

Redakcja naukowa

ANNA WALASZEK-PYZIOŁ TOMASZ DŁUGOSZ

Nowe typy usług w działalności gospodarczej

Difin

Nowe typy usług w działalności gospodarczej

Redakcja naukowa

ANNA WALASZEK-PYZIOŁ TOMASZ DŁUGOSZ

Nowe typy usług w działalności gospodarczej

Difin

Copyright © by Difin SA
Warszawa 2014

Wszelkie prawa zastrzeżone. Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości lub fragmentów niniejszej pracy bez zgody wydawcy zabronione.

Książka ta jest dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, abyś przestrzegał praw, jakie im przysługują. Jej zawartość możesz udostępnić nieodpłatnie osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz jej fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A kopiując jej część, rób to jedynie na użytek osobisty. Szanujemy cudzą własność i prawo.

Druk publikacji został dofinansowany ze środków Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Autorzy poszczególnych rozdziałów:

prof. dr hab. Anna Walaszek-Pyziół: część I, rozdz. I	Andrzej Powałowski: część III, rozdz. XI
prof. dr hab. Wojciech Pyziół: część I, rozdz. I	Aldona Piotrowska: część III, rozdz. XII
Bartłomiej Nowak, Mateusz Śliżewski: część II, rozdz. II	Monika Szaraniec: część III, rozdz. XIII
Jakub Pokrzywniak: część II, rozdz. III	Anna Stusowska: część III, rozdz. XIV
Mariusz Swora: część II, rozdz. IV	Michał Kania: część IV, rozdz. XV
Tomasz Kowalak, Zdzisław Muras: część II, rozdz. V	Rafał Stankiewicz: część IV, rozdz. XVI
Marcin Nowacki: część II, rozdz. VI	Leszek Karski: część IV, rozdz. XVII
Tomasz Długosz: część II, rozdz. VII	Michał Biliński: część IV, rozdz. XVIII
Piotr Korzeniowski: część II, rozdz. VIII	Artur Żurawik: część IV, rozdz. XIX
Maciej M. Sokołowski: część II, rozdz. IX	Dominika Połęczarz: część IV, rozdz. XX
Joanna Filipkowska: część II, rozdz. X	Jacek Klimanek: część IV, rozdz. XXI

Recenzent: prof. dr hab. Tadeusz Włudyka, Uniwersytet Jagielloński

Redakcja naukowa:

prof. dr hab. Anna Walaszek-Pyziół
dr Tomasz Długosz

Redaktor prowadzący: Renata Fleszar

Korekta: Renata Zielińska

ISBN 978-83-7930-472-1

Difin SA
Warszawa 2014
00-768 Warszawa, ul. F. Kostrzewskiego 1
tel. 22 851 45 61, 851 45 62
fax 22 841 98 91

Księgarnie internetowe Difin:
www.księgarnia.difin.pl, www.księgarniasgh.pl

Skład i łamanie: DTP Service
Warszawa, tel. (22) 663 47 67

Wydrukowano w Polsce

SPIS TREŚCI

CZĘŚĆ I. NOWE TYPY USŁUG – TENDENCJE ROZWOJU

ROZDZIAŁ I. AKTUALNE TENDENCJE W ZAKRESIE REGULACJI PRAWNEJ USŁUG GOSPODARCZYCH	9
--	----------

CZĘŚĆ II. RYNEK ENERGII I PALIW

ROZDZIAŁ II. SWOBODNY DOSTĘP DO INFRASTRUKTURY SIECIOWO-MAGAZYNOWEJ JAKO GWARANCJA BEZPIECZEŃSTWA DOSTAW GAZU DO ODBIORCÓW	23
ROZDZIAŁ III. UMOWA O WYTWARZANIE ENERGII Z POWIERZONEGO PALIWA (UMOWA TOLLINGU) W ŚWIELE PRAWA POLSKIEGO	37
ROZDZIAŁ IV. USŁUGI ZARZĄDZANIA POPYTEM I ODPOWIEDZI POPYTU JAKO NOWE USŁUGI W PRAWIE ENERGETYCZNYM	49
ROZDZIAŁ V. ZAKRES OCHRONY PRYWATNOŚCI KONSUMENTÓW ENERGII ELEKTRYCZNEJ W KONTEKŚCIE ZDALNEGO ODCZYTU DANYCH POMIAROWYCH – PRAWNO-TECHNICZNA ANALIZA PROBLEMU	64
ROZDZIAŁ VI. WYKONYWANIE DZIAŁALNOŚCI OPERATORA SYSTEMU PRZESYŁOWEGO NA SIECI PRZESYŁOWEJ NALEŻĄCEJ DO INNEGO WŁAŚCICIELA – KAZUS POLSKIEGO ODCINKA GAZOCIĄGU JAMAŁSKIEGO	80
ROZDZIAŁ VII. OUTSOURCING W ENERGETYCE SIECIOWEJ	98
ROZDZIAŁ VIII. DOSTAWA ENERGII ELEKTRYCZNEJ W OPARCIU O PRZEDPŁATOWE UKŁADY POMIAROWO-ROZLICZENIOWE W SEKTORZE ELEKTROENERGETYCZNYM	112

ROZDZIAŁ IX. UMOWA O POPRAWĘ EFEKTYWNOŚCI ENERGETYCZNEJ – ZAGADNIENIA WYBRANE	123
ROZDZIAŁ X. MAGAZYNOWANIE GAZU ZIEMNEGO JAKO USŁUGA	139
CZĘŚĆ III. RYNEK USŁUG FINANSOWYCH	
ROZDZIAŁ XI. USŁUGI BANKOWOŚCI ELEKTRONICZNEJ	151
ROZDZIAŁ XII. USŁUGA RATINGU KREDYTOWEGO	161
ROZDZIAŁ XIII. SAMOREGULACJA RYNKU USŁUG <i>BANCASSURANCE</i> JAKO EFEKT NIEPRAWIDŁOWOŚCI W ICH FUNKCJONOWANIU	178
ROZDZIAŁ XIV. USŁUGI ZWIĄZANE Z KORZYSTANIEM Z KART PŁATNICZYCH W ŚWIECIE USTAWY O USŁUGACH PŁATNICZYCH	195
CZĘŚĆ IV. INNE RYNKI REGULOWANE	
ROZDZIAŁ XV. REGULACJA NOWEJ DYREKTYWY W SPRAWIE UDZIELANIA KONCESJI	213
ROZDZIAŁ XVI. ŚWIADCZENIE USŁUG ZDROWOTNYCH I EDUKACYJNYCH NA OBSZARZE UE W ŚWIECIE ORZECZNICTWA SĄDÓW UNIJNYCH	232
ROZDZIAŁ XVII. USŁUGA REWITALIZACJI BUDYNKU – ASPEKT ENERGETYCZNY. REWITALIZACJA MAKSYMILIANA ULPIANA	246
ROZDZIAŁ XVIII. WYPRAWA PARTNERSKA – NOWY RODZAJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W ZAKRESIE USŁUG TURYSTYCZNYCH	267
ROZDZIAŁ XIX. MUZEUM JAKO PRZEDSIĘBIORCA I JEGO DZIAŁALNOŚĆ USŁUGOWA	278
ROZDZIAŁ XX. USŁUGI ŚWIADCZONE PRZEZ GMINĘ W ZAKRESIE ODBIERANIA ODPADÓW KOMUNALNYCH I ICH ZAGOSPODAROWANIA W ŚWIECIE NOWYCH PRZEPISÓW PRAWNYCH	284
ROZDZIAŁ XXI. GWARANCJA JAKOŚCI ŚWIADCZONYCH USŁUG W PRAWIE TELEKOMUNIKACYJNYM	294

Część I
Nowe typy usług
– tendencje rozwoju

AKTUALNE TENDENCJE W ZAKRESIE REGULACJI PRAWNEJ USŁUG GOSPODARCZYCH

1.1. Uwagi wstępne

Od kilku ostatnich dziesiątków lat społeczeństwa krajów średnio i wysoko rozwiniętych stają się w coraz większym stopniu „społeczeństwami usługobiorców”. W roku 2006 działalność gospodarcza w dziedzinie usług generowała – w większości krajów członkowskich Unii Europejskiej – ok. 70% PKB. Należy oczekiwać, iż ten poziom procentowy może się dalej zwiększać w kolejnych latach. Podmiotami świadczącymi usługi (usługodawcami w potocznym znaczeniu tego słowa) są w zdecydowanej większości przedsiębiorcy, zaś w mniejszym zakresie podmioty niemające takiego statusu. W tym ostatnim przypadku chodzi o organy państwa bądź samorządu terytorialnego świadczące określone usługi bezpośrednio (tzn. nie poprzez utworzone w tym celu formalnie odrębne przedsiębiorstwa, np. spółki prawa handlowego), a także o podmioty świadczące określone usługi incydentalnie (np. przez osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej rozumianej jako działalność zarobkowa i zorganizowana oraz ciągła).

Potencjalnymi usługobiorcami są wszelkiego rodzaju podmioty prawa (osoby fizyczne, osoby prawne i tzw. ułomne osoby prawne). Jednak ze względu na swój przedmiot niektóre usługi mogą być praktycznie świadczone w zasadzie tylko dla innych przedsiębiorców (np. tzw. usługi systemowe w energetyce, doradztwo w zakresie zarządzania, usługi reklamowe i marketingowe, usługi objęte pojęciem tzw. *outsourcingu*

* Profesor dr hab., kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

** Profesor dr hab. kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

itp.). Z kolei, z tego samego powodu, odbiorcami niektórych rodzajów usług mogą być praktycznie raczej tylko konsumenci (gospodarstwa domowe). Dotyczy to np. usług turystycznych, usług rekreacyjnych typu SPA, usług świadczonych w tzw. parkach rozrywki czy usług pomocy domowej.

Gospodarcze i społeczne znaczenie poszczególnych rodzajów usług jest różne. Niektóre z nich są niezbędne dla gospodarki lub dla godziwej egzystencji osób fizycznych. Dotyczy to np. usług przesyłowych i dystrybucyjnych w energetyce, niektórych usług telekomunikacyjnych, niektórych usług pocztowych, usług w zakresie transportu, usług bankowych, usług w zakresie wywozu śmieci itp. Przyjmuje się, że państwo lub organy samorządu terytorialnego są „ostatecznie odpowiedzialne” za należyte funkcjonowanie tego rodzaju usług (stanowią one zadanie państwa lub zadanie organów samorządowych). Usługi, o których mowa, są kwalifikowane często jako tzw. usługi w ogólnym interesie gospodarczym (stosowane są także inne terminy, np. usługi powszechne, usługi publiczne itp.), z czym wiąże się szczególna regulacja prawna takich usług (o czym dalej)¹.

W odróżnieniu od wyżej wymienionych, znaczenie gospodarcze lub społeczne pozostałych, występujących w praktyce usług nie jest tak fundamentalne, co oczywiście nie oznacza, że nie są one ważne dla społeczeństwa. Niektóre spośród nich są usługami relatywnie nowymi, które wykształciły się i funkcjonują w związku ze wzrastającym poziomem zamożności społeczeństw, których obywatele dążą do aktywnego i pożytecznego dla nich wykorzystania czasu wolnego od pracy (np. usługi turystyczne czy usługi rekreacyjne).

W świetle tego, co powiedziano wyżej, nie może dziwić wzrastający poziom aktywności prawodawcy – tak prawodawcy europejskiego, jak i prawodawcy krajowego – w zakresie tworzenia regulacji prawnych dotyczących świadczenia usług gospodarczych. Jest ogólną tendencją rozwojową w tym względzie poszerzanie zakresu regulacji prawnej zarówno na poziomie unijnym, jak i na poziomie ustawodawstw poszczególnych państw – członków UE (w tym Polski). Powstają coraz to nowe akty prawne regulujące zasady świadczenia usług gospodarczych w ogólności, jak i akty prawne regulujące – i to w sposób niekiedy bardzo szczegółowy – zasady świadczenia usług w konkretnych sektorach gospodarki (np. usługi bankowe, w tym tzw. usługi płatnicze, usługi finansowe, usługi telekomunikacyjne, usługi pocztowe, usługi w zakresie transportu, usługi audiowizualne itp.).

Rozważając problem aktualnych tendencji rozwojowych w zakresie regulacji prawnej usług gospodarczych, nie można pomijać kwestii prawnego ich pojęcia.

W naukach ekonomicznych „usługi” pojmowane są jako wszelkie czynności (działania) społecznie użyteczne związane z pracą nieprodukcyjną, w odróżnieniu od czynności (działań) produkcyjnych polegających na wytwarzaniu (fizycznie ucieleśnionych) dóbr materialnych. Odróżnia się przy tym usługi „gospodarcze” od usług „społecznych”

¹ Na temat usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zob. J. Kociubiński, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2013.

rozumianych jako działalność społecznie użyteczną nakierowaną bezpośrednio na człowieka, zarówno na jego potrzeby materialne, jak i duchowe. Powyższe rozróżnienie jest oczywiście nieostre. Znajduje ono jednak swój wyraz w przepisach prawa (zob. np. art. 2 ust. 2 lit. a dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym – zwanej potocznie „dyrektywą usługową”, w którym mowa o usługach „o charakterze nieekonomicznym świadczonych w interesie ogólnym”). Tzw. usługi „nieekonomiczne” („socjalne”) pozostają poza ramami dalszych wywodów.

Takie czy inne określenie zakresu pojęcia usług w znaczeniu ekonomicznym nie musi przekładać się (i nie przekłada bezpośrednio) na ich prawną definicję.

Zgodnie z art. 57 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej – TFUE) „usługami” (w rozumieniu Traktatu) „są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób”. W myśl tego samego przepisu usługi obejmują zwłaszcza: a) działalność o charakterze przemysłowym, b) działalność o charakterze handlowym, c) działalność rzemieślniczą oraz d) wykonywanie wolnych zawodów. Tak pojmowana działalność w zakresie usług objęta jest zakresem swobody „świadczenia usług wewnątrz Unii” (art. 56 oraz 57 zd. 3 TFUE). Z kolei, definicja „usługi” zawarta w art. 4 pkt 1 „dyrektywy usługowej” jest nieco odmienna. Przepis ten definiuje (na użytek dyrektywy) usługę jako „wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 Traktatu” (obecnie chodzi o art. 57 TFUE).

Jeszcze inaczej pojęcie usługi zostało określone w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z tym przepisem „usługa” to jest „świadczenie przez usługodawcę na własny rachunek, zwykle za wynagrodzeniem, w szczególności usługi budowlane, handlowe oraz usługi świadczone w ramach wykonywanego zawodu”.

Oceniając powyższe definicje nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż nie są one definicjami pozwalającymi do końca, bez żadnych wątpliwości odróżnić działalność usługową od działalności produkcyjnej polegającej na wytwarzaniu dóbr materialnych (wątpliwość ta dotyczy m.in. działalności rzemieślniczej, która nierzadko polega na wytwarzaniu określonych przedmiotów materialnych, np. obuwia).

W ramach ogólnego, prawnego pojęcia „usług” wyróżnić można pojęcie „usług w ogólnym interesie gospodarczym”, którym poświęcono w TFUE odrębny przepis (art. 14). Stwierdzając znaczenie, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej przepis ten zarazem stanowi, iż „Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby usługi te funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać te zadania”. TFUE nie definiuje pojęcia „usług świadczonych w ogólnym interesie

gospodarczym”. W orzecznictwie TS oraz w doktrynie przyjmuje się, iż określanie zakresu tego pojęcia leży w dyspozycji państw członkowskich, przy czym ich decyzje w tej mierze mogą być zakwestionowane przez organy Unii (Komisję albo TS) tylko w przypadku „oczywistego błędu” w ocenie (*manifest error of assessment*)².

Doktryna, a także orzecznictwo stoją na stanowisku, iż cechami usług w ogólnym interesie gospodarczym jest – obok ich niezbędności – powszechna dostępność (niezależna od uwarunkowań ekonomicznych, geograficznych i społecznych), odpowiednia jakość i przystępna cena. Państwo, które decyduje się uznać danego rodzaju usługę za usługę w ogólnym interesie gospodarczym nie musi tego deklarować *expressis verbis* – taka kwalifikacja może wynikać z całokształtu uregulowania zasad świadczenia takiej usługi w prawie krajowym.

Na ogół przyjmuje się, że przynajmniej niektóre usługi w ogólnym interesie gospodarczym są usługami, za które państwo (albo organy samorządu terytorialnego) jest „ostatecznie odpowiedzialne” w tym sensie, iż powinno podjąć wszelkie możliwe środki, aby usługi te były świadczone w prawidłowy sposób. Państwo (organ samorządu terytorialnego) może bezpośrednio świadczyć owe usługi poprzez wyznaczone jednostki organizacyjne wchodzące w skład jego struktury organizacyjnej (np. poprzez tzw. zakłady budżetowe) albo powierzyć wykonywanie takich usług formalnie odrębnym i formalnie niezależnym podmiotom (np. spółkom handlowym – także prywatnym). W tym ostatnim przypadku przyjmuje się, że takie niezależne podmioty (zwane niekiedy „operatorami usług”) powinny być przez państwo formalnie wyznaczone, np. w drodze procedury zamówień publicznych. Wyznaczenie podmiotu mającego wykonywać usługi w ogólnym interesie gospodarczym co do zasady wiąże się z nałożeniem na ten podmiot zobowiązania do należytego wykonywania takich usług.

Zgodnie z art. 106 ust. 2 TFUE podmioty zobowiązane do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym (lub mające charakter monopolu skarbowego) „podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych”, z tym, że „rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesami Unii”. Jest to tzw. „klauzula ucieczki”, umożliwiającą wyznaczonym podmiotom świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, m.in. także wówczas, gdyby tego rodzaju działalność nie przynosiła zysku, a nawet wiązała się ze stratą.

Wyżej wymienionym podmiotom mogą być ponadto przyznane przez państwo określone tzw. prawa specjalne lub wyłączne, czego skutkiem będzie *de facto* powstanie legalnego (w znaczeniu – dozwolonego prawem unijnym) oligopolu bądź monopolu na świadczenie określonego rodzaju usług.

² Zob. ibidem s. 88 i n. oraz literatura i orzecznictwo powoływane tamże.

1.2. Usługi w prawie Unii Europejskiej

TFUE reguluje problematykę świadczenia usług w ogólności w art. 56–62 zawartych w ramach rozdziału 3 („Usługi”) tytułu IV („Swobodny przepływ osób, usług i kapitału”). Przepisy te nie dotyczą swobody przepływu usług w dziedzinie transportu (uregulowanej w art. 90–100 Traktatu) oraz kwestii liberalizacji usług bankowych i ubezpieczeniowych związanych z przepływem kapitału (zob. art. 63–66 Traktatu). Ponadto, w art. 14 oraz w art. 106 unormowane zostały reguły dotyczące usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Tych ostatnich dotyczy także przepis art. 93 normujący m.in. pomoc państwa stanowiącą zwrot za wykonanie pewnych świadczeń nierozzerwalnie związanych z pojęciem usługi publicznej.

Zgodnie z art. 56 zd. 1 Traktatu ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Niejako konkretyzacją powyższej reguły ogólnej jest regulacja zawarta w art. 57 zd. 2 Traktatu, wedle której – z zastrzeżeniem postanowień rozdziału Traktatu dotyczącego prawa przedsiębiorczości (czyli art. 49–55 zawartych w rozdziale 2 tytułu IV Traktatu) – świadczący usługę może, w celu spełnienia świadczenia, wykonywać działalność w państwie członkowskim świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli.

Literalnie, powyższa regulacja odnosi się tylko do transgranicznych aspektów świadczenia usług wewnątrz Unii, co pozostaje w oczywistym związku z realizacją celu Unii polegającego na stworzeniu rynku wewnętrznego usług działającego – co do zasady – według reguł konkurencji.

Jednak czasy, w których prawodawca europejski (a w ślad za nim orzecznictwo TS i doktryna) „interesował się” wyłącznie transgranicznymi aspektami świadczenia usług należą do przeszłości.

Zgodnie bowiem z art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej z 1992 r. (tzw. Traktat z Maastricht) w jego aktualnym brzmieniu ustanowienie rynku wewnętrznego jest tylko jednym z nadrzędnych celów Unii. Z przepisu tego bowiem wynika, że Unia ma prawo i obowiązek realizowania także innych celów (wartości). Są nimi np. zapewnienie stabilności cen, pełne zatrudnienie, postęp społeczny, wysoki poziom ochrony i poprawy środowiska, wspieranie postępu technicznego, zwalczanie wykluczenia społecznego i dyskryminacji, równość kobiet i mężczyzn, solidarność między pokoleniami i ochrona praw dziecka, wspieranie spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej oraz solidarności między państwami członkowskimi. Z art. 12 TFUE wynika ponadto, że przy określaniu i urzeczywistnianiu polityk i działań Unii powinny być uwzględniane wymogi ochrony konsumentów.

Art. 5 ust. 3 Traktatu o UE przewiduje, iż Unia – zgodnie z zasadą pomocniczości i w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji (czyli m.in. w zakresie

swobody świadczenia usług – zob. art. 3 TFUE) – może podejmować działania w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii.

Praktyka ostatnich lat pokazuje, iż – w oparciu o powyższe cele i podstawy – następuje rozszerzanie zakresu ingerencji Unii w sferę prawnej regulacji zasad podejmowania i świadczenia usług. Wyrazem tej tendencji jest, w szczególności, wyżej powoływana dyrektywa usługowa. Przepisy tej dyrektywy regulują zasady podejmowania działalności usługowej i niektóre zasady świadczenia usług bez względu na transgraniczny czy wewnątrz krajowy ich charakter (zob. art. 2 ust. 1 dyrektywy). Oznacza to, iż przepisy dyrektywy mają zastosowanie także w przypadkach, gdy np. polski ustawodawca świadczy polskiemu usługobiorcy usługi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dyrektywa precyzuje, w szczególności, zakres swobody świadczenia usług i możliwe jej ograniczenia. Między innymi określa ona wymogi prawne i procedury dopuszczania do wykonywania działalności usługowej, jakie ustawodawca krajowy może nakładać na usługodawców (art. 5–6 oraz 16–18). Ponadto dyrektywa zawiera unormowania dotyczące niektórych praw usługobiorców (zwłaszcza w dziedzinie należnych im informacji czy rozstrzygania sporów – art. 22 i 27) oraz niektórych obowiązków usługodawców (np. w zakresie ubezpieczeń i gwarancji od ich odpowiedzialności zawodowej – art. 23), a także polityki państw członkowskich w zakresie jakości usług – zob. art. 26 dyrektywy.

Nadmienić jednak w tym miejscu wypada, że dyrektywa wyłącza z zakresu swojego zastosowania cały szereg rodzajów usług, np. szeroko pojmowane usługi finansowe, usługi transportowe, usługi zdrowotne itp. (zob. art. 2 dyrektywy). Usługi takie są regulowane w odrębnych przepisach unijnych (np. usługi płatnicze) albo pozostawione do uregulowania ustawodawcy krajowego).

Ustawodawstwo unijne cechuje się wstrzemięźliwością, gdy chodzi o regulację zasad świadczenia usług w tzw. ogólnym interesie gospodarczym. Prawodawca unijny niejako „zatrzymuje się” na poziomie prawa pierwotnego (zob. powoływane już uprzednio art. 14 oraz 106 TFUE). Oznacza to, w zasadzie, przekazanie kwestii tych usług do uregulowania przez ustawodawcę krajowego. Wyrazem tej „wstrzemięźliwości” jest, w szczególności, art. 1 ust. 2 dyrektywy wyłączający spoza zakresu jej obowiązywania usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zarezerwowane dla podmiotów publicznych lub prywatnych. Od tej reguły zachodzą jednak istotne wyjątki dotyczące niektórych sektorów usług, np. usług telekomunikacyjnych, pocztowych, usług łączności elektronicznej, niektórych usług w dziedzinie energetyki czy usług płatniczych. W tych sektorach prawodawca unijny ingeruje za pomocą stosownych dyrektyw w kształt odnośnego prawodawstwa krajowego. Przyczyny takiej ingerencji są różnorakie, niektóre wiążą się z uwarunkowaniami technologicznymi niektórych rodzajów usług, które – jak np. w przypadku usług telekomunikacyjnych

czy usług łączności elektronicznej – niejako w sposób naturalny wymuszają ich zintegrowaną na poziomie Unii regulację. Niekiedy ingerencja, o której mowa wiąże się ściśle z zadaniem Unii, jakim jest stworzenie jednolitego rynku wewnętrznego (np. usługi płatnicze). I wreszcie w niektórych przypadkach ingerencja Unii jest wyrazem realizowania przez nią różnych celów pozaekonomicznych, np. zapewnienia ochrony osób ubogich, starszych lub niepełnosprawnych przed ich wykluczeniem, niektórych usług pocztowych i telekomunikacyjnych, a także usług przesyłowych (dystrybucyjnych) w energetyce.

Do niedawna prawodawca unijny unikał ingerencji w sprawę regulacji stosunków umownych pomiędzy usługodawcami a usługobiorcami, pozostawiając ją do uregulowania przez ustawodawcę krajowego. Ograniczał się on, w zasadzie, do regulowania szeroko pojmowanej dostępności określonych usług tak dla usługodawców (w kontekście zasady swobody świadczenia usług – patrz wyżej), jak i usługobiorców w kontekście ich prawa do żądania od usługodawcy świadczenia określonego rodzaju usług (*vide* np. prawo potencjalnych odbiorców gazu lub energii do przyłączenia do sieci czy ich prawo żądania świadczenia usług przesyłowych lub dystrybucyjnych realizowane w Polsce przy użyciu konstrukcji obowiązku zawarcia umowy). Wyjątkiem były w tym względzie nakładane przez prawodawcę unijnego na usługobiorców określone obowiązki informacyjne (choć można dyskutować, czy owe obowiązki informacyjne mają charakter prywatnoprawny czy publicznoprawny).

W motywie 90 dyrektywy usługowej z 2006 r. wyraźnie stwierdzono, że stosunki umowne między usługodawcą a klientem nie są przedmiotem regulacji zawartej w tej dyrektywie. Regulacja stosunków umownych między usługodawcą i klientem podlegała zatem i w zasadzie nadal podlega kompetencji ustawodawcy krajowego.

Jaskrawym przykładem odejścia prawodawcy unijnego od zarysowanej wyżej postawy jest – stosunkowo nowa – regulacja świadczenia tzw. usług płatniczych. Dyrektywa 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zawiera stosunkowo rozbudowaną regulację aspektów cywilnoprawnych usług płatniczych. Dodać tu wypada, iż dyrektywa ta daje państwom członkowskim, które ją implementują, jedynie bardzo wąski margines swobody, gdy chodzi o dopuszczalność dokonywania odstępstw od reguł zawartych w dyrektywie. Ustanawia ona zatem określony w sposób dość sztywny schemat układu praw i obowiązków stron umów o usługi płatnicze, od którego strony mogą odstąpić jedynie w bardzo wąskim zakresie. Cywilnoprawne unormowania zawarte w dyrektywie mają charakter bądź to bezwzględnie obowiązujący, bądź semiimperatywny (dopuszczalne są określone odmienne regulacje umowne na korzyść odbiorców usług).

Czas pokaże, czy tego rodzaju ingerencja prawodawcy unijnego w stosunki cywilnoprawne była incydentalnym przypadkiem, czy oznaczać będzie początek trwałej tendencji w omawianym zakresie.

1.3. Regulacja prawna zasad świadczenia usług w Polsce

Podejmując refleksję na temat aktualnego stanu prawa polskiego w zakresie zasad podejmowania i prowadzenia działalności usługowej oraz sytuacji prawnej odbiorców usług należy – po pierwsze – przypomnieć, iż tzw. prawo europejskie i prawo polskie (jako prawo krajowe) stanowią jednolitą całość i nie mogą być sobie w jakikolwiek sposób przeciwstawiane. Po drugie, należy stwierdzić, iż regulacje prawne mieszczące się w pojęciu prawa europejskiego tak „pierwotnego” (Traktaty), jak i „wtórnego” albo wiążą Polskę bezpośrednio (normy traktatowe), albo pośrednio (poprzez wymóg prawidłowej implementacji stosownych dyrektyw unijnych).

Powyższe oznacza, iż zakres swobody ustawodawcy polskiego jest determinowany przepisami prawa europejskiego. Zakres tej swobody jest różny.

Ogólnie każda regulacja w dziedzinie usług musi być zgodna z normami traktatowymi (zarówno z normami odnoszącymi się wprost do usług, jak i normami ogólnymi). Ujmując natomiast rzecz bardziej konkretnie, zakres swobody państwa w omawianej sferze jest zależny od zakresu i stopnia szczegółowości odnośnych norm prawa europejskiego. Jest on największy w przypadku usług, którymi prawo europejskie bezpośrednio się nie zajmuje (np. komercyjne usługi zdrowotne, usługi w zakresie wywozu śmieci itp.). Należy jednak mieć na względzie wzmiankowany powyżej fakt poszerzającej się stopniowo ingerencji prawa europejskiego w dziedzinę usług, co odpowiednio ogranicza zakres kompetencji prawodawcy krajowego w tym względzie.

Można powiedzieć, iż struktura polskiego prawa w dziedzinie usług jest swego rodzaju odzwierciedleniem analogicznej struktury norm prawa europejskiego. Prawo polskie zawiera ogólną regulację publicznoprawnych aspektów działalności usługowej (o czym niżej). Ponadto obowiązuje cały szereg ustaw szczególnych regulujących świadczenie usług określonego rodzaju – niektóre z tych ustaw stanowią implementację stosownych dyrektyw unijnych (np. ustawa – Prawo energetyczne, ustawa o działalności ubezpieczeniowej, ustawa o usługach płatniczych i szereg innych).

Regulacja usług o charakterze ogólnym zawarta jest przede wszystkim w ustawie z 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Art. 2 tej ustawy wyraźnie stanowi, iż działalność usługowa jest rodzajem działalności gospodarczej rozumianej jako działalność zarobkowa i wykonywana w sposób zorganizowany oraz ciągły przez przedsiębiorcę (zob. art. 4 ustawy). Ustawa, o której mowa, nie jest zatem adresowana do usługodawców niebędących przedsiębiorcami (czyli do podmiotów świadczących usługi w sposób incydentalny. Zgodnie z art. 2a ustawy do działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług stosuje się odpowiednio przepisy art. 5 oraz przepisy rozdziału 2 i 3 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³. Ta ostatnia ustawa z kolei wydaje się być pod względem

³ Dz.U. z 2010 r. Nr 47, poz. 278, z późn. zm.

merytorycznym polskim odpowiednikiem unijnej dyrektywy usługowej (patrz wyżej), choć zakres podmiotowy jej zastosowania określony został przez ustawodawcę w dość osobliwy sposób. Z art. 2 ust. 1 pkt 2 omawianej ustawy wynika bowiem, że jest ona bezpośrednio adresowana nie do przedsiębiorców, lecz jedynie do usługodawców (krajowych i pochodzących z innego państwa członkowskiego) nieprowadzących działalności gospodarczej (czyli do podmiotów niebędących przedsiębiorcami). Tymi ostatnimi mogą być w praktyce tylko podmioty świadczące usługi w sposób incydentalny. Jedynie niektóre – wymienione powyżej – przepisy omawianej ustawy mają zastosowanie do przedsiębiorców wykonujących działalność usługową, przy czym chodzi tu (z trudno wytłumaczalnych powodów) jedynie o stosowanie odpowiednie. Okoliczność ta niejako marginalizuje znaczenie ustawy, o której mowa (nie mówiąc już o kontraście, jaki zachodzi pomiędzy samym tytułem ustawy a zakresem jej zastosowania).

Obie powyższe ustawy zawierają w zasadzie wyłącznie regulację o charakterze publicznoprawnym i nie dotyczą stosunków umownych pomiędzy usługodawcami i usługobiorcami.

Jak już wyżej wspomniano, regulacja prawna stosunków umownych pomiędzy usługodawcami a usługobiorcami (klientami) leży co do zasady w gestii ustawodawcy krajowego. Gdy chodzi o prawo polskie można, w omawianym zakresie, wyróżnić:

- a) kodeksową regulację usług oraz
- b) pozakodeksową regulację usług.

Ad a) Kodeks cywilny z 1965 r. reguluje w sposób całościowy kilkanaście, od dawna wykształconych, niejako „tradycyjnych” rodzajów usług. Usługi te zostały unormowane jako odrębne typy umów nazwanych. Chodzi tu o usługi w zakresie zlecenia, prowadzenia rachunków bankowych, przewozu, spedycji, przechowania, składowania towarów, usługi komisowe i agencyjne oraz ubezpieczenia.

Nadmienić tu jednak należy, że z mocy art. 775 oraz 795 kodeksu zawarte w nim unormowania dotyczące przewozu i spedycji mają charakter unormowań subsydiarnych w stosunku do innych przepisów ustawowych (chodzi tu zwłaszcza o ustawę – Prawo przewozowe z 1984 r.)⁴. Również w zakresie ubezpieczeń obowiązują dodatkowe regulacje ustawowe (np. w zakresie tzw. ubezpieczeń obowiązkowych czy pośrednictwa ubezpieczeniowego)⁵. Do kodeksowych umów o świadczenie usług mają ponadto zastosowanie przepisy ogólne Kodeksu zobowiązań.

Ad b) W ostatnich dziesiątkach lat powstało cały szereg nowych rodzajów usług, które nie były znane twórcom Kodeksu cywilnego. Liczba takich nowych rodzajów usług stale się zwiększa, co jest konsekwencją zarówno postępu cywilizacyjnego, jak i coraz większego poziomu zamożności ogółu obywateli, którzy zgłaszają po-

⁴ Zob. t. jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1173, z późn. zm.

⁵ Zob. ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczeń Komunikacyjnych (t. jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 392) oraz ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2003 r., poz. 124, 1154, z późn. zm.).

pyt na takie nowe usługi. Najważniejsze praktycznie spośród tych nowych rodzajów usług stają się prędzej lub później przedmiotem regulacji ustawowej. Jak dotąd nie doprowadziło to do włączenia tej regulacji do Kodeksu cywilnego. Nowe usługi są przedmiotem uregulowań zawartych w „specjalistycznych” ustawach (np. ustawa – Prawo telekomunikacyjne, ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, ustawa o usługach turystycznych itp.). Z reguły cechą wspólną tych ustaw „specjalistycznych” jest kompleksowy charakter zawartych w nich regulacji – normują one zarówno publicznoprawne, jak i cywilnoprawne aspekty świadczenia usług danego rodzaju. Jednak regulacja ustawowa tych ostatnich aspektów jest w większości przypadków jedynie fragmentaryczna. Tylko w pojedynczych przypadkach można uznać, że regulacja danej umowy o świadczenie usług jest na tyle rozbudowana i kompletna, że pozwala na zakwalifikowanie danego rodzaju umowy do kategorii umów nazwanych. Dotyczy to np. umowy o świadczenie usług przesyłowych bądź dystrybucyjnych w energetyce oraz – występujących w różnych wariantach – umów o usługi płatnicze. Pozostałe rodzaje umów o świadczenie usług należy uznać na gruncie ustaw „specjalistycznych” za umowy nienazwane (choć niekiedy mogą mieć swoją „nazwę”)⁶.

Zgodnie z art. 750 Kodeksu cywilnego „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu” (czyli art. 734–749). Przepis ten odnosi się zarówno do przypadków, gdy dana umowa o świadczenie usług nie jest w ogóle uregulowana, jak i do przypadków, gdy jest ona uregulowana jedynie fragmentarycznie (w obu przypadkach mamy do czynienia z umowami nienazwanymi).

Mając na względzie ogromną różnorodność przedmiotową występujących w praktyce rodzajów usług i odpowiadających im „empirycznych” (nieustawowych) typów umów o świadczenie usług, można wyrazić zasadnicze wątpliwości co do przydatności przepisów Kodeksu cywilnego o zleceniu jako źródła regulacji tego rodzaju umów. Można zadać – retoryczne – pytanie o to, w jaki sposób przepisy o zleceniu mogą być zastosowane w odniesieniu do np. umów o usługi turystyczne czy do umów o usługi w zakresie pomocy domowej. Zamiast powyższego można zadać jednak inne pytanie, a mianowicie, czy należy w przyszłości zadowolić się fragmentarycznymi uregulowaniami cywilnoprawnych aspektów świadczenia danego rodzaju usług w ustawach szczególnych, czy należy dążyć do odpowiedniej rozbudowy tych uregulowań tak, aby – w zakresie, w jakim jest to celowe i wykonalne – nabrały one charakteru unormowań całościowych. Niektóre z tak całościowo unormowanych umów mogłyby zostać ewentualnie włączone do Kodeksu cywilnego jako kolejne typy kodeksowych umów nazwanych. Nie jesteśmy pewni, czy tego rodzaju propozycja miałaby praktycznie szanse urzeczywistnienia m.in. z tego względu, iż z uwagi na swoją specyfikę niektóre usługi wymagają – w porównaniu z innymi – bardzo obszernej i szczegółowej regulacji.

⁶ Na temat pojęcia „umowa nazwana” oraz pojęcia „umowa nienazwana” – zob. A. Walaszek-Pyziół (w:) *System Prawa Prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, (red. W.J. Katner), Warszawa 2010, s. 434 i n.

Ich ewentualne włączenie do Kodeksu cywilnego prowadzić musiałoby do zachwiania „proporcji objętościowych” w zakresie regulacji kodeksowych umów nazwanych w ogólności. Rozwagać natomiast warto ewentualne rozwiązanie alternatywne polegające na stworzeniu czegoś w rodzaju „kodeksu usług” zawierającego ogólną regulację cywilnoprawnych aspektów świadczenia usług mającą zastosowanie do wszystkich takich umów o świadczenie usług, które nie mogą (z określonych powodów) nabyć statusu odrębnych umów nazwanych. Kwestia ta może być w tym miejscu jedynie zasygnalizowana.

Część II

Rynek energii i paliw

SWOBODNY DOSTĘP DO INFRASTRUKTURY SIECIOWO-MAGAZYNOWEJ JAKO GWARANCJA BEZPIECZEŃSTWA DOSTAW GAZU DO ODBIORCÓW



2.1. Wprowadzenie

Przed rozpoczęciem procesu liberalizacji rynku energii w większości państw członkowskich Unii Europejskiej nie funkcjonowały mechanizmy prawne, których celem byłoby zagwarantowanie swobodnego dostępu stron trzecich (dalej: zasada TPA) do infrastruktury sieciowo-magazynowej – jednego z zasadniczych elementów zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju. W tym kontekście, niedyskryminacyjny dostęp sprzedawców gazu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych oraz magazynów, będący rezultatem liberalizacji, stanowi niezbędny warunek rozwoju bezpiecznego systemu dostaw gazu do konsumentów w poszczególnych krajach Unii Europejskiej. Ponadto, taka sytuacja sprzyja kreowaniu warunków, w których odbiorcy końcowi mogą, spośród rosnącej liczby dostawców, dokonywać rzeczywistego wyboru najkorzystniejszych ofert. Zmieniająca się w tym kierunku struktura rynku odzwierciedla rosnącą w sektorze energetycznym konkurencję¹, która sprzyja optymalnej alokacji zasobów. Cały proces musi jednak przebiegać z uwzględnieniem ograniczeń technicznych w postaci możliwości przesyłowych sieci (gazociągów) oraz pojemności magazynów gazu. Na-

* Dr hab., profesor ALK. Kolegium Prawa, Akademia Leona Koźmińskiego, bnowak@alk.edu.pl.

** Mgr, doktorant w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego.

¹ „Although market structure is important in promoting competition, appropriate regulation, in particular implementation of third party access to networks is important for effective competition”. Jamasb T., Pollitt M., (2005), *Electricity market reform in the European Union: review of progress toward liberalization & integration*, *The Energy Journal* 26 (special issue), 11–42.

leży mieć na uwadze, że każdy gazociąg i każda sieć ma swoje fizyczne możliwości przenoszenia czy przesyłania energii – tzw. przepustowość, a każdy magazyn gazu ograniczoną pojemność. Nie zawsze istnieje możliwość uzyskania dostępu do sieci przez nowych dostawców/sprzedawców, szczególnie w sytuacji jej znacznego obciążenia, a więc ze względów technicznych lub ekonomicznych – kiedy taki dostęp mógłby mieć negatywny wpływ na realizację już zawartych kontraktów, szczególnie tych w formule „bierz-lub-płać” (tzw. „take-or-pay”) lub związanych z usługami użyteczności publicznej. Niemniej jednak, w sytuacji kiedy nie ma przeszkód ekonomicznych lub technicznych, standardem powinno być, zgodnie z rozporządzeniem nr 715/2009/WE², tworzenie i publikacja regulaminów oraz procedur udostępniania przepustowości i pojemności magazynowych³. Działania takie mają na celu zwiększanie transparentności procesu uzyskiwania dostępu do instalacji sieciowo-magazynowej z jednoczesnym uwzględnieniem bezpieczeństwa dostaw⁴.

W przypadku dostępu do sieci w sektorze gazu, należy również rozróżnić dostęp do infrastruktury przesyłowej typu up-stream oraz down-stream. Z dostępem typu up-stream mamy do czynienia w przypadku dostaw do poszczególnych państw członkowskich UE dokonywanych z krajów spoza UE, będących producentami gazu (inaczej „dostęp do źródła”). Natomiast, dostęp typu down-stream oznacza dostawy do odbiorców końcowych (już wewnątrz państwa członkowskiego). Dostęp typu up-stream do infrastruktury sieciowej jest elementem najczęściej podlegającym negocjacji pomiędzy zainteresowanymi krajami. Z założenia jednak to producenci gazu naturalnego są w pozycji uprzywilejowanej do stawiania ewentualnych warunków odnośnie do swobodnego dostępu do infrastruktury przesyłowej.

W przypadku dostaw typu down-stream należy zauważyć, iż regulacje prawne odnoszące się do swobodnego dostępu do infrastruktury sieciowo-magazynowej oraz bezpieczeństwa dostaw, tworzone są na szczeblu europejskim zgodnie ze zwykłą lub specjalną procedurą ustawodawczą. W przypadku energetyki jako kompetencji dzielonych będzie to zwykła procedura ustawodawcza (poza obszarem fiskalnym), a więc dawna procedura współdecydowania Rady Unii Europejskiej i Parlamentu Europejskiego⁵. To państwa członkowskie i instytucje unijne zobowiązane są do wypracowania kompromisu przy tworzeniu aktu prawnego regulującego daną materię – takim kompromisem był właśnie trzeci pakiet energetyczny w kontekście swobodnego dostępu

² Rozporządzenie nr 715/2009/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego.

³ Zob. więcej również w A. Walaszek-Pyziół, *Kilka refleksji na temat tzw. europejskich kodeksów sieci*, w: *Regulacja-innowacja w sektorze energetycznym*, (red.) A. Walaszek-Pyziół, Beck 2013, s. 171–181.

⁴ Zobacz artykuł 14, 15, 18 i 19 oraz wymogami załącznika 1 – Usługi związane z dostępem stron trzecich w zakresie odnoszącym się do operatorów systemów przesyłowych rozporządzenia nr 715/2009/WE.

⁵ Zobacz artykuł 194(2) Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

do infrastruktury sieciowo-magazynowej dla stron trzecich. Dyrektywa gazowa⁶ oraz rozporządzenie gazowe⁷ traktują kwestię swobodnego dostępu do infrastruktury jako jeden z kluczowych elementów zapewnienia bezpieczeństwa dostaw w państwach Unii Europejskiej.

Jednak, z racji tego, że w wielu krajach Unii Europejskiej infrastruktura sieciowo-magazynowa jest nadal w posiadaniu przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, tj. odpowiedzialnych za co najmniej jedną z funkcji produkcji lub sprzedaży gazu i co najmniej jedną z funkcji przesyłu lub dystrybucji gazu, swobodny dostęp do infrastruktury dla podmiotów spoza grupy może być znacząco utrudniony. Co więcej, integracja pionowa stwarza przedsiębiorstwom uprzywilejowanym możliwość i jednocześnie pokusę wspierania podmiotów z własnej grupy poprzez wykorzystywanie dominującej pozycji na rynku, co skutecznie blokuje potencjalną konkurencję, a tym samym bezpośrednio wpływa na pogorszenie bezpieczeństwa dostaw do konsumentów. W związku z powyższym, prawidłowe funkcjonowanie sektora gazu wymaga przede wszystkim rozdzielenia działalności w zakresie przesyłu i dystrybucji od takich form działalności, jak produkcja i sprzedaż oraz zapewnienie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury. Realizację tych zadań mają na celu postanowienia dyrektywy 2009/73/WE dotyczące tzw. unbundlingu oraz zasady TPA.

2.2. Dostęp do infrastruktury sieciowej

W celu zwiększenia bezpieczeństwa dostaw gazu do odbiorców rozumianych jako ogół uczestników obrotu gospodarczego, a tym samym bezpieczeństwa energetycznego *sensu largo* niezbędne jest, aby właściciele infrastruktury gazowej przyznawali każdemu sprzedawcy gazu niedyskryminacyjny dostęp do infrastruktury, umożliwiając tym samym zaopatrywanie odbiorców. Brak przejrzystych reguł w tym zakresie stanowi poważną barierę wejścia na rynek dla nowych graczy. Uprzywilejowana pozycja właścicieli infrastruktury sieciowej wynika z faktu, iż funkcjonują oni w warunkach tzw. monopolu naturalnego. Oznacza to, iż dany przedsiębiorca, który jest właścicielem określonej infrastruktury przesyłowej lub dystrybucyjnej, jako jedyny na danym obszarze świadczy usługi za jej pośrednictwem. Funkcjonowanie rynku w takim kształcie

⁶ Zgodnie z artykułem 29 rozporządzenia gazowego Komisja Europejska bada: w jakim stopniu rozporządzenie okazało się skuteczne w zapewnianiu niedyskryminacyjnego i odzwierciedlającego koszty dostępu do sieci przesyłowych gazu, aby umożliwić odbiorcom dokonywanie wyboru w ramach właściwie funkcjonującego rynku wewnętrznego gazu oraz przyczynić się do długoterminowego bezpieczeństwa dostaw.

⁷ Rozporządzeniem nr 715/2009/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego (Dz.U. UE L 211/36).

nie stwarza zachęt do pojawiania się na nim konkurentów, czego przyczyną są liczne bariery wejścia, takie jak wysokie nakłady inwestycyjne i koszty stałe prowadzenia działalności oraz trudności związane z niedostatecznym popytem na świadczone usługi. Występowanie monopolu naturalnego jest zjawiskiem niekorzystnym również dla odbiorców końcowych. Przede wszystkim monopolista może stosować ceny zawyżone w stosunku do tych, które obowiązywałyby na rynku, gdyby działał on w warunkach konkurencji. Ponadto, takie przedsiębiorstwo nie jest zainteresowane wprowadzaniem innowacji, a tym samym podnoszeniem jakości świadczonych usług. Występowanie tego rodzaju niedoskonałości w sektorze gazu, mającym tak istotne znaczenie dla bezpieczeństwa gospodarki, stanowiło przyczynę wprowadzania instrumentów prawnych umożliwiających stronom trzecim uzyskiwanie swobodnego dostępu to infrastruktury przesyłowej i dystrybucyjnej. Niemniej jednak, Jones twierdzi, że alternatywą dla tego stanu rzeczy może być budowanie nowych sieci. Jego zdaniem „(...) można utrzymywać, że umożliwienie rozwoju konkurencji w sektorze gazowym nie wymaga otwarcia dostępu do sieci dla stron trzecich, ponieważ potencjalni konkurenci istniejącego właściciela gazociągu mogą sami zbudować własny, konkurencyjny gazociąg (...)”⁸. Takie stwierdzenie, przy założeniu, że monopole naturalne powstały nie ze względu na zmiany zachodzące w strukturze rynku, lecz dlatego, że infrastrukturę w sposób bynajmniej konkurencyjny otrzymały od państwa, dyskryminuje inne podmioty niebędące częścią naturalnego monopolu. Budowa nowych sieci lub gazociągów jest oczywiście koniecznością, ale nie tylko z tego względu, iż sprzyjać to będzie konkurencji, lecz również dlatego, a może przede wszystkim, że zwiększy bezpieczeństwo dostaw oraz zdywersyfikuje ich kierunki. Niestety, wysokie koszty inwestycji w infrastrukturę sieciowo-magazynową oraz niewystarczająca jej ilość, jak również brak rozwiązań alternatywnych wymagają zapewnienia niedyskryminacyjnego i swobodnego dostępu stronom trzecich do istniejącej infrastruktury gazowej⁹.

⁸ „(...) it is unnecessary to require third party access to gas networks to permit competition in the gas sector, as potential competitors to the existing pipeline owner could construct a competing network (...)”, C. Jones (2004), *EU Energy Law. Tom 1 – The Internal Energy Market*, Claeys & Casteels, s. 31.

⁹ Art. 32(1) dyrektywy 2009/73/WE (dalej: dyrektywa gazowa) stanowi: Państwa członkowskie zapewniają wdrożenie systemu dostępu stronom trzecich do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego oraz do instalacji LNG opartego na opublikowanych taryfach, mającego zastosowanie do wszystkich uprawnionych odbiorców, w tym również do przedsiębiorstw dostarczających gaz, oraz stosowanego w sposób obiektywny i bez dyskryminacji pomiędzy użytkownikami systemu. Państwa członkowskie zapewniają, aby te taryfy, lub metody stosowane do ich kalkulacji, były zatwierdzane przez organ regulacyjny, przed ich wejściem w życie, a także zapewniają publikację tych taryf oraz metod – w przypadku gdy zatwierdzane są jedynie metody – przed ich wejściem w życie.

2.3. Dostęp do pojemności magazynowych

W zakresie rynku gazu swobodny dostęp do infrastruktury rozumiany jest przede wszystkim jako dostęp do infrastruktury przesyłowej, ale także do terminali LNG oraz magazynów gazu. W praktyce magazyny gazu mogą spełniać dwie różne funkcje. Po pierwsze, mogą służyć realizacji celów komercyjnych, a po drugie zaspokajać potrzeby magazynowe związane z utrzymywaniem obowiązkowych zapasów gazu na wypadek sytuacji kryzysowej. Jednak rozróżnienie to bywa nieostre i może zależeć między innymi od wielkości pojemności magazynowych dostępnych w danym kraju¹⁰. Przykładowo, jeżeli obowiązek prawny utrzymywania rezerw obowiązkowych obejmuje poziom zapasów gazu przeznaczonych na nieprzerwaną działalność gospodarki przez 21 dni, a całkowita pojemność magazynowa zainstalowana w danym kraju jest zdolna pomieścić zapasy wystarczające na zaspokojenie zapotrzebowania przez 30 dni, to ta różnica pojemności odpowiadająca 9 dniom może być wykorzystana na realizację celów komercyjnych.

W przypadku rezerw obowiązkowych, których ewentualne uruchomienie ma na celu zagwarantowanie dostarczenia w sytuacji kryzysowej odpowiednich ilości gazu do gospodarki, trudno jest mówić o swobodnym dostępie do magazynów gazu dla wszystkich graczy rynkowych. Co więcej, rozporządzenie w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego¹¹, w sytuacji wystąpienia ograniczeń w polskim systemie gazowym, obliuguje operatora systemu magazynowania, aby w pierwszej kolejności zaoferował pojemności magazynowe podmiotom zobowiązanym do utrzymywania zapasów gazu ziemnego zgodnie z przepisami ustawy o zapasach¹². Funkcja komercyjna schodzi zatem na dalszy plan. Rozwiązanie takie podyktowane jest względami bezpieczeństwa energetycznego na wypadek sytuacji kryzysowej całej gospodarki, a nie poszczególnych podmiotów.

¹⁰ Więcej na ten temat zobacz w: G. Luciani, F.-L. Henry (2011), *Strategic Oil Stocks and Security of Supply*, CEPS Working Document, No 353, p. 2, dostępny na http://www.princeton.edu/~gluciani/pdfs/WD%20No%20353%20_SECURE_%20Luciani%20&%20Henry%20on%20Strategic%20Oil%20Stocks.pdf.

¹¹ Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego z dnia 2 lipca 2010 r. (Dz.U. z 2010 r., Nr 133, poz. 891).

¹² Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (Dz.U. z 2007 r., Nr 52, poz. 343 z późn. zm.) znowelizowana ustawą z dnia 9 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (Dz.U., Nr 81, poz. 532), oraz ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r., Nr 234 poz. 1392).

W przypadku funkcji komercyjnej, która ma służyć możliwości dotrzymywania terminów realizacji umów przez kontrahentów, którzy ze względu na przerwanie dostaw gazu gazociągami z zewnątrz nie mogliby wywiązać się ze swoich zobowiązań względem nabywców, swobodny dostęp do instalacji magazynowej nabiera innego wymiaru. Należy mieć na uwadze, że magazynowanie ściśle wiąże się z planowanymi lub aktualnie obowiązującymi kontraktami na dostawy, w związku z czym brak gwarantowanego niedyskryminacyjnego dostępu do magazynów gazu może zagrażać bezpieczeństwu dostaw, utrudniając sprawną ich realizację¹³. Aby spółki zajmujące się dostarczaniem gazu mogły konkurować na rynku, elastycznie dostosowując się do jego wymagań oraz radząc sobie z nierównowagą popytu i podaży, korzystanie z instalacji magazynowych w wymiarze komercyjnym wydaje się koniecznością. Innymi słowy, w przypadku rezerw obowiązkowych swobodny dostęp na zasadach przejrzystości przyznany powinien być tym podmiotom, które zobligowane są do utrzymywania odpowiednich rezerw surowca, natomiast w przypadku funkcji komercyjnej – wszystkim. Oczywiście, mimo iż budowa magazynów gazów na potrzeby komercyjne nie jest wymogiem prawnym na szczeblu UE, a jedynie rynkowym, to jednak dla zapewniania odpowiedniego poziomu konkurencji i bezpieczeństwa energetycznego powinna być ważnym elementem rozwijania krajowego rynku gazu¹⁴.

W trzecim pakiecie energetycznym, w porównaniu do drugiego, niedyskryminacyjny dostęp stron trzecich do instalacji magazynowych uległ wzmocnieniu. Zgodnie bowiem z art. 12 dyrektywy gazowej oraz z wymogami dotyczącymi tzw. unbundlingu, państwa członkowskie lub spółki gazowe posiadające instalacje magazynowe zobowiązane są do wyznaczenia podmiotu odpowiedzialnego za magazynowanie, czyli tzw. operatora systemu magazynowania i operatora systemu LNG¹⁵. Ponadto, zgodnie z art. 33 dyrektywy gazowej operator systemu magazynowania powinien zapewniać dostęp stron trzecich do magazynowania na równych zasadach, bez dyskryminacji

¹³ Rozwiązaniem idealnym, przynajmniej z biznesowego punktu widzenia, byłoby magazynowanie gazu w miejscu jak najbliższym miejsca jego zużycia. W przeciwnym razie odległość do klientów powoduje powstanie dodatkowych kosztów transportu.

¹⁴ Podobnie wnioskuje Bankes, który twierdzi, iż: „storage, far from being a strategic issues of national importance, is also developing as a business in response to the continued development of competitive gas markets throughout the supply chain”. Więcej w Ch. Bankes (2004), *Gas liberalisation and underground storage: Developments In the United Kingdom*, w: *European Energy Law Report I*, red. M. Roggenkamp, U. Hammer, Intersentia, Antwerp-Oxford, s. 313.

¹⁵ Art. 12 dyrektywy gazowej stanowi: „Państwa członkowskie wyznaczają jednego lub większą liczbę operatorów systemów magazynowania i systemów LNG – lub wymagają od przedsiębiorstw gazowych będących właścicielami instalacji magazynowych lub instalacji LNG jego/ich wyznaczenia – na okres czasu określony przez państwa członkowskie, uwzględniając efektywność i rachunek ekonomiczny”.

między uczestnikami systemu. Dostęp, o którym mowa powyżej może przybrać formę dostępu regulowanego lub negocjowanego¹⁶.

Oznacza to, że dostęp musi być przyznawany każdemu użytkownikowi, który o to wnioskuje, w taki sam sposób, jak przyznawany jest w przypadku sieci, tj. na przejrzystych i niedyskryminacyjnych zasadach. Oczywiście, kryteria odnośnie do niezbędności dostępu do magazynów gazu z technicznego czy ekonomicznego punktu widzenia podlegają zgodnie z zasadą subsydiarności dointerpretowaniu przez państwa członkowskie w przepisach krajowych. Może to jednak budzić pewne zastrzeżenia, szczególnie, że są to terminy nieprecyzyjne i szerokie. Kryteria te dotyczą zarówno regulowanego, jak i negocjowanego dostępu stron trzecich do instalacji magazynowych. Prawdą jest, że pojemności magazynowe są ważnymi instrumentami zapewnienia bezpieczeństwa dostaw, zwłaszcza w okresach szczytowego zużycia. W tym kontekście Jones twierdzi, iż, „niektóre państwa członkowskie uznały, że z tego powodu nie byłoby właściwe wprowadzanie regulowanego dostępu stron trzecich do magazynów gazu”¹⁷. Wydaje się jednak, iż w tej materii państwa raczej kierowały się względami politycznymi aniżeli biznesowymi. Co więcej, postanowienia artykułu 33 dyrektywy gazowej same w sobie nie wyrażają preferencji żadnej z metod dostępu, a jedynie podkreślają, że wybrana opcja musi się opierać na przejrzystych, obiektywnych i niedyskryminacyjnych zasadach, w tym transparentnych taryfach dostępu¹⁸. Tym samym, aby zasada TPA mogła funkcjonować w sposób zgodny z regulacjami, niezbędne jest spełnie-

¹⁶ Artykuł 33(1) dyrektywy gazowej stanowi:

„W celu zorganizowania dostępu do instalacji magazynowych i do pojemności magazynowych gazociągów, w przypadku gdy jest to niezbędne z technicznego lub ekonomicznego punktu widzenia dla zapewnienia skutecznego dostępu do systemu w celu realizacji dostaw do odbiorców, a także w celu zorganizowania dostępu do usług pomocniczych, państwa członkowskie mogą wybrać jedną lub obydwie procedury, o których mowa w ust. 3 i 4. Procedury te należy stosować zgodnie z obiektywnymi, przejrzystymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami”.

¹⁷ Ch. Jones (2004), *EU Energy Law, Tom I. The Internal Energy Market*, Claeys & Casteels, s. 51.

¹⁸ Zobacz również Recital 23 dyrektywy gazowej, który stanowi: „Należy podjąć dalsze środki w celu zapewnienia przejrzystych i niedyskryminacyjnych taryf za dostęp do transportu. Taryfy te powinny być stosowane wobec wszystkich użytkowników na niedyskryminacyjnych zasadach. W przypadku gdy instalacje magazynowe, pojemności magazynowe gazociągów lub usługi pomocnicze funkcjonują na wystarczająco konkurencyjnym rynku, dostęp mógłby być przyznawany na podstawie przejrzystych i niedyskryminacyjnych mechanizmów rynkowych”.

Artykuł 13 rozporządzenia gazowego stanowi: „Taryfy lub metody ich kalkulacji stosowane przez operatorów systemów przesyłowych i zatwierdzone przez organy regulacyjne zgodnie z art. 41 ust. 6 dyrektywy 2009/73/WE, jak również taryfy opublikowane zgodnie z art. 32 ust. 1 tej dyrektywy są przejrzyste, uwzględniają potrzebę zachowania integralności systemu oraz potrzebę jego udoskonalania, odzwierciedlają rzeczywiście poniesione koszty w zakresie, w jakim koszty te odpowiadają kosztom ponoszonym przez operatora sieci o porównywalnej wydajności i strukturze, oraz są przejrzyste, a jednocześnie obejmują odpowiedni zwrot nakładów inwestycyjnych, a w stosownych przypadkach uwzględniają wyniki analizy porównawczej taryf przeprowadzonej przez organy regulacyjne. Taryfy lub metody wykorzystywane do ich kalkulacji stosowane są w sposób niedyskryminacyjny”.

nie kilku warunków: taryfy dostępu do infrastruktury muszą być oparte na jasnych i uznanych mechanizmach ustalania, muszą być zgodne z zasadami odzwierciedlania kosztów i unikania dyskryminacji, muszą wreszcie być opublikowane i zatwierdzone przez właściwy organ na zasadzie *ex ante*¹⁹. Wyjątek dotyczy jednak systemu negocjowanego, gdzie regulator nie ma możliwości przeglądu taryf dostępu do instalacji magazynowych zgodnie z artykułem 41(1n) dyrektywy gazowej. To budzi jednak pewne niezrozumienie, szczególnie przy założeniu, że zatwierdzanie taryf dostępu do infrastruktury jest jednym z filarów niezależnej regulacji. Co więcej, postanowienie artykułu 41(1n) wydaje się być sprzeczne z ogólnymi uprawnieniami, jakie przyznaje dyrektywa gazowa w artykule 41(1a) i 41(6a²⁰) i rozporządzenie gazowe w artykule 13²¹ w zakresie kompetencji narodowych regulatorów do monitorowania i pilnowania niedyskryminacyjnych zachowań dotyczących dostępu do infrastruktury, w tym monitorowania oraz niedyskryminacyjnego tworzenia i zatwierdzania taryf dostępu.

Ponadto, nota interpretacyjna DG TREN na temat dostępu do instalacji magazynowych mówi o tym, że w przypadku dostępu negocjowanego operator systemu magazynowania obowiązany jest udostępnić podstawowe warunki handlowe wszystkim zainteresowanym oraz, że regulowany dostęp musi być realizowany na podstawie opublikowanych taryf i/lub innych zobowiązań²². Jednak nie wynika z tego, iż (i dla czego) należy wprowadzić dostęp negocjowany. Faktycznie oznacza to jedynie, że efekty obydwu systemów powinny być równoważne, jednakowo realizując kryteria dostępu przejrzystego i niedyskryminacyjnego. Możliwe, iż kraje członkowskie stały na stanowisku, że kwestia negocjowanego dostępu stron trzecich jest zasadniczo uzależniona od dostępności urządzeń do magazynowania, których budowa jest bardzo kosztowna i w wielu krajach po prostu nie istnieje w ilości wystarczającej do zaspokojenia potrzeb. Mając na uwadze powyższe, nie ma jasnych podstaw pozwalających uzasadnić, dlaczego negocjowany dostęp stron trzecich do pojemności magazynowych

¹⁹ Zobacz artykuł 13 rozporządzenia gazowego, oraz artykuł 32 i 41(3d) dyrektywy gazowej.

²⁰ Artykuł 41(1a) dyrektyw gazowej stanowi:

„Do obowiązków organu regulacyjnego należy: ustalenie lub zatwierdzanie, na podstawie przejrzystych kryteriów, taryf przesyłowych lub dystrybucyjnych lub metod ich ustalania; artykuł 41(6a) dyrektywy gazowej stanowi: „organy regulacyjne są odpowiedzialne za ustalenie lub zatwierdzanie, z odpowiednim wyprzedzeniem przed ich wejściem w życie, przynajmniej metod stosowanych do kalkulacji lub ustanawiania warunków: przyłączania i dostępu do sieci krajowych, w tym również taryf przesyłowych i dystrybucyjnych, a także zasad, warunków i taryf za dostęp do instalacji LNG. Te taryfy lub metody umożliwiają realizację niezbędnych inwestycji w sieci i instalacje LNG w sposób umożliwiający tym inwestycjom zapewnienie wykonalności sieci oraz instalacji LNG”.

²¹ Artykuł 13 rozporządzenia gazowego stanowi: „Taryfy lub metody ich kalkulacji stosowane przez operatorów systemów przesyłowych i zatwierdzone przez organy regulacyjne zgodnie z art. 41 ust. 6 dyrektywy 2009/73/WE (...)”.

²² Więcej na ten temat – zob. *Nota DG TREN na temat Dyrektyw 2009/73/WE w sprawie wspólnych zasad wewnętrznego rynku gazu. Dostęp stron trzecich do instalacji magazynowych*, 22.1.2010, s. 8–10. Tekst dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_third-party_access_to_storage_facilities.pdf.