

Rozdział I. Specyfika podsektora elektroenergetycznego (elektroenergetyki)

1. Specyfika energii elektrycznej jako dobra

Wyróżnikiem podsektora elektroenergetycznego (nazywanego w terminologii energetyków elektroenergetyką) jako części sektora energetycznego w Polsce jest wytwarzanie, przesyłanie lub dystrybucja oraz obrót (jak określa się handel, sprzedaż) dobrem, jakim jest energia elektryczna. Wartość energii elektrycznej wynika z jej cech fizycznych, ponieważ stanowi najdogodniejszą (efektywną i wygodną) postać energii użytkowej, podlegającej przetworzeniu (zużyciu), najczęściej u odbiorcy końcowego na inne jej postaci, z reguły na energię mechaniczną, ciepłą, światło. Cechuje ją łatwość transportu, rozdziału i regulacji, niski stopień szkodliwości i oddziaływania na środowisko, wysoka sprawność przemiany na inne postaci energii użytkowej oraz mierzalność, dzięki której staje się zdolna do uczestniczenia w obrocie cywilnoprawnym¹. Z tych powodów funkcja cywilizacyjna energii jest kluczowa dla istnienia i sprawnego funkcjonowania współczesnego państwa, gospodarki i społeczeństwa. Właściwie dogodność korzystania z tej postaci energii i jej komplementarność wobec praktycznie wszystkich dóbr i usług (potrzeb społecznych) sprawia, że nie ma ona realnie substytutów. Fizyczną cechą energii elektrycznej jest brak możliwości magazynowania w ilości pozwalającej na długotrwałe zaspokajanie potrzeb jej użytkowników (tzw. sztywność popytu w krótkim czasie). Z kolei konwersja energii elektrycznej na inną postać energii, łatwiejszą do magazynowania (np. uzyskanie nośników energii pierwotnej), a następnie poddanie jej ponownemu procesowi przemian energetycznych (powtórnej konwersji) prowadzi do uzyskania mniejszych wartości energii pochodnej (np. energii elektrycznej) od parametrów wyjściowych². Z tego względu zużycie energii elektrycznej powinno

¹ Por. *W.J. Katner, Energie, gazy i paliwa*, s. 1338.

² Opisany proces przemiany wykorzystuje się w elektrowniach szczytowo-pompowych, które w godzinach małego zapotrzebowania na energię elektryczną (tzw. doliny) pompują wodę ze zbiornika dolnego do górnego po to, aby w okresie zapotrzebowania szczytowego wykorzystać energię wody do wytwarzania energii elektrycznej – na tym polega tzw. usługa rezerwy (pracy)

być w każdym momencie zrównoważone przez jej wytwarzanie, przy uwzględnieniu pewnej niewielkiej – z zasygnalizowanych przyczyn technicznych lub ekonomicznych – zdolności systemu elektroenergetycznego do jej odmiennego zagospodarowania lub zachowania. Słowo „energia” oznacza w języku greckim działanie, a w filozofii greckiej przeciwstawiana była materii jako stanowi biernemu³. W ujęciu nauk matematyczno-przyrodniczych (nauk ścisłych) energia elektryczna jest wielkością fizyczną, wyrażoną w jednostkach skalarnych⁴, określającą ilość mocy elektrycznej pobranej w czasie, czyli stanowiącą iloczyn mocy i czasu, w celu wykonania pracy przy przejściu z jednego stanu (energii) do drugiego, zgodnie z zasadą zachowania energii⁵. Stąd energia to zdolność do wykonania określonej pracy lub procesu. Z kolei moc elektryczna to wielkość fizyczna określająca ilość pracy wykonaną w jednostce czasu przez układ fizyczny, czyli oznaczająca zdolność obiektu do wykonania pracy, a w przypadku elektrowni – jej wytworzenia w czasie⁶.

Po II wojnie światowej państwo polskie przejęło na siebie rolę organizatora przedsięwzięć gospodarczych i pełną odpowiedzialność za sektory infrastrukturalne, czemu – zwłaszcza w obszarze energetyki – towarzyszyło przekonanie o elementarnym, strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa i fundamencie rozwoju gospodarki. Stąd potrzeba zachowania nad nią kontroli (w ramach monopolu państwowego). Energetykę uważano równorzędnie za nieodzowny komponent rozwoju społecznego – stąd funkcja użyteczności publicznej energii elektrycznej⁷. Tendencja ta w powojennej Europie była zjawiskiem typowym, do czego przyczyniły się kryzysy paliwowo-energetyczne w II połowie XX wieku⁸. Energia elektryczna pod każdą postacią jawiła się jako dobro wyższego rzędu (dobro publiczne), stopniowo udostępniane społeczeństwu jako ko-

operacyjnej (zob. szerzej w rozdz. VI pkt 3.1 i pkt 3.3). Por. *M. Filipowicz*, *Magazynowanie energii*.

³ Koncepcję dualizmu formy i materii prezentował Arystoteles, według którego ich wzajemna relacja tłumaczyła (metafizyczne) zjawisko hierarchiczności bytów.

⁴ Jednostką pomiaru energii elektrycznej w praktyce jest najczęściej kWh lub MWh albo TWh.

⁵ Zob. definicję „energii” – *B. Pierzchalska* (red.), *Encyklopedia fizyki*, t. 2, s. 516; zob. także *J.K. Frąckowiak*, *Energia*, s. 135.

⁶ Zob. także definicję „mocy elektrycznej” – *B. Pierzchalska* (red.), *Encyklopedia fizyki*, t. 2, s. 384; zob. *J.K. Frąckowiak*, *Energia*, s. 139–40.

⁷ Zob. *R. Riedel*, *Czy energia*, s. 82. Doniosłość społeczno-gospodarcza energii ujawnia się szczególnie na przykładzie realizowanych narodowych planów gospodarczych (a w ich ramach – państwowego przemysłu energetycznego) oraz powszechnej elektryfikacji miast i osiedli wiejskich.

⁸ Szerzej na temat wpływu kryzysów naftowych na próby budowania polityki energetycznej UE, zasad i wspólnego rynku energetycznego pisze *M. Nowacki*, *Prawne aspekty*, s. 82–92.

nieczna zdobycz cywilizacyjna, która urzeczywistnia ideę państwa socjalnego oraz społeczną gospodarkę rynkową⁹. Pierwszym państwem europejskim, które zmieniło dotychczasowe podejście do energii elektrycznej, przekształcając ją w towar, była Wielka Brytania. Rozdzieliwszy jej wytwarzanie oraz dystrybucję i przesył, usankcjonowała prywatyzację sektora i wprowadziła konkurencję w wytwarzaniu i sprzedaży energii elektrycznej (zob. dalej, pkt 3.3.). Dotychczasowy odbiorca energii elektrycznej stał się klientem towaru oferowanego przez konkurujących o niego dostawców. Zainicjowane na skutek prawodawstwa unijnego oraz krajowego z lat 90. XX wieku procesy demonopolizacji, liberalizacji i prywatyzacji sektora energetycznego w krajach UE, przyspieszone w Polsce po wejściu w struktury unijne utrwaliły wynik ewolucji pojęcia energii elektrycznej od dobra wyższego rzędu do towaru rynkowego¹⁰. Towar ten jest homogeniczny, posiada ustandaryzowane parametry techniczne i jest odmierzany w wielkościach fizycznych. Cechy te z jurystycznego punktu widzenia pozwalają na zajęcie stanowiska, według którego energia elektryczna, choć nie jest rzeczą, to pozostaje zbliżona do rzeczy oznaczonych co do gatunku. W literaturze przedmiotu energię elektryczną tradycyjnie zalicza się do przedmiotów niematerialnych, mimo że z punktu widzenia fizyki bardziej uzasadniona jest kwalifikacja odmienna, a jej źródła i nośniki są przedmiotami materialnymi¹¹. Znamienny jest wyr. SN z 19.9.2002 r.¹², który na użytek umowy sprzedaży energii elektrycznej kwalifikuje energię elektryczną jako dobro zbliżone

⁹ Problematykę państwa socjalnego w kontekście rozumienia art. 20 ust. 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 23.5.1949 r. (ostatnia zmiana 11.7.2012 r., BGBl. I S. 1478) porusza *M. Kuxenko*, *Der Gesetzeszweck*, s. 333 i n. Por. także *R. Riedel*, *Czy energia*, s. 82; zob. też *M. Szydło*, *Dostęp do sieci*, s. 80 i powołaną tam literaturę.

¹⁰ Zob. art. 26 ust. 2 oraz art. 29 TfUE. Ang. *goods* – towary, dobra, z tym że stanowiące produkt handlowy i przedmiot rywalizacji rynkowej – zob. wyr. ETS z 15.7.1964 r. w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECR 1964, s. 585. Stanowisko o uznaniu energii elektrycznej za towar, który ma wartość pieniężną (tj. da się wyrazić w pieniądzu) i jest obiektem transakcji handlowej, a w związku z tym odniesienie do niej swobody przepływu towarów ETS potwierdził w kolejnych orzeczeniach, zob. wyr. ETS z 27.4.1994 r. w sprawie C-393/92 *Gemeente Almelo and Others v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, ECR 1994, s. I-1447; wyr. ETS z 23.10.1997 r. w sprawach: C-157/94 *Commission v. Netherlands*, ECR 1997, s. I-5699, oraz C-158/94 *Commission v. Italy*, ECR 1997, s. I-5789, C-159/94 *Commission v. France*, ECR 1997, s. I-5815, jak też C-160/94 *Commission v. Spain*, ECR 1997, s. I-5851; zob. także motyw 3 dyrektywy 2009/72/WE, który *explicite* określa przedsiębiorstwo energetyczne jako dostawcę towaru dla konsumenta.

¹¹ Zob. *W.J. Katner*, *Energie, gazy i paliwa*, s. 1339; por. *P. Machnikowski*, *Ogólne wiadomości*, s. 29; zob. *S. Grzybowski*, *Przedmioty stosunków*, s. 438–439 oraz *Z. Radwański*, *Prawo cywilne*, s. 124–125.

¹² Wyr. SN z 19.9.2002 r., V CKN 1183/00, *Legalis*; zob. art. 555 KC.

do rzeczy oznaczonej co do gatunku¹³. Ma to znaczenie dla wiążącego ustalenia momentu przejścia własności, zaktualizowania się rozszczenia o zapłatę ceny oraz przejścia ryzyka związanego z jej posiadaniem. Energia elektryczna stanowi produkt niebezpieczny i przedsiębiorstwo energetyczne, które wytwarza i sprzedaje energię, ponosi odpowiedzialność z tytułu wyrządzenia szkody przez ten produkt¹⁴.

Energię elektryczną należy odróżnić od innych produktów czy usług oferowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne¹⁵. Za kluczowe dla odbiorcy energii elektrycznej należy przyjąć: usługę przyłączenia do sieci operatora systemu, usługi przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej za pośrednictwem sieci operatora systemu, bilansowania handlowego dostarczanej energii oraz świadczenia usługi tego rodzaju w związku ze sprzedażą energii elektrycznej, a także usługę kompleksową sprzedaży energii elektrycznej i świadczenia usług dystrybucji¹⁶. Wytwórca wytwarza energię elektryczną i dokonuje obrotu nią (sprzedaży), może świadczyć usługę bilansowania handlowego na rzecz odbiorcy niebędącego odpowiedzialnym za bilansowanie handlowe (np. odbiorcy w gospodarstwie domowym) w ramach umowy sprzedaży oraz może świadczyć usługę kompleksową¹⁷.

2. Rodzaje rynków w podsektorze elektroenergetycznym

Kryterium wyróżnienia sektora energetyki, w tym podsektora elektroenergetycznego, mające normatywne uzasadnienie jest infrastrukturalny atrybut działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwa funkcjonujące w takim sektorze, mającym charakter usługowy. Atrybut ten jest właściwy wszystkim sektorom sieciowym¹⁸. Z jednej strony działalność przedsiębiorstw tego podsektora jest konieczna do funkcjonowania innych sektorów gospodarki, a z drugiej strony – usługi te mogą być świadczone tylko z wykorzystaniem specjalnej infrastruktury

¹³ Szerzej na ten temat w rozdz. IV pkt 2.2.

¹⁴ Zob. art. 449¹ KC.

¹⁵ Mowa jest o przedsiębiorstwach prowadzących działalność w zakresie wytwarzania, przesyłania, dystrybucji energii lub jej obrotu – por. art. 3 pkt 12 PrEnerg.

¹⁶ Zob. art. 3 pkt 4, 5a, 6, 6a, 24, 25, 30 i pkt 40 PrEnerg oraz art. 5 PrEnerg i art. 7 PrEnerg.

¹⁷ Por. art. 5 ust. 2b, 3 i 4 PrEnerg.

¹⁸ Np. telekomunikacji (sieci telekomunikacyjne), transportu: kolejowego (sieci kolejowe), drogowego (sieć drogową), morskiego (porty morskie), lotniczego (porty lotnicze).

ry technicznej, sieci elektroenergetycznych¹⁹. Działalność gospodarcza w podsektorze elektroenergetycznym polega, w pewnym uproszczeniu, na procesach wytwarzania, przesyłu lub dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej, a jej celem jest zaopatrzenie (czyli dostarczenie) w finalny produkt (energię elektryczną, usługę jej przesyłu lub dystrybucji, bądź też inne usługi „handlowe”) odbiorcą końcowego za pośrednictwem i poprzez sieci²⁰. Następstwem sieciowego charakteru podsektora jest występowanie w nim dwóch immanentnie ze sobą powiązanych (sąsiednich), wyodrębnionych na podstawie kryterium podmiotowego, czyli pionowej fazy obrotu, w której jest prowadzona dana działalność gospodarcza, odrębnych rynków²¹: rynku urządzeń istotnych (kluczowych²², tzw. rynek wyższego szczebla) oraz rynku usług (lub towarów) świadczonych za pośrednictwem tych urządzeń (tzw. rynek niższego szczebla)²³. Rynki te z perspektywy prawa antymonopolowego stanowią tzw. rynki właściwe (relevantne), na których może występować konkurencja, na podstawie dalszych, wyodrębnia-

¹⁹ Tak też A. Jurkowska, T. Skoczny, *Cele i instrumenty*, s. XXVIII–6; por. też F.M. Elżanowski, M. Będkowski-Koziół, T. Skoczny, *Polityka energetyczna*, s. XXVIII–128.

²⁰ Sieć to instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania lub dystrybucji energii, należące do przedsiębiorstwa energetycznego; zob. art. 3 pkt 9, 11–11b i pkt 13a PrEnerg w związku z art. 5 ust. 1 PrEnerg.

²¹ W naukach ekonomicznych nie ma jednej, ogólnie akceptowanej definicji rynku. Dla potrzeb niniejszego opracowania na podstawie analizy własnej w ujęciu ogólnym za rynek została uznana przestrzeń (miejsce zorganizowane zazwyczaj w sensie instytucjonalnym jako zbiór procedur) umożliwiająca wymianę produktów pomiędzy wieloma sprzedającymi (stroną podażową) a kupującymi (stroną popytową), opartą na własności prywatnej (jako pewnej gwarancji prawa do posiadania rzeczy i swobodnego nimi dysponowania, co nie wyklucza własności publicznej), efektywności (minimalizacji nakładów i maksymalizacji dochodu), konflikcie między jej uczestnikami, dążącymi do odmiennych celów – zysku (sprzedający) oraz oszczędności (kupujący) oraz konkurencji (rywalizacji w ramach danej strony o kontrahenta) – por. E. Nojszewska, *Podstawy ekonomii*, s. 37–40 oraz M. Rekowski, *Wprowadzenie*, s. 36. Odnośnie do definicji rynku w sektorze elektroenergetycznym – zob. pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

²² Kluczowa infrastruktura – ang. *essential facilities*, niem. *wesentliche Einrichtungen*; nazwa ta ma podkreślać wagę i znaczenie wspomnianych urządzeń dla prawidłowego przebiegu procesów gospodarczych w sektorach infrastrukturalnych. Podmiot posiadający (w znaczeniu prawnorzeczowym lub obligacyjnym) te urządzenia nie może ich udostępnić całkowicie swobodnie, lecz jest poddany prawnym ograniczeniom, mającym chronić mechanizm wolnej, niezakłóconej konkurencji na rynku niższego szczebla – por. M. Szydło, *Regulacja sektorów*, s. 112.

²³ Tamże, s. 99.

nych kryteriów (traktując go jako segmenty) rynku: produktowe (rzeczowe)²⁴, geograficzne²⁵ oraz czasowe²⁶.

Świadczenie usług przez podmioty na rynku niższego szczebla wymaga (normatywnego) zagwarantowania minimalnych warunków i niedyskryminacyjnego dostępu (usługi dostępowej) do urządzeń kluczowych rynku wyższego szczebla, które uznane są przez nie za niezbędne dla swojej działalności (o czym dalej)²⁷. Pomocna w identyfikacji urządzeń rynku wyższego jest konstrukcja prawna „kluczowej infrastruktury”, oparta na dorobku orzecznictwa ETS poczynionego na podstawie przypadków nadużywania pozycji dominującej w postaci odmowy dostaw lub praktyk dyskryminujących (zob. art. 102 TfUE)²⁸. Kluczowa infrastruktura obejmuje obiekty zarówno materialne (infrastrukturę techniczną) i niematerialne (prawa własności intelektualnej, programy informatyczne obsługujące infrastrukturę)²⁹, jak i usługi świadczone za ich pośrednictwem (np. usługę dostępową), które charakteryzują się tym, że:

²⁴ Produkty lub usługi względem siebie podobne, czyli takie, które uznane są przez ich nabywców ze względu na swoją naturę, cenę, przeznaczenie, dostępność czy sposób użycia za substytuty – tak *M. Szydło*, Regulacja sektorów, s. 99–100. Zob. także *M. Senke*, Elektrizitätslieferverträge, s. 121–123.

²⁵ Obszar, na którym warunki konkurencji są dostatecznie jednorodne (homogeniczne) ze względu na warunki prowadzenia działalności gospodarczej (czyli naturę oferowanego produktu, koszty transportu, bariery dostępu do rynku, preferencje konsumentów) w stosunku do obszarów sąsiednich. W przypadku elektroenergetyki granice wyznaczają sieci danego jej operatora (mogą to być np. sieci lokalne, regionalne, krajowe, ponadnarodowe) i krajowe uwarunkowania prawne (np. ustanowione monopole prawne, wymogi koncesyjne itp.) – por. *M. Senke*, Elektrizitätslieferverträge, s. 118–121; *M. Szydło*, Regulacja sektorów, s. 100.

²⁶ Uwarunkowania techniczne, prawne i ekonomiczne, które stanowią o homogenicznych warunkach konkurencji na danym (obszarowo) rynku w określonym przedziale czasowym – tak *M. Szydło*, Regulacja sektorów, s. 101.

²⁷ Zasygnalizować należy, że uregulowanie na zasadzie wyłączności, na mocy prawodawstwa unijnego lub krajowego, sektorowych reguł dostępu do kluczowej infrastruktury wyklucza powoływanie się na dorobek orzeczniczy ETS i decyzje Komisji, które mają zastosowanie do ogólnej działalności gospodarczej – por. ust. 221 wyr. Sądu Pierwszej Instancji z 15.9.1998 r. w sprawach T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS)*, *Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS)*, *Union internationale des chemins de fer (UIC)*, *NV Nederlandse Spoorwegen (NS)* and *Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Commission of the European Communities*, ECR 1998, s. II-3141. Wydaje się, że orzecznictwo ETS będzie pomocne w wykładni regulacji sektorowej w kontekście ustalenia zakresu infrastruktury kluczowej.

²⁸ Por. *A. Tusiński*, Doktryna essential facilities, s. 39–49. Z kolei *M. Szydło* wywodzi historyczną doktrynę *essential facilities* z orzecznictwa sądów amerykańskich – zob. *tenże*, Regulacja sektorów, s. 113–121.

²⁹ Por. *M. Surdek*, Odmowa Microsoftu, s. 45–87 i powołaną tamże literaturę i orzecznictwo.

- a) funkcjonują na rynku relevantnym w warunkach monopolu naturalnego, a ich powielenie (stworzenie substytutu) byłoby z przyczyn ekonomicznych (wysokie koszty wytworzenia i długi okres zwrotu, możliwy brak perspektywy lub akceptacji ich zwrotu, brak rynkowej możliwości zbycia), technicznych (trudności lokalizacyjne, projektowe, wdrożeniowe, brak możliwości zmiany lokalizacji istniejącej sieci lub zmiany przeznaczenia)³⁰, środowiskowych (kryteria ochrony środowiska i zagospodarowania przestrzennego) lub prawnych (np. brak stosownych uzgodnień) nieracjonalne, niemożliwe bądź wysoce utrudnione;
- b) uzyskanie do nich dostępu jest możliwe tylko od podmiotu, który nimi dysponuje;
- c) uzyskanie do nich dostępu jest warunkiem *sine qua non* świadczenia usług na rynku niższego szczebla na rzecz odbiorców końcowych oraz możliwości rozwoju konkurencji na tym rynku³¹.

Powyższe cechy przesądzają o publicznoprawnej reglamentacji (publicznej interwencji w zakresie) dostępu do urządzeń kluczowych w sektorze energetycznym, zarządzania usługami sieciowymi oraz ustalania reguł wynagrodzenia za te usługi. Właściwości te uzasadniają także ochronę podmiotów rynku niższego szczebla w relacji do podmiotów działających na rynku wyższego szczebla na podstawie przepisów prawa energetycznego oraz ogólnego prawa antymonopolowego³².

2.1. Rynek wyższego szczebla

Na rynku wyższego szczebla zidentyfikować należy dwa segmenty usług na subryнку technicznej infrastruktury elektroenergetycznej³³: przyłączenie do sieci oraz usługi przesyłania lub dystrybucji (określane w terminologii unijnej zbiorczym mianem usługi przesyłowej), które powinny być realizowane w pierwszej kolejności na podstawie umów (o czym dalej). Infrastruktura elek-

³⁰ Negatywne aspekty ekonomiczne i techniczne sprawiają, że w ujęciu ekonomicznym infrastruktura bywa określana jako „koszty utopione” przedsiębiorstwa energetycznego.

³¹ Por. *M. Szydło*, Dostęp do sieci, s. 80. Przyjąć można, że doktryna *essential facilities* w stosunku do podmiotu dysponującego urządzeniami odnosi się do możliwości ograniczenia: po pierwsze – prawa własności do urządzeń, po drugie – swobody umów na ich używanie, po trzecie – praw własności intelektualnej (elementów informatycznych obsługujących infrastrukturę), w celu udostępnienia tych praw podmiotom z rynku sąsiedniego.

³² Por. *T. Skoczny*, Prokonkurencyjne funkcje, s. 138–150.

³³ Pojęcie „infrastruktury technicznej sektora elektroenergetycznego” ma normatywne oparcie mimo braku ustawowej definicji – zob. art. 15b ust. 4 pkt 4 PrEnerg. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby pojęcie to traktować jako synonim sieci elektroenergetycznej w rozumieniu art. 3 pkt 11–11b PrEnerg i tak też przyjęto w niniejszym opracowaniu.

troenergetyczna to sieci elektroenergetyczne składające się z instalacji (urządzeń z układami połączeń między nimi) połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, czyli jej transportu do odbiorcy końcowego, należące do przedsiębiorstwa energetycznego (operatora systemu)³⁴. Ich cechą jest tzw. bryłowość, trwały związek z terenem (zajęcie przestrzeni „pod” lub „nad” nieruchomością), wysoka kapitałochłonność, długotrwały proces inwestycyjny oraz długotrwałość eksploatacyjna (wysoka trwałość techniczna). Podmiotem realizującym powyższe usługi jest operator systemu (elektroenergetycznego), który ponadto – w ramach swoich zadań publicznoprawnych – odpowiedzialny jest za ruch sieciowy (sterowanie pracą sieci i przyłączonych do nich urządzeń i instalacji współpracujących z siecią, np. jednostek wytwórczych, zarządzanie ograniczeniami systemowymi), bieżące i długotrwałe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, konserwację, remonty, niezbędną rozbudowę sieci, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi³⁵. Przyznanie zadań publicznych podmiotowi wyznaczonemu przez Prezesa URE na operatora w odniesieniu do sieci na danym obszarze państwa³⁶ stanowi argument przeciwko konkurencji pomiędzy sieciami (*competition by network*), której warunkiem jest efektywność gospodarowania nakierowana na obniżanie kosztów przerzucanych na klientów w warunkach konieczności utrzymania lub wytworzenia kosztochłonnej infrastruktury. Monopol naturalny uzasadniany jest w naukach ekonomicznych rosnącymi korzyściami skali lub tzw. subaddytywnością kosztów, która oznacza, że najniższe koszty przeciętne produkcji może osiągnąć jedno przedsiębiorstwo zaspokajające popyt rynkowy³⁷. Kryterium racjonalności gospodarczej przemawia za wyłączeniem jego działalności z reguł konkurencji rynkowej i poddaniem jego aktywności reglamentacji prawnej, opartej na dopuszczalności ponoszenia jedynie kosztów uzasadnionych³⁸ oraz zasadach równoprawnego traktowania wszystkich użytkowników systemu w dostępie do usługi przesyłowej lub przyłączenia do sie-

³⁴ Zob. art. 3 pkt 4, 5, 10, 11–11b, 24 i pkt 25 PrEnerg. Urządzenia wchodzące w skład systemu elektroenergetycznego – systemu jako kategorii prawnej, który stanowią sieć oraz przyłączone do nich urządzenia i instalacje współpracujące z siecią (zob. art. 3 pkt 23 PrEnerg) – nie muszą stanowić własności operatora. Wystarczy prawo „dysponowania” nimi na podstawie umowy. Por. H. Rechl, System energetyczny, s. 291–294.

³⁵ Zob. art. 3 pkt 19, 23–25 PrEnerg oraz art. 9c ust. 2–3 PrEnerg.

³⁶ Zob. art. 9h ust. 1 PrEnerg.

³⁷ Zob. B. Borkowska, Regulacja monopolu, s. 447. Zob. także S. Martin, The Theory, s. 40; por. M. Stoczkiewicz, Monopol naturalny, s. 17–22.

³⁸ Co nie wyklucza dopuszczalności powierzenia wybranych zadań operatora podmiotom zewnętrznym na zasadzie efektywności kosztowej.

ci³⁹. Infrastrukturę energetyczną wraz z oprogramowaniem służącym właścicielowi z nią integracji należy uznać za urządzenia kluczowe, a odmowa dostępu do nich uniemożliwia wytwórcy energii elektrycznej świadczenie usług na rynku niższego szczebla.

2.2. Rynek niższego szczebla

Działalność gospodarcza na rynku niższego szczebla polega na handlu (obrocie) energią elektryczną pomiędzy jej sprzedawcą a odbiorcą (klientem), niekoniecznie końcowym. Na podstawie kryterium produktowego można ustalić subrynki obrotu energią elektryczną (towarem), który obejmuje towar lub świadczenie usług bilansowania handlowego w ramach zawartej umowy sprzedaży albo usługę kompleksową⁴⁰. Na rynku tym występują podmioty zajmujące się handlem energią elektryczną, do których zaliczyć należy tzw. spółki (przedsiębiorstwa) obrotu⁴¹ oraz wytwórców energii elektrycznej⁴² – jest to rynek podsektora obrotu i wytwarzania. Relewantność rynku, która oparta została na jednorodności cech towaru (standaryzacji i zamienności)⁴³, decyduje o uznaniu go za miejsce konkurowania o nabywcę oferowanego produktu, przy bezwzględnie równych warunkach dostępu do rynku wyższego szczebla, który odbywa się na podstawie umowy zawartej z operatorem systemu⁴⁴. Konkurencja ta doznaje jednak ograniczeń o charakterze technicznym, prawnym i faktycznym.

Determinanty techniczne wynikają z cech działania systemu elektroenergetycznego, z czym wiązać należy nałożone na operatora systemu zadania: konieczności zapewnienia ciągłego równoważenia popytu i podaży w warunkach braku możliwości zmagazynowania produktu i zmienności zapotrzebowania w czasie, wymogu zachowania stabilności i niezawodności funkcjonowania systemu przy istniejących ograniczeniach przepływów energii przez sieci oraz utrzymania ja-

³⁹ Zob. art. 4 ust. 2 i art. 7 ust. 1 PrEnerg oraz art. 15, art. 25 ust. 1, art. 32 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE.

⁴⁰ Por. art. 3 pkt 30 i pkt 40, art. 5 ust. 2 pkt 1, ust. 2a pkt 3, ust. 2b, 3 i ust. 4 oraz art. 5a PrEnerg.

⁴¹ Por. art. 3 pkt 6 PrEnerg. Są pośrednikami pomiędzy wytwórcami a odbiorcami hurtowymi, a najczęściej (z uwagi na wysokie koszty obsługi handlu energią z klientami – odbiorcami) detalicznymi.

⁴² Którzy mogą pełnić jednocześnie funkcję sprzedawcy lub tzw. sprzedawcy z urzędu (zob. dalej).

⁴³ Por. S. Jakubowski, *Giełda*, s. 184.

⁴⁴ Przy założeniu zawarcia tożsamej umowy „dostępowej” przez klienta (odbiorcę) oferowanego produktu.

kości dostaw energii⁴⁵. Ograniczenia te odnoszą się w sensie prawnym w równym stopniu tak do wytwórców, jak i przedsiębiorstw obrotu.

Determinanty prawne różnicują te podmioty. Tak zwani sprzedawcy z urzędu zobowiązani są do zakupu energii elektrycznej od jej wytwórcy z odnawialnych źródeł energii po cenie urzędowej (minimalnej, dotychczas wyższej od rynkowej)⁴⁶, co zakłada podstawy do konkurencji cenowej ze sprzedawcami nieobciążonymi takim obowiązkiem. Korzyści ekonomiczne oraz organizacyjne takiego (uprzywilejowanego) wytwórcy są niezaprzeczone (np. brak konieczności poszukiwania kontrahentów oraz podejmowania negocjacji cenowych). Dodatkowo sprzedawcy – jak dotychczas – nie zostali zwolnieni z obowiązku regulacji cen przez Prezesa URE w odniesieniu dla odbiorców zużywających ją dla potrzeb gospodarstw domowych, czy szerzej dla potrzeb socjalno-bytowych, niekomercyjnych⁴⁷. Są też zobowiązani do zawierania umów sprzedaży z odbiorcami w gospodarstwie domowym niekorzystającymi z prawa wyboru sprzedawcy⁴⁸. Z kolei wytwórcy są zobowiązani co najmniej 15% wytworzonej energii elektrycznej sprzedawać za pośrednictwem giełdy, rynku regulowanego lub w otwartym przetargu (tzw. obligo giełdowe) i tylko w tym zakresie są zwolnieni

⁴⁵ Stąd konieczność prognozowania i „grafikowania” zużycia; por. w szczególności art. 9c ust. 2–3 PrEnerg. Dodatkowo brak jest możliwości ustalenia źródła wytworzenia energii zużywanej przez konkretnego odbiorcę, co implikuje konieczność traktowania jako uczestników rynku (tzw. użytkowników systemu) wszystkich wytwórców i odbiorców przyłączonych do sieci w skali całego systemu elektroenergetycznego i zbilansowania wytwarzania z zapotrzebowaniem przez operatora systemu przesyłowego – por. też art. 3 pkt 12b PrEnerg.

⁴⁶ Zgodnie z art. 9a ust. 6 PrEnerg. W obecnych uwarunkowaniach prawnych zakres dyspozycji tego przepisu należy ograniczyć tylko do jednostek wytwórczych przyłączonych do sieci OSD na obszarze działania podmiotów „pełniących funkcję” sprzedawców z urzędu do czasu wyłonienia sprzedawców z urzędu w trybie przetargu zgodnie z art. 9i PrEnerg (o czym będzie mowa dalej). Obecnie sprzedawcami z urzędu (choć określenie to może wprowadzać w błąd z uwagi na brak wspomnianego przetargu, a bardziej prawidłowo określić należałoby ich mianem „pełniących funkcję sprzedawcy z urzędu”; to pierwsze określenie jest jednak powszechnie stosowane i tak też przyjęto w niniejszym opracowaniu, sygnalizując ewentualną odmienność tej funkcji) pozostają historycznie powiązani z danym terytorium sprzedawcy energii, wywodzący się z (rozdzielonych w wyniku dokonanego w Polsce unbundlingu w 2007 r.) przedsiębiorstw zajmujących się dystrybucją oraz sprzedają energii elektrycznej; zgodnie z art. 9 ust. 1 PrEnergZm2005 na sprzedawcach prawnie wyodrębnionych ze zintegrowanego podmiotowo przedsiębiorstwa świadczącego usługi dystrybucji i obrotu energii elektrycznej ciąży obowiązek zawarcia umów sprzedaży energii elektrycznej z odbiorcami na obszarze działania wyodrębnionego OSD – do czasu wyłonienia sprzedawcy z urzędu (o którym mowa w art. 3 pkt 29 PrEnerg) przez Prezesa URE w przetargu na podstawie art. 9i PrEnerg.

⁴⁷ Np. dla potrzeb budynków wielomieszkańczych i pomieszczeń przynależnych, akademików, burs, obiektów sakralnych, domków letniskowych itd. Szerzej na ten temat w rozdz. II pkt 5.2.3.

⁴⁸ Zob. art. 3 pkt 29 PrEnerg oraz art. 5a PrEnerg.

z regulacji cenowej, którą realizuje Prezes URE⁴⁹. Zmusza ich to do aktywności rynkowej i wzmacnia presję na efektywność kosztową. Stanowi też jedyną możliwość uzyskania przez uczestników rynku lub organy (gospodarczego) nadzoru państwowego obiektywnych informacji o cenach transakcyjnych oferowanego dobra.

Determinanta natury faktycznej dotyczy wyłącznie wytwórców. Wynika z małej liczby podmiotów rynkowych wielkoskalowych w podsektorze wytwarzania, posiadających stabilne, centralnie dysponowane jednostki wytwórcze (Jednostki Wytwórcze Centralnie Dysponowane – JWCD⁵⁰). Podmioty te stanowią swoisty monopol produkcji, wynikający z efektu skali oddziaływania na rynek, z tych samych przyczyn ekonomicznych, technicznych, środowiskowych i prawnych, które właściwe są urządzeniom kluczowym⁵¹. Może to wpływać na małą elastyczność cenową produktów.

Powyższe determinanty uznać należy za elementy kształtujące model rynku energii elektrycznej w Polsce.

3. Rynek energii elektrycznej z pozycji segmentu wytwarzania

3.1. Gospodarcze i prawne determinanty liberalizacji sektora energetycznego w Polsce – demonopolizacja i prywatyzacja sektora

Punktem wyjścia dla współczesnych przemian w polskiej energetyce była decentralizacja związana z likwidacją tzw. okręgów energetycznych (w latach 80. XX w.), grupujących terytorialnie zakłady energetyczne, i utworzenie w ich miejsce przedsiębiorstw państwowych, a następnie przekształcenie ich w spółki Skarbu Państwa na początku lat 90. W procesie restrukturyzacji wyodrębniono prawnie podmioty m.in. (podsektora) wytwórców (elektrownie) i przedsię-

⁴⁹ Zob. art. 49a PrEnerg i art. 23 ust. 2 pkt 4a PrEnerg oraz Stanowisko Prezesa URE z 14.12.2000 r. w sprawie uznania giełdowego rynku energii elektrycznej za rynek konkurencyjny, „Biuletyn URE” 2001, Nr 1, www.cire.pl (dostęp: 28.8.2014 r.); por. także wyr. SOKiK z 9.1.2009 r., XVII AmE 1/08, www.cire.pl (dostęp: 28.8.2014 r.) oraz wyr. SN z 20.1.2011 r., III SK 20/10, Legalis.

⁵⁰ Na ten temat szerzej w pkt 3.4. niniejszego rozdziału.

⁵¹ Przynajmniej do czasu eliminacji ograniczeń technicznych dla transgranicznej wymiany energii elektrycznej, jak twierdzi *T. Długosz*, Formalne aspekty, s. 24–41. Por. *A. Dobroczyńska*, *L. Juchniewicz*, *B. Zaleski*, Regulacja energetyki, s. 13.