

Michał Będkowski-Kozioł*

OBOWIĄZEK ŚWIADCZENIA USŁUG MAGAZYNOWANIA PALIW GAZOWYCH. PROBLEMATYKA PRAWNA

1. Wprowadzenie

Instalacje magazynowe pełnią szereg istotnych funkcji na rynku gazu. Po pierwsze, wspomagają krótko- i długoterminowe bilansowanie systemu gazowego, co jest związane z dobowymi i sezonowymi wahaniami w zakresie zapotrzebowania na paliwa gazowe. Po drugie, sprzyjają zagwarantowaniu bezpieczeństwa dostaw, pozwalając na gromadzenie zapasów paliwa gazowego na wypadek sytuacji kryzysowych na rynku krajowym lub międzynarodowym. Po trzecie, pozwalają użytkownikom systemu gazowego (w szczególności odbiorcom i przedsiębiorstwom obrotu) na optymalizację zakupów lub sprzedaży paliwa gazowego, a dostępność usług magazynowania sprzyja większej płynności rynku w warunkach jego liberalizacji, co pozwala zminimalizować ryzyko kosztowe związane z przeszacowaniem zapotrzebowania na paliwo gazowe¹.

* Dr Michał Będkowski-Kozioł, LL.M.Eur.Int. (Dresden) – p.o. Kierownika Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; partner, Kancelaria Kocharński, Zięba, Rapala i Partnerzy.

¹ Na ten temat zob. m.in. D.J. Duann, P.A. Nagler, M. Harunuzzaman, G. Iyyuni, *Gas Storage: Strategy, Regulation, and some Competitive Implications*, The National Regulatory Research Institute, Columbus, Ohio, September 1990, s. 53 i n. – dostępne na stronie: <http://www.ipu.msu.edu/library/pdfs/nrri/Duann-Nagler-Gas-Storage-90-14-Sept-90.pdf>; Sondergutachten der Monopolkommission, *Strom und Gas 2009 – Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb*, Drucksache des Bundestages – Nr 16/14060 z 15.9.2009 r., s. 118 – dostępne na stronie: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/140/1614060.pdf>; Report by Energy Charter Secre-

Prawodawca unijny akcentuje przede wszystkim ostatnią z wymienionych funkcji, traktując dostęp stron trzecich do magazynów gazu jako kluczowy instrument służący usunięciu przeszkód w rozwoju sprawnie funkcjonującego i prokonkurencyjnego rynku wewnętrznego gazu ziemnego². Co więcej, pomimo tego, że instalacje magazynowe stanowią także istotny instrument realizacji zobowiązań w interesie publicznym (m.in. w zakresie wspomnianego bezpieczeństwa dostaw gazu), to jednak – w opinii prawodawcy unijnego – nie może to prowadzić do ograniczenia lub zakłócenia konkurencji i dyskryminacyjnych praktyk w zakresie dostępu do magazynów gazu³.

Instalacje magazynowe gazu wykazują się jednakże swoistymi cechami, odróżniającymi je od pozostałych – w szczególności sieciowych – elementów infrastruktury gazowej. Mianowicie, instalacje magazynowe gazu nie wykazują z reguły cech *essential facility*⁴, przez co instytucja dostępu stron trzecich do instalacji magazynowych gazu oparta jest o odmienne determinanty, aniżeli ma to miejsce w przypadku pozostałych elementów infrastruktury gazowej⁵. Biorąc pod uwagę zarówno właściwości instalacji ma-

tariat, *The Role of Underground Gas Storage for Security of Supply and Gas Markets*, Bruksela 2010, s. 23 i n., dostępne na stronie: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Publications/Gas_Storage_ENG.pdf; EFET (European Federation of Energy Traders), *Gas Storage in Europe – “Adding security through flexibility”*, s. 6 – dostępne na stronie: http://www.efet.org/Cms_Data/Contents/EFET/Media/Documents/Public%20-%20Position%20Papers/Commercial%20storage%20in%20Europe%20-%20EFET.pdf.

² Zob. motyw 6 uzasadnienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13.7.2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE, Dz.Urz.UE 2009 Nr L 211/94 – dalej: dyrektywa 2009/73/WE.

³ Motyw 21 uzasadnienia dyrektywy 2009/73/WE; zob. na ten temat także: M. Mordwa, *The Obligation of Strategic Gas Storage Introduced in Poland as an Example of a Public Service Obligation Relating to Supply Security: A Question of Compliance with European Law*, „Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS)” vol. 2011, 4(4), s. 57 i n., dostępne na stronie: http://www.yars.wz.uw.edu.pl/yars2011_4_4/Mordwa_The_Obligation_of_Strategic_Gas.pdf.

⁴ Na temat pojęcia *essential facility* oraz jego roli na gruncie prawa ochrony konkurencji zob. m.in. M. Będkowski-Kozioł, *Wpływ amerykańskiej doktryny essential facilities na rozwój europejskiego prawa antymonopolowego*, PUG 2000, nr 12, s. 4 i n. oraz s. 8 i n.; A. Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, „European Law Review” 2001, nr 26, s. 548 i n.; B. Doherty, *Just what are essential facilities?*, „Common Market Law Review” 2001, nr 38, s. 397 i n.; J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Warszawa 2005, s. 11 i n.; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 112 i n.; C. Stothers, *Refusal to supply as abuse of dominant position: essential facilities in the European Union*, „European Competition Law Review” 2001, nr 22, s. 256 i n.

⁵ Z uwagi na brak zjawiska ekonomii skali i dostępność alternatywnych usług zapewniających elastyczność rynku, instalacje magazynowe nie mają cech monopolu naturalnego – zob. EFET

gazynowych jak i właściwości usług świadczonych za ich pomocą, można stwierdzić, że dostęp do nich nie stanowi bezwzględnego warunku uczestnictwa w rynku powiązanim obrotem gazem⁶. Z tych względów prawodawca unijny wykazuje umiarkowane podejście do regulacji dostępu do instalacji magazynowych gazu, uzależniając ewentualne roszczenie o udzielenie dostępu od tego, czy jest on niezbędny dla zapewnienia skutecznego dostępu do systemu gazowego⁷.

Na gruncie ustawy z 10.4.1997 r. Prawo energetyczne⁸ (dalej: u.p.e.) regulacje związane z dostępem stron trzecich do instalacji magazynowych gazu, czy też – jak instrument ten określa polski ustawodawca – świadczenia usług magazynowania paliw gazowych⁹, pojawiły się wraz z implementacją regulacji dyrektywy 2003/55/WE¹⁰. Wejście w życie dyrektywy 2009/73/WE wymusiło – relatywnie niewielką w porównaniu z innymi obszarami regulacji prawa energetycznego – modyfikację dotychczasowych rozwiązań w tym zakresie, która – z dużym opóźnieniem¹¹ – została na obecnym etapie dokonana

(European Federation of Energy Traders), *Gas Storage in Europe – “Adding security through flexibility”*, s. 5 – dostępne na stronie: http://www.efet.org/Cms_Data/Contents/EFET/Media/Documents/Public%20-%20Position%20Papers/Commercial%20storage%20in%20Europe%20-%20EFET.pdf

⁶ Por. K.-D. Barbknecht, *Regulierung von Gasspeichern in Europa. Die GGPSO als eine normsetzende Absprache auf der Ebene der Europäischen Union*, Baden-Baden 2012, s. 61.

⁷ Ibidem, s. 62; por. art. 33 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2009/73/WE; na ten temat będzie jeszcze mowa poniżej w pkt. 2.1.; pojawiają się nawet postulaty jedynie przejściowego utrzymania szczególnej sektorowej regulacji dostępu do instalacji magazynowych do momentu rozwoju mechanizmów konkurencji na rynku gazu – por. EFET (European Federation of Energy Traders), *Gas Storage in Europe – “Adding security through flexibility”*, s. 9 – dostępne na stronie: http://www.efet.org/Cms_Data/Contents/EFET/Media/Documents/Public%20-%20Position%20Papers/Commercial%20storage%20in%20Europe%20-%20EFET.pdf.

⁸ T.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059.

⁹ Polski ustawodawca posługuje się na gruncie ustawy Prawo energetyczne terminem „świadczenie usług magazynowania”, podczas gdy prawodawca unijny używa terminu „usługi związane z dostępem stron trzecich oraz instalacji magazynowych” (Rozporządzenie 715/2009) lub po prostu „dostęp do magazynowania” (dyrektywa 2009/73/WE). Niezależnie od istniejących różnic terminologicznych w wymienionych aktach prawnych chodzi w istocie o udzielenie dostępu do właściwych urządzeń kluczowych, w tym wypadku magazynów gazu i innych instalacji spełniających podobne funkcje (zob. na ten temat w dalszej części niniejszego opracowania). W związku z tym w niniejszym opracowaniu terminy „usługi magazynowania” i „dostęp stron trzecich do instalacji magazynowych” będą używane zamiennie.

¹⁰ Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.6.2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE, Dz.Urz.UE 2003 Nr L 176/57 – dalej: dyrektywa 2003/55/WE.

¹¹ Termin implementacji dyrektywy 2009/73/WE upłynął 3.3.2011 r. Tymczasem pierwsza wersja rządowych projektów ustaw służących implementacji m.in. dyrektywy 2009/73/WE zosta-

wraz z przyjęciem przez Sejm ostatecznej wersji ustawy z 26.7.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw¹². Jednocześnie należy mieć na uwadze, że według zapewnień strony rządowej nadal będą toczyły się prace nad gruntowną nowelizacją polskiego prawa energetycznego, określaną roboczym tytułem „duży trójpak energetyczny”¹³.

Celem niniejszego opracowania jest kompleksowe przedstawienie regulacji obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych na gruncie prawa polskiego, z uwzględnieniem prawa UE, a w szczególności próba wypracowania reguł postępowania w sytuacjach wymagających wyważenia interesów zobowiązanych przedsiębiorstw i użytkowników systemu gazowego. Punkt wyjścia będą przy tym stanowiły dwa założenia. Po pierwsze, iż obowiązek świadczenia usług magazynowania stanowi ingerencję w swobodę działalności gospodarczej, podlegającą ochronie zarówno na gruncie Konstytucji RP jak i Karty Praw Podstawowych, stanowiącej część

ła przedstawiona do konsultacji dopiero 21.12.2011 r. – zob. Projekt ustawy – Prawo gazowe oraz Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo gazowe; natomiast druga wersja projektu została przedstawiona 9.10.2012 r. – zob. Projekt ustawy – Prawo gazowe oraz Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo gazowe; informacja na temat aktualnego stanu prac nad projektem dostępna jest na stronie Rządowego Centrum Legislacji – <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/19302/katalog/19306>, oraz na stronie Centrum Informacji o Rynku Energii (cire.pl) – <http://www.nowe-pe-pg-i-ustawa-o-oze.cire.pl/st,45,345,item,66424,6,0,0,0,0,0,tekst-projektu-uzasadnienie-i-ocena-skutkow-regulacji.html>; w międzyczasie, w celu uniknięcia grożącego Polsce postępowania w sprawie nie-terminowej implementacji dyrektyw trzeciego pakietu liberalizacyjnego UE, dnia 19.10.2012 r. zgłoszono poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw, mający na celu dokonanie transpozycji przepisów dyrektyw trzeciego pakietu liberalizacyjnego niezbędnym zakresie – zob. Druk sejmowy nr 946 z 18.10.2012 r., dostępny na stronie: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/D2A913FAF5E78B66C1257ACB0052BF79/%24File/946.pdf>; z uwagi na przeciągające się prace nad uchwaleniem nowelizacji ustawy Prawo energetyczne KE podjęła 20.6.2013 r. decyzję o skierowaniu do Trybunału Sprawiedliwości UE sprawy przeciwko Polsce w związku z nieprzestrzeganiem przez nią przepisów dotyczących wewnętrznego rynku energii, w zakresie stosowania regulowanych cen gazu dla odbiorców będących przedsiębiorstwami (tzw. odbiorców przemysłowych) – zob. komunikat prasowy KE na stronie: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-580_pl.htm.

¹² Tekst ustawy ustalony ostatecznie po rozpatrzeniu poprawek Senatu jest dostępny na stronie: [http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/946_u/\\$file/946_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/946_u/$file/946_u.pdf); ustawa ta będzie w dalszej części powoływana jako: Nowela z 26.7.2013 r.

¹³ Tzw. „duży trójpak energetyczny” składa się obecnie z projektów czterech aktów prawnych: (1) ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo energetyczne, ustawę – Prawo gazowe oraz ustawę o odnawialnych źródłach energii (wersja z 9.10.2013 r.), (2) ustawy – Prawo energetyczne (wersja z 8.10.2013 r.), (3) ustawy – Prawo gazowe (wersja z 9.10.2013 r.) oraz (4) ustawy o odnawialnych źródłach energii (wersja z 9.10. 2013 r.); wszystkie projekty wraz z dodatkowymi materiałami są dostępne na stronie Centrum Informacji o Rynku Energii (cire.pl) – <http://www.nowe-pe-pg-i-ustawa-o-oze.cire.pl/st,45,350,item,66929,6,0,0,0,0,0,tekst-projektu-uz>

składową traktatów konstytuujących Unię Europejską. A po drugie, że ocena tej regulacji powinna być dokonywana pod kątem, tego czy i w jakim stopniu służy ona realizacji celów publicznoprawnej ingerencji w funkcjonowanie sektora gazowego.

Z uwagi na fakt, że dostępność instalacji magazynowych w Polsce pozostaje nadal ograniczona i znajdują się one w posiadaniu zasadniczo jednego podmiotu, tj. Operatora Systemu Magazynowania Sp. z o.o., funkcjonującego w strukturze grupy kapitałowej PGNiG S.A.¹⁴, wydaje się, że problematyka prawnych uwarunkowań realizacji obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych pozostaje aktualna, a wiążące się z nią szczegółowe zagadnienia mogą być interesujące zarówno z punktu widzenia podejmowania decyzji rynkowych przez użytkowników systemu gazowego jak i z punktu widzenia podejmowania decyzji inwestycyjnych przez obecnego jak i przyszłych operatorów instalacji magazynowych.

2. Podstawy prawne obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

Regulacja obowiązku świadczenia usług magazynowania ma – podobnie jak w przypadku obowiązków świadczenia usług dostępu do pozostałych elementów infrastruktury gazowej – wielopoziomowy charakter, obejmując w pierwszym rzędzie akty prawa unijnego jak również implementujące je akty prawa krajowego.

2.1. Obowiązek świadczenia usług magazynowania w prawie unijnym

Obowiązek świadczenia usług magazynowania paliw gazowych przewidziany został na poziomie UE zarówno w dyrektywie 2009/73/WE jak i w Rozporządzeniu 715/2009¹⁵.

sadnienie-i-ocena-skutkow-regulacji.html. Projekt ustawy Prawo gazowe będzie w dalszej części niniejszego opracowania powoływany jako: projekt Prawa gazowego.

¹⁴ Zob. na ten temat: Minister Gospodarki, *Sprawozdanie z wyników monitorowania bezpieczeństwa dostaw paliw gazowych za okres od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r.*, Warszawa 2013 2., dostępne na stronie: http://www.mg.gov.pl/files/upload/8356/PL_MG_DRO_Sprawozdanie%20za%202012.pdf.

¹⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 715/2009 z 13.7.2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005, Dz.Urz.UE 2009 Nr L 211/36 – dalej: Rozporządzenie 715/2009.

W świetle art. 33 dyrektywy 2009/73/WE państwa członkowskie mają możliwość wyboru pomiędzy dwoma systemami dostępu do instalacji magazynowych, tzn. systemem dostępu negocjowanego (art. 33 ust. 3 dyrektywy 2003/73/WE) lub systemem dostępu regulowanego (art. 33 ust. 4 u.p.e. dyrektywy 2009/73/WE). W przypadku dostępu negocjowanego państwa członkowskie winny podjąć wszelkie niezbędne środki, aby przedsiębiorstwa energetyczne i uprawnieni odbiorcy mieli możliwość negocjowania dostępu do instalacji magazynowych i pojemności magazynowych gazociągów.

Z uwagi na wskazane we wstępie niniejszego opracowania specyficzne uwarunkowania obowiązku udostępniania infrastruktury magazynowej, dostęp wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy jest on ze względów technicznych lub też ekonomicznych konieczny dla efektywnej realizacji prawa dostępu do systemu oraz dostępu do usług pomocniczych (art. 33 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2009/73/WE). Dostęp do instalacji magazynowych został tym samym powiązany z dostępem do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, przy czym chodzi o umożliwienie konkurentom przedsiębiorstw energetycznych 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 potrzeb oraz o wprowadzenie przejrzystych zasad dla funkcjonowania rynku bilansującego¹⁶.

W przypadku dostępu regulowanego, o którym mowa w art. 33 ust. 4 dyrektywy 2003/55/WE, świadczenie usług następuje na podstawie opublikowanych taryf (oraz ewentualnie na podstawie innych opublikowanych warunków świadczenia usług). Prawo dostępu 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 opinii Komisji Europejskiej niezależnie od tego, który system dostępu do instalacji magazynowych gazu oraz pojemności magazynowych gazociągów wybierze państwo członkowskie, winien on prowadzić do jednakowych warunków dostępu dla uprawnionych odbiorców¹⁷.

¹⁶ Por. uwagi Komisji Europejskiej do pierwotnego projektu dyrektywy 2003/55/WE: COM (2001) 125 final, z 13.3.2001 r., s. 42 i 47; 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 dnia 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 dnia 7.4.2003 r., s. 23 i n.

¹⁷ Zob. *Commission Staff Working Paper „Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas – Third-Party Access to Storage*

O ile przepisy dyrektywy 2009/73/WE – jako swoistego źródła prawa unijnego – wiążą, zgodnie z art. 288 akapit 3 TFUE, zasadniczo ustawodawcę krajowego i to w odniesieniu do celów a nie środków, o tyle bezpośrednio wiążące wytyczne odnoszące się do warunków świadczenia usług magazynowania zawarte są w Rozporządzeniu 715/2009¹⁸. W zakresie usług magazynowania celem Rozporządzenia 715/2009 jest m.in. nadanie mocy wiążącej dobrowolnym wytycznym dotyczącym dobrych praktyk w zakresie dostępu stron trzecich dla operatorów systemu magazynowego (ang. *Guidelines for Good TPA Practice for Storage System Operators*¹⁹; dalej: GGPSSO), ustalonym przez ERGEG i przyjętym przez wszystkie zainteresowane strony sektora gazowego podczas forum madryckiego²⁰. Jakkolwiek zarówno Rozporządzenie 715/2009 jak i GGPSSO odnoszą się do kwestii transgranicznego dostępu do infrastruktury gazowej, wytyczne w nich zawarte mogą stanowić istotny punkt odniesienia przy interpretacji krajowych przepisów regulujących warunki świadczenia usług dostępu do instalacji magazynowych gazu²¹.

2.2. Obowiązek świadczenia usług magazynowania w prawie krajowym

W prawie krajowym obowiązek świadczenia usług magazynowania paliw gazowych został przewidziany w art. 4c i n. u.p.e.²², który co do

Facilities”, z dnia 22.1.2010 r., s. 12, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.

¹⁸ Z uwagi na to, że rozporządzenie wydawane przez upoważnione organy UE – zgodnie z art. 288 akapit 2 TFUE – „wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich” (inaczej niż dyrektywy, które wymagają implementacji do prawa krajowego), postanowienia w nim zawarte stają się częścią krajowego porządku prawnego uzupełniając tym samym stosowną regulację prawa krajowego – zob. na ten temat m.in. S. Biernat, *Źródła prawa Unii Europejskiej* [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2004, s. 210 i n.; M.M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski [w:] M.M. Kenig-Łazowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 155 i n., Nb. 249 i n.; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 13, Nb. 15.

¹⁹ Zob. *Guidelines for Good TPA Practice for Storage System Operators* (GGPSSO), wersja ostateczna z 24.11.2004 r. – dostępne na stronie: http://ec.europa.eu/energy/gas/madrid/doc-9/d1_GGPSSO.pdf; *Guidelines for Good TPA Practice for Storage System Operators* (GGPSSO), wersja z 2.3.2005 r. aktualizowana w lipcu 2011 r. – dostępne na stronie: http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Gas/2005/ERGEG_GGPSSO_Approved2005-03-02%20updated%202011_07_14%20Clean.pdf.

²⁰ Por. motyw 27 Rozporządzenia 715/2009.

²¹ Zob. szerzej na ten temat roli i znaczenia GGPSSO [w:] K.-D. Barbknecht, op.cit.

²² Przepis art. 4c u.p.e. został wprowadzony do ustawy Prawo energetyczne na mocy art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 4.3.2005 r. o zmianie ustawy z dnia 4.3.2005 r. o zmianie ustawy Prawo

zasady implementuje wytyczne zawarte w dyrektywie 2009/73/WE, co wynika z faktu, że dyrektywa 2009/73/WE – w odniesieniu do samej regulacji świadczenia usług dostępu do instalacji magazynowych – w niezmiennym kształcie powtarza rozwiązania przyjęte już na gruncie dyrektywy 2003/55/WE. Odnosi się to w szczególności do określenia zakresu przedmiotowego i podmiotowego obowiązku świadczenia usług magazynowania, a także – szczególnie istotnej – kwestii przesłanek usprawiedliwionej odmowy ich świadczenia²³. Ustawa Prawo energetyczne nie zawiera szczegółowych regulacji odnośnie warunków świadczenia usług magazynowania, pozostawiając ich określenie w dyspozycji zarówno Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki poprzez zawartą w art. 23 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 47 u.p.e. kompetencję do zatwierdzania taryf przedsiębiorstw gazowych (w tym w zakresie wysokości cen i stawek opłat za świadczenie usług magazynowania i warunków ich stosowania), jak i ministra właściwego ds. gospodarki, poprzez zawarte w art. 9 ust. 1 i 2 u.p.e. upoważnienie do wydania rozporządzenia regulującego szczegółowe warunki funkcjonowania systemu gazowego (w tym w zakresie warunków świadczenia usług magazynowania paliw gazowych – art. 9 ust. 2 pkt 4 u.p.e.). W związku z tym regulację ustawy Prawo energetyczne w zakresie problematyki świadczenia usług magazynowania paliw gazowych uzupełniają przepisy §§ 15–16 oraz §§ 19–20 rozporządzenia z 2.7.2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego²⁴. Regulacje te zostaną przedstawione szczegółowo w dalszej części niniejszego opracowania.

W tym miejscu należy jeszcze wspomnieć o regulacji ustawy z 16.2.2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym²⁵. Realizacja obowiązków wynikających ze wspomnianej ustawy w zakresie utrzymywania tzw. zapasów obowiązkowych paliw gazowych może bowiem wpływać na zakres i warunki świadczenia usług magazynowania²⁶.

energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska, Dz.U. Nr 62, poz. 552, a w obecnie obowiązuje w kształcie nadanym przez art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 21.7.2006 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne, Dz.U. Nr 158, poz. 1123.

²³ Najważniejszą zmianą wprowadzoną na gruncie dyrektywy 2009/73/WE w stosunku do dyrektywy 2003/55/WE jest obowiązek wydzielenia (*unbundlingu*) operatora instalacji magazynowania w strukturze pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa gazowego.

²⁴ Dz.U. Nr 133, poz. 891 – dalej: rozporządzenie systemowe.

²⁵ T.j.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1190 – dalej: ustawa o zapasach obowiązkowych/u.z.r.n.g.z.

²⁶ Dyrektywa 2009/73/WE nie przewiduje szczególnego traktowania instalacji magazynowych, w których utrzymywane są zapasy obowiązkowe gazu. Utrzymywanie zapasów obowiązkowych,

3. Zakres przedmiotowy obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

Zgodnie z art. 4c ust. 1 u.p.e. przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się magazynowaniem paliw gazowych jest obowiązane zapewniać odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenie usług magazynowania paliw gazowych w instalacjach magazynowych, przy czym świadczenie tych usług odbywa się na podstawie umowy, o której mowa w art. 5 ust. 2 pkt 3 u.p.e.

3.1. Instalacje magazynowe w rozumieniu ustawy – Prawo energetyczne

Magazynowanie odbywa się w instalacjach magazynowych, którymi w świetle art. 3 pkt 10a u.p.e. są instalacje będące własnością lub eksploatowane przez przedsiębiorstwo energetyczne i używane do magazynowania paliw gazowych, w tym bezzbiornikowe magazyny gazu ziemnego, pojemności magazynowe gazociągów (ang. *linepack*, niem. *Netzpufferung*) oraz część instalacji skroplonego gazu ziemnego (LNG), w zakresie, w jakim nie jest wykorzystywana do działalności polegającej na skraplaniu gazu ziemnego i regazyfikacji gazu skroplonego. Wyłączone spod pojęcia instalacji magazynowej są na mocy art. 3 pkt 10a u.p.e. te części instalacji, które są wykorzystywane do działalności produkcyjnej oraz instalacje, które służą wyłącznie do realizacji zadań operatora systemu przesyłowego gazowego.

Na gruncie tak sformułowanej definicji „instalacji magazynowej” pojawia się konieczność wyraźnego wyznaczenia granic instalacji magazynowej oraz delimitacji instalacji magazynowych w stosunku do pozostałych elementów infrastruktury gazowniczej. Istotne wskazówki w tym zakresie dostarcza nota interpretacyjna Komisji Europejskiej do dyrektywy 2009/73/WE²⁷.

kowych winno następować na zasadach zgodnych z regulacją w zakresie dostępu stron trzecich (TPA), a podjęte przez państwa członkowskie środki służące zapewnieniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa zaopatrzenia nie mogą ograniczać przedsiębiorstwom gazowniczym dostępu do odbiorców gazu (art. 3 ust. 2 i 11 dyrektywy 2009/73/WE); zob. szerzej na ten temat – M. Mordwa, op.cit., s. 57 i n.

²⁷ Commission Staff Working Paper „Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas – Third-Party Access to Storage

Wyłączenie z zakresu definicji „instalacji magazynowej”, a w konsekwencji z reżimu dostępu stron trzecich do sieci, tej części instalacji magazynowej, która służy do prowadzenia działalności produkcyjnej, jest związane z tym, że instalacje takie niejednokrotnie wykorzystywane są dla celów zagwarantowania płynności produkcji (wydobycia). Wyłączenie takie jest jednakże uzasadnione wyłącznie wówczas, gdy wspomniana część instalacji magazynowej rzeczywiście umożliwia lub usprawnia działalność produkcyjną (wydobywczą). Natomiast ewentualne wahania w konsumpcji lub zapotrzebowaniu na paliwa gazowe nie mogą stanowić przesłanki wyłączającej, bowiem dotyczą one, zdaniem KE, szczybla obrotu, a nie szczybla produkcji. W odniesieniu do wyłączenia z zakresu definicji „instalacji magazynowej” związanej z koniecznością jej rezerwacji na rzecz operatora systemu przesyłowego w celu realizacji jego zadań obowiązuje zasada „wszystko albo nic” (ang. *all-or-nothing approach*). Oznacza to, że dla tego celu może zostać zarezerwowana jedynie cała instalacja magazynowa, a nie tylko jej część. Takie całkowite wyłączenie instalacji magazynowej na rzecz operatora systemu przesyłowego dotyczyć może jedynie takich instalacji magazynowych, które z uwagi na swoje właściwości oraz pojemność, zostały przewidziane jako instrumenty zagwarantowania stabilności działania systemu przesyłowego. Nie dotyczy to zatem takich instalacji, które są jedynie sezonowo wykorzystywane do utrzymywania prawidłowej pracy systemu przesyłowego, lub są zbyt duże jak na potrzeby operatora systemu, lub też nie dają możliwości szybkiej reakcji. Państwa członkowskie mogą się jednak zdecydować na inne rozwiązanie, tzn. udostępnianie operatorowi systemu przesyłowego instalacji magazynowej w ramach reżimu dostępu stron trzecich do tych instalacji, jednakże przyznając mu pierwszeństwo przed pozostałymi podmiotami ubiegającymi się o udzielenie dostępu.

Odnośnie rozgraniczenia pojęcia „instalacji magazynowej” oraz „instalacji skroplonego gazu ziemnego” (instalacji LNG), można wskazać, że do „instalacji magazynowej” nie zostanie zaliczona ta część instalacji LNG, która służy okresowemu magazynowaniu gazu ziemnego w celu jego regazyfikacji i wtłoczenia do systemu przesyłowego²⁸. W pozostałym zakresie zdolności magazynowe instalacji LNG będą traktowane jako „instalacja magazynowa”.

Mały trójpak energetyczny wprowadza nową definicję do słownika z art. 3 u.p.e. Chodzi mianowicie o definicję „pojemności magazynowych ga-

Facilities”, z dnia 22.1.2010 r., s. 3–6, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.

²⁸ Por. art. 2 pkt 11 dyrektywy 2009/73/WE.

zociągów”, którymi są pojemności umożliwiające magazynowanie gazu ziemnego pod ciśnieniem w sieciach przesyłowych lub w sieciach dystrybucyjnych z wyłączeniem instalacji służących wyłącznie do realizacji zadań operatora systemu przesyłowego.

3.2. „Zapewnianie” świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

Przepis art. 4c ust. 1 u.p.e. nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się magazynowaniem paliw gazowych obowiązek „zapewnienia” świadczenia usług magazynowania tych paliw. Sformułowanie to jest identyczne ze sformułowaniem zawartym w art. 4 ust. 2 u.p.e. w odniesieniu do świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii. Z uwagi na to, że świadczenie usług magazynowania odbywa się, zgodnie z dyspozycją art. 4c ust. 1 zd. 2 u.p.e. na podstawie umowy, należy przyjąć, że art. 4c ust. 1 u.p.e. nakłada w istocie na wymienione w tym przepisie przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek zawarcia umowy o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych z zainteresowanym podmiotem. Obowiązek ten – podobnie jak obowiązek zawarcia umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii elektrycznej – ma zarówno publiczno- jak i prywatnoprawny charakter²⁹.

²⁹ Charakter prawny obowiązku z art. 4c u.p.e., podobnie jak obowiązków związanych z udostępnianiem pozostałych elementów infrastruktury energetycznej – stanowił długi czas przedmiot sporów w doktrynie (zob. przegląd poglądów na ten temat: M. Będkowski-Kozioł, *Wettbewerb und Regulierung in der polnischen Energiewirtschaft*, Köln–Berlin–Bonn 2005, s. 272 i n.; A. Łusznak-Zajac, *Realizacja roszczenia o zawarcie umowy*, Warszawa 2005, s. 7 i n.). O ile niekwestionowany był pogląd, iż obowiązek ten ma charakter publicznoprawny, wynika on bowiem z normy prawa publicznego i może być egzekwowany przez organ administracji, jakim jest Prezes URE, zarówno w drodze nałożenia kary pieniężnej jak i ewentualnie ograniczenia lub cofnięcia koncesji, a ponadto uprawnione do uzyskania usług dostępowych podmioty mogą złożyć wniosek do Prezesa URE o rozstrzygnięcie sporu na tle odmowy zawarcia właściwej umowy w trybie art. 8 u.p.e., o tyle kontrowersje budził pogląd, że z regulacji ustawy Prawo energetyczne wynika także cywilnoprawny obowiązek zawarcia umowy, a tym samym, że powstaje na gruncie tego unormowania roszczenie o zawarcie umowy po stronie uprawnionych podmiotów (pogląd ten został przedstawiony pierwotnie przez A. Walaszek-Pyziół i W. Pyziół, a oparty był na ówczesnym brzmieniu art. 4 ust. 2 i art. 7 ust. 1 u.p.e. – zob. tychże, *Obowiązek zawarcia umowy świadczenia usług przesyłowych*, PUG 2002, nr 9, s. 2 i n.; przeciwko takiej możliwości opowiedział się wyraźnie S. Gronowski, *Prawo energetyczne. Wprowadzenie. Przepisy wykonawcze*, Warszawa 1999, s. 20; podobnie J. Baehr [w:] J. Baehr, E. Stawicki, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 51 oraz J. Baehr, E. Stawicki [w:] J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Kraków 2003, s. 91–92; w podobnym duchu wypo-

Pojęcie „usługi magazynowania” nie zostało zdefiniowane w ustawie. Należy przyjąć, iż będzie ono obejmowało zarówno magazynowanie, rozumiane jako fizyczne przechowywanie paliw gazowych, jak i usługi pomocnicze.

Świadczenie usług magazynowania winno odbywać się zasadniczo w sposób ciągły, chyba, że w umowie o świadczenie usług magazynowania strony nie postanowiły, że usługa ta może być świadczona w sposób przerywany. Jakkolwiek ustawa Prawo energetyczne nie mówi wprost o możliwości świadczenia usług magazynowania w sposób przerywany, możliwość taka wspomniana jest chociażby w przepisie § 20 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 2.7.2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego³⁰. Nowela z 26.7.2013 r. nie dokonuje w tym zakresie jakichkolwiek zmian, natomiast w art. 5 projektu Prawa gazowego – regulującym świadczenie usług magazynowania – mowa jest o świadczeniu zarówno usług ciągłych jak i przerywanych³¹. Termin „usługa przerywana” oznacza, że zakontraktowana usługa magazynowania jest dostępna jedynie pod warunkiem, że nie nastąpi okoliczność wymuszająca przerwę w świadczeniu tej usługi. W grę wchodzi przy tym różne okoliczności. Przykładowo usługa przerywana może być oferowana tak długo, jak inny podmiot, któremu przysługuje prawo do pełnej usługi nie zgłosi na nią zapotrzebowania. Przerwa w świadczeniu usługi magazynowania może być także uzależniona od wystąpienia określonych temperatur, odpowiedniego ciśnienia wewnątrz magazynu, prowadzenia prac naprawczych i modernizacyjnych w instalacji magazynowej albo w sieci gazowej lub jeszcze innych czynników. Okoliczności te powinny zostać precyzyjnie określone w umowie o świadczenie usług magazynowania. Jeżeli prawdopodobieństwo wystąpienia okoliczności skutkujących przerwą w świadcze-

wiedział się pierwotnie SAM – zob. wyrok SAM z 7.4.1999 r., sygn. XVII Ama 85/98/E, niepubl.; wyrok SAM z 13.10.1999 r., sygn. XVII Ame 36/99, „Wokanda” 2001, nr 4, s. 58 i n., s. 60; wyrok SAM z 1.3.2000 r., sygn. XVII Ame 53/99, niepubl.). Odnosząc się do tych kontrowersji należy opowiedzieć się za – jak się wydaje przeważającym obecnie – pierwszym ze stanowisk, zgodnie z którym obowiązki, o których mowa w art. 4 ust. 2 i n. u.p.e., w tym obowiązek z art. 4c u.p.e., mają mieszany zarówno publiczno- jak i prywatnoprawny charakter, i w tym znaczeniu rodzą one po stronie uprawnionych na gruncie tych przepisów podmiotów roszczenie o zawarcie umowy o świadczenie wskazanych usług (zob. przekonującą argumentację przedstawioną przez A. Łuszkę-Zając, *Realizacja roszczenia o zawarcie umowy*, Warszawa 2005, s. 8 i n.; podobnie już wcześniej M. Będkowski-Koziol, *Wettbewerb...*, s. 273 i n.; a ostatnio Z. Muras, R. Trypens, A. Falecki, M. Mordwa [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 336).

³⁰ Dz.U. Nr 133, poz. 891.

³¹ Zapis ten jest przewidziany w obu wersjach projektu ustawy Prawa gazowe, tzn. z 21.12.2011 r. jak i z 9.10.2012 r.

niu usług magazynowania jest niskie, wówczas cena za świadczenie takich usług powinna być zbliżona do ceny za świadczenie usług ciągłych.

Istotne znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania rynku gazowego, w szczególności utrzymania jego płynności, może mieć czas, na jaki będą zawierane umowy o świadczenie usług magazynowych. Z punktu widzenia operatora instalacji magazynowej, im dłuższy jest okres, na jaki zainteresowany podmiot chce zakontraktować pojemności magazynowe i ponosić z tego tytułu opłaty, tym bardziej atrakcyjne jest zawarcie z nim umowy o świadczenie usług magazynowania. Operator jest bowiem zainteresowany tym, aby możliwie wszystkie moce instalacji były wykorzystywane w sposób pełny i możliwie nieprzerwany, co gwarantuje odpowiedni poziom zwrotu z poczynionych inwestycji. Z punktu widzenia odbiorcy, im krótszy jest okres związania umową o świadczenie usług magazynowania, tym lepiej może on pogodzić korzystanie z usług magazynowych z własnymi potrzebami w tym zakresie i zmniejszyć ryzyko ponoszenia opłat za fizycznie niewykorzystywane pojemności magazynowe. Na operatorze instalacji magazynowej spoczywać będzie zatem obowiązek zapewnienia odpowiedniego wachlarza zarówno długookresowych jak i krótkookresowych usług magazynowania. Do kwestii tej nie odnosi się wprost obecna regulacja ustawy Prawo energetyczne, natomiast wymóg świadczenia usług zarówno długo- jak i krótkoterminowych jest przewidziany w art. 5 projektu ustawy Prawo gazowe. Jego realizacja może oznaczać konieczność wprowadzenia dodatkowych mechanizmów zapobiegających długoterminowemu „blokowaniu” zdolności magazynowych³².

Zapewnienie świadczenia usług magazynowania paliw gazowych winno odbywać się w oparciu o zasadę „równoprawnego traktowania” (art. 4c ust. 1 u.p.e.)³³. Oznacza ona zakaz niejednakowego traktowania wniosków o świadczenie usług magazynowania, o ile nie znajduje ono obiektywnego uzasadnienia. Podmioty zainteresowane należące do tej samej grupy taryfowej lub wykazujące się inną podobną cechą istotną, winny być w myśl tej zasady traktowane w jednakowy sposób. Szczęólnego znaczenia zasada ta nabiera w kontekście pionowej integracji przedsiębiorstw energetycznych, kiedy ope-

³² Zob. na ten temat niżej w pkt. 5.3.

³³ Ustawodawca nawiązuje w tym zakresie do wyrażonej w art. 33 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2009/73/WE zasady niedyskryminacji, która w świetle orzecznictwa ETS wymaga, aby sytuacje podobne nie były traktowane w różny sposób, chyba że takie zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione – zob. chociażby wyrok ETS z 7.6.2005 r. w sprawie C-17/03 *VEMW i in.* Zb.Orz. 2005, I-4983, pkt. 46–48, dot. interpretacji nakazu niedyskryminacyjnego traktowania w zakresie dostępu do sieci na gruncie dyrektywy 96/92WE.

rator systemu magazynowania jest uczestnikiem grupy kapitałowej, w ramach której funkcjonują także przedsiębiorstwa zajmujące się obrotem paliwami gazowymi. Z zasady tej wynikać będzie zakaz jakiegokolwiek faworyzowania wniosków o świadczenie usług magazynowania składanych przez przedsiębiorstwa należące do tej samej grupy kapitałowej. Ponadto szczególnego znaczenia zasada ta nabierze w sytuacji, gdy pojemności magazynowe okażą się niewystarczające dla zaspokojenia zapotrzebowania wszystkich zainteresowanych podmiotów. W konsekwencji operator instalacji magazynowej będzie musiał zastosować niedyskryminujące, obiektywne reguły postępowania wobec zainteresowanych podmiotów, które będą podlegały ocenie w przypadku oceny zasadności ewentualnej odmowy świadczenia usług magazynowania. Z tego względu rezerwacja zdolności magazynowych albo pierwszeństwo w ich przyznawaniu na rzecz użytkowników, którzy mają zawarte umowy długoterminowe jest niedopuszczalna.

Zasada równoprawnego taktowania nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji braku wystarczających zdolności magazynowych³⁴. Pośród różnych metod przydzielania zdolności magazynowych, wypracowanych w oparciu o zasadę niedyskryminacji, można wymienić m.in. regułę *first committed – first served* oraz aukcję zdolności magazynowych. Tak długo jak nie występuje kontraktowy brak wolnych zdolności magazynowych³⁵, tak długo zastosowanie znajduje pierwsza z wymienionych metod. Natomiast aukcja stanowi wprawdzie efektywny instrument przydzielania zdolności magazynowych, jednakże posiada istotne wady. Po pierwsze, jej efektem mogą być wysokie koszty dostępu dla zainteresowanych podmiotów zniechęcające do korzystania z prawa wyboru sprzedawcy gwarantowanego w ramach zasady TPA, a po drugie, znacząco obniża ona bodźce do inwestowania w rozbudowę infrastruktury po stronie operatorów, bowiem przerzuca ona koszty wynikające z istnienia „wąskich gardeł” w całości na użytkowników infrastruktury. Środkiem ograniczającym wskazane negatywne efekty może być nałożenie na operatorów infrastruktury obowiązku przeznaczenia tych zysków z aukcji, które przekraczają poziom zysków osiąganych przy zastosowaniu innych metod przydziału zdolności, wyłącznie na inwestycje w rozbudowę infrastruktury. Operator nie powinien bowiem czerpać zysków z faktu występowania „wąskich gardeł” w obrębie infrastruktury, za którą ponosi odpowiedzialność, a konieczność zastosowania aukcji przy przydziale zdolności magazynowych stanowi raczej sygnał, iż konieczne są w tym zakresie odpowiednie inwestycje.

³⁴ Zob. na ten temat niżej w pkt. 5.3.

³⁵ Zob. na ten temat niżej w pkt. 5.3.

Zasada równoprawnego traktowania, przewidziana w art. 4c ust. 1 u.p.e., doznaje swoistego ograniczenia na gruncie art. 4c ust. 2 u.p.e., z którego wynika nakaz zapewnienia pierwszeństwa dostępu do instalacji magazynowych operatorowi systemu przesyłowego gazowego, jeżeli jest to konieczne dla realizacji jego zadań. Uzyskuje on tym samym, w sytuacjach określonych w art. 4c ust. 2 u.p.e., uprzywilejowaną pozycję w stosunku do pozostałych podmiotów zainteresowanych dostępem do instalacji magazynowych³⁶.

3.3. Regulowany a negocjowany dostęp do instalacji magazynowych

W świetle regulacji dyrektywy 2009/73/WE państwa członkowskie mogą dokonać wyboru pomiędzy dwoma modelami zapewnienia użytkownikom dostępu do instalacji magazynowych – mianowicie modelem tzw. dostępu regulowanego a modelem tzw. dostępu negocjowanego. W przypadku dostępu negocjowanego zobowiązane przedsiębiorstwa energetyczne i zainteresowani odbiorcy mają możliwość negocjowania dostępu do instalacji magazynowych, przy czym strony zobowiązane są do prowadzenia negocjacji w dobrej wierze (art. 33 ust. 3 akapit 1 dyrektywy 2009/73/WE). Państwa członkowskie mogą nałożyć na operatorów instalacji magazynowych wymóg opublikowania podstawowych warunków handlowych korzystania z usług magazynowania, które powinny być przedmiotem konsultacji z użytkownikami systemu na etapie ich opracowywania (art. 33 ust. 3 akapit 2 i 3 dyrektywy 2009/73/WE). Natomiast w przypadku dostępu regulowanego świadczenie usług magazynowania następuje na podstawie opublikowanych taryf lub innych warunków (art. 33 ust. 4 dyrektywy 2009/73/WE). Z uwagi na to, że – jak wspomniano we wstępie niniejszego opracowania – instalacje magazynowe nie spełniają kryterium *essential facility*, a zatem nie stanowią niezbędnego elementu gwarantującego dostęp do powiązanych rynków przesyłu, dystrybucji i obrotu gazem, instrumentarium prawne dostępu powinno w możliwie najszerszym stopniu pozostawiać kwestie świadczenia usług magazynowych negocjaczom pomiędzy zainteresowanymi stronami. Dostęp negocjowany powinien być zatem traktowany jako priorytetowy w stosunku do dostępu regulowanego, który znajduje uzasadnienie tam, gdzie nie rozwinął się jeszcze prawidłowo funkcjonujący rynek konkurencyjny³⁷. Niezależnie jednak

³⁶ Zob. na ten temat niżej w pkt. 6.4.

³⁷ Por. Gas Storage Europe (GSE), *Basic Principles for Determining the Access Regime for Underground Gas Storage*, document z 17.2.2009 r. – dostępne na stronie: http://www.gie.eu.com/index.php/publications/cat_view/4-gse-publications.

od wybranego modelu dostępu do instalacji magazynowych, warunki udzielania dostępu winny gwarantować operatorom instalacji magazynowych odpowiedni poziom środków na utrzymanie i modernizację instalacji, w celu zapewnienia jej prawidłowego funkcjonowania, a potencjalnym inwestorom odpowiedni poziom zachęt inwestycyjnych. Utrzymywanie i modernizacja instalacji magazynowych oraz budowa nowych instalacji, co sprzyja rozwojowi konkurencji na rynku magazynowania, leży bowiem w interesie wszystkich uczestników rynku i jest zgodny z porkonkurencyjnym paradygmatem prawa energetycznego.

W świetle art. 4c ust. 1 zd. 2 u.p.e. oraz § 19 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 2.7.2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego³⁸ świadczenie usług magazynowania paliw gazowych odbywa się na warunkach określonych w koncesji, taryfie oraz umowie o świadczenie usługi magazynowania (ani ustawa Prawo energetyczne w dotychczasowym brzmieniu ani Nowela z 26.7.2013 r. nie przewidują natomiast obowiązku sporządzenia „instrukcji ruchu i eksploatacji” dla instalacji magazynowych, tak jak to ma miejsce w odniesieniu do sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych). Na gruncie ustawy Prawo energetyczne obowiązuje zatem – podobnie jak w przypadku dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych – model regulowanego dostępu do instalacji magazynowych. Świadczenie usług magazynowania odbywa się bowiem wprawdzie na podstawie umowy między stronami, jednakże na warunkach określonych w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie przedsiębiorstwa energetycznego. Jak wskazano jednak w literaturze, przewidziana w art. 49 u.p.e. możliwość zwolnienia przedsiębiorstw energetycznych z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeżeli zostanie stwierdzone, że działają one na rynku konkurencyjnym, otwiera możliwość zastosowania w Polsce modelu negocjowanego dostępu do instalacji magazynowych oraz pojemności magazynowych gazociągów³⁹.

W świetle tego, co zostało powiedziane wyżej w odniesieniu do zasadności utrzymywania modelu regulowanego dostępu do instalacji magazynowych należy krytycznie ocenić propozycje zawarte w projekcie Prawa gazowego. Mianowicie art. 80 w zw. z art. 79 wprowadza obowiązek przedkłada-

³⁸ Dz.U. Nr 133, poz. 891.

³⁹ M. Mordwa, A. Falecki [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 340; na marginesie można wskazać, że Gas Storage Europe (GSE) organizacja zrzeszająca operatorów instalacji magazynowych, i działająca pod patronatem Gas Infrastructure Europe (GIE), w dokumencie zatytułowanym *Basic Principles for Determining the Access Regime for Underground Gas Storage*.

nia instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej do zatwierdzenia Prezesowi URE, a ponadto treść art. 75 ust. 1 pkt 6 projektu Prawa gazowego, może sugerować, że taryfy zawierające ceny i stawki opłat za świadczenie usług magazynowania będą zawsze podlegały zatwierdzeniu przez Prezesa URE. Regulacja taka może powodować – niewskazaną jak się wydaje – petryfikację mechanizmu regulowanego dostępu do instalacji magazynowych i trwałe obciążenie Prezesa URE koniecznością zagwarantowania odpowiedniego poziomu zachęt inwestycyjnych w procesie taryfowania i rozstrzygania kwestii wyważenia interesów operatorów instalacji magazynowych i ich użytkowników, co w warunkach rynku konkurencyjnego – który może zaistnieć w przyszłości – powinno być pozostawione mechanizmowi rynkowemu.

4. Zakres podmiotowy obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

Przepis art. 4c ust. 1 i 2 u.p.e. – podobnie jako to czyni przepis art. 4 ust. 2 u.p.e. – określa zarówno krąg podmiotów zobowiązanych do świadczenia usług magazynowania paliw gazowych, jak i krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o ich świadczenie, wprowadzając dodatkowo w art. 4c ust. 2 u.p.e. – o czym wspomniano wyżej – swoistą regułę pierwszeństwa⁴⁰. W odniesieniu do kręgu podmiotów zobowiązanych regulację tę modyfikuje Nowela z 26.7.2013 r. poprzez dodany art. 4e¹ u.p.e. oraz przepisy odnoszące się do *unbundlingu* operatorów systemów magazynowania zawarte w znowelizowanych przepisach art. 9d oraz 9h u.p.e.

Obowiązek świadczenia usług magazynowania, o którym mowa w art. 4c ust. 1 u.p.e., spoczywa na przedsiębiorstwach energetycznych zajmujących się magazynowaniem paliw gazowych, w instalacjach magazynowych zdefiniowanych w art. 3 pkt 10a u.p.e., o których była mowa wyżej. Jednocześnie z treści art. 3 pkt 10a w zw. z art. 4c ust. 1 u.p.e. wynika, że spod obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych wyłączone są przedsiębiorstwa energetyczne, których instalacje magazynowe udostępnione zostały w całości na potrzeby operatora systemu przesyłowego. Natomiast przed-

⁴⁰ *Commission Staff Working Paper „Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas – Third-Party Access to Storage Facilities”*, z dnia 22.1.2010 r., s. 5, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.

siębiorstwa wykorzystujące instalacje magazynowe dla celów produkcji (wydobycia) oraz skraplania i regazyfikacji gazu skroplonego będą podlegały obowiązki, o którym mowa w art. 4c ust. 1 u.p.e., w odniesieniu do tych części instalacji magazynowych, które nie służą wymienionym celom.

Swoistą modyfikację w odniesieniu do kręgu przedsiębiorstw zobowiązanych, a jednocześnie uprawnionych do świadczenia usług magazynowania paliw gazowych wprowadza art. 4e¹ u.p.e., dodany na mocy Noweli z 26.7.2013 r., zgodnie z którym usługi magazynowania paliw gazowych mogą być świadczone wyłącznie przez operatora systemu magazynowania paliw gazowych. Chodzi przy tym o operatorów wyznaczonych przez Prezesa URE zgodnie z procedurą przewidzianą w art. 9h u.p.e. Krąg operatorów systemów magazynowania obejmuje wyłącznie przedsiębiorstwa prowadzące działalność gospodarczą z wykorzystaniem instalacji magazynowej na podstawie koncesji. Operatry nie muszą być przy tym właścicielami infrastruktury, a jedynie pełnić w odniesieniu do danych instalacji magazynowych funkcję operatora infrastruktury na podstawie umowy z właścicielem, o której mowa w art. 9h ust. 3 pkt 2 u.p.e.

Podmiotami uprawnionymi do korzystania z usług magazynowania są odbiorcy oraz przedsiębiorstwa zajmujące się sprzedażą paliw gazowych. Tym samym krąg ten został określony w sposób identyczny jak w przypadku świadczenia usług przesyłania i dystrybucji paliw gazowych lub energii w art. 4 ust. 2 u.p.e. Uprzywilejowaną pozycję pośród tych podmiotów posiada, w świetle regulacji art. 4c ust. 2 u.p.e. operator systemu przesyłowego gazowego, o ile zachodzą przesłanki przewidziane w tym przepisie, o czym będzie mowa w dalszej niżej⁴¹.

Pod pojęciem odbiorców art. 3 pkt 13 u.p.e. rozumie każdego, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię, a więc zarówno podmioty zakupujące je na własne potrzeby (np. na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej albo potrzeby komunalno-bytowe), czyli tzw. odbiorcy końcowi, jak i podmioty zajmujące się obrotem paliwami gazowymi lub energią i pobierającymi je w celu dalszej odsprzedaży (choć mieszczą się one także w zakresie pojęcia „przedsiębiorstwo zajmujące się sprzedażą paliw gazowych lub energii”)⁴². Natomiast celem bliższego określenia pojęcia „przedsiębiorstwo zajmujące się sprzedażą paliw gazowych lub energii” należy odwołać się do definicji „sprzedaży” uregu-

⁴¹ Zob. pkt. 5.4.

⁴² Na marginesie można jedynie wskazać, że Nowela z 26.7.2013 r. wprowadza nowe „podkategorie” odbiorców – zob. nowe przepisy art. 3 pkt 13b, art. 3 pkt 13c, art. 3 pkt 20e u.p.e.

lowanej w art. 3 pkt 6a u.p.e., który na mocy Noweli z 26.7.2013 r. otrzymał nowe brzmienie. Zgodnie z tą definicją sprzedaż oznacza „bezpośrednią sprzedaż paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich wytwarzaniem lub odsprzedaż tych paliw lub energii przez podmiot zajmujący się ich obrotem”. W grę wchodzi zatem wytwórcy paliw gazowych jak i oddziały handlowe lub przedsiębiorstwa obrotu funkcjonujące w ramach pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych, prowadzących działalność na różnych szczeblach energetycznego „łańcucha wartości”⁴³, jak i wreszcie wyspecjalizowane przedsiębiorstwa zajmujące się wyłącznie obrotem paliwami gazowymi.

5. Pzesłanki usprawiedliwionej odmowy świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

5.1. Uwagi wprowadzające

Roszczenie o udostępnienie instalacji magazynowej, będące korelatem obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych, nie ma charakteru bezwzględny i nieograniczonego. Już bowiem zgodnie z art. 33 ust. 4 dyrektywy 2009/73/WE prawo dostępu jest przyznawane wówczas, gdy „z technicznego lub ekonomicznego punktu widzenia jest to niezbędne dla zapewnienia skutecznego dostępu do systemu” oraz usług pomocniczych⁴⁴.

Ponadto regulacje w zakresie obowiązku udzielenia dostępu do instalacji magazynowych należy interpretować w kontekście technicznej wykonalności oraz ekonomicznej racjonalności⁴⁵. Wiąże się to z wymogiem zapew-

⁴³ Na temat tego pojęcia zob. M.E. Porter, *Competitive advantage: creating and sustaining superior performance*, New York 1985.

⁴⁴ Wskazówek odnośnie tego, kiedy z tak rozumianą „niezbędnością” świadczenia usług magazynowania mamy do czynienia, Komisja Europejska udziela w jednej z not interpretacyjnych do dyrektywy 2009/73/WE – zob. Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas: Third Party Access to Storage Facilities, pkt 6.2.1., s. 10 i n., dostępne na stronie: http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf; kryteria, jakimi kieruje się Komisja odnoszą się do rodzaju instalacji magazynowej i zasadniczo wykluczają możliwość odmowy świadczenia usług magazynowania w oparciu o przyczyny, leżące wyłącznie w sferze podmiotu zainteresowanego uzyskaniem dostępu do instalacji magazynowej.

⁴⁵ Zob. chociażby stanowisko ERGEG wyrażone w *Guidelines for Good TPA Practice for Storage System Operators (GGPSSO) – Summary of responses* z 1.12.204 r. (dostępne na stronie: http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_CONSULT/CLOSED%20PU-

nienia bezpiecznego i efektywnego korzystania z instalacji magazynowej przez jej operatora. Ograniczenia o charakterze technicznym w zakresie korzystania z usług magazynowania wynikają z określonych parametrów technicznych instalacji magazynowej i wymagają w związku z tym indywidualnej analizy w każdym konkretnym przypadku. W grę wchodzi w szczególności uwarunkowania techniczne wynikające z określonej struktury geologicznej instalacji magazynowej i związanych z tym parametrów technicznych instalacji⁴⁶, stanu podziemnych i naziemnych urządzeń technicznych (np. ich stanu technicznego lub wieku), możliwości wykorzystania instalacji do magazynowania gazu o określonych parametrach, czy wreszcie parametrów sieci gazowych i innych instalacji, do których przyłączona jest instalacja magazynowa. Czynniki te mogą wpływać chociażby na możliwość oferowania odrębnych usług (ang. *unbundled services*) w zakresie zdolności zatłaczania, zdolności wytlaczania i zdolności magazynowania. Wymienione parametry zdolności przepustowej i pojemności instalacji magazynowej pozostają ze sobą w stanie optimum jedynie przy odpowiedniej eksploatacji, uwzględniającej istniejące ograniczenia w tym zakresie. Wskazane kwestie uwzględnia prawodawca unijny zarówno w art. 17 ust. 1 Rozporządzenia 715/2009, gdzie mowa jest o tym, że uczestnikom rynku winna zostać wprowadzona maksymalna pojemność instalacji magazynowych, ale z zastrzeżeniem, iż należy przy tym uwzględniać integralność i eksploatację systemu magazynowania, jak i w art. 33 dyrektywy 2009/73/WE, gdzie mowa jest o tym, że udzielenie dostępu do instalacji magazynowych wchodzi w grę, gdy jest niezbędne z technicznego i ekonomicznego punktu widzenia dla zapewnienia skutecznego dostępu do systemu w celu realizacji dostaw do odbiorców.

Podobnie rzecz się ma z przesłanką ekonomicznej racjonalności. Chodzi przy tym o ekonomicznie efektywne i racjonalne wykorzystywanie insta-

BLIC%20CONSULTATIONS/GAS/E04-PC-01/RR/E04-PC-01-13_CP_GGPSSO_SUMM_OF_RESP_041201DOC_0.PDF), zgodnie z którym, „it is not the intention that requirements under the GGPSSO should involve storage operators incurring a loss on specific services that are being offered to the market” – *ibidem*, Pkt. 1 Economical feasibility – RGE view. Z drugiej jednak strony EGEG stwierdza w tym samym miejscu, że „however, no definition of «economic feasibility» has been provided by respondents to the GGPSSO and ERGEG is concerned that including reference to a term that has not been adequately defined could be used inappropriately by storage operators to bypass requirements under the GGPSSO” – *ibidem*.

⁴⁶ Szerzej na temat podziemnych magazynów gazu zob. M. Kaliski, P. Janusz, A. Szurlej, *Podziemne magazyny gazu jako element krajowego systemu gazowego*, „Nafta-Gaz” 2010, nr 5, s. 325 i n.

⁴⁷ Tak też K.-D. Barbknecht, *op.cit.*, s. 91 z powołaniem się na treść GGPSSO: *Scope and objective of the GGPSSO*, akapit 2.

lacji magazynowej zarówno w interesie uczestników rynku jak i w interesie operatora instalacji magazynowej⁴⁷. Przepis art. 13 ust. 1 lit. a dyrektywy 2009/73/WE (dawniej art. 8 ust. 1 lit. a dyrektywy 2003/55/WE) zobowiązuje operatorów instalacji magazynowych m.in. do tego, aby eksploatowali, utrzymywali i rozbudowywali bezpieczne, niezawodne i wydajne instalacje magazynowe „w warunkach opłacalności ekonomicznej”. Realizacja tego obowiązku będzie możliwa tylko w przypadku, gdy oferowane przez operatora usługi oraz pobierane przez niego z tego tytułu opłaty, będą umożliwiały racjonalną eksploatację instalacji z ekonomicznego punktu widzenia.

Kwestie te uwzględnia ustawa – Prawo energetyczne, która nakładając na mocy art. 4c u.p.e. na operatorów instalacji magazynowych generalny obowiązek udzielenia do nich dostępu uprawnionym podmiotom, jednocześnie stanowi, że realizacja tego obowiązku odbywa się „na zasadzie i na warunkach określonych w ustawie”⁴⁸. Istotne znaczenie w tym zakresie będą miały, oprócz regulacji zawartej w art. 4c u.p.e. oraz wspomnianym wyżej rozporządzeniu systemowym ministra właściwego ds. gospodarki, w pierwszym rzędzie pozostałe przepisy ustawy. Na szczególną uwagę zasługuje w tym kontekście przepis art. 4f u.p.e., który określa „generalne” przesłanki świadczenia m.in. usług magazynowania paliw gazowych, czy też przepisy art. 4h i 4i u.p.e., które albo modyfikują przesłanki z art. 4f ust. 1 u.p.e. albo wprowadzają dodatkowe, „szczegółowe” przesłanki świadczenia usług, o których mowa w art. 4c u.p.e. Ponadto na zakres i warunki realizacji obowiązku udostępnienia infrastruktury wpływać będą postanowienia innych ustaw, w tym w szczególności Kodeksu cywilnego regulującego ogólne zasady realizacji zobowiązań, w tym także określonych w art. 4c u.p.e.⁴⁹

Wskazany kompleks norm ustanawia prawne przesłanki świadczenia usług magazynowania paliw gazowych. Niemożność ich spełnienia, w przypadku konkretnego wniosku użytkownika systemu o świadczenie tych usług, będzie stanowiła podstawę usprawiedliwionej odmowy świadczenia. Tym samym zasada dostępu stron trzecich do infrastruktury magazynowej (tak

⁴⁸ Por. art. 4 ust. 2 u.p.e., który odnosi się wprawdzie do świadczenia usług przesyłowych i dystrybucyjnych, jednakże określa generalną metodę regulacji obowiązku udostępniania infrastruktury na gruncie ustawy Prawo energetyczne.

⁴⁹ Jedynie tam, gdzie określone kwestie uregulowane zostały w komentowanej ustawie w sposób odrębny, przepisy Kodeksu cywilnego nie znajdują zastosowania – por. wyrok SN z 5.6.2007 r., sygn. III SK 11/07, OSNP 2008, nr 17–18, poz. 274, LexPolonica nr 1937769, oraz powołany w tym orzeczeniu wyrok SN z 8.3.2004 r., sygn. III SK 18/04, OSNP 2004, nr 24, poz. 429, LexPolonica nr 370926.

jak i w odniesieniu do pozostałych elementów infrastruktury energetycznej) została na gruncie ustawy Prawo energetyczne – w nawiązaniu do regulacji unijnej – ukształtowana w oparciu o konstrukcję „reguła-wyjątek”⁵⁰.

5.2. Systematyka przesłanek odmowy świadczenia usług magazynowania paliw gazowych

Pośród przesłanek usprawiedliwiających odmowę świadczenia usług magazynowania paliw gazowych można wyróżnić przesłanki bezwzględne i przesłanki względne⁵¹. Przesłanki bezwzględne to takie, które samodzielnie, w wyczerpujący sposób usprawiedliwiają odmowę świadczenia wspomnianych usług. Wystąpienie wszystkich elementów konstytuujących przesłankę bezwzględną usprawiedliwia odmowę świadczenia tych usług, niezależnie od istnienia lub nieistnienia innych okoliczności przemawiających „za” lub „przeciw” konkretnemu świadczeniu. Tymczasem przesłanki względne to takie, które co do zasady mogą usprawiedliwiać odmowę świadczenia usług, o których mowa w art. 4 ust. 2 oraz art. 4c–4e u.p.e., jednakże ich zastosowanie wymaga wyważenia wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych przemawiających „za” i „przeciw” odmowie świadczenia w konkretnym przypadku, przy uwzględnieniu całokształtu celów komentowanej ustawy. Istotnego znaczenia nabiera przy tym wyrażony w art. 1 ust. 2 u.p.e. nakaz „równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii”. Zastosowanie przesłanek względnych następuje tym samym dwuetapowo. W etapie pierwszym bada się, czy w konkretnym przypadku występuje przesłanka usprawiedliwiająca odmowę i to w stopniu wyczerpującym wszystkie jej konstrukcyjne elementy, o ile są one uregulowane w normie szczegółowej. Jeżeli tak nie jest, odmowa świadczenia usług będzie nieuzasadniona. W przeciwnym razie, należy w etapie drugim wyważyć tę przesłankę wraz ze wszystkimi okolicznościami wspierającymi argumenty „za” lub „przeciw” świadczeniu usługi, biorąc pod uwagę wszystkie cele oraz konieczność ochrony wszystkich interesów, na których realizację w konkretnym przypadku ukierunkowana jest ustawa.

Do bezwzględnych przesłanek usprawiedliwiających odmowę świadczenia usług magazynowania paliw gazowych w powyższym znaczeniu zali-

⁵⁰ Zob. M. Będkowski-Kozioł, *Wettbewerb...*, s. 288.

⁵¹ M. Będkowski-Kozioł, *Odmowa świadczenia usług przesyłowych (dostępu do sieci) na gruncie Prawa energetycznego*, PUG 2008, Nr 7, s. 4; por. także na gruncie literatury niemieckiej: U. Büdenbender, *Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998*, Köln 1999, s. 70, Nb. 163; tenże, *EnWG. Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz*, Köln 2003, s. 230, Nb. 17.

czyć można: (1) brak wystarczających zdolności magazynowych, w tym zdolności zatłaczania i opróżniania instalacji magazynowej (zgodnie z cywilnoprawną zasadą *impossibilium nulla obligatio est* oraz normą art. 35 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE), (2) negatywną klauzulę wzajemności (art. 4f ust. 2 u.p.e.), (3) niemożność spełnienia bezwzględnie obowiązujących norm technicznych, służących zagwarantowaniu niezawodności dostarczania i jakości paliw gazowych, czy też norm ochrony środowiska (art. 4f ust. 1 u.p.e.), (4) konieczność zarezerwowania części zdolności magazynowych na rzecz operatora systemu przesyłowego (art. 4c ust. 2 u.p.e.). Natomiast do względnych przesłanek odmowy świadczenia usług, o których mowa w art. 4c ust. 1 u.p.e., można w powyższym rozumieniu zaliczyć: (1) niekorzystną zmianę cen i warunków dostaw paliw gazowych lub energii dla pozostałych podmiotów przyłączonych do sieci (art. 4f ust. 1 u.p.e.), (2) pozostałe techniczne i ekonomiczne przeszkody udzielenia dostępu do infrastruktury magazynowej (inne niż wymienione pośród przesłanek bezwzględnych), natomiast szczególne miejsce zajmują przesłanki w postaci: (3) czasowego zwolnienia z obowiązku udzielenia dostępu z uwagi na trudności związane z realizacją umów zaopatrzonych w klauzulę „bierz lub płać” (art. 4h u.p.e.) oraz czasowego zwolnienia z obowiązku udzielenia dostępu udzielonego na rzecz tzw. „nowej infrastruktury” gazowniczej (art. 4i u.p.e.). O ile postępowanie przy podejmowaniu decyzji o zwolnieniu jest podobne, jak w przypadku przesłanek względnych, o tyle udzielone zwolnienie stanowi – w zakresie, na jaki zostało udzielone – bezwzględną przesłankę odmowy dostępu do infrastruktury.

5.3. Brak wystarczających zdolności magazynowych

Brak wystarczających zdolności magazynowych, tzn. wystarczającej pojemności magazynowej, zdolności zatłaczania lub zdolności wytlaczania, stanowi pierwszą i podstawową przesłankę uprawniającą operatora do odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury magazynowej. Przesłanka ta jest korelatem obowiązków przedsiębiorstw energetycznych w zakresie prawidłowej eksploatacji infrastruktury oraz zapewnienia bezpieczeństwa i niezawodności dostarczania paliw gazowych (art. 4f ust. 1 u.p.e.).

Przesłanka braku wystarczających mocy znajduje w pierwszym rzędzie oparcie w cywilnoprawnej zasadzie *impossibilium nulla obligatio est*, wynikającej z art. 387 k.c.⁵², ponieważ żądanie od operatora świadczenia usług

⁵² Na temat wykładni tej normy na gruncie prawa cywilnego zob. m.in.: Cz. Żuławska, [w:] G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Zychowicz, T. Wiśniew-

magazynowania paliw gazowych w sytuacji braku wystarczających zdolności magazynowych, czy też ograniczonej przepustowości instalacji magazynowej w zakresie możliwości zatłaczania paliwa gazowego i opróżniania instalacji, jest równoznaczne z żądaniem spełnienia przezeń świadczenia niemożliwego. Ponadto żądanie świadczenia usług magazynowych w takiej sytuacji może skutkować zobowiązaniem operatora do ograniczenia korzystania z sieci lub instalacji magazynowych dla celów realizacji uprzednio zawartych i aktualnie realizowanych umów o świadczenie usług magazynowania paliw gazowych na rzecz innych odbiorców, co *de facto* oznaczałoby zmuszanie go do wypowiedzenia lub renegotjacji tych umów wbrew zasadzie *pacta servanda sunt*. W kontekście przepisów dotyczących separacji (*unbundlingu*) operatorów instalacji magazynowych w ramach pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw energetycznych, wprowadzonych w art. 9d ust. 1f–1g u.p.e. na mocy Noweli z 26.7.2013 r., istotnego znaczenia nabiera jednak kwestia, czy i w jakim stopniu dopuszczalne jest w opisywanej sytuacji żądanie świadczenia usług magazynowych skutkujące tym, że operator instalacji będzie zmuszony do zmniejszenia wykorzystania infrastruktury magazynowej dla celów „własnej” działalności gospodarczej, a ściślej działalności gospodarczej przedsiębiorstw powiązanych, np. zajmujących się obrotem paliwami gazowymi. Z jednej strony bowiem zmuszanie operatora infrastruktury do ograniczenia korzystania z niej dla celów prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwa z nim powiązane można traktować jako naruszenie konstytucyjnej gwarancji ochrony własności. Ochrona ta obejmuje bowiem także uprawnienie właściciela do korzystania ze swojej własności w pierwszym rzędzie dla celów prowadzenia „własnej” działalności gospodarczej⁵³. Konstytucyjnoprawna ochrona własności oznaczałaby przy takim rozumowaniu ograniczenie konsekwencji wynikających z regulacji w zakresie *unbundlingu*. Z drugiej jednak strony, w świetle obecnie obowiązujących regulacji w zakresie *unbundlingu* należy przyjąć, że zapotrzebowanie na świadczenie usług magazynowych zgłaszane w ramach pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa energetycznego nie może być traktowane jako zapotrzebowanie „własne”, bądź „na potrzeby własnej działalności gospodarczej”, a więc cieszące się pierwszeństwem wynikającym z konstytucyjnoprawnie gwarantowanej ochrony własności. Przepis art. 4c ust. 1 u.p.e.

ski, Cz. Żuławska, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego – Księga trzecia Zobowiązania*, t. I, Warszawa 1996, s. 120 i n.; P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny – Komentarz*, red. E. Gniewek, t. I, Warszawa 2004.

⁵³ Problematyka ta została podniesiona na gruncie niemieckiej literatury przedmiotu – zob. U. Büdenbender, *EnWG – Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz*, Köln 2003, s. 233, Nb. 26.

nakłada bowiem na właściwych operatorów obowiązek równoprawnego traktowania podmiotów ubiegających się o świadczenie usług magazynowych, co oznacza także zakaz dyskryminacji ubiegających się o świadczenie usług podmiotów „zewnętrznych” na korzyść przedsiębiorstw wchodzących w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo. Z regulacji tej wynika wymóg wszechstronnego zbadania przyczyn braku wystarczających zdolności magazynowych. Jeżeli jest on wynikiem tego, że zdolności magazynowe są „zajęte” na rzecz przedsiębiorstw wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której należy operator, a świadczenie usług magazynowych na ich rzecz nie nosi znamion dyskryminacji w stosunku do innych działających na rynku przedsiębiorstw, będzie to usprawiedliwiony i wyczerpujący powód odmowy świadczenia usług magazynowych. W przeciwnym razie niemożliwe będzie powołanie się na konstytucyjną ochronę własności, celem uniknięcia skutków *unbundlingu* dla działalności gospodarczej przedsiębiorstw powiązanych z operatorem w ramach pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa. Stąd też należy przyjąć, że konstytucyjnoprawna gwarancja własności nie będzie stanowiła ograniczenia stosowania przepisów o *unbundlingu*, a wręcz przeciwnie, właśnie te przepisy stanowią ustawowe ograniczenie gwarancji własności, a wzorcem ich oceny jest art. 64 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁵⁴.

W przypadku przesłanki braku wystarczających mocy magazynowych możliwe są różne konstelacje. Po pierwsze, niemożność świadczenia usług magazynowych może być wynikiem uprzednio zawartych umów (tzw. ograniczenia kontraktowe), a po drugie zaś, fizycznych ograniczeń pojemności instalacji magazynowej lub jej przepustowości w punktach zatłaczania i wytłaczania (tzw. ograniczenia fizyczne). Jeżeli mamy do czynienia z ograniczeniami fizycznymi, to przypadek taki nie wymaga rozstrzygnięcia na tle innych kryteriów i może stanowić samodzielną podstawę odmowy świadczenia usług magazynowych z uwagi na obiektywną niemożność świadczenia. W przypadku ograniczeń kontraktowych ocena, czy mamy do czynienia z bezwzględną przesłanką niemożności świadczenia, może wymagać bardziej pogłębionej analizy. Należy bowiem w takim wypadku wziąć pod uwagę występujące w danym przypadku możliwości w zakresie właściwego zarządzania ograniczeniami systemowymi. Jakkolwiek ustawa Prawo energetyczne nie odnosi się wprost do tej kwestii, to jednak należy wskazać, że *de lege lata* konieczność stosowania odpowiednich instrumentów zarządzania ograniczeniami systemowymi w celu minimalizacji ryzyka wystąpienia przesłanki braku wy-

⁵⁴ M. Będkowski-Kozioł, *Odmowa świadczenia...*, s. 7.

starczających zdolności przesyłowych można wyprowadzić z obowiązku równoprawnego traktowania odbiorców spoczywającego na operatorach instalacji magazynowych (art. 4c ust. 1 u.p.e.), jak i konieczności uwzględniania przez Prezesa URE – rozstrzygającego ewentualny spór na tle odmowy świadczenia usług magazynowych – zasad określonych w art. 1 ust. 2 u.p.e., w szczególności odnoszących się do rozwoju konkurencji, zapobiegania negatywnym skutkom monopolu naturalnych i równoważenia interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców.

Jedną z metod rozwiązania problemu niewystarczających zdolności magazynowych w przypadku ograniczeń o charakterze kontraktowym jest oferowanie zainteresowanym użytkownikom tzw. usług przerywanych. Terminem usług przerywanych oznacza, że zakontraktowana usługa magazynowania jest dostępna jedynie pod warunkiem, że nie nastąpi okoliczność wymuszająca przerwę w świadczeniu tej usługi. W grę wchodzi przy tym różne okoliczności. Przykładowo usługa przerywana może być oferowana tak długo, jak inny podmiot, któremu przysługuje prawo do pełnej usługi nie zgłosi na nią zapotrzebowania. Przerwa w świadczeniu usługi magazynowania może być także uzależniona od wystąpienia określonych temperatur, odpowiedniego ciśnienia wewnątrz magazynu, prowadzenia prac naprawczych i modernizacyjnych w instalacji magazynowej albo w sieci gazowej lub jeszcze innych czynników. Okoliczności te powinny zostać precyzyjnie określone w umowie o świadczenie usług magazynowania. Jeżeli prawdopodobieństwo wystąpienia okoliczności skutkujących przerwą w świadczeniu usług magazynowania jest bliskie zeru, wówczas cena za świadczenie takich usług powinna być zbliżona do ceny za świadczenie usług ciągłych.

Nałożenie na operatora instalacji magazynowej obowiązku świadczenia zarówno usług ciągłych, jak i przerywanych nie oznacza jednak, że operator jest uprawniony do jednostronnego zaoferowania świadczenia usług przerywanych użytkownikowi, który zgłosił zapotrzebowanie na usługi ciągłe. Takie działanie należałoby bowiem traktować jako odmowę świadczenia usług dostępu do infrastruktury, jako że usługi przerywane stanowią inny rodzaj świadczenia, aniżeli usługi ciągłe.

Wprowadzenie obowiązku świadczenia usług przerywanych (obok usług ciągłych) służy zwiększeniu dostępności ogólnej zdolności magazynowej. Instalacje magazynowe – z uwagi na dobowe, a przede wszystkim sezonowe wahania zużycia gazu przez odbiorców – są w pełni obciążone jedynie w pewnych okresach czasu. Z tego względu, przydzielanie zdolności magazynowych wyłącznie w oparciu o szczytowe zapotrzebowanie, a zatem wyłącznie w formie usług ciągłych, byłoby nieracjonalne z ogólnogospodarczego punktu

widzenia. Jeżeli użytkownik jest w stanie zaakceptować przerwy w świadczeniu usług magazynowania z uwagi na fizyczne braki wystarczającej zdolności instalacji w okresach szczytowego zapotrzebowania na usługi świadczone za jej pomocą, należy takiemu użytkownikowi umożliwić dostęp do infrastruktury w postaci usług przerywanych. Wartość tych usług jest tym niższa, im większe jest prawdopodobieństwo wystąpienia przerw w świadczeniu usług, co powinno znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w wysokości cen i stawek opłat za te usługi w taryfie operatora instalacji magazynowych.

Z zagadnieniem braku wystarczających zdolności magazynowych wiążą się też istotne kwestie o charakterze temporalnym. Chodzi mianowicie o pytanie, czy umowy o świadczenie usług przesyłowych lub magazynowych podlegają jakimkolwiek ograniczeniom czasowym. Może bowiem hipotetycznie wystąpić sytuacja, w której podmiot zainteresowany korzystaniem z usług magazynowych będzie dążył do zagwarantowania sobie możliwości korzystania z wolnych mocy w sposób, który ewentualnie pozbawi dostępu do nich przyszłych zainteresowanych odbiorców⁵⁵. Ustawa Prawo energetyczne nie określa w sposób bezpośredni maksymalnego czasu, na jaki może zostać zawarta umowa o świadczenie usług magazynowania. Rozwiązanie powyższej kwestii musi tym samym nastąpić w kontekście całokształtu regulacji w zakresie świadczenia usług związanych z dostępem do infrastruktury, zawartej w art. 4c ust. 1 u.p.e., oraz przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających zarówno z art. 5 k.c., jak i art. 353¹ k.c. Zasada dostępu stron trzecich do infrastruktury służy umożliwieniu regularnych, a nie tylko jednostkowych procesów konkurencji w sektorze gazownictwa. Tym samym, w każdym indywidualnym przypadku należy rozstrzygać kwestię tego, kto, na jakich warunkach, za jaką opłatą i na jaki czas korzysta z usług przesyłowych. Zamawianie mocy przesyłowych „na zapas” nie jest zgodne z taką logiką funkcjonowania konkurencyjnego rynku energetycznego. Ustalenie górnej granicy czasowej obowiązywania umów o świadczenie usług magazynowych nie jest jednakże ani możliwe, ani nawet wskazane. Czas ten będzie generalnie powiązany z czasem obowiązywania umów o dostawy (sprzedaż) paliw gazowych

⁵⁵ Długoterminowe rezerwowanie zdolności przesyłowych i magazynowych jest uzasadnione potrzebą minimalizacji ryzyka rynkowego. Z jednej strony, użytkownicy zawierają z dostawcami długoterminowe umowy na dostawy gazu, a w konsekwencji rezerwują również długoterminowo odpowiednie do wielkości zamówionych dostaw zdolności przesyłowe i magazynowe. Z drugiej strony, rozbudowa infrastruktury (zarówno przesyłowej jak i magazynowej) wymaga z punktu widzenia operatorów infrastruktury i instytucji kredytujących takie inwestycje odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa i gwarancji rentowności ekonomicznej w perspektywie długoterminowej.

oraz umów przesyłowo-dystrybucyjnych, usługi magazynowe pełnią bowiem tutaj swoście pomocniczą rolę, służąc optymalizacji działań podejmowanych przez użytkowników systemu na rynku paliw gazowych. W przypadku przekroczenia rozsądnego czasu można by przyjąć naruszenie art. 4c ust. 1 u.p.e., traktując je – w analogii do prawa antymonopolowego – jako rodzaj praktyk wykluczających⁵⁶.

W praktyce funkcjonowania sektora gazowego zastosowanie znajdują dwie szczególne zasady służące przeciwdziałaniu zjawisku „blokowania” zdolności magazynowych, mianowicie zasada *use-it-or-lose-it* oraz zasada *use-it-or-sell-it*. Zasada *use-it-or-lose-it* polega na tym, że operator infrastruktury jest uprawniony do odstąpienia zamówionych przez określonego użytkownika, ale nienominowanych na dany okres zdolności magazynowych innemu użytkownikowi na zasadach usług przerywanych. Jednocześnie użytkownik, który zarezerwował nienominowane zdolności i tak jest zobowiązany do zapłaty za nie, ale nie traci on prawa do ich wykorzystania w danym okresie w razie potrzeby, bowiem odstąpienie tych zdolności innemu użytkownikowi nastąpiło – jak wspomniano – na zasadach usług przerywanych. „Uwolnienie” zarezerwowanych zdolności jest przy tym zazwyczaj możliwe zarówno w przypadku, gdy w odpowiednim czasie nie nastąpi nominacja tych zdolności przez „blokującego” użytkownika na dany okres, jak i w przypadku dokonania przezeń nominacji, ale w wielkości znacznie mniejszej od zarezerwowanej. Zasada *use-it-or-lose-it* ma na celu zwiększenie efektywności wykorzystywania zdolności magazynowych istniejących instalacji i powstrzymanie użytkowników przed nieuzasadnionym zmniejszaniem ich dostępności poprzez uprzednie rezerwowanie w wielkości przekraczającej rzeczywiste potrzeby. Chodzi zatem o udostępnienie na rynku wszystkich fizycznie dostępnych zdolności magazynowych. Jednocześnie stosowanie zasady *use-it-or-lose-it* pozwala na swoiste „sankcjonowanie” antykonkurencyjnych zachowań użytkowników, polegających na „blokowaniu” wolnych zdolności magazynowych, poprzez obowiązek uiszczenia zapłaty za zarezerwowane a nienominowane zdolności w pełnej wysokości.

Natomiast zasada *use-it-or-sell-it* polega na możliwości wezwania użytkownika, który zarezerwował zdolności magazynowe, ale nie dokonuje ich

⁵⁶ W grę wchodzi także zastosowanie instrumentów prawa ochrony konkurencji w postaci zakazu stosowania antykonkurencyjnych praktyk wykluczających (porozumień ograniczających konkurencję lub zakazu nadużywania pozycji dominującej); podobnie zob. Sondergutachten der Monopolkommission, *Strom und Gas 2009 – Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb*, Drucksache des Bundestages – Nr 16/14060 z 15.9.2009 r., s. 101 – dostępne na stronie: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/140/1614060.pdf>.

nominaacji w dłuższym okresie czasu (np. kilkumiesięcznym, półrocznym), do ich odsprzedaży innym użytkownikom. Wezwania dokonuje operator infrastruktury magazynowej. Jeżeli użytkownik nie odpowie na wezwanie lub nie dokona odsprzedaży zarezerwowanych zdolności w wyznaczonym terminie, wówczas operator jest uprawniony do anulowania rezerwacji i ponownego przejęcia zdolności bez jakiegokolwiek odszkodowania lub rekompensaty. Użytkownik, który dokonał rezerwacji może przy tym a ogół zapobiec jej anulowaniu, jeżeli wykaże, że dalsza rezerwacja jest uzasadniona z uwagi na realizację jego zobowiązań wobec osób trzecich lub uprawnień wynikających z zawartych kontraktów (np. na dostawy gazu).

5.4. Rezerwacja zdolności magazynowych na potrzeby operatora sieci przesyłowych

Zgodnie z art. 4c ust. 2 u.p.e. przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się magazynowaniem paliw gazowych jest zobowiązane udostępnić operatorowi systemu przesyłowego gazowego tę część instalacji magazynowej, która jest niezbędna do realizacji jego zadań. Tym samym art. 4c ust. 2 u.p.e. wprowadza – jak wspomniano wyżej – swoistą regułę pierwszeństwa dostępu do instalacji magazynowych. Jako, że w sytuacji, w której nie zachodzi przesłanka wyłączenia danej instalacji z definicji „instalacji magazynowej” w związku z jej całkowitą rezerwacją na rzecz operatora systemu przesyłowego gazowego⁵⁷, instalacja jest zasadniczo objęta obowiązkiem udzielenia dostępu (TPA), przewidzianą w art. 4 ust. 2 u.p.e., regułę pierwszeństwa należy potraktować jako szczególną formę przesłanki odmowy udzielenia dostępu z uwagi na brak wystarczających pojemności magazynowych. Oznacza to, iż w sytuacji, w której realizacja konkretnego wniosku o świadczenie tych usług będzie kolidowała z realizacją prawa pierwszeństwa na rzecz operatora systemu przesyłowego, z uwagi na brak wystarczających pojemności magazynowych, przedsiębiorstwo gazownicze będzie uprawnione do odmowy świadczenia usług magazynowania pozostałym podmiotom. W pozostałych zaś przypadkach będzie świadczyło usługi magazynowania na rzecz podmiotów innych, niż operator systemu przesyłowego gazowego, jedynie w odniesieniu do tej części instalacji, która nie jest w danym czasie wykorzystywana przez operatora systemu przesyłowego gazowego⁵⁸. Regulacja z art. 4c ust. 2 u.p.e.

⁵⁷ Zob. na ten temat wyżej w pkt. 3.1.

⁵⁸ Nieco odmiennie M. Mordwa, A. Falecki, op.cit., s. 346, którzy uważają, że w odniesieniu do tej części instalacji, która objęta jest pierwszeństwem na rzecz operatora systemu przesy-

modyfikuje zatem wyrażoną w art. 4c ust. 1 u.p.e. zasadę niedyskryminacji, nakazującą operatorowi systemu magazynowania równoprawne traktowanie wniosków wszystkich podmiotów zainteresowanych korzystaniem z instalacji magazynowych. Praktyczne znaczenie tej regulacji ujawni się w szczególności w sytuacji, gdy pojemności magazynowe instalacji nie będą wystarczające dla zaspokojenia zapotrzebowania wszystkich zainteresowanych podmiotów, tzn. w sytuacji kwalifikowanego braku wystarczających zdolności magazynowych, wówczas bowiem operator systemu magazynowania będzie zobowiązany udostępnić instalacje magazynowe w pierwszym rzędzie na rzecz operatora systemu przesyłowego gazowego, a w odniesieniu do pozostałych zainteresowanych wystąpi albo podstawa do odmowy świadczenia (w przypadku braku wolnych pojemności magazynowych), albo konieczność rozstrzygnięcia wniosków o świadczenie w oparciu o regułę niedyskryminacji, co również może oznaczać podstawę do odmowy świadczenia usług magazynowania w odniesieniu do części z nich.

5.5. Negatywna klauzula wzajemności

Przepis art. 4f ust. 2 u.p.e. ustanawia tzw. negatywną klauzulę wzajemności, która stanowi bezwzględną przesłankę odmowy świadczenia usług magazynowych. Zgodnie z tym przepisem odmowa może mieć miejsce wówczas, gdy świadczenie tych usług odbiorcom, miałyby się odnosić do paliw gazowych dostarczanych z systemu gazowego innego państwa, które nie nałożyło podobnego obowiązku na działające w nim przedsiębiorstwa, lub gdy odbiorca, do którego miałyby być dostarczane paliwa gazowe, nie jest uznawany za odbiorcę uprawnionego do korzystania z usług magazynowania w tym państwie. Regulacja ta ma istotne implikacje dla transgranicznego obrotu gazem ziemnym. Jej celem jest zagwarantowanie równości szans w konkuren-

łowego gazowego zasada dostępu stron trzecich do infrastruktury w ogóle nie znajduje zastosowania, co jednak nie wydaje się poprawne z uwagi na to, że w myśl reguły „wszystko albo nic” wyłączenie takie odnosić się może jedynie do całej instalacji magazynowej w przypadku wystąpienia przesłanek z art. 3 pkt 10a u.p.e., a nie jedynie jej części, nie można zatem stawiać znaku równości między instrumentem całkowitego wyłączenia danej instalacji z pojęcia „instalacji magazynowej” a tym samym reżimu TPA oraz instrumentem pierwszeństwa dostępu na rzecz operatora systemu przesyłowego gazowego – por. *Commission Staff Working Paper „Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas – Third-Party Access to Storage Facilities”*, z dnia 22.1.2010 r., s. 4–6, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.

cji na rynku gazowym w wymiarze międzynarodowym. Dla powołania się na negatywną klauzulę wzajemności z art. 4f ust. 2 u.p.e. w przypadku odmowy świadczenia usług magazynowych w stosunku do paliw gazowych pochodzących z innego państwa nie ma znaczenia fakt, czy operatorzy infrastruktury działający w tym państwie świadczą – pomimo braku prawnego obowiązku porównywalnego z regulacją art. 4c u.p.e. – takie usługi na rzecz polskich podmiotów na zasadzie dobrowolności. Art. 4f ust. 2 u.p.e. wymaga bowiem wyraźnego nałożenia przez inne państwo obowiązku świadczenia usług magazynowych oraz uznania porównywalnego odbiorcy za odbiorcę uprawnionego do korzystania z tych usług. W praktyce mogą pojawić się na tym tle trudności w stosowaniu negatywnej klauzuli wzajemności z art. 4f ust. 2 u.p.e. Jej stosowanie wymaga rozstrzygnięcia kwestii, w jaki sposób państwo trzecie winno nałożyć obowiązek świadczenia usług, o których mowa w art. 4f ust. 2 u.p.e., aby można było mówić o występowaniu wzajemności, a w szczególności, czy konieczne jest w tym wypadku nałożenie obowiązku świadczenia usług przesyłowych w akcie prawnym o randze ustawy (bądź akcie równorzędnym), czy też za wystarczającą będzie można uznać regulację zawartą w akcie o charakterze aktu administracyjnego. W tym przypadku pomocne może okazać się odwołanie do wypracowanej na gruncie prawa międzynarodowego i szeroko powoływanej na gruncie prawa unijnego zasady *effet utile*, zgodnie z którą państwa winny zagwarantować rzeczywistą efektywność realizacji celów unormowań przyjętych w prawie międzynarodowym lub unijnym w krajowych porządkach prawnych, jak i do zasad, jakie ETS (obecnie: TSUE) wypracował w odniesieniu do implementacji postanowień dyrektyw w krajowych porządkach prawnych. W świetle tych ostatnich za właściwe uważa się zasadniczo implementację w drodze aktu prawa powszechnie obowiązującego, traktując implementację jedynie poprzez akty administracyjne jako niewystarczającą⁵⁹. Problemy interpretacyjne może rodzić ponadto sytuacja, gdy wprawdzie państwo trzecie nałożyło obowiązek świadczenia usług przesyłowych, jednakże o charakterze warunkowym lub o odmiennym zakresie, aniżeli czyni to ustawa Prawo energetyczne⁶⁰. Sytuacja taka będzie wymagała szczegółowej analizy rozwiązań przyjętych w państwie trzecim i dokonania na tej podstawie oceny stopnia ekwiwalentności nałożonych na ope-

⁵⁹ Zob. wyrok ETS z 15.12.1982 r. w sprawie 160/82 *Komisja v. Holandia* Zb.Orz. 1982, s. 4637; wyrok ETS z 30.5.1991 r. w sprawie C-361/88 *Komisja v. Niemcy* Zb.Orz. 1991, s. I-2567; wyrok ETS z 15.6.1995 r. w sprawie C-220/94 *Komisja v. Luksemburg* Zb.Orz. 1996, s. I-1589; wyrok ETS z 2.5.1996 r. w sprawie C-311/95 *Komisja v. Grecja* Zb.Orz. 1996, s. I-2433.

⁶⁰ Por. M. Czarniecka, T. Oglódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Bydgoszcz–Katowice 2007, s. 51.

ratorów działających w tym państwie obowiązków w zakresie udostępniania infrastruktury w stosunku do obowiązku uregulowanego w art. 4c u.p.e.

Negatywna klauzula wzajemności z art. 4f ust. 2 u.p.e. znajdzie przede wszystkim zastosowanie w przypadkach bezpośredniego zaopatrywania odbiorców w Polsce z systemu elektroenergetycznego lub gazowego znajdującego się w państwie, o którym mowa w tym przepisie. Trudności może rodzić odpowiedź na pytanie, czy przesłanka braku wzajemności może być skutecznie podniesiona przez przedsiębiorstwo sieciowe w sytuacji, gdy paliwa gazowe lub energia pochodzą wprawdzie z systemu gazowego lub elektroenergetycznego znajdującego się w państwie, o którym mowa w art. 4f ust. 2 u.p.e., jednakże zostały one zakupione przez przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się obrotem, z siedzibą na terytorium RP, w celu jej dalszej odsprzedaży i dostarczenia do odbiorców w Polsce. W takim wypadku odbiorcy będą wprawdzie zaopatrywani z systemu gazowego innego państwa, ale w sposób „pośredni”. Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi pozytywnej. Po pierwsze, wykładnia językowa przepisu art. 4f ust. 2 u.p.e., który nie dokonuje rozróżnienia na „bezpośrednie” i „pośrednie” zaopatrywanie z systemu gazowego lub elektroenergetycznego innego państwa, skłania do przyjęcia twierdzenia, że przesłanka braku wzajemności będzie uzasadniała odmowę świadczenia usług, o których mowa w tym przepisie, w każdym przypadku, gdy paliwa gazowe, których usługi te miałyby dotyczyć, pochodzą z systemu państwa o którym mowa art. 4f ust. 2 u.p.e. Po drugie, należy wskazać na funkcję normy z art. 4f ust. 2 u.p.e., która polega na ochronie rynku polskiego przed skutkami nierównego otwarcia rynków w państwach ościennych. W przeciwnym razie przedsiębiorstwa działające w tych państwach mogłyby łatwo uchylić się od negatywnych skutków powoływania się na tę klauzulę przez krajowych operatorów sieci, magazynów gazu, czy instalacji LNG i ustrzec przed odmową świadczenia usług przesyłania, dystrybucji paliw i energii lub magazynowania i skraplania paliw gazowych w ten sposób, że zakładałyby na terytorium RP przedsiębiorstwa obrotu, które następnie zawierałyby ze spółką-matką za granicą umowy zakupu paliw gazowych lub energii w celu ich dalszej odsprzedaży i dostarczenia odbiorcom w Polsce. Po trzecie, rozgraniczenie skutków stosowania klauzuli wzajemności z art. 4f ust. 2 u.p.e. na „bezpośrednie” i „pośrednie” dostarczanie paliw i energii z systemu innego państwa i powiązanie możliwości odmowy świadczenia usług tylko z tym pierwszym przypadkiem prowadziłyby do nierównego traktowania odbiorców. Mogliby bowiem oni liczyć na świadczenie usług, o których mowa w art. 4f ust. 2 u.p.e. w stosunku do paliw gazowych i energii pochodzących z systemu innego państwa jedynie wówczas, gdyby zakupywali je od przedsiębior-

stwa obrotu prowadzącego działalność na terytorium RP, co niejako zmuszałoby ich do korzystania z jego „pośrednictwa” i uniemożliwiałoby bezpośrednie zawieranie umów dostawy z przedsiębiorstwami działającymi w tym państwie, z którego pochodzi energia. Tym samym należy przyjąć, że zapisana w art. 4f ust. 2 u.p.e. negatywna klauzula wzajemności obejmuje każdy przypadek dostarczania paliw gazowych z systemu państwa niestosującego zasady dostępu stron trzecich do infrastruktury (TPA). Taka interpretacja przesłanki z art. 4f ust. 2 u.p.e. może jednakże rodzić praktyczne problemy w przypadku, gdy wniosek o świadczenie usług wymienionych w omawianym przepisie jest zgłoszony przez odbiorców przedsiębiorstw zajmujących się przesyłaniem i dystrybucją oraz obrotem paliwami i energią, a zakupujących je zarówno ze źródeł krajowych, jak i zagranicznych, trudno bowiem wówczas operatorowi odmawiającemu świadczenia usług na rzecz odbiorców tych przedsiębiorstw udowodnić, które przepływy energii pochodzą z kraju, a które z zagranicy, a więc w jakim zakresie odmowa ma charakter uzasadniony⁶¹.

Z uwagi na członkostwo Polski w UE, na obszarze której obowiązują zharmonizowane zasady udzielania dostępu do infrastruktury gazowej, wynikające z postanowień dyrektywy 2009/73/WE, negatywna klauzula wzajemności z art. 4f ust. 2 u.p.e., jako przesłanka usprawiedliwionej odmowy świadczenia usług magazynowania, posiada w warunkach polskich wymiar praktyczny jedynie w odniesieniu do paliw i energii dostarczanych z tych państw ościennych, które nie są członkami UE. Natomiast procedurę rozwiązania ewentualnych problemów związanych z nierównym otwarciem rynków w UE reguluje w pierwszym rzędzie art. 4f ust. 3 u.p.e. W przypadku ewentualnej nierównomierności otwarcia rynków w państwach członkowskich UE oraz tych państwach Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które przystąpiły do umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) zastosowania znajdzie dodatkowo unormowanie z art. 4 ust. 3 u.p.e. Zgodnie z art. 4f ust. 3 u.p.e. Prezes URE, działając na podstawie uzasadnionego wniosku uprawnionego odbiorcy lub sprzedawcy, może zwrócić się za pośrednictwem ministra właściwego do spraw gospodarki do KE o zobowiązanie państwa członkowskiego UE lub EOG, w którym odmówiono świadczenia m.in. usług magazynowych, do realizacji żądanej usługi. Ustawa nie określa przy tym formy wniosku, co oznacza, że znajdują tu zastosowanie rozwiązania ogólne k.p.a. W art. 4f ust. 3 u.p.e. nie zawarto przesłanek, które bierze pod uwagę Prezes URE, oceniając zasadność złożonego wniosku o wystąpienie do KE. Na Preze-

⁶¹ Por. U. Büdenbender, *EnWG. Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz*, Köln 2003, s. 232–233.

sie URE będzie spoczywał obowiązek dokładnego wyjaśnienia zaistniałego stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes wnioskodawcy (art. 7 k.p.a.)⁶², a na ministrze właściwym do spraw gospodarki obowiązek niezwłocznego przekazania wniosku do KE. Regulacja art. 4f ust. 3 u.p.e. pozostaje w bezpośrednim związku z regulacją art. 37 ust. 2 lit. b dyrektywy 2009/73/WE. Zgodnie z nim KE może, uwzględniając sytuację na rynku i wspólny interes, zobowiązać stronę odmawiającą do zrealizowania żądanej dostawy. Dyrektywy nie zawierają jednakże przepisów proceduralnych określających termin, w którym KE powinna rozstrzygnąć w przedmiocie wniosku, o którym mowa w art. 4f ust. 3 u.p.e.

5.6. Przyczyny o charakterze technicznym

W odniesieniu do technicznych przyczyn uzasadniających odmowę świadczenia usług magazynowania przepis art. 4f ust. 1 u.p.e. stanowi, iż świadczenie usług związanych z dostępem do infrastruktury nie może obniżać niezawodności dostarczania i jakości paliw gazowych. Konkretyzację warunków określonych w art. 4f ust. 1 u.p.e. zawierają przepisy § 16–17 i 20–21 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 2.7.2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego⁶³, zgodnie z którymi świadczenie m.in. usług magazynowania paliw gazowych odbywa się zasadniczo w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu obowiązujących wymagań jakościowych. Prawidłowa realizacja tych obowiązków będzie oznaczała nie tylko uprawnienie, ale i obowiązek operatorów infrastruktury do odmowy świadczenia wspomnianych usług w sytuacji, gdy w konkretnym przypadku wiązałoby się to z naruszeniem lub choćby zagrożeniem naruszenia tych obowiązków.

5.6. Niekorzystna zmiana cen lub stawek opłat oraz zakresu dostarczania paliw i energii dla (dotychczasowych) odbiorców przyłączonych do sieci oraz uniemożliwienie realizacji obowiązków przedsiębiorstwa energetycznego w zakresie ochrony interesów odbiorców

Z treści przepisu art. 4f ust. 1 u.p.e. wynika, że świadczenie usług magazynowania paliw gazowych nie może m.in. „powodować niekorzystnej

⁶² M. Mordwa, A. Falecki, op.cit., s. 366.

⁶³ Dz.U. Nr 133, poz. 891.

zmiany cen lub stawek opłat za dostarczane paliwa gazowe lub energię i zakresu ich dostarczania odbiorcom przyłączonym do sieci, a także uniemożliwiać wywiązywanie się przez przedsiębiorstwa energetyczne z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców (...)" . Regulacja art. 4f ust. 1 u.p.e. ustanawia zatem nie tylko szczególne warunki świadczenia wspomnianych usług, ale jednocześnie ustanawia przesłanki usprawiedliwiające odmowę ich świadczenia w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Za takim rozwiązaniem przemawia fakt, iż z uwagi na ustawowe obowiązki operatorów infrastruktury (określone m.in. w art. 4 ust. 1, art. 7 ust. 4 oraz art. 9c ust. 1–3 u.p.e.), są oni legitymowani do powołania się na interesy odbiorców (i innych użytkowników systemu) przyłączonych do sieci i uwzględniania ich we wszystkich przypadkach rozstrzygnięcia o podjęciu świadczenia usług na rzecz ubiegających się o to podmiotów trzecich.

Z uwagi jednak na specyfikę infrastruktury magazynowej pojawia się istotne pytanie, o ochronę interesów jakich odbiorców chodzi w tym przypadku? Czy też innymi słowy: interesy odbiorców przyłączonych do jakich sieci mogą legitymować odmowę świadczenia usług magazynowania? Problem ten wynika z faktu, że ustawodawca odniósł przesłanki z art. 4f ust. 1 u.p.e. do świadczenia wszystkich usług dostępowych bez jakichkolwiek zróżnicowań z uwagi na rodzaje elementów infrastruktury, przy czym ich sformułowanie wskazuje, że odnoszą się one w pierwszym rzędzie do świadczenia usług przesyłowych i dystrybucyjnych (dostępu do infrastruktury sieciowej). O ile jednak w przypadku operatorów sieci przesyłowych, czy dystrybucyjnych powyższa kwestia nie będzie – z reguły – nastrożać większych trudności, o tyle w przypadku operatorów instalacji magazynowych mogą pojawić się różne konstelacje.

Rozstrzygając wskazany problem należy opowiedzieć się za tym, że operator instalacji magazynowych może i powinien uwzględniać oraz powoływać się na interesy odbiorców zaopatrywanych w paliwa gazowe przez przedsiębiorstwa z nim powiązane w ramach zintegrowanego pionowo przedsiębiorstwa gazowego, do których sieci są oni przyłączeni. Za takim rozwiązaniem przemawiają dwa argumenty. Po pierwsze, w art. 4f ust. 1 u.p.e. mowa jest o „odbiorcach przyłączonych do sieci” bez bliższego określenia o jaką sieć chodzi. Po drugie zaś, swoiste doprecyzowanie następuje na gruncie przepisów dotyczących *unbundlingu* operatorów systemu magazynowania. Mianowicie na gruncie przepisu art. 15 dyrektywy 2009/73/WE oraz implementujących go przepisów art. 9d ust. 1f–1g u.p.e. (dodanych do ustawy Prawo energetyczne Nowelą z 26.7.2013 r.), operator systemu magazynowania, będący częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, powinien pozostawać niezależny od in-

nych działalności niezwiązanych z magazynowaniem, przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych, a osoby odpowiedzialne za zarządzanie operatorem systemu magazynowania nie mogą uczestniczyć w strukturach przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo lub przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi. Oznacza to, że na gruncie obowiązującego reżimu prawnego *unbundlingu* w sektorze gazowym możliwa jest zarówno sytuacja, w której operator systemu magazynowania i operator systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego działają w ramach jednego i tego samego przedsiębiorstwa, jak i w ramach dwóch odrębnych przedsiębiorstw działających w strukturach tego samego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo⁶⁴. Tym samym jako przesłanka usprawiedliwionej odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury mogą przykładowo posłużyć takie okoliczności jak pogorszenie się struktury zaopatrzenia w wyniku podjęcia się świadczenia usług, o których mowa w art. 4c u.p.e., na rzecz nowych odbiorców i związane z tym negatywne skutki dla odbiorców dotychczasowych przyłączonych do sieci przedsiębiorstw powiązanych⁶⁵.

Przepis art. 4f ust. 1 u.p.e. wymienia – obok negatywnych skutków w odniesieniu do zakresu i warunków dostarczania paliw gazowych lub energii – także „niekorzystną zmianę cen lub stawek opłat”. Po pierwsze, w grę wchodzi sytuacja, gdy z uwagi na szczególne parametry wymagane przez podmiot zgłaszający zapotrzebowanie na świadczenie usług, o których mowa w art. 4c u.p.e., oraz wynikające stąd niejednolite obciążenie instalacji magazynowej, jej operator byłby zmuszony do wniosku o zmianę taryfy opłat za świadczenie tych usług w związku z koniecznością ich podniesienia. Po drugie, jako przesłanka odmowy świadczenia usług, o których mowa w art. 4c u.p.e., w grę wchodzi także konieczność podniesienia cen za dostarczanie paliw gazowych dla dotychczasowych odbiorców zaopatrujących się u przedsiębiorstwach powiązanych (w ramach pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa gazowego), która jest konsekwencją umożliwienia świadczenia usług magazynowych na rzecz innych odbiorców. Chodzi przy tym jedynie o takie podwyżki cen i stawek opłat, które są nieuniknione, a nie takie, które służą utrzymaniu dotychczasowego poziomu zysków przedsiębiorstwa pionowo zintegrowanego. Z przepisów art. 4c ust. 1 u.p.e. wynika bowiem obowiązek stosowania

⁶⁴ Zob. *Commission Staff Working Paper „Interpretative Note on Directive 2009/73/EC concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas – Third-Party Access to Storage Facilities”*, z dnia 22.1.2010 r., s. 7, http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.

⁶⁵ Por. U. Büdenbender, *Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998*, Köln 1999, s. 83.

jedynie obiektywnych, niedyskryminacyjnych kryteriów. W jednym i w drugim przypadku konieczne będzie wyważenie wszystkich okoliczności przemawiających „za” i „przeciw” świadczeniu usług magazynowania w konkretnym przypadku⁶⁶.

5.7. Problematyka „ekonomicznych” przesłanek odmowy udzielenia dostępu do instalacji magazynowych

Za odmową świadczenia usług, o których mowa w art. 4c u.p.e., mogą – obok przyczyn technicznych – przemawiać także powody ekonomiczne. Przyczyny te odnoszą się w pierwszym rzędzie do zdolności płatniczej po stronie odbiorcy, bowiem ustawodawca nie wymaga od przedsiębiorstw infrastrukturalnych, aby świadczyły usługi bezpłatnie. Tym samym brak gotowości do zapłacenia za usługi magazynowe po stronie zamawiającego je użytkownika systemu będzie stanowił – co do zasady – legitymowany powód odmowy ich świadczenia. Z uwagi na to, że świadczenie usług magazynowania nie jest związane bezpośrednio z działalnością gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych, należy przyjąć, że w tym przypadku nie znajdują zastosowania regulacje zawarte w art. 6 ust. 3a oraz 6a u.p.e. w wersji nadanej Nowelą z 26.7.2013 r. Oznacza to, że w odniesieniu do świadczenia usług magazynowania możliwe będzie powołanie się na regulację art. 490 k.c., zgodnie z którą, jeżeli jedna ze stron obowiązana jest spełnić świadczenie wzajemne wcześniej, a spełnienie świadczenia przez drugą stronę jest wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy, strona zobowiązana do wcześniejszego świadczenia może powstrzymać się z jego spełnieniem, dopóki druga strona nie zaofiaruje świadczenia wzajemnego lub nie da zabezpieczenia.

5.8. Czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług magazynowania paliw gazowych z uwagi na trudności wynikające z realizacji kontraktów typu *take-or-pay*

5.8.1. Uwagi ogólne

Przepis art. 4h u.p.e. wprowadza szczególną przesłankę odmowy świadczenia usług magazynowania paliw gazowych⁶⁷. Zgodnie z tym prze-

⁶⁶ Por. A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, op.cit., s. 7.

⁶⁷ Została ona w odniesieniu do przesyłania i dystrybucji paliw gazowych przewidziana już w art. 17 ust. 1 w zw. z art. 25 dyrektywy 98/30/WE, a następnie powtórzona, przy jedno-

pisem przedsiębiorstwo gazownicze wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo może odmówić m.in. świadczenia usług magazynowych, jeżeli świadczenie tych usług może spowodować dla przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo trudności finansowe lub ekonomiczne związane z realizacją zobowiązań wynikających z uprzednio zawartych umów przewidujących obowiązek zapłaty za określoną ilość gazu ziemnego, niezależnie od ilości gazu pobranego lub gdy świadczenie tych usług uniemożliwia wywiązanie się przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska⁶⁸.

Umowy, o których mowa w art. 4h ust. 1 u.p.e., określane są mianem umów zaopatrzonych w klauzule „bierz lub płać” (ang. *take-or-pay*). Zobowiązują one odbiorców paliw gazowych do zapłaty za określoną minimalną ilość paliw gazowych (zazwyczaj 80% zakontraktowanej rocznej wielkości) niezależnie od faktycznie pobranej ilości paliw gazowych. Umowa między dostawcą a odbiorcą może wprowadzić dodatkowo przyznawać odbiorcy możliwość późniejszego poboru nieodebranej ilości zakontraktowanych paliw gazowych w kolejnym okresie umownym (tzw. klauzule „make-up” lub „carry forward”), jeżeli jednak w umowie typu „bierz lub płać” brak jest tego rodzaju postanowień, mamy do czynienia z bezwarunkowym obowiązkiem zapłaty za ustaloną w umowie ilość paliw gazowych także wówczas, gdy faktycznie ilość ta nie zostanie przez odbiorcę pobrana z sieci⁶⁹. Klauzule „bierz lub płać”

czesnym objęciu nią także magazynowania paliw gazowych, w art. 21 ust. 1 w zw. z art. 27 dyrektywy 2003/55/WE, natomiast obecnie jest uregulowana w art. 35 ust. 1 w zw. z art. 48 dyrektywy 2009/73/WE. Powyższa przesłanka została po raz pierwszy wprowadzona do prawa polskiego na mocy art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 24.7.2002 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne (Dz.U. Nr 135, poz. 1144) w uchylonym następnie art. 4a u.p.e., a obecnie przewidziana jest w art. 4h u.p.e., wprowadzonym do ustawy na mocy art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 4.3.2005 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 62, poz. 552 ze zm.).

⁶⁸ Na marginesie należy zauważyć, że wprowadzenie do treści art. 4h ust. 1 u.p.e. przesłanki, w postaci uniemożliwienia wywiązania się z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska, jako przesłanki odmowy udostępnienia infrastruktury i ubiegania się o czasowe zwolnienie z obowiązków, o których mowa w art. 4 ust. 2 i 4c–4e u.p.e., powoduje, że przepis ten odbiega od treści art. 35 dyrektywy 2009/73/WE, który nie przewiduje tej przesłanki, jako podstawy czasowego zwolnienia przedsiębiorstwa gazowniczego z obowiązku udostępniania infrastruktury.

⁶⁹ Zob. także Ch. Wegerich, C. Seiferth, *Zur kartell- und zivilrechtlichen Zulässigkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Weiterleitern*, „Recht der Energiewirtschaft” 2009, s. 48; U. Büdenbender, *Grundfragen des energierechtlichen Netzzugangs in der Gaswirtschaft nach der Gasnovelle*, „Recht der Energiewirtschaft” 2001, s. 169; Na marginesie niniejszych rozważań można wskazać, że charakter prawny klauzul „bierz lub płać” budzi spory w doktrynie

stosowane są szczególnie w międzynarodowym obrocie gazem ziemnym i stanowią szczególnie przejaw nadużycia władzy rynkowej przez głównych dostawców tego surowca, będący następstwem faktu, że złoża gazu ziemnego występują na terytorium, bądź w strefie szelfu kontynentalnego, jedynie niektórych państw.

Celem celem klauzul „bierz lub płać” jest ochrona dostawców surowca przed wahaniami w zakresie zbytu gazu, spowodowanymi różnicowaniem wielkości konsumpcji na rynku importerów, i zagwarantowanie stabilnego poziomu zysków, a także zrekompensowanie dostawcom wysokich kosztów zagospodarowania i eksploatacji złóż gazu ziemnego oraz budowy i utrzymania gazociągów przesyłowych⁷⁰. Stosowanie tych klauzul może jednak rodzić poważne trudności po stronie odbiorców (importerów) gazu, w kontekście prokonkurencyjnych obowiązków wynikających z unijnego i krajowego prawa energetycznego. Jeżeli bowiem na skutek otwarcia rynków i wprowadzenia zasady dostępu stron trzecich pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo gazownicze (odbiorca/importer gazu ziemnego) utraci swoich dotychczasowych klientów – którym dostarczało gaz ziemny zakupiony na podstawie umowy z eksporterem, a opatrzonej klauzulą „bierz lub płać” – na rzecz konkurencyjnych dostawców, których gaz będzie musiało teraz przesłać własnymi sieciami na mocy umów o świadczenie usług przesyłowych/dystrybucyjnych, to sytuacja taka spowoduje, iż zmniejszy się jego własna sprzedaż, a więc i pobór zakontraktowanego gazu od kontrahenta (eksportera). Jednocześnie będzie ono musiało zapłacić kontrahentowi (eksporterowi), z którym zawarło umowę typu „bierz lub płać”, także za tę ilość gazu, której nie zdołało odebrać. W takiej sytuacji obowiązek udzielenia dostępu do infrastruktury pod-

i judykaturze, a dotyczą one w szczególności tego, czy w umowach tych zachowana jest ekwiwalentność świadczeń stron. O ile Sąd Najwyższy uznał, że w umowach opatrzonych klauzulami „bierz lub płać” nie można mówić o ekwiwalentności świadczeń, a klauzula stanowi szczególnie mechanizm wymuszający realizację umowy o dostawę gazu faworyzujący dostawcę w stosunku do odbiorcy, i który – w pewnych sytuacjach – może być bardziej restrykcyjny aniżeli kara umowna (zob. wyrok SN z 26.4.2007 r., sygn. II CSK 544/06, LEX nr 453133), o tyle w piśmiennictwie pojawił się pogląd przeciwny, sytuujący umowy opatrzone klauzulą „bierz lub płać” jako umowy o zobowiązanie przemienne, bowiem odbiorca nie dokonując odbioru zakontraktowanego gazu dokonuje faktycznego wyboru świadczenia polegającego na zapłacie części ceny (tak: M. Brzóska, T. Srokosz, *Charakter prawny klauzuli „take or pay”*, „Glosa” 2011, nr 2, s. 27 i n.). Pojmowaniu klauzuli „bierz lub płać” jako zobowiązania przemiennego ze strony odbiorcy (dłużnika) przeczy jednakże istota tej klauzuli jako mechanizmu chroniącego dostawcę (wierzyciela) przed niewykonaniem umowy przez odbiorcę i zabezpieczającego tym samym rentowność inwestycji w zagospodarowanie złóż i rozbudowę infrastruktury gazowej (podobnie M. Mordwa, A. Falecki, op.cit., s. 377).

⁷⁰ Zob. T. Olbricht, *Netzzugang in der deutschen Gaswirtschaft*, Essen 2008, s. 235.

miotom trzecim, zaopatrującym się u jego konkurentów, może rodzić dla pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa sieciowego poważne trudności finansowe. Celem regulacji art. 4h u.p.e. jest zapobieżenie takim sytuacjom, poprzez czasowe uchylenie obowiązku udostępniania infrastruktury przez dotknięte lub zagrożone trudnościami finansowymi przedsiębiorstwo energetyczne.

Przepis art. 4h u.p.e. reguluje dwa wzajemnie powiązane instrumenty, związane z wystąpieniem po stronie pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa gazowego, w ramach którego funkcjonuje zobowiązany do świadczenia usług dostępowych operator infrastruktury, trudności, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Mianowicie w art. 4h ust. 1 u.p.e. uregulowane zostało uprawnienie przedsiębiorstwa gazowego do odmowy świadczenia usług dostępu do infrastruktury, a w art. 4h ust. 2 u.p.e., bezpośrednio związane z tą odmową uprawnienie i obowiązek przedsiębiorstwa gazowego niezwłocznego wystąpienia do Prezesa URE o udzielenia czasowego zwolnienia z tego obowiązku. Regulacja ta implementuje jeden z mechanizmów przewidzianych wcześniej w art. 27 dyrektywy 2003/55/WE, a obecnie uregulowanych w art. 48 dyrektywy 2009/73/WE. Zgodnie z art. 48 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE państwa członkowskie mogą bowiem dokonać wyboru, czy wnioski o udzielenie czasowego zwolnienia winny być przedstawiane przed, czy też niezwłocznie po odmowie udzielenia dostępu do infrastruktury, której podstawą są trudności związane z realizacją umów dostawy paliw gazowych opatrzonej klauzulą „bierz lub płać” w następstwie udzielenia dostępu. Polski ustawodawca zdecydował się na zastosowanie drugiego mechanizmu.

Przewidziana w art. 4h ust. 1 u.p.e. możliwość odmowy świadczenia m.in. usług magazynowania paliw gazowych stanowi zasadniczo względną przesłankę odmowy dostępu do infrastruktury, ze względu na to, że skuteczne powołanie się na nią wymaga wyważenia szeregu okoliczności, w tym interesu przedsiębiorstwa energetycznego i interesu odbiorców zainteresowanych dostępem do urządzeń infrastrukturalnych, przy uwzględnieniu interesu publicznego, w szczególności skutków odmowy dla rozwoju konkurencji na rynku paliw gazowych. Jednakże uzyskanie przez przedsiębiorstwo energetyczne czasowego zwolnienia z obowiązku świadczenia wymienionych usług, w drodze decyzji Prezesa URE, o której mowa w art. 4h ust. 3 u.p.e., będzie stanowiło – w zakresie przedmiotowym i czasowym określonym w tej decyzji – bezwzględną przesłankę odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury.

5.8.2. Zakres podmiotowy wyłączenia z art. 4h u.p.e.

Podmiotem uprawnionym do odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury gazowej (art. 4h ust. 1 u.p.e.) oraz wystąpienia do Prezesa URE

z wnioskiem o udzielenie czasowego zwolnienia z obowiązku udzielania dostępu (art. 4h ust. 2 u.p.e.) jest w świetle art. 4h u.p.e. przedsiębiorstwo wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, zdefiniowanego w art. 3 pkt 12a u.p.e., prowadzącego działalność gospodarczą na rynku gazu. Z natury regulacji art. 4h u.p.e. wynika jednocześnie, iż w grę wchodzi zasadniczo jedynie takie przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo, które z jednej strony świadczą co najmniej jedną z usług wymienionych w art. 4h ust. 1 u.p.e. (w tym m.in. usługi magazynowania), a jednocześnie zajmują się obrotem paliwami gazowymi, tylko bowiem w takim przypadku przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo lub przedsiębiorstwo obrotu wchodzące w jego skład (w zależności od struktury przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo) będzie stroną umowy opatrzonej klauzulą „bierz lub płać”, a tym samym może być dotknięte trudnościami, o których mowa w komentowanym przepisie⁷¹.

5.8.3. Zakres przedmiotowy wyłączenia z art. 4h u.p.e.

Wyłączenie, o którym mowa w art. 4h u.p.e., obejmuje wszystkie usługi związane z udostępnianiem infrastruktury gazowej, w tym także usługi magazynowania. Zarówno odmowa świadczenia tych usług (art. 4h ust. 1 u.p.e.), jak i zwolnienie ze świadczenia tych usług w drodze decyzji Prezesa URE (art. 4h ust. 3 u.p.e.), mogą mieć charakter całkowity lub częściowy. W przypadku usług magazynowania w grę może wchodzić ograniczenie świadczenia w odniesieniu do pewnego zakresu zdolności magazynowych. Zwolnienie z obowiązku udostępniania infrastruktury w drodze decyzji Prezesa URE (art. 4h ust. 3 u.p.e.) jest udzielane na czas określony.

5.8.4. Przesłanki odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury gazowej (art. 4h ust. 1 u.p.e.) oraz uzyskania czasowego zwolnienia z obowiązku jego udzielania (art. 4h ust. 3 u.p.e.)

Przepis art. 4h ust. 1 u.p.e. – podobnie jak przepisy art. 35 ust. 1 oraz art. 48 dyrektywy 2009/73/WE – wymienia trudności „finansowe lub ekonomiczne” związane z realizacją zobowiązań zawartych w kontraktach opatrzonych klauzulą „bierz lub płać” jako przesłankę odmowy udostępnienia infrastruktury (art. 4h ust. 1 u.p.e.) oraz ubiegania się o czasowe zwolnienie z obowiązku jej udostępniania (art. 4h ust. 2 u.p.e.). Takie sformułowanie komentowanego przepisu może sugerować, iż oba określenia obejmują dwa

⁷¹ Por. *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo energetyczne*, druk sejmowy nr 3135 z 22.7.2004 r., s. 95.

odrębne aspekty, podczas gdy w swej istocie trudności „ekonomiczne” i „finansowe” odnoszą się do jednej i tej samej kwestii. Trudności ekonomiczne przekładają się bowiem bezpośrednio na sytuację finansową przedsiębiorstwa energetycznego, natomiast źródłem trudności finansowych są względy ekonomiczne. Użycie obu terminów stanowi zatem – zarówno ze strony prawodawcy unijnego jak i ustawodawcy krajowego – niepotrzebne powtórzenie. Ocena sytuacji przedsiębiorstwa powołującego się na przesłankę z art. 4h ust. 1 u.p.e. odnosić się będzie tym samym do ekonomicznych konsekwencji stosowania umów opatrzonych klauzulą „bierz lub płać” w kontekście ewentualnego świadczenia usług przesyłania, dystrybucji lub transportu, albo usług magazynowania lub skraplania gazu ziemnego i jego regazyfikacji.

Istotne znaczenie praktyczne dla zastosowania przesłanki z art. 4h ust. 1 u.p.e. ma pytanie o właściwy punkt odniesienia dla oceny sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa gazowego, które się na nią powołuje. W grę wchodzić może albo ogólna sytuacja całego przedsiębiorstwa pionowo zintegrowanego, albo też konkretna umowa dostawy opatrzona klauzulą „bierz lub płać”. Przyjęcie pierwszego rozwiązania oznaczałoby, że w przypadku, gdy przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo (lub działające w jego ramach przedsiębiorstwo obrotu) jest stroną kilku umów opatrzonych klauzulą „bierz lub płać”, a realizacja wniosku odbiorcy o świadczenie usług dostępu do infrastruktury spowoduje trudności finansowe lub ekonomiczne jedynie w odniesieniu do realizacji jednej z umów, wyłączenie z art. 4h u.p.e. nie znajdzie zastosowania, o ile ogólna sytuacja przedsiębiorstwa – pomimo strat związanych z realizacją jednej z umów – jest nadal pozytywna. Natomiast przyjęcie drugiego rozwiązania oznaczałoby, że w przypadku wysokich strat związanych z niemożnością realizacji przynajmniej jednej z umów opatrzonych klauzulą „bierz lub płać” przepis art. 4h u.p.e. mógłby zasadniczo znaleźć zastosowanie, z uwagi na odrębne rozpatrywanie każdego ze stosunków zobowiązaniowych, których stroną jest pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo (lub jego przedsiębiorstwo obrotu). Jakkolwiek drugie rozwiązanie znajduje analogie chociażby na gruncie reżimu prawnego przyłączenia do sieci oraz dostarczania paliw lub energii, gdzie racjonalność ekonomiczna przyłączenia odbiorcy do sieci lub kontynuowania dostaw paliw lub energii oceniana jest wyłącznie w odniesieniu do konkretnego stosunku pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym a odbiorcą i związanych z tym kosztów, a nie ogólnej sytuacji przedsiębiorstwa energetycznego⁷², to za jego odrzuceniem i przyjęciem pierwszego rozwiązania prze-

⁷² Por. art. 6 ust. 3a, art. 6a ust. 1 oraz art. 7 ust. 9 u.p.e.

mawia jednoznacznie treść art. 4h ust. 1 u.p.e. (podobnie jak treść art. 48 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE), gdzie mowa jest o trudnościach po stronie „przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo”, jak i treść art. 4h ust. 4 u.p.e. (oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2009/73/WE), który nakazuje brać pod uwagę sytuację całego przedsiębiorstwa przy podejmowaniu przez Prezesa URE (i Komisję Europejską) decyzji o zwolnieniu z obowiązku udostępniania infrastruktury stronom trzecim. Za takim rozwiązaniem przemawia także wykładnia celowościowa zarówno art. 4h u.p.e. jak i art. 48 dyrektywy 2009/73/WE, przepisy te służą bowiem ochronie egzystencji przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo w kontekście realizacji obowiązków użyteczności publicznej oraz zapewnienia bezpieczeństwa dostaw paliw gazowych, a nie ochronie kontrahentów czy interesów handlowych tego przedsiębiorstwa⁷³.

W przypadku przedsiębiorstw konglomeratowych (np. przedsiębiorstw multienergetycznych), tzn. przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą nie tylko na rynku paliw gazowych, ale także na rynku innych nośników energii (np. energii elektrycznej lub ciepła), a nawet na rynku telekomunikacyjnym, rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków, czy wreszcie usuwania odpadów, dla oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej tego przedsiębiorstwa na gruncie art. 4h u.p.e. winna być brana pod uwagę wyłącznie jego działalność na rynku paliw gazowych, co wynika z faktu, że komentowany przepis mówi o „przedsiębiorstwie zintegrowanym pionowo”, a tymczasem istotą pionowej integracji jest prowadzenie działalności na różnych szczeblach obrotu na danym rynku właściwym, czemu zresztą odpowiada definicja zawarta w art. 3 pkt 12a u.p.e. zawężająca pojęcie „przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo” do danego podsektora: gazownictwa (albo elektroenergetyki). Przepis art. 4h u.p.e. odnosi się tymczasem do sektora gazowego.

Oceniając prawdopodobieństwo i skalę trudności ekonomicznych i finansowych w przypadku udzielenia stronom trzecim dostępu do infrastruktury gazowej należy przyjąć dynamiczną, a nie statyczną perspektywę oceny, tzn. uwzględniającą całokształt okoliczności, a nie jedynie porównanie sytuacji przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo w przypadku udzielenia dostępu i w braku udzielenia dostępu. W świetle art. 4h ust. 4 u.p.e. (podobnie jak art. 48 ust. 3 dyrektywy 2009/73/WE) należy wziąć pod uwagę szereg czynników. W szczególności należy jednak zbadać, czy istnieją alternatywne – w stosunku do odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury – możliwości

⁷³ Por. także T. Olbricht, *op.cit.*, s. 239.

wyeliminowania lub ograniczenia negatywnych skutków wynikających z klauzuli „bierz lub płać”, i tym samym kompensacji ewentualnych strat związanych z udzieleniem dostępu. Należy zatem m.in. zbadać, czy istnieje możliwość renegotjacji postanowień umowy opatrzonej klauzulą „bierz lub płać”, a także, czy istnieją alternatywne możliwości zbytu gazu ziemnego nieodebranego na skutek udzielenia stronom trzecim dostępu do infrastruktury celem przesłania gazu ziemnego od konkurentów. „Wyparcie” zakontraktowanego w umowach opatrzonej klauzulą „bierz lub płać” gazu ziemnego z sieci lub instalacji operatora działającego w ramach pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa gazowego na skutek świadczenia na rzecz odbiorców usług, o których mowa w art. 4h ust. 1 u.p.e., i konieczność poszukiwania alternatywnych sposobów jego zbytu, stanowi zasadniczo normalne zjawisko na rynku opartym o mechanizmy konkurencji. Zarówno prawodawca europejski jak i krajowy oczekują tym samym od pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw gazowych wykazania się elastycznością działania, która zawsze jest wymagana od przedsiębiorców w warunkach gospodarki rynkowej, stanowi ona bowiem przejaw oddziaływania funkcji bodźcowej konkurencji, skłaniającej przedsiębiorców do stałego podnoszenia swoich osiągnięć rynkowych i racjonalizowania procesu gospodarowania z korzyścią dla konsumentów⁷⁴.

Trudności ekonomiczne i finansowe, o których mowa w art. 4h u.p.e., nie wystąpią wówczas, gdy udzielenie dostępu do infrastruktury nie spowoduje takiego ograniczenia odbioru gazu ziemnego zakontraktowanego w umowie typu „bierz lub płać”, które skutkowałoby zastosowaniem tej klauzuli i nałożeniem na przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo (lub działające w jego ramach przedsiębiorstwo obrotu) obowiązku zapłaty za ilość gazu faktycznie nieodebranego. Jeżeli, przykładowo, klauzula „bierz lub płać” ogranicza się do wysokości 80% zakontraktowanego gazu, a pionowo zintegrowane przedsiębiorstwo odbiera – pomimo świadczenia usług przesyłania, dystrybucji, transportu, magazynowania lub skraplania na rzecz ubiegających się o to odbiorców – przez działającego w jego ramach operatora lub samodzielnie 80% zakontraktowanego gazu ziemnego od swego dostawcy, klauzula „bierz lub płać” nie znajdzie zastosowania.

Przepisy art. 35 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE traktują jako przesłankę zwalniającą z obowiązku udostępniania infrastruktury podmiotom trzecim wyłącznie wystąpienie „poważnych” trudności ekonomicz-

⁷⁴ Zob. na ten temat H.-J. Bunte, *Kartellrecht mit neuem Vergaberecht*, München 2003, s. 4 i n.; V. Emmerich, *Kartellrecht*, wyd. 9, München 2001, s. 2 i n.

nych i finansowych. Jakkolwiek art. 4h ust. 1 u.p.e. nie posługuje się tym przymiotnikiem należy przyjąć, że podstawą odmowy udostępnienia infrastruktury i czasowego zwolnienia z obowiązku jej udostępniania nie mogą być jakiegokolwiek trudności ekonomiczne i finansowe. Sprzeciwiają się temu, po pierwsze, charakter unormowania art. 4h u.p.e., stanowiącego wyjątek od generalnej zasady dostępu stron trzecich do infrastruktury energetycznej, w tym magazynowej, a znajdującej oparcie w katalogu celów ustawy określonym w art. 1 ust. 2 u.p.e., a po drugie, wymóg proeuropejskiej wykładni art. 4h u.p.e. Oznacza to, że trudności ekonomiczne i finansowe mniejszej wagi lub też o przejściowym charakterze nie będą stanowiły wystarczającej podstawy usprawiedliwiającej odmowę udostępnienia infrastruktury i uzyskanie czasowego zwolnienia z obowiązku jej udostępniania. Rozstrzygnięcia wymaga jednakże kwestia, w jakim stopniu winny wystąpić trudności ekonomiczne i finansowe, o których mowa w art. 4h ust. 1 u.p.e., aby mogły one stanowić podstawę do przewidzianego na gruncie art. 4h u.p.e. wyłączenia stosowania zasady dostępu stron trzecich do sieci wobec konkretnego przedsiębiorstwa gazowego. Przesłanka „poważnych” trudności – posługując się sformułowaniem użytym w art. 35 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE – może oznaczać, że chodzi o zagrożenie ekonomicznej egzystencji przedsiębiorstwa. Należy mieć przy tym na uwadze, że przy wyznaczaniu stopnia trudności ekonomicznych i finansowych, wymaganego przy stosowaniu wyłączenia z art. 4h u.p.e., konieczne jest uwzględnienie konstytucyjnoprawnych gwarancji swobody działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji RP) oraz ochrony własności (art. 21 i art. 64 Konstytucji RP). W świetle tych gwarancji nałożenie na przedsiębiorstwo energetyczne obowiązku udostępniania infrastruktury na takich zasadach, iż następstwem jego realizacji byłoby zagrożenie egzystencji przedsiębiorstwa, należy uznać za ingerencję w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności, która w oczywisty sposób nie spełnia wymogu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), a zatem jest niezgodna z Konstytucją RP⁷⁵. Za niezgodną z powyższymi wy-

⁷⁵ Odnośnie konstytucyjnoprawnych granic wolności gospodarczej zob. m.in. K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 98–110; A. Walaszek-Pyziół, *Wolność gospodarcza w ustawodawstwie Republiki Federalnej Niemiec*, PUG 1992, nr 5–6, s. 103 i n., s. 108; por. także K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 139 i n. oraz wyrok TK z 26.4.1995 r., sygn. K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12; wyrok TK z 9.8.1998 r., sygn. K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50; wyrok TK z dnia 26.4.1999 r., sygn. K 33/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 71; w odniesieniu do problematyki świadczenia usług przesyłowych zob. także: A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, op.cit., s. 4.

mogami należy uznać także sytuację, w której nałożenie obowiązku udostępniania infrastruktury podmiotom trzecim na przedsiębiorstwo związane ze swoimi dostawcami umowami opatrzonymi klauzulami „bierz lub płać” powodowałoby straty po stronie tego przedsiębiorstwa w dłuższej perspektywie czasu i to nawet przy uwzględnieniu alternatywnych możliwości kompensacji strat. Osiągnięcie odpowiedniego poziomu zysku z zainwestowanego kapitału stanowi bowiem podstawę działalności gospodarczej. I jakkolwiek rynek nie gwarantuje żadnemu przedsiębiorcy osiągnięcia takiego zysku, to jednak tak długo, jak uzyskanie lub brak zysku mieści się w granicach ryzyka gospodarczego ponoszonego przez przedsiębiorstwo lub jego udziałowców (akcjonariuszy), stanowi ono naturalny element uczestnictwa w procesach gospodarczych. Inaczej jest w sytuacji, gdy na przedsiębiorstwo zostaje nałożony obowiązek udostępniania własnych inwestycji konkurentom w drodze świadczenia usług, o których mowa w art. 4c u.p.e. (oraz w odniesieniu do pozostałych elementów infrastruktury gazowej w art. 4 ust. 2 i art. 4d–4e u.p.e.). W tym bowiem przypadku nie mamy do czynienia wyłącznie z wolnym od zewnętrznej ingerencji prawodawcy ponoszeniem ryzyka gospodarczego, ale z normatywnie uregulowanym równoważeniem przeciwstawnych interesów uczestników rynku (konkurentów). Z uwagi na barierę, jaką urządzenia i instalacje infrastrukturalne stanowią dla rozwoju konkurencji, przedsiębiorstwo zarządzające infrastrukturą jest zmuszone znosić korzystanie z niej przez podmioty trzecie, co jednakże nie może odbywać się w taki sposób, iż nie będzie ono w stanie wygenerować zysków z zainwestowanego kapitału w wysokości odpowiadającej warunkom rynkowym, przy uwzględnieniu poziomu ryzyka inwestycyjnego w sektorze gazowym. Okoliczności te będą zatem wytyczać granicę pojęcia „trudności ekonomicznych i finansowych” w rozumieniu i na użytek stosowania art. 4h u.p.e. Poza tymi granicami przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo nie podlega na gruncie art. 4h u.p.e. ochronie przed pogorszeniem jego sytuacji ekonomicznej i finansowej na skutek udzielenia dostępu do infrastruktury. Wyraźne wyznaczenie tych granic jest jednakże trudne i może być dokonane wyłącznie w odniesieniu do konkretnego przypadku z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 4h ust. 4 u.p.e.

Szczegółowe wyliczenie okoliczności, które winny być brane pod uwagę przy stosowaniu wyłączenia obowiązku udzielania stronom trzecim dostępu do infrastruktury zawiera art. 4h ust. 4 pkt 1–8 u.p.e., który nawiązuje do regulacji wcześniej obowiązującego art. 25 ust. 3 lit. a–i dyrektywy 2003/55/WE, zawartej obecnie w art. 48 ust. 3 lit. a–i dyrektywy 2009/73/WE. Należą do nich: (1) ogólna sytuacja finansowa przedsiębiorstwa zintegrowanego pio-

nowo, (2) daty zawarcia umów opatrzonych klauzulą „bierz lub płać” i warunki, na jakich zostały one zawarte, (3) wpływ postanowień umów opatrzonych klauzulą „bierz lub płać” na sytuację finansową przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo oraz odbiorców, (4) stopień rozwoju konkurencji na rynku paliw gazowych, (5) realizację obowiązków wynikających z ustawy, (6) podjęte działania mające na celu umożliwienie świadczenia usług dostępu do infrastruktury (zob. wyżej), (7) wpływ decyzji o zwolnieniu na prawidłowe funkcjonowanie i rozwój rynku paliw gazowych, (8) stopień połączeń systemów gazowych i ich współdziałanie. Wpływ umów typu „bierz lub płać” na sytuację finansową przedsiębiorstwa oceniany jest zależnie od daty ich zawarcia. Dyrektywa 2009/73/WE (podobnie jak to czyniła dyrektywa 2003/55/WE) zobowiązuje krajowy organ regulacyjny oraz Komisję Europejską do wzięcia pod uwagę stopnia zaistnienia prawdopodobieństwa pojawienia się poważnych trudności ekonomicznych i finansowych wskutek udzielenia dostępu do infrastruktury, które mogły być w racjonalny sposób przewidziane przez przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo w chwili zawarcia umowy opatrzonej klauzulą „bierz lub płać”. W szczególności zwolnienie nie może zostać udzielone, jeżeli do zawarcia umowy opatrzonej klauzulą „bierz lub płać” doszło po dacie wejścia w życie dyrektyw liberalizujących funkcjonowanie rynku gazowego, a więc przedsiębiorstwo mogło przewidzieć przyszły rozwój sytuacji rynkowej⁷⁶. Ponadto ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo i skutków ewentualnego wydania decyzji o zwolnieniu na mocy art. 4h ust. 3 u.p.e. dokonywana jest na tle stopnia rozwoju konkurencji na rynku paliw gazowych, przy czym należy przychylić się do wyrażonego w literaturze poglądu, iż można w tym przypadku zastosować analogiczne kryteria, jakie zostały wskazane na gruncie art. 49 ust. 3 u.p.e.⁷⁷ W odniesieniu do regulacji art. 4h ust. 4 u.p.e. można stwierdzić, że im bardziej rozwinięta jest konkurencja na rynku, im więcej starań podjęło przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo w celu zminimalizowania negatywnych skutków klauzul „bierz lub płać”, i w im większym stopniu przedsiębiorstwo to jest lub może być dotknięte negatywnymi skutkami ekonomicznymi i finansowymi w następstwie udzielenia dostępu, przy zachowaniu należytej staranności przy ocenie ryzyka w momencie zawierania umowy opatrzonej klauzulą „bierz lub płać”, w tym większym stopniu może ono skutecznie powołać się na przesłankę odmowy dostępu do infra-

⁷⁶ M. Mordwa, A. Falecki, op.cit., s. 386.

⁷⁷ Ibidem.

struktury z art. 4h ust. 1 u.p.e. oraz skutecznie ubiegać się o zwolnienie z obowiązku udostępniania infrastruktury na mocy art. 4h ust. 2 i 3 u.p.e. Oznacza to jednocześnie, że nie jest możliwe wyznaczenie jednej, znajdującej zastosowanie do wszystkich przypadków odmowy dostępu do infrastruktury na gruncie art. 4h u.p.e. formuły interpretacji przesłanki „trudności ekonomicznych i finansowych”, usprawiedliwiającej wyłączenie stosowania zasady dostępu stron trzecich do infrastruktury.

5.8.5. Niemożność wywiązania się z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska

W świetle regulacji art. 4h ust. 1 u.p.e. przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo może odmówić świadczenia usług dostępu do infrastruktury z powołaniem się na przesłankę braku możliwości wywiązania się z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska. Przesłanka ta budzi szereg wątpliwości. Po pierwsze, w dyrektywie 2009/73/WE brak jest regulacji umożliwiającej przedsiębiorstwu gazowemu powołanie się na tę przesłankę w celu uzyskania czasowego zwolnienia z obowiązku udzielania dostępu stronom trzecim do infrastruktury, bowiem dyrektywa przewiduje taką możliwość jedynie w przypadku trudności gospodarczych i finansowych wynikających z umów opatrzonej klauzulą „bierz lub płać” (art. 48 dyrektywy 2009/73/WE), w przypadku tzw. nowej infrastruktury gazowej (art. 36 dyrektywy 2009/73/WE) (zob. na ten temat w kom. do art. 4i u.p.e.), czy wreszcie w odniesieniu do tzw. rynków wschodzących i odizolowanych (art. 49 dyrektywy 2009/73/WE). Jako, że uzyskanie czasowego zwolnienia następuje zawsze po uzgodnieniu stanowiska państwa członkowskiego (lub jego organu regulacyjnego) z Komisją Europejską, powołanie się przez przedsiębiorstwo gazowe na przesłankę braku możliwości wywiązania się z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska pozostanie bezskuteczne⁷⁸. Przepis art. 4h ust. 1 u.p.e. w zakresie, w jakim wymienia przesłankę „braku możliwości wywiązania się z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska”, stanowi w istocie niepotrzebne powtórzenie przesłanek odmowy uregulowanych w art. 4f ust. 1 u.p.e. Ocena ich wystąpienia oraz skutków dla realizacji obowiązku udostępniania infrastruktury nastąpi tym samym na zasadach ogólnych odnoszących się do rozstrzygnięcia w przedmiocie odmowy świadczenia usług, o których mowa w art. 4 ust. 2 oraz 4c–4e u.p.e.

⁷⁸ Podobnie M. Mordwa, A. Falecki, *op.cit.*, s. 378.

5.9. Czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług magazynowania w stosunku do tzw. „nowej infrastruktury”

5.9.1. Uwagi ogólne

Przepis art. 4i u.p.e., dodany przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 4.3.2005 r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska⁷⁹ a ostatnio zmodyfikowany przez Nowelę z 26.7.2013 r., implementuje przewidziane pierwotnie w art. 22 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE, a obecnie w art. 36 dyrektywy 2009/72/WE, zwolnienie ze stosowania niektórych zasad zawartych w dyrektywie w odniesieniu do tzw. istotnej nowej infrastruktury gazowej⁸⁰. Zgodnie z tym przepisem, Prezes URE może – na uzasadniony wniosek przedsiębiorstwa gazowego – zwolnić je z obowiązków świadczenia usług dostępu do infrastruktury, w tym m.in. świadczeni usług magazynowania paliw gazowych, jeżeli świadczenie tych usług będzie się odbywać z wykorzystaniem elementów infrastruktury gazowniczej, której budowa nie została ukończona do 4.8.2003 r. lub została rozpoczęta po tym dniu. Infrastruktura taka określana jest mianem „nowej infrastruktury”. To samo odnosi się do infrastruktury, której budowa wprawdzie zakończyła się przed 4.8.2003 r., jednakże po tej dacie zostały w niej dokonane zmiany, o których mowa w art. 4i ust. 3 u.p.e. Szczegółowe warunki zwolnienia, o którym mowa w art. 4i ust. 1 u.p.e., zostały określone w art. 4i ust. 2 i 4 u.p.e. Z przepisów tych wynika, że Prezes URE rozstrzygając w przedmiocie zwolnienia musi rozważyć szereg okoliczności, a w szczególności uzasadnione interesy operatora występującego o zwolnienie oraz wpływ zwolnienia na funkcjonowanie rynku gazowego, w tym sytuację jego pozostałych uczestników i rozwój konkurencji. Jako, że zwolnienie, o którym mowa w art. 4i u.p.e., stanowi wyjątek od zasady dostępu stron trzecich do sieci, zwolnienie to ma ograniczony czasowo charakter, a jego przesłanki należy interpretować wąsko.

Celem regulacji art. 36 dyrektywy 2009/72/WE, a za nim art. 4i u.p.e., jest utrzymanie – poprzez instrumenty ingerencji regulacyjnej w rynek – od-

⁷⁹ Dz.U. Nr 62, poz. 552 ze zm.

⁸⁰ Zwolnienie to może – zgodnie z art. 36 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE – odnosić się do wymogu wydzielenia (*unbundlingu*) systemów przesyłowych i operatorów systemów przesyłowych (art. 9 dyrektywy 2009/73/WE), obowiązku zapewnienia stronom trzecim dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, instalacji LNG, magazynów gazu oraz gazociągów kopalnianych (art. 32–34 dyrektywy 2009/73/WE) oraz obowiązku przedstawiania organowi regulacyjnemu taryf do zatwierdzenia (art. 41 ust. 6, 8 i 10 dyrektywy 2009/73/WE).

powiedniego poziomu „zachęt” inwestycyjnych w kierunku rozbudowy elementów systemu gazowego w warunkach rynku konkurencyjnego. Operator może być bowiem bardziej zainteresowany rozbudową infrastruktury w sytuacji, gdy przez pewien czas od momentu jej oddania do eksploatacji będzie miał zagwarantowane prawo wyłącznego korzystania z niej (w szczególności na rzecz prowadzenia działalności w zakresie obrotu gazem przez przedsiębiorstwa powiązane z nim, jeżeli funkcjonuje on w ramach pionowo zintegrowanego przedsiębiorstwa gazowego) z wyłączeniem podmiotów trzecich, a więc *de facto* z wyłączeniem konkurentów. Zapewnienie bezwarunkowego dostępu stronom trzecim do sieci i urządzeń infrastrukturalnych może działać hamująco na innowacyjność i inwestycje, stąd jako remedium proponuje się zagwarantowanie czasowej „wyłączności” na korzystanie z infrastruktury przez jej właściciela lub głównego użytkownika (inwestora)⁸¹.

Wyłączenie dla nowej infrastruktury należy rozpatrywać w kontekście funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego UE. Nowa infrastruktura jest postrzegana jako istotny element rozwoju rynku wewnętrznego, zwłaszcza w przypadku nowych połączeń międzysystemowych zapobiegających zjawisku „wąskich gardeł”, ale także w przypadku magazynów gazu pozwalających – jak wskazano na początku niniejszego opracowania – na zwiększenie płynności rynku gazu w UE i ułatwiających użytkownikom systemów gazowych optymalizację ich działań na zliberalizowanym rynku gazu. Zasadniczo tworzenie zachęt inwestycyjnych sprzyjających rozbudowie infrastruktury gazowej winno odbywać się w ramach przewidzianego reżimu regulacji sektora gazowego, zwłaszcza w procesie zatwierdzania taryf przedsiębiorstw gazowych i ustalania współczynników poprawy efektywności. Natomiast przewidziane w art. 4i u.p.e. (oraz art. 36 dyrektywy 2009/73/WE) wyłączenie jest traktowane jako środek wyjątkowy, znajdujący zastosowanie jedynie wówczas, gdy poziom ryzyka związanego z inwestycją w nową infrastrukturę jest na tyle wysoki, iż nie zostałaby ona podjęta bez przyznanego wyłączenia. Przyznanie wyłączenia wymaga w związku z tym wyważenia dwóch celów: z jednej strony, promowania rozwoju nowej infrastruktury,

⁸¹ Zob. J. Schwarze [w:] *Netzzugang und Netznutzung im liberalisierten Umfeld: Vorträge der ETG-Fachtagung am 9. bis 10. Mai 2001 in Friedrichshafen am Bodensee*, Graf-Zeppelin-Haus, Berlin-Offenbach 2001, s. 11 i n., s. 22; M.A. Bergmann, *The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, „European Competition Law Review” 2000, s. 59 i n., s. 62; H. Fleischer, H. Weyer, *Neues zur „essential facilities” – Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 1999, s. 350 i n., s. 356; A. Overd, B. Bishop, *Essential Facilities: The Rising Tide*, „European Competition Law Review” 1998, s. 183.

a z drugiej strony, zagwarantowania konkurencji i niedyskryminującego dostępu do infrastruktury⁸².

W odróżnieniu od art. 4h ust. 1 u.p.e., przepis art. 4i u.p.e. nie ustanawia odrębnej w stosunku do regulacji art. 4f u.p.e. przesłanki odmowy świadczenia usług dostępu do infrastruktury, a jedynie przesłanki ewentualnego zwolnienia z tego obowiązku. Jeżeli jednak zwolnienie zostanie udzielone w drodze decyzji Prezesa URE, o której mowa w art. 4i ust. 8 u.p.e., wówczas zwolnienie to, w zakresie przedmiotowym i czasowym, na jaki zostanie udzielone będzie stanowiło bezwzględną przesłankę odmowy udostępnienia infrastruktury.

5.9.2. Zakres podmiotowy i przedmiotowy wyłączenia z art. 4i u.p.e.

Z treści art. 4i ust. 1 u.p.e. wynika, że w odniesieniu do infrastruktury magazynowej o zwolnienie może ubiegać się „przedsiębiorstwo energetyczne”, na którym spoczywają obowiązki świadczenia usług magazynowania paliw gazowych (art. 4c u.p.e.) oraz obowiązek przedkładania taryfy do zatwierdzenia Prezesowi URE (art. 47 ust. 1 u.p.e.). W kontekście wprowadzonych Nowelą z 26.7.2013 r. regulacji w zakresie *unbundlingu* operatorów instalacji magazynowych, grę wchodzić będzie właściwy operator instalacji magazynowej.

Zwolnienie, o którym mowa w art. 4i u.p.e., odnosi się do tzw. „nowej” infrastruktury gazowej, tzn. takich elementów systemu gazowego, których budowa nie została ukończona do dnia 4.8.2003 r. lub została rozpoczęta po tym dniu (art. 4i ust. 1 u.p.e.), a także do infrastruktury, której budowę ukończono wprawdzie do dnia 4.8.2003 r., jeżeli po tej dacie zostały lub zostaną w niej dokonane zmiany umożliwiające znaczny wzrost zdolności przesyłowej lub rozwój nowych źródeł zaopatrzenia w paliwa gazowe. W tym kontekście uwagę zwraca fakt, że przepis art. 36 ust. 1 i 2 dyrektywy 2009/73/WE obejmuje zwolnieniem wyłącznie „istotną” nową infrastrukturę gazową, oraz istniejącą infrastrukturę gazową w przypadku, której nastąpił „znaczny” wzrost zdolności. Cecha „istotności” lub „znacznego wzrostu zdolności” jest przy tym mierzona wielkością zaangażowanego kapitału, biorąc pod uwagę wielkość rynku oraz dodatkowe koszty dla podłączonych systemów⁸³.

⁸² Zob. *Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity „New Infrastructure Exemptions”, z dnia 6.5.2009 r., SEC (2009) 642 final, pkt 11.*

⁸³ *Ibidem*, pkt 23.

Zwolnienie, o którym mowa w art. 4i u.p.e. może obejmować zarówno zwolnienie z obowiązków udostępniania infrastruktury, jak i zwolnienie z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia. W pierwszym przypadku, udzielone zwolnienie nie musi oznaczać całkowitego wyłączenia stosowania zasady dostępu stron trzecich do objętych zwolnieniem elementów infrastruktury gazowej. Zwolnienie może bowiem dotyczyć jedynie części infrastruktury (np. zwolnienie w odniesieniu do 80% zdolności), albo też oznaczać uchylenie stosowania zasady regulowanego dostępu do infrastruktury, tzn. zasady udzielania dostępu na podstawie zatwierdzonych taryf, na rzecz wprowadzenia zasady negocjowanego dostępu do infrastruktury, w oparciu stawki opłat ustalane bezpośrednio przez zainteresowane strony⁸⁴.

5.9.3. Przesłanki wyłączenia z art. 4i u.p.e.

W art. 4i ust. 2 u.p.e. (podobnie jak w art. 36 ust. 1 dyrektywy 2009/73/WE) określone zostały warunki udzielenia zwolnienia, o którym mowa w art. 4i ust. 1 u.p.e., dla nowej infrastruktury gazowej. Mianowicie zwolnienie może zostać udzielone, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki: (1) nowa infrastruktura ma wpływ na zwiększenie konkurencyjności w zakresie dostarczania paliw gazowych oraz bezpieczeństwa ich dostarczania, (2) ze względu na ryzyko związane z budową nowej infrastruktury, bez udzielenia zwolnienia budowa ta nie byłaby podjęta, (3) nowa infrastruktura jest lub będzie własnością podmiotu niezależnego, przynajmniej pod względem formy prawnej, od operatora systemu gazowego, w którym to systemie nowa infrastruktura została lub zostanie zbudowana, (4) na użytkowników nowej infrastruktury są nałożone opłaty za korzystanie z tej infrastruktury, (5) zwolnienie nie spowoduje pogorszenia warunków konkurencji i efektywności funkcjonowania rynku paliw gazowych w Unii Europejskiej lub systemu gazowego, w którym nowa infrastruktura została lub zostanie zbudowana.

Pierwszym z warunków wymienionych w art. 4i ust. 2 u.p.e. jest to, aby nowa infrastruktura miała wpływ wzrost konkurencji na rynku paliw gazowych (art. 4i ust. 2 pkt 1 u.p.e.). Oceniając wzrost konkurencji zarówno Prezes URE, jak i KE, winny kierować się zasadami wypracowanymi na gruncie europejskiego prawa ochrony konkurencji, w szczególności przy wyznaczeniu rynku właściwego, rynków powiązanych *upstream* i *downstream*, oraz pozycji rynkowej działających na nich podmiotów⁸⁵. Oceniając wpływ wyłączenia

⁸⁴ Ibidem, pkt 16–18.

⁸⁵ Ibidem, pkt 31 i 36.

czenia na konkurencję na tych rynkach, Prezes URE i KE winny zidentyfikować i wyważyć efekty pozytywne i efekty negatywne zwolnienia na rozwój konkurencji na rynku. Z jednej strony, o efektach pozytywnych zwolnienia można mówić wówczas, gdy nowa infrastruktura wpłynie na zwiększenie zdolności magazynowych, przy czym efekt ten nie byłby osiągnięty w braku zwolnienia, bowiem projekt nie byłby kontynuowany lub zostałby zrealizowany w znacznie mniejszej skali. Z drugiej jednak strony, efekty negatywne mogą przejawiać się w tym, że zwolnienie wpływa ograniczająco na konkurencję z uwagi na wyłączenie zasady dostępu stron trzecich do infrastruktury, w szczególności gdy o zwolnienie ubiega się podmiot posiadający dominującą pozycję na rynku lub wysoki w nim udział. Z tego względu podlegająca wyłączeniu infrastruktura winna – jako wymóg minimalny – gwarantować znaczący wzrost możliwości wejścia na rynek lub ekspansji rynkowej dla konkurentów nieposiadających pozycji dominującej, co może oznaczać, konieczność ograniczenia zakresu wyłączenia, m.in. poprzez procentowe ograniczenie wielkości zdolności podlegającej wyłączeniu, nałożenie na beneficjenta określonych warunków, nakaz udostępniania infrastruktury dla realizacji kontraktów krótkoterminowych w celu rozwoju rynku typu *spot*, nałożenie wymogów odnośnie struktury własnościowej, i.t.d.⁸⁶

Drugim z warunków wymienionych w art. 4i ust. 2 u.p.e. jest zwiększenie bezpieczeństwa dostaw paliw gazowych w wyniku budowy nowej infrastruktury (art. 4i ust. 2 pkt 1 u.p.e.). Przyjmuje się, że warunek ten zostaje spełniony, jeżeli nowa infrastruktura: (1) przyczynia się do dywersyfikacji dostaw na dany rynek właściwy, w szczególności poprzez ułatwienie transportu gazu ziemnego z nowego źródła dostaw albo poprzez otwarcie nowej drogi transportu z istniejącego źródła dostaw, (2) przyczynia się do osiągnięcia standardów bezpieczeństwa dostaw dla odbiorców w gospodarstwach domowych na rynkach dostaw w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/67/WE. Dla oceny wzrostu bezpieczeństwa dostaw istotny jest stopień wzrostu elastyczności dostaw w sytuacjach niedoboru, do którego przyczynia się nowa infrastruktura, co oznacza, że im większa jest skala planowanej inwestycji w nową infrastrukturę w stosunku do wielkości rynku, w tym większym stopniu przyczynia się ona do wzrostu bezpieczeństwa dostaw⁸⁷. Celem zapewnienia, że inwestycja w nową infrastrukturę rzeczywiście przyczyni się do wzrostu bezpieczeństwa dostaw Prezes URE – udzielając zwol-

⁸⁶ Ibidem, pkt 31–34 oraz 39.

⁸⁷ Ibidem, pkt 25–27.

nienie, którym mowa w art. 4i ust. 1 u.p.e. – może nałożyć na beneficjenta obowiązki m.in. w zakresie monitorowania wielkości zapotrzebowania i dostosowywania do niej wielkości oferowanych zdolności⁸⁸.

Trzecim warunkiem wymienionym w art. 4i ust. 2 u.p.e. jest występowanie takiego poziomu ryzyka planowanej inwestycji w nową infrastrukturę, że bez udzielenia zwolnienia, o którym mowa w art. 4i ust. 1 u.p.e. budowa ta nie byłaby podjęta (art. 4i ust. 2 pkt 2 u.p.e.). Chodzi przy tym o ryzyko polegające na tym, że wybudowanie nowej infrastruktury nie przyniesie inwestorowi spodziewanych korzyści⁸⁹, co jest jednakże trudne do oszacowania, bowiem, z jednej strony, ryzyko to jest uzależnione od subiektywnych szacunków inwestora odnośnie poziomu spodziewanych zysków, a z drugiej strony, jest ono uzależnione od szeregu czynników związanych z dynamiką rozwoju stosunków rynkowych, zwłaszcza w kontekście ich liberalizacji i otwarcia na konkurencję, co inwestorzy zasadniczo winni brać pod uwagę. Jeżeli inwestycja stanowi koszt osierocony (ang. *sunk cost*) dwa rodzaje ryzyka winny determinować ocenę, czy zwolnienie winno być udzielone, czy też nie, a mianowicie: (1) ryzyko związane z tym, że inwestycja nie zostanie wykorzystana, (2) ryzyko związane z przyszłą strukturą kosztów i zysków⁹⁰. Generalnie można przyjąć, że ryzyko inwestycji będzie mniejsze, a tym samym odpadnie przesłanka zwolnienia, o którym mowa w art. 4i ust. 1 u.p.e., w przypadku przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo oraz w przypadku przedsiębiorstw monopolistycznych⁹¹.

Czwarty i piąty warunek zwolnienia, wymieniony w art. 4i ust. 2 u.p.e., tzn. wymóg, aby nowa infrastruktura była własnością podmiotu niezależnego, przynajmniej pod względem formy prawnej, od operatora systemu gazowego, w którym to systemie nowa infrastruktura została lub zostanie zbudowana (art. 4i ust. 2 pkt 3 u.p.e.), oraz wymóg nałożenia na użytkowników zwolnionej infrastruktury konieczności ponoszenia opłat za korzystanie z niej (art. 4i ust. 2 pkt 4 u.p.e.), mają na celu zagwarantowanie właściwego pozio-

⁸⁸ Ibidem, pkt 29.

⁸⁹ Zob. M. Swora [w:] *Prawo energetyczne. Komentarz*, red. M. Swora, Z. Muras, Warszawa 2010, s. 397 oraz cytowany przezeń M. Szydło, *Regulatory Exemptions for New Gas Infrastructure. A key challenge for European Energy Policy*, „European Energy and Environmental Law Review” 2009, nr 10, s. 262.

⁹⁰ Zob. *Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity „New Infrastructure Exemptions”*, z dnia 6.5.2009 r., SEC (2009) 642 final, pkt 41.

⁹¹ Ibidem, pkt 44 i 46.

mu rozgraniczenia tego obszaru działalności operatora, który na mocy wyłączenia, o którym mowa w komentowanym przepisie, nie jest poddany regulacji, od pozostałych obszarów jego działalności, które są poddane regulacji. W szczególności chodzi o to, aby koszty, które generuje objęta zwolnieniem część połączeń międzysystemowych, nie stanowiły podstawy kalkulacji cen i stawek opłat w obszarze objętym regulacją taryf⁹².

Wreszcie, zgodnie z ostatnim, szóstym warunkiem, wymienionym w art. 4i ust. 2 u.p.e., zwolnienie nie może spowodować pogorszenia warunków konkurencji i efektywności funkcjonowania rynku paliw gazowych w Unii Europejskiej lub systemu gazowego, w którym nowa infrastruktura została lub zostanie zbudowana (art. 4i ust. 2 pkt 5 u.p.e.). Podobnie jak wymieniony na początku warunek z art. 4i ust. 2 pkt 1 u.p.e., również i ten warunek odnosi się do skutków zwolnienia dla konkurencji na rynku paliw gazowych, jednakże z innego punktu widzenia, wymaga bowiem wzięcia pod uwagę nie tyle skutków samej inwestycji dla konkurencji, co raczej ewentualnych negatywnych skutków zwolnienia jako takiego⁹³. Efektywne funkcjonowanie rynku może bowiem zostać zagrożone, jeżeli zwolnienie będzie stało na przeszkodzie całościowej optymalizacji funkcjonowania systemu. Operatorzy mogą być bowiem w przypadku udzielenia zwolnienia dla nowej infrastruktury zainteresowani optymalizacją wykorzystania jedynie własnej infrastruktury, nie zważając na to, jak wpłynie to na koszty działalności w innych częściach systemu. Podobnie budowa nowej infrastruktury może wpłynąć na koszty prowadzenia działalności w obszarach regulowanych. Mianowicie budowa nowej infrastruktury może wymuszać dokonanie modernizacji i rozbudowy pozostałych elementów infrastruktury z uwagi na zwiększone przepływy gazu. Należy zatem wziąć pod uwagę to, w jaki sposób zwolnienie wpłynie na koszty działalności a w efekcie poziom taryf w obszarach regulowanych⁹⁴.

Obligation to Provide Gas Storage Services (Third Party Acces to Storage Facilites). Legal Problems

The benefits of gas storage include short- and long-term balancing of the gas system, further enhancement of the security of gas supply and, last but not least, optimization of gas system users' behaviour through increased market liquidity.

⁹² Ibidem, pkt 54.

⁹³ Ibidem, pkt 60.

⁹⁴ Ibidem, pkt 61–63.

In this regard, Third Party Access (TPA) to Gas Storage Facilities plays in the opinion of EU Legislature an important step for the creation of well-functioning and competitive internal gas market within the EU.

The legal basis for TPA to Storage Facilities are set out in Directive 2009/73/EC as well as Regulation (EC) No. 715/2009. Relevant provision are implemented in Poland in Energy Law Act of 10th of April 1997, in Articles 4c and 4f-4i as well as Regulations of the Minister of Economic Affairs, in form of the general obligation of the relevant Storage System Operators (SSO) to provide storage services for interested system users.

The main problem in legal determination of the obligations to provide storage services is, that storage facilities do not meet the criterion of an *essential facility* in the meaning of competition and energy regulatory law, i.e. the access to them is not indispensable to enter the gas market, however it helps the system users to adapt to market fluctuations more easily and thus benefit from the market liberalization. In this regard, a reasonable approach to TPA to Storage Facilities is required, both on the side of legislature as well as on the side of public bodies responsible for the enforcement of storage service obligation.

In respect to the above mentioned problems TPA to Storage Facilities has not an absolute character under the energy law. In contrary, SSO has the right to refuse the storage services, if under special circumstances, reasons for legitimate refusal occur. The practical enforcement of TPA provisions in energy law depends on punctual and reasonable formulation of these reasons, as the access is a "rule", whether the refusal an "exception".

The article analysis the scope of the TPA to storage facilities as well as legitimate reasons for refusal on a broad background of regulations, taking into account the newest amendment of Energy Law Act by the Act of 27th July 2013, aiming at further implementation of Directive 2009/73/EC into polish energy law system.