



SEJM  
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ  
VI kadencja  
Prezes Rady Ministrów  
DSPA-140 – 103 ( 4 )/09

Warszawa, 22 lipca 2009 r.

Pan  
Bronisław Komorowski  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej Polskiej

Przekazuję przyjęte przez **Radę Ministrów stanowisko** wobec komisyjnego projektu ustawy:

**- o zmianie ustawy - Prawo energetyczne  
oraz ustawy o giełdach towarowych  
(druk nr 2003).**

Jednocześnie informuję, że Rada Ministrów upoważniła Ministra Gospodarki do reprezentowania Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych.

(-) Donald Tusk

**Stanowisko Rządu do**  
**komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy**  
**o giełdach towarowych ( druk nr 2003).**

Komisyjny projekt *ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych* wprowadza obowiązek sprzedaży energii elektrycznej na giełdzie towarowej w stosunku do podmiotów zajmujących się wytwarzaniem energii elektrycznej w jednostkach wytwórczych znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 100 MW lub będących wytwórcami, do których stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. *o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej* (Dz. U. Nr 130, poz. 905 oraz z 2008 r. Nr 58, poz. 357).

Rynek giełdowy, m.in. ze względu na jego sformalizowanie, niesie za sobą konieczność ponoszenia znacznych kosztów przez uczestniczące w nim podmioty w tym:

1. obowiązkowych zabezpieczeń transakcji giełdowych
2. opłaty za dopuszczenie do obrotu,
3. opłaty na fundusz gwarancyjny,
4. rocznej opłaty za uczestnictwo w rynku,
5. opłat rozliczeniowych,
6. koszty związane z zatrudnieniem maklera giełd towarowych.

Również kupujący energię elektryczną na giełdzie zobowiązani są do finansowego zabezpieczania zawieranych kontraktów.

W przypadku spread'u tj. dużej różnicy między kursem kupna a sprzedaży cały wolumen niezakupiony na giełdzie będzie musiał zostać zbilansowany na Rynku Bilansującym, na którym nie powinno bilansować się więcej jak 2 - 3% całej energii i tak jest obecnie.

Wprowadzenie obowiązku sprzedaży energii elektrycznej tylko na giełdzie towarowej może spowodować ryzyko gwałtownych fluktuacji cen, zwłaszcza w początkowym okresie po wprowadzeniu obowiązku. Cenami giełdowymi pomimo, że obrót giełdowy w odróżnieniu od innych form transakcji podlega nadzorowi Komisji Nadzoru Finansowego można manipulować, ze względu na anonimowość giełdy i jej wrażliwość na raporty tzw. "analityków ". Na giełdzie papierów wartościowych dotyczy to z reguły akcji jednej firmy,

zaś na giełdzie energii handluje się jednorodnym produktem i manipulacje giełdowe przenoszą się na 100% energii przechodzącej przez giełdę, a cena giełdowa jest ceną najwyższej oferty. Spowoduje to sprzedaż całego wolumenu energii po najwyższej zaproponowanej cenie na daną chwilę (system online lub system domknięcia).

Wprowadzenie obowiązku sprzedaży 100 % wytworzonej energii elektrycznej tylko przez giełdę spowoduje, że instytucje finansowe będą miały problemy z oceną zdolności kredytowej przedsiębiorstw energetycznych co wpłynie na ograniczenie możliwości inwestycji w nowe moce wytwórcze. Kontrakty dwustronne są bowiem uważane przez banki kredytujące jako czynnik obniżający ryzyko inwestycji, a w wielu przypadkach stanowią zabezpieczenie kredytu udzielanego na inwestycje. Takie ograniczenia możliwości inwestowania może być uznane za niezgodne z *Traktatem Karty Energetycznej* z 17 grudnia 1994 r. ratyfikowanym przez Rzeczypospolitą Polską (Dz. U. z 2003 r. Nr 105, poz. 985) oraz *Protokołem Karty Energetycznej dotyczącej efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska*. Zgodnie z art. 10 Traktatu: „każda z Umawiających się Stron będzie, zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu, popierać i tworzyć stabilne, sprawiedliwe, sprzyjające i przejrzyste warunki dla inwestorów z innych umawiających się Stron dla dokonywania inwestycji na swoim obszarze. Inwestycje te również będą korzystały ze stałej ochrony i zabezpieczeń, a żadna Umawiająca się Strona nie będzie w jakikolwiek sposób pogarszała, przez nieuzasadnione lub dyskryminujące kroki, możliwości zarządzania, utrzymania, użytkowania, posiadania lub dysponowania nimi.

Ponadto Rzeczypospolita Polska zawarła ponad 60 dwustronnych umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (BIT – Bilateral Investment Treaty), m.in. z Portugalią, Turcją, Ukrainą, Białorusią, Mołdawią i Uzbekistanem. Umowy te mają na celu stworzenie korzystnych warunków do inwestowania, stymulowanie inwestycji w umawiających się państwach, zapewniając inwestorom z nich pochodzącym ochronę prawną.

Resort gospodarki z niepokojem obserwuje duży wzrost cen energii elektrycznej. W związku z powyższym w Ministerstwie Gospodarki podjęto prace nad wprowadzeniem do ustawy Prawo energetyczne kompleksowych rozwiązań, mających na celu wprowadzenie przejrzystych zasad sprzedaży energii elektrycznej.

Mając na uwadze poważne zagrożenia, które niesie z sobą obowiązek sprzedaży 100 % energii elektrycznej wyłącznie poprzez giełdę, Rada Ministrów przyjęła w dniu 12 maja 2009 r. projekt ustawy o zmianie ustawy – *Prawo energetyczne oraz o zmianie innych ustaw*, który

nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek sprzedaży energii elektrycznej w sposób zapewniający publiczny i równy dostęp do tej energii.

Projekt rządowy wprowadza obowiązek sprzedaży 100% energii elektrycznej wyprodukowanej przez przedsiębiorstwo energetyczne mające prawo do otrzymywania środków na pokrycie kosztów osieroconych na podstawie ustawy z 29 czerwca 2007 r. *o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej*. W stosunku do przedsiębiorstw energetycznych wchodzących w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, lecz nie mającego prawa do otrzymywania tych środków ustalono, iż będzie to: 30% w 2011 r., 40% w 2012 r. i 50% w 2013 r. Zauważyć należy, iż projekt rządowy obejmuje obowiązkiem sprzedaży energii, w sposób zapewniający publiczny i równy dostęp do tej energii wszystkie przedsiębiorstwa wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, zaś projekt komisyjny przewiduje nałożenie obowiązku giełdowego na przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej o łącznej mocy zainstalowanej nie mniejszej niż 100 MW. W praktyce oznacza to objęciem obowiązkiem wszystkie przedsiębiorstwa mające znaczenie dla Krajowego Systemu Elektroenergetycznego.

W odróżnieniu od projektu komisyjnego projekt rządowy nie ogranicza się jedynie do obowiązku giełdowego, ale wprowadza przetarg jako formę równoważną z obrotem giełdowym. Dopuszczenie dwóch form publicznej sprzedaży energii elektrycznej będzie miało pozytywny wpływ na kształtowanie się kosztów związanych z zawieraniem transakcji (presja na obniżanie kosztów transakcji). Obie formy zapewniają transparentność i równe szanse w dostępie do dobra jakim jest energia elektryczna. Przetarg jest lepszą formą w przypadku niedopasowania preferencji i oczekiwań cenowych stron transakcji i powoduje mniejsze koszty wejścia w system transakcyjny (koszty gwarancji i zabezpieczeń transakcji). Projekt rządowy wprowadza delegację do wydania przez Ministra Gospodarki rozporządzenia określającego sposób i tryb przeprowadzenia przetargu na sprzedaż energii elektrycznej. Przedsiębiorstwo energetyczne przeprowadzające przetarg na sprzedaż energii elektrycznej zostanie zobowiązane do przeprowadzenia przetargu w ściśle określony sposób taki sam dla wszystkich podmiotów.

Należy ponadto zwrócić uwagę, iż obecnie w Polsce istnieje jedna licencjonowana giełda towarowa na której przedmiotem obrotu jest energia elektryczna – Towarowa Giełda Energii, która prowadzi obecnie obrót w zakresie 3 % energii elektrycznej. Nałożenie na ten

podmiot obowiązku organizowania rynku o wielokrotnie zwiększonym wolumenie transakcji bez przeprowadzenia szczegółowej analizy w zakresie możliwości organizacyjno - technicznych, wiąże się z wysokim ryzykiem funkcjonowania takiego miejsca obrotu. Należy również zauważyć, iż Towarowa Giełda Energii nie posiada zewnętrznego wyspecjalizowanego podmiotu prowadzącego rozliczenie transakcji na niej zawieranych, ale sama dokonuje przedmiotowe rozliczenia. Stan taki może powodować potencjalnie istotne zwiększenie ryzyka rozliczeniowego w sytuacji znacznego zwiększenia obrotu.

Regulacje prawne zawarte w komisyjnym projekcie ustawy umożliwiają stworzenie faktycznego monopolu na obrót energią elektryczną przez Towarową Giełdę Energii. Poza negowanym w obrocie gospodarczym zjawiskiem monopolistycznej pozycji jednego podmiotu w danym segmencie życia gospodarczego, niezwykle istotne jest również fakt, iż jakiegokolwiek zakłócenia mogące wystąpić w funkcjonowaniu Towarowej Giełdy energii, będą bezpośrednio przekładały się na prowadzenie obrotu energią elektryczną w kraju.

Ponadto nie zostały przewidziane odpowiednie regulacje prawne nadające właściwe uprawnienia dla wyspecjalizowanych organów administracji dla sprawowania nadzoru w zakresie poprawności wykonywania nowych obowiązków nałożonych na wytwórców energii elektrycznej.

Z analizy treści przepisów przejściowych zawartych w art. 3 komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy - *Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych* wynika nakaz stosowania nowo ustanowionych norm prawnych do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych. W stosunku do tak sformułowanych przepisów może być podniesiony zarzut ich niezgodności z zasadą niedziałania prawa wstecz. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny element demokratycznego państwa prawnego. Charakterystyczne może być w tym względzie orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (...) z dnia 10 grudnia 2007 r. sygn. akt P 43/07, w którym Trybunał wskazuje, że zasada niedziałania prawa wstecz polega na niestosowaniu nowych przepisów do zdarzeń powstałych przed ich wejściem w życie.

Tymczasem z treści art. 3 ust. 4 wynika, że umowy sprzedaży energii elektrycznej stają się nieważne z mocy samego prawa z chwilą wejścia w życie tego przepisu, tj. po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia ustawy, pomimo tego, że przepis w oparciu o który oceniane będą przesłanki zaistnienia tego skutku (tj. dodawany art. 9o ustawy), wejdzie w życie dopiero po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia ustawy. Oznacza to zatem

obowiązek przestrzegania przez adresatów, norm prawnych zawartych w dodawanym art. 9o ustawy, które jeszcze nie obowiązują w momencie powstania skutków prawnych, jakie projekt ustawy wiąże z zawarciem niektórych umów sprzedaży energii elektrycznej.

Podobnie ust. 5 i 6 w art. 3 projektu ustawy naruszają zasadę *lex retro non agit* wynikającą z art. 2 Konstytucji RP, poprzez fakt, że przyznają Prezesowi URE uprawnienie do badania umów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a projektu ustawy, w zakresie w jakim uniemożliwiałyby lub mogły uniemożliwić wykonanie obowiązku określonego w art. 9o, w okresie w którym przepis ten jeszcze nie obowiązuje. Co więcej, Prezes URE przed wejściem w życie przepisu art. 9o, może wydać decyzję zakazującą wykonania umowy, o której mowa w ust. 5, co wynika z ust. 6 w art. 3 projektu. Przepis ten stanowi, że decyzja Prezesa URE, o której mowa w ust. 5, jest natychmiast wykonalna, ale nie wcześniej niż po wejściu w życie art. 9o ustawy. Fakt nieobowiązania art. 9o ustawy jest zatem jedynie przeszkodą w wykonaniu decyzji, ale nie jej wydaniu przez organ administracji państwowej. Stwierdzić zatem należy, że decyzja taka w chwili jej podjęcia, w zakresie w jakim odwoływać się będzie do art. 9o stanowiącego wzorzec, zgodnie z którym badana będzie umowa sprzedaży energii elektrycznej, wydana będzie bez podstawy prawnej i jako taka powinna zostać wyeliminowana z porządku prawnego w trybie stwierdzenia jej nieważności określonym w art. 156 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego. W związku z tym, przepisowi ust. 5 i 6 w art. 3 komisijnego projektu ustawy, obok zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji, postawić można także zarzut naruszenia art. 7 Konstytucji RP, wyrażającego zasadę legalizmu działania organów administracji państwowej, które działać mogą wyłącznie na podstawie i w granicach prawa.

Odnosząc się przy tym do argumentacji podniesionej w pkt 2.4. uzasadnienia do komisijnego projektu ustawy, wskazać przede wszystkim należy, że Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie odróżnia retroakcję właściwą od retroakcji pozornej (retrospektywności). Retrospektywność dotyczy stosunków zaistniałych wcześniej i nadal trwających. Wówczas nowe prawo stosuje się bezpośrednio do trwających stosunków prawnych. Trybunał uznaje przy tym możliwość korzystania z zasady bezpośredniego działania prawa, ale tylko wtedy gdy „przemawia za tym interes publiczny, który nie może być wyważony z interesem jednostki” (wyrok TK z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt P 40/07). Przepisy art. 3 ust. 4 – 6 komisijnego projektu ustawy nie mają jednakże charakteru retrospektywnego, z uwagi na fakt, że powodują powstanie skutków prawnych wskazanych w tych przepisach przed wejściem w życie przepisu na tle którego skutki prawne te są określane. W związku z tym dalsze rozważania projektodawców dotyczące wartości

konstytucyjnych, które równoważone są przez przyjęte w projekcie bezpośrednie działanie prawa nowego, są bezprzedmiotowe.

Ponadto, w stosunku do art. 3 ust. 5 komisijnego projektu ustawy, w brzmieniu: „Prezes Urzędu Regulacji Energetyki **może w drodze decyzji zakazać wykonywania umowy**, o której mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a lub pkt 2 lit a”, może być zasadnie podnoszony zarzut niezgodności z **art. 20 i art. 22 Konstytucji**, w zakresie w jakim istotnie **ogranicza się wolność prowadzenia działalności gospodarczej i różnicuje podmioty w tej samej grupie**.

Zgodnie z art. 20 Konstytucji: „*Spoleczna gospodarka rynkowa oparta na **wolności działalności gospodarczej**, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.*”. Zgodnie zaś z art. 22 Konstytucji: „*Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i **tylko ze względu na ważny interes publiczny***”, a więc sam fakt ograniczenia tej wolności w drodze ustawy nie jest wystarczający, jeżeli nie wykaże się występowania w danej sprawie interesu publicznego i to mającego cechę „ważnego”.

Art. 22 Konstytucji RP należy czytać łącznie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis ten statuuje tzw. zasadę proporcjonalności ograniczeń wolności gospodarczej w stosunku do celu. Zgodnie z nią przy wprowadzaniu ograniczeń w działalności gospodarczej należy kumulatywnie spełnić następujące przesłanki: 1) ustawowa forma ograniczenia, 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności (niezbędności) wprowadzenia ograniczenia, 3) funkcjonalny związek niezbędności ograniczenia z realizacją wskazanych w tym przepisie wartości, którymi są: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób, 4) zakaz naruszania istoty wolności. Zaproponowane w komisyjnym projekcie zapisy nie spełniają przesłanki drugiej i czwartej.

Zasada wolności działalności gospodarczej jest zasadą ustrojową co oznacza, że organy państwa stanowiąc lub interpretując przepisy, powinny przyjmować takie rozwiązanie, które najlepiej realizuje zasadę wolności gospodarczej (uchwała siedmiu sędziów SN z 10 stycznia 1990 r., III CZP 97/89). W sytuacji, gdy w rachubę wchodzi kilka rozwiązań, należy przyjmować to z nich, które uwzględnia tę zasadę najlepiej (wyrok NSA z 21 grudnia 1992 r., V SA 966/92). W tym przypadku ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. *Prawo energetyczne* daje Prezesowi URE jako organowi, któremu zostały powierzone zadania z zakresu regulacji gospodarki paliwami i energią oraz promowania konkurencji, szereg kompetencji pozwalających na reagowanie w sytuacji podejmowania przez przedsiębiorstwa energetyczne

działań zakłócających funkcjonowanie rynku energii elektrycznej. Zgodnie z art. 49 ustawy – *Prawo energetyczne*:

*„Art. 49. 1. Prezes URE może zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji, albo cofnąć udzielone zwolnienie w przypadku ustania warunków uzasadniających zwolnienie.*

*2. Zwolnienie, o którym mowa w ust. 1, może dotyczyć określonej części działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo energetyczne, w zakresie, w jakim działalność ta prowadzona jest na rynku konkurencyjnym.*

*3. Przy podejmowaniu decyzji, o których mowa w ust. 1, Prezes URE bierze pod uwagę takie cechy rynku paliw lub energii, jak: liczba uczestników i wielkości ich udziałów w rynku, przejrzystość struktury i zasad funkcjonowania rynku, istnienie barier dostępu do rynku, równoprawne traktowanie uczestników rynku, dostęp do informacji rynkowej, skuteczność kontroli i zabezpieczeń przed wykorzystywaniem pozycji ograniczającej konkurencję, dostępność do wysoko wydajnych technologii.”.*

W uzasadnieniu do komisyjnego projektu (w odniesieniu do nieprawidłowości na rynku energii elektrycznej) zapisano, iż ”o takich praktykach świadczą informacje uzyskane z rynku energii elektrycznej w pierwszej połowie 2008 r. Dane jednostkowe są w posiadaniu Prezesa URE. Z danych tych wynika, że wytwórcy grup kapitałowych nie działają na rynku konkurencyjnym.”.

Prezes URE dostrzegłszy powyższe praktyki mógłby skorzystać z przysługujących mu na podstawie art. 49 ustawy – *Prawo energetyczne* uprawnień i cofnąć udzielone zwolnienie z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, albo potwierdzić, że przedsiębiorstwo energetyczne działa w warunkach uzasadniających zwolnienie z tym, że skorzystanie z tego narzędzia dotyczy całego rynku.

Analizując art. 3 ust. 7 komisyjnego projektu ustawy (pomijając już fakt umieszczenia przepisu zawierającego kary administracyjne w przepisach przejściowych do ustawy. Przepis ten powinien zostać zamieszczony w przepisach merytorycznych), zauważyć należy, że przepisowi temu postawić można zarzut niezgodności z art. 42 Konstytucji RP. Wyjaśnić przy tym przede wszystkim należy, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że ze względu na nadrzędny charakter Konstytucji i fakt, że dotyczy ona całego porządku prawnego, pojęcia w niej zawarte rozumieć należy w sposób inny niż na gruncie zwykłych ustaw. W związku z tym pojęcia „odpowiedzialności karnej” użyte w art. 42 Konstytucji nie

można utożsamiać i zawęzić do znaczenia nadanego mu przez Kodeks karny, lecz przyjęć należy, iż zakres stosowania tego przepisu obejmuje wszystkie formy odpowiedzialności prawnej związanej z wymierzaniem kar wobec jednostki. W konsekwencji dopuszczalne jest badanie przepisu art. 3 ust. 7 projektu dotyczącego kar administracyjnych w zakresie jego zgodności z art. 42 Konstytucji.

Art. 42 ust. 1 Konstytucji wyraża fundamentalną zasadę prawa represyjnego *nullum crimen sine lege*, u której podstaw leży zapewnienie obywatelowi gwarancji, że przepisy określające skutki prawne jego działania, obowiązujące w momencie podejmowania tych działań, nie ulegną później zmianie, a nadto, że pewne działania, które są penalizowane będą dookreślone i zagrożone dokładnie określoną karą. Powyższy przepis Konstytucji zabrania więc posługiwania się przy opisie czynu zabronionego klauzulami generalnymi przesuwającymi na sędziego (względnie organ administracji) udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakiego typu czyny uznane są za zabronione pod groźbą kary.

Art. 3 ust. 7 pkt 1 -3 komisijnego projektu ustawy wiąże odpowiedzialność przedsiębiorstwa energetycznego oraz kierownika tego przedsiębiorstwa z faktem zawarcia, względnie wykonywania umowy dotkniętej czy to bezskutecznością, czy to nieważnością na podstawie ust. 3 i 4 tego artykułu. Natomiast skutek nieważności lub bezskuteczności opisany w tych przepisach powstaje w przypadku gdy umowa uniemożliwia lub mogłaby uniemożliwić wykonywanie obowiązku, o którym mowa w dodawanym art. 9o ustawy. Art. 3 ust. 7 pkt 1-3 komisijnego projektu ustawy poprzez odesłanie do ust. 3 i 4 zawierających niejasne i nieostre przesłanki zastosowania tych przepisów, kształtuje niedookreślony czyn stanowiący podstawę odpowiedzialności podmiotów w tym przepisie wskazanych. Tym samym przepis ten w sposób rażący narusza art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

Ponadto podkreślić należy, że zgodnie z art. 42 ust. 3 Konstytucji, każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. W konsekwencji niedopuszczalne jest wykonanie kary orzeczonej na podstawie nieprawomocnego orzeczenia. W związku z tym za sprzeczny z powyższym przepisem uznać należy także art. 3 ust. 7 komisijnego projektu ustawy, w zakresie w jakim dopuszcza on natychmiastową wykonalność decyzji Prezesa URE o wymierzeniu kary pieniężnej przedsiębiorstwu energetycznemu i jego kierownikowi.

Ponadto przepisy komisijnego projektu pozostają w sprzeczności z art. 21 ust. 2 Konstytucji RP stanowiącym, że wyłączenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Zgodnie z doktryną (tak K. Świdorski, CASUS 2006/4/10) w artykule tym nie mamy do czynienia z własnością w

cywilistycznym znaczeniu (art. 140 ustawy – Kodeks cywilny) lecz stanowi ona samodzielne pojęcie konstytucyjne, synonim najpełniejszego prawa majątkowego. Tym prawem majątkowym mogą być uprawnienia związane z umową sprzedaży energii elektrycznej, w tym również *lucrum cessans*, czyli korzyści jakich spodziewał się wytwórca, a których nie osiągnął na skutek wejścia w życie komisijnego projektu *ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych* w jego obecnym kształcie. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego wyłączenie może dotyczyć praw majątkowych innych niż własność, czemu dał wyraz w wyroku z dnia 28 stycznia 2003 r. sygn. akt K 2/02: „wyłączenie w sensie konstytucyjnym może dotyczyć nie tylko własności sensu stricto, ale i odjęcia innych praw majątkowych. (...)” W komisyjnym projekcie ustawy nie została spełniona przesłanka słusznego odszkodowania.

Do instytucji wyłączenia nawiązuje także ww. *Traktat Karty Energetycznej* oraz dwustronne umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji. Art. 13 Traktatu stanowi: „Inwestycje inwestorów Umawiającej się Strony na obszarze którejkolwiek innej Umawiającej się Strony nie będą nacjonalizowane, wyłączone lub poddawane działaniu bądź działaniom mającym skutek równoznaczny z nacjonalizacją lub wyłączeniem, dalej zwanych „wyłączeniem”, chyba że takie wyłączenie jest:

- a) w celu, który leży w interesie publicznym;
- b) nie dyskryminacyjne;
- c) przeprowadzone zgodnie z właściwym postępowaniem prawnym; oraz
- d) połączone z wypłatą bezzwłocznego, adekwatnego i skutecznego odszkodowania.”.

Pod pojęciem „inwestycja” należy rozumieć każdy rodzaj aktywów stanowiących własność lub kontrolowanych bezpośrednio bądź pośrednio przez inwestora i obejmuje m.in. wszelkie uprawnienia przyznane z mocy prawa albo umowy lub z mocy jakichkolwiek licencji czy pozwoleń udzielonych zgodnie z prawem dla podejmowania działalności gospodarczej w sektorze energetyki (art. 1 pkt 6). W niniejszym Traktacie wszelkie uprawnienia związane z umową sprzedaży energii elektrycznej w wyraźny sposób zostały zaliczone do inwestycji, a więc znajduje do nich zastosowanie przepis mówiący o wyłączeniu.

Mając powyższe na uwadze, w stosunku do komisijnego projektu *ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych* może być formułowany zarzut niezgodności z Konstytucją oraz prawem międzynarodowym, a tym samym może narazić Skarb Państwa na wypłatę znacznych odszkodowań na rzecz przedsiębiorstw

energetycznych, w przypadku, gdy przedsiębiorstwa te poniosą szkodę w wyniku działania ustawy.

Nie jest wykluczone, że przepisy komisyjnego projektu mogą zostać uznane za sprzeczne z art. 1 Protokołu 1 z dnia 20 marca 1952 r. do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który ma zastosowanie nie tylko do osób fizycznych ale i również osób prawnych.

Obok powyższych zarzutów natury konstytucyjnej zwrócić także należy uwagę na dwie kwestie związane z art. 3 ust. 3 oraz ust. 8-10.

Art. 3 ust. 3 komisyjnego projektu ustawy stanowi, że umowy, o których mowa w tym przepisie, są bezskuteczne, w zakresie w jakim uniemożliwiają lub mogłyby uniemożliwić wykonanie obowiązku określonego w dodawanym art. 9o ustawy, z chwilą wejścia w życie przepisu art. 9o. W polskim prawie cywilnym bezskuteczność czynności prawnej nie powstaje jednakże z mocy samego prawa (jak uregulowali to we wskazanym przepisie projektodawcy), lecz na skutek orzeczenia sądu, które ma charakter konstytutywny i wywołuje skutek *ex tunc*. Przepis ten jest zatem wadliwy.

Kwestie uregulowane w art. 3 ust. 8 – 10 projektu stanowią powtórzenie regulacji zawartych w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy – Prawo energetyczne, są zatem zbędne.

Reasumując komisyjny projekt ustawy wprowadza obowiązek sprzedaży znacznej części wytworzonej energii elektrycznej na giełdzie co wiąże się z dodatkowymi kosztami zarówno dla wytwórców jak i spółek obrotu. Koszty te mogą przełożyć się na wzrost cen energii elektrycznej. Transakcje na giełdzie towarowej mogą zawierać jedynie Członkowie giełdy co zawęzi krąg podmiotów biorących udział w transakcjach obrotu energią elektryczną. Projekt komisyjny ograniczy również możliwości modernizacji istniejącej i budowę nowej elektroenergetycznej infrastruktury, gdyż obecnie kontrakty dwustronne są uważane przez banki kredytujące jako czynnik obniżający ryzyko inwestycji, a w wielu przypadkach umowy te stanowią zabezpieczenie kredytu udzielanego na inwestycje.

Duże wątpliwości wywołują przepisy przejściowe, w stosunku do których zachodzi uzasadniona obawa, iż zostaną zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego jako niezgodne z Konstytucją.

W drugim kwartale 2009 r. do Sejmu zostanie przekazany rządowy projekt *ustawy o zmianie ustawy prawo energetyczne oraz o zmianie innych ustaw*. Projekt ten był poddany trwającym od stycznia do listopada. 2008 r. długotrwałym uzgodnieniom społecznym i międzyresortowym. Kolejne wersje projektu były zamieszczane w biuletynie informacji

publicznej i spotykały się z bardzo dużym zainteresowaniem resortów, sektora i partnerów społecznych.

Prace nad rozwiązaniami w zakresie obowiązku upublicznienia obrotu energią elektryczną toczyły się równolegle z pracami na rządowym projekcie ustawy. W projekcie przyjętym przez Radę Ministrów mankamenty wskazane wyżej zostały wyeliminowane. Projekt rządowy respektuje prawa nabyte i nie zawiera przepisów, które rodzą przypuszczenia, iż niezwłocznie zostaną zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego.

Ze względu na wady komisyjnego projektu *ustawy o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy o giełdach towarowych*, których usunięcie wymagałoby przebudowania i przeredagowania całego dokumentu nie może on zostać zaopiniowany pozytywnie.