



Sygn. akt III SK 28/15

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 21 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Zbigniew Korzeniowski

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

Protokolant Grażyna Grabowska

w sprawie z powództwa P. G. N. i G.S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o nałożenie kary pieniężnej,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw

Publicznych w dniu 21 kwietnia 2016 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 14 stycznia 2015 r.,

**1. uchyla zaskarżony wyrok w całości oraz zmienia poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 10 października 2013 r., w ten sposób, że zmienia decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 16 grudnia 2010 r., nr DPE[...] nadając jej następującą treść:**

**"nie stwierdza naruszenia przez P. G. N. i G. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. warunku 2.4 koncesji na obrót gazem ziemnym z zagranicą udzielonej decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 17 kwietnia 2001 r., nr OGZ[...] oraz warunku 2.5**

wyżej wymienionej koncesji w brzmieniu określonym decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 11 lipca 2008 r. nr OGZ[...]".

2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.375 (tysiąc trzysta siedemdziesiąt pięć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie.

## UZASADNIENIE

Decyzją z 16 grudnia 2010 r., nr DPE[...] Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes Urzędu) stwierdził naruszenia przez P. G. N. i G. Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (powód) warunku 2.4 koncesji z 17 kwietnia 2001 r., Nr OGZ[...] na obrót gazem ziemnym z zagranicą, obowiązującej od 20 kwietnia 2001 r. do 10 lipca 2008 r. oraz warunku 2.5 ww. koncesji w brzmieniu nadanym decyzją zmieniającą z 11 lipca 2008 r., Nr OGZ[...], obowiązującego od 11 lipca 2008 r., w ten sposób, że w latach 2007 i 2008 powód nie przestrzegał obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy. Za powyższe naruszenia Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 2.000.000 zł.

Uzasadnieniem do nałożenia na powoda kary pieniężnej było ustalenie dokonane przez Prezesa Urzędu, zgodnie z którym zarówno w 2007 r. jak i 2008 r. powód naruszył przepisy dotyczące dywersyfikacji źródeł gazu, a tym samym warunek koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą, gdyż udział gazu importowanego z Rosji w stosunku do całkowitej wielkości importowanego gazu w 2007 r. wyniósł 73,14%, zaś w 2008 r., 74,76%. Były to wartości przekraczające maksymalny dopuszczalny udział gazu importowanego z jednego kraju pochodzenia, określony przez § 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, dalej jako rozporządzenie o dywersyfikacji) ustalony w latach 2005-2009 na poziomie 72%. W ocenie Prezesa Urzędu naruszenie to wypełniło dyspozycję art. 56 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (jednolity tekst: Dz.U. z 2012 r., poz. 1059, dalej jako PE lub Prawo energetyczne).

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód, zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie w całości i orzeczenie, że powód nie naruszył obowiązku wynikającego z koncesji oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z 10 października 2013 r., Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uwzględnił odwołanie powoda w części i zmienił zaskarżoną decyzję poprzez obniżenie wymiaru kary do kwoty 1.500.000 zł, w pozostałym zakresie odwołanie oddalił i orzekł o kosztach postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że stosowana przez Prezesa Urzędu przy ustalaniu wypełniania przez powoda obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy definicja pojęcia „import” zaczerpnięta jest z ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2004 r. Nr 29, poz. 257 ze zm., dalej jako ustawa o podatku akcyzowym) i nie obejmuje nabycia wewnątrzwspólnotowego. Przyjęcie takiej definicji dało Prezesowi Urzędu podstawę do wszczęcia postępowania w zakresie nałożenia na powoda kary pieniężnej za naruszenia obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy, gdyż po wyłączeniu zakupu wewnątrzwspólnotowego okazało się, że powód zarówno w 2007 r. jak i w 2008 r. przekroczył maksymalną dopuszczalną ilość gazu importowanego z jednego kraju.

Obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy, wynikający z przepisów prawa, a także z warunku 2.4 i 2.5 koncesji przewidywał, że import gazu ziemnego z jednego kraju w latach 2007 i 2008 nie może być wyższy niż 72%. Sąd Okręgowy przyjął, że pojęcie import powinno być rozumiane zgodnie z art. 2 pkt 9 ustawy o podatku akcyzowym, a zatem jako zakup z krajów niebędących członkami Unii Europejskiej. Dało to podstawy do uznania przez Sąd pierwszej instancji, że wewnątrzwspólnotowe nabycie gazu nie może zostać uwzględnione przy obliczaniu udziału, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o dywersyfikacji, a co z tego wynika udział gazu zakupionego z Rosji w stosunku do całkowitej ilości importowanego gazu przekroczył ustalony pułap 72%, prowadząc do naruszenia warunków 2.4 i 2.5 koncesji udzielonej powodowi.

Sąd Okręgowy podkreślił, że przepisy Prawa energetycznego nie przewidują definicji legalnej pojęcia „import”, zatem zasadne było posłużenie się definicją

przyjętą w ustawie o podatku akcyzowym, szczególnie że zakres obowiązku powoda został doprecyzowany poprzez powołane zapisy warunków koncesji, z których wprost wynikało, że import gazu nie obejmował nabycia wewnątrzwspólnotowego, polegającego na przemieszczeniu wyrobów z terytorium innego państwa członkowskiego na terytorium kraju.

W ocenie Sądu Okręgowego, obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu wynikający z koncesji jest realizacją publicznoprawnego obowiązku zdwyersyfikowania źródeł gazu z art. 32 ust. 2 PE. Służy uniknięciu sytuacji zagrażającej bezpieczeństwu energetycznemu państwa. Naruszenie przez przedsiębiorstwo tego obowiązku, skonkretyzowanego w warunkach udzielonej koncesji, wypełnia dyspozycję art. 56 ust. 1 pkt 12 i stanowi podstawę do nałożenia na przedsiębiorstwo kary pieniężnej.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska powoda, jakoby decyzja Prezesa Urzędu została wydana w oparciu o rozporządzenie o dywersyfikacji, które wprowadza niewynikające z ustawy oraz nieoparte ważnym interesem publicznym ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej. W ocenie Sądu Okręgowego, obowiązek nałożony na powoda w koncesji, a dotyczący dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego wynika z art. 32 ust. 2 PE, natomiast rozporządzenie o dywersyfikacji stanowi jedynie jego uszczegółowienie. Powód zaś, jako przedsiębiorca wykonujący działalność koncesjonowaną powinien mieć świadomości, że stanowi ona wyjątek od zasady swobody działalności gospodarczej, a warunki jej wykonywania określone są w sposób niezmiernie rygorystyczny.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił także zarzutów dotyczących braku obiektywnej możliwości wypełnienia przez powoda ciążącego na nim obowiązku, z uwagi na brak technicznych możliwości importu gazu z innych, poza wschodnim, kierunków. Powód, jako profesjonalista, powinien mieć świadomość ograniczeń technicznych, wynikających z polskiego systemu przesyłowego, powinien był zatem podjąć określone działania z wyprzedzeniem.

Sąd Okręgowy uwzględnił jednak podnoszone w odwołaniu i niezakwestionowane przez Prezesa Urzędu trudności i przeszkody w nabyciu gazu

z innych, poza wschodnim, kierunkiem importu, co stanowiło podstawę do zmniejszenia nałożonej na powoda kary pieniężnej.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości i wnosząc o zmianę zaskarżonej decyzji w całości i orzeczenie, że powód nie naruszył obowiązku wynikającego z koncesji oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z 14 stycznia 2015 r., Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok częściowo, poprzez zmianę decyzji Prezesa Urzędu, w zakresie nałożonej na powoda kary pieniężnej, którą obniżył do 500.000 zł, oddalając w pozostałej części odwołanie i zasądzając na rzecz powoda koszty procesu. Oddalił także apelację w pozostałej części i zasądził na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny uzupełnił postępowanie dowodowe o ustalenie, że powód podejmował próby nabycia gazu z krajów Azji Środkowej, które zakończyły się niepowodzeniem z powodu konieczności jego tranzytu przez gazociągi kontrolowane przez rosyjski Gazprom, który nie wyraził zainteresowania udostępnieniem swojej infrastruktury, ponieważ rozwiązanie takie godziłoby w jego interesy. Sąd drugiej instancji ustalił ponadto, że powód nie miał wpływu na rozbudowę istniejących połączeń przesyłowych, gdyż spółką odpowiedzialną za podejmowanie takich działań jest OGP G. SA, zatem powód zmuszony był do korzystania z połączeń przesyłowych już istniejących. Jedynym punktem wejścia do polskiego systemu przesyłowego, umożliwiającym sprowadzanie gazu z kierunku innego niż wschodni był punkt „L.”, jednakże nawet jego maksymalne wykorzystanie nie przyczyniłoby się do uniknięcia przekroczenia górnego pułapu importu gazu z jednego kraju pochodzenia. Zmniejszenie importu gazu z kierunku wschodniego w spornych latach do górnej granicy określonej w przepisach, spowodowałoby braki w dostawie tego paliwa dla niektórych odbiorców. By zrealizować warunki wynikające z koncesji powód w 2009 r. podpisał umowę na dostawy skroplonego gazu z krajów arabskich, który ma być dostarczany drogą morską do budowanego gazoportu. Zgodnie z postanowieniami kontraktu, dostawy gazu miały się rozpocząć w 2014 r., jednakże zostały wstrzymane z uwagi na fakt nieukończenia terminalu LNG w Świnoujściu.

Powyższe ustalenia faktyczne w ocenie Sądu Apelacyjnego nie miały jednak wpływu na materialnoprawną ocenę żądania w zakresie naruszenia warunków koncesji przez powoda, przyczyniły się jednak do obniżenia nałożonej na powoda kary pieniężnej.

Sąd drugiej instancji za niezasadny uznał zarzut naruszenia Konstytucji RP, poprzez oparcie decyzji, a w konsekwencji także wyroku Sądu pierwszej instancji, na przepisach rozporządzenia o dywersyfikacji, które istotnie ogranicza swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, a ponadto zostało wydane bez wymaganych wytycznych co do jego treści. Prawidłowo, w ocenie Sądu Apelacyjnego, przyjął Sąd pierwszej instancji, iż działalność koncesjonowana stanowi wyjątek od zasady swobody działalności gospodarczej, z uwagi na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego państwa. Bez wątpienia cele te realizowane są przez przewidziany w art. 32 ust. 2 PE obowiązek uwzględniania w koncesjach na obrót gazem ziemnym za granicą dywersyfikacji źródeł gazu oraz bezpieczeństwa energetycznego. Źródłem konieczności uwzględnienia rzeczonoego obowiązku w koncesji jest Prawo energetyczne, a rozporządzenie o dywersyfikacji dokonuje jedynie jego uszczegółowienia, poprzez określenie górnej granicy procentowego udziału dostaw gazu z jednego źródła.

Sąd Apelacyjny nie podzielił także poglądu powoda, dotyczącego niezgodności rozporządzenia o dywersyfikacji z Konstytucją RP. Powód rzeczonoj niekonstytucyjności dopatruje się w wydaniu rozporządzenia w oparciu o bardzo ogólną delegację ustawową, co stara się uzasadnić przywołując równie ogólną argumentację. W ocenie Sądu drugiej instancji, zarzut ten jest bezzasadny, ponieważ upoważnienie ustawowe określa niezbędne minimum uprawniające do wydania rozporządzenia o takiej treści, jaka zawarta została w rozporządzeniu o dywersyfikacji.

Sąd Apelacyjny nie znalazł także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 12 PE oraz art. 32 ust. 3 PE. W ocenie Sądu drugiej instancji, warunki koncesji na obrót gazem udzielonej powodowi, których realizacja była przedmiotem sporu stanowiły uszczegółowienie obowiązujących w tym zakresie uregulowań, ponieważ art. 32 ust. 2 PE zobowiązuje organ udzielający koncesji do zamieszczenia w jej treści obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu.

W niniejszej sprawie obowiązek ten został zawarty w warunkach 2.4 i 2.5 koncesji, a jego zamieszczenie było warunkiem koniecznym do udzielenia samej koncesji, co w ocenie Sądu Apelacyjnego przesądza, iż autonomicznym źródłem spornego obowiązku jest sama koncesja, a rozporządzenie o dywersyfikacji stanowi jego uszczegółowienie. W tych okolicznościach uzasadnione było zatem zastosowanie art. 56 ust. 1 pkt 12 PE i nałożenie na powoda kary pieniężnej.

Sąd drugiej instancji nie przychylił się także do twierdzenia powoda, że wykładnia pojęcia „import” została dokonana w sposób nieprawidłowy, tj. z wyłączeniem wewnątrzwspólnotowego nabycia surowców. Dokonując analizy obowiązującego ustawodawstwa Sąd Apelacyjny uznał, że obowiązkowi dywersyfikacji podlegają „źródła” gazu, rozumiane jako kraje jego pozyskania, niekoniecznie tożsame z miejscem wydobywania. Zasadniczą kwestią przy ustalaniu pochodzenia gazu będą odpowiednie postanowienia umowy pomiędzy przedsiębiorcą prowadzącym działalność koncesjonowaną, a dostawcą gazu. Nie ma przy tym wątpliwości, iż gaz sprowadzony w ramach nabycia wewnątrzwspólnotowego nie jest uwzględniany przy obliczaniu minimalnego udziału z jednego kraju pochodzenia. Import bowiem, po akcesji Polski do Unii Europejskiej, oznacza przywóz wyrobów akcyzowych z terytoriów państw trzecich na terytorium kraju, przy czym terytorium państwa trzeciego oznacza terytorium inne niż terytorium kraju i terytorium państwa członkowskiego UE. Przyjęta zatem przez Sąd pierwszej instancji definicja „importu” z ustawy o podatku akcyzowym była w ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowa, o czym dodatkowo świadczy fakt, iż warunek 2.4 koncesji udzielonej powodowi jednoznacznie stanowił, że udział gazu importowanego nie dotyczy nabycia z państw Unii Europejskiej.

Dokonując oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy Sąd drugiej instancji uznał, że naruszenie warunków koncesji było wynikiem działań powoda, co uzasadniało nałożenie na niego kary pieniężnej, jednakże z uwagi na nieznaczny stopień zawinienia i podejmowane przez powoda działania, zmierzające do realizacji nałożonego na niego obowiązku zasadne było obniżenie jej wysokości.

Skargę kasacyjną na powyższy wyrok Sądu Apelacyjnego wywiódł powód, zaskarżając go w całości i wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę wyroku Sądu Okręgowego z 10

października 2013 r., polegającą na uchyleniu decyzji Prezesa Urzędu z 16 grudnia 2010 r. w całości. Ewentualnie wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Każdorazowo zaś wniósł o zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Skarga kasacyjna została oparta na podstawie naruszenia prawa materialnego, tj.: 1) art. 56 ust. 1 pkt 12 ustawy PE w zw. z art. 2 Konstytucji przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, iż na powoda można było nałożyć karę pieniężną za naruszenie obowiązku dywersyfikacji w sytuacji, gdy: a) jest bezsporne, że obowiązek ten był obiektywnie niemożliwy do wykonania bez zagrożenia bezpieczeństwa dostaw paliw gazowych do Polski i w konsekwencji pozbawienia dostaw paliw gazowych części odbiorców, a więc bez naruszenia innego obowiązku administracyjnego ciążącego na powodzie, co zostało wykazane w toku sprawy oraz potwierdzone przez Sąd Apelacyjny; b) obiektywne okoliczności sprawy uniemożliwiają przypisanie powodowi odpowiedzialności za naruszenie tego obowiązku, z uwagi na podjęcie przez powoda wszelkich możliwych działań w celu jego realizacji, co zostało wykazane w toku sprawy oraz potwierdzone przez Sąd, co stanowi rażące naruszenie konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa oraz wynikającej z niej zasady zaufania obywateli do państwa i zasady proporcjonalności; 2) art. 22 Konstytucji i art. 92 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji przez ich niezastosowanie i w konsekwencji nieuwzględnienie okoliczności, iż kara pieniężna została nałożona na powoda na podstawie aktu prawnego niezgodnego z Konstytucją, tj. rozporządzenia o dywersyfikacji albowiem: a) rozporządzenia o dywersyfikacji ogranicza swobodę działalności gospodarczej, a nie ma rangi ustawy i nie wskazuje jaki ważny interes prawny miałby być uzasadnieniem dla tego ograniczenia, co powoduje jego niezgodność z Konstytucją; b) przepis art. 32 ust. 3 PE nie zawiera wymaganych wytycznych dotyczących treści rozporządzenia o dywersyfikacji umożliwiających prawodawcy poznanie intencji ustawodawcy, a tym samym przepis ten i w konsekwencji wydane na jego podstawie rozporządzenia o dywersyfikacji są niezgodne z Konstytucją; 3) art. 56 ust. 1 pkt 12 PE w zw. z art. 32 ust. 3 PE przez jego niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, w której naruszenie przez powoda

obowiązku dywersyfikacji nie stanowi obowiązku wynikającego z koncesji na obrót gazem ziemnych z zagranicą, lecz obowiązek wynikający bezpośrednio z rozporządzenia o dywersyfikacji, a koncesja jedynie ten obowiązek powtarza, co doprowadziło do nałożenia na powoda kary pieniężnej za przewinienie niewymienione w katalogu czynów penalizowanych w art. 56 ust. 1 PE; 4) art. 32 ust. 2 PE poprzez jego błędną wykładnię polegającą na błędnym przyjęciu, iż przepis ten stanowi ustawowe źródło obowiązku dywersyfikacji i obliuguje Prezesa Urzędu do zastrzeżenia tego obowiązku w koncesji na obrót gazem ziemnych z zagranicą; 5) art. 32 ust. 3 PE w zw. z § 1 rozporządzenia o dywersyfikacji przez jego błędną wykładnię polegającą na błędnym przyjęciu, że pojęciu „import” użytemu w koncesji należało nadać znaczenie pojęcia „import” w rozumieniu ustawy o podatku akcyzowym, gdy tymczasem ustawa ta nie obowiązywała tak w dacie wydania koncesji, jak i w dacie wydania rozporządzenia o dywersyfikacji; nadanie takiego znaczenia pojęciu „import” byłoby zatem niezgodne z delegacją ustawową do wydania rozporządzenia oraz rezultatem wykładni historycznej, funkcjonalnej i systemowej wskazanych wyżej przepisów; 6) art. 2 Konstytucji przez jego niezastosowanie, co doprowadziło do przyjęcia przez Sąd Apelacyjny (oraz Sąd pierwszej instancji) odmiennego znaczenia pojęcia „import” niż przyjmowane przez samego Prezesa Urzędu w publikowanych przez ten organ sprawozdaniach z działalności, co stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa oraz wynikającej z niej zasady zaufania obywateli do państwa.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna, choć nie wszystkie podniesione w jej podstawach zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdza, że dla oceny zgodności zachowania powoda z prawem irrelevantna jest powoływana przez Prezesa Urzędu okoliczność, iż przed 2007 r. to powód był podmiotem odpowiedzialnym za rozbudowę łączników polskiego systemu gazociągów z sieciami gazociągów zagranicznych. Skarga kasacyjna została bowiem wniesiona w sprawie, w której przedmiotem oceny jest zachowanie powoda w latach 2007 i 2008, kiedy to – co

jest niesporne – powód nie odpowiadał już za infrastrukturę przesyłową (której rozbudowa ma kluczowe znaczenie dla faktycznej, a nie tylko pozornej, dywersyfikacji źródeł dostaw gazu, por. M. Ruszel, *Infrastrukturalne możliwości dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego do Polski w perspektywie 2020 roku*, Humanities and Social Sciences z 2013 r., vol. XVIII, 20 (4), s. 145-157).

Przechodząc do oceny merytorycznej poszczególnych zarzutów skargi kasacyjnej należy rozpocząć od przypomnienia, że skarga ta została wniesiona w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 PE, tj. za „naruszenie obowiązku wynikającego z koncesji”. Zasadniczy, wstępny problem prawny w niniejszej sprawie dotyczy więc tego, czy powód został ukarany za naruszenie obowiązku wynikającego z koncesji, czy też za naruszenie obowiązku wynikającego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W wyroku z 6 października 2011 r., III SK 18/11 (ZNSA 2012 nr 1, poz. 100-102) Sąd Najwyższy uznał, że skoro przepis art. 56 ust. 1 pkt 12 PE uznaje za czyn podlegający karze pieniężnej zachowanie przedsiębiorstwa energetycznego polegające na nieprzestrzeganiu przez koncesjonariusza obowiązków wynikających z koncesji, to podstawę do nałożenia kary pieniężnej stanowi nieprzestrzeganie tylko takich obowiązków, które wynikają z koncesji, a decyzja o jej udzieleniu musi być autonomicznym źródłem przedmiotowych obowiązków. Nie można natomiast traktować jako wynikającego z koncesji obowiązku, którego bezpośrednim źródłem jest przepis obowiązującego prawa, określający dany obowiązek w sposób umożliwiający jego bezpośrednią realizację, bez potrzeby dodatkowej konkretyzacji. Podkreślić bowiem należy, że art. 56 ust. 1 pkt 12 PE nie karze za naruszenie obowiązków wynikających z Prawa energetycznego, lecz tylko za naruszenie szczegółowych warunków prowadzenia działalności, określonych w samej koncesji. Przepisu art. 56 ust. 1 pkt 12 PE nie można traktować jako „małej klauzuli generalnej”, uprawniającej Prezesa Urzędu do nakładania kar pieniężnych za jakiegokolwiek naruszenie Prawa energetycznego, które nie jest sankcjonowane na podstawie norm wynikających z pozostałych jednostek redakcyjnych art. 56 ust. 1 Prawa energetycznego. Stanowisko Sądu Najwyższego jest w tym zakresie utrwalone (zob. wyroki Sądu Najwyższego z 6 października 2011 r., III SK 18/11, ZNSA 2012 nr 1, poz. 100-102; z 19 listopada

2014 r., III SK 82/13, LEX nr 1551674; z 28 stycznia 2015 r., III SK 29/14, LEX nr 1653761; z 18 sierpnia 2015 r., III SK 2/15, LEX nr 1808593).

Sąd Najwyższy stwierdza, że ustawa Prawo energetyczne nie nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu. Wszystkie przepisy Prawa energetycznego, które nakładają na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązki, zostały sformułowane w taki sposób, że z ich treści wynika zobowiązanie adresata (z reguły przedsiębiorstwa energetycznego) do określonego działania. W odniesieniu do dywersyfikacji gazu w Prawie energetycznym nie ma takich przepisów. Do dywersyfikacji gazu odnoszą się bowiem dwa ustępy art. 32 Prawa energetycznego: art. 32 ust. 2 PE stanowi o udzielaniu koncesji z uwzględnieniem dywersyfikacji gazu, zaś art. 32 ust. 3 PE zawiera delegację dla Rady Ministrów dla określenia szczegółów dywersyfikacji gazu według określonej formuły.

Zgodnie z art. 32 ust. 2 PE, koncesje na prowadzenie działalności w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą będą wydawane z uwzględnieniem dywersyfikacji źródeł gazu oraz bezpieczeństwa energetycznego. Z przepisu tego wynika, że w wydając decyzje koncesyjne na obrót gazem z zagranicą, Prezes Urzędu może kierować się względami dotyczącymi dywersyfikacji gazu. W ten sposób koncesja staje się instrumentem realizacji polityki energetycznej państwa. Przesłanka dywersyfikacji źródeł gazu podlega badaniu w toku postępowania koncesyjnego i może stanowić podstawę dla nałożenia szczegółowego obowiązku koncesyjnego, którego akceptacja przez wnioskodawcę może determinować udzielenie koncesji. Prezes Urzędu może uzależnić wydanie decyzji od ujawnienia źródeł sprowadzenia gazu, nałożyć obowiązek sprowadzania gazu z określonego kierunku, odmówić udzielenia koncesji na sprowadzanie gazu z Rosji, dookreślić szczegóły wykonania obowiązku realizacji minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy. Przepis art. 32 ust. 2 PE nie stanowi jednak podstawy normatywnej obowiązku przedsiębiorstw energetycznych do dywersyfikacji dostaw gazu. Jest adresowany przede wszystkim do Prezesa Urzędu, a dopiero w dalszej kolejności do uczestnika postępowania koncesyjnego i kreuje przesłankę wydania oraz treść decyzji koncesyjnej.

Obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu nie nakłada także art. 32 ust. 3 PE, który adresowany jest do Rady Ministrów i upoważnia ją jedynie do określenia minimalnego poziomu dywersyfikacji gazu.

Z powyższego wynika, że obowiązek dywersyfikacji źródeł gazu nie wynika z przepisów obowiązującego prawa w tym sensie, że na podstawie art. 32 ust. 2 PE, bądź rozporządzenia o dywersyfikacji wydanego na podstawie art. 32 ust. 3 PE, przedsiębiorstwa energetyczne takie jak powód nie są zobowiązane do dywersyfikowania dostaw gazu. Bezpodstawny jest więc zarzut powoda wymierzony w zastosowanie przez Sąd Apelacyjny w okolicznościach faktycznych sprawy art. 56 ust. 1 pkt 12 Prawa energetycznego, który to zarzut oparty został na błędnym założeniu, zgodnie z którym obowiązek za niewykonanie którego powód został ukarany wynikał (analogicznie jak w sprawie III SK 18/11) z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a nie z koncesji powoda.

Przedsiębiorstwa energetyczne takie jak powód stają się zobowiązane do dywersyfikacji dostaw gazu na podstawie treści adresowanych do nich decyzji koncesyjnych. Zdaniem Sądu Najwyższego nie ma przeszkód, by Prezes Urzędu w decyzji koncesyjnej odsyłał, w zakresie treści obowiązku dywersyfikacji, do przepisów rozporządzenia o dywersyfikacji. Dopiero bowiem na mocy postanowienia koncesji poziom i sposób dywersyfikacji przewidziany w rozporządzeniu o dywersyfikacji staje się wiążący dla przedsiębiorstwa energetycznego takiego jak powód. Skoro zaś w decyzji koncesyjnej przewidziano obowiązek odnoszący się do prowadzenia działalności koncesyjnej (aczkolwiek poprzez odesłanie do rozporządzenia), to obowiązek ten należy traktować jako warunek prowadzenia działalności koncesjonowanej sankcjonowany na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 PE.

Sąd Najwyższy uznał za bezzasadny zarzut naruszenia art. 22, art. 92 ust. 1 i art. 8 ust. 2 Konstytucji RP. Wbrew założeniu powoda, kara pieniężna została na niego nałożona na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 12 PE, a nie na podstawie przepisów Prawa energetycznego stosowanych w zbiegu z przepisami rozporządzenia o dywersyfikacji, którego konstytucyjność powód kontestuje. Podstawę faktyczną nałożenia kary pieniężnej stanowiło zachowanie, uznane przez Prezesa Urzędu za naruszenie obowiązku wynikającego z koncesji a nie ze wspomnianego

rozporządzenia. Z kolei decyzja koncesyjna, jako decyzja ostateczna, wiąże sąd powszechny. Okoliczność, że decyzja ta została wydana na podstawie przepisu, który w ocenie powoda jest niekonstytucyjny, nie podlega badaniu w postępowaniu w sprawie nałożenia kary pieniężnej, które jest postępowaniem pod względem przedmiotowym odrębnym od postępowania koncesyjnego oraz postępowania w sprawie zmiany decyzji koncesyjnej (wyrok Sądu Najwyższego z 19 listopada 2014 r., III SK 82/13, LEX nr 1551674).

Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 12 PE w związku z art. 2 Konstytucji RP przez utrzymanie kary pieniężnej nałożonej za niewykonanie obowiązku, który w ocenie powoda był z obiektywnych (niezależnych od niego) przyczyn niewykonalny. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, z art. 2 Konstytucji wynika szereg istotnych dla prawa represyjnego zasad. I tak w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 października 2015 r., SK 59/13 (OTK-A 2015 nr 10, poz. 162) przyjęto, że doszło do naruszenia art. 2 Konstytucji RP poprzez orzeczenie środka represyjnego w postaci przepadku przedmiotu (samochodu) bez uprzedniego zbadania, czy możliwe jest przypisanie tej osobie naganego postępowania. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 21 października 2015 r., P 32/12 (OTK-A 2015 nr 9, poz. 148) potwierdzono, że z art. 2 Konstytucji RP wynika zasada proporcjonalnej reakcji państwa na naruszenie obowiązku wynikającego z przepisu prawa. W wyroku z 12 lutego 2015 r., SK 14/12 (OTK-A 2015 nr 2, poz. 15) Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w przedmiocie zasady ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa, z której to zasady wyprowadza się zakaz zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania, a tym samym stwarzania organom państwowym możliwości i zachęty nadużywania władzy względem obywateli. Z kolei w wyroku z 8 stycznia 2013 r., K 18/10 (OTK-ZU 2013 Seria A nr 1, poz. 2) Trybunał Konstytucyjny przyjął, że ustawodawca nie może tworzyć konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią złudzenie prawa i w konsekwencji dają jedynie pozór ochrony interesów jednostki.

W tym kontekście konstytucyjnym należało ocenić, czy - w świetle ustaleń faktycznych Sądu drugiej instancji - powód mógł wykonać ciążący na nim

obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu, a jeżeli tak, to czy jego niewykonanie było efektem działań lub zaniechań powoda, czy też okoliczności od powoda niezależnych. Tego rodzaju oceny zastosowano już chociażby w wyroku Sądu Najwyższego z 4 listopada 2010 r., III SK 21/10 (LEX nr 737390). Podstawowe znaczenie dla oceny zasadności zarzutu naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 12 PE w zw. z art. 2 Konstytucji RP powinny mieć ustalenia faktyczne postępowania sądowego. Jeżeli z ustaleń tych wynika, że powód nie mógł wykonać obowiązku dywersyfikacji w zakresie przewidzianym w koncesji, bądź jeżeli niewykonanie tego obowiązku jest rezultatem działań osób trzecich lub zdarzeń zewnętrznych, za które powód nie może ponosić odpowiedzialności, wówczas zarzut ten należy uznać za zasadny. Jeżeli zaś ustalenia faktyczne do takiej oceny nie będą uprawniały, wówczas zarzut należy uznać za nieuzasadniony. Ustalenia postępowania sądowego trzeba przy tym odróżnić od oceny tych ustaleń pod kątem obiektywnego uzasadnienia, a także od samych twierdzeń przedsiębiorcy co do występowania okoliczności uchylających jego odpowiedzialność.

Ustalenia postępowania sądowego w tym zakresie są następujące. Po pierwsze, do sprowadzania gazu na terytorium Polski konieczne jest istnienie niezbędnych połączeń między systemami przesyłowymi, a za ich rozbudowę odpowiada inny podmiot, niż powód (zatem powód nie miał w latach 2007-2008 wpływu na budowę tych połączeń). Po drugie, jedynym punktem wejścia do polskiego systemu przesyłowego, który umożliwiał sprowadzenie paliwa gazowego z kierunku innego niż wschodni był punkt wejścia L. Wykorzystanie mocy przesyłowej tego punktu w maksymalnym rozmiarze nie zmieniłoby dokonanych ustaleń faktycznych w przedmiocie przekroczenia górnego dopuszczalnego pułapu importu gazu z jednego kraju pochodzenia. Z przyczyn technicznych nie można było realizować kontraktów z innymi dostawcami (z Norwegii). Po trzecie, powód podejmował próby nabywania gazu z Azji Środkowej, które to starania z uwagi na uwarunkowania związane z koniecznością tranzytu nabytego surowca przez terytorium Rosji były skazane na niepowodzenie z uwagi na brak zainteresowania przesyłem tego gazu przez stronę rosyjską, kontrolującą gazociągi. Po czwarte, powód podjął starania związane z zakupem gazu z innych kierunków niż Rosja ale próby te były nieudane. Po piąte, zmniejszenie poziomu importu gazu do poziomu

wymaganego przez postanowienia koncesji dotyczące dywersyfikacji skutkowałoby brakiem dostaw paliwa dla niektórych odbiorców.

Ustalenia te pozwoliły na przynajmniej częściową rekonstrukcję zasad funkcjonowania rynku gazu w 2007 r. i 2008 r. w kontekście obowiązku, za niewykonanie którego powód został ukarany. W ocenie Sądu Najwyższego, ustalenia te, dokonane zasadniczo w oparciu o ocenę zeznań świadków przesłuchanych przez Sąd Apelacyjny (k. 295), okazały się niewystarczające do uznania za obiektywnie uzasadnione naruszenia przez powoda wynikającego z koncesji obowiązku dywersyfikacji dostaw gazu, chociaż niewiele zabrakło do spełnienia ciężaru dowodu w tym zakresie. Przede wszystkim, z ustaleń tych wynika, że w latach 2007 i 2008 powód nie mógł sprowadzić większych ilości gazu przy wykorzystaniu łączników systemowych na granicy niemieckiej, czeskiej lub słowackiej. Na korzyść powoda przemawia również ustalona przez Sąd drugiej instancji okoliczność, zgodnie z którą strona rosyjska nie była zainteresowana przesylem gazu z Azji Środkowej przez terytorium Rosji. Niewystarczające, z perspektywy obiektywnego uzasadnienia, okazało się natomiast kluczowe ustalenia, zgodnie z którym powód mimo to podejmował starania o zakup gazu z innego kierunku, niż rosyjski, lecz próby te zakończyły się niepowodzeniem, w świetle oceny Sądu Apelacyjnego, z przyczyn niezależnych od powoda. W tym zakresie, w zaskarżonym wyroku, ustalenia faktyczne (jakie starania, z jakiego kierunku, na jakich warunkach, czy i z jakich przyczyn zakończyły się fiaskiem) zostały zastąpione oceną („z przyczyn niezależnych od powoda”), która nie ma oparcia w rekonstrukcji stanu faktycznego. Jak już wspomniano powyżej, skuteczne odwołanie się do obiektywnego uzasadnienia, z powodu niemożności wykonania obowiązku koncesyjnego, wymagało należytego odtworzenia przez Sądy, przy inicjatywie dowodowej powoda, zasad funkcjonowania rynku gazu, ekonomicznych możliwości wykonania tego obowiązku w ramach obowiązujących regulacji oraz gospodarczej opłacalności wykorzystania innych sposobów sprostania warunkom koncesji udzielonych powodowi. Takich, niekiedy drobiazgowych, ustaleń zabrakło, aby Sąd Najwyższy mógł na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznać, że art. 56 ust. 1 pkt 12 PE został zastosowany wadliwie, z uwagi na

faktyczną i ekonomiczną niemożność zapewnienia dywersyfikacji dostaw gazu na wymaganym poziomie.

Za zasadne Sąd Najwyższy uznał natomiast te zarzuty objęte podstawami skargi kasacyjnej powoda, które dotyczą wadliwego zastosowania wykładni systemowej przy interpretacji pojęcia „import”, jakim posłużono się w decyzjach koncesyjnych. Ze stenogramów posiedzenia Senatu w toku prac nad ustawą z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2000 r. Nr 48, poz. 555) wynika, że celem wprowadzenia art. 32 ust. 2 i 3 do Prawa energetycznego było zmniejszenie zależności „od gazu rosyjskiego”. Zamierzenie to nie uwzględnia, po pierwsze, trudności z identyfikacją „krajowego” pochodzenia gazu w przypadku nabywania go od pośredników, a zwłaszcza na rynkach giełdowych, a po drugie (z racji akcesji Polski do Unii Europejskiej w 2004 r.), że towar (gaz) dopuszczony do obrotu na rynku wewnętrznym korzysta ze swobody przepływu towarów. W okolicznościach niniejszej sprawy, brak możliwości zaliczenia przez powoda gazu zakupionego w innym państwie członkowskim na poczet realizacji obowiązku dywersyfikacji gazu, skutkuje wyciągnięciem negatywnych konsekwencji (kara pieniężna) wobec podmiotu, który korzystał z możliwości nabycia gazu na rynku unijnym. Godzi to w istotę swobody przepływu towarów i zakaz środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w przywozie (art. 34 w zw. z art. 36 TFUE). Przede wszystkim jednak, zdaniem Sądu Najwyższego, dla zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego poprzez dywersyfikację źródeł gazu nie ma znaczenia, czy kraj wydobycia gazu jest / nie jest państwem członkowskim UE. Kluczowe znaczenie ma zróżnicowanie źródeł i kierunków dostaw gazu. Nawet gdy w rzeczywistości gaz sprowadzany do Polski z kierunku zachodniego lub południowego jest gazem „pochodzenia” rosyjskiego, poziom bezpieczeństwa energetycznego kraju jest większy w przypadku realizowania takich dostaw od kontrahentów z UE, niż w przypadku zaspokajania krajowego zapotrzebowania na gaz wyłącznie i bezpośrednio ze źródeł rosyjskich. Zagrożenie bezpieczeństwu energetycznemu kraju wymagałoby wstrzymania dostaw gazu dla unijnych kontrahentów. Względy celowościowe i funkcjonalne przemawiają zatem przeciwko nadaniu pojęciu import gazu takiego znaczenia, jakie wynika z art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym (Dz.U.

z 2004 r. Nr 29, poz. 257 ze zm.). Sąd Najwyższy w swoim dotychczasowym orzecnictwie w sprawach z zakresu Prawa energetycznego podzielał stanowisko doktryny (L. Leszczyński *Reguły związane ze strukturą poziomą systemu przepisów prawnych* [w:] R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, *Wykładowia w prawie administracyjnym. System Prawa Administracyjnego Tom 4*, s. 247- 248), zgodnie z którym przy stosowaniu wykładni systemowej należy uwzględniać relacje gałęziowe między aktami prawnymi zawierającymi tożsame pojęcia (uchwała Sądu Najwyższego z 15 stycznia 2013 r., III SZP 1/12, OSNP 2013 nr 17-18, poz. 216). Zgodnie z tymi założeniami, ustawa o podatku akcyzowym nie jest ustawą o charakterze aktu podstawowego dla Prawa energetycznego i problematyki dywersyfikacji dostaw gazu. Dodatkowo Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że art. 32 ust. 3 PE upoważnił Radę Ministrów do określenia minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy. Zwrot „z zagranicy” oznacza gaz, który nie pochodzi ze źródeł krajowych.

Zastrzec przy tym należy, że z zastosowania w niniejszej sprawie art. 34 w zw. z art. 36 TFUE nie wynika (*a contrario*), by przedsiębiorstwa energetyczne sprowadzające gaz z Państw Członkowskich UE stawały się automatycznie zobowiązane do zaopatrywania się w gaz „z kierunku wschodniego” celem sprostania wymogom rozporządzenia o dywersyfikacji (stosowanego do nich na podstawie treści decyzji koncesyjnych). Taka wykładnia przepisów rozporządzenia o dywersyfikacji nie służyłaby realizacji celów art. 32 ust. 2 i 3 PE, co w konsekwencji uniemożliwiłoby uznanie odstępstwa z art. 34 TFUE za uzasadnione względami bezpieczeństwa energetycznego (rozumianego jako element bezpieczeństwa publicznego z art. 36 TFUE).

Ponieważ z ustaleń faktycznych postępowania sądowego wynika, że w przypadku zaliczenia do gazu importowanego przez powoda gazu zakupionego przez niego w Niemczech, Sąd Najwyższy stwierdził, że powód wykonał przewidziany w decyzjach koncesyjnych obowiązek dywersyfikacji dostaw gazu w 2007 r. i 2008 r., a zatem nie było faktycznych podstaw do nałożenia na powoda kary pieniężnej.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>16</sup> k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. i art. 479<sup>53</sup> § 2 k.p.c. w związku z art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

eb