

KANCELARIA SENATU
BIURO ANALIZ I DOKUMENTACJI
Dział Analiz i Opracowań Tematycznych

Opinia prawna
dotycząca konsekwencji wprowadzenia w ustawie
z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo
energetyczne możliwości sprzedaży energii
elektrycznej na „internetowej platformie
handlowej”

OPINIE I EKSPERTYZY

OE-119

Grudzień 2009

Materiał przygotowany przez Dział Analiz i Opracowań Tematycznych Biura Analiz i Dokumentacji.
Biuro zamawia opinie, analizy i ekspertyzy dotyczące poszczególnych projektów ustaw sporządzone
przez specjalistów reprezentujących różne punkty widzenia.
Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autorów.

©Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2009

Redakcja techniczna:
Piotr Marczak

Biuro Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu
Dyrektor – Agata Karwowska-Sokołowska – tel. 022 694 94 32, fax 022 694 94 28,
e-mail: sokolows@nw.senat.gov.pl
Wicedyrektor – Ewa Nawrocka – tel.022 694 98 53,
e-mail: nawrocka@nw.senat.gov.pl
Dział Analiz i Opracowań Tematycznych tel. 022 694 98 04, fax 022 694 99 06

Prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski
Dr Katarzyna Karasiewicz

Opinia prawna dotycząca konsekwencji wprowadzenia w ustawie z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne możliwości sprzedaży energii elektrycznej na „internetowej platformie handlowej”

I. WSTĘP

Niniejsza opinia sporządzona została przez Kancelarię Prof. Marek Wierzbowski Radcowie Prawni Sp. p. z siedzibą w Warszawie na zlecenie Kancelarii Senatu Rzeczypospolitej Polskiej) i dotyczy oceny konsekwencji zawarcia pkt 36 w uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacji ustawy Prawo energetyczne (dalej: „Pe”), w zakresie wprowadzenia możliwości sprzedaży energii elektrycznej na „internetowej platformie handlowej”.

Sporządzający niniejszą opinię zastrzega sobie prawo weryfikacji niniejszego opracowania w przypadku ujawnienia faktów nieznanych mu w momencie jego sporządzenia.

Opinia dotyczy wyłącznie kwestii w nim określonych i nie może być interpretowana jako obejmująca, w tym przez domniemanie, inne, niewspomniane w niej kwestie. Żadnego stwierdzenia zawartego w niniejszej analizie nie można uważać za wyrażenie oceny na temat jakichkolwiek oświadczeń i zapewnień lub innych informacji zawartych w dowolnym dokumencie zbadanym w związku z przygotowaniem niniejszej analizy, o ile nie jest to wyraźnie potwierdzone w niniejszej analizie.

W niniejszej opinii zaprezentowano subiektywną ocenę sporządzających, dotyczącą prawnych aspektów przedmiotu zawartej w nim analizy.

II. ANALIZA PKT 36 UCHWALONEJ PRZEZ SEJM RP W DNIU 2 GRUDNIA 2009 r. NOWELIZACJI USTAWY – PRAWO ENERGETYCZNE

1. Ocena pkt 36 uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacji ustawy Pe (dalej „nowelizacja”) pod kątem wymogów dotyczących konstrukcji delegacji ustawowych do wydania aktów wykonawczych.

Treść pkt 36 uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacji ustawy Pe przewiduje, iż „Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej jest obowiązane sprzedawać nie mniej niż 15% energii elektrycznej wytworzonej w danym roku na giełdach towarowych w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych lub na internetowej platformie handlowej”. Jednocześnie ta sama regulacja ustawowa przewiduje, iż:

„10. Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, sposób i tryb organizowania i przeprowadzania przetargu oraz sprzedaży energii elektrycznej na internetowej platformie handlowej przez przedsiębiorstwo, o którym mowa w ust. 1 i 2, w tym:

1) sposób zamieszczania ogłoszeń o przetargu i dane, które powinny być zamieszczone w ogłoszeniu,

2) wymagania, jakie powinien spełniać oferent oraz jakim powinna odpowiadać oferta,

3) wymagania, jakim powinna odpowiadać internetowa platforma handlowa,

4) sposób ustalania ceny wywoławczej,

5) sposób publikowania wyników przetargu,

6) warunki, w których dopuszcza się odstępianie od przetargu – z uwzględnieniem konieczności ochrony konkurencji na rynku energii elektrycznej, realizacji zadań operatora systemu elektroenergetycznego oraz zapewnienia równoprawnego traktowania uczestników przetargu oraz przejrzystości obrotu energią elektryczną.”

Takie sformułowanie przepisu wywołuje wątpliwość co do zasadności przeniesienia do materii rozporządzenia wykonawczego kwestii tak istotnych jak określenie wymagań jakim winna odpowiadać „internetowa platforma handlowa” co praktycznie oznacza jej zdefiniowanie (pojęcie to jest bardzo szerokie) oraz wskazanie zasad jej funkcjonowania.

Trybunał Konstytucyjny (dalej „TK”) wielokrotnie wyrażał pogląd, że w przypadku gdy ustawodawca nie uregulował określonej kwestii w upoważnieniu do wydania aktu podustawowego należy taką sytuację interpretować jako nieudzielenie w tym zakresie kompetencji normodawczych. Nie można bowiem na mocy ogólnie sformułowanego

upoważnienia wywodzić domniemania zakresu regulacji aktu podustawowego. Ponadto upoważnienie do wydania rozporządzenia podlega zawsze ścisłej wykładni (wyrok z 31 marca 2009 r., K 28/08).

Co więcej, w przypadkach wątpliwych, zakres przedmiotowy rozporządzenia nie może być też rozszerzany w drodze wykładni funkcjonalnej. Brak stanowiska ustawodawcy musi być interpretowany jednoznacznie jako nieudzielenie kompetencji normodawczej (wyroki z: 8 października 2002 r., K. 36/00, 14 października 2002 r., U 4/01, 11 lutego 2003 r., P 12/02 i 10 grudnia 2003 r., K 49/01, 12 maja 2004 r., U 1/04, 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02, postanowienie z 31 stycznia 2007 r. S 1/07). Rolą rozporządzenia jest bowiem wykonywanie ustawy, a nie jej uzupełnianie w sposób samoistny, poprzez regulowanie kwestii pominiętych przez ustawodawcę (postanowienie z 30 sierpnia 1988 r., Uw 6/88 i wyroki z: 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02 i 31 marca 2009 r., K 28/08).

Upoważnienie ustawowe nie może przekazywać do unormowania w drodze rozporządzenia spraw o istotnym znaczeniu dla treści danej ustawy (wyrok z 28 czerwca 2000 r., K. 34/99). Związane jest to z faktem, że rozporządzenie jest aktem wykonawczym, wydawanym na podstawie ustawy i w celu jej wykonania. Aby rozporządzenie mogło być uznane za legalne i konstytucyjne, musi być wydane na podstawie wyraźnego, precyzyjnego i szczegółowego (tak pod względem podmiotowym jak i przedmiotowym) upoważnienia ustawowego.

Odstępstwa od treści upoważnienia ustawowego nie mogą być usprawiedliwione względami praktycznymi (np. społecznymi lub ekonomicznymi), ani potrzebami szybszego rozstrzygnięcia prawnych problemów decyzyjnych (wyroki z: 11 maja 1999 r., P. 9/98 i 5 października 1999 r., U. 4/99, 26 lipca 2004 r., U 16/02, 5 października 2004 r., U 2/04).

W konsekwencji upoważnienie do wydania aktu podustawowego nie może przekazywać do uregulowania spraw należących do materii ustawowej tak, jak miałyby to miejsce w odniesieniu do pozostawienia kwestii związanych z definicją i ustaleniem reguł funkcjonowania „internetowej platformy handlowej” do uregulowania na poziomie rozporządzenia wykonawczego.

2. Ocena pkt 36 uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacji ustawy Pe pod kątem zakresu dopuszczalnej ingerencji przez władze publiczne w swobodę działalności gospodarczej.

Mając na względzie wskazane powyżej wątpliwości dotyczące przeniesienia na poziom rozporządzenia wykonawczego kwestii związanych z definiowaniem i kształtowaniem

struktury „internetowej platformy handlowej” należy wskazać na możliwość niekonstytucyjnego ograniczenia swobody działalności gospodarczej.

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być bowiem ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla realizacji określonych w tym przepisie wartości. Niesie to za sobą nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak, aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia.

Niedopuszczalne jest zatem zamieszczanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń (wyrok z 12 stycznia 2000 r., P. 11/98). Jednocześnie TK przyjmuje, iż im silniej regulacja ustawowa dotyczy kwestii podstawowych dla pozycji jednostki, tym szersza musi być regulacja ustawowa i tym mniej miejsca pozostaje dla odesłań do aktów wykonawczych. W związku z tym, jeśli ustawodawca chce korzystać z delegacji ustawowych w tym zakresie, musi znacznie szerzej wyznaczyć treść przyszłych rozporządzeń, m.in. przez bardziej szczegółowe ujęcie wytycznych co do treści aktu wykonawczego (wyrok z 19 czerwca 2008 r., P 23/07).

Jednakże w odniesieniu do regulowania zakresu ograniczeń wolności działalności gospodarczej zakres materii pozostawionych do unormowania w rozporządzeniu powinien być większy niż zakres ogólnie dozwolony na tle art. 92 ust. 1 Konstytucji, a unormowanie ustawowe powinno odpowiadać zasadzie określoności (wyrok z 10 kwietnia 2001 r., U. 7/00). W konsekwencji powstaje wątpliwość, czy w braku definicji i określenia struktury „internetowej platformy handlowej” uchwalone brzmienie art. 49a ust. 10 Pe spełnia przesłanki dopuszczalnej ingerencji w swobodę działalności gospodarczej. Trudno jest bowiem na podstawie tekstu samej ustawy Pe określić, czy i do jakiego stopnia wprowadzenie do treści art. 49a Pe „internetowej platformy handlowej” stanowi element ograniczenia wolności gospodarczej. Trudno jest też wyłącznie na podstawie lektury przepisów ustawy wyznaczyć kompletny zakres tego ograniczenia.

3. Wątpliwości związane z brakiem uregulowań dotyczących obrotu na „internetowych platformach handlowych”.

Termin „internetowa platforma handlowa” jest określeniem niejasnym, które może obejmować szeroki zakres podmiotów trudniących się handlem. Stąd potrzeba jego

zdefiniowania, ograniczającego zakres internetowych platform handlowych, do jakich może mieć zastosowanie art. 49a Pe.

Zakładamy jednak, że termin ten najprawdopodobniej w intencji ustawodawcy nawiązuje do istniejących platform obrotu energią i do tzw. *multilateral trading facility* (dalej „MTF”), określanych w Polsce w zakresie obrotu instrumentami finansowymi mianem alternatywne systemy obrotu – takim określeniem posługuje się ustawa o obrocie instrumentami finansowymi a także dyrektywy MIFID. Jednak zapisany w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi i dyrektywach MIFID zakres działalności alternatywnych systemów obrotu nie obejmuje obrotu energią. Żadnego takiego odniesienia nie znajdujemy w ustawie o giełdach towarowych, co niesie pewne komplikacje, o których niżej.

W zakresie rynku instrumentów finansowych MTF-y znacznie rozwinęły się w ostatnim okresie, skutecznie konkurując z giełdami. Spadek obrotów na niektórych największych giełdach i co za tym idzie spadek ich przychodów jest przypisywany m.in. konkurencji MTF-ów. Stąd niektóre giełdy same uruchamiają MTF-y, aby skutecznie konkurować. MTF-y cechuje zwykle niższy koszt obrotu oraz większa dostępność przy mniejszych wymaganiach formalnych. Część z nich nie ujawnia cen osiągniętych w transakcjach, co powoduje powstawanie tzw. *dark pool of liquidity*, wskutek czego trudno jest ustalić cenę rynkową danego instrumentu finansowego, będącego przedmiotem obrotu na MTF-ach. Przedstawiciele giełd kwalifikują *dark pool of liquidity* jako zjawisko zdecydowanie negatywne dla transparentności obrotu.

Energia jest także towarem giełdowym, stąd podobne mechanizmy mogą zachodzić w przypadku obrotu energią.

Aby obrót energią na internetowej platformie handlowej mógł spełnić oczekiwania w zakresie ustalania ceny rynkowej, potrzebne byłoby spełnienie co najmniej następujących warunków:

- koncentracja obrotu na określonej platformie,
- ujawnianie danych każdej dokonanej transakcji, co najmniej w zakresie wielkości transakcji i ceny (transparentność przeprowadzonych transakcji).

Co do koncentracji obrotu jest to niezbędny warunek kształtowania się ceny w wyniku mechanizmu popytu i podaży. Tylko w przypadku wielości podmiotów po obu stronach (sprzedawców i nabywców) dojdzie do ustalenia ceny rynkowej. Aby mogło do tego dojść konieczne byłoby ograniczenie liczby platform, na których może być prowadzony obrót energią. Wiele zależy też od systemu obrotu na danej platformie, aby uniknąć sytuacji, w której strony uzgodniły warunki transakcji, a następnie przeprowadzają ją na danej platformie lub giełdzie, celem spełnienia wymogów formalnych.

Co do ujawniania przez platformę danych o dokonanych transakcjach jest to konieczne, aby uniknąć powstania *dark pool of liquidity*.

W sytuacji stosunkowo niewielkiej części obrotu, jaka ma mieć miejsce na giełdzie lub platformie, zachodzi zagrożenie, że w transakcjach na tych rynkach warunki transakcji będą różne od rynkowych, robionych *over the counter*.

Dodatkowo wydaje się wskazane dookreślić krąg uprawnionych podmiotów, które mogłyby zakładać i prowadzić taki system obrotu, np. giełdy towarowe, firmy inwestycyjne oraz przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na obrót energią.

W tej sytuacji wydaje się, że analizowany przepis powinien bliżej precyzować wymagania stawiane co do platformy, a w obecnej redakcji zostawia tak dużą dowolność, iż może niweczyć cel wprowadzenia tzw. obliga giełdowego. Delegacja do wydania rozporządzenia zawarta w ust. 10 nie daje upoważnienia do urzeczywistnienia koncentracji obrotu, ani transparentności dokonywanych transakcji.

4. Regulacje prawa Unii Europejskiej ustanawiające wymogi w odniesieniu do liberalizacji rynków energii elektrycznej i gazu, rozszerzenia zasady TPA (zasada dostępu stron trzecich) oraz budowy zaufania opinii społecznej wobec tych rynków, wpływające na dokonywanie transakcji obrotu hurtowego energią elektryczną.

W braku określenia w treści nowelizacji Pe kwestii tak istotnych jak zdefiniowanie „internetowej platformy handlowej” oraz wskazania zasad jej funkcjonowania, a w konsekwencji przeniesienia tej materii do rozporządzenia wykonawczego, powstają wątpliwości dotyczące transparentności tego rynku, o których mowa była w pkt 3 niniejszej opinii. Tego typu wątpliwości pociągają zaś za sobą zagrożenie dla zastosowania się do wskazań Komisji Europejskiej oraz Komitetu Regulatorów Europejskich Rynków Papierów Wartościowych (CESR) i Europejskiej Grupy Regulatorów Rynków Energii Elektrycznej i Gazu (ERGEG) przedstawionych w raporcie ERGEG i CESR z grudnia 2008 r. (C08-FIS-07-03), zmierzających do poprawy dostępu do rynku i jawności cen.

W odniesieniu do w/w raportu ERGEG i CESR, w styczniu 2009 roku, Komisja Europejska zleciła opracowanie na jego podstawie szczegółowych regulacji w zakresie przejrzystości obrotu energią elektryczną i gazem. Analiza raportu skłania do przyjęcia tezy, iż zdaniem regulatorów rynków finansowych oraz rynków energetycznych w braku objęcia transakcji dokonywanych na giełdach energii, a także na elektronicznych platformach obrotu energią elektryczną postanowieniami dyrektyw MIFID oraz dyrektywy dotyczącej zwalczania nadużyć rynkowych (Market Abuse Directive), wymagane jest wprowadzenie pełnej

transparentności takich transakcji. Dlatego też obowiązkowym powinno być raportowanie wszystkich transakcji handlowych i informowanie o przeprowadzonych i rozliczanych transakcjach. Przepisy ustawowe w państwach członkowskich winny zaś zapewnić spójną ramową strukturę prawną dla wskazanych działań, a w tym realizacji wymogów w zakresie dostępu do danych i jawności danych dotyczących transakcji, jakości przekazywanych danych, terminów i warunków dostępu do danych, ochrony i zabezpieczenia danych, ważności zawieranych kontraktów, ładu i niezawodności działania elektronicznych platform obrotu.

Według ERGEG i CESR, aby powstał w pełni konkurencyjny rynek energii, konieczne jest spełnienie warunków zapewniających transparentność cen energii na rynkach hurtowych i zagwarantowanie dostępu odbiorców końcowych do sprzedawanej tam energii. Spełnienie tych warunków pozwoli również Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki na prawidłowe ustalanie tzw. „cen referencyjnych” oraz rozliczenie przedsiębiorstw energetycznych z obowiązku zamieszczonego w nowelizacji proponowanego art. 49a ust. 7 Pe. Niezamieszczenie w treści nowelizacji definicji „internetowych platform handlowych” oraz mechanizmów ich funkcjonowania sprawia, że regulacja zamieszczona w pkt 36 nowelizacji może rodzić niebezpieczeństwo sprzeczności z wymogami prawa wspólnotowego.

III. PODSUMOWANIE

Niezamieszczenie w treści pkt 36 (ani w żadnym innym punkcie) uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. nowelizacji ustawy Pe definicji pojęcia „internetowa platforma handlowa”, a także brak uregulowań dotyczących obrotu na tejsze platformie mogą rodzić następujące zagrożenia:

- nieprawidłowa konstrukcja delegacji ustawowej do wydania aktu wykonawczego;
- skutek powyższego następuje niezgodna z prawem ingerencja w zakres swobody działalności gospodarczej;
- brak urzeczywistnienia koncentracji obrotu oraz brak transparentności (możliwość wystąpienia zjawiska *dark pool of liquidity*) w obrocie na „internetowych platformach handlowych”;
- niewywiązanie się z obowiązku dostosowania prawa polskiego do regulacji prawa Unii Europejskiej, które ustanawiają wymogi w odniesieniu do standardów

transparentności transakcji na rynku energii elektrycznej i gazu oraz budowy zaufania opinii społecznej wobec rynku energii elektrycznej.

-

