

przy
Prezesie Rady Ministrów
RL-033-1/19

Opinia
o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne
oraz niektórych innych ustaw

I. Uwagi ogólne

1. [Przedmiot opiniowanego projektu ustawy] Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw¹ (dalej: „Projekt”) – przedłożony do zaopiniowania Radzie Legislacyjnej pismem Wiceprezesa Rządowego Centrum Legislacji z dnia 29 października 2018 r. – przewiduje dokonanie licznych zmian legislacyjnych w przepisach ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne² (dalej: „PrE”), a także w przepisach następujących ustaw odrębnych: w ustawie z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym³, w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii⁴ (dalej: „ustawa o OZE”), w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o rynku mocy⁵ oraz w ustawie z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych⁶ (dalej: „ustawa o elektromobilności”).

2. [Geneza i cele Projektu] Projekt w sensie tematycznym ma charakter wielowątkowy i poprzez zmiany legislacyjne zmierza do rozwiązania wielu różnorodnych problemów technicznych, ekonomicznych i społecznych ujawniających się na rynkach energetycznych w Polsce, w tym głównie na rynkach energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła. Projekt jest w szczególności odpowiedzią na określone praktyczne trudności doświadczane przez przedsiębiorstwa energetyczne w ramach prowadzonej przez nie działalności, związane m. in. z pracą sieci dystrybucyjnych, magazynowaniem energii elektrycznej czy taryfowaniem odbiorców, a których przewyższenia można zasadnie oczekiwać w wyniku zmiany

¹ Przygotowany przez Ministra Energii, w wersji z dnia 5 października 2018 r., dostępny na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12317354/12543041/12543042/dokument363667.pdf>.

² Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 755, ze zm.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1114, ze zm.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2389.

⁵ Dz. U. z 2018 r. poz. 9, ze zm.

⁶ Dz. U. z 2018 r. poz. 317, ze zm.

obowiązującego prawa. Projekt wychodzi też naprzeciw określonym potrzebom odbiorców energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła, starając się lepiej i bardziej kompleksowo zabezpieczyć ich słuszne interesy, zwłaszcza zaś interesy ekonomiczne (majątkowe) i związane z prawem do informacji. Projekt wprowadza również określone zmiany w organizacji i działalności instytucji publicznych odpowiedzialnych w Polsce za regulowanie rynków energetycznych lub za politykę energetyczną państwa. W pewnym zakresie zmiany legislacyjne przewidywane przez Projekt są implikowane koniecznością wdrożenia w Polsce przepisów prawa Unii Europejskiej, co dotyczy zwłaszcza wykonania niektórych przepisów rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1222 z dnia 24 lipca 2015 r. ustanawiającego wytyczne dotyczące alokacji zdolności przesyłowych i zarządzania ograniczeniami przesyłowymi⁷ (dalej: „rozporządzenie (UE) 2015/1222”) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1227/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie integralności i przejrzystości hurtowego rynku energii⁸ (dalej: „rozporządzenie (UE) 1227/2011”). Projekt zawiera ponadto przepisy prawne będące odpowiedzią na współczesne wyzwania pojawiające się w sektorze energetycznym w związku z rozwojem technologicznym. W tym zakresie przepisy Projektu zmierzają do otwarcia regulacji prawnych w energetyce na niektóre nowe rozwiązania technologiczne oraz do umożliwienia uczestnikom rynków energetycznych czynienia użytku z tych nowych rozwiązań z korzyścią dla ich interesów i potrzeb.

Ogólnie można powiedzieć, że przepisy Projektu zmierzają do realizacji tych celów, które są równocześnie głównymi celami ustawy PrE, takich jak: zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju oraz oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwój konkurencji, przeciwdziałanie negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględnianie wymogów ochrony środowiska oraz równoważenie interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii (zob. art. 1 ust. 2 PrE)⁹.

3. [Ogólna charakterystyka rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie] Wśród najistotniejszych rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie należałoby w szczególności wymienić następujące z nich.

Po pierwsze, Projekt wykonuje niektóre przepisy rozporządzenia (UE) 2015/1222, w szczególności określając ogólne zasady głosowania w sprawie decyzji dotyczących wniosków przygotowywanych przez nominowanych operatorów rynku energii elektrycznej (art. 1 pkt 23

⁷ Dz. Urz. UE 2015, L 197/24.

⁸ Dz. Urz. UE 2011, L 326/1.

⁹ Ogólnie na temat tych celów zob. m. in. A. Szafrński, *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa 2014, s. 157 i n.

lit. a) Projektu dodający nowe przepisy art. 23 ust. 2 pkt 11c i 11d PrE oraz art. 1 pkt 25 Projektu dodający nowe przepisy art. 24a i art. 24b PrE).

Po drugie, Projekt ustanawia podstawę prawną dla tzw. rekuperacji energii elektrycznej wprowadzonej do sieci trakcyjnej lub do sieci dystrybucyjnej w następstwie hamowania pociągu, tramwaju oraz trolejbusa (art. 1 pkt 6 Projektu dodający nowe przepisy art. 5h PrE).

Po trzecie, Projekt ustanawia obowiązek sporządzania przez operatora systemu magazynowania instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej oraz skonsultowania tej instrukcji z użytkownikami systemu, a także procedurę zatwierdzania tej instrukcji przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: „Prezes URE”) (art. 1 pkt 13 Projektu zmieniający przepisy art. 9g PrE).

Po czwarte, Projekt wprowadza zmiany w zakresie procedury powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE (art. 1 pkt 22 Projektu zmieniający przepisy art. 21 PrE).

Po piąte, Projekt wprowadza zmiany w systemie sprawdzania i uznawania kwalifikacji niezbędnych do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji lub sieci energetycznych oraz wydawania świadectw kwalifikacyjnych (art. 1 pkt 36 Projektu zmieniający przepisy art. 54 PrE i art. 1 pkt 37 Projektu dodający nowe przepisy art. 54a-54o PrE).

Po szóste, Projekt wprowadza przepis upoważniający Prezesa URE do dokonywania w drodze decyzji zmiany treści umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii elektrycznej zawartej pomiędzy sprzedawcą a operatorem systemu dystrybucyjnego lub operatorem systemu przesyłowego, w celu umożliwienia sprzedawcy sprzedaży paliw gazowych lub energii elektrycznej lub świadczenia usługi kompleksowej odbiorcom przyłączonym do sieci tego operatora lub też – alternatywnie – upoważniający Prezesa URE do zobowiązania stron wymienionej wyżej umowy do jej zmiany (art. 1 pkt 10 lit. b) Projektu dodający nowy przepis art. 8 ust. 3 PrE).

Po siódme, Projekt wprowadza przepis upoważniający Prezesa URE do cofnięcia koncesji albo zmiany jej zakresu w przypadku wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „Prezes UOKiK”) wobec przedsiębiorstwa energetycznego decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰ (art. 1 pkt 30 Projektu dodający nowy art. 41 ust. 4 pkt 4 PrE).

¹⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 798, ze zm.

Po ósme, Projekt ustanawia instytucję prawną zamkniętego systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, który to status prawny będzie mógł zostać nadany systemom spełniającym określone normatywne kryteria. Operatorzy takich systemów mają być zwolnieni od wielu normatywnych obowiązków spoczywających normalnie na operatorach systemów dystrybucyjnych (art. 1 pkt 12 Projektu dodający nowe przepisy art. 9da-9dc PrE).

Po dziewiąte, Projekt wprowadza rozbudowane i kompleksowe przepisy regulujące magazynowanie energii elektrycznej oraz umożliwiające funkcjonowanie i rozwój magazynów energii elektrycznej (art. 1 pkt 2 lit. a), b) i g) Projektu zmieniający przepisy art. 3 pkt 10k, 11i oraz 59 PrE; art. 1 pkt 9 Projektu dodający nowe przepisy art. 7 ust. 2b, 2c, 3c-3e PrE oraz zmieniający przepisy art. 7 ust. 8 pkt 3 i ust. 8e PrE; art. 1 pkt 13 Projektu zmieniający i uzupełniający przepisy art. 9g PrE w zakresie dotyczącym magazynowania energii elektrycznej; art. 1 pkt 21 Projektu dodający nowe przepisy art. 16 ust. 7 pkt 8 i ust. 8a PrE; art. 1 pkt 28 lit. b) Projektu zmieniający art. 32 ust. 1 pkt 2 PrE; art. 1 pkt 29 Projektu dodający nowy przepis art. 35 ust. 1d PrE; art. 1 pkt 31 Projektu dodający nowe przepisy art. 43f i art. 43g PrE; art. 1 pkt 32 lit. a) Projektu zmieniający art. 45 ust. 1 zd. 1 PrE; art. 1 pkt 32 lit. c) Projektu dodający nowe przepisy art. 45 ust. 8-10 PrE; art. 1 pkt 33 lit. a) Projektu zmieniający art. 46 ust. 3 PrE; art. 1 pkt 33 lit. b) dodający nowy art. 46 ust. 7a PrE; art. 2 Projektu zmieniający treść art. 2 pkt 19 *in principio* ustawy o podatku akcyzowym; art. 3 pkt 1 Projektu zmieniający przepisy art. 2 pkt 11a, 13, 16 lit. b) i 17 ustawy o OZE; art. 3 pkt 3 Projektu zmieniający lub dodający przepisy art. 45 ust. 6a, 7 i 8 ustawy o OZE; art. 3 pkt 4 lit. c) Projektu dodający nowy art. 92 ust. 13-15 ustawy o OZE; art. 3 pkt 5 Projektu zmieniający art. 96 ust. 3 ustawy o OZE; art. 4 pkt 1 Projektu zmieniający art. 2 pkt 18 ustawy o rynku mocy; art. 6, 7 i 11 Projektu).

Po dziesiąte, Projekt dokonuje zmian w przepisach regulujących treść i formę dokumentów określających politykę energetyczną państwa oraz sprawozdania ministra właściwego do spraw energii (art. 1 pkt 16-20 Projektu zmieniający art. 13, 15 i art. 15b ust. 1 i 3 PrE oraz uchylający art. 14 i art. 15a ust. 2 PrE).

Po jedenaste, Projekt określa reguły stosowania cen i opłat przez przedsiębiorstwo energetyczne w przypadku odmowy zatwierdzenia jego taryfy przez Prezesa URE z uwagi na konieczność obniżenia cen i stawek opłat poniżej cen i stawek opłat zawartych w dotychczasowej taryfie, a także ujednolica miejsce publikacji taryf dla wszystkich przedsiębiorstw energetycznych (art. 1 pkt 34 Projektu zmieniający lub dodający przepisy art. 47 ust. 2d, 2da i 3 PrE).

Po dwunaste, Projekt wprowadza przepis upoważniający Prezesa URE do rozstrzygania w drodze decyzji administracyjnej w sprawach spornych dotyczących zmiany umowy o przyłączenie do sieci, w tym dotyczących zwiększenia mocy przyłączeniowej, umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, umowy o świadczenie usług transportu gazu ziemnego, umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych lub energii elektrycznej, umowy o udostępnienie części instalacji magazynowej paliw gazowych, umowy o świadczenie usługi skraplania gazu ziemnego oraz umowy kompleksowej, a także określa termin do złożenia wniosku do Prezesa URE o rozstrzygnięcie sporu (art. 1 pkt 10 lit. a) Projektu zmieniający brzmienie art. 8 ust. 1 PrE).

Po trzynaste, Projekt ustanawia przepisy umożliwiające osobom zajmującym się obsługą Koordynatora do spraw negocjacji (działającego przy Prezesie URE) prowadzenie postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów (art. 1 pkt 27 Projektu dodający art. 31da PrE).

Po czternaste, Projekt komasuje w ramach jednej procedury administracyjnej wydawanie koncesji dla przedsiębiorstwa energetycznego i wyznaczania operatora systemu (art. 1 pkt 14 Projektu dodający nowy art. 9h ust. 1a PrE).

Po piętnaste, Projekt zawiera doprecyzowanie istniejącej definicji legalnej „uczestnika rynku” oraz wprowadza przepisy karne penalizujące naruszenie określonych wymogów wynikających z rozporządzenia (UE) 1227/2011 (art. 1 pkt 2 lit. f) Projektu zmieniający art. 3 pkt 54 PrE oraz art. 1 pkt 39 Projektu dodający nowe przepisy art. 57h-57j PrE).

Po szesnaste, Projekt zawiera przepisy obligujące sprzedawcę paliw gazowych lub energii elektrycznej do dostarczania odbiorcy tych paliw lub energii w gospodarstwie domowym aktualnej kopii zbioru praw konsumenta energii oraz do zapewniania publicznego dostępu do tego zbioru praw wraz z aktualnym stanem prawnym (art. 1 pkt 5 lit. b) Projektu zmieniający art. 5 ust. 6e zd. 1 PrE oraz art. 1 pkt 5 lit. c) Projektu dodający nowy art. 5 ust. 6g PrE).

Po siedemnaste, Projekt wprowadza przepis, zgodnie z którym znak towarowy operatora systemu dystrybucyjnego będącego częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo nie może wprowadzać w błąd co do odrębnej tożsamości sprzedawcy będącego częścią tego samego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (art. 1 pkt 11 lit. b) Projektu dodający nowy art. 9c ust. 4c PrE).

Po osiemnaste, Projekt zmienia przepisy ustawy o elektromobilności w zakresie dotyczącym programu budowy stacji gazu ziemnego oraz przedsięwzięć w zakresie modernizacji, rozbudowy albo budowy sieci niezbędnych do przyłączenia tych stacji (art. 5

Projektu zmieniający lub dodający art. 3 ust. 1 pkt 6 i 6a oraz ust. 3, art. 9 ust. 2, art. 10 ust. 10a, art. 17 ust. 1 i 2, art. 20 ust. 1 i art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności).

Po dziewiętnaste, Projekt wprowadza rozbudowane przepisy dotyczące inteligentnego opomiarowania, ustanawiające obowiązek zainstalowania przez operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, do dnia 31 grudnia 2026 r., liczników zdalnego odczytu skomunikowanych z systemem zdalnego odczytu w punktach pomiarowych stanowiących co najmniej 80 % łącznej liczby punktów pomiarowych u odbiorców końcowych przyłączonych do sieci o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV należących do tego operatora, zgodnie z harmonogramem określonym w ustawie; ustanawia się także operatora informacji pomiarowych mającego prowadzić centralny system informacji pomiarowych (art. 1 pkt 15 Projektu dodający nowe przepisy art. 11t-11zg PrE).

4. [Ogólna ocena Projektu] W swoim najogólniejszym kształcie i zakresie Projekt zasługuje na pozytywną ocenę. Przepisy Projektu są w przeważającej mierze adekwatną merytorycznie i reprezentującą dostateczny poziom techniczno-legislacyjny odpowiedzią na liczne wyzwania istniejące aktualnie w polskim sektorze energetycznym, w tym zwłaszcza w jego części obejmującej podsektory energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła. Projekt zawiera rozwiązania prawne, które wychodzą naprzeciw oczekiwaniom i interesom wszystkich kategorii uczestników sektora energetycznego, takich jak: przedsiębiorstwa energetyczne działające na poszczególnych szczeblach łańcucha dostaw w procesach energetycznych, odbiorcy paliw i energii, w tym odbiorcy końcowi i w gospodarstwach domowych, a także instytucje publiczne odpowiedzialne za funkcjonowanie polskiego sektora energetycznego. Przy czym w przepisach Projektu widać wyraźne dążenie jego twórców do wyważania i godzenia ze sobą interesów wspomnianych uczestników rynku, w tym zwłaszcza interesów ekonomicznych. Wiele rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie ma ewidentnie charakter prokonsumencki i musi być ocenianych jako pożądane wzmocnienie pozycji odbiorców końcowych paliw i energii w stosunku do przedsiębiorstw energetycznych (np. wprowadzenie obowiązku niestosowania przez przedsiębiorstwo energetyczne dotychczasowej taryfy w sytuacji braku zatwierdzenia przez Prezesa URE nowej taryfy z uwagi na konieczność obniżenia cen i stawek opłat poniżej cen i stawek opłat zawartych w dotychczasowej taryfie; zwiększenie zakresu informacji przekazywanych odbiorcom paliw i energii; ustanowienie odstraszałej i mobilizującej sankcji cofnięcia koncesji za naruszanie przez przedsiębiorstwo energetyczne zbiorowych interesów konsumentów). Istnieją też liczne zmiany legislacyjne przewidziane w Projekcie, które są uzasadnione koniecznością zmniejszania niepotrzebnych kosztów ponoszonych przez przedsiębiorstwa energetyczne (np. stworzenie instytucji

zamkniętych systemów dystrybucyjnych; wprowadzenie jednej procedury dla koncesjonowania i wyznaczania przedsiębiorstwa operatorem systemu) lub które mają na celu wykorzystanie nowych innowacyjnych rozwiązań, jakie przynosi postęp techniczny w sektorze energetycznym (np. możliwość rekuperacji energii elektrycznej w następstwie hamowania pojazdów; wykorzystanie dwukierunkowych punktów ładowania; inteligentne opomiarowanie; szersze wykorzystanie elektromobilności; rozwój nowych technologii magazynowania energii elektrycznej), co ogólnie może się przyczynić do zwiększenia efektywności energetycznej oraz do bardziej oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii. Na ogólnie pozytywną ocenę zasługują również te przepisy Projektu, które mają na celu zwiększenie bezpieczeństwa użytkowania urządzeń, instalacji i sieci energetycznych (np. zmiany w systemie sprawdzania i uznawania kwalifikacji niezbędnych do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji lub sieci energetycznych oraz wydawania świadectw kwalifikacyjnych; wprowadzenie obowiązku opracowywania przez operatora systemu magazynowania instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej) oraz które zmierzają do pełnego wykorzystania potencjału tkwiącego w procesach magazynowania energii elektrycznej z korzyścią dla bezpieczeństwa dostaw energii i zwiększenia efektywności energetycznej (*de lege lata* procesy związane z magazynowaniem energii elektrycznej są w PrE wyraźnie niedoregulowane, natomiast ich szerszą regulację umożliwia i uzasadnia m. in. postęp we wdrażaniu nowych technologii w zakresie magazynowania energii elektrycznej).

Wprawdzie w odniesieniu do zasygnalizowanych wyżej rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie można mieć pewne zastrzeżenia merytoryczne lub techniczno-legislacyjne (i są one szerzej przedstawione w dalszej części niniejszej opinii prawnej), niemniej jednak zastrzeżenia te nie mają charakteru zasadniczego i nie negują potrzeby oraz celowości ustanowienia tych właśnie rozwiązań prawnych.

Nieco większe kontrowersje może natomiast budzić wprowadzenie przez Projekt instytucji inteligentnego opomiarowania, związanego z wprowadzeniem liczników zdalnego odczytu skomunikowanych z systemem zdalnego odczytu. Jest to rozwiązanie prawne prawdopodobnie nie do uniknięcia na dłuższą metę, zwłaszcza z uwagi na wymogi wynikające z prawa unijnego oraz ze względu na potencjalne korzyści ekonomiczne, jakie to może przynieść przedsiębiorstwom energetycznym i odbiorcom energii elektrycznej. Niemniej jednak wydaje się, że przepisy Projektu dotyczące inteligentnego opomiarowania w niedostatecznie mocny sposób chronią te interesy odbiorców energii, które mają związek z ich prywatnością oraz integralnością dotyczących ich danych osobowych, a ponadto przewidziane w Projekcie ramy

czasowe dla procesu wdrażania inteligentnego opomiarowania mogą się okazać zbyt sztywne i niepozwalające na terminowe wywiązanie się z tego obowiązku.

Natomiast na zdecydowanie krytyczną ocenę zasługują te przepisy Projektu, które przewidują zmiany w zasadach powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE, gdyż niosą one ze sobą ryzyko naruszenia niezależności krajowego regulatora energetycznego w sposób niezgodny z przepisami prawa unijnego i ze szkodą dla długofalowych interesów rynku energetycznego w Polsce. Duże wątpliwości budzą ponadto przepisy Projektu przewidujące możliwość administracyjnoprawnej ingerencji Prezesa URE w treść umów cywilnoprawnych zawartych pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, a konkretnie w treść umów przesyłowych (projektowany art. 8 ust. 3 PrE). Przepisy te w nadmierny i niepotrzebny sposób naruszają cywilnoprawną swobodę umów chronioną przez przepisy Konstytucji RP, a ponadto mogą rodzić wiele problemów praktycznych przy ich stosowaniu.

II. Szczegółowe uwagi krytyczne i postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do poszczególnych rozwiązań prawnych przewidzianych w Projekcie

1. [Uwagi krytyczne do przepisów Projektu wykonujących rozporządzenie (UE) 2015/1222] Projektowany przepis art. 23 ust. 2 pkt 11c PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie, stanowiący, że do zakresu działania Prezesa URE należy wykonywanie zadań i kompetencji organu regulacyjnego przewidzianych w rozporządzeniu (UE) 2015/1222, wydaje się być całkowicie zbędny. Ten projektowany przepis jedynie bowiem powiela treści normatywne, które i tak już wynikają w sposób dostatecznie wyraźny z obecnego art. 23 ust. 2 pkt 11 PrE, a mówiąc dokładniej: z końcowej części tego przepisu. Aktualnie obowiązujący art. 23 ust. 2 pkt 11 PrE stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy „*kontrolowanie realizacji przez operatora systemu przesyłowego elektroenergetycznego lub operatora systemu połączonego elektroenergetycznego oraz innych uczestników rynku energii elektrycznej obowiązków wynikających z przepisów rozporządzenia (WE) nr 714/2009 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1228/2003, a także wykonywanie innych obowiązków organu regulacyjnego wynikających z tego rozporządzenia oraz obowiązków wynikających z rozporządzeń wydanych na podstawie art. 6 i art. 18 rozporządzenia 714/2009*”. Jak z powyższego wynika, obecnie obowiązujący art. 23 ust. 2 pkt 11 *in fine* PrE wyraźnie stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy m. in. wykonywanie obowiązków organu regulacyjnego wynikających z

rozporządzeń wydanych na podstawie art. 18 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1228/2003¹¹ (dalej: „rozporządzenie (UE) 714/2009”). Jednym z rozporządzeń unijnych wydanych na podstawie art. 18 rozporządzenia (UE) 714/2009 jest rozporządzenie (UE) 2015/1222. W preambule do rozporządzenia (UE) 2015/1222 jest wyraźnie zapisane, że rozporządzenie to zostało wydane w szczególności na podstawie art. 18 ust. 3 lit. b) oraz art. 18 ust. 5 rozporządzenia (UE) 714/2009¹². Skoro zaś zgodnie z aktualnie obowiązującym art. 23 ust. 2 pkt 11 *in fine* PrE, do zakresu działania Prezesa URE należy m. in. wykonywanie obowiązków organu regulacyjnego wynikających z rozporządzeń wydanych na podstawie art. 18 rozporządzenia (UE) 714/2009, to z przepisu tego wynika w sposób niewątpliwy, że do zakresu działania Prezesa URE należy również wykonywanie obowiązków organu regulacyjnego wynikających z rozporządzenia (UE) 2015/1222, będącego rozporządzeniem wydanym właśnie na podstawie art. 18 rozporządzenia (UE) 714/2009. Nie ma zatem większego sensu ponowne powtarzanie tej samej materii regulacyjnej w projektowanym art. 23 ust. 2 pkt 11c PrE.

Należy przy tym zauważyć, że w treści projektowanego art. 23 ust. 2 pkt 11c PrE twórcy Projektu w sposób błędny zapisali, że rozporządzenie (UE) 2015/1222 jest rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady. Tymczasem w rzeczywistości rozporządzenie (UE) 2015/1222 jest rozporządzeniem Komisji Europejskiej, tzn. jest rozporządzeniem wykonawczym wydanym przez Komisję. Rozporządzeniem wydanym przez Parlament Europejski i Radę jest natomiast rozporządzenie macierzyste względem rozporządzenia (UE) 2015/1222, czyli rozporządzenie (UE) 714/2009.

Równie zbędny normatywnie wydaje się być projektowany przepis art. 23 ust. 2 pkt 11d PrE. Przepis ten stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy *„współpraca z Agencją oraz z organami regulacyjnymi państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisją Nadzoru Finansowego w zakresie niezbędnym do wykonywania zadań*

¹¹ Dz. Urz. UE 2009, L 211/15, ze zm.

¹² Art. 18 ust. 3 lit. b) rozporządzenia (UE) 714/2009 upoważnia Komisję do wydawania wytycznych określających szczegóły dotyczące zasad handlu energią elektryczną, zaś art. 18 ust. 5 rozporządzenia (UE) 714/2009 upoważnia Komisję do wydawania wytycznych w dalszych jeszcze kwestiach regulacyjnych dotyczących warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej. Te „wytyczne” Komisji mogą w sensie swojej formy prawnej przybrać formę rozporządzeń wykonawczych Komisji, tak jak to ma miejsce w przypadku rozporządzenia (UE) 2015/1222.

przewidzianych dla organu regulacyjnego w rozporządzeniu 2015/1222”. Ten projektowany przepis powtarza w sposób skonkretyzowany w odniesieniu do rozporządzenia (UE) 2015/1222 tę ogólną materię regulacyjną, która jasno wynika z treści obecnych przepisów art. 23 ust. 2 pkt 14, 14a i 14b PrE. Te ostatnio wymienione przepisy mówią generalnie o tym, że do zakresu działania Prezesa URE należy współdziałanie lub współpraca z Prezesem UOKiK (art. 23 ust. 2 pkt 14 PrE)¹³, z Komisją Nadzoru Finansowego (art. 23 ust. 2 pkt 14a PrE)¹⁴, a także z organami regulacyjnymi państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz z Agencją, tzn. z Agencją do spraw Współpracy Organów Regulacji Energetyki, określaną niekiedy angielskim akronimem ACER (art. 23 ust. 2 pkt 14b PrE)¹⁵. W takim układzie uzasadnione wydaje się twierdzenie, że odrębny przepis art. 23 ust. 2 pkt 11d PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie, mówiący o obowiązku współdziałania Prezesa URE z wymienionymi wyżej organami w sprawach związanych konkretnie z wykonywaniem rozporządzenia (UE) 2015/1222, nie jest w ogóle potrzebny, skoro *de lege lata* o obowiązku współdziałania Prezesa URE z wymienionymi wyżej organami jest generalnie mowa w innych punktach art. 23 ust. 2 PrE. Alternatywnie można by rozważyć rozwiązanie legislacyjne polegające na tym, że o współdziałaniu Prezesa URE z wymienionymi wyżej organami w sprawach związanych z wykonywaniem rozporządzenia (UE) 2015/1222 byłaby mowa nie w osobnym punkcie art. 23 ust. 2 PrE (tak jak to przewiduje Projekt), ale w punktach 14, 14a i 14b art. 23 ust. 2 PrE, które *de lege lata* traktują ogólnie o współdziałaniu Prezesa URE z wymienionymi wyżej organami i gdzie niekiedy wymienia się też szczegółowe obszary takiej współpracy. *De lege ferenda* współdziałanie Prezesa URE z wymienionymi organami w sprawach związanych z wykonywaniem rozporządzenia (UE) 2015/1222 należałoby zatem przewidzieć w tych ostatnio wspomnianych przepisach jako konkretny (szczełowy) i jednocześnie przykładowy obszar tego rodzaju współpracy.

¹³ Mówiąc zaś precyzyjniej, przepis art. 23 ust. 2 pkt 14 PrE stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy „współdziałanie z właściwymi organami w przeciwdziałaniu praktykom przedsiębiorstw energetycznych ograniczającym konkurencję”.

¹⁴ Przepis art. 23 ust. 2 pkt 14a PrE stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy współdziałanie z organem właściwym w sprawach nadzoru nad rynkiem kapitałowym, o którym mowa w art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 621, ze zm.) – a którym to organem jest Komisja Nadzoru Finansowego – w zakresie niezbędnym do właściwego wykonywania zadań określonych w ustawie.

¹⁵ Art. 23 ust. 2 pkt 14b PrE stanowi, że do zakresu działania Prezesa URE należy współpraca z organami regulacyjnymi państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz z Agencją, po czym w przepisie tym wymieniono w sposób przykładowy („w szczególności”) niektóre dziedziny tej współpracy, w tym związane ze sprawami uregulowanymi w rozporządzeniu (UE) 714/2009.

Kolejne zastrzeżenia należałoby podnieść wobec projektowanych przepisów art. 24a PrE. Otóż w projektowanych przepisach art. 24a PrE, upoważniających Prezesa URE do przeprowadzania postępowania wyjaśniającego u nominowanego operatora rynku energii elektrycznej, brak jest określenia lub odesłania do przepisów, zgodnie z którymi tego rodzaju postępowanie wyjaśniające powinno być przeprowadzane. Projektowane przepisy art. 24a PrE mówią o celach przewidzianego tam postępowania wyjaśniającego, ale nie określają reżimu prawnego tego postępowania. Mianowicie, art. 24a ust. 1 pkt 2 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie stanowi, że w celu dokonania oceny spełniania przez nominowanego operatora rynku energii elektrycznej kryteriów określonych w art. 6 rozporządzenia (UE) 2015/1222 oraz przestrzegania przez operatora przepisów tego rozporządzenia oraz przepisów dotyczących obrotu energią obowiązujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Prezes URE może przeprowadzać u nominowanego operatora rynku energii elektrycznej „kontrolę lub postępowanie wyjaśniające” (należy tu dodatkowo wyjaśnić, że Projekt wprowadza do ustawy PrE legalną definicję nominowanego operatora rynku energii elektrycznej, nawiązującą do przepisów rozporządzenia (UE) 2015/1222 – zob. art. 3 pkt 28b PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie; w rozporządzeniu (UE) 2015/1222 nominowany czy też wyznaczony operator rynku energii elektrycznej jest określany angielskim akronimem NEMO)¹⁶. O ile jednak w odniesieniu do kontroli przeprowadzanej w celach wskazanych powyżej przez Prezesa URE u nominowanego operatora rynku energii elektrycznej (dalej: „NEMO”) projektowany art. 24a ust. 2 PrE wyraźnie stanowi, że „Do przeprowadzenia kontroli u nominowanego operatora rynku energii elektrycznej stosuje się odpowiednio przepisy art. 23c-23l i art. 23n”, czyli przepisy PrE normujące tzw. kontrolę REMIT¹⁷, o tyle w odniesieniu do przeprowadzanego przez Prezesa URE u NEMO w tych samych celach (tj. w celach wskazanych w projektowanym art. 24a ust. 1 *in principio* PrE) postępowania wyjaśniającego Projekt ani nie ustanawia odrębnych przepisów normujących to postępowanie wyjaśniające ani też nie odsyła do określonych przepisów PrE regulujących analogiczne postępowanie. Takie zaś analogiczne przepisy w PrE jak najbardziej istnieją, gdyż przepisy PrE regulują szczegółowo procedurę prowadzenia przez Prezesa URE określonego rodzaju postępowania

¹⁶ W projektowanym art. 3 pkt 28b PrE odsyłającym do rozporządzenia (UE) 2015/1222 znalazło się stwierdzenie, iż to ostatnie rozporządzenie zostało wydane przez Parlament Europejski i Radę. Tymczasem, jak była już o tym mowa we wcześniejszych rozważaniach (przy okazji omawiania projektowanego art. 23 ust. 2 pkt 11c PrE), rozporządzenie (UE) 2015/1222 zostało wydane przez Komisję.

¹⁷ Kontrola REMIT jest to kontrola prowadzona przez upoważnionego pracownika URE u każdego uczestnika rynku lub podmiotu działającego w imieniu uczestnika rynku w sprawach manipulacji na rynku lub próby manipulacji na rynku oraz niezgodnego z prawem wykorzystywania informacji wewnętrznej w zakresie produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym, które nie są instrumentami finansowymi – zob. art. 23b-23l PrE.

wyjaśniającego, a mianowicie postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w art. 57a-57d PrE; procedura tego ostatnio wspomnianego postępowania wyjaśniającego jest uregulowana w art. 23p PrE. Co ciekawe, w art. 23w PrE jest mowa o innym jeszcze postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez Prezesa URE, a mianowicie o postępowaniu wyjaśniającym w celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w art. 57g PrE, i w tym przypadku ustawodawca wyraźnie odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów o postępowaniu wyjaśniającym zamieszczonych w art. 23p PrE¹⁸. Analogicznie, de lege ferenda należałoby postulować, aby w odniesieniu do postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Prezesa URE na podstawie projektowanego art. 24a ust. 1 PrE istniał wyraźny przepis odsyłający do odpowiedniego stosowania w tym zakresie przepisów art. 23p PrE (czyli przepisów mówiących o określonym rodzaju postępowania wyjaśniającego).

Ostatnie zastrzeżenie wobec omawianych tutaj przepisów Projektu wykonujących rozporządzenie (UE) 2015/1222 jest takie, że projektowany art. 24b PrE w nieprawidłowy sposób wykonuje art. 9 ust. 2 akapit 4 rozporządzenia (UE) 2015/1222. Art. 24b PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie stanowi, że „*W sprawach, o których mowa w art. 9 ust. 6 rozporządzenia 2015/1222, nominowanemu operatorowi rynku energii elektrycznej przysługuje liczba głosów równa iloczynowi liczby państw członkowskich Unii Europejskiej, w których jest wyznaczony oraz wielkości obrotu energią elektryczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w poprzednim roku kalendarzowym.*”. Powołany przepis jest przejawem błędnego zrozumienia tego, co w sprawach, o których mowa w art. 9 ust. 6 rozporządzenia (UE) 2015/1222 zostało jednolicie unormowane w samym tym rozporządzeniu oraz tego, co każde państwo członkowskie powinno unormować w swoim prawie krajowym (lub w ramach swojej ustalonej praktyki działania). Otóż z art. 9 ust. 2 akapit 4 rozporządzenia (UE) 2015/1222 wynika, że w przypadku decyzji podejmowanych przez NEMO na podstawie art. 9 ust. 6 rozporządzenia (UE) 2015/1222 każdemu państwu członkowskiemu UE przysługuje jeden głos, a ponadto każdemu NEMO przysługuje liczba głosów równa liczbie państw członkowskich, w których ten NEMO jest wyznaczony (bo jeden i ten sam NEMO może uzyskać ów status w więcej niż jednym państwie członkowskim), zaś kwestia, którą państwa członkowskie powinny określić w swoim prawie (lub w ramach swojej praktyki) sprowadza się

¹⁸ W tym kontekście art. 23w PrE stanowi, że „*W celu ustalenia, czy istnieją podstawy do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa określonego w art. 57g, Prezes URE może zarządzić przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Przepisy art. 23p ust. 1-4 oraz 6-8 stosuje się odpowiednio.*”.

do rozdzielenia prawa do głosowania w ramach tego jednego głosu, który przysługuje każdemu państwu członkowskiemu¹⁹. Mianowicie, zgodnie z art. 9 ust. 2 akapit 4 rozporządzenia (UE) 2015/1222: „*W przypadku wyznaczenia na terytorium danego państwa członkowskiego więcej niż jednego NEMO państwo członkowskie rozdziela uprawnienia do głosowania wśród NEMO, uwzględniając wielkość obrotu energią elektryczną w tym państwie członkowskim w poprzednim roku budżetowym.*”. Zgodnie z powołanym przepisem rozporządzenia (UE) 2015/1222, w sprawach określonych w art. 9 ust. 6 rozporządzenia (UE) 2015/1222 każdy NEMO posiada liczbę głosów równą liczbie państw członkowskich, w których jest wyznaczony, z tym wszakże zastrzeżeniem, że jeżeli w danym państwie członkowskim został wyznaczony więcej niż jeden NEMO, to wówczas jeden głos przysługujący każdemu państwu członkowskiemu powinien zostać rozdzielony pomiędzy poszczególne NEMO stosownie do udziału wielkości obrotu energią elektryczną, jaki każdy z tych NEMO osiągnął w ogólnym obrocie energią elektryczną w tym państwie członkowskim w poprzednim roku budżetowym (zob. przez analogię art. 9 ust. 2 akapit 3 rozporządzenia (UE) 2015/1222).

Dlatego też *de lege ferenda* projektowany przepis art. 24b PrE powinien otrzymać następujące brzmienie: „*W sprawach, o których mowa w art. 9 ust. 6 rozporządzenia 2015/1222, nominowanemu operatorowi rynku energii elektrycznej przysługuje liczba głosów równa ułamkowi wyrażającemu udział obrotu energią elektryczną dokonanego przez tego operatora na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ogólnej wielkości obrotu energią elektryczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w poprzednim roku kalendarzowym.*”.

2. [Uwagi krytyczne do przepisów Projektu o tzw. rekuperacji energii elektrycznej]
Należy krytycznie ocenić zamiar wprowadzenia do ustawy PrE przepisów o tzw. rekuperacji energii elektrycznej w tym konkretnym kształcie treściowym, w jakim jest to przewidziane w Projekcie. W Projekcie proponuje się, aby energia elektryczna wytworzona i wprowadzona do sieci dystrybucyjnej operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub do sieci trakcyjnej przyłączonej do sieci dystrybucyjnej operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego w następstwie hamowania pociągu, tramwaju oraz trolejbusa była obowiązkowo zakupywana przez sprzedawcę zobowiązanego, o którym mowa w art. 40 ust. 3 ustawy o OZE, za cenę stanowiącą 85 % średniej ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku

¹⁹ Art. 9 ust. 2 akapit 4 rozporządzenia (UE) 2015/1222 stanowi co następuje: „*W przypadku decyzji podejmowanych przez NEMO na podstawie art. 9 ust. 6 każdemu państwu członkowskiemu przysługuje jeden głos. Każdy NEMO dysponuje liczbą głosów równą liczbie państw członkowskich, w których jest wyznaczony. W przypadku wyznaczenia na terytorium danego państwa członkowskiego więcej niż jednego NEMO państwo członkowskie rozdziela uprawnienia do głosowania wśród NEMO, uwzględniając wielkość obrotu energią elektryczną w tym państwie członkowskim w poprzednim roku budżetowym.*”.

konkurencyjnym w poprzednim kwartale, ogłoszonej przez Prezesa URE (zob. art. 5h PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). W odniesieniu do tej zaproponowanej w Projekcie regulacji należy podnieść szereg zastrzeżeń.

Po pierwsze, reguły dokonywania rozliczeń z tytułu tzw. rekuperacji energii elektrycznej są już od wielu lat (od 2014 r.) kształtowane umownie na zasadach swobody kontraktowej w umowach zawieranych pomiędzy, z jednej strony, poszczególnymi przewoźnikami kolejowymi (obsługującymi pojazdy kolejowe, których hamowanie powoduje powstawanie określonych wolumenów energii elektrycznej i wprowadzanie jej do sieci trakcyjnej lub dystrybucyjnej) a, z drugiej strony, PKP Energetyka S.A., czyli przedsiębiorcą energetycznym zajmującym się m. in. sprzedażą energii elektrycznej niezbędnej dla realizacji przewozów kolejowych lub potrzebnej do eksploatacji innych obiektów należących do przewoźników kolejowych. Reguły dokonywania wspomnianych rozliczeń są obecnie znacznie bardziej korzystne ekonomicznie dla przewoźników kolejowych niż te reguły, które są przewidziane w projektowanych przepisach art. 5h PrE. Jak ujawniły to publicznie strony zainteresowanych umów (a przynajmniej niektóre z nich), energia elektryczna zwracana do sieci w następstwie hamowania pociągów jest – w uproszczeniu – odliczana od tej energii, którą dany przewoźnik kolejowy zakupuje od PKP Energetyka S.A. (inaczej mówiąc: energia rekuperowana przez przewoźnika kolejowego jest traktowana jako zwrot energii pobranej), co sprawia, że dany przewoźnik płaci następnie niższą cenę za pobraną przez siebie energię elektryczną, tzn. niższą o wartość energii elektrycznej zwróconej do sieci w następstwie hamowania pociągu; dodatkowo dzięki temu ponosi on niższą opłatę dystrybucyjną²⁰. Tymczasem następstwem ewentualnego wejścia w życie projektowanych przepisów art. 5h PrE będzie to, że przewoźnik kolejowy odzyska jedynie 85 % ceny energii elektrycznej rekuperowanej do sieci w następstwie hamowania pojazdów w stosunku do prawie 100 % ceny, które odzyskuje obecnie. Paradoksalnie, również dla sprzedawców energii elektrycznej (w tym dla PKP Energetyka S.A.) reguły przewidziane w projektowanym art. 5h PrE mogą się okazać niezbyt korzystne, w tym chociażby z uwagi na konieczność zmian umów z przewoźnikami oraz ze względu na duże skomplikowanie wzajemnych rozliczeń, jakie będą efektem wprowadzenia projektowanego art. 5h PrE. Ponadto

²⁰ Zob. pismo PKP Energetyka S.A. z dnia 9 listopada 2018 r., s. 1, dostępne na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12317354/12543041/12543044/dokument369266.pdf>; pismo Koleje Śląskie Sp. z o.o. z dnia 9 listopada 2018 r., dostępne na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12317354/12543041/12543044/dokument369254.pdf>; pismo Koleje Dolnośląskie S.A. z dnia 9 listopada 2018 r., dostępne na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12317354/12543041/12543044/dokument369253.pdf>; pismo Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z dnia 13 listopada 2018 r., dostępne na stronie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12317354/12543041/12543044/dokument369279.pdf>.

dla niektórych sprzedawców zobowiązanych energii elektrycznej, o których mowa w art. 40 ust. 3 ustawy o OZE (w tym zwłaszcza dla tych, którzy jednocześnie nie sprzedają energii elektrycznej przewoźnikom) poziom 85 % ceny energii elektrycznej (w stosunku do ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym) może się okazać zbyt wysoki i przez to nieopłacalny ekonomicznie.

Po drugie, projektowany art. 5h PrE wydaje się traktować przewoźników (operujących pociągi, tramwaje i trolejbusy) jako wytwórców energii elektrycznej, co wprowadza dość istotny wyłom systemowy w przepisach PrE. Następstwem ustanowienia przepisów art. 5h PrE może być to, że wspomniani przewoźnicy będą musieli uzyskiwać koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej i będą musieli ustalać taryfy na sprzedaż wytwarzanej przez siebie energii elektrycznej, zgodnie z przepisami PrE. Będzie to stanowiło zupełnie zbędne obciążenie regulacyjne dla tych przewoźników, jeśli się uwzględni ich zasadniczy przedmiot działania.

Po trzecie, projektowane przepisy art. 5h PrE wywołują wiele wątpliwości interpretacyjnych, związanych m. in. z otwartą kwestią tego, czy obejmują one również metro (lub inne tzw. sieci wewnętrzne), a także gdzie powinny być usytuowane urządzenia pomiarowo-rozliczeniowe, o których jest mowa w projektowanym art. 5h ust. 3 PrE, a w szczególności czy te urządzenia powinny być usytuowane na pojazdach trakcyjnych czy też w jakichś elementach sieci trakcyjnych (np. na podstacjach).

Doceniając znaczenie zjawiska rekuperacji energii elektrycznej w wyniku hamowania pojazdów (co jest możliwe dzięki postępowi technicznemu) oraz jego rolę w oszczędzaniu energii elektrycznej, należałoby się opowiedzieć albo za uregulowaniem tych procesów w przepisach PrE w takim kształcie treściowym, w jakim występuje to obecnie w praktyce kontraktowej w obrocie gospodarczym (tzn. przy traktowaniu energii elektrycznej wprowadzanej do sieci w następstwie hamowania pojazdów jako zwrotu energii pobranej) albo też za pozostawieniem tej kwestii poza przepisami PrE, tak aby dać zainteresowanym podmiotom możliwość swobodnego regulowania tej kwestii w zawieranych przez siebie umowach.

3. [Uwagi krytyczne o przepisach dotyczących instrukcji ruchu i eksploatacji poszczególnych rodzajów systemów lub instalacji] Przewidziane w Projekcie liczne zmiany w przepisach PrE dotyczących instrukcji ruchu i eksploatacji poszczególnych rodzajów systemów lub instalacji są w odniesieniu do niektórych kwestii niedostatecznie spójne i niekonsekwentne. Najważniejszą zmianą w tym zakresie jest ustanowienie obowiązku opracowania instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej przez operatora systemu magazynowania (na którym *de lege lata* taki obowiązek nie spoczywa), a także poddanie tego

operatora obowiązkowi uzyskania zatwierdzenia swojej instrukcji przez Prezesa URE. Oceniając co do zasady pozytywnie ustanowienie obu tych obowiązków można się jedynie zastanawiać nad tym, czy wymogi treściowe dotyczące instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej nie są określone w Projekcie nadmiernie szczegółowo (zob. projektowany art. 9g ust. 3a PrE), co, uwzględniając obowiązek zatwierdzenia tej instrukcji przez Prezesa URE, może prowadzić do daleko idącej ingerencji tego organu administracji w szereg detalicznie określonych aspektów funkcjonowania operatora systemu magazynowania. W tym względzie wypada zauważyć, że przepisy unijnego prawa energetycznego (tj. stosownych dyrektyw i rozporządzeń) nie przewidują nakładania tego rodzaju obowiązku na operatora systemu magazynowania, w przeciwieństwie do operatorów systemu przesyłowego i operatorów systemu dystrybucyjnego (w prawie UE używa się w tym zakresie określenie „*kodeks sieci*”²¹, zaś polski ustawodawca posługuje się w tym względzie pojęciem „*instrukcji ruchu i eksploatacji*”). Wyjście w tym zakresie poza minimalne wymogi prawa unijnego nie jest oczywiście przejawem naruszenia tego prawa i znajduje swoje uzasadnienie w potrzebie wzmocnienia ochrony konkurencji, interesów innych uczestników rynku oraz bezpieczeństwa funkcjonowania instalacji magazynowych. Można by wszakże rozważyć pewne zmniejszenie zakresu tematycznego zagadnień, jakie mają obligatoryjnie obejmować instrukcje ruchu i eksploatacji instalacji magazynowej sporządzane przez operatora systemu magazynowania, zwłaszcza że niektóre z zagadnień przewidzianych w tym względzie w projektowanym art. 9g ust. 3a PrE są bardzo szczegółowo określone przez omawianych operatorów w wydawanych przez nich regulaminach świadczenia usług magazynowania.

Skoro wszakże twórcy Projektu przewidują ustanowienie obowiązku sporządzania instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji magazynowych przez operatora systemu magazynowania, to zastanawia fakt, dlaczego nie zdecydowali się oni na nałożenie analogicznego obowiązku na operatora systemu skraplania gazu ziemnego²²? Wydaje się, że również ten ostatnio wymieniony operator powinien być *de lege ferenda* adresatem ustawowego obowiązku sporządzenia instrukcji ruchu i eksploatacji instalacji skroplonego gazu ziemnego, a także powinien być adresatem obowiązków związanych z konsultowaniem

²¹ Odnośnie prawa unijnego zob. art. 6-8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1228/2003 (Dz. Urz. UE 2009, L 211/15) oraz art. 6-8 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 (Dz. Urz. UE 2009, L 211/36).

²² Zgodnie z art. 3 pkt 27 PrE, operator systemu skraplania gazu ziemnego jest to przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się skraplaniem gazu ziemnego, sprowadzaniem, wyładunkiem lub regazyfikacją skroplonego gazu ziemnego, odpowiedzialne za eksploatację instalacji tego gazu.

projektu tej instalacji z użytkownikami instalacji, zatwierdzeniem jej przez Prezesa URE i dostateczną jej przejrzystością.

Na krytyczne uwagi zasługują też przepisy art. 9g ust. 8c i 8d PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie, które ustanawiają materialnoprawne kryteria zatwierdzania przez Prezesa URE instrukcji ruchu i eksploatacji (ust. 8c) oraz procedurę zmian instrukcji przez Prezesa URE (ust. 8d). Projektowany art. 9g ust. 8c PrE stanowi, że *„Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, w drodze decyzji, zatwierdza instrukcję jeżeli spełnia ona wymagania określone w ust. 3a, równoważy interesy użytkowników systemu oraz nie stanowi zagrożenia dla rozwoju konkurencji na rynku energii elektrycznej lub gazu ziemnego.”*. Językowa wykładnia projektowanego przepisu art. 9g ust. 8c PrE wskazuje, że ma on dotyczyć wszystkich rodzajów instrukcji przewidzianych w PrE i wszystkich operatorów, na których spoczywa obowiązek ich sporządzania (gdyż z art. 9g ust. 1 PrE wynika, że pojęcie „instrukcji” używane w dalszych przepisach PrE obejmuje wszystkie tego rodzaju instrukcje wymienione w tym przepisie, czyli po wejściu w życie Projektu będzie to dotyczyło instrukcji dla sieci przesyłowych, sieci dystrybucyjnych i instalacji magazynowych). W tym względzie twórcy Projektu dokonują jednak w projektowanym art. 9g ust. 8c PrE niepożądanego zagregowania regulacji związanych z wszystkimi tymi instrukcjami i operatorami w jednym przepisie, tzn. w jednej jednostce redakcyjnej, i to bez niezbędnych dalszych szczegółowych rozróżnień na poszczególne rodzaje instalacji i operatorów, co w przyszłości może utrudniać jednoznaczne ustalenie tego, do kogo w istocie i w jakim zakresie odnoszą się wymogi przewidziane w projektowanym przepisie art. 9g ust. 8c PrE. W przepisie tym ustawodawca bowiem jednolicie stwierdza, że w każdym przypadku zatwierdzenie przez Prezesa URE instrukcji warunkowane jest tym, by spełniała ona wymagania określone w projektowanym art. 9g ust. 3a PrE, podczas gdy wymagania zamieszczone w tym ostatnim przepisie dotyczą jedynie instrukcji odnoszących się do instalacji magazynowej, a nie do instrukcji dotyczących sieci przesyłowej i sieci dystrybucyjnej. Trudno uznać za racjonalne wymaganie od operatorów systemu przesyłowego i operatorów systemu dystrybucyjnego (do których będzie się również odnosił projektowany art. 9g ust. 8c PrE), aby warunkiem zatwierdzenia przez Prezesa URE opracowanych przez nich instrukcji było to, by instrukcje te spełniały wymagania konstytutywne dla instalacji magazynowych. Z kolei w projektowanym przepisie art. 9g ust. 8c PrE brak jest w ogóle odwołania się do określonych w przepisach PrE wymogów treściowych dotyczących instrukcji dla sieci przesyłowych i sieci dystrybucyjnych, przewidzianych zwłaszcza w art. 9g ust. 3-6a PrE. Jeżeli zatem projektowany art. 9g ust. 8c PrE rzeczywiście ma się odnosić do wszystkich rodzajów instrukcji przewidzianych w PrE i do wszystkich operatorów, na których spoczywa obowiązek ich

sporządzania, to wyspecyfikowane w tym przepisie przesłanki zatwierdzania instrukcji przez Prezesa URE muszą się odwoływać do wszystkich ustawowych wymogów dotyczących tych instrukcji, w tym do wymogów dotyczących instrukcji dla sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, a nie tylko do wymogów odnoszących się do instrukcji dla instalacji magazynowych.

Z kolei projektowany art. 9g ust. 8d PrE – regulujący procedurę zmian instrukcji przez Prezesa URE – *expressis verbis* odnosi się tylko do operatora systemu przesyłowego i operatora systemu dystrybucyjnego, nie zaś do operatora systemu magazynowania (inaczej zatem niż projektowany art. 9g ust. 8c PrE, który odnosi się – w zw. z projektowanym art. 9g ust. 1 PrE – do wszystkich tych operatorów, w tym do operatora systemu magazynowania)²³. Skoro zaś projektowany art. 9g ust. 8d PrE odnosi się tylko do operatora systemu przesyłowego i operatora systemu dystrybucyjnego, to zupełnie niezasadne jest upoważnianie w tym przepisie Prezesa URE do stawiania obu tym operatorom wymogu, aby instrukcja stosowana przez danego operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu dystrybucyjnego odpowiadała „wymaganiom określonym w ust. 8c”, bez żadnych dalszych szczegółowych rozróżnień. Jak bowiem była już o tym mowa, wymagania określone w projektowanym art. 9g ust. 8c PrE (do którego odwołuje się projektowany art. 9g ust. 8d PrE) dotyczą m. in. instrukcji dla instalacji magazynowych, gdyż projektowany art. 9g ust. 8c PrE odwołuje się w szczególności do wymagań dotyczących instrukcji dla instalacji magazynowych określonych w projektowanym art. 9g ust. 3a PrE. Teoretycznie zatem na podstawie projektowanego art. 9g ust. 8d PrE Prezes URE będzie mógł wymagać, aby stosowane przez operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu dystrybucyjnego instrukcje dla, odpowiednio, sieci przesyłowych lub sieci dystrybucyjnych zostały dostosowane przez tych operatorów (tj. przez operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu dystrybucyjnego) do wymagań dotyczących instrukcji dla instalacji magazynowych, co oczywiście będzie działaniem całkowicie nieracjonalnym. Podobnie zresztą – o czym już była mowa wyżej – nieracjonalne jest traktowanie przez projektowany art. 9g ust. 8c PrE wymagań dotyczących instrukcji dla instalacji magazynowych jako materialnoprawnej przesłanki zatwierdzenia przez Prezesa URE instrukcji dotyczącej sieci przesyłowej lub sieci dystrybucyjnej.

²³ Art. 9g ust. 8d PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie stanowi, że „Prezes Urzędu Regulacji Energetyki może wezwać operatora systemu przesyłowego lub operatora systemu dystrybucyjnego do zmiany stosowanej przez nich instrukcji, jeżeli instrukcja ta nie odpowiada wymaganiom określonym w ust. 8c. W wezwaniu określa się zakres zmian oraz wyznacza odpowiedni termin na ich wprowadzenie. W przypadku nieprzedłożenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki w wyznaczonym terminie zmienionej instrukcji do zatwierdzenia, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki może, w drodze decyzji, samodzielnie zmienić instrukcję właściwego operatora w określonym w wezwaniu zakresie.”.

Można się natomiast zastanawiać nad tym, dlaczego twórcy Projektu nie adresują projektowanego art. 9g ust. 8d PrE do operatora systemu magazynowania, a więc dlaczego nie upoważniają oni Prezesa URE do tego, aby w przypadku gdy instrukcja opracowana i stosowana przez operatora systemu magazynowania nie odpowiada określonym ustawowym wymaganiom Prezes URE mógł wezwać tego operatora do zmiany tej instrukcji. Wydaje się, że pominięcie w projektowanym art. 9g ust. 8d PrE operatorów systemu magazynowania jest niezasadne i jest przejawem niekonsekwencji twórców Projektu.

De lege ferenda należałoby zatem postulować, aby projektowane przepisy PrE dotyczące wymagań dla instrukcji ruchu i eksploatacji poszczególnych rodzajów systemów lub instalacji zostały ze sobą uspołnione w kierunku wskazanym wyżej oraz by obowiązek opracowania i zatwierdzenia instrukcji ruchu i eksploatacji spoczywał również na operatorach systemu skraplania gazu ziemnego w odniesieniu do instalacji skraplania gazu ziemnego.

4. [Uwagi krytyczne o przepisach dotyczących procedury powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE] Przewidziane w Projekcie przepisy dotyczące procedury powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE wywołują ryzyko naruszenia niezależności krajowego organu regulacyjnego dla energetyki w sposób niezgodny z przepisami unijnej dyrektywy gazowej i dyrektywy elektroenergetycznej. W obecnym stanie prawnym Prezes URE powołuje Prezes Rady Ministrów, spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru (art. 21 ust. 2a PrE). Nabór na stanowisko Prezesa URE przeprowadza zespół powołany przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z upoważnienia Prezesa Rady Ministrów (art. 21 ust. 2e PrE). W toku naboru zespół wyłania nie więcej niż 3 kandydatów, których przedstawia Szefowi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (art. 21 ust. 2h PrE). Tymczasem Projekt przewiduje, że zespół przeprowadzający nabór na stanowisko Prezesa URE ma być powoływany przez ministra właściwego do spraw energii (art. 21 ust. 2e PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie), a nie jak dotychczas przez Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, z upoważnienia Prezesa Rady Ministrów. Pod rządami Projektu dojdzie zatem do tego, że istotnie przesądzający wpływ na powoływanie Prezesa URE uzyska minister właściwy do spraw energii, kosztem uprawnień przysługujących obecnie Prezesowi Rady Ministrów. Co prawda pod rządami Projektu to nadal Prezes Rady Ministrów będzie powoływał Prezesa URE, ale będzie mógł to czynić spośród kandydatów (nie więcej niż trzech) wskazanych przez zespół, na którego powołanie nie będzie on już miał żadnego wpływu i którego członków nie będzie powoływał z jego upoważnienia Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (tak jak to jest *de lege lata*), lecz będzie to czynił minister właściwy do spraw energii.

Przewidziane w Projekcie powoływanie członków zespołu mającego wyłaniać kandydata lub kandydatów na Prezesa URE przez ministra właściwego do spraw energii, tak jak o tym stanowi art. 21 ust. 2e PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie, dlatego zagraża czy też co najmniej może potencjalnie zagrażać niezależności Prezesa URE, gdyż dzięki projektowanemu art. 21 ust. 2e PrE minister właściwy do spraw energii uzyska w istocie daleko idący wpływ na to, kto zostanie Prezesem URE (to bowiem powołane przez ministra właściwego do spraw energii osoby będą wskazywały Prezesowi Rady Ministrów kandydata lub kandydatów na stanowisko Prezesa URE, zaś osoby powołane przez ministra mają w naturalny sposób skłonność do tego, by uwzględniać w omawianym zakresie preferencje tego ministra – bez względu oczywiście na to, kto aktualnie pełni funkcję ministra; jest to zresztą zupełnie zrozumiałe, gdyż pomiędzy ministrem a osobami powołanymi przez niego w skład zespołu przeprowadzającego nabór musi istnieć daleko idące zaufanie i wzajemne zrozumienie), i to w sytuacji, gdy minister właściwy do spraw energii jest organem wykonującym prawa z akcji Skarbu Państwa w wielu kluczowych spółkach energetycznych w Polsce, w tym zwłaszcza w spółkach prowadzących działalność w zakresie energii elektrycznej lub gazu ziemnego²⁴. Pod rządami Projektu dojdzie zatem do sytuacji, w której minister właściwy do spraw energii będzie z jednej strony wykonywał uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa wobec kluczowych spółek energetycznych prowadzących działalność w zakresie wytwarzania, magazynowania, dystrybucji lub sprzedaży energii elektrycznej lub gazu ziemnego, zaś z drugiej strony będzie on posiadał bardzo daleko idący wpływ na powoływanie Prezesa URE, czyli osoby mającej regulować w Polsce rynki energii elektrycznej i gazu ziemnego. W tym względzie rodzi się obawa, że określone majątkowe interesy spółek energetycznych działających w obszarze energii elektrycznej i gazu ziemnego, o które minister właściwy do spraw energii musi dbać i o które musi zabiegać, będą mogły mieć – choćby pośredni lub potencjalny – wpływ na decyzje ministra właściwego do spraw energii w kwestii tego, kogo powołać do zespołu przeprowadzającego nabór na stanowisko Prezesa URE, co może istotnie przesądzić o wyłonieniu konkretnego kandydata na stanowisko Prezesa URE. W powyższy sposób minister właściwy do spraw energii może łączyć w swoim ręku uprawnienia właścicielskie w stosunku do spółek energetycznych oraz wpływ na wybór osoby mającej regulować te spółki. Nawet przy założeniu istnienia najlepszej woli i chęci zachowania pełnego obiektywizmu przez

²⁴ Zob. wykaz takich spółek zamieszczony w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie wykazu spółek, w których prawa z akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezes Rady Ministrów członkowie Rady Ministrów, pełnomocnicy Rządu lub państwowe osoby prawne (Dz. U. z 2017 r. poz. 10, ze zm.). Powołane rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1182, ze zm.).

ministra właściwego do spraw energii (w co przecież nie można *a priori* wątpić) będzie to sytuacja powodująca istnienie strukturalnego konfliktu interesów.

Tymczasem przepisy unijnego prawa energetycznego starają się występowaniu tego rodzaju strukturalnych konfliktów w państwach członkowskich przeciwdziałać i je *ex ante* wykluczać. Przepisy te gwarantują w związku z tym daleko idącą niezależność krajowym organom regulacyjnym w sektorach energii elektrycznej i gazu ziemnego; kwestie z tym związane są unormowane w przepisach 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/WE²⁵ (dalej: „dyrektywa 2009/72/WE”) oraz w przepisach dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE²⁶ (dalej: „dyrektywa 2009/73/WE”). Dyrektywy te zobowiązują państwa członkowskie UE do tego, by gwarantowały one niezależność organu regulacyjnego i zapewniały, aby wykonywał on swoje uprawnienia w sposób bezstronny i przejrzysty. W tym celu państwa członkowskie zapewniają, aby przy wykonywaniu zadań regulacyjnych powierzonych mu na mocy dyrektywy 2009/72/WE i dyrektywy 2009/73/WE oraz aktów powiązanych organ regulacyjny był prawnie odrębny i funkcjonalnie niezależny od jakiegokolwiek innego podmiotu publicznego lub prywatnego oraz by zapewniał, aby jego pracownicy oraz osoby odpowiedzialne za zarządzanie nim działali niezależnie od wszelkich interesów rynkowych oraz przy wykonywaniu swoich zadań regulacyjnych nie zwracali się o bezpośrednie polecenia ani nie wykonywali bezpośrednich poleceń któregośkolwiek rządu lub innego podmiotu publicznego lub prywatnego. W celu ochrony niezależności organu regulacyjnego państwa członkowskie zapewniają w szczególności, aby organ regulacyjny mógł podejmować niezależne decyzje, niezależnie od jakichkolwiek podmiotów politycznych (art. 35 ust. 4 i 5 dyrektywy 2009/72/WE; art. 39 ust. 4 i 5 dyrektywy 2009/73/WE).

Rozwiązania przewidziane w Projekcie w zakresie procedury powoływania Prezesa URE nie oznaczają oczywiście bezpośredniego podporządkowania Prezesa URE ministrowi właściwemu do spraw energii i nie oznaczają, że Prezes URE wybrany spośród osób, na których wskazanie minister właściwy do spraw energii ma określony wpływ będzie na pewno nieobiektywny lub uzależniony od tego ministra. Niemniej jednak opisane wyżej przepisy Projektu wywołują ryzyko, że Prezes URE wybrany w sposób przewidziany w Projekcie może być o wiele bardziej narażony na podejrzenia (zwłaszcza ze strony uczestników rynków

²⁵ Dz. Urz. UE 2009, L 211/55.

²⁶ Dz. Urz. UE 2009, L 211/94.

energetycznych), że jest on swoistym pasem transmisyjnym dla realizowania interesów tych publicznych (państwowych) przedsiębiorstw energetycznych, które powinien on obiektywnie regulować i nad którymi nadzór właścicielski sprawuje minister właściwy do spraw energii, biorący udział w procedurze powoływania Prezesa URE. Takich zaś sytuacji należałoby unikać, jako że kluczowym warunkiem dla pełnego urzeczywistniania celów regulacji w sektorze energetycznym jest zaufanie uczestników rynku, w tym także prywatnych przedsiębiorstw energetycznych, do pełnej niezależności i obiektywizmu Prezesa URE, niemającego faworyzować publicznych przedsiębiorców w sektorze energetycznym²⁷. Przydanie ministrowi właściwemu do spraw energii przewidzianych w projektowanym art. 21 ust. 2e PrE kompetencji w procesie powoływania Prezesa URE wywołuje ryzyko utraty lub podważenia wspomnianego wyżej zaufania do pełnej niezależności i obiektywizmu Prezesa URE. Z tego punktu widzenia większe gwarancje zachowania pełnej niezależności Prezesa URE – tak jak jest ona gwarantowana w przedstawionych wyżej przepisach dyrektywy 2009/72/WE oraz dyrektywy 2009/73/WE – daje obecny stan prawny, w którym decydujący wpływ na procedurę powoływania Prezesa URE ma Prezes Rady Ministrów, który aktualnie nie wykonuje praw z akcji (lub udziałów) Skarbu Państwa w spółkach energetycznych prowadzących działalność w zakresie energii elektrycznej lub gazu ziemnego.

Z tych samych powodów wątpliwości mogą budzić te przepisy projektu, które dają ministrowi właściwemu do spraw energii dodatkowe kompetencje umożliwiające mu wpływanie na powoływanie Wiceprezesa URE oraz wskazywanie Wiceprezesa URE, który będzie wykonywał tymczasowo obowiązki Prezesa URE. *De lege lata* Wiceprezesa URE powołuje Prezes URE spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru (art. 21 ust. 5 PrE). Projekt przewiduje, że w przypadku niepowołania Wiceprezesa URE przez Prezesa URE w terminie trzech miesięcy od dnia przeprowadzenia stosownego konkursu, Wiceprezesa URE powołuje minister właściwy do spraw energii (art. 21 ust. 5ca PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Ten ostatnio wspomniany przepis daje zatem ministrowi właściwemu do spraw energii możliwość powoływania Wiceprezesa URE, który co prawda nie jest samodzielnym organem regulacyjnym i wykonuje (oraz może wykonywać) tylko zadania i kompetencje powierzone mu przez Prezesa URE, niemniej jednak w tym

²⁷ Na temat wspomnianego zaufania jako warunku osiągnięcia celów regulacji sektorowej oraz na temat niezależności organów regulacyjnych jako czynnika wzmacniającego to zaufanie zob. np. M. Szydło, *Krajowy parlament jako regulator sektorów sieciowych*, Warszawa 2013, s. 109 i n.; P. Nicolaidis, *Regulation of Liberalised Markets: A New Role for the State? (or How to Induce Competition Among Regulators)* [w:] *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, red. D. Geradin, R. Muñoz, N. Petit, Cheltenham 2005, s. 29-30; F. Gilardi, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham 2008, s. 58 i n.

wskazany przez Prezesa URE zakresie może on wykonywać określone działania regulacyjne. Dla osiągnięcia stanu wymaganej prawem unijnym niezależności organu regulacyjnego w sektorze energetycznym, mającego być organem niezależnym także od regulowanych przedsiębiorstw energetycznych (w tym niemającym powiązań pośrednich z tymi przedsiębiorstwami *via* minister właściwy do spraw energii), byłoby rzeczą pożądaną, aby minister właściwy do spraw energii nie posiadał kompetencji do powoływania Wiceprezesa URE, i to nawet w tych sytuacjach szczególnych, gdy Wiceprezes URE nie został powołany przez Prezesa URE w terminie trzech miesięcy od dnia przeprowadzenia konkursu na Wiceprezesa URE.

Z tych samych względów rozwiązaniem prawnym godzącym w niezależność polskiego organu regulacyjnego w sektorze energetycznym jest przewidziana w Projekcie kompetencja ministra właściwego do spraw energii polegająca na tym, że w przypadku śmierci Prezesa URE, odwołania Prezesa URE przed upływem kadencji, stwierdzenia nieważności powołania Prezesa URE lub w razie innych przyczyn nieobjęcia przezeń urzędu po dokonaniu powołania minister właściwy do spraw energii wskazuje tego Wiceprezesa URE, który będzie wykonywał tymczasowo obowiązki Prezesa URE, do czasu powołania nowego Prezesa URE (art. 21 ust. 2n PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). *De lege lata* w wymienionych wyżej przypadkach (tj. śmierć Prezesa URE, odwołanie Prezesa URE przed upływem kadencji, stwierdzenie nieważności powołania Prezesa URE lub wystąpienie innych przyczyn nieobjęcia przezeń urzędu po dokonaniu powołania) obowiązki Prezesa URE wykonuje tymczasowo, do czasu powołania nowego Prezesa URE, Wiceprezes URE (art. 21 ust. 2n PrE), przy czym *de lege lata* istnieje tylko jeden Wiceprezes URE (art. 21 ust. 5 PrE). Projekt zaś przewiduje, że Wiceprezesów URE ma być dwóch (art. 21 ust. 4 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Stąd też o ile w aktualnym stanie prawnym w razie wystąpienia przyczyn określonych w art. 21 ust. 2n PrE ów jedyny Wiceprezes obejmuje tymczasowo i z mocy prawa obowiązki Prezesa URE, o tyle pod rządami Projektu konkretny Wiceprezes URE mający w sytuacjach określonych w art. 21 ust. 2n PrE wykonywać tymczasowo obowiązki Prezesa URE będzie wskazywany – spośród dwóch Wiceprezesów URE – przez ministra właściwego do spraw energii; przy czym teoretycznie jest możliwe, że minister właściwy do spraw energii wskaże wówczas tego Wiceprezesa URE, którego sam wcześniej powołał na to stanowisko w sytuacji określonej w art. 21 ust. 5ca PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie. Taka sytuacja byłaby zaś niepożądana z punktu widzenia parokrotnie już wspomnianego i wynikającego z prawa unijnego wymogu niezależności krajowego organu regulacyjnego w sektorze energetycznym – wymóg ten może zostać przez Polskę naruszony wskutek

strukturalnych powiązań ministra właściwego do spraw energii z publicznymi przedsiębiorstwami energetycznymi w podsektorach energii elektrycznej i gazu ziemnego.

Przyjęcie rozwiązań Projektu dotyczących powoływania Wiceprezesa URE pogłębiłoby jedynie problemy już w tej chwili występujące. Obecne bowiem rozwiązania ustawowe doprowadziły do tego, że Prezes URE nie powołał Wiceprezesa URE. To zapewne skłoniło twórców Projektu do określenia terminu, w którym Prezes URE będzie miał czas na to, aby powołać swojego zastępcę, zaś po upływie tego terminu Wiceprezesa URE będzie powoływał minister właściwy do spraw energii. Warto jednak przemyśleć, czy z ustawy PrE w ogóle nie usunąć gwarancji niezależności Wiceprezesa URE, którą zapewnia mu kadencyjność jego urzędu. Wybór na stanowisko kadencyjne na jakąkolwiek funkcję w niepowiązaniu z jakimikolwiek kompetencjami, poza sytuacjami szczególnymi, wydaje się być rozwiązaniem osobliwym i chyba niepotrzebnym. Proponowany w Projekcie obligatoryjny wybór dwóch Wiceprezesów URE dodatkowo pogłębi ten problem. Dlatego też należałoby postulować, aby w PrE albo utworzony został kolegialny organ regulacyjny, ze wspólnymi dla niego kompetencjami i odpowiedzialnością albo też aby przyjęte zostało rozwiązanie wyraźnie podporządkowujące Wiceprezesa URE Prezesowi URE, który w każdej chwili powinien móc powołać i odwołać swojego zastępcę. Zgodnie bowiem z obecnymi uregulowaniami, Prezes URE jest organem monokratycznym, samodzielnie ponoszącym odpowiedzialność za swoje działania. *De lege lata* to jemu przypisane są kompetencje i prawna odpowiedzialność za ich realizację i dlatego też, w razie utrzymania statusu organu regulacyjnego w energetyce jako organu monokratycznego, to on powinien mieć uprawnienie do powoływania i odwoływania (w każdym czasie) swojego zastępcy, a także powinien móc upoważniać tego zastępcę do wykonywania (niektórych) swoich zadań.

Z powyższych względów należałoby się opowiedzieć za niewprowadzaniem do PrE przewidzianych w Projekcie przepisów dotyczących powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE, a nawet przemyśleć, czy zmiany nie powinny podążać w inną stronę – ku zniesieniu osobliwej niezależności Wiceprezesa URE.

5. [Uwagi krytyczne dotyczące świadectw kwalifikacyjnych] W przepisach Projektu dotyczących sprawdzania i uznawania kwalifikacji niezbędnych do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji lub sieci energetycznych oraz wydawania świadectw kwalifikacyjnych (art. 1 pkt 36 Projektu zmieniający przepisy art. 54 PrE i art. 1 pkt 37 Projektu dodający nowe przepisy art. 54a-54o PrE) występują następujące usterki techniczno-legislacyjne.

Po pierwsze, w projektowanych przepisach art. 54b ust. 2 *in fine* i art. 54c ust. 2 pkt 1 PrE występuje pojęcie „jednostki organizacyjnej”, bez żadnej dalszej kwalifikacji dotyczącej tego, o jaką jednostkę organizacyjną chodzi, zaś w projektowanym art. 54c ust. 2 *in principio* PrE jest mowa jedynie o „jednostce”. Z kontekstu systemowego można się domyślać, że w każdym z tych przepisów chodzi o jednostkę organizacyjną, przy której ma być lub została powołana komisja kwalifikacyjna (do sprawdzania kwalifikacji niezbędnych do wykonywania czynności związanych z eksploatacją urządzeń, instalacji lub sieci). Dla rozwiania jakichkolwiek wątpliwości warto byłoby w każdym z tych przepisów posługiwać się sformułowaniem mówiącym o „właściwej jednostce organizacyjnej”.

Po drugie, nie jest dostatecznie jasna ta przesłanka unieważnienia i zawieszenia świadectwa kwalifikacyjnego, która odwołuje się do okoliczności, iż osoba zajmująca się eksploatacją sieci, urządzeń lub instalacji w czasie ważności świadectwa kwalifikacyjnego przez wskazany okres czasu (odpowiednio, 3 lata lub 6 miesięcy) „nie zajmowała się eksploatacją urządzeń, instalacji lub sieci, na które świadectwo to otrzymała” (art. 54 ust. 3 pkt 2 i art. 54f ust. 1 pkt 3 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Przesłanka ta jest o tyle niejasna, że nie wynika z niej w sposób jednoznaczny, czy skutek unieważnienia lub zawieszenia świadectwa kwalifikacyjnego następuje (lub może nastąpić) dopiero wtedy, gdy osoba uprawniona w danym okresie czasu w ogóle nie zajmowała się eksploatacją jakichkolwiek urządzeń, instalacji lub sieci, na które świadectwo to otrzymała, czy też raczej skutek ten występuje (lub może nastąpić) już wtedy, gdy w danym okresie czasu osoba ta nie zajmowała się wzmiankowaną eksploatacją w pełnym zakresie, na który otrzymała to świadectwo, nawet jeżeli osoba ta w tym okresie jakąś eksploatację prowadziła. Wątpliwości w tym względzie wynikają z faktu, że świadectwa kwalifikacyjne zazwyczaj obejmują swoim zakresem stosunkowo szerokie spektrum sieci, urządzeń i instalacji energetycznych, tak iż z praktycznego punktu widzenia nie zawsze jest możliwe, aby dana osoba posiadająca świadectwo wydane na takie szerokie spektrum sieci, urządzeń i instalacji zajmowała się wszystkimi tymi sieciami, urządzeniami i instalacjami w każdym okresie 6-miesięcznym lub 3-letnim. W tym względzie można sobie np. wyobrazić osobę, która posiada świadectwo kwalifikacyjne na dwa rodzaje instalacji energetycznych i przez cały okres ważności tego świadectwa aktywnie zajmuje się eksploatacją jednego z rodzajów tych instalacji, podczas gdy – z uwagi na miejsce swojego zatrudnienia lub pracy – nie zajmuje się czasowo (np. przez 6 lub 7 miesięcy) eksploatacją drugiego rodzaju instalacji, na które otrzymała świadectwo kwalifikacyjne. Z czysto literalnego punktu widzenia osobę taką obejmie wówczas przewidziany w Projekcie skutek zawieszenia lub nawet unieważnienia wydanego jej świadectwa kwalifikacyjnego w pełnym zakresie, a więc osoba ta

utraci w całości swoje uprawnienia, mimo, że aktywnie je przez cały okres czasu wykonywała, i to nawet w przeważającym zakresie tych uprawnień. Wobec takiej osoby byłby to zaś skutek z pewnością dalece niesprawiedliwy i całkowicie nieracjonalny. Dlatego też *de lege ferenda* należałoby w projektowanych art. 54 ust. 3 pkt 2 i art. 54f ust. 1 pkt 3 PrE wyraźnie zapisać, że przewidziany tam skutek unieważnienia lub zawieszenia świadectwa kwalifikacyjnego aktualizuje się (lub może się zaktualizować) tylko wtedy, gdy osoba uprawniona w ogóle nie zajmowała się eksploatacją jakichkolwiek urządzeń, instalacji lub sieci, na które świadectwo to otrzymała.

Po trzecie, z przepisów art. 54h ust. 1 i 2 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie nie wynika w sposób jednoznaczny to, od jakich decyzji przysługuje odwołanie do mającego działać przy Prezesie URE Komitetu Odwoławczego. Projektowany art. 54h ust. 1 PrE stanowi, że *„Od decyzji o odmowie powołania lub odwołania komisji kwalifikacyjnej albo zawieszenia lub unieważnienia świadectwa kwalifikacyjnego przysługuje odwołanie.”*. Z literalnego brzmienia powołanego przepisu można by wnosić, że odwołanie przysługuje m. in. od decyzji o odmowie odwołania komisji kwalifikacyjnej oraz od decyzji o odmowie zawieszenia lub unieważnienia świadectwa kwalifikacyjnego. Odmienny zaś wniosek interpretacyjny wynika z treści projektowanego art. 54h ust. 2 PrE, stanowiącego, iż *„Odwołanie, o którym mowa w ust. 1, wnosi się do Komitetu w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o odmowie powołania lub odwołaniu komisji kwalifikacyjnej, zawieszeniu lub cofnięciu świadectwa kwalifikacyjnego.”*. Językowa wykładnia tego ostatniego przepisu prowadzi do wniosku, że odwołanie do Komitetu Odwoławczego przysługuje od decyzji o odmowie powołania komisji kwalifikacyjnej, od decyzji o odwołaniu komisji kwalifikacyjnej oraz od decyzji o zawieszeniu lub cofnięciu świadectwa kwalifikacyjnego. Jak z powyższego wynika, katalog decyzji mogących być przedmiotem odwołania ustalany w oparciu o projektowany art. 54h ust. 1 PrE jest różny od katalogu decyzji dającego się ustalić w oparciu o projektowany art. 54h ust. 2 PrE. Co prawda projektowany art. 54h ust. 2 PrE zdaje się bardziej jednoznacznie i czytelnie wskazywać rodzaje decyzji mogących być przedmiotem odwołania, ale z kolei dające się wyinferować z tego przepisu wnoszenie odwołań od decyzji o odwołaniu komisji kwalifikacyjnej (co projektowany art. 54h ust. 2 PrE dopuszcza) jest zupełnie nieracjonalne, jako że komisje kwalifikacyjne nie są nigdy odwoływane z urzędu, ale są zawsze odwoływane (przez organ uprawniony do powołania komisji kwalifikacyjnej) na wniosek tego podmiotu, który wnioskował również o powołanie komisji kwalifikacyjnej, tzn. na wniosek przedsiębiorcy, stowarzyszenia naukowo-technicznego lub jednostki organizacyjnej, przy której ją powołano (art. 54c ust. 2 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Trudno zaś

uznać za racjonalną sytuację, w której organ uprawniony do odwołania komisji kwalifikacyjnej najpierw odwołuje ją na wniosek przedsiębiorcy, stowarzyszenia naukowo-technicznego lub jednostki organizacyjnej, przy której ją powołano, zaś następnie od takiej decyzji o odwołaniu komisji kwalifikacyjnej podmiot wnioskujący o odwołanie komisji kwalifikacyjnej wnosi odwołanie do Komitetu Odwoławczego. Skoro bowiem podmiot wnioskujący najpierw wnioskował o odwołanie komisji kwalifikacyjnej i organ uprawniony tę komisję odwołał, to z jakiej przyczyny ów podmiot wnioskujący miałby następnie od takiej decyzji o odwołaniu komisji wnosić odwołanie do Komitetu Odwoławczego? Z tego punktu widzenia całkowicie zasadne i zrozumiałe jest natomiast przyznanie podmiotowi wnioskującemu o odwołanie komisji kwalifikacyjnej uprawnienia do wniesienia do Komitetu Odwoławczego odwołania od decyzji o odmowie odwołania tej komisji kwalifikacyjnej, tak jak to wynika z projektowanego art. 54h ust. 1 PrE.

Dlatego też projektowane przepisy art. 54h ust. 1 i 2 PrE należy *de lege ferenda* zmienić w taki sposób, aby jednoznacznie i konsekwentnie z nich wynikało, że odwołania do Komitetu Odwoławczego przysługują od następujących decyzji: od decyzji o odmowie powołania komisji kwalifikacyjnej, od decyzji o odmowie odwołania komisji kwalifikacyjnej, od decyzji o zawieszeniu świadectwa kwalifikacyjnego oraz od decyzji o unieważnieniu świadectwa kwalifikacyjnego.

Po czwarte, katalog rozstrzygnięć wydawanych przez Komitet Odwoławczy (zob. projektowany art. 54i PrE) należałoby poszerzyć o rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania odwoławczego, w szczególności gdy postępowanie to stało się bezprzedmiotowe (nawiasem mówiąc, w projektowanym art. 54i *in principio* PrE zastosowano błędne odesłanie do projektowanego art. 54k ust. 1 PrE, podczas gdy w tym pierwszym przepisie powinno się znajdować odesłanie do projektowanego art. 54h ust. 1 PrE). Ponadto w projektowanym art. 54i ust. 2 *in fine* PrE należałoby – w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości – wyraźnie zapisać, że w postępowaniu przed sądem administracyjnym stosuje się odpowiednio przepisy o zaskarżaniu decyzji administracyjnych „do sądu administracyjnego”.

6. [Uwagi krytyczne do przepisów upoważniających Prezesa URE do zmian umów cywilnoprawnych w drodze decyzji administracyjnych] Na krytyczną ocenę zasługują przepisy Projektu upoważniające Prezesa URE do zmieniania w drodze decyzji administracyjnych, wydawanych na wniosek lub z urzędu, treści cywilnoprawnych umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii elektrycznej zawartych pomiędzy sprzedawcą a operatorem systemu dystrybucyjnego lub operatorem systemu przesyłowego, względnie też upoważniające Prezesa URE do zobowiązywania stron

tych umów do ich zmiany (art. 1 pkt 10 lit. b) Projektu dodający nowy przepis art. 8 ust. 3 PrE). Krytyczna ocena tych przepisów wynika zarówno ze względów konstytucyjno-systemowych, jak też ze względów praktycznych.

Projektowany art. 8 ust. 3 PrE wydaje się w nadmierny sposób ograniczać gwarantowaną konstytucyjnie swobodę umów. W tym względzie należałoby przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego (TK) swoboda umów jest wartością chronioną konstytucyjnie, przy czym jest ona chroniona na podstawie art. 31 ust. 1 Konstytucji RP jako element ogólnej wolności człowieka lub na podstawie innych przepisów Konstytucji RP dotyczących bardziej szczegółowych praw i wolności człowieka, w razie gdy w danym przypadku ma ona związek z tymi innymi wolnościami; dotyczy to w szczególności wolności działalności gospodarczej chronionej przez art. 22 Konstytucji RP (chodzi mianowicie o swobodę umów w toku wykonywania działalności gospodarczej) i wolności wyboru i wykonywania zawodu chronionych przez art. 65 ust. 1 Konstytucji RP (chodzi o swobodę zawierania czy też wypowiedzania umów o pracę)²⁸. W orzecnictwie TK zauważa się przy tym, że swoboda umów nie ma charakteru absolutnego i może być ograniczana przez ustawodawcę w imię realizacji określonych wartości konstytucyjnych, w tym w szczególności dla ochrony słabszej strony umowy i dla wyrównania swoistego deficytu nierówności podmiotów, tak aby osiągnąć w ten sposób sytuację, w której strona słabsza nie będzie *de facto* całkowicie podporządkowana warunkom narzuconym przez silniejszego kontrahenta²⁹. Takie uzasadnione aksjologicznie ograniczenia wolności umów muszą być oczywiście zgodne z zasadą proporcjonalności, tak jak wymaga tego art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³⁰.

Można mieć uzasadnione wątpliwości odnośnie tego, czy projektowany art. 8 ust. 3 PrE rzeczywiście spełnia konstytucyjne standardy dopuszczalności ustanawiania ograniczeń swobody umów. W pierwszym rzędzie wypada zauważyć, że umowy cywilnoprawne, które na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE Prezes URE może władczo zmieniać lub wymuszać ich zmianę są zawierane pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, a nie pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi i odbiorcami końcowymi paliw lub energii

²⁸ Wyrok TK z dnia 29 kwietnia 2003 r. w sprawie SK 24/02, OTK Z. U. 2003, nr 4A, poz. 33, pkt III.6-10 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 13 września 2005 r. w sprawie K 38/04, OTK Z. U. 2005, nr 8A, poz. 92, pkt III.IV.7 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 21 listopada 2005 r. w sprawie P 10/03, OTK Z. U. 2005, nr 10A, poz. 116, pkt III.4 uzasadnienia.

²⁹ Wyrok TK z dnia 13 września 2005 r. w sprawie K 38/04, OTK Z. U. 2005, nr 8A, poz. 92, pkt III.IV.8 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie P 46/11, OTK Z. U. 2013, nr 4A, poz. 42, pkt III.1.2.4-1.2.5 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r. w sprawie P 45/12, OTK Z. U. 2015, nr 4A, poz. 46, pkt V.3.3.1 uzasadnienia.

³⁰ Zob. szerzej M. Szydło, *Art. 31 ust. 3 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 770 i n.

(konsumentami). Mianowicie, stronami umów, które na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE Prezes URE może władczo zmieniać lub wymuszać ich zmianę są, z jednej strony, sprzedawcy paliw gazowych lub energii elektrycznej, czyli przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się obrotem paliwami gazowymi lub energią elektryczną, oraz, z drugiej strony, operatorzy systemu przesyłowego lub operatorzy systemu dystrybucyjnego, czyli przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej. Tym samym administracyjnoprawna ingerencja Prezesa URE ma na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE być dokonywana w relacje umowne zawiązywane pomiędzy przedsiębiorcami, a więc w umowy pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, którzy zawierając umowę powinni być w pełni świadomi swoich praw i obowiązków oraz powinni działać z pełnym rozeznanieniem swoich własnych potrzeb i interesów. Nie ma więc potrzeby dodatkowego chronienia tych podmiotów przez Prezesa URE w imię ochrony słabszej strony umowy. Nie jest więc tak, że na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE Prezes URE będzie zmieniał umowę lub zobowiązywał strony umowy do jej zmiany, aby chronić w ten sposób słabszą stronę tej umowy, czyli w szczególności konsumenta paliw gazowych lub energii elektrycznej. Prawdą jest oczywiście, że niejako finalnym czy ostatecznym celem administracyjnoprawnej ingerencji w treść umowy dokonywanej na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE ma być m. in. ochrona interesów odbiorców końcowych paliw gazowych lub energii (zob. projektowany art. 8 ust. 3 pkt 1 i 3 PrE), niemniej jednak nie zmienia to faktu, że stronami umów cywilnoprawnych mogących być przedmiotem omawianej tutaj władczej ingerencji Prezesa URE są przedsiębiorstwa energetyczne, a nie odbiorcy końcowi, zaś dla ochrony uzasadnionych interesów odbiorców końcowych paliw i energii projektowany przepis art. 8 ust. 3 PrE wydaje się być nieproporcjonalny, w tym sensie, że wykracza poza to co jest konieczne dla ochrony interesów tej grupy osób. *De lege lata* istnieją bowiem inne, łagodniejsze i także stosunkowo skuteczne sposoby ochrony interesów tej kategorii osób w ramach treści umów o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii elektrycznej, w tym również istnieją w tym względzie określone środki prawne posiadane przez Prezesa URE (np. złożenie przez Prezesa URE zawiadomienia do Prezesa UOKiK o istnieniu w tych umowach praktyk ograniczających konkurencję, tak aby zainicjować w ten sposób postępowanie antymonopolowe; wzywianie przez Prezesa URE operatora systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego jako strony tej umowy do jej zmiany pod rygorem nałożenia kary pieniężnej za niewywiązywanie się ze swoich ustawowych obowiązków operatora – art. 56 ust. 1 pkt 24 PrE lub na innej jeszcze podstawie prawnej wymienionej w art. 56 ust. 1 PrE, względnie pod rygorem cofnięcia koncesji). Trzeba ponadto

pamiętać, że na podstawie Projektu Prezes URE ma otrzymać kompetencję do zmiany instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, w tym gdy instrukcja ta nie równoważy odpowiednio interesów użytkowników systemu (projektowany art. 9g ust. 8d w zw. z ust. 8c PrE), zaś trzeba pamiętać, że to właśnie w tej instrukcji mają być określone takie postanowienia, które następnie są wprowadzane do umów o świadczenie usług przesyłania i dystrybucji paliw i energii jako ich elementy treściowe, w tym elementy przedmiotowo istotne (zob. art. 9g ust. 3-6a PrE). W takim układzie dokonywana na tej podstawie ingerencja Prezesa URE w treść instrukcji będzie ingerencją niejako na przedpolu zawieranych następnie przez operatorów umów cywilnoprawnych, gdyż ingerencja ta będzie wymuszała na operatorach systemów zawieranie ze sprzedawcami paliw lub energii umów przesyłowych adekwatnie równoważących interesy użytkowników systemu, co może sprawiać, że następnie ingerencja w treść tychże umów nie będzie już potrzebna (nie będzie konieczna). Nie można też zapominać o tym, że strony omawianych tutaj umów przesyłowych, tj. operatorzy systemów przesyłowych i dystrybucyjnych oraz przedsiębiorstwa obrotu, mogą dokonywać zmian tychże umów w sposób dobrowolny, zaś w razie powstania pomiędzy nimi sporu na tym tle mogą oni poszukiwać ochrony na drodze sądowej przed sądem powszechnym. Istnienie tych wszystkich wymienionych wyżej przykładowo łagodniejszych i skutecznych środków prawnych każe wątpić w proporcjonalność rozwiązania prawnego polegającego na daniu Prezesowi URE możliwości władczej ingerencji w treść umów cywilnoprawnych na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE, zwłaszcza że przesłanki tej ingerencji są w projektowanym przepisie art. 8 ust. 3 PrE określone stosunkowo rozciągliwie i w sposób niedostatecznie określony. Z całą zaś pewnością nieproporcjonalna w sensie konstytucyjnym byłaby tego rodzaju ingerencja dokonywana przez Prezesa URE z urzędu, wbrew woli stron danej umowy (natomiast można by się ewentualnie zastanawiać nad dopuszczalnością ingerencji dokonywanej na wniosek strony umowy – choć i to wydaje się być rozwiązaniem wątpliwym konstytucyjnie), podobnie jak nieproporcjonalna byłaby ingerencja polegająca na bezpośredniej władczej zmianie umowy przez Prezesa URE w drodze decyzji administracyjnej (natomiast można by ewentualnie rozważać zasadność upoważnienia Prezesa URE do wydania decyzji zobowiązującej strony umowy do jej zmiany, aczkolwiek również i takie rozwiązanie wydaje się być konstytucyjnie dosyć wątpliwe).

Należy uznać, że projektowane rozwiązanie miałoby większą szansę na uznanie jego zgodności z Konstytucją RP wtedy, gdyby Prezes URE mógł co najwyżej zobowiązywać strony umowy do jej zmiany (a nie zmieniać umowę bezpośrednio) i tylko na wniosek jednej ze stron umowy (a nie z urzędu), ale jedynie pod dodatkowym warunkiem, że projektowany art. 8 ust.

3 PrE zawierałby wyraźne i jednoznaczne sformułowania gwarantujące to, że tego rodzaju władcza ingerencja Prezesa URE w treść umów będzie dokonywana tylko w naprawde wyjątkowych przypadkach, gdy interesy odbiorców końcowych nie będą mogły zostać adekwatnie zabezpieczone w żaden inny sposób i gdy taka ingerencja będzie jedynym środkiem mogącym umożliwić sprzedawcy sprzedaż paliw lub energii odbiorcom końcowym lub świadczenie usługi kompleksowej. W obecnym kształcie projektowany art. 8 ust. 3 PrE nie zawiera tego rodzaju gwarancyjnych sformułowań.

Niezależnie zaś od wątpliwości co do zgodności projektowanego art. 8 ust. 3 PrE z konstytucyjnymi gwarancjami swobody umów należy zauważyć, że przepis ten może rodzić określone praktyczne trudności w trakcie jego stosowania. Źródłem tych trudności może być chociażby to, że nie można być przecież z góry pewnym tego, że Prezes URE będzie w stanie w każdym przypadku na tyle poprawnie i właściwie (adekwatnie) zmienić umowę cywilnoprawną zawartą pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, aby umowa ta nadawała się do praktycznego i efektywnego wdrażania jej przez strony; nie można bowiem wykluczyć zaistnienia takich sytuacji, w których umowa cywilnoprawna (przesyłowa) zmieniona władczo przez Prezesa URE nie będzie w praktyce nadawała się do jej dalszego realizowania, chociażby dlatego, że Prezes URE wprowadzi do niej postanowienia, które dalszą realizację tej umowy uczynią dla jednej ze stron praktycznie niewykonalną lub całkowicie ekonomicznie nieracjonalną. W takiej sytuacji powstaną zupełnie niepotrzebne komplikacje lub zakłócenia w dostawach paliw gazowych lub energii elektrycznej odbiorcom końcowym oraz wytworzy się płaszczyzna do generowania dodatkowych sporów sądowych.

W dalszej kolejności można mieć wątpliwości w kwestii tego, czy po wejściu w życie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE w ogóle dopuszczalna będzie zwykła droga sądowa przed sądem powszechnym w razie powstania pomiędzy stronami umów, o których mowa w projektowanym art. 8 ust. 3 PrE sporów o ich zmianę. W tym kontekście art. 2 § 1 ustawy Kodeks postępowania cywilnego³¹ (dalej: „k.p.c.”) stanowi, że *„Do rozpoznawania spraw cywilnych powołane są sądy powszechne, o ile sprawy te nie należą do właściwości sądów szczególnych, oraz Sąd Najwyższy”*. Z kolei art. 2 § 3 k.p.c. stanowi, że *„Nie są rozpoznawane w postępowaniu sądowym sprawy cywilne, jeżeli przepisy szczególne przekazują je do właściwości innych organów”*. Jest rzeczą oczywistą, że po wydaniu przez Prezesa URE na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE decyzji administracyjnej zmieniającej umowę lub zobowiązującej strony umowy do jej zmiany decyzja Prezesa UKE będzie mogła być

³¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r., tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360, ze zm.

przedmiotem odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie (dalej: „SOKiK”), zaś następnie wyrok tego ostatniego sądu będzie mógł być przedmiotem apelacji do Sądu Apelacyjnego w Warszawie (dalej: „SA”), zaś z kolei wyrok SA będzie mógł być zaskarżony skargą kasacyjną do Sądu Najwyższego (dalej: „SN”) (zob. w tym względzie przepisy art. 479⁴⁶ - art. 479⁵⁶ k.p.c.). Brak jest wszakże dobrej odpowiedzi na pytanie, czy po dokonaniu zmiany umowy na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE, tj. w wyniku decyzji administracyjnej Prezesa URE, i po wyczerpaniu następnie drogi sądowej przed SOKiK, SA lub SN, strony tej zmienionej umowy będą mogły dodatkowo wdrożyć postępowanie przed sądem powszechnym w sprawie zmiany łączącej je umowy, zwłaszcza gdyby spór o zmianę tej umowy dotyczył dokładnie tych samych postanowień (zagadnień), które wcześniej były przedmiotem władczej ingerencji Prezesa URE oraz były przedmiotem prawomocnych orzeczeń SOKiK, SA lub SN? Przeciwno dopuszczalności takich następczych sporów sądowych przed sądem powszechnym mogłaby bowiem w omawianym zakresie przemawiać zasada powagi rzeczy osądzonej. Ponadto pojawia się wątpliwość, czy przypadkiem nie jest tak, że może w ogóle jakiegokolwiek postępowanie przed sądem powszechnym w sprawie zmiany umowy określonej w projektowanym art. 8 ust. 3 PrE i z przyczyn tam wskazanych nie będzie mogło się skutecznie toczyć, i to nawet gdy Prezes URE nie skorzysta jeszcze ze swojej kompetencji do wydania decyzji przewidzianej w projektowanym art. 8 ust. 3 PrE? Przyczyną zaś tej wątpliwości jest fakt, że omawiane tutaj sprawy zmian umów są przez projektowany art. 8 ust. 3 PrE przekazywane „do właściwości innych organów” w rozumieniu art. 2 § 3 k.p.c. Są to wszystkie pytania zbyt poważne, aby można je było pozostawić bez zadowalającej odpowiedzi. Niestety, projektowany przepis art. 8 ust. 3 PrE pozostawia w tym zakresie zbyt dużo wątpliwości.

Finalnie zatem należałoby się opowiedzieć przeciwko zamieszczaniu w PrE przepisu art. 8 ust. 3 w brzmieniu przewidzianym w Projekcie.

7. [Uwagi krytyczne o nowym przepisie upoważniającym Prezesa URE do cofnięcia koncesji albo zmiany jej zakresu] Jakkolwiek projektowany art. 41 ust. 4 pkt 4 PrE dający Prezesowi URE nową podstawę prawną do cofania lub zmiany zakresu koncesji wyraża trafną w sensie merytorycznym ideę, to jednak idea ta została w Projekcie zapisana w sposób nieprawidłowy, który może utrudnić lub uniemożliwić właściwą jej realizację. Projektowany art. 41 ust. 4 pkt 4 PrE stanowi, że Prezes URE może cofnąć koncesję albo zmienić jej zakres „w przypadku wydania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wobec przedsiębiorstwa energetycznego decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i

konsumentów.”. Nie ulega wątpliwości, że stworzenie nowej podstawy prawnej dla Prezesa URE do sankcjonowania zachowań przedsiębiorstw energetycznych naruszających zbiorowe interesy konsumentów jest zasadniczo słuszne i właściwe (aczkolwiek przedsiębiorstwa energetyczne mogłyby być raczej odmiennego zdania z uwagi na dużą surowość takiej sankcji). Nie można wszakże zgodzić się na to, by sankcja cofnięcia lub zmiany zakresu koncesji przewidziana w projektowanym art. 41 ust. 4 pkt 4 PrE mogła być uruchamiana przez Prezesa URE już wówczas, gdy Prezes UOKiK „wydał” decyzję o uznaniu danej praktyki przedsiębiorstwa energetycznego za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów (tak jak o tym stanowi omawiany przepis w swojej obecnej wersji przewidzianej w Projekcie). Decyzja „wydana” przez Prezesa UOKiK, w tym „wydana” przez Prezesa UOKiK decyzja o uznaniu danej praktyki przedsiębiorstwa energetycznego za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, nie jest jeszcze definitywna ani prawomocna (tzn. nie jest „prawomocna” w znaczeniu tego pojęcia dającym się wyprowadzić z art. 269 Kodeksu postępowania administracyjnego³² – dalej: „k.p.a.”), gdyż może ona jeszcze zostać skontrolowana, a w następstwie tej kontroli albo uchylona albo zmieniona albo też utrzymana w postępowaniu sądowym przed SOKiK, SA lub SN. Co więcej, istnieją przy tym poglądy – odnośnie zasadności których można się oczywiście spierać – że decyzje Prezesa UOKiK (co dotyczy również decyzji organów regulacyjnych), od których służy jeszcze odwołanie do SOKiK nie są decyzjami ostatecznymi w rozumieniu art. 16 § 1 k.p.a.³³. Nie jest zatem zasadne przewidziane w Projekcie rozwiązanie prawne, zgodnie z którym przedsiębiorstwo energetyczne może dotyczyć wymierzana przez Prezesa URE sankcja cofnięcia lub zmiany zakresu koncesji już wówczas, gdy Prezes UOKiK „wydał” w stosunku do tego przedsiębiorstwa decyzję o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, skoro ta decyzja Prezesa UOKiK nie jest jeszcze prawomocna (zaś wedle niektórych poglądów nie jest również ostateczna) i może zostać następnie uchylona przez SOKiK, SA lub SN.

Dlatego też *de lege ferenda* należałoby postulować, by Prezes URE mógł uchylić koncesję lub zmienić jej zakres dopiero wtedy, gdy uprawomocniła się decyzja Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki przedsiębiorstwa energetycznego za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów lub gdy SOKiK lub SA lub SN prawomocnie potwierdził, że dane przedsiębiorstwo energetyczne dopuściło się praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów (wprowadzenie do omawianego tu przepisu zaproponowanej wyżej alternatywy

³² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r., tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 2096, ze zm.

³³ Tak np. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 376-379.

pozwole przejść do porządku dziennego nad sporami w doktrynie odnośnie tego, co się dzieje z decyzją Prezesa UOKiK wtedy, gdy została ona uchylona wyrokiem SOKiK, zaś następnie ów wyrok SOKiK został uchylony przez SA, a mianowicie czy ta pierwotna decyzja Prezesa UOKiK niejako wówczas odżywa i powraca do obrotu prawnego oraz czy się uprawomocnia czy też nie?).

8. [Uwagi krytyczne do przepisów o zamkniętym systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym] Przepisy Projektu wprowadzające do PrE przepisy o zamkniętych systemach dystrybucyjnych elektroenergetycznych (art. 1 pkt 12 Projektu dodający nowe przepisy art. 9da-9dc PrE) są niewątpliwie potrzebne i zasadne, choć jednocześnie w swoim obecnym kształcie treściowym są one obarczone licznymi niedoskonałościami. W pierwszym rzędzie projektowany art. 9da ust. 1 *in principio* PrE nie określa w sposób dostatecznie precyzyjny tego, czy za zamknięty system dystrybucyjny elektroenergetyczny może zostać uznany tylko określony cały system dystrybucyjny elektroenergetyczny zarządzany przez danego operatora składającego wniosek czy też za taki system można uznać część systemu zarządzanego przez tego operatora. Powołany przepis stanowi, że „Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, na wniosek operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, stwierdza, w drodze decyzji, że system jest zamkniętym systemem dystrybucyjnym (...)”. Z literalnego brzmienia powołanego przepisu nie do końca wiadomo zatem, czy na podstawie powołanego przepisu za zamknięty system dystrybucyjny elektroenergetyczny może zostać uznana pewna część większego systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, którym zarządza dany aplikujący operator. Przy czym *de lege ferenda* w projektowanym art. 9da ust. 1 *in principio* PrE powinno zostać jednoznacznie przesądzone, że podmiot występujący z wnioskiem o uznanie systemu za zamknięty system dystrybucyjny elektroenergetyczny ma obowiązek konkretnego wskazania w swoim wniosku tego właśnie systemu (tzn. jego zakresu i granic), czyli ma obowiązek dokładnego wskazania konkretnych sieci elektroenergetycznych oraz przyłączonych do nich urządzeń i instalacji współpracujących z tymi sieciami (zob. legalną definicję systemu elektroenergetycznego zamieszczoną w art. 3 pkt 23 PrE) oraz obszaru gdzie one się znajdują, a więc, inaczej mówiąc, aplikujący musi wskazać zakres i granice tego systemu, o którego uznanie za system zamknięty się ubiega. Omawiany przepis powinien zawierać taki wymóg bez względu na to, czy zostanie ostatecznie przyjęte – w wyniku zmiany treści tego projektowanego przepisu lub w wyniku jego przyszłej interpretacji – że wnioskiem może zostać objęty tylko cały system dystrybucyjny zarządzany przez danego operatora czy też, że wnioskiem takim może być objęta również część tego systemu; w tym drugim przypadku

tym bardziej byłoby wskazane dokładne zakreślanie we wniosku zakresu i granic danego systemu, czego projektowane przepisy PrE w obecnej wersji nie wymagają.

Można się też zastanawiać, czy rzeczywiście jest zasadne, aby z wnioskiem o uznanie systemu za zamknięty występował operator systemu, tak jak o tym *explicite* stanowi projektowany art. 9da ust. 1 *in principio* PrE, czy też może byłoby rzeczą bardziej właściwą, aby z wnioskiem takim występował właściciel systemu, analogicznie jak to właściciel sieci (przesyłowej lub dystrybucyjnej) lub instalacji (magazynowej lub skroplonego gazu ziemnego) ma uprawnienie do występowania do Prezesa URE z wnioskiem o wyznaczenie operatora systemu (art. 9h ust. 1 PrE). Co prawda projektowany art. 9da ust. 4 PrE stanowi, że jeżeli operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego nie jest właścicielem systemu dystrybucyjnego objętego wnioskiem o uznanie go za system zamknięty, to wówczas wniosek w sprawie uznania systemu dystrybucyjnego za zamknięty składa właściciel sieci. W takim jednak razie pojawia się pytanie, dlaczego w sytuacji, gdy operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego jest jednocześnie właścicielem systemu dystrybucyjnego objętego wnioskiem o uznanie go za system zamknięty, wniosek ten ma składać, zgodnie z literalnym brzmieniem projektowanego art. 9da ust. 1 *in principio* PrE, „operator” tego systemu, nie zaś jego właściciel, skoro są to te same osoby? Lepiej jest więc od razu w projektowanym art. 9da ust. 1 *in principio* PrE wyraźnie zapisać, że wniosek o uznanie systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego za zamknięty składa zawsze właściciel systemu objętego wnioskiem, co będzie rozwiązaniem nie tylko zasadnym merytorycznie (gdyż to właściciel systemu jest najbardziej predystynowany do tego, by podejmować tak istotne w swoich skutkach decyzje co do statusu prawnego tego systemu), ale ponadto spowoduje to brak konieczności zamieszczania w PrE osobnego (i powołanego wyżej) projektowanego przepisu art. 9da ust. 4 PrE, czyli będzie to zgodne z postulatem jak najbardziej zwięzłego formułowania przepisów prawa.

W dalszej kolejności należałoby krytycznie zauważyć, że określone w projektowanych przepisach art. 9da ust. 1 pkt 1-4 PrE przesłanki uznania danego systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego za system zamknięty są niedostatecznie precyzyjne i niedookreślone oraz mogą powodować powstawanie licznych wątpliwości interpretacyjnych przy ich stosowaniu. Tytułem przykładu można tu wskazać na przesłankę określoną w projektowanym art. 9da ust. 1 pkt 1 PrE, która ma następujące brzmienie: „ze szczególnych względów technicznych lub bezpieczeństwa procesy eksploatacji lub wytwarzania użytkowników tego systemu są zintegrowane”. Jeżeli będziemy pamiętać, że użytkownikiem systemu jest zawsze określony podmiot, tzn. określona osoba (zob. legalną definicję tego pojęcia w art. 3 pkt 12b PrE), to pojawia się zasadne pytanie co oznacza występujące w projektowanym art. 9da ust. 1

pkt 1 PrE sformułowanie mówiące o „*eksploatacji lub wytwarzaniu użytkowników systemu*”? Co mianowicie twórcy Projektu mają na myśli mówiąc o „*eksploatacji użytkowników systemu*” lub o „*wytwarzaniu użytkowników systemu*”, i to w sposób zintegrowany? Przesłanka ta byłaby bardziej zrozumiała, gdyby odnosiła się do „*eksploatacji systemu dystrybucyjnego*”, ale doprawdy nie da się pojąć co oznacza i w jaki sposób ma następować eksploatacja określonych osób będących użytkownikami tego systemu? Nie wiadomo też w jaki sposób mogą być „*wytwarzani*” użytkownicy systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, czyli jak w ramach tego systemu można „*wytwarzać*” określone osoby? W ramach omawianych systemów dystrybucyjnych nie można wytwarzać nawet energii elektrycznej, ponieważ w projektowanych przepisach PrE chodzi nie o systemy wytwarzania energii elektrycznej, ale o systemy dystrybucji energii elektrycznej (dystrybucja energii elektrycznej jest rodzajem jej transportu – zob. art. 3 pkt 5 lit. a) PrE). Niewątpliwie projektowany przepis art. 9da ust. 1 pkt 1 PrE wymaga radykalnego przeredagowania i sformułowania go w sposób bardziej sensowny i logiczny.

Można się też zastanawiać czy zasadne jest czynienie przesłanką uznania danego systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego za system zamknięty liczby odbiorców w gospodarstwach domowych, ustalonej na poziomie nie większym niż 250 osób, tak jak to przewiduje projektowany art. 9da ust. 1 pkt 4 PrE? Być może bardziej sensownym rozwiązaniem byłoby odwołanie się w tym przypadku do liczby gospodarstw domowych, nie zaś do liczby odbiorców w gospodarstwach domowych, gdyż przesłanka określona w projektowanym art. 9da ust. 1 pkt 4 PrE, odwołująca się do liczby odbiorców, może być dyskryminująca dla grupy gospodarstw domowych o określonej strukturze, np. dla grupy bloków mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, w których mieszkają takie rodziny, gdzie każdy z małżonków lub jeszcze inni domownicy są odbiorcami, a więc stronami umowy zawartej z przedsiębiorstwem energetycznym.

Niezrozumiała jest również treść przesłanek uchylenia decyzji Prezesa URE o uznaniu danego systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego za system zamknięty określonych w projektowanych przepisach art. 9db ust. 1 i 2 PrE, gdzie projektowany art. 9db ust. 1 PrE określa przesłanki fakultatywnego uchylenia tej decyzji, zaś projektowany art. 9db ust. 2 PrE określa przesłanki obligatoryjnego uchylenia omawianej decyzji. Przesłanki fakultatywne z projektowanego art. 9db ust. 1 PrE odwołują się do okoliczności, iż warunki określone w projektowanym art. 9da ust. 1 PrE przestał spełniać operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, zaś przesłanki obligatoryjne z projektowanego art. 9db ust. 2 PrE odwołują się do okoliczności, iż warunki określone w projektowanym art. 9da ust. 1 PrE

przestał spełniać system dystrybucyjny elektroenergetyczny. Problem polega bowiem na tym, że wzmiankowane wyżej i przewidziane w projektowanych przepisach art. 9db ust. 1 i 2 PrE zróżnicowanie na warunki odnoszące się do operatora oraz na warunki odnoszące się do systemu dystrybucyjnego nie znajduje adekwatnego odzwierciedlenia (i potwierdzenia) w projektowanych przepisach art. 9da ust. 1 PrE (do których odwołują się projektowane przepisy art. 9db ust. 1 i 2 PrE), jako że wszystkie warunki określone w projektowanych przepisach art. 9da ust. 1 PrE dotyczą w zasadzie systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego (a przynajmniej bezpośrednio dotyczą systemu), nie zaś operatora tego systemu.

Ogólnie zatem należy postulować, by przewidziane w Projekcie przepisy dotyczące zamkniętych systemów dystrybucyjnych elektroenergetycznych zostały raz jeszcze przejrzane i zweryfikowane pod kątem ich szeroko rozumianej poprawności techniczno-legislacyjnej. Należałoby też rozważyć zasadność wprowadzenia do PrE analogicznych przepisów o zamkniętych systemach dystrybucyjnych gazowych.

9. [Uwagi krytyczne o przepisach dotyczących magazynowania energii elektrycznej]
Liczne szczegółowe uwagi krytyczne należy sformułować pod adresem przepisów Projektu dotyczących magazynowania energii elektrycznej. Chociaż ogólnie przepisy te zasługują na pozytywną ocenę, gdyż wypełniają one istotną lukę regulacyjną w przepisach PrE (gdzie przepisy dotyczące magazynowania energii elektrycznej są aktualnie bardzo skąpe), to jednak równocześnie te projektowane przepisy są obarczone wieloma niedoskonałościami. Jedynie tytułem przykładu należy tu wymienić najważniejsze z nich.

Po pierwsze, nie do końca poprawna merytorycznie jest legalna definicja magazynowania energii elektrycznej przewidziana w projektowanym art. 3 pkt 59 PrE. Zgodnie z tą definicją, magazynowanie energii elektrycznej jest procesem, który zawsze musi się wiązać z tym, że przechowywana energia elektryczna jest następnie ponownie wprowadzana do sieci elektroenergetycznej („magazynowanie energii elektrycznej – przetworzenie energii elektrycznej pobranej z sieci elektroenergetycznej lub wytworzonej przez jednostkę wytwórczą przyłączoną do sieci elektroenergetycznej i współpracującą z tą siecią do innej postaci energii, przechowanie tej energii, a następnie ponowne jej przetworzenie na energię elektryczną i wprowadzenie do sieci elektroenergetycznej”). *De lege ferenda* należałoby rozważyć zmianę tak sformułowanej definicji, idącą w tym kierunku, aby za magazynowanie energii elektrycznej uznawać również procesy polegające na tym, że pobrana z sieci energia elektryczna jest najpierw przechowywana, a następnie jest wykorzystywana przez określone urządzenia lub instalacje podłączone do instalacji magazynowej, nawet jeżeli energia ta nie jest ponownie wprowadzana do sieci.

Po drugie, projektowane przepisy art. 43g PrE pozwalające operatorowi systemu przesyłowego energetycznego oraz operatorowi systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego na posiadanie magazynów energii elektrycznej są niezgodne z treścią procedowanych aktualnie w instytucjach unijnych projektów zmian dyrektywy 2009/72/WE. Zmiany w dyrektywie 2009/72/WE mają bowiem iść w tym kierunku, by operatorzy wymienionych systemów elektroenergetycznych co do zasady nie mogli posiadać instalacji magazynowania energii elektrycznej, chyba że na zasadzie wyjątku (derogacji) od zakazu, gdy m. in. jest spełniony wymóg uprzedniego przeprowadzenia przez takiego operatora otwartego i przejrzystego postępowania zamówieniowego (przetargowego) mające wyłonić podmiot zainteresowany zarządzaniem lub operowaniem magazynem energii elektrycznej (zob. art. 36 i art. 54 dyrektywy 2009/72/WE w brzmieniu przewidzianym w propozycji dyrektywy Komisji Europejskiej z dnia 30 listopada 2016 r. nowelizującej dyrektywę 2009/72/WE, COM(2016) 864 final).

Po trzecie, projektowany przepis art. 45 ust. 8 PrE nie zapewnia w sposób jednoznaczny tego, że operator magazynu energii elektrycznej, który najpierw pobrał energię elektryczną z sieci przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej i następnie ponownie wprowadził określoną ilość energii elektrycznej do sieci tego przedsiębiorstwa nie będzie ponosił związanych z tymi operacjami opłat sieciowych oraz innych opłat stosowanych przez przedsiębiorstwa sieciowe, takich jak opłata jakościowa, opłata przejściowa oraz opłata mocowa. Projektowany przepis art. 45 ust. 8 PrE stanowi, że taryfa za usługi przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej uwzględnia odliczenie od energii elektrycznej pobranej z sieci przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej przez magazyn energii elektrycznej energii elektrycznej ponownie wprowadzonej do sieci tego przedsiębiorstwa przez ten magazyn. Takie sformułowania ustawowe wydają się odnosić do opłaty za samą tylko usługę przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej (tj. dotyczą opłaty przesyłowej i opłaty dystrybucyjnej), ale nie są one dostateczną gwarancją, że w sytuacjach opisanych w projektowanym art. 45 ust. 8 PrE od operatora instalacji magazynowej nie będą pobierane wspomniane wyżej inne opłaty, jak opłata jakościowa, opłata przejściowa oraz opłata mocowa. Brak konieczności ponoszenia tych ostatnio wymienionych opłat może być jednym z bodźców ekonomicznych do rozwijania działalności magazynów energii elektrycznej, co byłoby z pewnością pożądane ze społecznego i gospodarczego punktu widzenia.

Po czwarte, projektowany art. 45 ust. 8 ustawy o OZE przewidziany w art. 3 pkt 3 lit. c) Projektu nie określa tego, do kogo mają należeć w sensie właścicielskim określone tam układy

pomiarowo-rozliczeniowe rejestrujące energię elektryczną. Wydaje się, że docelowo właścicielem układu pomiarowo-rozliczeniowego rejestrującego energię elektryczną wprowadzoną do magazynu energii elektrycznej i wyprowadzoną z tego magazynu powinien być właściciel magazynu energii elektrycznej, zaś właścicielem układu pomiarowo-rozliczeniowego rejestrującego energię elektryczną pobraną z sieci i wprowadzoną do sieci przez ten magazyn energii elektrycznej powinien być właściciel sieci. Dla rozwiania ewentualnych wątpliwości w tym względzie powinno się to wyraźnie przesądzić w powołanym przepisie.

10. [Uwagi krytyczne o przepisach dotyczących polityki energetycznej państwa] Nie do końca właściwe i trafne merytorycznie wydają się być przewidziane w Projekcie zmiany w przepisach PrE dotyczących polityki energetycznej państwa. Ogólnie rzecz biorąc, przepisy Projektu w tym zakresie mogą prowadzić do osłabienia rangi dokumentów określających politykę energetyczną państwa oraz mogą prowadzić do nadawania tym dokumentom treści, która nie jest w pełni spójna z celami PrE określonymi w art. 1 ust. 2 PrE oraz wynikającymi z unijnego prawa energetycznego.

W tym kontekście krytycznie należy się odnieść do modyfikacji treściowej art. 13 PrE określającego cele polityki energetycznej państwa. W obecnym brzmieniu przepis ten wymienia równorzędne cele takie jak: zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju, zapewnienie wzrostu konkurencyjności gospodarki i jej efektywności energetycznej, a także zapewnienie ochrony środowiska. Taka enumeracja celów i brak apriorycznej gradacji tychże celów są spójne z przepisem art. 1 ust. 2 PrE określającym cele PrE. Tymczasem w Projekcie proponuje się, aby celem polityki energetycznej państwa było „*bezpieczeństwo energetyczne kraju, przy zapewnieniu wzrostu konkurencyjności gospodarki, a także zmniejszenia negatywnego oddziaływania sektora energii na środowisko*” (art. 13 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Takie sformułowanie niedwuznacznie sugeruje przesunięcie akcentów aksjologicznych w stosunku do dotychczasowej treści art. 13 PrE i wysunięcie bezpieczeństwa energetycznego kraju na plan pierwszy, przy jednoczesnym zredukowaniu wzrostu konkurencyjności gospodarki i zmniejszenia negatywnego oddziaływania sektora energii na środowisko do roli celów drugoplanowych, które w ramach realizacji celu pierwszoplanowanego muszą być oczywiście uwzględniane, ale są jednak temu celowi pierwszoplanowemu podporządkowane. Zastanawia też okoliczność, dlaczego twórcy Projektu chcą zrezygnować z bardziej ambitnego celu, jakim jest ochrona środowiska na rzecz celu bardziej zachowawczego, jakim jest zmniejszenie negatywnego oddziaływania sektora energii na środowisko. Wydaje się, że w szczególności przepisy prawa UE kładą w sensie

aksjologicznym nacisk nie tylko na konieczność zmniejszania uciążliwości energetyki dla środowiska, ale również na rolę sektora energii we wprowadzaniu nowych rozwiązań technologicznych aktywnie wpływających także na inne dziedziny życia gospodarczego w tym kierunku, by stale poprawiać stan środowiska i czynić go bardziej przyjaznym i sprzyjającym dla człowieka (rozwój proekologiczny).

Nie do końca również wiadomo, dlaczego twórcy Projektu decydują się na skreślenie przepisu, zgodnie z którym politykę energetyczną państwa opracowuje się co 4 lata (przepisem tym jest obecny art. 15 ust. 2 PrE, który jest skreślany przez art. 1 pkt 18 Projektu). Być może rzeczywiście jest tak, że obowiązek opracowywania polityki energetycznej państwa co każde 4 lata jest nadmiernie rygorystyczny, co *nota bene* i tak jest terminem jedynie instrukcyjnym, nieopatrzonym żadną sankcją i w praktyce termin ten nie zawsze był respektowany. Nie jest to jednak wystarczający powód do tego, by w przepisach PrE całkowicie rezygnować z wyznaczania jakiegokolwiek terminu w tym zakresie. Być może termin ten należałoby jedynie wydłużyć, np. na okres 6-7 lat, ale nie powinno się raczej całkowicie z niego rezygnować.

W obecnym stanie prawnym polityka energetyczna państwa musi zawierać m. in. program działań wykonawczych na okres 4 lat zawierający instrumenty jego realizacji (art. 15 ust. 1 pkt 3 PrE), co jest spójne z 4-letnim terminem obowiązywania dokumentu pod nazwą polityka energetyczna państwa. Twórcy Projektu proponują zrezygnowanie z tego ostatnio wspomnianego elementu jako obligatoryjnego komponentu polityki energetycznej państwa (zob. art. 15 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie), co można oceniać jako danie sobie przez Radę Ministrów większej swobody w omawianym zakresie. Jednakże projektowane skreślenie obecnego art. 15 ust. 1 pkt 3 PrE może doprowadzić do zaniku elementu w pewien sposób motywującego Radę Ministrów i inne podmioty (w tym zwłaszcza podmioty podległe lub nadzorowane przez administrację rządową) do skutecznego realizowania działań przewidzianych w polityce energetycznej państwa w założonej 4-letniej perspektywie czasowej.

Trudno też zrozumieć, dlaczego twórcy Projektu rezygnują z obowiązującego *de lege lata* wymogu ogłaszania przyjętej przez Radę Ministrów polityki energetycznej państwa w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” (wymóg ten wynika z obecnego art. 15a ust. 2 PrE, który jest skreślany przez art. 1 pkt 19 Projektu). Prawdą jest oczywiście, że w dokumencie Rady Ministrów określającym politykę energetyczną państwa mogą się znajdować informacje i dane wrażliwe lub mające dla państwa na tyle strategiczne znaczenie, że powinny one pozostać tajne. Nie dotyczy to jednak z pewnością całości tego dokumentu. Dla pożądanej przejrzystości życia publicznego w państwie oraz dla pożądanego

zwiększania wiedzy podmiotów sektora energetycznego o polityce rządu w tym zakresie (choćby po to, by podmioty te mogły lepiej dostosowywać swoje przyszłe działania do określonych priorytetów rządu) byłoby niewątpliwie wskazane publiczne ogłaszanie polityki energetycznej państwa, z możliwością punktowego utajniania wybranych jej elementów treściowych.

11. [Uwagi krytyczne o przepisach określających skutki cenowe braku zatwierdzenia taryfy przedsiębiorstwa energetycznego] Pewien istotny mankament występuje w przepisach Projektu określających skutki cenowe wydania przez Prezesa URE decyzji o odmowie zatwierdzenia taryfy z uwagi na przyczyny określone w art. 47 ust. 2d PrE. Zgodnie z obecnym brzmieniem tego przepisu, taryfy dotychczasowej ustalonej przez przedsiębiorstwo energetyczne w przeszłości *„nie stosuje się, jeżeli decyzja Prezesa URE odmawiająca zatwierdzenia taryfy [tzn. odmawiająca zatwierdzenia taryfy kolejnej, przedłożonej przez przedsiębiorstwo energetyczne do zatwierdzenia na kolejny okres czasu – przyp.] jest uzasadniona koniecznością obniżenia cen i stawek opłat poniżej cen i stawek opłat zawartych w dotychczasowej taryfie i wynika z udokumentowanych i opisanych zmian zewnętrznych warunków wykonywania przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności gospodarczej”*. *De lege lata* nie do końca wiadomo, jaką taryfę dane przedsiębiorstwo energetyczne ma stosować w sytuacji, gdy Prezes URE odmawia zatwierdzenia jego nowej taryfy z powołaniem się na powody określone w art. 47 ust. 2d PrE. Projekt usuwa tę niepożądaną lukę prawną poprzez nowy przepis art. 47 ust. 2da PrE, stanowiący, że *„W przypadku, o którym mowa w ust. 2d, Prezes URE ustala, w drodze postanowienia, ceny i stawki opłat, które przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane stosować do czasu wejścia w życie nowej taryfy”*. Usunięcie przez Projekt wskazanej luki prawnej jest oczywiście pożądane i zasługuje na poparcie. Mankamentem projektowanego art. 47 ust. 2da PrE jest wszakże brak wskazania kryteriów lub przesłanek, jakimi powinien kierować się Prezes URE wydając przewidziane w tym przepisie postanowienie. W tym kontekście warto byłoby zatem wskazać ustawowo Prezesowi URE kryteria i przesłanki, jakimi powinien się on kierować ustalając w drodze postanowienia ceny i stawki opłat, które dane przedsiębiorstwo energetyczne – któremu Prezes URE odmówił zatwierdzenia taryfy z powołaniem się na przyczyny określone w art. 47 ust. 2d PrE – obowiązane jest stosować do czasu wejścia w życie nowej taryfy. Otóż kryteria te i przesłanki powinny być takie same jak te, którymi generalnie powinno kierować się przedsiębiorstwo energetyczne przy ustalaniu swojej taryfy i które są określone w przepisach art. 44-46 PrE; tymi samymi kryteriami i przesłankami musi się też *de lege lata* kierować Prezes URE przy podejmowaniu decyzji o zatwierdzeniu taryfy albo odmowie jej zatwierdzenia (stanowi o tym

art. 47 ust. 2 PrE). Dlatego też *de lege ferenda* projektowanemu art. 47 ust. 2da PrE należałoby nadać następujące brzmienie: „*W przypadku, o którym mowa w ust. 2d, Prezes URE ustala, w drodze postanowienia, ceny i stawki opłat, które przedsiębiorstwo energetyczne jest zobowiązane stosować do czasu wejścia w życie nowej taryfy. Ustalając ceny i stawki opłat, o których mowa w zdaniu poprzednim Prezes URE stosuje odpowiednio zasady i przepisy, o których mowa w art. 44-46.*”. Proponowany tutaj wymóg stosowania wspomnianych zasad i przepisów z art. 44-46 PrE „*odpowiednio*” uzasadniony jest tym, że te zasady i przepisy określone w art. 44-46 PrE są z formalnego punktu widzenia – zgodnie z ich literalnym brzmieniem – adresowane do przedsiębiorstw energetycznych, a nie do Prezesa URE.

12. [Uwagi krytyczne o przepisie upoważniającym Prezesa URE do rozstrzygania w sprawach spornych dotyczących zmian umów określonych w art. 8 ust. 1 PrE] Określone wątpliwości natury praktycznej budzi przepis Projektu upoważniający Prezesa URE do rozstrzygania w sprawach spornych dotyczących zmian umów określonych w art. 8 ust. 1 PrE.

De lege lata art. 8 ust. 1 PrE stanowi, że „*W sprawach spornych dotyczących odmowy zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, w tym dotyczących zwiększenia mocy przyłączeniowej, umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, umowy o świadczenie usług transportu gazu ziemnego, umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych, umowy, o której mowa w art. 4c ust. 3, umowy o świadczenie usługi skraplania gazu ziemnego oraz umowy kompleksowej, oraz w przypadku nieuzasadnionego wstrzymania dostarczania paliw gazowych lub energii, odmowy przyłączenia w pierwszej kolejności instalacji odnawialnego źródła energii, a także odmowy przyłączenia mikroinstalacji, nieprzyłączenia mikroinstalacji pomimo upływu terminu, o którym mowa w art. 7 ust. 8d7 pkt 2, nieuzasadnionego ograniczenia pracy lub odłączenia od sieci mikroinstalacji, rozstrzyga Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, na wniosek strony.*”.

Powyższy przepis jest w orzecznictwie sądowym interpretowany w pewnym zakresie wąsko, zaś w innym zakresie szeroko. Przepis ten jest interpretowany wąsko w tym sensie, że uznaje się, iż upoważnia on Prezesa URE do rozstrzygania tylko w sprawach spornych wyraźnie w tym przepisie wskazanych, i to jedynie na wniosek strony (uprawnionego podmiotu), będący warunkiem otwarcia drogi administracyjnej³⁴. *De lege lata* przepis art. 8 ust. 1 PrE nie upoważnia zatem Prezesa URE do rozstrzygania w sprawach spornych dotyczących zmian umów wymienionych w tym przepisie, a więc w sprawach spornych dotyczących umów, które

³⁴ Wyrok SN z dnia 13 grudnia 2010 r., III SK 9/10, dostępny na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/iii%20sk%209-10-1.pdf>, s. 4-5.

są już zawarte³⁵. Z drugiej zaś strony przepis ten jest interpretowany szeroko w tym sensie, że, jak zauważa orzecznictwo sądowe, upoważnia on Prezesa URE do rozstrzygania w sprawach spornych nie tylko wtedy, gdy dane przedsiębiorstwo energetyczne oświadcza wprost, że określonej umowy nie zawrze, ale także wtedy gdy przedsiębiorstwo to przedstawia takie warunki zawarcia danej umowy, które są nie do zaakceptowania dla podmiotu ubiegającego się o zawarcie tej umowy³⁶.

Projekt w określony sposób rozszerza zakres zastosowania art. 8 ust. 1 PrE, gdyż przepis ten w wersji przewidzianej w Projekcie wprost stanowi, że Prezes URE ma kompetencję do rozstrzygania w sprawach spornych dotyczących zmian umów wskazanych w tym przepisie, przy czym katalog tych umów pozostaje w świetle Projektu bez zmian w porównaniu z aktualnym brzmieniem art. 8 ust. 1 PrE. Dodatkowo w Projekcie precyzuje się, że Prezes URE ma rozstrzygać daną sprawę sporną na wniosek strony „*złożony nie później niż w terminie 3 miesięcy od dnia wystąpienia okoliczności uzasadniających złożenie wniosku*”, co oznacza, że twórcy Projektu, najzupełniej zresztą słusznie, chcą mobilizować podmioty uprawnione do jak najszybszego składania stosownych wniosków do Prezesa URE, bez możliwości nadmiernie długiego wstrzymywania się z dokonaniem tej czynności i przedłużania w ten sposób trwającego stanu niepewności prawnej pomiędzy stronami danej umowy.

Projektowany przepis art. 8 ust. 1 PrE nie budzi tych wątpliwości konstytucyjnych, jakie powstają na tle projektowanego art. 8 ust. 3 PrE i które zostały przedstawione wyżej w punkcie II.2 niniejszej opinii prawnej. Inaczej bowiem niż ma to miejsce w przypadku umów przewidzianych w projektowanym art. 8 ust. 3 PrE, które są umowami zawieranymi pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, umowy przewidziane w art. 8 ust. 1 PrE (w brzmieniu obecnym oraz w brzmieniu przewidzianym w Projekcie) są umowami zawieranymi pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi a odbiorcami końcowymi paliw lub energii, zaś nawet jeżeli niektóre z tych umów są zawierane pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, to zazwyczaj jedną ze stron takiej umowy jest przedsiębiorstwo o znacznie słabszym potencjale ekonomicznym, finansowym i rynkowym niż przedsiębiorstwo będące drugą stroną tej umowy, a to z uwagi na okoliczność, iż jedno z tych przedsiębiorstw prowadzi mikroinstalację, czyli jest znacznie słabszym uczestnikiem rynku. W przypadku umów określonych w projektowanym art. 8 ust. 1 PrE występuje zatem ten podstawowy powód, który w

³⁵ Wyrok SN z dnia 7 października 2004 r., III SK 56/04, dostępny na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/iii%20sk%2056-04-1.pdf>, s. 7.

³⁶ Wyrok SN z dnia 6 października 2016 r., III SK 50/15, dostępny na stronie: <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20sk%2050-15-1.pdf>, s. 19.

orzecznictwie TK jest traktowany jako wartość aksjologiczna uzasadniająca ingerencję w swobodę umów, a którą to wartością jest konieczność ochrony słabszej strony umowy i niejako wyrównania w ten sposób szans obu stron umowy³⁷. Ponadto należy zauważyć, że o ile na podstawie projektowanego art. 8 ust. 3 PrE Prezes URE mógłby ingerować w treść danej umowy również z urzędu, bez jakiegokolwiek woli i potrzeby wyrażanej przez strony umowy, i to na podstawie dość ogólnie sformułowanych przesłanek ustawowych (co stanowiłoby przejaw dość daleko idącej administracyjnoprawnej ingerencji w gwarantowaną konstytucyjnie swobodę umów), o tyle na gruncie projektowanego art. 8 ust. 1 PrE taka sytuacja nie występuje: w świetle projektowanego art. 8 ust. 1 PrE Prezes URE może orzekać w sprawach zmian przewidzianych tam umów tylko i wyłącznie na wniosek jednej ze stron umowy i musi przy tym ocenić, czy wniosek jednej ze stron umowy o dokonanie jej zmiany jest zasadny merytorycznie, w świetle treści i celów PrE. Nie ma tu zatem ryzyka nadmiernej ingerencji Prezesa URE w swobodę umów przysługującą stronom umowy, zaś decyzja Prezesa URE podlega oczywiście pełnej i merytorycznej kontroli ze strony SOKiK, SA i SN.

Problem praktyczny, jaki może powstać na gruncie projektowanego art. 8 ust. 1 PrE jest tylko taki, że nie do końca wiadomo, czy droga administracyjna rozstrzygania sporu przewidziana w tym przepisie powinna być rozumiana jako czasowe wyłączenie drogi sądowej przed sądem powszechnym na podstawie art. 2 § 3 k.p.c. Można by bowiem twierdzić, że na podstawie projektowanego art. 8 ust. 1 PrE w okresie pierwszych trzech miesięcy od dnia wystąpienia okoliczności uzasadniających złożenie wniosku do Prezesa URE sprawa zmiany umowy przewidzianej w projektowanym art. 8 ust. 1 PrE jest w oparciu o ten ostatni przepis przekazana „do właściwości innych organów” w rozumieniu art. 2 § 3 k.p.c., a konkretnie jest przekazana do właściwości Prezesa URE, co zgodnie z art. 2 § 3 k.p.c. wyklucza wówczas (w tym okresie czasu) drogę sądową przed sądem powszechnym. Nie do końca również wiadomo, czy po dokonaniu zmiany umowy na podstawie projektowanego art. 8 ust. 1 PrE, tj. w wyniku decyzji administracyjnej Prezesa URE, i po wyczerpaniu następnie drogi sądowej przed SOKiK, SA lub SN, strony tej zmienionej umowy będą mogły dodatkowo wdrożyć postępowanie przed sądem powszechnym w sprawie zmiany łączącej je umowy, zwłaszcza gdyby spór o zmianę tej umowy dotyczył dokładnie tych samych postanowień (zagadnień), które wcześniej były przedmiotem władczej ingerencji Prezesa URE oraz były przedmiotem

³⁷ Wyrok TK z dnia 13 września 2005 r. w sprawie K 38/04, OTK Z. U. 2005, nr 8A, poz. 92, pkt III.IV.8 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 22 maja 2013 r. w sprawie P 46/11, OTK Z. U. 2013, nr 4A, poz. 42, pkt III.1.2.4-1.2.5 uzasadnienia; wyrok TK z dnia 14 kwietnia 2015 r. w sprawie P 45/12, OTK Z. U. 2015, nr 4A, poz. 46, pkt V.3.3.1 uzasadnienia.

prawomocnych orzeczeń SOKiK, SA lub SN? Przeciwno dopuszczalności takich następnych sporów sądowych przed sądem powszechnym mogłaby bowiem w omawianym zakresie przemawiać zasada powagi rzeczy osądzonej. Obie te wątpliwości praktyczne powinny zostać jednoznacznie wyjaśnione w przepisach Projektu.

13. [Uwagi krytyczne do przepisów o zespole Koordynatora do spraw negocjacji] Projektowane przepisy art. 31da PrE umożliwiają Koordynatorowi do spraw negocjacji (dalej: „Koordynator”) wykonywanie jego działalności w zakresie pozasądowego rozwiązywania określonych sporów na podstawie PrE poprzez korzystanie z tworzonego przez niego zespołu, tzn. zespołu osób mających mu służyć pomocą. Przepisy te są oczywiście w pełni zasadne merytorycznie i bardzo potrzebne, gdyż spowodują rozszerzenie kręgu osób mogących w praktyce zajmować się pozasądowym rozwiązywaniem sporów określonych w PrE, z tym wszakże zastrzeżeniem, że projektowane przepisy art. 31da PrE nie regulują niestety określonych wymagań, jakie członek takiego zespołu przy Koordynatorze powinien spełniać. W tym względzie projektowany art. 31da ust. 3 PrE stanowi, że *„Upoważniony członek zespołu jest osobą prowadzącą postępowanie w rozumieniu ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (Dz.U. poz. 1823) .”*. W świetle takiego brzmienia powołanego przepisu należy przyjąć, że upoważniony członek zespołu Koordynatora musi co prawda spełniać ogólne wymagania stawiane osobom prowadzącym postępowanie w rozumieniu ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (zob. zwłaszcza art. 14-17 tej ustawy), ale brak jest w projektowanych przepisach art. 31da PrE wymogu, aby członek zespołu Koordynatora posiadał wykształcenie i wiedzę z zakresu spraw należących do właściwości Koordynatora, czyli z zakresu spraw z dziedziny energetyki i prawa energetycznego, tak jak takie wykształcenie i wiedzę musi posiadać sam Koordynator (art. 31c ust. 2 pkt 6 PrE). Brak jest również w projektowanych przepisach art. 31da PrE nałożenia na członka zespołu Koordynatora wszystkich lub choćby niektórych tylko obowiązków Koordynatora przewidzianych w art. 31c ust. 5 PrE mających zapewniać niezależność i brak konfliktu interesów po stronie Koordynatora. *De lege ferenda należałoby postulować, aby członkowie zespołu Koordynatora, o których jest mowa w projektowanych art. 31da PrE musieli spełniać choćby niektóre z tych wymogów w zakresie ich wiedzy, doświadczenia i niezależności, które de lege lata musi spełniać sam Koordynator.*

14. [Uwagi krytyczne o przepisach mających komasować w ramach jednej procedury administracyjnej wydawanie koncesji dla przedsiębiorstwa energetycznego i wyznaczania operatora systemu] Projektowany art. 9h ust. 1a PrE ma w zamierzeniu twórców Projektu doprowadzić do skomasowania w ramach jednej procedury administracyjnej wydawania

koncesji dla przedsiębiorstwa energetycznego i wyznaczania operatora systemu, co w założeniu jest rozwiązaniem bardzo słusznym, ale niestety sam tylko projektowany przepis art. 9h ust. 1a PrE nie spowoduje w praktyce wystąpienia tego rodzaju pożądanego przez twórców Projektu skomasowania. Takie skomasowanie nie wystąpi nawet w przyszłości (tzn. w ramach przyszłych postępowań administracyjnych, tj. w odniesieniu do udzielania przyszłych koncesji i wyznaczania operatorów w przyszłości), gdyż wymagałoby to zmiany pozostałych przepisów PrE normujących procedurę wyznaczania operatora systemu, czego Projekt nie dokonuje. Zgodnie z przewidzianą w PrE procedurą wyznaczania operatora systemu, właściciel sieci dystrybucyjnej, instalacji magazynowej lub instalacji skroplonego gazu ziemnego występuje z wnioskiem do Prezesa URE o wyznaczenie operatora systemu dystrybucyjnego, operatora systemu magazynowania paliw gazowych lub operatora systemu skraplania gazu ziemnego w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji Prezesa URE o udzieleniu temu właścicielowi koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej z wykorzystaniem tych sieci lub instalacji (art. 9h ust. 6 pkt 2 lit. a) PrE). Zgodnie zatem z powołanym przepisem PrE, właściciel sieci musi najpierw uzyskać koncesję i musi mu być ona skutecznie doręczona, a dopiero potem może on wystąpić z wnioskiem o wyznaczenie operatora systemu (tak aby operatorem tym został on sam lub inne przedsiębiorstwo energetyczne). Ten ostatnio wspomniany przepis PrE nie ulega w Projekcie żadnej zmianie, co w efekcie uniemożliwi przeprowadzenie pożądaną przez twórców Projektu komasacji wspomnianych wyżej postępowań administracyjnych. Co prawda wspomniany wyżej wymóg uprzedniego uzyskania koncesji wynikający z art. 9h ust. 6 pkt 2 lit. a) PrE nie ma zastosowania w przypadku określonym w art. 9h ust. 6 pkt 2 lit. b) PrE (tj. gdy właściciel zawarł umowę o powierzenie wykonywania obowiązków operatora z określonym przedsiębiorstwem energetycznym), ale i tak aby w tym drugim przypadku doszło do omawianej tutaj komasacji postępowań administracyjnych, to wnioskodawca (właściciel sieci lub instalacji) musi wystąpić z jednoczesnymi wnioskami o koncesję i wyznaczenie operatora. Jeżeli wnioskodawca (właściciel sieci lub instalacji) z takimi równoczesnymi wnioskami nie wystąpi, to cała projektowana regulacja z art. 9h ust. 1a PrE będzie bezprzedmiotowa. Przy czym w projektowanym przepisie art. 9h ust. 1a PrE nie mówi się o tym, komu udziela się przewidzianej tam koncesji: czy właścicielowi sieci lub instalacji czy też przedsiębiorstwu energetycznemu mającemu być operatorem systemu. Nie wiadomo zatem z udziałem którego konkretnie przedsiębiorstwa energetycznego ma zostać osiągnięte postulowane scalenie (skomasowanie) omawianych postępowań administracyjnych w ramach jednego postępowania.

Ogólnie zatem można powiedzieć, że w praktyce projektowany art. 9h ust. 1a PrE doprowadzi do tego, że wyznaczenie operatora systemu będzie co prawda następowało w decyzji koncesyjnej, ale będzie to dokonywane poprzez następczą zmianę tej decyzji koncesyjnej, dokonywaną w drodze odrębnego postępowania administracyjnego w sprawie wyznaczenia operatora systemu. W praktyce nie będziemy mieli zatem do czynienia z jednym skomasowanym postępowaniem administracyjnym (tak jak pragną tego twórcy Projektu), ale będą nadal występowały w omawianym zakresie dwa odrębne postępowania administracyjne, gdzie jedno z nich będzie postępowaniem koncesyjnym, zaś drugie z nich będzie postępowaniem w sprawie wyznaczenia operatora, prowadzącym do zmiany treści uprzednio wydanej decyzji koncesyjnej.

15. [Uwagi krytyczne o pojęciu „uczestnika rynku” oraz o przepisach karnych w zakresie rozporządzenia (UE) 1227/2011] Projektowany przepis art. 3 pkt 54 PrE zawierający legalną definicję „uczestnika rynku” jest niedostatecznie precyzyjny i nie prowadzi do jednoznacznej delimitacji podmiotów mogących zostać objętymi zakresem tego pojęcia. Przewidziana w Projekcie legalna definicja „uczestnika rynku” (zawarta w art. 1 pkt 2 lit. f) Projektu zmieniającym art. 3 pkt 54 PrE) została niemal literalnie przepisana z art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011, co w porównaniu z obecnym stanem prawnym stanowi taką różnicę, że *de lege lata* art. 3 pkt 54 PrE w zakresie definicji uczestnika rynku odwołuje się do definicji uczestnika rynku w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011 jedynie blankietowo (na zasadzie zwykłego odesłania)³⁸, podczas gdy art. 3 pkt 54 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie powtarza tę ostatnio wspomnianą definicję z rozporządzenia (UE) 1227/2011 literalnie i w pełnym brzmieniu. Teoretycznie zatem nowo projektowany art. 3 pkt 54 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie w odniesieniu do pojęcia „uczestnika rynku” nie wprowadza żadnych istotnych zmian merytorycznych w obowiązującym stanie prawnym, gdyż w sensie treściowym art. 3 pkt 54 PrE zarówno w wersji obowiązującej *de lege lata*, jak też w brzmieniu przewidzianym w Projekcie cały czas jest równobrzmiący z definicją określoną w art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011. Problem polega jednak na tym, że definicja legalna „uczestnika rynku” zawarta w art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011 funkcjonuje w ramach konkretnego kontekstu normatywnego tego właśnie rozporządzenia unijnego, gdyż poszczególne przesłanki (znamiona) konstytuujące w rozporządzeniu (UE) 1227/2011 pojęcie „uczestnika rynku” posiadają swoją konkretną treść normatywną dającą się ustalić

³⁸ *De lege lata* art. 3 pkt 54 PrE stanowi, że pod pojęciem „uczestnik rynku” należy rozumieć „uczestnika rynku w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia wymienionego w pkt 50”, zaś art. 3 pkt 50 PrE wymienia właśnie rozporządzenie (UE) 1227/2011.

bezpośrednio w oparciu o inne przepisy tego rozporządzenia (w tym w oparciu o inne definicje legalne z tego rozporządzenia) lub poprzez swoistą wykładnię systemową wewnętrzną odwołującą się *implicite* do innych przepisów lub celów rozporządzenia (UE) 1227/2011. Tymczasem pojęcie „uczestnika rynku” definiowane w projektowanym art. 3 pkt 54 PrE i odwołujące się formalnie do tych samych przesłanek jak te określone w art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011 nie jest bynajmniej takie jasne i oczywiste oraz będzie funkcjonować w pełnym oderwaniu normatywnym od jakiegokolwiek kontekstu, jako że wspomniane przesłanki wprowadzane przez projektowany art. 3 pkt 54 PrE i składające się na *definiens* pojęcia „uczestnika rynku” ani nie są zdefiniowane legalnie w innych przepisach PrE, ani też nie dają się nawet ustalić poprzez wykładnię systemową wewnętrzną w ramach PrE, gdyż po prostu w ogóle nie występują w innych przepisach PrE lub występują w zupełnie innych kontekstach niż te wynikające z rozporządzenia (UE) 1227/2011.

Odnosząc się zaś konkretnie do wspomnianych przesłanek należy zauważyć, że art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011 stanowi, iż „uczestnik rynku” oznacza „każdą osobę, w tym operatorów systemów przesyłowych, która przeprowadza transakcje, obejmujące składanie zleceń, na co najmniej jednym hurtowym rynku energii”. Występujące w tym przepisie pojęcie „hurtowego rynku energii” zostało legalnie zdefiniowane w art. 2 pkt 6 rozporządzenia (UE) 1227/2011. Przepis ten stanowi, że „hurtowy rynek energii elektrycznej” oznacza „każdy rynek w obrębie Unii, na którym prowadzony jest obrót produktami energetycznymi sprzedawanymi w obrocie hurtowym”. Z kolei występujące w tej ostatniej definicji pojęcie „produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym” także ma w rozporządzeniu (UE) 1227/2011 swoją definicję legalną, zawartą w art. 2 pkt 4 tego rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem, „produkty energetyczne sprzedawane w obrocie hurtowym” oznaczają konkretne rodzaje umów i instrumentów pochodnych wymienionych w dalszej części tego przepisu³⁹, bez względu na miejsce i sposób prowadzonego nimi obrotu, przy czym nie stanowią produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym kontrakty na dostawę i dystrybucję energii elektrycznej lub gazu ziemnego na potrzeby klientów końcowych. Jak z powyższego wynika, pojęcie „uczestnika rynku” jest w rozporządzeniu (UE) 1227/2011 zdefiniowane w sposób bardzo konkretny i szczegółowy, posiadając bardzo precyzyjnie wskazany krąg desygnatów.

³⁹ Są to mianowicie: a) kontrakty na dostawę energii elektrycznej lub gazu ziemnego w przypadku gdy dostawa ma miejsce w Unii; b) instrumenty pochodne dotyczące energii elektrycznej lub gazu ziemnego wytwarzanych, sprzedawanych lub dostarczanych w Unii; c) kontrakty dotyczące przesyłu energii elektrycznej lub gazu ziemnego w Unii; oraz d) instrumenty pochodne dotyczące przesyłu energii elektrycznej lub gazu ziemnego w Unii.

Tymczasem tego samego nie da się niestety powiedzieć o legalnej definicji „uczestnika rynku” przewidzianej w projektowanym art. 3 pkt 54 PrE. Projektowany art. 3 pkt 54 PrE stanowi, że „uczestnik rynku” oznacza „osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej zawierającą transakcje, obejmujące składanie zleceń, na co najmniej jednym hurtowym rynku energii”. Pomimo wspomnianej już okoliczności, iż powołane przesłanki normatywne mające definiować w PrE pojęcie „uczestnika rynku” są literalnie zaczerpnięte wprost z przepisu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011, to jednak wspomniana definicja nie jest i nie będzie na gruncie PrE dostatecznie precyzyjna. Rzecz bowiem w tym, że w przepisach PrE – zarówno w obecnych, jak też w tych wprowadzanych przez Projekt – brak jest legalnej definicji „hurtowego rynku energii” (analogicznej do tej zawartej w art. 2 pkt 6 rozporządzenia (UE) 1227/2011) oraz brak jest w związku z tym jednoznacznego przesądzenia tego, o jakie konkretnie transakcje i o jakie zlecenia chodzi w projektowanym art. 3 pkt 54 PrE. Przepisy PrE nic bowiem nie mówią o jakichkolwiek tego rodzaju „transakcjach” i ich w żaden sposób nie definiują i nie wymieniają (inaczej niż ma to miejsce w rozporządzeniu (UE) 1227/2011). Przepisy PrE zawierają co prawda definicję „produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym” (art. 3 pkt 53 PrE), ale z projektowanego art. 3 pkt 54 PrE w ogóle w żaden sposób nie wynika, że dla prawidłowego odczytania legalnej definicji „uczestnika rynku” należy sięgnąć do definicji „produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym.”. Z kolei pojęcie „zleceń” definiujące „uczestnika rynku” występuje w PrE w kontekście odnoszącym się do zlecenia usług, i to zlecenia ich przez odbiorcę paliw gazowych lub energii elektrycznej (zob. art. 46 ust. 2 pkt 9 i art. 46 ust. 4 pkt 11 PrE), co – gdyby próbować wykorzystywać te ostatnie przepisy PrE jako swoisty punkt referencyjny w ramach wykładni systemowej wewnętrznej pojęcia „uczestnika rynku” – mogłoby oznaczać, że „uczestnikiem rynku” w rozumieniu projektowanego art. 3 pkt 54 PrE jest wyłącznie osoba lub jednostka organizacyjna będąca odbiorcą paliw gazowych lub energii elektrycznej, która zleca transakcje odnoszące się do tych rodzajów paliw lub energii. Tymczasem takie ujęcie „uczestnika rynku” byłoby całkowicie niekompatybilne treściowo z pojęciem „uczestnika rynku” zdefiniowanym w art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011 w zw. z innymi przepisami tego rozporządzenia.

Można to uznać za pewien paradoks, że o wiele bardziej jasna i jednoznaczna jest definicja „uczestnika rynku” zamieszczona w obecnym art. 3 pkt 54 PrE niż ta zawarta w projektowanym art. 3 pkt 54 PrE, i to pomimo tego, że obecny art. 3 pkt 54 PrE jedynie blankietowo odsyła do przepisu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011. Na gruncie obecnego art. 3 pkt 54 PrE jest bowiem jasne, że aby prawidłowo odczytać krąg desygnatów pojęcia „uczestnika rynku”

należy po prostu sięgnąć do przepisu art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011, co z kolei w naturalny sposób wymusza następne sięgnięcie również do dalszych przepisów rozporządzenia (UE) 1227/2011 definiujących te pojęcia, które występują w definicji z art. 2 pkt 7 rozporządzenia (UE) 1227/2011. Tymczasem legalna definicja „uczestnika rynku” zawarta w art. 3 pkt 54 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie jest z tego punktu widzenia nieco wprowadzająca w błąd, gdyż w ogóle nie odsyła ona do przepisów rozporządzenia (UE) 1227/2011, co może tworzyć mylne wrażenie, że ma ona charakter pełny oraz zamknięty i że można ją rozumieć oraz stosować wyłącznie poprzez nawiązywanie do siatki pojęciowej znanej przepisom PrE (a tak bynajmniej nie jest). Niczego tu przy tym nie zmienia istnienie w PrE legalnej definicji pojęcia „produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym”, odsyłającej w tym zakresie do art. 2 pkt 4 rozporządzenia (UE) 1227/2011 (zob. art. 3 pkt 53 PrE), jako że z treści projektowanego art. 3 pkt 54 PrE definiującego pojęcie „uczestnika rynku” w ogóle nie wynika, że na potrzeby prawidłowego odczytania desygnatów i zakresu pojęcia „uczestnika rynku” należy sięgnąć do definicji „produktów energetycznych sprzedawanych w obrocie hurtowym”, czyli do art. 3 pkt 53 PrE oraz w konsekwencji do przepisów rozporządzenia (UE) 1227/2011.

Powyższe rozważania prowadzą przy tym do bardziej generalnego wniosku, że bezkrytyczne i literalne przenoszenie określonych definicji zamieszczonych w aktach prawa UE do przepisów polskich ustaw nie zawsze jest dobrą i pożądaną praktyką legislacyjną, gdyż o ile w określonym akcie prawa UE dana definicja jest dobrze zakotwiczona w stosownym normatywnym kontekście tego aktu, o tyle będąc literalnie przeniesiona do polskiej ustawy może tam niekiedy funkcjonować w pełnym normatywnym oderwaniu od właściwego sobie kontekstu i może po prostu niczego nie tłumaczyć i nie objaśniać, z uwagi na fakt posługiwania się przesłankami lub sformułowaniami nieznanymi danej polskiej ustawie i mogącymi podlegać bardzo niejednoznacznej wykładni.

De lege ferenda należałoby zatem postulować, aby polski ustawodawca definiował pojęcie „uczestnika rynku” albo tak jak to ma miejsce *de lege lata*, czyli poprzez odesłanie do przepisów rozporządzenia (UE) 1227/2011, co będzie równoznaczne z koniecznością równoczesnego sięgania także do wielu innych przepisów tego rozporządzenia, albo też by zdecydował się na przeniesienie do PrE wszystkich tych pojęć i definicji, które są obecne w rozporządzeniu (UE) 1227/2011 i które są niezbędne dla prawidłowego i pełnego odczytania znaczenia pojęcia „uczestnika rynku”.

Pewną uwagę krytyczną należałoby również odnieść do projektowanych przepisów art. 57h-57i PrE zawierających sankcje karne mające penalizować zachowania sprzeczne z

przepisami rozporządzenia (UE) 1227/2011. Otóż wydaje się, że *de lege ferenda* przepisy te powinny penalizować nie tylko bezprawne przetwarzanie i brak zabezpieczenia „*danych pomiarowych*”, ale również „*informacji pomiarowych*” (na temat różnicy znaczeniowej pomiędzy „*danymi pomiarowymi*” i „*informacjami pomiarowymi*” zob. art. 3 pkt 60 i 61 w brzmieniu przewidzianym w Projekcie).

16. [Uwagi krytyczne o przepisach mówiących o obowiązku informowania] Projekt zawiera przepisy obligujące sprzedawcę paliw gazowych lub energii elektrycznej do dostarczania odbiorcy tych paliw lub energii w gospodarstwie domowym aktualnej kopii zbioru praw konsumenta energii oraz do zapewniania publicznego dostępu do tego zbioru praw wraz z aktualnym stanem prawnym (art. 1 pkt 5 lit. b) Projektu zmieniający art. 5 ust. 6e zd. 1 PrE oraz art. 1 pkt 5 lit. c) Projektu dodający nowy art. 5 ust. 6g PrE). Nałożenie tego obowiązku na sprzedawcę paliw gazowych lub energii elektrycznej jest oczywiście słuszne, ale analogiczny obowiązek należałoby *de lege ferenda* nałożyć również na przedsiębiorstwa sieciowe, czyli na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej, przynajmniej w takim zakresie, w jakim te ostatnio wymienione przedsiębiorstwa zawierają umowy z odbiorcami tych paliw lub energii w gospodarstwie domowym (chodzi zatem o sytuacje określone np. w art. 5aa ust. 1, art. 5ab, art. 7 PrE).

17. [Uwagi krytyczne o przepisach o znaku towarowym operatora systemu dystrybucyjnego będącego częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo] Projekt wprowadza przepis, zgodnie z którym znak towarowy operatora systemu dystrybucyjnego będącego częścią przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo nie może wprowadzać w błąd co do odrębnej tożsamości sprzedawcy będącego częścią tego samego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (art. 1 pkt 11 lit. b) Projektu dodający nowy art. 9c ust. 4c PrE). Przepis ten jest słuszny z merytorycznego punktu widzenia, ale wydaje się, że wprowadzenie tego obowiązku należałoby na pewien czas odroczyć (np. na okres jednego roku lub przynajmniej kilku miesięcy), tak aby dać w ten sposób przedsiębiorstwom energetycznym zintegrowanym pionowo odpowiednią ilość czasu na podjęcie i wdrożenie stosownych prac projektowych oraz kampanii informacyjnych i promocyjnych w tym zakresie. Opracowanie przez przedsiębiorstwo nowego znaku towarowego siłą rzeczy wymaga bowiem dłuższego czasu oraz ponownego przemyślenia przyszłych działań wizerunkowych tego przedsiębiorstwa.

18. [Uwagi krytyczne o zmienianych przepisach ustawy o elektromobilności] Art. 10a ust. 1 ustawy o elektromobilności w brzmieniu przewidzianym w Projekcie stanowi, że „*Pobór energii elektrycznej od posiadaczy pojazdów elektrycznych bądź pojazdów hybrydowych przy*

wykorzystaniu dwukierunkowego punktu ładowania może być przeprowadzony przez operatora ogólnodostępnej stacji ładowania lub operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego.”. W tym kontekście nie jest dostatecznie precyzyjne sformułowanie mówiące o tym, że wymieniony w tym przepisie operator może przeprowadzić pobór energii elektrycznej od posiadaczy pojazdów. Nie jest bowiem jasne, na jakiej podstawie prawnej powinno następować przeprowadzenie tego poboru, a w szczególności czy powinno to następować na podstawie umowy sprzedaży energii elektrycznej, czy też może to następować na podstawie umowy magazynowania energii elektrycznej, tak aby następnie posiadacz pojazdu mógł w razie potrzeby skorzystać z usługi ładowania pojazdu i rozliczenia się w tym przypadku z uwzględnieniem zmagazynowanej uprzednio u operatora energii elektrycznej. Projektowany art. 10a ust. 1 ustawy o elektromobilności nie rozstrzyga też, czy operator ogólnodostępnej stacji ładowania lub operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego ma prawny obowiązek przeprowadzenia przewidzianego w tym przepisie poboru energii elektrycznej od posiadacza pojazdu czy też może on to czynić w sposób prawnie niewymuszony, na podstawie swobodnie wyrażonej woli, np. tylko w razie istnienia ku temu technicznych możliwości. Wskazane wyżej kwestie wymagają *de lege ferenda* doprecyzowania.

19. [Uwagi krytyczne o przepisach o inteligentnym opomiarowaniu] Przepisy Projektu wprowadzające obowiązek instalowania i wdrażania inteligentnego opomiarowania (czyli liczników zdalnego odczytu skomunikowanych z systemem zdalnego odczytu) stanowią bodaj najbardziej kontrowersyjny element normatywny Projektu. Opracowania naukowo-techniczne i ekonomiczne dotyczące inteligentnego opomiarowania prowadzą do wniosku, że może ono istotnie zapewniać liczne korzyści odbiorcom energii⁴⁰, aczkolwiek skala tych korzyści uzależniona jest od rodzaju odbiorców energii. Nie można wykluczyć, że w szczególności dla zwykłych gospodarstw domowych korzyści wynikające z tego systemu są znacznie przeceniane i bynajmniej nie takie oczywiste, zaś w szczególności system ten może generować dodatkowe i nierekompensowalne koszty po stronie odbiorców. Wydaje się przy tym, że uczestnicy polskiego rynku (sektora) energii elektrycznej mogą być zwyczajnie niezdolni pod względem ekonomicznym (finansowym) lub technicznym, by wywiązać się prawidłowo ze swoich obowiązków wdrożenia inteligentnego opomiarowania w tych ramach czasowych jakie

⁴⁰ Zob. np. A. Ożadowicz, Z. Mikoś, J. Grela, *Zintegrowane zdalne systemy pomiaru zużycia i jakości energii elektrycznej – technologiczne case study platformy Smart Metering*, Napędy i Sterowanie 2014, nr 6, s. 109 i n.; Z. Kubiak, A. Urbaniak, *Inteligentny system pomiarowy – rozwój standardu, przykładowe rozwiązania*, Rynek Energii 2013, nr 1; R. Bogacz, B. Krupanek, *Porównanie wybranych metod bezprzewodowego odczytu liczników energii elektrycznej*, Pomiary Automatyka Kontrola 2013, nr 4, s. 337 i n.

przewiduje Projekt (zob. art. 11u ust. 2 i 3 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie). Dlatego też *de lege ferenda* należałoby rozważyć zasadność zmiany wspomnianych ram czasowych i dopuszczenie pewnego opóźnienia czasowego czy też wydłużenia horyzontu czasowego dla wdrażania systemów inteligentnego opomiarowania w Polsce.

Niezależnie od tego można mieć poważne obawy o stan ochrony danych osobowych odbiorców energii elektrycznej korzystających z systemu inteligentnego opomiarowania. Projekt stara się oczywiście objąć te dane osobowe i ogólnie dane pomiarowe skuteczną ochroną (zob. np. art. 11z, art. 11za, art. 11zc ust. 3, art. 11zd, art. 11ze PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie), ale i tak można w tym zakresie stwierdzić istnienie pewnych deficytów prawnych, nie mówiąc już o zasadnych obawach o stan rzeczywistego przestrzegania w przyszłości przepisów PrE regulujących ochronę danych osobowych i danych pomiarowych pozyskanych w wyniku funkcjonowania systemu inteligentnego opomiarowania. Jednym z podstawowych deficytów prawnych jest to, że zgodnie z art. 11zc ust. 1 PrE w brzmieniu przewidzianym w Projekcie, do przetwarzania danych pomiarowych stanowiących dane osobowe nie stosuje się przepisów art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)⁴¹ (dalej: „rozporządzenie (UE) 2016/679”). Przepisy art. 13 i art. 14 rozporządzenia (UE) 2016/679 normują uprawnienia osób, których dotyczą dane osobowe do uzyskiwania określonych informacji od administratora danych, który pozyskał te dane. Przewidziane w projektowanym art. 11zc ust. 1 PrE wyłączenie stosowania przepisów art. 13 i art. 14 rozporządzenia (UE) 2016/679 do przetwarzania danych pomiarowych stanowiących dane osobowe może być niezgodne z przepisami rozporządzenia (UE) 2016/679, gdyż te ostatnie przepisy przewidują wprowadzić pewne dopuszczalne wyłączenia w tym zakresie mogące być stosowane przez państwa członkowskie, niemniej wyłączenia te mogą nastąpić dopiero po spełnieniu określonych przesłanek (zob. art. 13 ust. 4 i art. 14 ust. 5 rozporządzenia (UE) 2016/679), zaś w przypadku omawianych tutaj projektowanych przepisów PrE o inteligentnym opomiarowaniu nie ma dostatecznej pewności w kwestii tego, czy te przesłanki są rzeczywiście spełnione (np. czy rzeczywiście projektowane przepisy PrE o inteligentnym opomiarowaniu przewidują odpowiednie środki chroniące prawnie uzasadnione interesy osoby, której dane dotyczą).

⁴¹ Dz. Urz. UE 2016, L 119/1.

Ponadto w odniesieniu do projektowanych przepisów PrE o inteligentnym opomiarowaniu można zgłosić następujące zastrzeżenia szczegółowe.

Po pierwsze, można mieć zasadne wątpliwości w kwestii tego, czy operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego, do którego sieci jest przyłączony odbiorca końcowy w gospodarstwie domowym powinien być odpowiedzialny za skomunikowanie licznika zdalnego odczytu z urządzeniami sieci domowej tego odbiorcy, tak jak to przewiduje projektowany art. 11u ust. 6 pkt 2 PrE. Urządzenia sieci domowej danego odbiorcy mogą bowiem funkcjonować w bardzo różnych technologiach i nie zawsze operator systemu dystrybucyjnego może mieć dostateczne możliwości zapewnienia wspomnianego skomunikowania, nawet jeżeli dane urządzenia sieci domowej będą spełniały wymagania określone w przepisach rozporządzenia wydanego na podstawie projektowanego art. 11zf ust. 2 PrE. *De lege ferenda* operator systemu dystrybucyjnego powinien bez wątpienia umożliwiać wspomnianą wyżej komunikację, ale chyba nie należy od niego wymagać, aby miał obowiązek dokonania tej komunikacji.

Po drugie, wydawane na podstawie projektowanych przepisów art. 11zf ust. 1 i 2 PrE rozporządzenia ministra właściwego do spraw energii określające wszelkie wymagania techniczne funkcjonowania systemu pomiarowego oraz dodatkowe warunki funkcjonowania systemu pomiarowego powinny być *de lege ferenda* wydawane po ich zaopiniowaniu lub nawet uzgodnieniu przez ministra właściwego do spraw cyfryzacji, a także po ich obowiązkowym skonsultowaniu z zainteresowanymi operatorami systemów oraz z organizacjami społecznymi zajmującymi się gospodarczymi i technicznymi aspektami funkcjonowania systemów pomiarowych. Zagadnienia regulowane w omawianych rozporządzeniach są bowiem zbyt specjalistyczne i wrażliwe, aby minister właściwy do spraw energii mógł wydawać te rozporządzenia całkowicie samodzielnie.

Po trzecie, w projektowanym art. 11u ust. 9 PrE należy wyraźnie zapisać, że przewidziany tam wniosek odbiorcy końcowego w gospodarstwie domowym o to, by licznik zdalnego odczytu pełnił funkcję przedpłatowego układu pomiarowo-rozliczeniowego, powinien zostać złożony do operatora systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego.

Po czwarte, projektowane przepisy art. 11w ust. 1 pkt 3 i art. 11w ust. 2 pkt 3 PrE mówią o „wskaźnikach jakości lub parametrach jakościowych w zakresie napięcia energii elektrycznej dostarczanej do punktu pomiarowego” jako o danych pomiarowych jakie operator systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego może lub powinien pozyskiwać z licznika zdalnego odczytu lub z liczników bilansujących. Należy wszakże zauważyć, że potencjalnie wskaźników

opisujących jakość napięcia energii elektrycznej jest bardzo wiele⁴² i być może byłoby warto je w powołanych przepisach dodatkowo skonkretyzować, choćby poprzez odwołanie się do Polskich Norm.

20. [Niektóre dalsze usterki techniczno-legislacyjne] Należy wreszcie wskazać na kilka dostrzeżonych usterek techniczno-legislacyjnych, które twórcy Projektu powinni wyeliminować.

I tak, art. 1 pkt 32 lit. c) Projektu przewiduje dodanie do PrE przepisów art. 45 ust. 8-10 PrE. Problem polega jednak na tym, że art. 45 ust. 8 PrE już istnieje i nie można go dodać. Można go co najwyżej zastąpić przepisem o nowym brzmieniu (ale wyraźnie nie taka jest intencja twórców Projektu), a także można dodać nowe ustępy po ustępie 8 (i chyba właśnie o to chodzi twórcom Projektu).

Art. 1 pkt 37 Projektu wprowadza nowy przepis art. 54m PrE, w którym występuje sformułowanie „Szefowie Agencji”. Sformułowanie to jest w tym przypadku obarczone błędem fleksyjnym, gdyż powinno tam ono występować w następującej deklinacji: „Szefów Agencji”.

Art. 5 pkt 7 Projektu wprowadza w ustawie o elektromobilności przepis art. 68 ust. 3. Tymczasem w ustawie o elektromobilności przepis art. 68 ust. 3 już istnieje i ma dokładnie taką samą treść jak ta proponowana w art. 5 pkt 7 Projektu. Art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności został do tej ustawy wprowadzony przez art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw⁴³.

Ponieważ Projekt nadaje przepisowi art. 3 pkt 11i PrE brzmienie, zgodnie z którym przepis ten ma odwoływać się do ustawy o rynku mocy wraz z pełnym jej adresem publikacyjnym, to tym samym zbędne stanie się ponowne powoływanie tego pełnego adresu publikacyjnego ustawy o rynku mocy w obecnym art. 11d ust. 1 pkt 7 PrE. *De lege ferenda* należy zatem skreślić adres publikacyjny ustawy o rynku mocy w obecnym art. 11d ust. 1 pkt 7 PrE.

III. Konkluzje

Projekt stanowiący przedmiot niniejszej opinii prawnej zasługuje generalnie na poparcie i na poddanie go dalszym pracom legislacyjnym. Wprawdzie w ramach niniejszej opinii prawnej zostało wskazanych w Projekcie bardzo wiele błędów legislacyjnych lub nawet rozwiązań nietrafnych merytorycznie lub niezgodnych z Konstytucją RP lub prawem unijnym, ale

⁴² Zob. A. Gubański, P. Kostyla, J. Rezmer, J. Szymańda, *Syntetyczne wskaźniki oceny jakości energii elektrycznej dla systemów generacji rozproszonej*, Przegląd Elektrotechniczny 2017, nr 10, s. 127 i n.

⁴³ Dz. U. z 2018 r. poz. 2348.

zidentyfikowanie tak licznych usterek lub niedoskonałości wynika po prostu z tego, że Projekt ma być aktem prawnym niezwykle obszernym (w obecnym kształcie liczy on 59 stron) i obejmującym swoim zakresem wyjątkowo szerokie spektrum bardzo szczegółowych zagadnień merytorycznych. W ramach tak obszernego Projektu siłą rzeczy mogą się znajdować niektóre przepisy niedostatecznie doskonałe lub niezbyt poprawne z techniczno-legislacyjnego, merytorycznego lub systemowego punktu widzenia. W swoim generalnym kształcie Projekt wprowadza jednak wiele rozwiązań prawnych naprawę potrzebnych polskiemu sektorowi energetycznemu i adekwatnie chroniących interesy jego uczestników, w tym zwłaszcza interesy odbiorców końcowych paliw gazowych i energii elektrycznej.

W uzasadnieniu do Projektu jego twórcy wyróżniają 19 grup zagadnień tematycznych, którymi zajmuje się Projekt i każde z tych zagadnień jest bez wątpienia ważne dla polskiego sektora energetycznego, w tym zwłaszcza dla jego podsektorów energii elektrycznej i gazu ziemnego. W niniejszej opinii dokonano dogłębnego odniesienia się do każdego z tych 19 zagadnień i zidentyfikowano w ich ramach te projektowane przepisy, które budzą pewne wątpliwości i w związku z tym powinny być albo przeformułowane (zmienione) albo nawet całkowicie zarzucone. Najwięcej uwag krytycznych wywołują przepisy Projektu dotyczące instytucji inteligentnego opomiarowania, przepisy wprowadzające zmiany w zasadach powoływania Prezesa URE i Wiceprezesa URE oraz przepisy przewidujące możliwość administracyjnoprawnej ingerencji Prezesa URE w treść umów cywilnoprawnych zawartych pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi, a konkretnie w treść umów przesyłowych. Przepisy te będą niewątpliwie wymagały dalszych starannych przemyśleń i być może daleko idących zmian. Również w pozostałym zakresie należałoby Projekt podać pewnym modyfikacjom i poprawkom.

Należy też zacząć poważnie myśleć nad opracowaniem zupełnie nowej ustawy PrE lub ewentualnie – co byłoby wszakże gorszym rozwiązaniem – nad opracowaniem kilku nowych ustaw normujących zagadnienia dotyczące poszczególnych podsektorów rynku energetycznego. Od wielu już bowiem lat ustawa PrE jest wskutek jej licznych nowelizacji bardzo nieczytelna, zaś kolejna jej obszerna nowelizacja przewidziana w Projekcie tę nieprzejrzystość ustawy PrE dodatkowo pogłębi.

*Na podstawie projektu opinii przygotowanej przez
prof. dra hab. Marka Szydło Rada Legislacyjna*

*przyjęła w trybie obiegowym w dniu 28 marca
2019 r.*