

# Wybrane aspekty dotyczące formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego w Polsce na przykładzie Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A.

## Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Wyznaczenie i procedura certyfikacji OSP – zarys regulacji
- III. Kryteria niezależności OSP
- IV. Forma prawna i własnościowa OSP w świetle art. 9k ustawy – Prawo energetyczne
- V. Podsumowanie

## Streszczenie

Celem artykułu jest analiza formy prawnej i własnościowej operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego (OSPe) w Polsce, m.in. w kontekście niezależności OSP, której granice wyznaczają zasady związane z rozdziałem właścicielskim.

**Słowa kluczowe:** operator systemu przesyłowego; wyznaczenie OSP; niezależność OSP; procedura certyfikacji.

**JEL:** K23

## I. Wprowadzenie

Operatorzy systemów przesyłowych odgrywają istotną rolę w zakresie powstania wewnętrznego rynku energii elektrycznej (jak również gazu) w Unii Europejskiej (dalej: UE). Należy bowiem zauważyć, iż wspólny rynek energii elektrycznej obejmujący wszystkie państwa członkowskie UE wymaga „fizycznego przemieszczania” energii za pomocą sieci przesyłowych eksploatowanych<sup>1</sup> przez krajowych operatorów sieci przesyłowych (dalej: OSP)<sup>2</sup>. Obowiązki, do realizacji których zobowiązane są niniejsze podmioty zarządzające infrastrukturą sieciową, stanowią warunek *sine qua non* funkcjonowania rynków energii elektrycznej w sposób transparentny, niedyskryminacyjny, weryfikowalny i gwarantujący unijnym przedsiębiorstwom energetycznym równość dostępu do konsumentów krajowych<sup>3</sup>.

\* Mateusz Radziński – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Uniwersytetu Łódzkiego; e-mail: matrad23@gmail.com.

<sup>1</sup> Eksploatacja sieci obejmuje szereg działań m.in. utrzymanie, zarządzanie, rozbudowywanie czy też udostępnianie innym przedsiębiorstwom w celu przesyłania energii; M. Szydło (2005). Dostęp do sieci infrastrukturalnych na zliberalizowanych rynkach Unii europejskiej. PIP, 1, s. 79.

<sup>2</sup> A. Walaszek-Pyziół (2012). ENTSO-E – nowa forma instytucjonalnego współdziałania w celu stworzenia wspólnego rynku energii elektrycznej na obszarze Unii Europejskiej. PUG, 9, s. 2.

<sup>3</sup> M. Nowacki (2013). Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych w Polsce – uwagi *de lege lata i de lege ferenda* w świetle prawa Unii Europejskiej. W: A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja – innowacja w sektorze energetycznym*. Warszawa: C.H. Beck, s. 152.

Główny trzon regulacji dotyczącej zasad funkcjonowania operatorów systemów przesyłowych w Polsce – w kontekście tematu niniejszego artykułu – został implementowany przez polskiego ustawodawcę w art. 9d, 9h, 9h<sup>1</sup>, 9h<sup>2</sup> oraz 9k ustawy – Prawo energetyczne (dalej: Pe). Artykuł 9d reguluje kwestie związane z zapewnieniem niezależności OSP<sup>4</sup>. Artykuł 9h odnosi się po pierwsze, do procedury wyznaczania niezależnych operatorów przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, po drugie, determinuje liczbę OSP działających na terytorium Polski<sup>5</sup>. Artykuł 9h<sup>1</sup> oraz 9h<sup>2</sup> stanowią implementację przepisów związanych z procedurą certyfikacji OSP, mającą na celu zbadanie czy dany podmiot wypełnia wszystkie wymogi niezależności konieczne do wyznaczenia go na operatora sieci przesyłowej. Z kolei art. 9k przesądza o formie prawnej i strukturze własnościowej operatora sieci przesyłowej, stanowiąc, że może nim być jedynie spółka akcyjna, której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa.

## II. Wyznaczenie OSP – zarys regulacji

OSP następuje w drodze decyzji prezesa URE, wydanej na czas określony na wniosek lub z urzędu<sup>6</sup>. Operatorem może zostać albo właściciel infrastruktury przesyłowej, albo przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na przesyłanie energii elektrycznej, z którym właściciel infrastruktury przesyłowej zawarł umowę powierzającą temu operatorowi pełnienie obowiązków operatorskich z jej wykorzystaniem<sup>7</sup>. Przy czym należy zauważyć, iż dyrektywa 2009/72/WE<sup>8</sup> wprowadziła istotne zmiany w stosunku do poprzednio obowiązujących regulacji w omawianym zakresie<sup>9</sup>. Otóż obecnie dany podmiot może zostać zatwierdzony i powołany na operatora systemu przesyłowego po uzyskaniu certyfikacji potwierdzającej spełnienie kryteriów niezależności, o których mowa w art. 9d ust. 1a ustawy Pe<sup>10</sup>. Uzyskanie takowego „certyfikatu niezależności” stanowi zatem warunek *sine qua non* wyznaczenia danego przedsiębiorstwa energetycznego operatorem systemu przesyłowego<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Problematyka niezależności OSP wiąże się bezpośrednio z zagadnieniem dotyczącym instytucji *unbundlingu*, tj. instytucji zmierzającej do odseparowania od siebie z jednej strony działalności mającej za przedmiot przesyłanie i dystrybucję energii oraz z drugiej – działalności mającej za przedmiot jej wytwarzanie oraz sprzedaż. Innymi słowy ma ona za zadanie usuwać lub minimalizować konflikt interesów powstający tam, gdzie w ramach danego przedsiębiorstwa prowadzona jest jednocześnie działalność mająca charakter monopolu naturalnego oraz nieposiadająca takiego atrybutu, tj. działalność, co do której istnieją przesłanki, aby ją wykonywać w warunkach konkurencji. Istotą *unbundlingu* jest więc ingerencja w strukturę przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo (chodzi tu zarówno o strukturę księgową, organizacyjną, personalną, własnościową, kapitałową), zmierzająca do zapewnienia równych i efektywnych warunków konkurencji wszystkim uczestnikom rynku energetycznego. Natężenie tej ingerencji, czyli stopień wpływu *unbundlingu* na strukturę wewnętrzną przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo zależeć będzie od przyjętej formy rozdziału (od najłagodniejszej w postaci *unbundlingu* księgowego, poprzez pogłębione formy *unbundlingu* prawnego i funkcjonalnego, aż po najbardziej rygorystyczny *ownership unbundling*, tj. rozdział własnościowy). *Unbundling* nie jest zatem instrumentem jednolitym i różni się co do charakteru, zakresu i sposobu oraz skutków dla sytuacji prawnej przedsiębiorstw energetycznych; M. Radziński (2015). Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo a problematyka inwestorów finansowych w świetle przepisów dyrektywy 2009/72/WE. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3, s. 8–9; zob. również: M. Szydło (2007). *Unbundling własnościowy (ownership unbundling) jako instrument regulacyjny w sektorze energetycznym (cz. I i II)*. PUG, 2–3; M. Pawełczyk (2011). *Unbundling jako przejaw prokonkurencyjnych mechanizmów europeizacji prawa energetycznego*. W: H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck, s. 431–448; M. Będkowski-Koziół (2014). *Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym – elektroenergetyce, gazownictwie i energetyce ciepłej*. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom XV. Prawo konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, s. 1391–1415; K. Strzyczkowski (2011). *Prawo Gospodarcze Publiczne*. Warszawa: LexisNexis, s. 566–570.

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 9h ust. 2 ustawy PE *na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyznacza się jednego operatora systemu przesyłowego gazowego albo jednego operatora systemu połączonego gazowego i jednego operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego albo jednego operatora systemu połączonego elektroenergetycznego*.

<sup>6</sup> Zob. art. 9h ust. 1 oraz art. 9h ust. 9 ustawy Pe.

<sup>7</sup> Zob. art. 9h ust. 3 ustawy Pe.

<sup>8</sup> Dyrektywa 2009/72/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.07.2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE z 14.8.2009 r. L 211/55).

<sup>9</sup> Na gruncie Dyrektywy 2003/54/WE państwa członkowskie były zobowiązane do wyznaczenia lub nałożenia na przedsiębiorstwo posiadające systemy przesyłowe obowiązku wyznaczenia jednego lub więcej operatorów systemu, na okres wskazany przez państwo członkowskie przy uwzględnieniu wymogu skuteczności i równowagi gospodarczej. Ponadto państwa członkowskie zobowiązane były do zapewnienia, iż tak wyznaczone podmioty są odpowiednio wydzielone i zachowują odpowiedni poziom poufności (art. 8 Dyrektywy 2003/54/WE).

<sup>10</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 1 ustawy Pe.

<sup>11</sup> T. Długosz (2013). W: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze* (t. 8b). Warszawa: C.H. Beck, s. 227.

Prezes URE wyznacza OSP na wniosek właściciela sieci przesyłowej, z którym ten powinien wystąpić w terminie 30 dni liczonych od dnia uzyskania przez przedsiębiorstwo energetyczne certyfikatu niezależności lub upływu terminu do jego wydania<sup>12</sup>. Należy przy tym zgodzić się z opinią, w świetle której w miejsce właściciela z wnioskiem o wyznaczenie na operatora systemu nie może wystąpić podmiot dysponujący koncesją na wykonywanie działalności w danej sieci lub instalacji<sup>13</sup>. Ponadto, Prezes URE jest uprawniony do wyznaczenia z urzędu koncesjonowanego przedsiębiorstwa energetycznego na operatora systemu w sytuacji, gdy właściciel sieci przesyłowej nie złożył wniosku o wyznaczenia operatora lub gdy Prezes URE odmówił wyznaczenia operatora określonego we wniosku złożonym przez właściciela<sup>14</sup>.

Prezes URE wyznaczając operatora systemu, bierze pod uwagę efektywność ekonomiczną, skuteczność zarządzania systemem elektroenergetycznym, bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej, spełnienie przez operatora warunków i kryteriów niezależności, okres obowiązywania koncesji, jak również zdolność do wypełniania obowiązków wynikających z odpowiednich rozporządzeń unijnych dotyczących przesyłu energii elektrycznej<sup>15</sup>. W sytuacji, w której dany podmiot nie spełnia warunków i kryteriów gwarantujących właściwe funkcjonowanie systemu, Prezes URE odmawia wyznaczenia OSP<sup>16</sup>.

U źródeł procedury certyfikacji, w której bierze udział Komisja Europejska oraz w pewnych wypadkach Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (ACER), leży chęć zagwarantowania większej kontroli nad podmiotami odgrywającymi rolę operatorów przesyłowych oraz zagwarantowania większej transparentności co do ich powiązań<sup>17</sup>. Wprowadzenie tego dodatkowego wymogu ma służyć przede wszystkim zapewnieniu, iż podmiot wyznaczony na operatora systemu przesyłowego spełnia wymogi w zakresie wybranej formy rozdziału (tj. rozdziału własności, ISO, ITO lub ITO+)<sup>18</sup>.

Procedura certyfikacji implementowana została do krajowego porządku w ramach art. 9h<sup>1</sup> ustawy PE<sup>19</sup>. Zgodnie z niniejszym artykułem potwierdzeniem spełnienia przez operatora systemu przesyłowego kryteriów niezależności od innej działalności niezwiązanej z przesyłaniem jest certyfikat niezależności przyznawany przez Prezesa URE. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki przyznaje certyfikat niezależności na wniosek właściciela sieci przesyłowej, z urzędu

<sup>12</sup> Zob. art. 9h ust. 6 ustawy Pe.

<sup>13</sup> Z. Muras (2010). W: M. Swora, Z. Muras, *Prawo energetyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer, s. 728.

<sup>14</sup> Zob. art. 9h ust. 9 ustawy Pe.

<sup>15</sup> Zob. art. 9h ust. 7 ustawy Pe.

<sup>16</sup> Zob. art. 9h ust. 8 ustawy Pe.

<sup>17</sup> R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz Urz. UE L 09.211.55), Lex/el., s. 14.

Znaczenie procedury certyfikacji podkreślone zostało ponadto w motywie 24 preambuły Dyrektywy 2009/72/WE, zgodnie z którym: *W pełni skuteczne oddzielenie działalności sieciowej i działalności w zakresie dostaw i wytwarzania powinno mieć zastosowanie w całej Wspólnocie, zarówno wobec przedsiębiorstw ze Wspólnoty, jak i tych spoza Wspólnoty. W celu zapewnienia, aby działalność sieciowa oraz działalność w zakresie dostaw i wytwarzania w całej Wspólnocie były od siebie niezależne, organy regulacyjne powinny zostać uprawnione do odmowy przyznania certyfikacji operatorom systemów przesyłowych, którzy nie spełniają kryteriów rozdziału. Aby zapewnić konsekwentne stosowanie tych zasad na całym obszarze Wspólnoty, organy regulacyjne powinny w jak najwyższym stopniu uwzględniać opinię Komisji przy podejmowaniu decyzji w sprawie certyfikacji. Ponadto w celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań międzynarodowych Wspólnoty oraz solidarności i bezpieczeństwa energetycznego we Wspólnocie, Komisja powinna mieć prawo do wydawania opinii w sprawie certyfikacji w odniesieniu do właściciela systemu przesyłowego lub operatora systemu przesyłowego kontrolowanego przez osobę lub osoby z kraju trzeciego lub z krajów trzecich.*

<sup>18</sup> Commission staff working paper on certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union, 21.09.2011, SEC(2011) 1095 final, s. 2.

<sup>19</sup> W przypadku gdy o certyfikację występuje podmiot, który jest kontrolowany przez osobę lub osoby z kraju trzeciego lub z krajów trzecich, procedura zawarta w art. 9h<sup>1</sup> ustawy Pe zastępowana jest procedurą określoną w art. 9h<sup>2</sup> dotyczącym certyfikacji w odniesieniu do krajów trzecich. Można więc uznać, iż art. 9h<sup>2</sup> ustawy Pe stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 9h<sup>1</sup> ustawy Pe.

(w przypadku braku stosownego wniosku właściciela sieci przesyłowej) lub na wniosek Komisji Europejskiej<sup>20</sup>.

Nowe regulacje prawne przewidują znacznie szerszy zakres współpracy i koordynacji na poziomie Unii Europejskiej przy wyznaczaniu OSP<sup>21</sup>. Należy bowiem zauważyć, iż Prezes URE przed przyznaniem certyfikatu niezależności zajmuje stanowisko w sprawie jego przyznania i przekazuje je Komisji Europejskiej wraz z wnioskiem o wydanie opinii w sprawie spełniania warunków i kryteriów niezależności<sup>22</sup>. Tym samym procedura certyfikacji przebiega niejako dwuetapowo, tj. decyzja krajowego organu regulacyjnego uzyskuje moc wiążącą dopiero po przeprowadzeniu konsultacji z Komisją Europejską<sup>23</sup>.

Jeżeli Komisja nie wyda opinii w terminie dwóch miesięcy (lub w przypadku zwrócenia się przez Komisję do ACER, danego państwa członkowskiego UE lub innego zainteresowanego podmiotu z wnioskiem o zajęcie stanowiska, w terminie czterech miesięcy), przyjmuje się, że opinia Komisji jest pozytywna<sup>24</sup>. Prezes URE po stwierdzeniu, iż dane przedsiębiorstwo energetyczne spełnia kryteria niezależności przyznaje temu przedsiębiorstwu certyfikat niezależności w terminie dwóch miesięcy od wydania przez Komisję opinii<sup>25</sup> (lub upływie terminu – dwóch lub czterech miesięcy – do jej wydania)<sup>26</sup>. Jeżeli Prezes URE nie wyda w wzmiankowanym powyżej terminie decyzji, przyjmuje się, iż certyfikat został przyznany<sup>27</sup>. W sytuacji, w której stwierdzone zostanie, iż dany podmiot nie spełnia kryteriów niezależności, Prezes URE określa w drodze decyzji kryteria, które nie zostały spełnione oraz wyznacza termin na podjęcie działań mających na celu ich spełnienie<sup>28</sup>.

Decyzja Prezesa URE dotycząca przyznania danemu przedsiębiorstwu certyfikatu niezależności, wraz z opinią Komisji Europejskiej, ogłaszana jest niezwłocznie w Biuletynie URE<sup>29</sup>.

Kończąc tę część rozważań, należy zauważyć, iż przedsiębiorstwo energetyczne, któremu przyznano certyfikat niezależności, jest zobowiązane poinformować Prezesa URE o planowanych transakcjach lub działaniach, które mogą mieć wpływ na spełnienie przez to przedsiębiorstwo kryteriów niezależności, w terminie 14 dni od dnia podjęcia decyzji lub powzięcia wiadomości o tych transakcjach lub działaniach<sup>30</sup>. Wydaje się, iż celem niniejszego przepisu jest zwiększenie nadzoru nad operatorem przez organ regulacyjny poprzez umożliwienie mu kontroli zmian, np. w zakresie

<sup>20</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 2 ustawy Pe. Można w tym miejscu podkreślić, iż procedura certyfikacji odnosi się w jednakowym stopniu do podmiotów prywatnych, jak i publicznych.

<sup>21</sup> R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE..., s. 15.

<sup>22</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 3 ustawy Pe. Tym samym KE, w trakcie niniejszego postępowania, może zgłosić swoje uwagi, zob. M. Nowacki (2015). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 164.

<sup>23</sup> Z. Muras (2013). Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji rynku gazu i energii *de lege lata i de lege ferenda*. W: M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*. Lublin: Wydawnictwo KUL, s. 180.

<sup>24</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 4 ustawy Pe.

<sup>25</sup> Pomimo iż przedmiotowa opinia nie ma charakteru wiążącego, wydaje się, iż w praktyce jakiegokolwiek odstępstwo ze strony krajowego organu regulacyjnego w tym zakresie wymagać będzie wyraźnego wskazania i uzasadnienia danych rozbieżności. Nieco odmiennie wygląda sytuacja w przypadku certyfikacji OSP w oparciu o model ISO+. W tej sytuacji bowiem decyzja KE o udzieleniu zgody na certyfikację takiego operatora (lub też jej odmowa) ma charakter wiążący, zob. C. Jones (ed.) (2010). *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market – The Third Liberalisation Package*, Claeys & Casteels, s. 114; R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE L 09.211.55), Lex/el. 2011, art. 9 ust. 10 dyrektywy 2009/72/WE.

<sup>26</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 5 ustawy Pe.

<sup>27</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 6 ustawy Pe.

<sup>28</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 12 ustawy Pe.

<sup>29</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 9 ustawy Pe.

<sup>30</sup> Zob. art. 9h<sup>1</sup> ust. 10 ustawy Pe.



struktury prawnej, organizacyjnej, personalnej, czy kapitałowej, będących wynikiem określonych transakcji lub działań, które w istotny sposób mogłyby wpłynąć na kwestie istniejących na rynku energii elektrycznej powiązań, zagrażając tym samym niezależności samego OSP.

### III. Kryteria niezależności OSP

Kryteria niezależności operatora systemu przesyłowego zostały unormowane w art. 9d ust. 1–1c ustawy Pe<sup>31</sup>. Zgodnie z art. 9d ust. 1 ustawy Pe operator systemu przesyłowego oraz operator systemu połączonego pozostają pod względem formy prawnej i organizacyjnej oraz podejmowania decyzji niezależni od wykonywania innych działalności niezwiązanych z:

- 1) przesyłaniem, dystrybucją lub magazynowaniem paliw gazowych, lub skraplaniem gazu ziemnego, lub regazyfikacją skroplonego gazu ziemnego w instalacjach skroplonego gazu ziemnego albo
- 2) przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej.

W celu zapewnienia niezależności OSP, art. 9d ust. 1a ustawy PE stanowi, iż po pierwsze, ta sama osoba lub podmiot nie może bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu<sup>32</sup> lub wykonywać innych praw<sup>33</sup> względem przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną oraz bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu lub wykonywać innych praw względem operatora systemu przesyłowego lub połączonego ani wywierać decydującego wpływu na system przesyłowy lub system połączony. Zasady te uniemożliwiają zatem jednoczesne sprawowanie kontroli nad OSP i posiadanie jakichkolwiek praw lub jakiegokolwiek kontroli nad działalnością w zakresie wytwarzania i dostaw i *vice versa*.

Po drugie, osoba taka nie może powoływać członków rady nadzorczej, zarządu lub innych organów uprawnionych do reprezentacji operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu połączonego ani względem systemu przesyłowego lub połączonego oraz bezpośrednio lub pośrednio wywierać decydującego wpływu, lub wykonywać praw względem przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną. Celem tej zasady jest, aby podmiot mający jakikolwiek wpływ na działalność w zakresie dostaw lub wytwarzania nie mógł mieć wpływu na

<sup>31</sup> Są to kryteria swoiste dla instytucji *unbundlingu* własnościowego stanowiącego najbardziej radykalną formę ingerencji w strukturę przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo, tj. powodującą najgłębsze rozdzielenie działalności sieciowej od pozostałych rodzajów działalności w sektorze energetycznym. Jak słusznie zauważa M. Będkowski-Kozioł, instrument ten jakkolwiek może przybrać różne formy, zasadniczo polega na ingerencji w dwa rodzaje uprawnień majątkowych przysługujących pionowo zintegrowanemu przedsiębiorstwu energetycznemu. Po pierwsze, rozdział ten prowadzi do ingerencji w prawo własności związane z aktywami sieciowymi. Po drugie obejmuje swoim zakresem prawo własności, którego przedmiotem są udziały albo akcje przedsiębiorstw energetycznych. M. Będkowski-Kozioł (2014). *Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym...*, s. 1399.

<sup>32</sup> Przez pojęcie decydującego wpływu należy rozumieć w szczególności wykonywanie uprawnień, o których mowa w art. 4 pkt. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Szerzej na temat pojęcia „decydującego wpływu” zob.: M. Radziński (2015). *Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo...*, s. 14–17 zob. też: M. Będkowski-Kozioł (2009). *Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck; K. Kohutek (2008). *Komentarz do art. 4*. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów: komentarz*. Lex/el.; K. Kohutek (2005). *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw* (Dz. Urz. UE L 04.24.1), Lex/el.

<sup>33</sup> Pojęcie „wykonywania prawa” odnosi się do: prawa wykonywania prawa głosu; prawa do powoływania członków rady nadzorczej, zarządu lub organów uprawnionych do reprezentacji prawnej przedsiębiorstwa lub posiadania pakietu większościowego (zob. art. 9d ust. 1b ustawy PE). Wymagania związane z prawem głosu oraz powoływaniem organów zarządzających lub nadzorujących oznaczają, iż posiadanie pakietu akcji (udziałów) wiąże się jedynie z prawami majątkowymi takimi jak, np. prawo do dywidendy (zob. C. Jones (2010). *EU Energy Law...*, s. 132). Wynika z tego, iż posiadanie takowych akcji (udziałów) nie daje jakichkolwiek praw korporacyjnych pozwalających wpływać na stosunki w spółce, współdecydować o jej organizacji i funkcjonowaniu. Innymi słowy wyłączona zostaje możliwość uczestniczenia w procesie decyzyjnym przedsiębiorstwa lub wywierania na niego wpływu. Pewna wątpliwość może nasuwać się na gruncie interpretacji sformułowania „pakietu większościowego”, ustawa nie wyjaśnia bowiem czy należy przez to rozumieć pakiet obejmujący ponad 50% akcji (udziałów), czy raczej ilość akcji (udziałów) większą niż każdy inny podmiot (R. Zajdler (2011). *Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE...*, s. 14). Za pierwszy rozumieniem przemawia interpretacja literalna, z kolei za drugim cel regulacji, tj. maksymalne wyeliminowanie kontroli, R. Zajdler (2011). *Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE...*, s. 14.

powoływanie określonych organów operatora systemu przesyłowego lub właściciela systemu przesyłowego<sup>34</sup>. Posiadając bowiem tego typu uprawnienie, dany podmiot miałby możliwość obsadzenia organów zarządzających lub nadzorujących zaufanymi osobami, uzyskując w ten sposób istotny wpływ na operatora systemu przesyłowego<sup>35</sup>.

Po trzecie, osoba taka nie może pełnić funkcji członka rady nadzorczej, zarządu lub innych organów uprawnionych do reprezentacji operatora systemu przesyłowego lub połączonego ani względem systemu przesyłowego lub systemu połączonego oraz pełnić tych funkcji w przedsiębiorstwie energetycznym zajmującym się produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi albo wytwarzaniem lub obrotem energią elektryczną. Zakazanie jednoczesnego sprawowania takich funkcji w dwu lub większej liczbie przedsiębiorstw przez te same osoby miało zagwarantować, że interesy przedsiębiorstw w ten sposób powiązanych nie będą szczególnie uprzywilejowane<sup>36</sup>. Przepis ten w praktyce zakazuje tzw. unii personalnych polegających na łączeniu stanowisk w organach odrębnych prawnie podmiotów przez tę samą osobę<sup>37</sup>. Unia personalna może być bowiem źródłem posiadania przez jednego przedsiębiorcę kontroli nad drugim, nawet bez konieczności posiadania w nim większości kapitałowej<sup>38</sup>.

#### IV. Forma prawna i własnościowa OSP w świetle art. 9k ustawy – Prawo energetyczne

Obecnie w Polsce funkcjonuje jeden OSP, którym w zakresie energii elektrycznej<sup>39</sup> jest PSE S.A. (tj. Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.), będący jednoosobową spółką Skarbu Państwa i właścicielem majątku przesyłowego<sup>40</sup>. Przy czym Skarb Państwa posiada dodatkowo spore udziały w innych spółkach energetycznych prowadzących działalność w zakresie zarówno produkcji, jak i sprzedaży energii elektrycznej<sup>41</sup>.

Dyrektywa 2003/54/WE umożliwiała państwu członkowskiemu wyznaczenie jednego lub kilku operatorów systemów przesyłowych<sup>42</sup>. Polska, implementując niniejszą dyrektywę, wybrała model istnienia jednego operatora systemu przesyłowego, dodatkowo zaznaczając, iż ma to być spółka

<sup>34</sup> R. Zajdler (2010). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE..., s. 13; zob. też: Commission staff working paper, *Interpretative note on directive 2009/72/EC concerning common rules for internal market in electricity and directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime*, 22.01.2010, s. 10 (dalej: *Interpretative note on directive 2009/72/EC*).

<sup>35</sup> K. Kohutek (2005). Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz Urz. UE L 04.24.1), Lex/el.

<sup>36</sup> R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE..., s. 13; zob. też: C. Jones (ed.) (2010). *EU Energy Law...*, s. 141.

<sup>37</sup> M. Będkowski-Kozioł (2009). Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, s. 158.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> W sektorze gazowym rolę OSP odgrywa GAZ-SYSTEM S.A.

<sup>40</sup> PSE są właścicielem całej polskiej sieci przesyłowej z wyjątkiem pewnego ograniczonego majątku, z którego korzystają na podstawie umów o użytkowanie, na mocy których prawni właściciele majątku upoważniają PSE do korzystania z instalacji. Dotyczy to przede wszystkim linii oraz pól 220 kV połączeń międzysystemowych lub krótkich odcinków linii 220 kV, umiejscowionych na terenie pięciu przedsiębiorstw (duże przedsiębiorstwa chemiczne, kopalnie węgla), Komisja Europejska, Opinia Komisji z dnia 9.04.2014 r. na podstawie art. 3 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 714/2009 oraz art. 10 dyrektywy 2009/72/WE – Polska – Polskie Sieci Elektroenergetyczne, C(2014) 2471 final, s. 3 (dalej: Opinia Komisji w sprawie PSE); zob. też: Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r., s. 16; B. Nowak (2008). *Adaptation of the Polish Gas and Electricity Sector to the Requirements of the EU Internal Market Directives- How far to the Competitive Electricity and Gas Market? Legal and Business Perspective*. YPES 11/2007-2008, s. 62.

<sup>41</sup> Np. w PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., Skarb Państwa jest głównym akcjonariuszem posiadając 61,89% akcji, zob. [www.gkppe.pl](http://www.gkppe.pl).

<sup>42</sup> Zgodnie bowiem z art. 8 dyrektywy 2003/54/WE Państwa Członkowskie wyznaczają lub żądają wyznaczenia przez przedsiębiorstwa posiadające systemy przesyłowe, na okres, jaki jest ustalany przez Państwa Członkowskie, uwzględniając wymogi skuteczności i równowagi gospodarczej, jednego lub więcej operatorów systemu przesyłowego.

będąca własnością Skarbu Państwa<sup>43</sup>. Ukształtowanie takiego modelu OSP uzasadniano m.in., wskazując, iż *wprowadzenie wyłączności na terenie Polski wykonywania działalności operatora systemu przesyłowego (...) zapewni optymalizację rozwoju krajowego systemu (...) elektroenergetycznego, a w szczególności sieci przesyłowej (...). Służyć to powinno wysokiemu bezpieczeństwu dostaw (...) energii elektrycznej w Polsce*<sup>44</sup>. Zasadniczo więc przepisy te, jak zauważa R. Zajdler, nadają monopol PSE S.A. na działalność operatorską na istniejącej sieci przesyłowej oraz na przyszłych sieciach przesyłowych w Polsce<sup>45</sup>. Monopol ten rozciąga się ponadto, jak podkreśla autor, na wszelkie połączenia wzajemne<sup>46</sup> (tzw. interkonektory) z innymi państwami członkowskimi Unii<sup>47</sup>. W praktyce oznacza to, iż w sytuacji, w której na terytorium Polski właścicielem sieci przesyłowej byłby podmiot prywatny, czy też podmiot z innego kraju członkowskiego UE, byłby on zmuszony do rezygnacji z zarządzania infrastrukturą na rzecz OSP, którego jedynym właścicielem jest SP<sup>48</sup>. Brak możliwości starania się o status OSP na wybudowanej przez siebie sieci przesyłowej może działać, jak podkreśla M. Nowacki, demotywujuco na potencjalnych inwestorów do inwestycji w takie sieci na terytorium Polski<sup>49</sup>.

O ile ograniczenie ilości OSP na terytorium Polski było dopuszczalne na gruncie drugiego pakietu energetycznego, o tyle obecnie budzi to uzasadnione wątpliwości. Należy bowiem zauważyć, iż przepisy trzeciego pakietu energetycznego umożliwiają istnienie więcej niż jednego operatora systemu przesyłowego. Gwarantują one bowiem, iż operatorem systemu przesyłowego może być każde przedsiębiorstwo, które jest właścicielem systemu przesyłowego<sup>50</sup> i jednocześnie uzyskało certyfikację ze strony krajowego organu regulacyjnego, potwierdzającą jego niezależność od przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo<sup>51</sup>. Tym samym można uznać, iż regulacje krajowe w niniejszym zakresie stoją w sprzeczności z przepisami dyrektywy energetycznej<sup>52</sup>. Ponadto, jak słusznie podkreśla się w literaturze, prowadzą one do ograniczenia swobody zarówno przepływu kapitału, jak i przedsiębiorczości<sup>53</sup>. Należy przy tym zauważyć, iż sprzeczność ta nie znajduje usprawiedliwienia w argumentacji, zgodnie z którą OSP odgrywa szczególną rolę w zakresie bezpieczeństwa energii elektrycznej. Przyjęte bowiem w ramach trzeciego pakietu energetycznego

<sup>43</sup> R. Zajdler (b.d.). Należy umożliwić istnienie wielu operatorów systemu przesyłowego elektroenergetycznego w Polsce w projekcie ustawy Prawo energetyczne. Pobrano z: <http://www.cire.pl/item,59325,2,0,0,0,0,0,0,nalezy-umozliwic-istnienie-wielu-operatorow-systemu-przesylowego-elektroenergetycznego-w-polsce-w-projekcie-ustawy-prawo-energetyczne.html> (29.10.2013).

<sup>44</sup> M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 155–156.

<sup>45</sup> R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów...*, [www.cire.pl](http://www.cire.pl).

<sup>46</sup> Połączenia wzajemne stanowią, co zostało bezpośrednio podkreślone w art. 194 ust. 1 lit. d, istotny element funkcjonowania rynku wewnętrznego. Zapewniają one bowiem z jednej strony bezpieczeństwo energetyczne państwa, pozwalając na dostarczanie energii z innych państw, z drugiej zaś – zwiększając możliwość konkurencji na rynku krajowym poszerzając tym samym ofertę dla odbiorców, zob. R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów...*, [www.cire.pl](http://www.cire.pl).

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 157; zob. też: Z. Muras (2013). W: Z. Muras, M. Swora, *Prawo energetyczne...*, s. 729.

<sup>49</sup> Ibidem, s. 168.

<sup>50</sup> Tym samym, jak zauważa R. Zajdler inwestor, który wybuduje np. nowe wzajemne połączenia przesyłowe nie będzie zmuszony do pozbycia się jego własności na rzecz istniejących obecnie operatorów, tylko będzie mógł ubiegać się o pełnienie funkcji operatora na tym systemie, zob. R. Zajdler (b.d.). *Ilu będzie operatorów sieci przesyłowej w Polsce?* Pobrano z: <http://www.codozasady.pl/ilu-bedzie-operatorow-sieci-przesylowej-w-polsce> (26.11.2015).

<sup>51</sup> Zob. art. 9 ust. 1 lit. a oraz art. 10 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE.

Analiza niniejszych przepisów pozwala uznać, iż statusu OSP nie uzyska podmiot, który: a) nie spełnia wymagań w zakresie zasad dotyczących *unbundlingu*; b) nie posiada finansowych i technicznych możliwości prowadzenia działalności operatorskiej; c) nie przeszedł pozytywnie weryfikacji w ramach procedury certyfikacji tj. nie uzyskał certyfikatu niezależności (jest przy tym oczywiste, iż ostatnia z przyczyn nie uzyskania statusu OSP jest niejako wynikiem zaistnienia wcześniej wskazanych sytuacji), zob. M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 162.

<sup>52</sup> R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów...*, [www.cire.pl](http://www.cire.pl).

Przy czym należy w tym miejscu zasignalizować, iż ustanowienie więcej niż jednego operatora systemu przesyłowego w Polsce skutkowałoby jednocześnie koniecznością przeprowadzenia daleko idących zmian w zakresie funkcjonowaniu m.in. rynku bilansującego zarządzanego przez OSP. Szersze omówienie przedmiotowego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

<sup>53</sup> M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 157.

rozwiązania umożliwiają szczegółową weryfikację podmiotu chcącego uzyskać status operatora systemu przesyłowego zarówno z innego kraju członkowskiego, jak i kraju trzeciego. Procedura certyfikacji, podczas której badana jest niezależność danego podmiotu oraz jego zaplecze finansowo-techniczne stanowi gwarancję prawidłowego wypełniania zadań operatorskich przez dany podmiot<sup>54</sup>. Można więc uznać, iż wykorzystanie przyjętych w dyrektywie instrumentów jest wystarczające do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju, a tym samym nie ma podstaw, które uzasadniałyby wprowadzenie przedmiotowych ograniczeń względami bezpieczeństwa czy też innymi przesłankami o ogólnym publicznym charakterze<sup>55</sup>.

Zauważyć należy, iż zgodnie z art. 12a ustawy Pe uprawnienia Ministra Skarbu Państwa względem spółki PSE S.A. (OSP elektroenergetycznego) wykonuje Minister Gospodarki<sup>56</sup>. W celu wykluczenia zatem konfliktu interesów nadzór właścicielski przeniesiony został z kompetencji Ministra Skarbu Państwa na rzecz Ministra Gospodarki<sup>57</sup>. Oceniając więc niezależność OSP, należy przede wszystkim odnieść się do przepisów dyrektywy, zgodnie z którymi dwa różne podmioty publiczne powinny być traktowane jako dwa niezależne podmioty<sup>58</sup>. Dotychczas wydane przez Komisję opinie<sup>59</sup> w ramach procedury certyfikacji – w tym opinia Komisji dotycząca certyfikacji PSE<sup>60</sup> – wskazują, iż Komisja nie neguje sprawowania kontroli przez jednego z ministrów nad OSP w sytuacji, w której inny z ministrów kontroluje przedsiębiorstwa działające w innym obszarze łańcucha elektroenergetycznego<sup>61</sup>. Jak stwierdzono w opinii Komisji dotyczącej duńskiej spółki Energinet.dk, elementem ustanawiającym prawdziwe odseparowanie od siebie podmiotów publicznych jest niezależna pozycja ministrów w obszarach ich kompetencji<sup>62</sup>. Komisja potwierdziła następnie niniejsze stanowisko w sprawie certyfikacji czeskiego operatora systemu przesyłowego CEPS<sup>63</sup>.

Na gruncie prawa polskiego, zdaniem URE *wystarczający stopień rozdziału pomiędzy Ministerstwem Gospodarki oraz Ministerstwa Skarbu Państwa istnieje na podstawie polskiej*

<sup>54</sup> Ibidem, s. 167.

<sup>55</sup> R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorów...*, www.cire.pl.

<sup>56</sup> Przekazanie zarządzania PSE z Ministerstwa Skarbu do Ministerstwa Gospodarki odbyło się we wrześniu 2013 r., w celu wdrożenia regulacji zawartych w III pakiecie energetycznym.

<sup>57</sup> Uprawnienia wykonywane przez Ministra Gospodarki – o których mowa w art. 12a ustawy Pe – to wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa, łącznie z wynikającymi z nich prawami osobistymi oraz udzielanie zgody na rozporządzenie składnikami aktywów trwałych, zaliczonymi do wartości niematerialnych i prawnych, rzeczowych aktywów trwałych lub inwestycji długoterminowych, w tym oddanie tych składników do korzystania innym podmiotom na podstawie umów prawa cywilnego lub ich wniesienie, jak wkład do spółki lub spółdzielni, jeżeli wartość rynkowa przedmiotu rozporządzenia przekracza równowartość w złotych kwoty 50 000 euro, zob. Decyzja Prezesa URE nr DRE-4710-(13)2013/2014/4988/ZJ z dnia 4 czerwca 2014 r., Przyznanie Polskim Sieciom Energetycznym SA certyfikatu spełnienia kryteriów niezależności, *Biuletyn Branżowy URE – Energia elektryczna*, nr 81 (1677), 4 czerwca 2014 r. (dalej: Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE), s. 26.

<sup>58</sup> Zob. art. 9 ust. 6 dyrektywy 2009/72/WE.

<sup>59</sup> Zob. m.in.: Commission's Opinion on DERA's draft certification decision for Energinet (gas), C (2012) 88, 9.1.2012 r., s. 4; Commission's Opinion on Energy Markets Inspectorate on the certification decision of Affärsverket svenska kraftnät, C (2012) 3011, 30.4.2012 r., s. 3; Opinie dostępne na stronie: [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/interpretative\\_notes/doc/certification/certifications\\_decisions.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/certification/certifications_decisions.pdf).

<sup>60</sup> Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 3–6.

<sup>61</sup> M. Nowacki (2013). *Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych...*, s. 165.

Za przykład ilustrujący taką sytuację może posłużyć sprawa dotycząca certyfikacji duńskiego operatora systemu przesyłowego Energinet.dk. Podmiot ten stanowi w pełni własność państwa posiadającego także 76.49% udziałów w DONG Energy A/S, przedsiębiorstwie energetycznym prowadzącym działalność w zakresie produkcji i dostaw energii elektrycznej i gazu. Nadzór właścicielski nad Energinet.dk. sprawuje duński Minister ds. Klimatu, Energetyki i Budownictwa, podczas gdy nadzór nad DONG powierzony został duńskiemu Ministrowi Finansów. Badając niniejszą sprawę m.in. w oparciu o przepisy duńskiej konstytucji, Komisja doszła do wniosku, iż istnieje wystarczający stopień rozdziału pomiędzy niniejszymi podmiotami, gwarantujący ich niezależność; zob. I. Bernaerts (2013). *The Third Internal Market Package and its Implication for Electricity and Gas Infrastructure in the EU and Beyond*. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013*. Claeys & Casteels, s. 136; zob. też: L. Hancher (2013). *Unbundling and Certification: The Commission in Control*. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law...*, s. 70–71; G. Mortensen i T. Andersen Thrane (2013). *The Internal Energy Market, the Unbundling of Electricity Transmission and Denmark's Road From Full Private Ownership to Full State Ownership*. ULR, 19(5), s. 188.

<sup>62</sup> Commission's Opinion on DERA's draft certification decision for Energinet (electricity), C (2012) 87, 9.1.2012 r., s. 5.

<sup>63</sup> Commission's Opinion on EROS's draft certification decision for CEPS, C (2012) 7059, 4.10.2012 r., s. 3–4.



*Konstytucji i porządku prawnego państwa, a powyższe elementy łącznie zapewniają przestrzeganie zasady indywidualnej odpowiedzialności ministrów<sup>64</sup>. Mimo że obaj ministrowie są członkami tego samego organu, tj. Rady Ministrów, to są od siebie niezależni, a ich zadania są jasno określone w przepisach ustawowych i w szczegółowych rozporządzeniach sektorowych, które określają zakres kompetencji każdego ministerstwa. Rola premiera polegająca na wydawaniu ministrom poleceń jest ograniczona przez ustawę o Radzie Ministrów, która nie daje premierowi kompetencji do wydawania poleceń w sprawach prowadzonych przez podmioty podległe różnym ministrom<sup>65</sup>. Zdaniem Komisji w oparciu o porządek konstytucyjny państwa polskiego, jak również struktury zarządzania Rady Ministrów występuje odpowiedni stopień oddzielenia tych dwóch podmiotów publicznych, tj. Ministerstwa Skarbu Państwa i Ministerstwa Gospodarki<sup>66</sup> oraz tych dwóch organów i premiera<sup>67</sup>. Można by zatem uznać, iż w Polsce działa jeden OSP w formule pełnego rozdziału właścicielskiego<sup>68</sup>.*

Pomimo iż Komisja dopuszcza w ramach rozdziału własności możliwość, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, a z drugiej – działalność przesyłową, może to budzić uzasadnione wątpliwości, gdyż w rzeczywistości podmioty te pozostają nadal pod wspólnym wpływem tego samego podmiotu, tj. premiera/rządu. Mimo iż formalnie rola premiera w zakresie wydawania ministrom poleceń jest ograniczona przez ustawę o Radzie Ministrów, nie można zapomnieć, iż ministrowie ponoszą też polityczną odpowiedzialność przed prezesem Rady Ministrów, który w każdym czasie i z każdego powodu może zażądać od nich złożenia rezygnacji ze stanowiska<sup>69</sup>, co w rzeczywistości może mieć istotny wpływ na niezależność decyzyjną danego ministra. Wydaje się zatem, iż obecne regulacje nie zapewniają właściwych mechanizmów ograniczających możliwość pośredniego wpływania przez Prezesa RM

<sup>64</sup> Zgodnie z art. 149 ust. 1 Konstytucji, ministrowie kierują określonymi działami administracji rządowej lub wypełniają zadania wyznaczone im przez Prezesa Rady Ministrów. Ponadto zgodnie z art. 156 ust. 1 Konstytucji, członkowie Rady Ministrów ponoszą odpowiedzialność przed Trybunałem Stanu za naruszenie Konstytucji lub ustaw, a także za przestępstwa popełnione w związku z zajmowanym stanowiskiem.

<sup>65</sup> Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4; Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35–42.

<sup>66</sup> Przy czym Komisja zwróciła uwagę na fakt, iż Ministerstwo Gospodarki wykonuje prawa z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w czterech spółkach funkcjonujących w obszarze wytwarzania i dostaw energii elektrycznej oraz gazu ziemnego. Wszystkie te podmioty (tj. Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu, Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach, Kompania Węglowa S.A. w Katowicach oraz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu Zdroju) prowadzą działalność w sektorze węglowym nad którym nadzór sprawuje Minister Gospodarki. Niemniej jednak Komisja wyraziła zgodę, w odniesieniu do trzech z tych spółek wskazując, iż biorąc pod uwagę niewielkie ilości wytwarzanej energii elektrycznej (łącznie jest to ilość mniejsza niż 0,05 % energii elektrycznej wytwarzanej w Polsce) oraz uwzględniając fakt, że energia elektryczna jest wytwarzana w wydzielonych systemach, które nie są podłączone do sieci przesyłowej PSE, Ministerstwo Gospodarki nie ma powodów ani możliwości, aby nadużywać swoich wpływów w celu promowania swoich interesów w tych spółkach ze szkodą dla użytkowników sieci PSE. Komisja uważa jednak za istotne, aby URE nadal monitorował działalność tych spółek i zapewniał, by pozostawała ona ograniczona do wydzielonych obszarów, w których obecnie prowadzą działalność. Natomiast pewne obawy Komisja wyraziła w stosunku do czwartego podmiotu, tj. Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., wskazując, iż spółka ta posiada 100 % akcji w Spółce Energetycznej „Jastrzębie” S.A., która wytwarza energię elektryczną i ciepło w elektrociepłowniach: EC Moszczenica, EC Zofiówka, EC Pniówek i EC Suszec o łącznej mocy 125 MWe i 598 MWt. Spółka ta posiada koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej oraz na wytwarzanie i przesyłanie ciepła. Z projektu decyzji nie wynika w jasny sposób czy w przypadku tej spółki mają zastosowanie takie same ograniczenia, jak w przypadku trzech innych spółek. W informacjach dodatkowych przedłożonych przez URE wyjaśniono dodatkowo, że 96% energii elektrycznej wytworzonej przez Spółkę Energetyczną „Jastrzębie” S.A. wykorzystuje jej spółka dominująca – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., a cała pozostała sprzedaż ogranicza się do rynku lokalnego. W związku z powyższym Komisja zaleca, by URE uwzględnił te dodatkowe informacje i ocenił w decyzji ostatecznej, czy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. również spełnia odpowiednie kryteria. Ponadto Komisja uważa za istotne, aby URE nadal monitorował działalność tej spółki i zapewniał, by pozostawała ona ograniczona do wydzielonych obszarów, w których prowadzi ona obecnie działalność, Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4–5.

<sup>67</sup> Opinia Komisji w sprawie PSE, s. 4; Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35–42.

Ponadto jak podkreślono w decyzji Prezesa URE w sprawie PSE, Minister Skarbu Państwa nie jest uprawniony do wykonywania wobec PSE bezpośrednio ani pośrednio jakichkolwiek praw ani wywierania jakiegokolwiek wpływu, gdyż w odniesieniu do akcji PSE, Skarb Państwa reprezentowany jest przez Ministra Gospodarki. Oba te podmioty są, jak wskazano w przedmiotowej decyzji, całkowicie od siebie niezależne w zakresie swych czynności w obszarze obrotu prywatnego i nawet fakt zasiadania we wspólnym organie, jakim jest Rada Ministrów, nie powoduje pomiędzy nimi jakichkolwiek zależności o charakterze prywatnoprawnym (sfera dominium). Rada Ministrów jest bowiem organem państwa w sferze imperium i sprawuje swe funkcje władcze w zakresie publicznoprawnym. Nie ma i nie może mieć wpływu na decyzje poszczególnych funkcjonariuszy (organów) państwowych w odniesieniu do ich czynności podejmowanych w zakresie reprezentacji Skarbu Państwa w obrocie prywatnoprawnym, Decyzja Prezesa URE w sprawie PSE, s. 35.

<sup>68</sup> Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r., s. 16; zob. też: M. Izbicki (2013). *Ewolucja unijnej regulacji unbundlingu a projekt ustawy – Prawo energetyczne*. EPS, z. 5, Lex/el.

<sup>69</sup> L. Garlicki (2007). *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*. Warszawa: LIBER, s. 282–289.

na Ministra Gospodarki w zakresie sprawowanego przez niego nadzoru właścicielskiego nad PSE S.A. Ponadto należy pamiętać, iż premier określa w drodze rozporządzenia szczególny zakres działania ministra. Co więcej, wątpliwości budzi, w świetle konieczności zachowania niezależności przez danych ministrów w obszarach ich kompetencji, możliwość połączenia przez premiera, w wyniku zmian personalnych i strukturalnych w rządzie, dwóch odrębnych do tej pory ministerstw (a tym samym skupienie różnych obszarów działalności w obrębie jednego podmiotu). Wydaje się w tej sytuacji, iż bezpieczniejszym rozwiązaniem byłoby ustanowienie przez państwo niezależnej agencji (będącej własnością publiczną), tj. prawnie odrębnego i funkcjonalnie samodzielnego podmiotu, minimalizując tym samym w znaczący sposób ryzyko pośredniego ograniczenia jego niezależności decyzyjnej<sup>70</sup>.

## V. Podsumowanie

Zmiany wprowadzone w ramach trzeciego pakietu energetycznego stawiają pod znakiem zapytania dalsze utrzymywanie dotychczasowego krajowego modelu funkcjonowania operatora systemu przesyłowego. Wydaje się, iż fundamentalnej zmiany wymaga zasada, zgodnie z którą na terytorium Polski może funkcjonować wyłącznie jeden OSP nadzorowany przez organ administracji publicznej. Przepisy dyrektywy 2009/72/WE umożliwiają bowiem funkcjonowanie więcej niż jednego operatora systemu przesyłowego w Polsce. Regulacje krajowe w tym zakresie pozostają zatem w sprzeczności z wymaganiami prawa Unii Europejskiej<sup>71</sup>. Zasadnie podkreśla Z. Muras, że biorąc pod uwagę, iż obecnie na terytorium RP zostali już wyznaczeni OSP elektroenergetyczny i OSP gazowy, należy przyjąć, że każde inne przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na przesyłanie energii elektrycznej lub paliw gazowych będzie musiało powierzyć wykonywanie funkcji operatora już istniejącym podmiotom<sup>72</sup>. Nie ma bowiem *ex lege*, jak podkreśla autor, możliwości wyznaczenia więcej aniżeli jednego operatora systemu przesyłowego<sup>73</sup>. Oznacza to w praktyce pełną kontrolę państwa nad wszystkimi OSP. Ponadto wątpliwości – w kontekście zapewnienia niezależności OSP – budzi sytuacja, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, a z drugiej – działalność przesyłową. Jak słusznie bowiem zauważa F. Grzegorzczak, *jest oczywistą nieprawdą, iż dwaj ministrowie tego samego rządu stanowią niepowiązane ze sobą organy władzy publicznej*<sup>74</sup>. Nie można bowiem, jak wskazuje autor, *dwóch ministrów tego samego rządu traktować (w sensie obiektywnym) jako podmiotów odrębnych*<sup>75</sup>. Pomimo iż dyrektywa 2009/72/WE dopuszcza taką możliwość, niemniej jednak jest to błędne założenie. Wydaje się bowiem, iż takie rozwiązanie nie zapewnia właściwych

<sup>70</sup> Podobnie: R. Zajdler (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE..., s. 14. Ustanowienie takiego podmiotu wiązałoby się więc w praktyce z koniecznością zapewnienia mu niezależności pod względem „organizacji” i „procesu decyzyjnego”. Tym samym dla właściwego wykonywania swoich obowiązków podmiot taki musiałby dysponować niezbędnymi zasobami kadrowymi, fizycznymi, technicznymi oraz finansowymi. Ponadto kluczową kwestią byłoby zagwarantowanie mu niezależności decyzyjnej rozumianej przede wszystkim jako możliwość samodzielnego podejmowania decyzji we wszystkich sprawach dotyczących jego działalności, zgodnie z przepisami prawa i w celu wykonania powierzonych mu zadań. Ingerencja ze strony organów państwowych dotycząca m.in. możliwości podejmowania decyzji w zakresie jego działalności powinna być ograniczone tylko do przypadków określonych w ustawie.

<sup>71</sup> R. Zajdler (b.d.). *Należy umożliwić istnienie wielu operatorom systemu przesyłowego...*, www.cire.pl.

<sup>72</sup> Z. Muras (2013). W: Z. Muras, M. Swora (red.), *Prawo energetyczne...*, s. 729.

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> F. Grzegorzczak (2009). *Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo*. Warszawa: LexisNexis, s. 239 oraz s. 395.

<sup>75</sup> Ibidem. Odmienne stanowisko zdaje się prezentować Z. Muras, który wskazuje, iż *odpowiednim sposobem uregulowania kwestii sprawowania kontroli nad OSP, w związku z przepisami dotyczącymi procedury certyfikacji, jest przyznanie nadzoru nad operatorami systemu przesyłowego ministrowi, który w ramach powierzonych mu zadań nie sprawuje kontroli nad przedsiębiorstwami prowadzącymi działalność w zakresie wytwarzania lub sprzedaży energii elektrycznej lub gazu*. Niemniej jednak należy zauważyć, iż autor w swojej opinii nie odnosi się do istniejących „zależności” pomiędzy danym ministrem a premierem, Z. Muras (2013). *Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji...*, s. 182.

mechanizmów gwarantujących niezależność decyzyjną Ministra Gospodarki – w ramach sprawowanego przez niego nadzoru właścicielskiego nad PSE S.A. – co rodzić może uzasadnione ryzyko pośredniego wpływania na jego decyzje np. ze strony Prezesa RM. Co więcej, wydaje się, iż uregulowanie dopuszczające możliwość, w której dwa ministerstwa kontrolują z jednej strony działalność w zakresie wytwarzania i dostaw, z drugiej zaś – działalność przesyłową, a jednocześnie nadal pozostają pod wspólnym wpływem tego samego podmiotu, tj. premiera, stoi w sprzeczności z wykładnią celowościową przepisów dotyczących rozdziału własności, który zmierza do zapewnienia całkowitej niezależności eksploatacji infrastruktury sieciowej od interesów związanych z dostawami i wytwarzaniem energii elektrycznej oraz uniemożliwienia wymiany jakichkolwiek informacji poufnych.

## Bibliografia

- Bernaerts, I. (2013). The Third Internal Market Package and its Implication for Electricity and Gas Infrastructure in the EU and Beyond. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013*. Claeys & Casteels.
- Będkowski-Koziół, M. (2009). Komentarz do art. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Będkowski-Koziół, M. (2014). Regulacja prokonkurencyjna w sektorze energetycznym – elektroenergetyce, gazownictwie i energetyce cieplnej. W: M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom XV. *Prawo konkurencji*. Warszawa: C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Garlicki, L. (2007). *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu*. Warszawa: LIBER.
- Grzegorzczak, F. (2009). Przedsiębiorstwo publiczne kontrolowane przez państwo. Warszawa: LexisNexis.
- Hancher, L. (2013). Unbundling and Certification: The Commission in Control. W: H. Schmitt von Sydow (ed.), *EU Energy law & Policy: Yearbook 2013*. Claeys & Casteels.
- Hauser, R., Niewiadomski, Z. i Wróbel, A. (red.) (2013). *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze* (t. 8b). Warszawa: C.H. Beck.
- Izbicki, M. (2013). Ewolucja unijnej regulacji unbundlingu a projekt ustawy – Prawo energetyczne. EPS, z. 5, Lex/el.
- Jones, C. (ed.) (2010). *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market – The Third Liberalisation Package*, Deventer, The Netherlands: Claeys & Casteels.
- Kohutek, K. (2005). Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 04.24.1), Lex/el.
- Kohutek, K. (2008). Komentarz do art. 4. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. komentarz*, Lex/el.
- Mortensen, G. i Andersen Thrane, T. (2013). The Internal Energy Market, the Unbundling of Electricity Transmission and Denmark's Road From Full Private Ownership to Full State Ownership. *ULR*, 19(5).
- Muras, Z. (2013). Niezależność operatorów systemu – jako jeden z podstawowych desygnatów liberalizacji rynku gazu i energii de lege lata i de lege ferenda. W: M. Rudnicki, K. Sobieraj (red.), *Nowe prawo energetyczne*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Nowacki, M. (2013). Model prawny i własnościowy operatorów systemów przesyłowych w Polsce – uwagi de lege lata i de lege ferenda w świetle prawa Unii Europejskiej. W: A. Walaszek-Pyziół (red.), *Regulacja – innowacja w sektorze energetycznym*. Warszawa: C.H. Beck.

- Nowak, B. (2008). Adaptation of the Polish Gas and Electricity Sector to the Requirements of the EU Internal Market Directives- How far to the Competitive Electricity and Gas Market? Legal and Business Perspective. YPES 11/2007–2008.
- Pawełczyk, M. (2011). Unbundling jako przejaw prokonkurencyjnych mechanizmów europeizacji prawa energetycznego. W: H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński (red.), *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Radziński, M. (2015). Rozdział własnościowy przedsiębiorstw energetycznych zintegrowanych pionowo a problematyka inwestorów finansowych w świetle przepisów dyrektywy 2009/72/WE. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3.
- Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki 2013 r.
- Strzyczkowski, K. (2011). *Prawo gospodarcze publiczne*. Warszawa: LexisNexis.
- Swora, M. i Muras, Z. (2010). *Prawo energetyczne. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Szydło, M. (2005). Dostęp do sieci infrastrukturalnych na zliberalizowanych rynkach Unii europejskiej. PiP, 1.
- Szydło, M. (2007). Unbundling własnościowy (ownership unbundling) jako instrument regulacyjny w sektorze energetycznym (cz. I i II). PUG, 2–3.
- Walaszek-Pyziół, A. (2012). ENTSO-E – nowa forma instytucjonalnego współdziałania w celu stworzenia wspólnego rynku energii elektrycznej na obszarze Unii Europejskiej. PUG, 9.
- ww.gkpge.pl.
- Zajdler, R. (2011). Komentarz do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE (Dz.U.U.E.L.09.211.55), Lex/el.
- Zajdler, R. (b.d.). Ilu będzie operatorów sieci przesyłowej w Polsce? Pobrano z: <http://www.codozasady.pl/ilu-bedzie-operatorow-sieci-przesylowej-w-polsce> (26.11.2015).
- Zajdler, R. (b.d.). Należy umożliwić istnienie wielu operatorów systemu przesyłowego elektroenergetycznego w Polsce w projekcie ustawy Prawo energetyczne. Pobrano z: <http://www.cire.pl/item,59325,2,0,0,0,0,0,nalezy-umozliwic-istnienie-wielu-operatorom-systemu-przesylowego-elektroenergetycznego-w-polsce-w-projekcie-ustawy-prawo-energetyczne.html> (29.10.2013).