówno postać zatwierdzania *ex ante* cen i stawek opłat przedsiębiorstw sieciowych przez organ regulacyjny, jak i może polegać jedynie na ustalaniu *ex ante* normatywnych wytycznych odnośnie kształtowania cen za usługi przesyłowe, połączonym z następczą, a więc realizowaną *ex post*, kontrolą ich przestrzegania przez sieciowe przedsiębiorstwa energetyczne, przy czym kontrola ta może być dokonywana także np. przez organ antymonopolowy⁴³.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE państwa członkowskie winny wprowadzić w prawie krajowym system dostępu stron trzecich do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych oraz do instalacji LNG na podstawie opublikowanych taryf. Państwa członkowskie winny przy tym zapewnić, aby taryfy za świadczenie usług przesyłowych lub przynajmniej metody ich kształtowania podlegały przed ich wejściem w życie zatwierdzeniu bądź też ustaleniu przez organ regulacyjny zgodnie z art. 23 dyrektywy 2003/54/WE lub też art. 25 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE, i zostały opublikowane przed ich wejściem w życie.

Ponadto, dyrektywa 2003/55/WE poświęca odrębną uwagę zasadom dostępu do magazynów gazu ziemnego, w tym sieciowych instalacji sprężonego gazu, i związanych z tym usług technicznych (art. 19), a także osobno reguluje zasady dostępu do rurociągów technicznych gazu (art. 20 ust. 1).

W zakresie dostępu do magazynów gazu ziemnego⁴⁴ i sieciowych instalacji sprężonego gazu⁴⁵ oraz usług technicznych⁴⁶ państwa człon-

⁴² Patrz: COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 38.

⁴³ Zob. na ten temat patrz w literaturze niemieckiej: U. Bündenbender, *Nationalrechtliche Regelung des Netzzugangs in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsspielräume*, „Energierechtliche Tagesfragen” 2003, Z. 9, dodatek: „Special – Regulierung des Netzzugangs”, s. 2 i n.; P. Rosin, M. Krause, *Vorgaben der Beschleunigungsrichtlinie an eine ex-ante Regulierung*, „Energierechtliche Tagesfragen” 2003, Z. 9, dodatek: „Special – Regulierung des Netzzugangs”, s. 17 i n.

⁴⁴ Pod pojęciem „magazynu gazu” dyrektywa 2003/55/WE rozumie zgodnie z art. 2 pkt 9 instalacje służące do magazynowania gazu ziemnego należące do przedsiębior-

kowskie mają zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE możliwość wyboru pomiędzy systemem dostępu negocjowanego (art. 19 ust. 3), a systemem dostępu regulowanego (art. 19 ust. 4). W przypadku dostępu negocjowanego państwa członkowskie winny podjąć wszelkie niezbędne środki umożliwiające przedsiębiorstwom gazowniczym oraz uprawnionym odbiorcom wynegocjowanie z operatorem wymienionych urządzeń i instalacji lub przedsiębiorstwem, będącym ich właścicielem, dostępu do nich. Dostęp wchodzi w grę wówczas, gdy jest on ze względów technicznych lub też ekonomicznych konieczny dla efektywnej realizacji prawa dostępu do sieci oraz dostępu do usług technicznych. Dostęp do opisywanych urządzeń został tym samym powiązany z dostępem do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych. Chodzi przy tym o umożliwienie konkurentom przedsiębiorstw gazowniczych oraz ich odbiorcom korzystania z instalacji magazynowych m.in. w celu optymalizacji kosztów zakupu gazu na zliberalizowanym rynku i lepszego dostosowania portfela zakupów do własnych potrzeb⁴⁷. Chodzi też przy tym o wprowadzenie przejrzystych zasad dla funkcjonowania rynku bilansującego⁴⁸. Państwa członkowskie winny zobowiązać przedsiębiorstwa gazownicze do opublikowania istotnych warunków umów o świad-

stwa gazowniczego lub przezeń eksploatowane, włączając w to wykorzystywaną do magazynowania część instalacji LNG. Wyłączone spod tego pojęcia, a tym samym spod regulacji art. 19 dyrektywy 2003/55/WE, są instalacje służące operatorowi sieci przesyłowej do wykonywania jego funkcji. Chodzi tu przede wszystkim o instalacje magazynowe, z pomocą których operator dokonuje bilansowania gazu w sieci.

⁴⁵ Pod pojęciem sprężania gazu w sieciach (buforowania sieci) należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 14 dyrektywy 2003/55/WE magazynowanie gazu poprzez jego sprężanie w rurociągach przesyłowych i dystrybucyjnych. Podobnie jak w przypadku magazynów gazu wyłączone spod tego pojęcia, a tym samym spod regulacji art. 19 dyrektywy 2003/55/WE, są instalacje służące operatorowi sieci przesyłowej do wykonywania jego funkcji.

⁴⁶ Usługami technicznymi są w rozumieniu art. 2 pkt 14 wszelkie usługi niezbędne dla eksploatacji i dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, magazynów gazu i instalacji LNG, włączając to urządzenia służące bilansowaniu i mieszaniu gazu w sieciach, z wyłączeniem instalacji służących operatorowi sieci przesyłowej wyłącznie do wykonywania jego funkcji.

⁴⁷ Por. uwagi Komisji Europejskiej do pierwotnego projektu nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu: COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 42.

⁴⁸ Ibidem, s. 42, przyp. 7; por. także raporty Komisji Europejskiej dot. realizacji rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu: Commission Staff Working Paper „First benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market”, SEC (2001) 1957 z 3.12.2001 r., uaktualniona wersja z marca 2002 r. (SEC (2002) 1038), s. 17 i n.; Commission Staff Working Paper „Second benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market”, SEC (2003) 448, z 7.4.2003 r., s. 23 i n.

czenie usług dostępu w terminie sześciu miesięcy od momentu transpozycji przepisów dyrektywy do prawa krajowego, a następnie corocznie. W przypadku dostępu regulowanego, o którym mowa w art. 19 ust. 4 dyrektywy 2003/55/WE, świadczenie usług następuje na podstawie opublikowanych taryf (oraz ewentualnie na podstawie innych opublikowanych warunków świadczenia usług). Prawo dostępu do magazynów gazu, instalacji sprężonego gazu oraz usług technicznych może być realizowane także poprzez umożliwienie uprawnionym odbiorcom zawierania umów dostaw gazu z przedsiębiorstwami gazowniczymi, będącymi konkurentami właściciela lub operatora sieci albo z przedsiębiorstwami przesyłowymi.

W zakresie dostępu do rurociągów technicznych⁴⁹ przepis art. 20 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE stanowi jedynie, iż państwa członkowskie winny jednoznacznie postanowić, w jaki sposób i na jakich zasadach przedsiębiorstwa gazownicze oraz uprawnieni odbiorcy będą mogli korzystać z prawa dostępu do tych instalacji. Państwa członkowskie winny jednak uwzględnić przy tym takie cele, jak otwarty dostęp do instalacji na sprawiedliwych warunkach, tworzenie konkurencyjnego rynku gazu ziemnego, zapobieganie nadużyciu pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa, będące operatorami rurociągów technicznych, biorąc jednocześnie pod uwagę bezpieczeństwo i regularność dostaw, warunki techniczne i dostępne moce przesyłowe oraz wymogi ochrony środowiska. Z tego względu odmowa dostępu do rurociągów technicznych jest możliwa z uwagi na brak technicznych warunków świadczenia usług dostępu, czy też uzasadnione interesy inwestycyjne przedsiębiorstwa wydobywczego, będącego operatorem rurociągów technicznych (art. 20 ust. 2 lit. a – c dyrektywy 2003/55/WE). Jednocześnie państwa członkowskie są zobowiązane do stosowania krajowych przepisów i procedur w zakresie udzielania zezwoleń na poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie gazu ziemnego w zgodzie z prawem wspólnotowym (art. 20 ust. 2 lit. d dyrektywy 2003/55/WE). Państwa członkowskie zobowiązane są wreszcie – zgodnie z art. 20 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE – do zagwarantowania sprawnych procedur rozstrzygania sporów związanych z przyznawaniem dostępu do rurociągów technicznych, zapewniających realizację zasad z art. 20 ust. 2.

⁴⁹ Rurociągi techniczne zostały zdefiniowane w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2003/55/WE jako rurociągi lub sieć rurociągów, których eksploatacja lub budowa stanowi część instalacji służącej wydobywaniu gazu ziemnego lub ropy naftowej, bądź które są wykorzystywane do transportu gazu z takich urządzeń i instalacji do instalacji wzbogacania gazu, terminali gazowych lub położonych na wybrzeżu terminali załadunkowych.

Odmowa dostępu do elektroenergetycznych sieci przesyłowych i dystrybucyjnych wchodzi w grę – zgodnie z art. 20 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE – w sytuacji, gdy ich operator nie dysponuje wystarczającymi mocami przesyłowymi. Winien on przy tym szczegółowo uzasadnić przyczyny odmowy (art. 20 ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2003/54/WE). Wydaje się także, iż obok niewystarczającej przepustowości sieci, powodem odmowy świadczenia usług przesyłowych mogą być również negatywne skutki świadczenia tych usług dla wypełnienia przez przedsiębiorstwo przesyłowe jego zobowiązań z zakresu użyteczności publicznej. Wniosek taki wynika z faktu, iż zgodnie z art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie mogą odstąpić od zastosowania przepisu art. 20 dyrektywy 2003/54/WE w sytuacji nałożenia na przedsiębiorstwa przesyłowe zobowiązań w interesie publicznym⁵⁰. Na tle tej regulacji pojawia się pytanie, jak dalece inne przyczyny uniemożliwiające świadczenie usług przesyłowych, aniżeli przyczyny techniczne, mogą być wzięte pod uwagę przy rozważaniu przesłanek „za” i „przeciw” konkretnemu roszczeniu o dostęp do sieci. Chodzi tu o przesłanki odmowy mające na celu ochronę słuszných interesów ekonomicznych właściciela lub operatora sieci, jak na przykład ochrona przed niewypłacalnością ze strony podmiotu ubiegającego się o świadczenie usług przesyłowych. Ponieważ jednak już pod rządami dyrektywy 96/92/WE, która pośród przesłanek uzasadniających odmowę świadczenia usług przesyłowych wymieniała jedynie przyczyny techniczne i utrudnienia w realizacji zadań użyteczności publicznej, państwa członkowskie przewidywały w krajowych porządkach prawnych przesłanki odmowy o charakterze ekonomicznym, i nie zostały one jak dotychczas zakwestionowane przez organy Wspólnoty, można stwierdzić, iż dyrektywa 2003/54/WE – pomijając rozbudowany obowiązek uzasadnienia decyzji odmownej przez przedsiębiorstwo przesyłowe – nie wprowadziła w tym zakresie znaczących jakościowych zmian.

Podobne przesłanki odmowy, jak w przypadku sieci elektroenergetycznych przewiduje art. 21 dyrektywy 2003/55/WE w odniesieniu do sieci gazowych. Ponadto art. 21 ust. 1 w zw. z art. 27 dyrektywy 2002/55/WE przewiduje dodatkową przesłankę odmowy dostępu do sieci związaną ze stosowaniem klauzul *take-or-pay* w międzynarodowym handlu gazem ziemnym. Zgodnie z tą regulacją odmowa dostępu do sieci gazowych jest wówczas uzasadniona, gdy z uwagi na uprzednio zawarte umowy, na podstawie których przedsiębiorstwo przesyłowe jest zobowiązane do zapłaty za określoną ilość paliw gazowych niezależnie od faktycznie pobranej ich ilości, przedsiębiorstwo mogłoby popaść w po-

⁵⁰ Szerzej na ten temat zob. niżej pkt 3.2.6. i 3.2.7.

ważne trudności gospodarcze i finansowe. Chodzi o sytuację, kiedy realizacja roszczenia o świadczenie usług przesyłowych zmusiłaby przedsiębiorstwo przesyłowe do zmniejszenia przesyłu zakupionego przez siebie gazu, podczas gdy na mocy wiążących je klauzul *take-or-pay* za gaz nieodebrany od swego kontrahenta przedsiębiorstwo to i tak musiałoby uiścić zapłatę. W takiej sytuacji państwa członkowskie mogą wyjątkowo, informując wpierw Komisję Europejską, wyłączyć na określony czas stosowanie przepisu art. 18 dyrektywy 2003/55/WE. Wyłączenie zastosowania art. 18 dyrektywy 2003/55/WE następuje na wniosek przedsiębiorstwa przesyłowego, który winien być złożony przed właściwym organem krajowym albo zanim nastąpi odmowa świadczenia usług przesyłowych, albo niezwłocznie po odmowie. Podejmując decyzję Komisja Europejska i właściwy organ krajowy biorą pod uwagę kryteria wymienione w art. 27 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE.

3.2.3. ZASADY DOTYCZĄCE FUNKCJONOWANIA OPERATORÓW SIECI PRZESYŁOWYCH I DYSTRYBUCYJNYCH

W odniesieniu do zasad funkcjonowania operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych dyrektywy 2003/54/WE oraz 2003/55/WE, obok powtórzenia i częściowego doprecyzowania zadań i obowiązków tych podmiotów, które były zawarte już w dyrektywach 96/92/WE⁵¹, wprowadzają dwie istotne nowe regulacje. Chodzi tu mianowicie o regulacje dotyczące separacji operatorów sieci oraz o regulacje dotyczące zasad organizowania przez operatorów sieci tzw. rynku bilansującego. Wprowadzenie tych regulacji jest bezpośrednim wynikiem konsultacji, jakie były prowadzone w ramach tzw. forum florenckiego – w zakresie funkcjonowania rynku elektroenergetycznego, oraz tzw. forum madryckiego – w zakresie funkcjonowania rynku gazu ziemnego, i wynikających z nich konkluzji odnośnie podstawowych przeszkód dla funkcjonowania konkurencyjnego rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, w tym w szczególności doświadczeń z korzystania z zasady TPA, pod rządami dyrektywy 96/92/WE oraz 98/30/WE⁵².

⁵¹ Por. art. 7–9 dyrektywy 96/92/WE oraz art. 9 i 11–12 dyrektywy 2003/54/WE w zakresie obowiązków operatorów elektroenergetycznych sieci przesyłowych; art. 10–12 dyrektywy 96/92/WE oraz art. 13–14 i 16 dyrektywy 2003/54/WE w zakresie obowiązków operatorów elektroenergetycznych sieci dystrybucyjnych; art. 6–7 – dyrektywy 98/30/WE oraz art. 7–8 i 10 dyrektywy 2003/55/WE w zakresie obowiązków operatorów przesyłowych rurociągów gazu; art. 9–11 dyrektywy 98/30/WE oraz art. 11–12 i 14 dyrektywy 2003/55/WE w zakresie obowiązków operatorów dystrybucyjnych rurociągów gazu.

⁵² Patrz: Commission Staff Working Paper „First benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market”, SEC (2001) 1957 z 3.12.2001 r.,

Pierwszą z nowych regulacji obu dyrektyw w tym zakresie, która ma przeciwdziałać dyskryminacji w dostępie do sieci, a tym samym służyć rozwojowi konkurencji w sektorze energetycznym, tworzą przepisy dotyczące tzw. odseparowania (ang. *unbundling*, niem. *Entflechtung*) operatora sieci przesyłowych i dystrybucyjnych od innych podsektorów działalności energetycznej, tzn. produkcji energii elektrycznej bądź wydobycia i importu gazu ziemnego oraz obrotu energią elektryczną i paliwami gazowymi, w ramach pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych. Z uwagi na fakt, iż operatorzy sieci często funkcjonują w ramach pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw, bądź też przynajmniej podejmują działalność handlową, obok działalności przesyłowej lub dystrybucyjnej, mają ono skłonność do wykorzystywania swej monopolistycznej pozycji na rynku przesyłu i dystrybucji do uprzywilejowania własnych jednostek wytwórczych (w ramach zintegrowanego przedsiębiorstwa) lub też energii przez siebie zakupionej, a tym samym do utrudniania konkurentom lub odbiorcom zawierania umów sprzedaży energii elektrycznej lub gazu z pominięciem ich pośrednictwa, poprzez utrudnianie dostępu do własnych sieci⁵³. W celu uniknięcia takiej sytuacji ekonomia sieci, a w szczególności tzw. dezintegracyjny model regulacji⁵⁴, postuluje właśnie odseparowanie opera-

uaktualniona wersja z marca 2002 r. (SEC (2002) 1038); Commission Staff Working Paper „Second benchmarking report on the implementation of the internal electricity and gas market”, SEC (2003) 448, z 7.4.2003 r.

⁵³ Por. uwagi Komisji Europejskiej do pierwotnego projektu nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu: COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 40 i n.; L. Hancher, *Cross-subsidization in Community Law* [w:] tenże (red.), *Expert Meeting The European Energy Market: Reconciling Competition and Security of Supply*, Europäische Rechtsakademie Trier Vol. 13, Bundesanzeiger Köln 1995, s. 113 i n.

⁵⁴ W literaturze niemieckiej model ten funkcjonuje jako „disaggregierter Regulierungsansatz der Netzökonomie” i został opracowany oraz przedstawiony w pracach G. Kniepsa – patrz: tenże, *Der disaggregierte Regulierungsansatz...*, s. 7 i n.; tenże, *Wettbewerb in Netzen*, Tübingen 1996; tenże, *Netzökonomie – ein disaggregierter Ansatz* [w:] *Transeuropäische Netze*, red. W. Zippel, Baden-Baden 1996, s. 11 i n.; model ten jest prezentowany także w pracach innych autorów, np.: G. Brunekreeft, ‘Access pricing’ und Diskriminierung [w:] *Zwischen Regulierung und Wettbewerb – Netzsektoren in Deutschland*, red. G. Knieps, G. Brunekreeft, Heidelberg 2000, s. 23 i n.; W. Eickhoff, D. Kreikenbaum, *Die Liberalisierung der Märkte für leitungsbundene Energien*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 1998, s. 666 i n.; J. Kruse, *Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem* [w:] *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen – Festschrift für Ingo Schmidt*, red. J. Kruse, K. Stockmann, L. Vollmer, Baden-Baden 1997, s. 247 i n.; z literatury polskiej por.: M. Ratajczak, *Prywatyzacja i deregulacja w sferze infrastruktury*, RPEiS 2000, z. 1, s. 71 i n., w szczególności ss. 78–80.

tora sieci od pozostałych podsektorów przemysłu elektroenergetycznego albo gazowniczego. Zakres tej separacji może przy tym wykazywać różny stopień intensywności⁵⁵, poczynając jedynie od separacji rachunkowej (ang. *unbundling of accounts*, niem. *buchhalterisches* albo *rechnungsmäßiges Unbundling*)⁵⁶, poprzez tzw. separację organizacyjną lub funkcjonalną (ang. *management unbundling*, niem. *Verwaltungsunbundling*, *organisatorisches Unbundling* albo *funktionelles Unbundling*)⁵⁷ oraz tzw. separację prawną (ang. *legal unbundling*, niem. *gesellschaftsrechtliches* albo *organisationsrechtliches Unbundling*)⁵⁸, aż po stanowiącą najgłębszą ingerencję w funkcjonowanie pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw tzw. separację własnościową (ang. *ownership unbundling*, niem. *eigentumsrechtliches Unbundling*)⁵⁹. Ta ostatnia jednakże, z uwagi na bardzo głęboką ingerencję w sferę konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych przedsiębiorców, w szczególności wolność działalności gospodarczej i prawo własności, w praktyce wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy sektor energetyczny znajduje się w rękach państwa⁶⁰.

Art. 14 ust. 3 dyrektywy 96/92/WE oraz art. 13 ust. 3 dyrektywy 98/30/WE zawierały jedynie przepisy dotyczące tzw. separacji księgowej w przypadku pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych⁶¹. Dyrektywy 2003/54/WE oraz 2003/55/WE przewidują zaostrze-

⁵⁵ Patrz porównanie poszczególnych rodzajów separacji: Ch. Koenig, J. Kühling, W. Rasbach, *Das energierechtliche Unbundling-Regime*, „Recht der Energiewirtschaft” 2003, Z. 9, s. 221 i n.; J. F. Baur, A. Lückenbach, *Fortschreitende Regulierung der Energiewirtschaft*, Baden-Baden 2002, s. 80 i n.

⁵⁶ Zgodnie z którą, pionowo zintegrowane przedsiębiorstwa są zobowiązane do prowadzenia odrębnych kont dla poszczególnych rodzajów działalności i szczebli obrotu, w tym przesyłu i dystrybucji.

⁵⁷ Zgodnie z którą, pionowo zintegrowane przedsiębiorstwa są zobowiązane do wprowadzenia odrębnego zarządu dla poszczególnych rodzajów działalności.

⁵⁸ Zgodnie z nią, poszczególne rodzaje działalności winny być wykonywane poprzez odrębne spółki lub samodzielne jednostki organizacyjne, przy czym prawa własności udziałów lub akcji pozostają w rękach „spółki-matki”.

⁵⁹ Separacja własnościowa wymaga całkowitego podziału zintegrowanych przedsiębiorstw, także w sferze prawa własności i prowadzi tym samym całkowitej strukturalnej dezintegracji tych przedsiębiorstw. Z tego też względu jest ona określana mianem „prawdziwej separacji”.

⁶⁰ Szerzej na ten temat: J. F. Baur, A. Lückenbach, op.cit., s. 81 i n.; por. także: J. Kruse, op.cit., s. 258; A. Sinclair, *Vertical Integration in the Electricity Supply Industry: Competition and Investment Issues*, [w:] *Towards Competition in Network Industries*, red. P. J. J. Welfens, G. Yarrow, R. Grinberg, C. Graack, Berlin et al. 1999, s. 300.

⁶¹ Przedsiębiorstwa energetyczne winne były prowadzić odrębną księgowość dla przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej i gazu (a także dla magazynowania gazu)

nie i rozbudowę przepisów dotyczących separacji, co zresztą od początku należało do najważniejszych celów reformy wspólnotowego reżimu prawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, obok przyspieszenia tempa otwarcia rynku oraz wprowadzenia obligatoryjnej regulacji dostępu do sieci⁶². Dyrektywy wymagają od państw członkowskich wprowadzenia przepisów prawnych nakazujących – wspomnianą powyżej – separację prawną, polegającą na wydzieleniu operatora sieci w odrębną spółkę, niezależną od pozostałych spółek lub oddziałów wchodzących w skład zintegrowanego pionowo przedsiębiorstwa energetycznego, co zdaniem prawodawcy wspólnotowego stanowi podstawową przesłankę skutecznego i wolnego od dyskryminacji dostępu do sieci energetycznych i gazowych⁶³. Nie zdecydowano się natomiast na wprowadzenie separacji własnościowej, bowiem z uwagi na treść art. 295 TWE, zgodnie z którym Traktat nie narusza porządku prawa własności państw członkowskich, Wspólnocie brak było w tym zakresie odpowiednich kompetencji⁶⁴. Tak daleko sięgająca ingerencja naruszałaby ponadto wyrażoną w art. 5 ust. 3 TWE zasadę proporcjonalności⁶⁵, choć i tak pojawiły się głosy, że regulacje dotyczące separacji prawnej, w tym kształcie, w jakim zostały ujęte w obu dyrektywach, naruszają wspomniane zasady prawa wspólnotowego⁶⁶.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE operator sieci przesyłowych oraz operator sieci dystrybucyjnej musi – przynajmniej w odniesieniu do swej formy prawnej, organizacji i kompetencji decyzyjnych – być niezależny od pozostałych dziedzin działalności realizowanych w ramach pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych. Jako, że wydzielenie działalności sieciowej może być niewystarczające dla zagwarantowania niezależności operatora, prze-

oraz osobno dla działalności nie związanej z rynkiem energii elektrycznej i gazu. W przypadku ustanowienia modelu wyłącznego nabywcy w sektorze elektroenergetycznym, zintegrowane przedsiębiorstwo energetyczne, któremu przyznano prawa wyłączne w zakresie zakupu energii elektrycznej, działalność produkcyjna i przesyłanie energii winny być zarządzane odrębnie od zakupu energii (art. 15 ust. 1 dyrektywy 96/92/WE) – zob. szerzej: A. Jaroszyński, op.cit., s. 434 i n.

⁶² Por. projekty obu dyrektyw: COM (2001) 125 final; COM (2002) 304 final; oraz dokument Komisji Europejskiej w sprawie realizacji rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, SEC (2003) 448 z 7.4.2003 r., s. 14 i n.

⁶³ Por. pkt 8 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE oraz pkt 10 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

⁶⁴ Zob.: pkt 8 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE (3 akapit); pkt 10 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

⁶⁵ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, t. I, Warszawa 2000, Nb. 1140 i n.

⁶⁶ J. F. Baur, A. Lückenbach, op.cit., s. 71 i n. i s. 82 i n.

pisy art. 10 ust. 2 i art. 15 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE przewidują dodatkowe instrumenty służące realizacji tego celu. Po pierwsze, osoby odpowiedzialne za zarządzanie sieciami nie mogą wchodzić w struktury zarządzające zajmujące się na bieżąco – bezpośrednio lub pośrednio – wytwarzaniem, dostawami (obrotem) energią lub też inną działalnością sieciową – dystrybucyjną w przypadku przesyłu lub przesyłową w przypadku dystrybucji (art. 10 ust. 2 lit. a; art. 15 ust. 2 lit. a dyrektywy 2003/54/WE). Regulacja ta ma zapobiec ewentualnym konfliktom interesów. Po drugie, muszą być podjęte środki, aby niezależność tych osób została zagwarantowana poprzez wystarczające uwzględnienie ich interesów zawodowych (art. 10 ust. 2 lit. b; art. 15 ust. 2 lit. b dyrektywy 2003/54/WE). Chodzi o uniknięcie sytuacji, w których osoby te, dla poprawienia możliwości własnej kariery zawodowej, traktowałyby w sposób uprzywilejowany przedsiębiorstwa wchodzące w skład zintegrowanego pionowo przedsiębiorstwa energetycznego (np. spółkę matkę) przy podejmowaniu decyzji. Po trzecie, operator sieci musi mieć zapewnione prawo do podejmowania samodzielnych decyzji w zakresie zarządzania eksploatacją, remontami i rozbudową majątku sieciowego w ramach ograniczeń wynikających z powiązań kapitałowych (art. 10 ust. 2 lit. c i art. 16 ust. 2 lit. c dyrektywy 2003/54/WE). Przedsiębiorstwo zintegrowane (spółka matka, grupa kapitałowa) winna mieć przy tym zagwarantowane pełne prawo nadzoru⁶⁷. Po czwarte, operatorzy sieci przesyłowych i dystrybucyjnych winni sporządzić program zapewnienia niedyskryminującego zarządzania sieciami, włącznie z wyszczególnieniem odpowiednich obowiązków pracowników w tym zakresie. Obowiązek sporządzenia programu spoczywa na specjalnie do tego celu powoływanym przez operatora sieci „rzeczniku równego traktowania kontrahentów”, który ma nadzorować prawidłową realizację programu.

W celu uniknięcia nadmiernych obciążeń administracyjnych i finansowych po stronie małych przedsiębiorstw dystrybucyjnych, państwa członkowskie mogą wyłączyć stosowanie przepisów dotyczących separacji prawnej operatorów sieci dystrybucyjnych w stosunku do zintegrowanych pionowo przedsiębiorstw elektroenergetycznych, które zaopatrują mniej niż 100.000 odbiorców (art. 15 *in fine* dyrektywy 2003/54/WE). Należy też wskazać, iż zgodnie z art. 17 dyrektywy 2003/54/

⁶⁷ Tak: Ch. Koenig, J. Kühling, W. Rasbach, *Das energierechtliche Unbundling-Regime*, „Recht der Energiewirtschaft” 2003, s. 227; krytycznie na temat tej regulacji, jako niewspółmiernie ograniczającej swobodę działalności gospodarczej, wypowiedzieli się w literaturze niemieckiej: J. F. Baur, A. Lückenbach, *op.cit.*, s. 79 i n.

WE regulacja art. 10 i 15 nie stoi na przeszkodzie powołaniu tzw. operatora „mieszanego” (ang. *combined operator*, niem. *Kombinationsnetzbetreiber*), przesyłowo-dystrybucyjnego, który będzie zarządzał zarówno siecią przesyłową jak i dystrybucyjną. W celu zapewnienia jego niezależności należy jedynie podjąć te same środki, o których mowa w art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/54/WE.

W odniesieniu do sieci gazowych art. 9, 13 i 15 dyrektywy 2003/55/WE przewidują te same środki, co art. 10 ust. 1 i 2, art. 15 ust. 1 i 2 oraz art. 17 dyrektywy 2003/54/WE. W tym przypadku operator „mieszany” może podjąć się oprócz zarządzania siecią przesyłową i dystrybucyjną, także zarządzania instalacjami LNG oraz magazynami gazu.

Obok przepisów dotyczących separacji prawnej działalności sieciowej obie dyrektywy zawierają także regulacje dotyczące separacji księgowej. Zgodnie z art. 19 dyrektywy 2003/54/WE i art. 17 dyrektywy 2003/55/WE przedsiębiorstwa energetyczne winny prowadzić odrębne rachunki dla działalności przesyłowej i dystrybucyjnej oraz pozostałych dziedzin działalności w energetyce – co było przewidziane już w art. 14 ust. 3 dyrektywy 96/92/WE oraz w art. 13 ust. 3 dyrektywy 98/30/WE – a ponadto odrębne rachunki za dostarczanie energii i paliw gazowych dla odbiorców uprawnionych do korzystania z TPA i za dostarczanie energii i paliw gazowych do odbiorców nieuprawnionych do korzystania z TPA, jednakże jedynie do dnia 1.7.2007 r., tzn. do momentu całkowitego otwarcia rynków energii elektrycznej i gazu. Wyłączenie spod tego obowiązku dotyczy jedynie przedsiębiorstw gazowniczych działających na rynkach izolowanych lub wschodzących (art. 17 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 28 ust. 2 i 4 dyrektywy 2003/55/WE).

Drugim – obok separacji – instrumentem umożliwiającym pełne korzystanie z zasady dostępu stron trzecich do sieci, a tym samym przyczyniającym się do urzeczywistnienia idei opartego na konkurencji rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, są regulacje dotyczące funkcjonowania tzw. rynku bilansującego. Rynek bilansujący odgrywa niezmiernie istotną rolę w handlu energią i paliwami gazowymi na zliberalizowanym rynku, bowiem stanowi on „najwyższą instancję” dla zbilansowania podaży i popytu⁶⁸. Na tym rynku są zawierane transakcje służące zbilansowaniu energii lub gazu faktycznie wprowadzonych do sieci (na podstawie zawartych umów dostawy), a energii lub paliw ostatecznie pobranych z sieci przez odbiorców. Za

⁶⁸ Por. na ten temat: SEC (2001) 1957 z 3.12.2001 r., uaktualniona wersja z marca 2002 r. (SEK (2002) 1038), s. 13 i n. (dot. usług bilansowych w elektroenergetyce), s. 17 i n. (dot. usług bilansowych w gazownictwie).

zbilansowanie energii i paliw gazowych w sieciach odpowiada najczęściej operator systemu przesyłowego, oferujący podmiotom korzystającym z jego sieci, tzw. usługi bilansowe⁶⁹. Usługi te polegają w uproszczeniu na tym, że w przypadku, gdy odbiorca pobierze z sieci większą ilość energii i paliw gazowych, aniżeli uprzednio zakontraktowaną z dostawcą, brakującą ilość zakupuje u operatora systemu przesyłowego, będącego w tym wypadku operatorem rynku bilansującego. Ponieważ trudno jest określić z góry precyzyjnie, jaki będzie faktyczny pobór energii czy gazu, zasady uczestniczenia w rynku bilansującym oraz oferowana na nim cena – które są ustalane przez operatora tego rynku – mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie zliberalizowanego rynku energetycznego, a w szczególności na korzystanie przez konkurentów operatora systemu przesyłowego i uprawnionych odbiorców z zasady TPA. Nieprzejrzystość tych zasad i wygórowana cena mogą bowiem skutecznie zniechęcać do korzystania z możliwości, jakie oferuje konkurencja na rynku energii i gazu. Równie istotne jest także, na jakich zasadach operator rynku bilansującego dokonuje zakupów energii i paliw gazowych w celu świadczenia usług bilansujących, w sytuacji, gdy nie dysponuje on własnymi mocami wytwórczymi.

Z uwagi na to, iż dotychczasowe dyrektywy w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu nie regulowały tego zagadnienia, a z drugiej strony w trakcie prac forum florenckiego i madryckiego podniesiono, iż dotychczasowy stan w zakresie świadczenia usług systemowych, w tym w szczególności usług rynku bilansującego, stanowi jedną z istotniejszych przeszkód na drodze rozwoju konkurencyjnego rynku energii elektrycznej i gazu, Komisja Europejska przedstawiła już w pierwszym projekcie nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, odpowiednie regulacje w tej materii⁷⁰. Znalazły one swój ostateczny wyraz w regulacji art. 11 ust. 6 i 7 dyrektywy 2003/54/WE w odniesieniu do operatorów elektroenergetycznych sieci przesyłowych, art. 14 ust. 5 i 6 dyrektywy 2003/54/WE w odniesieniu do operatorów elektroenergetycznych sieci dystrybucyjnych, w art. 8 ust. 2 i 4 dyrektywy 2003/55/WE w odniesieniu do operatorów gazowych sieci przesyłowych i w art. 12 ust. 5 dyrektywy 2003/55/WE w odniesieniu do operatorów gazowych sieci dystrybucyjnych. Zgodnie z tymi przepisami, operatorzy sieci przesyłowych mają obo-

⁶⁹ Stanowią one część usług określanych w polskiej terminologii jako tzw. usługi systemowe.

⁷⁰ Por. uzasadnienie do pierwotnego projektu nowych dyrektyw: COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 42; patrz także: pkt 17 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE; pkt 15 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

wiązek zakupu energii lub paliw gazowych, służących do świadczenia usług bilansowych, na podstawie przejrzystej, niedyskryminacyjnej i rynkowej procedury. Ponadto, warunki świadczenia usług bilansujących przez operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, które także muszą odpowiadać powyższym kryteriom, jak również opłaty i taryfy za świadczenie tych usług winny być ustalane, publikowane i wchodzić w życie na podstawie procedury, który odpowiada procedurze regulacji warunków i taryf za usługi przesyłowe. Tym samym regulator (lub inny organ krajowy) winien posiadać uprawnienie do ustalania lub zatwierdzania warunków świadczenia usług bilansujących i – co najmniej – metod kalkulacji taryf i stawek opłat za te usługi (art. 11 ust. 7 i art. 14 ust. 6 w zw. z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE; art. 8 ust. 2 i art. 12 ust. 5 w zw. z art. 25 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE)⁷¹.

3.2.4. UMOŻLIWIENIE BUDOWY BEZPOŚREDNICH ODCINKÓW SIECI

Obok możliwości zakupu energii elektrycznej lub gazu od dowolnego producenta lub dostawcy i ich transportu poprzez sieci innego przedsiębiorstwa sieciowego, nie uczestniczącego w samej transakcji zakupu, w sektorze energetycznym pojawia się jeszcze dodatkowa możliwość pobudzenia konkurencji. Chodzi mianowicie o umożliwienie budowy odcinków sieci łączących bezpośrednio odbiorcę z wybranym przez niego producentem lub dostawcą i wykluczenie tym samym pośrednictwa lokalnego przedsiębiorstwa sieciowego w zakresie transportu zakupionej energii lub paliw gazowych. Z uwagi na fakt, iż dostarczanie energii i paliw może się odbywać praktycznie wyłącznie za pośrednictwem sieci, a urządzenia i instalacje wytwórcy lub dostawcy mogą się znajdować w znacznej odległości od odbiorcy, przedsiębiorstwa energetyczne, które chcą wejść w konkurencję z lokalnym przedsiębiorstwem zaopatrzenia w energię lub gaz, i zaopatrywać jego dotychczasowych odbiorców za pomocą bezpośrednich połączeń sieciowych, zmuszone są uzyskać prawo do prowadzenia tych sieci na gruntach należących do osób trzecich. Tym samym obok prawa dostępu stron trzecich do sieci, rozwojowi konkurencji sprzyjać będzie także zagwarantowanie swobody w zakresie budowy (prowadzenia) odcinków sieci, służących do bezpośredniego zaopatrywania odbiorców. Wprawdzie – co należy w tym miejscu podkreślić – prawo do budowy bezpośrednich odcinków sieci nie będzie w stanie przynieść tych samych efektów

⁷¹ Pkt 17 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE; pkt 15 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

w zakresie rozwoju konkurencji, co prawo dostępu stron trzecich do sieci, jednakże w pewnych konstelacjach jest to atrakcyjna alternatywa dla zainteresowanych przedsiębiorstw energetycznych i ich odbiorców, i może ona wywoływać pozytywne impulsy dla rozwoju konkurencji na rynku operatorów sieciowych, chociażby poprzez presję na obniżkę stawek opłat za usługi przesyłowe.

Z tego względu zagadnienie to stało się przedmiotem regulacji już w art. 21 dyrektywy 96/92/WE oraz w art. 20 dyrektywy 98/30/WE. Obecne regulacje w tej materii, zawarte w art. 22 dyrektywy 2003/54/WE oraz w art. 24 dyrektywy 2003/55/WE, powtarzają wprawdzie regulacje poprzednich dyrektyw, z uwagi jednak na fakt, iż problematyka ta nie była jak dotychczas przedmiotem jakichkolwiek opracowań w polskim piśmiennictwie przedmiotu, słuszne wydaje się bliższe jej omówienie.

Zgodnie z definicją bezpośrednich odcinków sieci (ang. *direct line*, niem. *Direktleitung*), zawartą w art. 2 pkt 15 dyrektywy 2003/54/WE pod pojęciem tym rozumie się odcinek sieci, który służy do połączenia pojedynczej jednostki wytwórczej z pojedynczym odbiorcą albo wytwórcy energii elektrycznej z przedsiębiorstwem zajmującym się jej dystrybucją, w celu bezpośredniego zaopatrywania własnych zakładów, spółek-córek oraz uprawnionych odbiorców. Zgodnie z art. 2 pkt 18 dyrektywy 2003/55/WE bezpośredni odcinek sieci to odcinek sieci poprowadzony dodatkowo do istniejącej sieci przesyłowej (dystrybucyjnej). Chodzi tym samym o umożliwienie prowadzenia sieci równolegle (i niezależnie) do sieci już istniejącej, a przez to o pominięcie monopolu lokalnego przedsiębiorstwa sieciowego.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie winny podjąć wszelkie niezbędne środki do tego, aby wszyscy producenci i przedsiębiorstwa zajmujące się dostarczaniem energii elektrycznej mogli zaopatrywać swoje zakłady, spółki-córki i uprawnionych klientów za pomocą bezpośrednich odcinków sieci, a każdy uprawniony odbiorca mógł być zaopatrywany w energię przez przedsiębiorstwo zajmujące się wytwarzaniem lub dostarczaniem energii elektrycznej za pomocą takiego bezpośredniego odcinka sieci. Zgodnie z art. 24 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE państwa członkowskie winny podjąć niezbędne środki, aby przedsiębiorstwa gazownicze mogły zaopatrywać odbiorców za pomocą bezpośrednich odcinków sieci, a każdy uprawniony odbiorca mógł być zaopatrywany za pomocą takiej sieci w paliwa gazowe.

Obie dyrektywy zezwalają państwom członkowskim na wprowadzenie obowiązku uzyskania zezwolenia na budowę i eksploatację bezpośrednich odcinków sieci (art. 22 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE). W tym wypadku kryteria udzielenia

zezwolenia muszą mieć charakter obiektywny i niedyskryminacyjny (art. 22 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE) oraz przejrzysty (art. 24 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE). Dyrektywy nie rozstrzygają sposobu, w jaki będą udzielane zezwolenia na budowę bezpośrednich odcinków sieci. Szczegóły implementacji omawianych instrumentów leżą w gestii państw członkowskich i opierają się na odpowiednich przepisach prawa krajowego. Decydująca z punktu widzenia prawa wspólnotowego jest jedynie faktyczna skuteczność powyższych regulacji dyrektyw w prawie krajowym⁷².

Dyrektywa 2003/54/WE stwierdza wyraźnie, że możliwość budowy bezpośrednich odcinków sieci nie narusza prawa do zawierania umów o świadczenie usług przesyłowych. Zasada dostępu stron trzecich do sieci ma tym samym pierwszeństwo przed możliwością budowy bezpośrednich odcinków sieci. Konsekwentnie art. 22 ust. 4 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE stanowią, iż państwa członkowskie mogą uzależnić wydanie zezwolenia na budowę bezpośrednich odcinków sieci od uprzedniej odmowy świadczenia usług przesyłowych (przez lokalnego operatora sieci) albo od wszczęcia w związku z taką odmową sporu przed odpowiednim organem.

Wreszcie należy wskazać na to, że dyrektywa 2003/54/WE (ale nie dyrektywa 2003/55/WE) otwiera państwom członkowskim możliwość odmowy udzielenia zezwolenia na budowę bezpośrednich odcinków sieci, jeżeli jego udzielenie wpłynęło by negatywnie na realizację zadań użyteczności publicznej przez działające dotychczas na lokalnym rynku przedsiębiorstwo zajmujące się zaopatrzeniem w energię elektryczną. Odmowa winna być jednak wyczerpująco uzasadniona. Regulacja ta wykazuje podobieństwo do regulacji art. 86 ust. 2 TWE. W przypadku art. 86 ust. 2 TWE chodzi o wyłączenie stosowania reguł konkurencji w stosunku do określonej kategorii przedsiębiorstw. Tymczasem skutkiem odmowy udzielenia zezwolenia na budowę bezpośrednich odcinków sieci jest również wyłączenie konkurencji na lokalnym rynku operatorów sieci. W obu przypadkach przesłanką jest realizacja usług w interesie publicznym⁷³. Stąd też wydaje się, że dla oceny negatywnego wpływu udzielenia zezwolenia na realizację zadań użyteczno-

⁷² Por. ETS, wyrok z 4.12.1974 r., sprawa 41/74 *Van Duyn* [1974] ECR 1337; wyrok z 9.3.1978 r., sprawa 106/77 *Simmenthal II* [1978] ECR 629; wyrok z 10.4.1984 r., sprawa 14/83 *Colson i Kamann* [1984] ECR 1891; wyrok z 13.11.1990 r., sprawa C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135; wyrok z 11.8.1995 r., sprawa C-431/92 *Komisa v. Republika Federalna Niemiec (Großkrotzenburg)* [1995] ECR I-2189.

⁷³ Art. 86 ust. 2 TWE posługuje się w tym wypadku terminem „usługi w ogólnym interesie gospodarczym”.

ści publicznej należałoby stosować podobne kryteria, jak w przypadku zastosowania wyłączenia z art. 86 ust. 2 TWE. Zgodnie tymczasem z utrwalonym orzecnictwem do art. 86 ust. 2 TWE konieczne jest tu faktyczne uniemożliwienie realizacji tych zadań w warunkach stosowania reguł konkurencji, a nie jedynie jej utrudnienie⁷⁴.

3.2.5. REGULACJA RYNKU ENERGETYCZNEGO W ASPEKTCIE INSTYTUCYJONALNYM I MATERIALNYM

W przeciwieństwie do dyrektyw z 1996 i 1998 r., dyrektywy z roku 2003 poświęcają znacznie więcej uwagi i miejsca zagadnieniu regulacji rynku energii elektrycznej i gazu ziemnego. Choć przepisy art. 22 dyrektywy 96/92/WE oraz art. 22 dyrektywy 98/30/WE stanowiły, że państwa członkowskie powinny stworzyć skuteczne mechanizmy regulacji, kontroli i zagwarantowania przejrzystości cen i zasad funkcjonowania rynku energetycznego, celem zapobieżenia nadużywaniu pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa energetyczne i celem zapobieżenia praktykom wykluczania konkurentów z rynku, to jednak obie dyrektywy pozostawiały państwu członkowskiemu pełną swobodę w odniesieniu do instytucjonalnego ukształtowania regulacji. Wprawdzie z jednej strony państwa członkowskie winne były – zgodnie z art. 20 ust. 3 dyrektywy 96/92/WE i art. 21 ust. 2 dyrektywy 98/30/WE – powołać do życia niezależny od stron organ zajmujący się rozstrzyganiem sporów w sprawach odmowy dostępu do sieci, z drugiej jednak strony organowi temu obie dyrektywy przypisały bardzo ograniczony zakres kompetencji. W sektorze elektroenergetycznym organ ten był generalnie właściwy tylko w zakresie odmowy świadczenia usług przesyłowych na rzecz niezależnych producentów i podmiotów wytwarzających energię na własne potrzeby, podczas gdy jedynie w sektorze gazowniczym jego kompetencje orzecznicze obejmowały wszelkie przypadki odmowy dostępu do sieci.

Dyrektywy z roku 2003, które wiążąco wprowadzają we wszystkich państwach członkowskich model regulowanego dostępu do sieci, zawierają szerokie regulacje dotyczące kształtu regulacji i to zarówno

⁷⁴ Patrz: I. Pernice, [w:] *Kommentar zum EG-Vertrag* (red. E. Grabitz), München (wydanie luźnokartkowe), Art. 90 EGV, Nb. 52; V. Emmerich, *Wettbewerbsregeln*, [w:] M. Dausen (red.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München 2001, H. II., Nb. 159–160; A. Heinemann, *Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag*, München 1996, s. 182 i n.; odmiennie: F. v. Burchardt [w:] *EU-Kommentar*, red. J. Schwarze, Baden-Baden 2000, Art. 86, Nb. 71, z powołaniem się na orzeczenie ETS: sprawa C-159/94 *Francuski monopol elektroenergetyczny i gazowy* [1997] ECR I-5815, Nb. 59.

w aspekcie instytucjonalnym, jak i materialnym. Zauważyć jednak należy, iż obie dyrektywy ograniczają się przede wszystkim do wytyczenia zadań i kompetencji organu regulacyjnego nie rozstrzygając przy tym kwestii, jakiemu organowi krajowemu powinny być one przypisane. Odpowiada to z jednej strony zasadzie subsydiarności zawartej w art. 5 ust. 2 TWE⁷⁵, a z drugiej strony charakterystycznej dla dyrektyw orientacji na cele, a nie środki⁷⁶. Z tego wynika, iż zagadnienie, jaki organ będzie sprawował funkcję regulatora, jest rozstrzygane wyłącznie na gruncie prawa krajowego⁷⁷. Ponadto, nic nie stoi na przeszkodzie, aby zadania regulatora rynku energetycznego zostały powierzone więcej niż jednemu organowi krajowemu⁷⁸. Organ regulacyjny musi mieć zagwarantowaną niezależność w stosunku do podmiotów regulowanych, czyli przedsiębiorstw energetycznych. Nie ma natomiast w dyrektywach mowy o niezależności w stosunku do rządu, a więc decydentów politycznych. Z art. 23 ust. 3 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE wynika jednak, że organ regulacyjny winien być w pełni niezależny w zakresie podejmowania konkretnych decyzji regulacyjnych, bowiem ewentualne organy nadrzędne nad regulatorem – o ile w ogóle są przewidziane – mogą, co najwyżej, posiadać uprawnienie do zatwierdzania bądź odrzucania przedkładanych im przez regulatora decyzji, nie mają natomiast jakiegokolwiek wpływu na ich treść. Niezależność w stosunku do interesów sektora, a więc regulowanych przedsiębiorstw energetycznych, oznacza generalnie – obok niezależności prawnej i organizacyjnej – niezależność personalną, finansową i rzeczową⁷⁹. Oznacza to m.in. bezwzględny zakaz pozostawiania w stosunku pracy w przedsiębiorstwach regulowanych oraz w jakimkolwiek innym stosunku z tymi przedsiębiorstwami przez osoby zatrudnione, bądź na innej podstawie pełniące swe funkcje w organie regulacyjnym, a także całkowitą niezależność źródeł finansowania organu regulacyjnego od opłat ze strony przedsiębiorstw regulowanych.

⁷⁵ Por. także art. 2 *in fine* TUE oraz „Protokół nr 30 o stosowaniu zasady subsydiarności i zasady proporcjonalności” dodany do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską przez Traktat z Amsterdamu.

⁷⁶ Por. C. Mik, *op.cit.*, Nb. 1227 i n.

⁷⁷ Dodatkowo wskazuje na to treść obu dyrektyw, które mówią o „powierzeniu” zadań regulacyjnych właściwemu organowi krajowemu, a nie – jak to czyniły dyrektywy z 1996 i 1998 r. – o „utworzeniu” organu regulacyjnego.

⁷⁸ Zgodnie z art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie winny powierzyć zadania regulacji jednemu lub kilku organom krajowym.

⁷⁹ P. Rosin, M. Krause, *op.cit.*, s. 19.

W odniesieniu do zadań i kompetencji regulatora obie dyrektywy zawierają następujące postanowienia. Zgodnie z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE do zadań organu regulacyjnego należy ustalanie albo jedynie zatwierdzanie warunków przyłączenia do krajowych sieci energetycznych i gazowych oraz dostępu do tych sieci, bądź przynajmniej wyznaczanie metody dla ustalenia tych warunków i obliczenia stawek opłat przez przedsiębiorstwa regulowane, włącznie z taryfami za usługi przesyłowe oraz – w sektorze gazowniczym – za dostęp do instalacji LNG (i ewentualnie także infrastruktury magazynowej), a także wraz z warunkami świadczenia usług rynku bilansującego⁸⁰. Istota regulacji wyraża się w tym, iż czynności te regulator podejmuje zanim warunki świadczenia usług przesyłowych i taryfy, bądź chociażby metody ich ustalania i kalkulowania, zostaną opublikowane i wejdą w życie⁸¹.

Z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE wynika więc, iż regulator może sam ustalać taryfy przedsiębiorstw energetycznych i warunki przyłączenia i dostępu do sieci, bądź też może ograniczyć się jedynie do ustalania *ex ante* samej „metody” kształtowania taryf oraz formułowania warunków przyłączenia i dostępu do sieci, zgodnie z którą przedsiębiorstwa energetyczne już samodzielnie będą ustalały konkretne warunki i sporządzały taryfy. Dyrektywy przewidują tym samym alternatywę pomiędzy regulacją metod a regulacją konkretnych warunków i taryf. W tym kontekście funkcję regulatora może równie dobrze pełnić nie tylko organ administracji (egzekutywy) – jak w klasycznych modelach regulacji – lecz także organ prawodawczy, a więc sam parlament, posługując się instru-

⁸⁰ Na marginesie należy zauważyć, iż pojęcie „usługi rynku bilansującego” obejmuje przy tym zgodnie z art. 11 ust. 6 i 7 oraz art. 14 ust. 5 i 6 dyrektywy 2003/54/WE a także art. 8 ust. 2 i 4 i art. 12 ust. 5 dyrektywy 2003/55/WE jedynie świadczenie tych usług przez operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych na rzecz podmiotów korzystających z sieci tych przedsiębiorstw, a nie zakup energii elektrycznej i paliw gazowych przez tych operatorów dla celów świadczenia usług rynku bilansującego. W tym wypadku bowiem art. 11 ust. 6 oraz art. 14 ust. 5 dyrektywy 2003/54/WE, a także art. 8 ust. 4 dyrektywy 2003/55/WE, wymagają jedynie, aby operatorzy sieci dokonywali tych zakupów na podstawie przejrzystej i niedyskryminacyjnej procedury opartej na zasadach rynkowych. Nie ma jednak przeszkód, aby kontrolę przestrzegania wymienionych zasad powierzyć organowi regulacyjnemu.

⁸¹ Na temat istoty regulacji patrz: T. Skoczny, *Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts in Polen* [w:] *Ius Publicum Europaeum – Referate und Diskussionsbeiträge des XII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 20.–22. September 2001 in Warschau*, red. H. Bauer, P. M. Huber, Z. Niewiadomski, Stuttgart et al. 2002, s. 115.

mentem ustawy⁸². Z drugiej strony egzekutywa może pełnić funkcje regulatora nie tylko poprzez wydawanie indywidualnych aktów administracyjnych, lecz także w drodze aktów powszechnie obowiązujących, tzn. rozporządzeń, wydawanych w ramach przyznanych jej kompetencji prawodawczych w poszczególnych krajach członkowskich. Bliższe rozważania tego zagadnienia przekraczałyby ramy niniejszego opracowania⁸³, w konkluzji można jednak stwierdzić, iż dyrektywy z roku 2003 – wbrew wcześniejszym propozycjom Komisji Europejskiej z 2001 r.⁸⁴ – dalekie są od jakiegokolwiek ujednoclenia regulacji rynku energetycznego we Wspólnocie w wymiarze instytucjonalnym.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/55/WE do zadań organu regulacyjnego należy także „monitoring”⁸⁵. Termin „monitoring” został zaczerpnięty z języka angielskiego, a tym samym będzie wymagał bliższego doprecyzowania na gruncie języka polskiego. W świetle postanowień obu dyrektyw „monitoring” obejmuje zarówno stałą obserwację wymienionych w przytoczonych przepisach zjawisk i dziedzin, jak i uprawnienie do żądania w tym zakresie informacji od monitorowanych przedsiębiorstw. Wątpliwości mogą natomiast powstać w odniesieniu do zagadnienia, czy „monitoring” obejmuje także uprawnienie do władczych ingerencji w działalność monitorowanych przedsiębiorstw. Gdyby przyjąć, iż termin „monitoring” jest bliski znanemu polskiemu prawu administracyjnemu – choć nie zawsze jednakowo pojmowane-

⁸² Patrz: U. Büdendender, *Nationalrechtliche Regelung des Netzzugangs...*, s. 7, s. 10 i n. – autor przytacza liczne argumenty „za” i „przeciw” dopuszczalności powierzenia regulacji organowi władzy ustawodawczej, a tym samym stosowania wyłącznie regulacji normatywnej, w świetle dyrektyw 2003/54/WE oraz 2003/55/WE.

⁸³ Szeroko na ten temat: ibidem, s. 2 i n.

⁸⁴ Por. chociażby propozycje z roku 2001 z propozycjami z roku 2002: COM (2001) 125 final, s. 57 i n., s. 65 i n.; COM (2002) 304 final, s. 10, s. 35 i s. 50.

⁸⁵ Obejmuje on zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/55/WE: 1) reguły dotyczące zarządzania i sterowania połączeniami sieci na poziomie sieci i rurociągów przesyłowych, 2) mechanizmy przewyższania braków odpowiedniej przepustowości w krajowych sieciach energetycznych i gazowych, 3) czas realizacji przyłączeń do sieci i napraw sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, 4) publikowanie (przez operatorów sieci) odpowiednich informacji o połączeniach sieci, wykorzystaniu mocy przesyłowych sieci i przydzielaniu mocy, 5) stopień faktycznej separacji księgowej, 6) warunki i taryfy za przyłączenie do sieci nowych jednostek wytwórczych bądź też warunków dostępu do instalacji magazynowych i usług technicznych, 7) stopień przejrzystości i rozwoju konkurencji, 8) bezpieczeństwo energetyczne – o ile państwa członkowskie nałożą to zadanie na organ regulacyjny zgodnie z art. 4 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 5 dyrektywy 2003/55/WE.

mu – terminowi „nadzór”, wówczas należałoby odpowiedzieć na postawione pytanie twierdząco. Zgodnie bowiem z rozpowszechnionym poglądem w doktrynie prawa administracyjnego, nadzór jest związany z uprawnieniem do władczej ingerencji w działalność nadzorowanych podmiotów⁸⁶. Przyjmując jednakże, iż termin „monitoring” obejmuje jedynie „obserwację” pewnych zjawisk i procesów, co jest bliższe rozumieniu tego terminu w języku angielskim⁸⁷, i co zbliżyłoby znaczenie tego terminu do znanego polskiemu prawu administracyjnemu terminu „kontrola”, należałoby taką możliwość wykluczyć⁸⁸. Zagadnienie to pozostaje dyskusyjne. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż dziedziny poddane „monitoringowi” nie mają w świetle art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 1 zd. 3 lit. a–h dyrektywy 2003/55/WE jednolitego charakteru, i raz obejmują zachowania samych przedsiębiorstw energetycznych, a znów innym razem pewne ogólne tendencje na rynku. Wydaje się jednak, iż określenie charakteru „monitoringu” będzie zdeterminowane poprzez funkcję, jaką związane z tym pojęciem działania mają pełnić. Przede wszystkim zaś pełnią one rolę służebną wobec innych kompetencji krajowych organów regulacyjnych i samej Komisji Europejskiej. Należy bowiem zauważyć, iż z jednej strony w znacznej mierze są one wypadkową licznych obowiązków informacyjnych, które nałożono na krajowe organy regulacyj-

⁸⁶ J. Lang [w:] *Polskie prawo administracyjne*, red. J. Lang, J. Służewski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 1995, s. 33; E. Ochendowski, *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego* [w:] *Samorząd terytorialny – Zagadnienia prawne i administracyjne*, red. A. Piekara, Z. Niewiadomski, Warszawa 1998, s. 34; C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1995, s. 123 i n.; por. także art. 6 pkt 2 projektu ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego: „nadzór – jest to kontrola oraz możliwość wzruszenia jego aktów; jeżeli przepisy prawa nie określają środków nadzorczej ingerencji, określenie nadzór traktuje się jako oznaczające wyłącznie kontrolę” – cyt. za: P. Przybysz, *Instytucje ogólne prawa administracyjnego z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 1996, s. 80.

⁸⁷ Por. M. Woytowicz-Neymann, R. Kozierekiewicz, M. Puławski, *English-Polish Business Dictionary*, Warszawa 1991, s. 428; A. S. Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford 1995 – czasownik „to monitor”, z którego wywodzi się rzeczownik „monitoring”, oznacza „to watch and check something over a period of time”.

⁸⁸ W polskiej nauce prawa administracyjnego przyjmuje się z reguły, że przez „kontrolę” rozumiemy: „1) badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym, 2) ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności, 3) przekazanie wyników tego ustalenia, a czasem i wynikających stąd dyspozycji zarówno podmiotowi kontrolowanemu, jak i podmiotowi organizacyjnie zwierzchniemu” – J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 1998, s. 346; por. także: E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2001, s. 390; C. Kosikowski, op.cit., s. 125 i n.

ne w stosunku do Komisji Europejskiej. Mają one umożliwić tej ostatniej badanie skuteczności i przydatności istniejących instrumentów prawnych i służyć tym samym ich udoskonalaniu. „Monitoring” winien też służyć krajowym organom regulacyjnym doskonaleniu metod i instrumentów regulacji⁸⁹. Natomiast z drugiej strony „monitoring” służy kontroli zachowań przedsiębiorstw energetycznych pod kątem przestrzegania przepisów prawa i zaleceń organów regulacyjnych. W tym wypadku kontrola ta będzie się wiązać – tam, gdzie dyrektywy i prawo krajowe takie kompetencje przewidują – z podejmowaniem działań władczych wobec kontrolowanych przedsiębiorstw, zbliżając tym samym charakter prawny „monitoringu” do „nadzoru”. „Monitoring” nie jest tym samym terminem jednorodnym i należy go rozpatrywać w kontekście całokształtu regulacji.

Do zadań organu regulacyjnego należy wreszcie – zgodnie z art. 23 ust. 5 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 25 ust. 5 dyrektywy 2003/55/WE – rozstrzyganie sporów pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, a ich odbiorcami, w szczególności odnośnie przypadków odmowy dostępu do sieci, odmowy lub wstrzymania dostaw czy odmowy przyłączenia do sieci.

3.2.6. NAKŁADANIE NA PRZEDSIĘBIORSTWA ENERGETYCZNE OBOWIĄZKÓW W INTERESIE PUBLICZNYM

Nowe dyrektywy z roku 2003 poświęcają – w przeciwieństwie do dyrektyw z roku 1996 i 1998 – wiele miejsca zagadnieniu zobowiązań w interesie publicznym, które wcześniej znajdowało się raczej na marginesie liberalizacji rynku elektroenergetycznego i gazowego. Związane jest to z faktem, iż Wspólnota Europejska poświęcała w ostatnich latach wiele uwagi zagadnieniu usług użyteczności publicznej, także w poddanych procesom liberalizacji sieciowych sektorach energetycznych⁹⁰. Podstawowe znaczenie usług użyteczności publicznej, do któ-

⁸⁹ Dyrektywy nie przesądzają bowiem chociażby takich kwestii jak metody kalkulacji taryf, czy terminy ich obowiązywania, co ma niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia skuteczności regulacji.

⁹⁰ Por. Komunikaty Komisji Europejskiej nt. usług użyteczności publicznej: Services of general interest in Europe, O.J. 1996, C 281/3 z 26.9.1996 r.; Services of general interest in Europe, COM (2000) 580 final; Communication from the Commission – Services of general interest in Europe, O.J. 2001, C 17/4 z 17.1.2001 r.; Report to the Laeken European Council: Services of General Interest, COM (2001) 598 final, z 17.10.2001 r.; patrz także: projekty obu dyrektyw przygotowane przez Komisję Europejską z 13.3.2001, COM (2001) 125 final, s. 20 i n.; patrz także: COM (2000) 297 final.

rych tradycyjnie zaliczana jest także energetyka, przejawia się w tym, iż są one traktowane jako istotny fundament europejskiego modelu społecznego⁹¹, czemu daje wyraz regulacja art. 86 ust. 2 TWE⁹², która przewiduje możliwość wyłączenia stosowania reguł konkurencji z TWE w odniesieniu do przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym⁹³. Ich znaczenie zostało podkreślone również w art. 16 TWE⁹⁴ i uznane w art. 36 Karty Praw Podstawowych UE⁹⁵. Z uwagi na fakt, iż energetyka jest zaliczana do sfery użyteczności publicznej, działała ona w przeszłości często w ramach monopolu (prawnego) i nierzadko znajdowała się w wyłącznej własności państwa. Wierząco bowiem, że tylko w ten sposób możliwe jest zagwarantowanie nieprzerwanego i bezpiecznego świadczenia usług użyteczności publicznej. Zgodnie jednak z informacjami przedstawianymi przez Komisję Europejską, liberalizacja sektora energetycznego i otwarcie rynków energii elektrycznej i gazu na konkurencję nie tylko nie wpłynęły w sposób negatywny na dotychczasowy standard świadczenia usług użyteczności publicznej, a wręcz przeciwnie – wespół z odpowiednimi instrumentami prawnymi i ekonomicznymi – podniosły ich jakość⁹⁶. Pomimo tego, zdaniem Komisji Europejskiej, konieczne są dalsze instrumenty zapewniające odpowiedni poziom świadczenia tych usług⁹⁷. Chodzi o sytuacje, w których same instrumenty konkurencji nie byłyby w stanie zapewnić prawidłowej realizacji tych usług. Znalazły one swój wyraz w regulacjach obu dyrektyw z 2003 r.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE państwa członkowskie mogą – w zgodzie z postanowieniami art. 86 TWE – nałożyć na przedsiębiorstwa elektroenergetyczne i gazownicze zobowiązania w interesie publicznym, które mogą odnosić się do bezpieczeństwa energetycznego, w tym bezpieczeństwa

⁹¹ COM (2001) 598 final, s. 3.

⁹² Por. I. Pernice, op.cit., art. 90 TWE, Nb. 1 i n., 30 i n., 51 i n.

⁹³ Na temat tego pojęcia i jego znaczenie w prawie Wspólnoty Europejskiej patrz: M. Radwan-Röhrenscheff, *Przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, PiP 1997, Nr 2, s. 63 i n.; V. Emmerich [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. Dausies, Warszawa 1999, s. 923 i n., w szczególności s. 925 i n.

⁹⁴ Odnośnie rzeczywistego znaczenia tego przepisu: M. Ross, *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, „European Law Review” 2000, s. 22 i n.; W. Frenz, *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Neuerungen durch Art. 16 EGV*, „Europarecht” 2000, s. 901 i n.; por. także: T. Skoczny, op.cit., s. 121 i n.

⁹⁵ O.J. 2000, C 364/1 z 18.12.2000 r.

⁹⁶ COM (2001) 125 final, s. 22.

⁹⁷ Ibidem.

dostaw energii elektrycznej i gazu, a także odnosić się do jakości, ceny i regularności dostaw energii elektrycznej i gazu oraz ochrony środowiska, włączając w to efektywność energetyczną i ochronę klimatu⁹⁸. Celem podejmowanych przez państwa członkowskie środków może być w szczególności ochrona słabszych ekonomicznie odbiorców⁹⁹ a także wykorzystanie ekologicznych paliw gazowych¹⁰⁰. Zastosowane środki muszą być przejrzyste, mieć niedyskryminacyjny charakter i muszą dawać się zweryfikować. Ponadto środki te muszą zapewniać przedsiębiorstwom energetycznym z całego obszaru Wspólnoty równopranny dostęp do odbiorców krajowych (art. 3 ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 3 ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2003/55/WE).

Z omawianą problematyką wiąże się także przewidziany w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2003/54/WE i art. 3 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE obowiązek państw członkowskich zapewnienia dostępu do usług uniwersalnych odbiorcom komunalno-bytowym oraz ewentualnie także małym odbiorcom przemysłowym, które oznaczają prawo do odbioru energii elektrycznej lub paliw gazowych o odpowiedniej jakości na danym terenie za cenę, która jest rozsądna, łatwo porównywalna i przejrzysta. W tym celu państwa członkowskie mogą ustanowić „dostawcę ostatniej instancji” (ang. *supplier of last resort*, niem. *Versorger letzter Instanz*), co oznacza, iż mogą one nakładać na przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją/handlem energią elektryczną i paliwami gazowymi obowiązek przyłączenia do sieci i dostarczania energii i gazu odbiorcom znajdującym się na obszarze ich działania, i to – jak nakazuje dyrektywa 2003/54/WE – na podstawie warunków i taryf wydanych bądź zatwierdzonych przez regulatora (art. 3 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE). Wprawdzie w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE brak jest tego ostatniego wymogu, jednakże przepis ten powołuje się na wysoki stopień ochrony odbiorców w odniesieniu do warunków umów o przyłączenie do sieci i dostarczanie paliw gazowych, udzielania informacji oraz rozstrzygania sporów pomiędzy przedsiębiorstwami gazowymi a odbiorcami (art. 3 ust. 3 zd. 1 i 4 dyrektywy 2003/55/WE).

Państwa członkowskie są ponadto zobowiązane podjąć niezbędne środki gwarantujące, iż także odbiorcy położeni w odległych, czy trudno dostępnych regionach, będą mieli zagwarantowaną rzeczywistą

⁹⁸ Por. pkt 26 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE; pkt 27 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

⁹⁹ Por. pkt 24 zd. 4 uzasadnienia dyrektywy 2003/54/WE; pkt 26 ust. 2 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

¹⁰⁰ Por. pkt 24 uzasadnienia dyrektywy 2003/55/WE.

możliwość przyłączenia do sieci i dostarczania energii elektrycznej i gazu (art. 3 ust. 5 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 3 ust. 3 zd. 2 dyrektywy 2003/55/WE), co może również skutkować nałożeniem na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązku przyłączenia do sieci i dostarczania energii i paliw do tych odbiorców, przy jednoczesnym wprowadzeniu określonych modyfikacji w odniesieniu do warunków świadczenia usług i taryf.

3.2.7. MOŻLIWOŚĆ WYŁĄCZENIA STOSOWANIA NIEKTÓRYCH POSTANOWIEŃ DYREKTYW PRZEZ PAŃSTWA CZŁONKOWSKIE

Podstawowym celem dyrektyw z 2003 r. – podobnie jak dyrektyw z lat 1996 i 1998 – jest stworzenie konkurencyjnego wspólnotowego rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu. Pomimo to, obie dyrektywy przewidują na rzecz państw członkowskich możliwość – najczęściej ograniczonego w czasie – wyłączenia stosowania określonych ich postanowień służących rozwojowi konkurencji. Większość z nich pozostaje w bezpośrednim związku z nałożeniem na przedsiębiorstwa energetyczne – omówionych powyżej – zobowiązań w interesie publicznym. W związku z tym regulacja dyrektyw opiera się na przewidzianej w art. 86 ust. 2 TWE konstrukcji wyłączenia stosowania reguł konkurencji w stosunku do przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym¹⁰¹.

W odniesieniu do sektora energetycznego państwa członkowskie mogą – zgodnie z art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE – postanowić, iż przepisy dotyczące udzielania zezwoleń bądź organizowania przetargu na budowę nowych mocy produkcyjnych (art. 6 i 7 dyrektywy 2003/54/WE), dotyczące dostępu do sieci elektroenergetycznych (art. 20 dyrektywy 2003/54/WE) oraz dotyczące budowy bezpośrednich odcinków sieci (art. 22 dyrektywy 2003/54/WE) nie będą stosowane, o ile ich stosowanie mogłoby stanowić prawną lub faktyczną przeszkodę w realizacji nałożonych na przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązań w interesie publicznym. Rozwój handlu na obszarze rynku wewnętrznego nie może być jednak przy tym zakłócony w stopniu sprzecznym z interesami Wspólnoty.

Jako że art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE z jednej strony jest w swej treści zbliżony do art. 86 ust. 2 TWE, a z drugiej strony – zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami wykładni prawa wtórnego – wyma-

¹⁰¹ Na ten temat: M. Radwan-Röhrenscheff, op.cit., s. 63 i n.; V. Emmerich [w:] *Prawo gospodarcze...*, s. 923 i n.

ga on wykładni zgodnej z postanowieniami Traktatu (niem. *vertragskonforme Auslegung*)¹⁰², wymagane jest, aby nałożenie zobowiązań w interesie publicznym nastąpiło w drodze „powierzenia” w rozumieniu art. 86 ust. 2 TWE¹⁰³. Ponadto interpretacja tego przepisu w zgodzie z postanowieniami art. 86 ust. 2 TWE prowadzi do wniosku, że wprowadzenie środków przewidzianych w art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE będzie tylko wówczas uzasadnione, gdyby w przeciwnym razie realizacja zobowiązań w interesie publicznym była niemożliwa. Zwykle „utrudnienie” w realizacji tych zobowiązań nie jest w tym przypadku wystarczające dla zastosowania wspomnianych wyłączeń¹⁰⁴. Trybunał dopuszcza jednakże wyłączenie w świetle art. 86 ust. 2 TWE, jeżeli jest ono konieczne w celu umożliwienia przedsiębiorcy realizacji zadań w interesie publicznym na rozsądnych warunkach gospodarczych¹⁰⁵.

Z tych samych powodów, które wymienia art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie mogą – zgodnie z art. 3 ust. 5 dyrektywy 2003/55/WE – wyłączyć stosowanie przepisów dyrektywy dotyczących zezwoleń na budowę i eksploatację instalacji gazowych (art. 4 dyrektywy 2003/55/WE). Zakres wyłączeń jest więc w przypadku sektora gazowego węższy, aniżeli w przypadku sektora elektroenergetycznego.

Obok wyłączeń stosowania postanowień dyrektyw z uwagi na realizację zadań w interesie publicznym, obie dyrektywy z 2003 r. przewidują dalsze możliwości wyłączenia stosowania ich przepisów, uwzględniając przy tym specyfikę funkcjonowania sektora elektroenergetycznego bądź gazowego.

Zgodnie z art. 26 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie mogą wystąpić do Komisji Europejskiej o zezwolenie na zastosowanie wyłączeń od stosowania postanowień dyrektywy, jeżeli po jej wprowadzeniu do prawa krajowego powstałyby znaczne problemy w zakresie

¹⁰² Patrz: ETS, wyrok z 13.12.1983 r., sprawa 218/82 *Komisja v. Rada* [1983] ECR 4063 – „Where the wording of secondary community law is open to more than one interpretation, preference should be given to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty rather than the interpretation which leads to its being incompatible with the Treaty”, por. także: A. Bleckmann, *Europarecht*, wyd. 6, Köln et al. 1997, Nb. 554; T. Oppermann, *Europarecht*, München 1991, Nb. 585.

¹⁰³ Tak w odniesieniu do podobnych postanowień dyrektywy 96/92/WE: H. Jarass, op.cit., s. 35; J. Säcker, J. Busche, *Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie*, „Energiewirtschaftliche Tagesfragen” 1998, s. 18 i n.; inaczej: G. Britz, op.cit., s. 92.

¹⁰⁴ V. Emmerich, *Wettbewerbsregeln...*, Nb. 161; F. v. Burchardt, op.cit., Nb. 71 i n.

¹⁰⁵ ETS, wyrok z sprawa C-159/94 *Francuski monopol elektroenergetyczny i gazowy* [1997] ECR I-5815, Nb. 96.

eksploatacji małych izolowanych sieci energetycznych. Ponadto na podstawie art. 26 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie mogą wystąpić do Komisji o wprowadzenie modyfikacji w zakresie tempa otwarcia rynku dla małych odbiorców przemysłowych.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE dopuszczalne jest wyłączenie stosowania przepisów o dostępie do sieci (art. 18–20 dyrektywy 2003/55/WE) oraz o regulacji taryf (art. 25 ust. 2–4 dyrektywy 2003/55/WE) na rzecz nowych urządzeń i instalacji infrastrukturalnych. Podobne wyłączenia są dopuszczalne także w przypadku większych inwestycji służących rozbudowie istniejących mocy przesyłowych oraz przy rozbudowie infrastruktury w celu podłączenia jej do nowych źródeł zaopatrzenia w paliwa gazowe. Przesłanki zastosowania wspomnianych wyłączeń zostały zawarte w art. 22 ust. 1 lit. a–c dyrektywy 2003/55/WE. O zastosowaniu tych wyłączeń decyduje organ regulacyjny lub inny właściwy organ po zasięgnięciu opinii organu regulacyjnego (art. 25 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE), przy czym o podjętej decyzji należy niezwłocznie poinformować Komisję Europejską (art. 25 ust. 4 dyrektywy 2003/55/WE).

Dalsze wyłączenia w odniesieniu do sektora gazowego przewiduje art. 28 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE. Zgodnie z tym przepisem, państwa członkowskie, które nie są podłączone bezpośrednio do sieci innego państwa członkowskiego i posiadają zewnętrznego dostawcę gazu, mogą odstąpić od stosowania przepisów dyrektywy o wydawaniu zezwoleń na budowę i eksploatację urządzeń i instalacji gazowych (art. 4 dyrektywy 2003/55/WE), o prawnej separacji operatora gazowej sieci przesyłowej (art. 9 dyrektywy 2003/55/WE), o tempie otwarcia rynku (art. 23 dyrektywy 2003/55/WE) oraz o zezwoleniach na budowę bezpośrednich odcinków sieci (art. 24 dyrektywy 2003/55/WE). Jeszcze dalej idące wyłączenia są dopuszczalne na rzecz tych państw członkowskich, które można zaklasyfikować jako „rynki wschodzące”, jeżeli stosowanie dyrektywy w tym państwie wywołałoby poważne trudności. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 31 dyrektywy 2003/55/WE za „rynek wschodzący” uważa się państwo członkowskie, w którym pierwsza komercyjna dostawa na podstawie pierwszego długoterminowego kontraktu o dostawę gazu miała miejsce nie wcześniej, aniżeli przed dziesięciu laty. Skorzystanie z obu wymienionych możliwości podlega obowiązkowi ich notyfikacji Komisji Europejskiej.

Państwa członkowskie mogą także złożyć do Komisji Europejskiej na podstawie art. 28 ust. 4 dyrektywy 2003/55/WE wniosek o czasowe wyłączenie stosowania postanowień dyrektywy, jeżeli ich stosowanie na ograniczonym obszarze państwa członkowskiego mogłoby spowodować znaczne trudności, w szczególności w zakresie budowy

infrastruktury przesyłowej. Warunkiem jest, iż wyłączenie to ma służyć wspieraniu wymienionych inwestycji.

Na koniec należy jeszcze wspomnieć o przewidzianych w art. 28 ust. 6 i 8 dyrektywy 2003/55/WE modyfikacjach w odniesieniu do Luksemburga i Grecji.

Omówione powyżej wyłączenia wchodzą w grę wyłącznie wówczas, gdy konkurencja – w tym kształcie i zakresie, w jakim jest ona przewidziana przez obie dyrektywy z 2003 r. – może mieć w pewnych określonych sytuacjach szkodliwe następstwa w zakresie funkcjonowania rynków energii i gazu w krajach członkowskich. W przeciwieństwie do wyłączeń tego rodzaju, obie dyrektywy przewidują także odstęstwa na wypadek, gdyby w trakcie stosowania ich postanowień okazało się, że stoją one na drodze prawidłowemu rozwojowi konkurencji. Chodzi tu przede wszystkim o podnoszony już w trakcie prac nad dyrektywami zarzut „przeregulowania” rynku energetycznego¹⁰⁶. Zgodnie z art. 27 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 29 dyrektywy 2003/55/WE dopuszczalne jest zwolnienie państwa członkowskiego od obowiązku stosowania niektórych postanowień dyrektyw, jeżeli w państwie tym występuje skuteczna konkurencja na rynku a stosowanie postanowień dyrektywy okazuje się w związku z tym zbędne. Czy i jakie postanowienia wchodzą w grę jako przedmiot ewentualnego wyłączenia, wynikać ma z raportu Komisji Europejskiej, który winna ona przygotować w ramach procedury kontrolnej na podstawie art. 28 dyrektywy 2003/54/WE i art. 31 dyrektywy 2003/55/WE, i który najpóźniej w terminie do 1.1.2006 r. ma ona przedstawić Parlamentowi Europejskiemu i Radzie. Art. 27 dyrektywy 2003/54/WE i art. 29 dyrektywy 2003/55/WE otwierają tym samym drogę do ograniczenia regulacji, jeżeli okazałoby się, iż przeszkadza ona rozwojowi konkurencyjnego rynku energetycznego. Podejście to jest zgodne z poglądem, iż regulacja winna mieć – co do zasady – jedynie przejściowy charakter i winna być utrzymana jedynie dopóty, dopóki stanowi surogat nieistniejącej jeszcze konkurencji na rynkach energetycznych¹⁰⁷. Czy rzeczywiście wykładnia

¹⁰⁶ Zarzuty takie były podnoszone w szczególności w literaturze niemieckiej: L. Kumkar, op.cit., passim; por. także: C. Möller, *Aufgaben und Instrumente der Energieaufsicht im freien Markt*, „Energiewirtschaftliche Tagesfragen” 2001, s. 674 i n.; R. Schütz, S. Tüngler, *Die geplante Novelle des EU-Energierechts – Inhalt und Umsetzungsbedarf*, „Recht der Energiewirtschaft” 2003, s. 98 i n.; szczególnie krytycznie na temat reformy wspólnotowego prawa energetycznego: J. F. Baur, A. Lückenbach, op.cit., passim.

¹⁰⁷ T. Skoczny, op.cit., s. 115–116; E.-J. Mestmäcker, *Marktzugang und Monopolmissbrauch auf deregulierten Märkten* [w:] *Festschrift für Ernst Steindorff*, red. J. F. Baur, K. J. Hopt, K. P. Mailänder, Berlin–New York 1990, s. 1045.

wspomnianych przepisów dyrektyw będzie zmierzać w tym kierunku okaże się najpóźniej na początku 2006 r.

4. NOWE ZASADY DOTYCZĄCE FUNKCJONOWANIA WSPÓLNOTOWEGO RYNKU WEWNĘTRZNEGO ENERGII ELEKTRYCZNEJ I GAZU A REGULACJE POLSKIEGO PRAWA ENERGETYCZNEGO

4.1. UWAGI OGÓLNE

Polskie prawo energetyczne, które od początku realizuje koncepcję regulowanego rynku energetycznego, nie stoi – w związku z uchwaleniem nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu – przed koniecznością dokonania gruntownych zmian koncepcji funkcjonowania rynku energetycznego. Z uwagi jednak na fakt, iż z jednej strony dyrektywy doprecyzowują i rozbudowują instrumentarium regulacji, obejmując nią dziedziny pozostające poza zainteresowaniem prawodawcy wspólnotowego, a z drugiej strony kładą większy niż poprzednio nacisk na wprowadzenie przejrzystych i niedyskryminacyjnych zasad podjęcia i prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze energetycznym w celu przyspieszenia dynamiki procesów rozwoju konkurencji, nieuniknione staje się dokonanie zmian aktualnej regulacji polskiego prawa energetycznego. Konieczna w tym wypadku wydaje się analiza wpływu postanowień nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu na polskie prawo energetyczne w najważniejszych obszarach regulacji prawnej, tzn. zasad podjęcia działalności gospodarczej w sektorze energetycznym, zakresu obowiązywania zasady dostępu stron trzecich do sieci, budowy bezpośrednich odcinków sieci, zasad funkcjonowania operatorów sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, instrumentarium regulacji rynku oraz nakładania na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązków w interesie publicznym i to także w kontekście ewentualnych odstępstw od regulacji wspólnotowych.

4.2. DOSTĘP DO SEKTORA WYTWARZANIA ENERGII

Regulacje dotyczące zasad wejścia na rynek, czyli podjęcia działalności gospodarczej w sektorze energetycznym, zawarte są w art. 32 ustawy – Prawo energetyczne (dalej u.p.e.). Podobnie jak art. 6 dyrek-

tywy 2003/54/WE i art. 4 dyrektywy 2003/55/WE polskie prawo energetyczne przewiduje obowiązek uzyskania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej w dziedzinie energetyki. Tym samym już w roku 1997 ustawodawca polski wybrał tryb bardziej przyjazny rozwojowi konkurencji, wyraźnie obecnie preferowany przez prawodawcę wspólnotowego.

W odniesieniu do zakresu obowiązku koncesyjnego w prawie polskim należy jednak stwierdzić, iż zgodnie z art. 32 u.p.e. obejmuje on zarówno wytwarzanie energii elektrycznej i wydobywanie lub import paliw gazowych, jak również przesył, dystrybucję oraz handel energią elektryczną i paliwami gazowymi. Koncesja jest więc wymagana na podjęcie działalności gospodarczej w każdym z podsektorów przemysłu elektroenergetycznego i gazowego, z wyłączeniem jedynie działalności prowadzonej na niewielką skalę¹⁰⁸. Tymczasem art. 6 dyrektywy 2003/54/WE odnosi się wyłącznie do budowy nowych instalacji wytwórczych. Jedynie na gruncie art. 4 dyrektywy 2003/55/WE zakres obowiązku uzyskania zezwolenia (koncesji) jest szerszy i może obejmować „budowę i eksploatację” urządzeń i instalacji gazowych, jak również „dostarczanie gazu” odbiorcom hurtowym. Wątpliwości może rodzić tym samym pytanie, czy dyrektywa 2003/54/WE (podobnie jak dyrektywa 2003/55/WE) zezwala na wprowadzenie obowiązku koncesyjnego jedynie na te rodzaje działalności, które zostały wyraźnie wymienione, czy też zamiarem obu dyrektyw jest jedynie harmonizacja przepisów państw członkowskich w zakresie dostępu do podsektora wytwarzania energii elektrycznej oraz wydobywania i importu gazu (ewentualnie także rynku eksploatacji instalacji gazowych i handlu hurtowego gazem ziemnym), a więc, czy dyrektywy pozostawiają państwom członkowskim swobodę w zakresie regulowania dostępu do innych podsektorów: przesyłu, dystrybucji oraz handlu energią i paliwami gazowymi.

W świetle tego, co powiedziano w wyżej w pkt 3.2.1. – należy na powyższe pytanie odpowiedzieć twierdząco. Regulacja art. 32 u.p.e. będzie więc spełniała wymóg zgodności z prawem wspólnotowym, pod warunkiem jednak, że przesłanki udzielania koncesji będą zgodne z wyrażnymi postanowieniami dyrektyw 2003/54/WE i 2003/55/WE oraz będą odpowiadały przyjętym w prawie wspólnotowym zasadom niedyskryminacji, równego traktowania, wzajemnego uznania oraz proporcjonalności. W związku z tym bliższego zbadania wymagają kryteria udzielania koncesji w polskim prawie energetycznym. W prawie wspólnotowym kryteria te zostały bliżej określone w art. 6 ust. 2 dyrektywy

¹⁰⁸ Por. art. 32 ust. 1 pkt 1–4 u.p.e.

2003/54/WE, podczas gdy dyrektywa 2003/55/WE ogranicza się jedynie do (zawartego zresztą także w dyrektywie 2003/54/WE) stwierdzenia, że kryteria te powinny mieć charakter obiektywny, przejrzysty i niedyskryminacyjny.

Przesłanki udzielenia koncesji z art. 32 ust. 1 i 3 u.p.e. są – pomimo pewnych różnic – zbieżne z kryteriami z art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE¹⁰⁹. Art. 33 ust. 1 pkt 1 u.p.e., który w swej poprzedniej wersji pozostawał w oczywistej sprzeczności z prawem wspólnotowym, został na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 7 noweli do ustawy prawo energetyczne z roku 2002¹¹⁰ z 1.5.2004 r. zastąpiony wymogiem posiadania miejsca zamieszkania lub siedziby na obszarze państwa członkowskiego UE. Należy jednak zauważyć, iż w postępowaniu o udzielenie koncesji Prezes Urzędu Regulacji Energetyki bierze pod uwagę nie tylko przesłanki zawarte w art. 33 ust. 1 i 3 u.p.e., lecz także – zgodnie z art. 33 ust. 4 u.p.e. – „interes społeczny” oraz „założenia polityki energetycznej państwa”. Przyjmując za A. Walaszek-Pyziół, iż w postępowaniu o udzielenie koncesji na działalność gospodarczą uregulowaną przepisami ustawy – Prawo energetyczne znajdzie zastosowanie także przepis art. 20 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy – Prawo działalności gospodarczej (dalej: u.p.d.g.)¹¹¹ Prezes URE winien brać pod uwagę także „względy obronności i bezpieczeństwa państwa” oraz „inny ważny interes publiczny”¹¹². Negatywna ocena wniosku o udzielenie koncesji z punktu widzenia wymienionych kryteriów, będzie skutkować odmową jej udzielenia. Odmowa udzielenia koncesji wchodzi w grę, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 u.p.d.g., także wówczas, gdy wnioskodawca nie spełnia szczególnych warunków wykonywania koncesjonowanej działalności, które organ koncesyjny, czyli Prezes URE, określa na podstawie art. 37 ust. 1 pkt 5 u.p.e. Przytoczone kryteria odmowy udzielenia koncesji wprowadzają do postępowania koncesyjnego znaczny zakres uznania administracyjnego. W tym kontekście powstaje wątpliwość,

¹⁰⁹ Zgodnie z art. 33 ust. 1 u.p.e. koncesję otrzymuje wnioskodawca który: (1) ma siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, (2) dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności, bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania, (3) ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności, (4) zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, (5) uzyskał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowaniu terenu.

¹¹⁰ Ustawa z 24.7.2002 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, Dz.U. Nr 135, poz. 1144.

¹¹¹ Ustawa z 19.11.1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.

¹¹² A. Walaszek-Pyziół, *Energia i prawo*, Warszawa 2002, s. 30 i n.

czy zasady udzielania koncesji w prawie energetycznym są zgodne z wymaganiami obu dyrektyw oraz TWE, zgodnie z którymi postępowanie koncesyjne winno być oparte na kryteriach przejrzystych i obiektywnych¹¹³. Powyższe kryteria – stanowiące niewątpliwie ograniczenie w możliwości korzystania ze swobód przewidzianych w TWE – mieszczą się generalnie w zakresie zastosowania tzw. doktryny wymogów imperatywnych interesu publicznego¹¹⁴. Zgodnie z nią ustanowienie przeszkód w korzystaniu ze swobód traktatowych przez państwa członkowskie jest dopuszczalne, jednakże jedynie wówczas, gdy przeszkody te są stosowane w sposób niedyskryminacyjny, a ponadto są celowe, konieczne i proporcjonalne¹¹⁵. Biorąc pod uwagę te zasady oraz zawarty w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE oraz w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE wymóg przejrzystości i obiektywności przesłanek udzielenia koncesji, należałoby się opowiedzieć za doprecyzowaniem przesłanek mieszczących się w pojęciu „interesu społecznego” czy „ważnego interesu publicznego”. Same postanowienia obu dyrektywy mogą służyć tu jako wskazówka. Art. 6 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE wyraźnie odwołuje się do takich przesłanek jak bezpieczeństwo systemu energetycznego, ochrona bezpieczeństwa publicznego, ochrona środowiska, czy zgodność podejmowanej działalności gospodarczej z realizacją obowiązków ze sfery użyteczności publicznej. Natomiast odwołanie się do zgodności działalności z założeniami polityki energetycznej państwa budzi poważne wątpliwości nie tylko co do zgodności z postanowieniami prawa wspólnotowego, ale przede co do zgodności tego przepisu z Konstytucją RP. Wątpliwości te wynikają z charakteru prawnego założeń, które trudno uznać za przepis powszechnie obowiązujący pomimo licznych odwołań do nich w ustawie – Prawo energetyczne¹¹⁶. Tym samym dla uznania, iż założenia polityki energetycznej państwa mogą stanowić źródło przesłanek udzielenia koncesji należałoby przyjąć dla formę

¹¹³ Na wątpliwości te, w kontekście zgodności polskiego prawa energetycznego z postanowieniami dyrektyw 96/92/WE oraz 98/30/WE wskazywał: A. Jaroszyński, op.cit., s. 413 i n., s. 425; por. także: J. Baehr [w:] *Prawo energetyczne – Komentarz* (aut. J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak), Kraków 2003, s. 224 i n.

¹¹⁴ Patrz na ten temat: A. Zawidzka, op.cit.

¹¹⁵ Ibidem, s. 198 i n.

¹¹⁶ Na temat kontrowersji wokół charakteru prawnego założeń polityki energetycznej państwa i ich roli w postępowaniu koncesyjnym patrz: A. Walaszek-Pyziół, *Energia...*, s. 51 i n.; J. Baehr [w:] *Prawo energetyczne – Komentarz* (aut. J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak), Poznań 2001, s. 130; H. Palarz, *Prawo energetyczne z komentarzem*, wyd. 2, Gdańsk 2000, s. 108; M. Spyra, *Koncesje w prawie energetycznym*, PUG 1998, Nr 6, s. 2 i n.; A. Lipiński, *Niektóre problemy nowego prawa energetycznego*, PUG 1998, Nr 5, s. 2 i n.

rozporządzenia, przy jednoczesnym uregulowaniu w ustawie Prawo energetyczne wytycznych co do treści założeń. W przeciwnym razie należy w świetle zasady państwa prawnego i wynikającego z art. 87 Konstytucji zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego odrzucić możliwość wpływu założeń na sytuację prawną jednostek, w tym przedsiębiorstw energetycznych ubiegających się o udzielenie koncesji¹¹⁷.

Podobne uwagi w zakresie zgodności polskiego prawa energetycznego z prawem wspólnotowym jak powyżej można odnieść do przejrzystości postępowania w sprawie udzielenia koncesji. Zawarty w art. 6 dyrektywy 2003/54/WE wymóg otwartego dostępu do kryteriów udzielania zezwoleń i warunków postępowania o ich udzielenie jest realizowany przez prawo polskie jedynie częściowo, z uwagi na fakt, iż tylko część kryteriów jest zawarta w ustawie. Ponadto, decyzje Prezesa URE są wprawdzie publikowane w Biuletynie Urzędu Regulacji Energetyki (art. 31 ust. 3 pkt 3 u.p.e.) jednakże samo postępowanie – jako, że jest prowadzone na podstawie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego¹¹⁸ (art. 30 ust. 1 u.p.e.) – jest niedostępne dla osób trzecich¹¹⁹.

Przepis art. 33 ust. 5, który w brzmieniu nadanym przez nowelę z 2002 r. wszedł w życie 1.5.2004 r., przewiduje, że o każdym przypadku odmowy udzielenia Koncesji Prezes URE, za pośrednictwem ministra właściwego do spraw gospodarki, będzie informował Komisję Europejską. Wymóg taki zawarty był wprawdzie w art. 5 ust. 3 dyrektywy 96/92/WE, jednakże dyrektywa 2003/54/WE zrezygnowała z niego, bowiem – jak stwierdza Komisja Europejska – stanowił nadmierne obciążenie administracyjne. Tym samym przepis z art. 33 ust. 5 u.p.e. stanie się przepisem martwym. Z tego też względu winien zostać uchylony.

4.2. DOSTĘP STRON TRZECICH DO SIECI (*THIRD PARTY ACCESS*)

W zakresie dostępu do sieci energetycznych i gazowych należy zauważyć, iż z uwagi na fakt, że polskie prawo energetyczne od począt-

¹¹⁷ Por. K. Działocha, „Zamknięcie” systemu źródeł prawa w Konstytucji RP [w:] *W kręgu problemów konstytucyjnych – Księga pamiątkowa ku czci Prof. Eugeniusza Zwierzchowskiego*, red. M. Kudej, Katowice 1999, s. 123 i n.; M. Kulesza, *Przepisy administracyjne w „zamkniętym systemie prawa”. Opinia. Uzasadnienie opinii (wybrane wątki)*, ST 2000, Nr 9, s. 3 i n., w szczególności s. 6.

¹¹⁸ Ustawa z 14.6.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. Nr 30, poz. 168, z późn. zm. (t.j.: Dz.U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.).

¹¹⁹ A. Jaroszyński, op.cit., s. 421.

ku skorzystało z przewidzianej w dyrektywach 96/92/WE i 98/30/WE opcji regulowanego dostępu do sieci, odpowiada ono w tym zakresie modelowi przewidzianemu obecnie w dyrektywach 2003/54/WE i 2003/55/WE. Świadczenie usług przesyłowych następuje zgodnie z art. 7 ust. 1 u.p.e. na podstawie umowy pomiędzy operatorem sieci a zainteresowanym podmiotem, przy czym opłaty są ustalane przez samo przedsiębiorstwo energetyczne zgodnie z wytycznymi zawartymi w ustawie (art. 45–45a u.p.e.) i rozporządzeniach wykonawczych wydanych na podstawie art. 46 u.p.e.¹²⁰, a następnie zatwierdzane w trybie uregulowanym w art. 47 u.p.e. przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W literaturze¹²¹ wskazano jednak na fakt, iż – z uwagi na zasady koncesjonowania działalności gospodarczej w sektorze energetycznym – na gruncie polskiego prawa energetycznego nie jest teoretycznie wykluczona sytuacja, w której określone przedsiębiorstwo energetyczne uzyska na terenie swego działania status wyłącznego nabywcy. Może to nastąpić wówczas, gdy regulator powołując się na zasady polityki energetycznej państwa lub interes publiczny jedynie jednemu przedsiębiorstwu, będącemu operatorem sieci, lub spółce z nim powiązanej, wyda koncesję na sprzedaż energii elektrycznej lub gazu na danym terenie. Koncesja taka nie musi przy tym zawierać klauzuli wyłączności, wystarczy bowiem, że Prezes URE nie wyda koncesji na handel energią i gazem na danym obszarze żadnemu innemu przedsiębiorstwu. W takim przypadku, uprawniony odbiorca, pomimo przyznanego mu prawa dostępu do sieci, nie będzie w stanie skutecznie zawrzeć umowy o dostarczanie energii lub paliw gazowych z innym przedsiębiorstwem energetycznym¹²². Jakkolwiek opisana sytuacja ma jedynie czysto teoretyczny charakter, nie zmienia to faktu, iż polskie prawo energetyczne potencjalnie otwiera możliwość ustanowienia modelu wyłącznego nabywcy, gdy tymczasem dyrektywy 2003/54/WE i 2003/55/WE w ogóle takiej możliwości nie dopuszczają. Rozwiązaniem mógłby być zapis w ustawie, zgodnie z którym, zapisy koncesji nie mogą stać na przeszkodzie skutecznej realizacji prawa dostępu do sieci przez uprawnionych odbiorców. Ponadto wchodzi w grę stosowanie w tym wypadku (jak zresztą i we wszystkich pozostałych) wykładni przepi-

¹²⁰ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 14.12.2000 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz zasad rozliczeń w obrocie energią elektryczną, Dz.U. Nr 1, poz. 7; Rozporządzenie Ministra Gospodarki z 20.12.2000 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz zasad rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi, Dz.U. Nr 1 poz. 8, z późn. zm.

¹²¹ A. Walaszek-Pyziół, *Świadczenie usług przesyłowych w prawie...*, s. 7 i n.

¹²² Ibidem, s. 8.

sów krajowych zgodnie z postanowieniami dyrektywy, co uniemożliwi ustanowienie praw wyłącznych w zakresie handlu energią elektryczną i paliwami gazowymi na określonym obszarze, o ile nie znajdą zastosowania przewidziane w dyrektywach wyłączenia.

Z uwagi na treść art. 4 dyrektywy 2003/55/WE konieczne staje się rozszerzenie regulacji dostępu stron trzecich do sieci o dostęp do instalacji LNG oraz magazynów gazu, regulacji takiej brak bowiem w ustawie – Prawo energetyczne. Wprawdzie można by założyć, iż z uwagi na treść art. 4 ust. 2 i art. 7 ust. 1 u.p.e., gdzie mowa jest o „świadczeniu usług przesyłowych”, a nie o konkretnym „dostępie” do takich czy innych urządzeń i instalacji, polskie prawo energetyczne w ramach zgodnej z dyrektywą wykładni obejmuje także przypadki dostępu do instalacji LNG i magazynów gazu. Przeciwno takiemu założeniu przemawia jednak fakt, że ani ustawa ani dotychczasowe rozporządzenia wykonawcze nie zawierają wytycznych odnośnie regulacji taryf i warunków dostępu do omawianych urządzeń, gdy tymczasem dyrektywa 2003/55/WE przewiduje w tym zakresie obligatoryjnie model dostępu regulowanego. Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 2 i art. 7 ust. 1 u.p.e. adresatami roszczeń o świadczenie usług przesyłowych są przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych, a więc operatorzy sieci, a nie operatorzy instalacji LNG i magazynów gazu, gdy tymczasem nie muszą to być te same podmioty. Tym samym polskie prawo energetyczne wymaga w tym zakresie stosownego uzupełnienia.

W odniesieniu do regulacji ilościowego otwarcia rynku, zawartych w obu dyrektywach, należy zauważyć, że polskie prawo energetyczne przewiduje pełne otwarcie rynku już 1.1.2006¹²³, tzn. o półtora roku wcześniej, aniżeli nakazują to dyrektywy z 2003 r. (1.7.2007). Jednakże regulacja prawa polskiego nie odpowiada kryteriom, na podstawie których poszczególne grupy odbiorców uzyskują wspomniane prawo, zawartym w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 23 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE. W rozporządzeniu przyjęto bowiem jako kryterium wyłącznie wielkość poboru energii elektrycznej i gazu. Tymczasem dyrektywy dzielą odbiorców na grupy w zależności od tego, czy chodzi o odbiorców przemysłowych, czy komunalno-bytowych, i to niezależnie od ilości pobieranej przez nich energii elektrycznej czy ilości pobieranych paliw gazowych. Należy więc oczekiwać odpowiedniej zmiany rozporządzenia.

¹²³ Patrz: Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z 20.1.2003 r. w sprawie harmonogramu uzyskiwania przez odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych, Dz.U. Nr 17, poz. 158.

1.5.2004 r. zmianie uległa treść art. 4 ust. 2 u.p.e. ograniczająca zakres zastosowania zasady TPA do energii i paliw gazowych wyprodukowanych lub wydobytych w kraju. Tym samym została uchylona regulacja w rażący sposób niezgodna z regułami rynku wewnętrznego.

Natomiast w odniesieniu do przewidzianego w art. 4 ust. 2 u.p.e. wymogu wzajemności w zakresie dostępu do sieci można stwierdzić, iż odpowiada on regułom przewidzianym w art. 21 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 23 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE. W celu umożliwienia przedsiębiorstwom energetycznym oraz odbiorcom skorzystania z instrumentu przewidzianego w art. 21 ust. 2 lit. b dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 23 ust. 2 lit. b dyrektywy 2003/55/WE należałoby uzupełnić obowiązki informacyjne spoczywające na Prezesie URE o obowiązek zgłaszania Komisji Europejskiej przypadków odmowy dostępu do sieci uprawnionym odbiorcom z terytorium RP przez operatorów z innych państw członkowskich, oraz uregulować kwestię zgłaszania przez nich takich przypadków Prezesowi URE.

4.3. BUDOWA BEZPOŚREDNICH ODCINKÓW SIECI

Już pod rządami dyrektyw 96/92/WE i 98/30/WE prawo polskie wykazywało niedostosowanie w zakresie regulacji prawnych dotyczących prawa do budowy bezpośrednich odcinków sieci. Jako że wspólnotowe regulacje prawne nie uległy zmianie na skutek wydania dyrektyw z 2003 r., należy się zastanowić, czy i w jakim zakresie konieczne są tutaj zmiany prawa polskiego.

Prawo polskie zna dwa instrumenty prawne służące prowadzeniu sieci energetycznych i gazowych. Jednym z nich jest przewidziane w art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami (dalej u.g.n.)¹²⁴ zezwolenie na prowadzenie urządzeń służących do doprowadzania energii elektrycznej i gazu na cudzym gruncie, wydawane przez właściwego starostę powiatowego na wniosek przedsiębiorstwa energetycznego lub zainteresowanego podmiotu, w przypadku, gdy negocjacje z właścicielem nieruchomości zakończą się niepowodzeniem. Dwa pozostałe zostały natomiast uregulowane w ustawie o drogach publicznych (dalej u.d.p.)¹²⁵. Należy tu przewidziane w art. 37 ust. 7 u.d.p. udostępnie-

¹²⁴ Ustawa z 21.8.1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. Nr 115 poz. 714, z późn. zm.

¹²⁵ Ustawa z 21.3.1985 r. o drogach publicznych, Dz.U. Nr 14, poz. 60, z późn. zm (t.j.: Dz.U. z 2000 r., Nr 71 poz. 838, z późn. zm.).

nie wybudowanych przez zarządcę drogi kanałów technologicznych dla przeprowadzenia urządzeń infrastruktury technicznej, które następuje na podstawie umowy najmu lub dzierżawy na rzecz przedsiębiorstwa energetycznego wyłonionego w drodze przetargu., a także przewidziane w art. 39 ust. 3 i art. 40 u.d.p. zezwolenie na zajęcie pasa drogowego w celu umieszczenia w nim urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z porzebami ruchu drogowego.

Poza sytuacją uregulowaną w art. 39 ust. 7 u.d.p. mamy tu do czynienia z postępowaniem o udzielenie zezwolenia w rozumieniu art. 22 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 24 dyrektywy 2003/55/WE. Jednakże w odniesieniu do zgodności regulacji zwartej w art. 124 u.g.n. i art. 39 ust. 3 i art. 40 u.d.p., jak i w odniesieniu do zgodności trybu z art. 39 ust. 7 u.d.p., z regulacją i celami nowych dyrektyw w sprawie rynku wewnętrznego można zgłosić szereg zastrzeżeń. Regulację dotyczącą budowy bezpośrednich odcinków sieci należy bowiem rozumieć jako dodatkowy instrument – obok dostępu stron trzecich do sieci – służący pobudzeniu konkurencji na rynku energii elektrycznej i gazu. Chodzi przy tym o wprowadzenie konkurencji do podsektora przesyłu i dystrybucji, w postaci konkurencji pomiędzy „sieciami” położonymi na tym samym obszarze¹²⁶. Za pomocą tego instrumentu trudno wprowadzić – z uwagi na wysokie koszty budowy infrastruktury sieciowej – osiągnąć takie efekty rozwoju konkurencji jak w przypadku zasady TPA, jednakże w określonych przypadkach – w szczególności przy niewielkich odległościach – przedsiębiorstwo energetyczne i jego odbiorca mogą być zainteresowani dostarczaniem bądź pobieraniem energii i gazu bez pośrednictwa lokalnego operatora sieci, pobierającego za swoje usługi opłaty przesyłowe. Muszą oni jednak posiadać skuteczną możliwość poprowadzenia sieci energetycznej i gazowej między sobą. Temu celowi służy właśnie regulacja art. 22 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 24 dyrektywy 2003/55/WE.

Rozpatrując to zagadnienie na gruncie obowiązującej regulacji prawa polskiego można stwierdzić, iż przewidziane w art. 124 u.g.n. prawo korzystania z cudzej nieruchomości dla celów przeprowadzenia sieci energetycznych czy gazowych, w żadnym razie nie nadaje się do realizacji celu, jaki przyświeca regulacjom art. 22 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 dyrektywy 2003/55/WE. Po pierwsze, celem regulacji z art. 124 u.g.n. nie jest umożliwienie właścicielowi nieruchomości – przyszłemu odbiorcy przyłączenia się do instalacji i urządzeń dowolnego przedsiębiorstwa energetycznego wedle jego wyboru, lecz umożli-

¹²⁶ Por. uwagi wyżej w pkt 3.2.4.

wienie mu podłączenia się do sieci „w ogóle”, a więc zapobieżenie sytuacji, gdy określona nieruchomość, z uwagi na jej położenie, nie będzie mogła być zaopatrywana w energię elektryczną czy paliwa gazowe¹²⁷. Po drugie, z uwagi na fakt, że regulacja z art. 124 u.g.n. bez wątpienia stanowi ingerencję w podlegające ochronie na gruncie Konstytucji RP prawa podmiotowe właściciela nieruchomości przez którą mają być przeprowadzone sieci, regulacja ta nie gwarantować każdemu dowolnemu przedsiębiorstwu energetycznemu prawa poprowadzenia sieci do danego odbiorcy, a jedynie temu, którego sieci – z uwagi na ich geograficzne położenie – w najmniejszym stopniu naruszać będą prawa własności osób trzecich. Z tych samych zresztą względów wykluczone jest przeprowadzenie przez zainteresowane przedsiębiorstwo energetyczne bezpośredniego odcinka sieci przez cudzą nieruchomość do odbiorcy, którego nieruchomość jest już podłączona do sieci energetycznych czy gazowych innego przedsiębiorstwa. Po trzecie, pomijając cel, jaki przyświeca regulacji art. 124 u.g.n. należy zauważyć, iż konieczność zaangażowania się przez przedsiębiorstwo energetyczne lub potencjalnego odbiorcę w cały szereg negocjacji i postępowań o zezwolenie na przeprowadzenie sieci energetycznych z właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości położonych na trasie ich planowanego przebiegu i związane z tym koszty finansowe oraz nakład czasu sprawiają, że instrument z art. 124 u.g.n. nie może być w żadnym razie potraktowany jako skuteczne narzędzie pobudzenia konkurencji, a tym samym jako instrument skutecznej implementacji postanowień art. 22 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 dyrektywy 2003/55/WE.

Ze względów praktycznych skutecznym instrumentem realizacji celów przewidzianych w art. 22 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 dyrektywy 2003/55/WE może być natomiast przyznanie przedsiębiorstwom energetycznym możliwości uzyskiwania uprawnień do prowadzenia sieci energetycznych w pasie dróg publicznych. Jako że w tym wypadku z jednej strony pojawia się konieczność wystąpienia z odpowiednim wnioskiem do na ogół tylko jednego podmiotu (lub prowadzenia z nim negocjacji), tzn. zarządcy drogi, a z drugiej strony, drogi publiczne tworzą relatywnie gęstą i wzajemnie powiązaną sieć, instrument ten jawi się jako skuteczne narzędzie realizacji przewidzianych w obu dyrektywach

¹²⁷ Jest to instytucja podobna do znanej z prawa cywilnego instytucji służebności drogi koniecznej, stąd też zbliżone są przesłanki jej zastosowania. Na analogię pomiędzy tymi instytucjami wskazuje orzecznictwo Sądu Najwyższego – por. wyrok SN z 31.12.1962 r., sygn. II CR 1006/62, OSPiKA 1964, poz. 91; wyrok z 3.6.1965 R., sygn. III CO 34/65, OSPiKA 1967, Nr 3, poz. 58. Szerzej na ten temat: A. Stelmachowski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 3, red. T. Dybowski, Warszawa 2003, s. 294–297.

uprawnień do budowy bezpośrednich odcinków sieci, a tym samym implementacji zawartych w nich postanowień.

Ustawa prawo energetyczne nie reguluje tej problematyki, inaczej niż to miało miejsce w prawie polskim okresu międzywojennego. Zgodnie bowiem z art. 8 ustawy elektrycznej z 1922 r.¹²⁸ przedsiębiorstwom energetycznym należącym do Państwa lub działającym na podstawie koncesji (zwanej „uprawnieniem rządowym”) przysługiwało prawo do korzystania z dróg lądowych i wodnych „w celu prowadzenia przewodów nad i pod ziemią, ustawiania stacji transformatorów” itp.¹²⁹ Powojenne prawo polskie – od czasu uchwalenia ustawy z 12.3.1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości¹³⁰ oraz ustawy z 30.5.1962 r. o gospodarce paliwowo-energetycznej¹³¹ – nie przewidywało już tej instytucji, gdy tymczasem jest ona znana i wykorzystywana w ustawodawstwie innych państw europejskich. Interesującego przykładowo dostarcza zwłaszcza prawo niemieckie, gdzie uprawnienia do korzystania z dróg publicznych w celu zakładania przewodów energetycznych, tzw. *Wegenutzungsrechte*, są na mocy § 13 ustawy energetycznej – znowelizowanej w 1998 r. właśnie pod wpływem dyrektywy 96/92/WE¹³² – przyznawane są przez gminy na zasadach niedyskryminacji wszystkim zainteresowanym przedsiębiorstwom energetycznym, które za przyznane uprawnienia uiszczają opłaty, tzw. *Konzessionsabgaben*. W literaturze niemieckiej regulacja ta jest uznawana za podstawowy instrument zwalczania lokalnych sieciowych monopolii energetycznych¹³³.

Z uwagi na to, że polskie prawo energetyczne – jak wspomniano wyżej – nie zajmuje się problematyką prowadzenia sieci energetycznych wzdłuż dróg, a zasady korzystania z dróg publicznych regulują odrębne przepisy zawarte w ustawie o drogach publicznych¹³⁴, należy rozważyć, czy przepisy tej ustawy można potraktować za regulację w wystarczają-

¹²⁸ Ustawa elektryczna z 21.3.1922 r., t.j.: wg obwieszczenia Ministra Przemysłu i Handlu z 25.2.1935, Dz.U. z 1935 r., Nr 17, poz. 98.

¹²⁹ W przypadku pozostałych przedsiębiorstw prawo do korzystania z dróg przyznawane było na czas określony przez wojewodę lub przez zarządców dróg za zgodą starosty powiatowego (art. 8 ust. 2 ustawy elektrycznej).

¹³⁰ Dz.U. Nr 17 poz. 70, z późn. zm. (t.j.: Dz.U. z 1974 r., Nr 10, poz. 64, z późn. zm.).

¹³¹ Dz.U. Nr 32, poz. 150, z późn. zm.

¹³² *Energiewirtschaftsgesetz* z 13.12.1935 r. w wersji nadanej przez: Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts z 28.4.1998, BGBl. 1998 I Nr 23, s. 730 i n.

¹³³ Szeroko na ten temat: U. Büdenbender, *Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz*, Köln 2003, s. 591 i n.

¹³⁴ Ustawa z 21.3.1985 r. o drogach publicznych, Dz.U. Nr 14, poz. 60, z późn. zm. (t.j.: Dz.U. z 2000 r., Nr 71, poz. 838 z późn. zm.).

cy sposób realizującą wymóg implementacji postanowień przepisów art. 22 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 24 dyrektywy 2003/55/WE.

Zgodnie z art. 39 ust. 3 i art. 40 u.d.p. lokalizowanie w pasie drogowym urządzeń lub obiektów nie związanych z gospodarką drogową lub potrzebami ruchu wymaga zezwolenia właściwego zarządcy drogi, które jest wydawane w drodze decyzji administracyjnej. Odnosi się to również do budowy bezpośrednich odcinków sieci. W odniesieniu do kryteriów udzielania zezwoleń można stwierdzić, że przepisy art. 39 ust. 3 u.d.p. i art. 40 u.d.p. milczą na ten temat. Wydanie zezwolenia, a także jego treść, leży tym samym wyłącznie w gestii zarządcy drogi, który działa w ramach uznania administracyjnego. Jest to konsekwencja faktu, iż drogi stanowią szczególną kategorię rzeczy, tzw. rzeczy powszechnego użytku (dóbr publicznych), co generalnie wyklucza ich wykorzystanie dla celów „indywidualnych” czy „szczególnych”¹³⁵. Z tego względu przepisy art. 39 ust. 3 i art. 40 u.d.p. nie realizują celu, jakiemu służy regulacja z art. 22 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 dyrektywy 2003/55/WE i w związku z tym nie mogą być uznane za przepisy, które w prawidłowy sposób implementują rozwiązania zawarte w obu dyrektywach, te ostatnie wymagają bowiem, aby państwa członkowskie określiły obiektywne i niedyskryminujące kryteria udzielania zezwoleń na budowę bezpośrednich odcinków sieci. Fakt, iż wydanie decyzji z art. 39 ust. 3 i art. 40 u.d.p. opiera się na zasadach kodeksu postępowania administracyjnego i postanowieniach Konstytucji, które nakładają na organ administracji m.in. obowiązek równego traktowania wszystkich podmiotów (art. 6 k.p.a. i art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) nie zmienia powyższego stwierdzenia. Ponadto, brak kryteriów udzielania zezwolenia na „szczególne” korzystanie z dróg publicznych powoduje, iż prawo polskie nie zapewnia praktycznej skuteczności postanowień dyrektyw w odniesieniu do budowy bezpośrednich odcinków sieci w krajowym porządku prawnym, której podstawowym celem jest konkurencja w podsektorze sieci energetycznych i gazowych. To samo można powiedzieć o przewidzianej w art. 39 ust. 7 u.d.p. regulacji, zgodnie z którą zarządca drogi może podmiotowi wyłonionemu w drodze przetargu wydzierżawić lub użyczyć kanały technologiczne zlokalizowane w pasie drogowym, jeśli takowe zostały przewidziane. Wprawdzie ustawa stanowi, iż przetarg odbywa się z poszanowaniem zasad

¹³⁵ Na ten temat: Z. Janku, *Administracyjnoprawna regulacja korzystania z rzeczy powszechnego użytku na przykładzie dróg publicznych* [w:] *Węzłowe problemy prawa administracyjnego*, cz. II, red. Z. Leoński, Poznań 2000, s. 7 i n.; Z. Leoński, *Materiałne prawo administracyjne*, wyd. 3, Warszawa 2000, s. 108 i n.; J. Szachulowicz, *Własność publiczna*, Warszawa 2000, s. 16 i n.

uczciwej konkurencji, jednakże sama instytucja przetargu wskazuje na to, iż liczba podmiotów mogących uzyskać możliwość prowadzenia sieci będzie ograniczona.

W związku z powyższym konieczne wydaje się ograniczenie uznania administracyjnego w zakresie przyznawania uprawnień do prowadzenia przewodów energetycznych i gazowych wzdłuż dróg publicznych. Ze względu jednak na fakt, iż uznanie administracyjne jest w tym wypadku konsekwencją charakteru dróg jako dóbr publicznych, generalne ograniczenie uznania administracyjnego w zakresie zezwoleń na „szczególne” korzystanie z dróg w ustawie o drogach publicznych nie jest wskazane. Postulować należałoby raczej ograniczenie tego uznania w drodze ustanowienia przepisu szczególnego, zawartego albo w ustawie o drogach publicznych, albo też w ustawie – Prawo energetyczne. Nie ma przy tym przeszkód, aby ustawodawca polski uzależnił udzielenie zezwolenia od uprzedniej odmowy świadczenia usług przesyłowych przez lokalnego operatora sieci¹³⁶. W przeciwnym razie nie wprowadzenie tych przepisów do prawa krajowego może być uzasadnione jedynie przy powołaniu się na istotne trudności w realizacji obowiązków w interesie publicznym nałożonych na przedsiębiorstwa energetyczne (art. 3 ust. 8 dyrektywy 2003/54/WE). Możliwość taka wchodzi w grę jedynie w odniesieniu do przedsiębiorstw elektroenergetycznych, bowiem art. 3 dyrektywy 2003/55/WE nie przewiduje takiej możliwości w odniesieniu do sektora gazowego.

4.4. ZASADY FUNKCJONOWANIA OPERATORÓW SIECI PRZESYŁOWYCH I DYSTRYBUCYJNYCH

Jak o tym była mowa w pkt 3.2.3., dyrektywy w sprawie rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu z 2003 r. kładą szczególny nacisk na regulacje dotyczące pionowej separacji przedsiębiorstw energetycznych. Ponadto, wymagają one jeszcze dalej idącej separacji księgowej, aniżeli czyniły to dyrektywy 96/92/WE i 98/30/WE.

Obecna organizacja sektora elektroenergetycznego w Polsce wykazuje daleko idącą dezintegrację pionową. Podsektory wytwarzania, przesyłu i wreszcie dystrybucji energii elektrycznej są podzielone pomiędzy niezależne podmioty, działające w formie spółek prawa handlowego¹³⁷. W sektorze gazowniczym brak natomiast było przez dłuższy czas jakiej-

¹³⁶ Por. art. 22 ust. 4 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 24 ust. 3 dyrektywy 2003/55/WE.

¹³⁷ P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow, op.cit., s. 110 i n.

kolwiek separacji poszczególnych podsektorów i dopiero niedawno rozpoczęto rzeczywisty proces przekształcenia struktury Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa na wzór modelu, jaki funkcjonuje w elektroenergetyce¹³⁸. Należy jednak wskazać, że nawet w elektroenergetyce istniejąca separacja podsektorów – z wyjątkiem regulacji art. 7 ust. 1a u.p.e. w odniesieniu do przesyłu¹³⁹ – nie ma wyraźnego umocowania ustawowego i wynika z przyjętej w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku polityki rządu w zakresie restrukturyzacji przemysłu energetycznego. Przepis art. 9c ust. 6 – dodany przez nowelę do prawa energetycznego z 2002 r.¹⁴⁰ – zgodnie z którym zarządzanie ruchem sieciowym sieci przesyłowej gazowej i elektroenergetycznej winno być niezależne od wszelkiej innej działalności wykonywanej przez operatora sieci, dokonał w tym względzie wprowadzenie pewnej istotniejszej zmiany, jest ona jednakże niewystarczająca w świetle regulacji dyrektyw z 2003 r.

Z powyższych względów konieczna jest transpozycja przepisów art. 10, 15 i 19 dyrektywy 2003/54/WE oraz art. 9, 13 i 17 dyrektywy 2003/55/WE i to zarówno w odniesieniu do separacji księgowej, jak i separacji prawnej.

4.5. REGULACJA RYNKU ENERGETYCZNEGO

W zakresie postanowień obu dyrektyw dotyczących regulacji sektora energetycznego, a które stanowią obecnie jądro przepisów w zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu, można stwierdzić, że polskie prawo energetyczne nie odbiega od regulacji obu dyrektyw, co jest związane z przewidzianym od początku w Polsce modelem regulowanego rynku energetycznego.

W odniesieniu do instytucjonalnego kształtu regulacji można stwierdzić zgodność prawa polskiego z postanowieniami dyrektyw.

¹³⁸ Por. A. Cylwik, *Restrukturyzacja monopoli sieciowych na przykładzie Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa* [w:] P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow (red.), *Studia nad integracją europejską – Gazownictwo*, Warszawa 1996, s. 207 i n.

¹³⁹ Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1a u.p.e. „obowiązek zawarcia umowy sprzedaży energii (...) nie dotyczy przedsiębiorstwa energetycznego będącego jednocześnie operatorem systemu przesyłowego elektroenergetycznego. Zapis ten ma pozwolić operatorowi elektroenergetycznych sieci przesyłowych, czyli Polskim Sieciom Energetycznym S.A., na wycofanie się z działalności handlowej i koncentrację wyłącznie na świadczeniu usług przesyłowych. Należy jednak wskazać, iż brak podobnego zapisu w odniesieniu do sektora gazowego.

¹⁴⁰ Ustawa z 24.7.2002 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, Dz.U. Nr 135, poz. 1144.

Dotyczy to zarówno powołania samego organu do spraw regulacji rynku energetycznego, jak i gwarancji jego niezależności w stosunku do podmiotów regulowanych.

Natomiast w odniesieniu do materialnego aspektu regulacji postanowienia dyrektywy 2003/54/WE oraz 2003/55/WE powodują konieczność rozszerzenia uprawnień regulatora o kontrolę warunków i regulację taryf dostępu do instalacji LNG oraz magazynów gazu oraz nakazują wyposażenie regulatora w uprawnienia do regulacji rynku bilansującego. Brak skutecznych mechanizmów kontroli nad funkcjonowaniem tego rynku wywoływał dotychczas poważne komplikacje w zakresie obrotu energią elektryczną w Polsce¹⁴¹. Jak dotychczas Prezes URE nie był bowiem upoważniony do kontroli warunków i opłat stosowanych na tym rynku przez jego operatora, którym w przypadku rynku elektroenergetycznego są Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.

W ustawie należy też uwzględnić nowe obowiązki, które spoczywają na organach regulacyjnych, w zakresie przekazywania informacji oraz raportów do Komisji Europejskiej.

4.6. NAKŁADANIE NA PRZEDSIĘBIORSTWA ENERGETYCZNE OBOWIĄZKÓW W INTERESIE PUBLICZNYM I UZASADNIENIE EWENTUALNYCH ODSTĘPSTW OD ZASAD FUNKCJONOWANIA RYNKU WEWNĘTRZNEGO ENERGII ELEKTRYCZNEJ I GAZU ZIEMNEGO

Art. 3 dyrektywy 2003/54/WE i art. 3 dyrektywy 2003/55/WE zezwala państwom członkowskim na wyłączenie stosowania niektórych postanowień w przypadku, gdy regulacje te *de jure* lub *de facto* uniemożliwiałyby wykonywanie przez przedsiębiorstwa energetyczne nałożonych na nie obowiązków w interesie publicznym. Jeśli chodzi o prawo polskie należy zauważyć, że tego rodzaju obowiązki częściowo nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne sama ustawa, jak to ma miejsce w przypadku obowiązku przyłączania podmiotów do sieci oraz dostarczania energii elektrycznej i paliw gazowych (art. 7 ust. 1 u.p.e.). Obowiązki takie może na przedsiębiorstwa energetyczne nakładać także Prezes URE w koncesji. Zgodnie bowiem z art. 37 ust. 1 pkt 5 lit. a u.p.e. koncesja powinna określać szczególne warunki wykonywania działalności objętej koncesją, mające na celu właściwą obsługę odbior-

¹⁴¹ Zob. T. Chmał, *Energia złych przepisów*, „Rzeczpospolita” z 24.4.2002 r., nr 96, s. C4; M. Duda, op.cit.

ców w zakresie zapewnienia ciągłego i niezawodnego dostarczania energii elektrycznej lub paliw gazowych. Wątpliwości budzi pytanie, czy występujące w polskim prawie energetycznym ograniczenia konkurencji, jak – wspomniana już wcześniej i mająca raczej teoretyczny charakter – możliwość wydania koncesji z prawem wyłączności na zaopatrywanie odbiorców na określonym terenie lub też brak regulacji umożliwiających swobodną budowę bezpośrednich odcinków sieci, mogą być skutecznie uzasadnione wyłącznie na tej podstawie, że prawo polskie nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązania w interesie publicznym. Samo twierdzenie, że nałożone na przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązania w interesie publicznym są nie do pogodzenia z regułami konkurencji przewidzianymi w dyrektywach nie wydaje się bowiem wystarczające. Stwierdzenie bowiem, czy niezastosowanie przez państwo członkowskie reguł konkurencji przewidzianych w dyrektywach jest uzasadnione, będzie zależało od okoliczności konkretnego przypadku. I tak wstrzymanie wydania koncesji na dystrybucję i handel energią elektryczną i gazem na określonym terenie, które w efekcie prowadziłyby do przyznania dotychczas działającemu na tym terenie przedsiębiorstwu energetycznemu lub gazowniczemu statusu wyłącznego odbiorcy, musiałyby być uzasadnione okolicznościami konkretnego przypadku, a w szczególności należałoby wykazać, iż pojawienie się konkurenta rzeczywiście a nie tylko potencjalnie uniemożliwiłoby – a nie tylko utrudniło – realizację przez to przedsiębiorstwo nałożonych na nie zobowiązań w interesie publicznym. Jeszcze inaczej zagadnienie to przedstawia się w sytuacji braku – jak dotychczas – transpozycji do prawa polskiego postanowień dotyczących budowy bezpośrednich odcinków sieci. Należy bowiem przyjąć, że istniejący stan prawny w tym zakresie nie może być uznany za uzasadniony tylko z tego względu, że ustawa nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne określone zobowiązania w interesie publicznym¹⁴². W trakcie negocjacji akcesyjnych strona polska nie zgłaszała zresztą w tym zakresie wniosków o przyznanie okresu przejściowego lub o zastosowanie wyłączeń, pomimo tego, iż już dyrektywy 96/92/WE oraz 98/30/WE przewidywały regulacje dotyczące budowy bezpośrednich odcinków sieci. Tym samym konieczne będzie wprowadzenie do prawa polskiego odpowiednich regulacji implementujących postanowienia art. 22 dyrektywy 2003/54/WE i art. 24 dyrektywy 2003/55/WE.

¹⁴² Por. H. Jarass, *op.cit.*, s. 89 i n.

5. UWAGI KOŃCOWE

Dyrektywy 2003/54/WE oraz 2003/55/WE otwierają dalszy etap rozwoju wspólnotowej regulacji wewnętrznego rynku energii elektrycznej i gazu. Przy zachowaniu podstawowych celów dotychczasowej regulacji, a przede wszystkim zdecydowanym oparciu funkcjonowania tego rynku na zasadach konkurencji, nowe dyrektywy wprowadzają korekty i uzupełnienia mające usprawnić funkcjonowanie rynku i umożliwić przedsiębiorstwom energetycznym i obywatelom Unii Europejskiej pełne korzystanie z dobrodziejstw zliberalizowanego rynku energii elektrycznej i gazu. Konieczność dokonania zmian i korekt wynikających z prawa energetycznego odnosi się w pełni także do ustawodawcy polskiego. Należy wyrazić nadzieję, iż ustawodawca możliwie najpełniej i terminowo sprostą obowiązkowi implementacji postanowień obu dyrektyw, a przy okazji nowelizacji prawa energetycznego uregulowane zostaną zagadnienia, w stosunku do których już wcześniej można było stwierdzić braki w pełnym dostosowaniu prawa polskiego do regulacji Wspólnoty Europejskiej.