

Sygn. akt XVII AmE 66/11

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Hanna Kulesza**

Protokolant: protokolant sądowy Irmina Bartochowska

po rozpoznaniu w dniu 18 września 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **Spółka Akcyjna** z siedzibą w W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki**

### **o nałożenie kary pieniężnej**

na skutek odwołania (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. od Decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 16 grudnia 2010 r., nr (...)

1. zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że wymierzoną przedsiębiorcy - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., w punkcie 2 decyzji, karę pieniężną obniża do kwoty 1 500 000 zł. (jeden milion pięćset tysięcy złotych);
2. oddala odwołanie w pozostałej części,
3. zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., kwotę 115 zł. (sto piętnaście złotych) tytułem kosztów procesu.

SSO Hanna Kulesza

Sygn. akt XVII AmE 66/11

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 16 grudnia 2010 r., nr (...), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie wymierzenia kary pieniężnej przedsiębiorcy - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., Prezes Urzędu Regulacji Energetyki w pkt 1) orzekł że przedsiębiorca ten naruszył warunek 2.4 koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą udzielonej decyzją Prezesa URE z dnia 17 kwietnia 2001 r., Nr (...) obowiązujący w okresie od dnia 20 kwietnia 2001 r. do dnia 10 lipca 2008 r., oraz warunek 2.5 w.w koncesji w brzmieniu określonym decyzją zmieniającą z dnia 11 lipca 2008 r., Nr (...), obowiązujący od dnia 11 lipca 2008 r., w ten sposób, że nie przestrzegał obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy w 2007 i 2008 roku.

W pkt 2) za wyżej opisane działanie, Prezes URE wymierzył Przedsiębiorcy - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. - karę pieniężną w kwocie 2.000.000 zł (dwa miliony złotych), to jest w wysokości (...) przychodu z działalności koncesjonowanej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą osiągniętego w 2009 r., wykazanego przez Przedsiębiorcę.

W uzasadnieniu swojej decyzji Prezes URE wskazał, iż na podstawie art. 28 ustawy – Prawo energetyczne, zwrócił się do Przedsiębiorcy - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., posiadającego koncesje na obrót gazem ziemnym z zagranicą,

o udzielenie informacji odnośnie kierunków zakupu gazu ziemnego w 2007 i 2008 r. z wyszczególnieniem kraju i wolumenu zakupu. Na podstawie informacji przekazanych przez Przedsiębiorstwo Prezes URE ustalił, iż udział gazu ziemnego importowanego:

- W 2007 r. z Rosji, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w tym roku wyniósł 73,14%,
- w 2008 r. z Rosji, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w tym roku wyniósł 74,76%.

Tymczasem zgodnie z §1 ust 1 pkt 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r., w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego (Dz.U. z 2000 r., Nr 95, poz. 1042), maksymalny udział gazu importowanego w danym roku w latach 2005-2009 nie mógł być wyższy niż 72%.

Prezes URE wskazał, iż z dokonanych ustaleń wynika zatem, że udział gazu ziemnego importowanego z Rosji, w stosunku do całkowitej wielkości gazu ziemnego importowanego przekroczył udział dopuszczony przepisami w.w rozporządzenia o 1,14 pkt procentowego w 2007 r., oraz o 2,76 pkt procentowego w 2008 r. Zdaniem Prezesa URE ustalenia te wskazują, iż Przedsiębiorca naruszył przepisy dotyczące dywersyfikacji źródeł gazu oraz jeden z warunków koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą. Według Prezesa URE Przedsiębiorca prowadził działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą niezgodnie z warunkiem 2.4 koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą udzielonej decyzją Prezesa URE z dnia 17 kwietnia 2001 r., Nr (...) obowiązujący w okresie od dnia 20 kwietnia 2001 r. do dnia 10 lipca 2008 r., oraz z warunkiem 2.5 w.w koncesji w brzmieniu określonym decyzją zmieniającą z dnia 11 lipca 2008 r., Nr (...), obowiązującym od dnia 11 lipca 2008 r., co stanowi wypełnienie dyspozycji art. 56 ust 1 pkt 12 ustawy - Prawo energetyczne i tym samym podstawę nałożenia kary pieniężnej. Przy ustaleniu jej wysokości Prezes URE wziął pod uwagę treść art. 56 ust 3 i ust 6 - ustawy Prawo energetyczne, biorąc pod uwagę przy jej wymierzaniu stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia oraz dotychczasowe zachowanie podmiotu i jego możliwości finansowe, a przede wszystkim fakt, by nie przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy.

Pozwany Prezes URE rozważył również możliwość zastosowania art. 56 ust 6a ustawy – Prawo energetyczne, uznając, iż w niniejszej sprawie brak jest podstaw do jego zastosowania albowiem w okolicznościach niniejszej sprawy nie można przyjąć by stopień szkodliwości czynu był znikomy, a w związku z tym odstąpienie od wymierzenia kary pozostawałoby w sprzeczności z tym przepisem.

Biorąc zaś za podstawę wymiaru kary przychód z działalności objętej koncesją na obrót gazem ziemnym z zagranicą w kwocie (...) zł. Prezes ustalił wymiar kary na kwotę 2.000.000 zł., co stanowi (...) tego przychodu za 2009 r. Według Prezesa URE kara w orzeczonej wysokości spełni rolę represyjną, a także prewencyjną.

Od powyższej decyzji Przedsiębiorca - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., wniósł odwołanie zaskarżając powyższą decyzję w całości. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

1. naruszenie art. 22 Konstytucji poprzez wydanie Decyzji w oparciu o Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy (dalej „Rozporządzenie w sprawie dywersyfikacji”), które to rozporządzenie ogranicza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, w sytuacji gdy ograniczenie to nie jest wprowadzone w drodze ustawy i nie wskazano jaki ważny interes publiczny miałby być uzasadnieniem dla tego ograniczenia;
2. naruszenie art. 92 ust. 1 Konstytucji albowiem delegacja ustawowa zawarta w art. 30 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. PE nie zawiera wymaganych przez przepis Konstytucji wytycznych dotyczących treści Rozporządzenia w sprawie dywersyfikacji, które umożliwiałyby Radzie Ministrów poznanie intencji ustawodawcy;
3. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 56 ust. 1 pkt 12 PE w zw. z art. 32 ust. 3 PE poprzez:

a) przyjęcie, iż naruszenie warunku pkt. 2.4 koncesji (...) na obrót gazem ziemnym z zagranicą („Koncesja”) jest równoznaczne z nieprzebrzeganiem obowiązku wynikającego z koncesji, w sytuacji gdy obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy, o którym wspomina ww. pkt Koncesji wynika z Rozporządzenia w sprawie dywersyfikacji i jest jedynie powtórzony w Koncesji;

b) błędną wykładnię pojęcia „import” użytego w Koncesji, w szczególności poprzez przyjęcie, że pojęcie to odpowiada „importowi” w rozumieniu ustawy o podatku akcyzowym z 2004 r. („Ustawa akcyzowa”), która nie obowiązywała w dacie wydania Koncesji, w sytuacji gdy z zastosowanego w Koncesji zwrotu dotyczącego „importu” wynika, iż import jest możliwy z państw członkowskich Unii Europejskiej, podczas gdy Ustawa akcyzowa takiej możliwości nie przewiduje;

4. naruszenie art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego, poprzez nadanie przez Prezesa URE na potrzeby niniejszej sprawy pojęciu „import” innego znaczenia niż stosowane przez ten sam organ w publikowanych sprawozdaniach z działalności Prezesa URE;

5. naruszenie art. 2 i art. 7 Konstytucji, tj. zasady państwa prawa przez przyjęcie, iż można nałożyć karę pieniężną na (...), w sytuacji gdy podmiot ten nie ma możliwości, nawet teoretycznie, wypełnienia tego obowiązku bez zagrożenia bezpieczeństwa dostaw paliw gazowych do Polski i pozbawienia dostaw paliw gazowych części odbiorców;

6. naruszenie art. 56 ust. 6 PE poprzez wymierzenie kary pieniężnej bez uwzględnienia okoliczności, które winny mieć wpływ na jej wymierzenie tj. braku zawinienia oraz braku technicznych możliwości zrealizowania obowiązku dywersyfikacji.

Mając na względzie powyższe zarzuty, strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji w całości i orzeczenie, iż powód nie naruszył obowiązku wynikającego z koncesji oraz o zasądzenie od Prezesa URE na rzecz powoda, kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Ponadto strona powodowa wniosła o zwrócenie się na podstawie art. 193 Konstytucji oraz art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym co do zgodności Rozporządzenia w sprawie dywersyfikacji z Konstytucją. Powód wniósł również o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków:

- M. Ł. - na okoliczność: iż maksymalny import paliwa gazowego przez punkt (...) jest niewystarczający do wypełnienia wymogów Rozporządzenia w sprawie dywersyfikacji oraz konieczności uzyskania zgody Gazpromu na import przez pozostałe punkty wejścia do polskiego systemu przesyłowego oraz niemożliwości jej uzyskania; planów importu paliw gazowych z Norwegii.
- D. M. - na okoliczność: podejmowania prób nabywania paliwa gazowego z krajów Azji Środkowej od pośredników i ograniczonych możliwości dywersyfikacji nabycia paliw gazowych za ich pomocą oraz zawartych kontraktów na nabycie paliw gazowych; że zmniejszenie importu paliw gazowych z Federacji Rosyjskiej do poziomu wymaganego przez Rozporządzenie w sprawie dywersyfikacji spowodowałoby brak zaspokojenia zapotrzebowania niektórych odbiorców; umów zawieranych przez powoda, których rezultatem jest ułatwienie (...) S.A. rozbudowy połączeń polskiego systemu przesyłowego z systemami innych państw; zawarcia przez powoda umów nabycia paliwa gazowego z Federacji Rosyjskiej jako realizacji porozumień rządowych i podjęcia maksymalnych działań celem ograniczenia wielkości importu paliw gazowych z Federacji Rosyjskiej do Polski.

a także o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności, iż zmniejszenie importu paliw gazowych z Federacji Rosyjskiej do poziomu wymaganego przez Rozporządzenie w sprawie dywersyfikacji spowodowałoby brak zaspokojenia zapotrzebowania niektórych odbiorców.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes URE wniósł o oddalenie odwołania oraz zgłoszonych wniosków dowodowych i podtrzymał w całości stanowisko prezentowane w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

W pismach z dnia 10 października 2011 r. oraz z dnia 18 września 2012 r., strona powodowa podtrzymała wszystkie swoje dotychczasowe twierdzenia i wnioski dowodowe.

**Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:**

Powód - (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą energetycznym w rozumieniu ustawy - Prawo energetyczne, posiadającym koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na obrocie gazem zmiennym z zagranicą udzieloną decyzją Prezesa URE z dnia 17 kwietnia 2001 r., Nr (...), zmienioną decyzją z dnia 11 lipca 2008 r., Nr (...) (k.1-6 akt adm.)

Z przedłożonych przez powoda na wezwanie Prezesa URE wyjaśnień odnośnie kierunków zakupu gazu ziemnego w 2007 r., z wyszczególnieniem kraju i wolumenu zakupu wynika, iż w 2007 r. import wyniósł razem 9286,5 mln m<sup>3</sup> z czego:

- 6 219,2 [mln m<sup>(3)</sup> PN] - kraj pochodzenia: Rosja ((...)) - udział procentowy w całości 66,97%;
- 2 279,3 [mln m<sup>(3)</sup> PN] - kraj pochodzenia: Azja Środkowa ( (...)) - udział procentowy w całości 24,54%;
- 4,1 [mln m<sup>(3)</sup> PN] - kraj pochodzenia: Azji Środkowa lub Ukraina ((...)) - udział procentowy w całości 0,04%;
- 0,3 [mln m<sup>(3)</sup> PN] - kraj pochodzenia: Czechy ((...) a.s.) - udział procentowy w całości 0,00%;
- 783,1 [mln m<sup>3</sup> PN] – kraj pochodzenia Niemcy ( (...)) - udział procentowy w całości 8,45 %

W piśmie z dnia 12 maja 2008 r., Przedsiębiorca uściślił, iż gaz w ilości 2279,3 [mln m<sup>3</sup> PN] pochodzi z Uzbekistanu, a w ilości 4,1 [mln m<sup>3</sup> PN] pochodzi z Ukrainy (k.11 akt adm.)

Z wyjaśnień powoda wynika, iż w 2008 r. import gazu wyniósł łącznie 10 264,4 [w mln m<sup>3</sup> PN] - całkowita wartość importu, z czego:

- 7 056,7 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Rosja ((...)) - udział procentowy w całości 68,75%;
- 2 377,2 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Azja środkowa ( (...)) AG) - udział procentowy w całości 23,16%;
- 4,8 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Azja środkowa lub Ukraina ( (...)) ((...)) - udział procentowy w całości 0,05%;
- 0,3 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Czechy ((...) a.s.) - udział procentowy w całości 0,00%;
- 440,2 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Niemcy ((...) - (...)) - udział procentowy w całości 4,29%;
- 240,0 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Niemcy ( (...)/e.on R.) - udział procentowy w całości 2,34%;
- 36,0 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Niemcy (wymiana (...)) - udział procentowy w całości 0,35%;

109,2 [w mln m<sup>3</sup> PN] - kraj pochodzenia: Niemcy ( (...)(...)) -

udział procentowy w całości 1,06%.

Całkowita ilość przywozu gazu ziemnego zakupionego przez powoda w 2007 r. wyniosła 9.286,0 mln m<sup>3</sup>(PN) zaś w 2008r. 10.264,4 mln m<sup>3</sup>(PN).

Odnośnie kraju pochodzenia gazu ziemnego sprowadzonego przez powoda na podstawie umów z (...) pozwany przyjął, że krajem pochodzenia są Niemcy.

Dokonując wykładni pojęcia „import” w świetle postanowień ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym Prezes URE przyjął w decyzji, że udział gazu ziemnego importowanego z Rosji w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w roku 2007 wyniósł 73,14% a w roku 2008 r. wyniósł 74,76%. Prezes URE przyjął, że udział gazu importowanego z poszczególnych krajów w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w 2007 r. przedstawiał się następująco:

- 73,14% - kraj pochodzenia: Rosja;
- 26,81% - kraj pochodzenia: Azja środkowa (Uzbekistan);
- 0,05% - kraj pochodzenia: Ukraina

a w roku 2008 r. wynosił :

-74,76% - kraj pochodzenia: Rosja;

- 25,19% - kraj pochodzenia: Azja środkowa;
- 0,05% - kraj pochodzenia: Azja środkowa lub Ukraina.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2009 r., Prezes URE zawiadomił Przedsiębiorcę o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie wymierzenia kary pieniężnej w związku z nieprzestrzeganiem przez powoda obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy w 2007 i 2008 roku, a tym samym naruszeniu warunku udzielonej przedsiębiorcy koncesji .

W dniu 16 grudnia 2010 r. Prezes URE wydał zaskarżoną decyzję.

***W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.***

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokonując oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego stanął na stanowisku, że zaskarżona decyzja w części stwierdzającej naruszenie warunku koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą jest prawidłowa i znajduje uzasadnienie w przepisach prawa, zaś zarzuty podnoszone przez powoda w odwołaniu nie mogą skutkować jej uchYLENIEM.

Stosowanie do treści art. 46 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r., o swobodzie działalności gospodarczej, (podobnie jak w ustawie z dnia 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej) „uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie (...) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią”. Ust 2 tegoż artykułu stanowi natomiast, że, szczegółowy zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw.

Zgodnie z treścią art. art. 32 ust 1 pkt 4 ustawy - Prawo energetyczne uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie (...) obrotu paliwami lub energią (...). Ust 2 cytowanego artykułu stanowi, że koncesje na prowadzenie działalności w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą, będą wydawane z uwzględnieniem dywersyfikacji źródeł gazu oraz bezpieczeństwa energetycznego.

Zagadnienia dotyczące poziomu niezbędnej dywersyfikacji zostały określone w akcie wykonawczym do ustawy tj. w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r., w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego (Dz.U. nr 95, poz. 1042), wydanym na podstawie delegacji ustawowej z art. 32 ust 3 ustawy - Prawo energetyczne.

Warunek 2.4 koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą udzielonej powodowi decyzją Prezesa URE z dnia 17 kwietnia 2001 r., stanowił, że „maksymalny udział gazu ziemnego importowanego przez Koncesjonariusza z jednego kraju pochodzenia innego niż państwo członkowskie Unii Europejskiej, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku nie może być wyższy niż określony w §1 ust 1 pkt 1-5, w związku z ust 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r., w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego (Dz.U Nr 95, poz. 1042)”. W świetle warunku 2.5 Koncesji w brzmieniu ustalonym decyzją z dnia 11 lipca 2008 r., „Koncesjonariusz jest obowiązany do dywersyfikacji kierunków dostaw gazu ziemnego z zagranicy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami”.

§1 ust 1 pkt 3 rozporządzenia dywersyfikacyjnego stanowi , że maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku w latach 2005-2009, nie mógł być wyższy niż 72%. Zgodnie z ustępem 2 powołanego przepisu ,przepis ust 1 stosuje się odpowiednio do przedsiębiorstw energetycznych, którym będą wydawane koncesje na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu hurtowego gazem ziemnym z zagranicą.

Z powyższych uregulowań, a także treści warunku 2.4 i 2.5 koncesji wynika, że powód obowiązany był do dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy tak aby maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w latach 2007 i 2008 nie mógł być wyższy niż 72%

W niniejszej sprawie sporna pomiędzy stronami jest wykładnia użytego w koncesji pojęcia „import” mająca wpływ na ocenę wykonania przez powoda obowiązku koncesyjnego.

Zdaniem Prezesa URE podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię importu towarów są przepisy ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. Nr 29, poz. 257 z późn. zm.), obowiązującej w 2008 r.

Zgodnie z art. 2 pkt 9 powyższej ustawy import oznaczał przywóz wyrobów akcyzowych z terytorium państw trzecich na terytorium kraju. Przy czym, zgodnie z art. 2 pkt 5 i 7 powołanej ustawy terytorium państwa trzeciego oznacza terytorium inne niż terytorium kraju i terytorium państwa członkowskiego Wspólnoty Europejskiej. Z powyższego wynika, że w zakres przedmiotowy importu nie wchodzi osobno zdefiniowane nabycie wewnątrzspółnotowe.

Kwestia importu została podobnie zdefiniowana w art. 2 pkt. 7 obowiązującej od dnia 1 marca 2009 r., ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. nr 3, poz. 11).

Na podstawie powołanych uregulowań Prezes URE stwierdził, że gaz ziemny sprowadzony w ramach nabycia wewnątrzspółnotowego nie jest uwzględniany przy obliczeniu udziału, o którym mowa w §1 ust 1 pkt 3 rozporządzenia dywersyfikacyjnego i na tej podstawie wyliczył udział gazu importowanego z Rosji w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w 2007 i 2008 r., stwierdzając naruszenie przez powoda obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy w 2007 i 2008 roku a tym samym naruszenie warunków 2.4 i 2.5 koncesji w brzmieniu wyżej powołanym.

W ocenie Sądu wykładnia pojęcia import zastosowana przez Prezesa URE w zaskarżonej decyzji polegająca na interpretacji zapisów rozporządzenia dywersyfikacyjnego w oparciu o przepisy obowiązujące w okresie objętym naruszeniem obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy tj w latach 2007-2008, jest prawidłowa.

Ponieważ pojęcie „importu” nie zostało wprost zdefiniowane w przepisach Prawa energetycznego należało posłużyć się definicją jaką zawierały przepisy ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym. Zgodnie z art. 2 pkt 9

powołanej ustawy import oznaczał przywóz towarów akcyzowych z terytorium państw trzecich na terytorium kraju . Przy czym w myśl art. 2 pkt. 5 i 7 ustawy terytorium państwa trzeciego oznaczało terytorium inne niż terytorium państwa członkowskiego Wspólnoty Europejskiej. Podobną konstrukcję zawierała definicja importu w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług , w której przez terytorium państwa trzeciego rozumie się terytorium państwa niewchodzącego w skład terytorium Wspólnoty.

Należy ponadto zauważyć , iż zakres obowiązku powoda precyzowały także powołane wcześniej zapisy warunków udzielonej powodowi koncesji ,z których wprost wynikało, że zakres przedmiotowy importu nie obejmował nabycia wewnątrzspółnotowego, polegającego na przemieszczeniu wyrobów z terytorium państwa członkowskiego na terytorium kraju.

W konsekwencji za prawidłowe należało uznać nieuwzględnienie przez Prezesa URE przy obliczaniu maksymalnego udziału gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia , w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w danym roku ( o którym mowa w §1ust 1 pkt. 3 rozporządzenia dywersyfikacyjnego) - gazu ziemnego sprowadzonego w ramach wewnątrzspółnotowego nabycia.

W związku z powyższym z przeprowadzonych w trakcie postępowania administracyjnego ustaleń wynika , że w roku 2007 powód dokonał importu gazu ziemnego z Rosji w ilości 6.219,2 mln m<sup>3</sup> a w roku 2008 w ilości 7.056,7 mln m<sup>3</sup> , co stanowiło odpowiednio 73,14% i 74,76% całkowitego wolumenu gazu ziemnego importowanego przez powoda w tych latach .Powyższe ustalenia wskazują , że powód naruszył tym samym przepisy dotyczące dywersyfikacji źródeł gazu oraz jeden z warunków udzielonej mu koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą.

Odnosząc się do zarzutu odwołania- błędnego przyjęcia , że obowiązek przestrzegania rozporządzenia w sprawie dywersyfikacji jest obowiązkiem wynikającym z koncesji , należało stwierdzić , że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia , że organ koncesyjny ( Prezes URE) nie posiada uprawnienia do określania w koncesji warunków wykonywania działalności gospodarczej , które nie wynikałyby z przepisów obowiązującego prawa. Wobec tego uznać należy ,ze przepis art. 32 ust 2 PE określa publicznoprawny obowiązek zdywersyfikowania źródeł gazu , którego adresatami są podmioty prowadzące na podstawie koncesji działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem z zagranicą.

Określony w powołanym przepisie publicznoprawny obowiązek zdywersyfikowania źródeł gazu służy uniknięciu sytuacji zagrażającej bezpieczeństwu energetycznemu poprzez zawarcie go w warunkach wydawanych koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą .Z treści warunków 2.4 i 2.5 wydanych powodowi koncesji wynikają zatem dla koncesjonariusza konkretne obowiązki mające oparcie w treści bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 32 ust 2 PE. Naruszenie przez koncesjonariusza tego obowiązku , skonkretyzowanego w warunkach udzielonej przedsiębiorcy koncesji , stanowi zatem naruszenie warunków koncesji , co świetle art. 56 ust 1 pkt 12 PE podlega karze pieniężnej.

W ocenie Sądu w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania art. 56 ust 6a PE , pozwalający na odstąpienie od wymierzenia kary w przypadku łącznego spełnienia wskazanych w nim przesłanek z uwagi na fakt , ze import gazu ziemnego ma istotny wpływ na bezpieczeństwo energetyczne kraju i dlatego nie można uznać stopnia szkodliwości czynu powoda polegającego na nieprzestrzeganiu warunku 2.4 i 2.5 koncesji za czyn o znikomej szkodliwości .

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 22 Konstytucji poprzez wydanie decyzji w oparciu o Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy, które to rozporządzenie ogranicza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, w sytuacji gdy ograniczenie to nie jest wprowadzone w drodze ustawy i nie wskazano jaki ważny interes publiczny miałby być uzasadnieniem dla tego ograniczenia, Sąd uznał go także za bezzasadny . Podzielając w całości stanowisko Prezesa URE prezentowane w tej kwestii w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie, należy dodać , iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny (np.: Z.Muras (red.), M.Swora (red.), Prawo energetyczne. Komentarz, Lex 2010), „koncesjonowanie stanowi wyjątek od zasady swobody działalności gospodarczej”. „Koncesja stanowi zatem jeden z przejawów

prawnej reglamentacji gospodarczej, której celem jest ograniczenie swobody działalności gospodarczej ze względu na bezpieczeństwo państwa, obywateli czy inny ważny interes publiczny”. Oznacza to, iż wprowadzając przepisy o koncesjonowaniu niektórych dziedzin działalności gospodarczej, ustawodawca dopuszcza w tym zakresie ograniczenie swobody działalności gospodarczej mając na względzie, ważny z punktu widzenia państwa, interes publiczny. Co istotne udzielenie koncesji ma miejsce na wniosek Przedsiębiorcy tj. podmiotu zawodowo zajmującego się prowadzeniem działalności gospodarczej, po spełnieniu przez niego określonych w ustawie - Prawo energetyczne warunków. Przedsiębiorca ubiegając się więc o udzielenie koncesji, winien mieć na względzie charakter tej szczególnie rygorystycznej działalności gospodarczej oraz to, iż stanowi ona wyjątek od reguły swobody działalności gospodarczej. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, iż w udzielonej Przedsiębiorcy w dniu 17 kwietnia 2001 r., koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą, w pkt 2.4. został nałożony obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy w sposób określony w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 października 2000 r., w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego (Dz.U Nr 95, poz. 1042). Natomiast w decyzji zmieniającej z dnia 11 lipca 2008 r., w pkt 2.5. na Przedsiębiorcę został nałożony obowiązek do dywersyfikacji kierunków dostaw gazu ziemnego z zagranicy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Oznacza to w konsekwencji, iż obowiązek o którym mowa powyżej, pochodzi z udzielonej przedsiębiorcy koncesji, wydanej na podstawie przepisów ustawy - Prawo energetyczne m.in. art. 32 ust 2 oraz art. 37 ust 5, nie zaś z rozporządzenia, które zostało wydane na podstawie art. 32 ust 3 ustawy - Prawo energetyczne i określa jedynie w sposób procentowy, maksymalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, w stosunku do całkowitej wielkości gazu importowanego w poszczególnych latach. Reasumując wskazać należy, iż przedmiotowe rozporządzenie nie jest źródłem obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego lecz stanowi uszczegółowienie obowiązku wynikającego z art. 32 ust 2 ustawy – Prawo energetyczne, oraz warunków udzielonej powodowi koncesji.

W ocenie Sądu nie zasługuje również w pełni na uwzględnienie zarzut niemożności wypełnienia przez powoda obowiązków w zakresie dywersyfikacji źródeł importowanego przez niego gazu z uwagi na uwarunkowania, na które powód nie miał wpływu – brak technicznych możliwości zwiększenia importu z innych poza wschodnimi kierunków. Zważyć bowiem należy, że powód jako profesjonalny podmiot działający na rynku od lat miał świadomość wymagań wynikających z koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą, uzyskanej przez niego w 2001 r. (w tym także co do ograniczeń wynikających z istniejących połączeń technicznych polskiego systemu przesyłowego), a zatem miał też możliwość wyboru podjęcia z wyprzedzeniem odpowiednich działań, które pozwoliłyby mu na wypełnienie ciężących na nim obowiązków koncesyjnych w latach 2007 i 2008. Okoliczności podejmowania przez powoda działań mających na celu wypełnienie obowiązku dywersyfikacji, na których wykazanie powód zgłosił w odwołaniu wnioski dowodowe z zeznań świadków i opinii biegłego, nie były kwestionowane przez stronę pozwaną. Działania te nie doprowadziły jednakże do wypełnienia warunków koncesji.

Twierdzenie zaś powoda, że ograniczenie importu paliwa gazowego z Rosji spowodowałoby naruszenie przez (...) zobowiązań kontraktowych lub mogłoby spowodować brak zapotrzebowania w paliwo gazowe niektórych odbiorców nie może stanowić podstawy nieprzestrzegania warunków koncesji polegających na dywersyfikacji źródeł gazu, opartych na bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa.

Odnosząc się do wysokości nałożonej kary Sąd uznał za zasadne obniżenie jej wymiaru w ¼ tj. do kwoty 1.500 000 zł stanowiącej ok. (...) przychodu osiągniętego przez powoda w 2009 r. z działalności koncesjonowanej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą. Na obniżenie wysokości kary miały wpływ wskazane w odwołaniu i nie zakwestionowane przez Prezesa URE trudności i przeszkody jakie uniemożliwiły powodowi nabycie gazu z innego kierunku niż kierunek wschodni (Rosja), co jak wskazywano nie zwalniało powoda z wypełnienia ustawowego obowiązku jaki przyjął na siebie w udzielonej mu koncesji.

Wobec powyższego, Sąd stwierdził, że kara w wysokości 1 500 000 zł, stanowiąca ok. (...) przychodu Przedsiębiorcy z działalności koncesjonowanej w zakresie obrotu gazem ziemnym, osiągniętego w 2009 r., jest karą adekwatną i odpowiednią, a jej wymiarzenie znajduje uzasadnienie w treści art. 56 ust. 1 pkt. 12 i ust. 2 ustawy Prawo energetyczne.



Kara ta mieści się w granicach określonych w art. 56 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne, a przy określeniu jej wymiaru uwzględnione zostały okoliczności wymienione w art. 56 ust. 6 Prawa energetycznego.

Biorąc powyższe względy pod uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł jak w sentencji na podstawie art. 479<sup>53</sup> §2 k.p.c.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto na mocy art. 100 k.p.c. stosunkowo je rozdzielając, stosownie do proporcji roszczeń dochodzonych i uwzględnionych.

SSO Hanna Kulesza