

## Mechanizmy mocowe – definicja, klasyfikacja i przyszłość rynku dwutowarowego w Unii Europejskiej

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Mechanizmy mocowe – próba określenia granic pojęcia i klasyfikacji
- III. Pomoc publiczna – orzecznictwo TSUE jako matryca oceny mechanizmów mocowych
- IV. Pytanie o przyszłość mechanizmów mocowych w świetle regulacji tzw. pakietu zimowego
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Celem artykułu jest próba określenia granic pojęcia „mechanizmu mocowego”, przedstawienie klasyfikacji mechanizmów występujących w państwach członkowskich UE oraz udzielenia odpowiedzi na pytanie o przyszłość rynku dwutowarowego w świetle najnowszych kierunków rozwoju prawodawstwa. Dodatkowym celem jest weryfikacja tezy dotyczącej możliwości świadczenia usług obejmujących udostępnianie mocy dyspozycyjnej na warunkach niepowiązanych z udzielaniem pomocy publicznej.

**Słowa kluczowe:** mechanizmy mocowe; rynek mocy; pomoc publiczna; pakiet zimowy.

**JEL:** K23, K32, K33

## I. Wprowadzenie

Przemiany szeroko pojętego otoczenia regulacyjnego rynku energii, takie jak zaostrzenie reżimu prawa ochrony środowiska poprzez wprowadzanie restrykcyjnych wymogów w zakresie dopuszczalnej wielkości emitowanych zanieczyszczeń<sup>1</sup> wymuszające rezygnację z niektórych najbardziej emisyjnych źródeł spalania, jak również wzrost ilości źródeł odnawialnych, które w związku z ich charakterystyką nie stanowią odzwierciedlenia stabilnego profilu wytwarzania spowodowały, że niektóre państwa zaczęły borykać się z ryzykiem braku wystarczalności mocy dyspozycyjnej w swoich systemach elektroenergetycznych. Dodatkowymi, pozaregulacyjnymi i niezwiązanymi ze zmianą kierunków polityki energetycznej czynnikami wpływającymi na występowanie tego zjawiska

\* Counsel w kancelarii prawnej Spaczyński, Szczepaniak i Wspólnicy sp. k. (SSW Pragmatic Solutions), specjalizujący się w zagadnieniach z zakresu prawa energetycznego, ochrony środowiska oraz prawa pomocy publicznej, w trakcie opracowywania pracy doktorskiej z tego zakresu; e-mail: glpizon@gmail.com.

<sup>1</sup> Mowa tu w szczególności o przepisach dyrektywy 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (Dz. Urz. UE L 334 z 17.12.2010 r., s. 17) oraz wydanych na ich podstawie decyzji, w tym decyzji Wykonawczej Komisji (UE) 2017/1442 z dnia 31 lipca 2017 r. ustanawiającej konkluzje dotyczące najlepszych dostępnych technik (BAT) w odniesieniu do dużych obiektów energetycznego spalania (Dz. Urz. UE L 212 z 17.8.2017 r., s. 1) czy też Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2193 w sprawie ograniczenia niektórych zanieczyszczeń do powietrza ze średnich obiektów energetycznego spalania (MCP) (Dz. Urz. UE L 313 z 28.11.2015 r., s. 1).

są wzrastające ceny i niepewność dostaw ograniczonych zasobów, takich jak gaz ziemny oraz węgiel (Huhta, Kroeger, Oyewunmi i Eiamchamronnlarp, 2014, s. 76).

Co więcej, bilansowanie jednotowarowego rynku energii elektrycznej oparte na zasadzie porządku (*merit order*), w ramach którego kreacja ceny oparta jest na krańcowych kosztach wytwarzania energii elektrycznej, nacechowane jest swoistą zawodnością, polegającą na tym, że w okresach szczytowego zapotrzebowania podaź i popyt na energię nie zawsze się pokrywają. To natomiast bezpośrednio przekładać się może na brak sygnału cenowego, który byłby w stanie zapewnić poziom wytwarzania wystarczający do pełnego pokrycia zapotrzebowania. Problem ten, zwany jest także problemem brakujących środków (*missing money*) (Hancher, De Hauteclouque i Jones, 2016, s. 797).

Rozwiązaniem wskazanych rodzajów ryzyka i problemów w systemach elektroenergetycznych występujących w znacznej ilości państw członkowskich Unii Europejskiej jest zastosowanie odgórnych mechanizmów regulacyjnych. Mechanizmy te oznaczałyby środek zaradczy w celu zapewnienia wystarczającej ilości mocy dyspozycyjnej w okresach szczytowego zapotrzebowania i stanowiłyby dodatkowy element architektury sektora zagrożonego niedostatkami mocy wytwórczych. Zwane są one mechanizmami mocowymi i opierają się na utrzymywaniu w systemie energetycznym pewnej ilości źródeł wytwórczych, które byłyby uruchamiane wyłącznie w odpowiedzi na sygnał zwiększonego zapotrzebowania na moc w systemie elektroenergetycznym. Mechanizmy mocowe mogą obejmować również dobrowolną współpracę z dużymi odbiorcami energii elektrycznej bądź agregatorami popytu zobowiązanymi się do zredukowania zapotrzebowania na moc w ramach tzw. odpowiedzi strony popytowej (*demand side response*). W istocie mechanizmy te przyjmują różnorodną postać, a ich wspólna cecha dotyczy zapłaty za świadczenie usługi polegającej na rzeczywistym udostępnieniu bądź jedynie pozostawaniu w gotowości do udostępnienia określonej ilości mocy na wezwanie danego podmiotu.

Podstawą prawną do tworzenia mechanizmów mocy w prawie Unii Europejskiej jest art. 5 ust. 1b) dyrektywy 2005/89/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 stycznia 2006 r. dotyczącej działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych<sup>2</sup>. Zgodnie z nim, państwa członkowskie zobowiązane są do podjęcia właściwych środków mających na celu utrzymanie równowagi pomiędzy zapotrzebowaniem na energię i dostępnością mocy wytwórczych, w tym w szczególności poprzez wymaganie od operatorów systemów przesyłowych zapewnienia dostępności odpowiedniego poziomu rezerw mocy wytwórczych dla celów zbilansowania lub przyjęcia równoważnych mechanizmów rynkowych. Warto zauważyć, że przepis ten odnosi się do przyjmowania mechanizmów rynkowych. Można byłoby pokusić się o stwierdzenie, że posłużenie się tym sformułowaniem przez unijnego prawodawcę miało na celu podkreślenie rynkowego, a więc niepowiązanego z udzielaniem pomocy publicznej, charakteru przyjmowanych mechanizmów. Podobnie zresztą punkt 10 preambuły przedmiotowej dyrektywy przewiduje, że środki, które mogą być wykorzystane w celu zapewnienia utrzymania odpowiednich poziomów rezerwowych mocy wytwórczych powinny być niedyskryminacyjne i opierać się na mechanizmach rynkowych. Przykładowo wskazane w tym zapisie środki objęły gwarancje i porozumienia umowne oraz opcje i zobowiązania mocowe, a także „inne niedyskryminacyjne instrumenty, takie jak opłaty za moc”.

<sup>2</sup> Dz. Urz. UE L 33 z 4 lutego 2006 r., s. 22.

Trafne wydaje się zatem stwierdzenie, że dyrektywa dotycząca działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych przesądza o istnieniu niedyskryminacyjnych, funkcjonujących na zasadach rynkowych mechanizmów mających na celu zabezpieczenie wystarczającej ilości mocy dyspozycyjnej, stanowiących sztańdary<sup>3</sup> przykład rozwiązań zapewniających bezpieczeństwo dostaw, do przyjęcia których dyrektywa ta zobowiązała państwa członkowskie. „Niedyskryminacyjny” i „rynkowy” charakter tych mechanizmów przesądza o tym, że mechanizmy te nie stanowią pomocy publicznej, w tym szczególnie w przypadku, w którym wszyscy oferenci mogą mieć swobodny dostęp do świadczenia usług wchodzących w ich skład.

Prawo unijne nie posiada jednak statycznego charakteru, a orzecznictwo TSUE nie pozostaje bez wpływu na ocenę instrumentów regulacyjnych<sup>4</sup>. Z uwagi na powszechne stosowanie mechanizmów mocowych ich wpływ na sektory energetyczne państw członkowskich oraz, potencjalnie, konkurencję na ciągle tworzącym się<sup>5</sup> wewnętrznym rynku energii elektrycznej Unii Europejskiej Komisja Europejska ujęła w kolejnej iteracji Wytycznych dotyczących pomocy państwa na ochronę środowiska i cele związane z energią w latach 2014–2020<sup>6</sup> w pewną uniwersalną matrycę, pozwalającą na rozeznanie odnośnie do zgodności projektowanego przez państwa rozwiązania z rynkiem wewnętrznym, przesądając jednocześnie, że mechanizmy mocowe mogą mieć charakter pomocy publicznej. Wcześniejsze wątpliwości w tym zakresie mogły sprawiać, że państwa członkowskie, pomimo stosowania mechanizmów mających kluczowe znaczenie dla bezpieczeństwa energetycznego, z uwagi na niepewność regulacyjną i strategiczny charakter zagadnienia wołały pominąć etap postępowania notyfikacyjnego i wprowadzać podobne systemy bez zastosowania klauzuli zawieszającej. W efekcie Komisja Europejska wszczęła tzw. postępowanie sektorowe mające na celu przeprowadzenie dogłębnej analizy mechanizmów mocowych funkcjonujących w 11 państwach członkowskich<sup>7</sup>.

Decyzja o zakończeniu tego postępowania oraz towarzyszący jej raport roboczy nie przyniosły jednak skutku w postaci nakłonienia państw członkowskich do zmiany polityki energetycznej, pomimo że, jak wykazano w raporcie, niektóre mechanizmy mocowe w istocie mogą negatywnie wpływać na stan konkurencji i wymianę transgraniczną<sup>8</sup>. W ocenie autora postępowanie to ujawniło, iż stosowanie prawa pomocy publicznej nie może stanowić skutecznego narzędzia harmonizacji

<sup>3</sup> „Sztańdary” charakter mechanizmów mocowych jako sposobu na zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii wynika z ujęcia ich jako jednego z dwóch przykładów w otwartym, ze swej natury, katalogu środków przewidzianych w art. 5 ust. 1 dyrektywy.

<sup>4</sup> Znaczna część spośród mechanizmów mocowych spełnia kryteria uznania za pomoc publiczną, w szczególności, jeżeli przy ich ocenie posłużymy się dorobkiem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym tezami z orzeczeń wydanych w sprawach dotyczących wsparcia źródeł odnawialnych. Podobieństwo pomiędzy systemami wsparcia źródeł odnawialnych oraz mechanizmami mocowymi polega w szczególności na tym, że w obydwu przypadkach źródła korzystające ze wsparcia są najczęściej wybierane w drodze procedury przetargowej, środki przeznaczone na wsparcie gromadzone są od prywatnych podmiotów przez wyznaczony do tego podmiot lub organ (najczęściej – operatora systemu przesyłowego) i rozdysponowane przez ten podmiot do ostatecznych beneficjentów, ostateczna wysokość uzyskanej pomocy zależy zaś od ilości wprowadzonej do sieci energii elektrycznej czy też ilości mocy dyspozycyjnej pozostającej w gotowości do świadczenia usług mocowych; więcej odnośnie porównania systemów wsparcia energetyki odnawialnej oraz mechanizmów mocowych.

<sup>5</sup> To sformułowanie ma na celu odzwierciedlenie opinii autora, którego zdaniem, z uwagi na brak skoordynowania mechanizmów mocowych oraz istniejące ograniczenia w wymianie międzynarodowej, wspólny rynek energii jest cały czas projektem w budowie. Inną zgoda opinię wyraziły organy Unii Europejskiej w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 15 listopada 2012 r., *Making the internal market work*, COM(2012), dokument w wersji ostatecznej, wskazującym, że budowa ta miała zostać zakończona w 2014 roku.

<sup>6</sup> Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie pomocy państwa na ochronę środowiska i cele związane z energią w latach 2014–2020, Dz. Urz. UE C 200 z 28.6.2014 r., s. 1.

<sup>7</sup> Wątpliwości co do charakteru mechanizmów mocowych, ich wpływu na konkurencję oraz handel transgraniczny zaowocowały wszczęciem przez Komisję Europejską dnia 29 kwietnia 2015 r. badania sektorowego, w ramach którego Komisja przeprowadziła badanie mechanizmów istniejących w 11 krajach UE (Belgia, Chorwacja, Dania, Francja, Niemcy, Hiszpania, Irlandia, Włochy, Polska, Portugalia i Szwecja).

<sup>8</sup> Komisja Europejska, Sprawozdanie końcowe z badania sektorowego dotyczącego mechanizmów zapewniających zdolności wytwórcze z dnia 30 listopada 2016 r., C(2016) 752, s. 19.

polityki państw członkowskich w tak kluczowych aspektach, jak bezpieczeństwo dostaw energii. Dodatkową, istotną okolicznością na poparcie tej tezy jest to, że nie każdy mechanizm mocowy musi stanowić pomoc publiczną (Hancher, 2015, s. 157).

Potrzeba ujednoczenia podejścia w zakresie stosowania mechanizmów mocowych zaowocowała wprowadzeniem do regulacji wchodzących w skład tzw. pakietu „czysta energia dla odbiorców” (dalej: pakiet zimowy), zapisów zawierających dodatkowe, poddane intensywnej politycznej debacie kryteria, jakim muszą sprościć mechanizmy mocowe by mogły być one utrzymywane w krajowych systemach elektroenergetycznych państw członkowskich.

Celem niniejszego artykułu jest próba określenia granic pojęcia „mechanizmu mocowego”, przedstawienie klasyfikacji mechanizmów występujących w państwach członkowskich Unii oraz udzielenia odpowiedzi na pytanie o przyszłość rynku dwutowarowego w świetle najnowszych kierunków rozwoju prawodawstwa. Dodatkowym celem jest weryfikacja tezy dotyczącej możliwości świadczenia usług obejmujących udostępnianie mocy dyspozycyjnej na warunkach niepowiązanych z udzielaniem pomocy publicznej.

## II. Mechanizmy mocowe – próba określenia granic pojęcia i klasyfikacji

Pomimo zaliczenia do kategorii mechanizmów mocowych szeregu instrumentów regulacyjnych zarówno w krajowej, jak i w zagranicznej literaturze przedmiotu trudno jest odnaleźć precyzyjną definicję takiego mechanizmu, inną niż te najbardziej ogólne, oparte bądź to na okoliczności, zgodnie z którą moc dyspozycyjna w ramach tych mechanizmów staje się swoistym towarem, bądź też na skutku w postaci jej udostępnienia, bez względu na to czy następuje ono za wynagrodzeniem, czy też nie<sup>9</sup>.

Komisja Europejska definiuje mechanizmy mocowe za pomocą następującego zestawu cech: zaangażowanie państwa w zainicjowanie mechanizmu, podstawowy cel w postaci zapewnienia bezpieczeństwa systemowi elektroenergetycznemu oraz wynagrodzenie dostawców mocy za moc dyspozycyjną, istniejące obok lub zastępujące wynagrodzenie za rzeczywistą użycie<sup>10</sup>.

Co się zaś tyczy ich klasyfikacji, mechanizmy te najczęściej dzieli się:

- a) ze względu na sposób ich organizacji (obecność bądź brak obecności centralnego kupującego, którym w przypadku mechanizmów scentralizowanych jest najczęściej operator systemu przesyłowego) – scentralizowane i zdecentralizowane;
- b) ze względu na sposób kreowania ceny lub wynagrodzenia – regulacyjne, a więc takie, w przypadku których cena kreowana jest odgórnie przez organy państwa i rynkowe, w przypadku których kreacja ceny następuje poprzez zastosowanie mechanizmów aukcyjnych bądź poprzez negocjacje (co ma miejsce w niektórych systemach zdecentralizowanych);

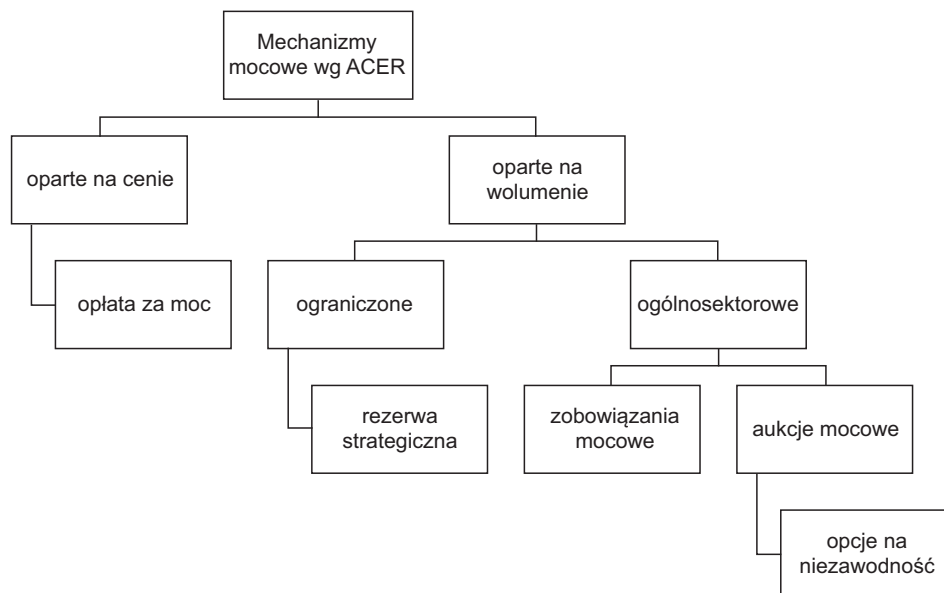
<sup>9</sup> Poza wspomnianą w punkcie I definicją, zgodnie z którą są to mechanizmy, w ramach których oferowana jest zapłata za moc dyspozycyjną, w doktrynie można natknąć się także na definicję akcentującą udział organów państwa w przyjmowaniu mechanizmów mocowych oraz ich cel ich funkcjonowania (tak np. Righini i Gonzalez Fernandes, 2016), które w zupełności pomijają aspekt świadczenia usługi powiązanej z udostępnieniem mocy dyspozycyjnej czy też zapłaty za moc. Na marginesie warto zauważyć, że przyjęcie takiej definicji pozwoliłoby uznać za mechanizmy mocowe także środki przymusowe, takie jak tzw. stopnie zasilania (istniejące m.in. w Polsce) czy też zrzut obciążenia (*load shedding*, występujący np. w Wielkiej Brytanii), co wydaje się błędne, przynajmniej biorąc pod uwagę przytoczone zapisy dyrektywy 2005/89/WE, wymagające by mechanizmy te miały charakter „rynkowy” i „pozbawiony dyskryminacji”, wskazujące jako przykład instrumenty zakładające odpłatny charakter usług mocowych.

<sup>10</sup> Komisja Europejska, Sprawozdanie z przebiegu badania sektorowego (interim report)..., s. 29.

- c) ze względu na wartość podstawową, która określana jest przez organy państwa, którą może być cena bądź wynagrodzenie lub ilość mocy przy cenie określonej za pomocą mechanizmów rynkowych – na oparte na cenie i oparte na wolumenie;
- d) ze względu na zasięg – na obejmujące cały system elektroenergetyczny państwa bądź skupione na ograniczonym obszarze (Gonzalez-Diaz, 2015, s. 10) lub też skierowane do wąskiej, z góry określonej grupy beneficjentów (Breuvart, 2016).

Zaprezentowana w 2013 r. przez unijną Agencję ds. Współpracy Regulatorów Energii (ACER) typologia mechanizmów mocowych wydaje się zachowywać aktualność, pomimo faktu, że jej opublikowanie poprzedza ukazanie się raportów z badania sektorowego, wytycznych EEAG 2014–2020 i serii decyzji Komisji Europejskiej, zatwierdzających kolejne tego typu mechanizmy. Wskazane przez ACER modele mechanizmów mocowych zobrazowane zostały na wykresie 1. Godzi się zauważyć, że także ACER kwalifikuje do mechanizmów mocowych wyłącznie te, które ze swojej natury nie są oparte na środkach przymusu, a – na wynagrodzeniu za moc.

**Wykres 1.** Modele mechanizmów mocowych wg ACER



Źródło: opracowanie własne na podstawie: ACER, Raport w sprawie mechanizmów wynagradzających moc oraz wewnętrznego rynku energii, 2013.

Rezerwa strategiczna opiera się z kolei na jednostkach niebiorących udziału w rynku energii elektrycznej, wyłączonych z obiegu. Jednostki te uruchamiane są zwykle na wezwanie operatora albo też po spełnieniu określonych warunków, jak np. osiągnięcie pewnego pułapu cenowego przez rynek bilansujący. Rezerwy strategiczne występują, przykładowo, w Polsce, Niemczech<sup>11</sup> i Belgii<sup>12</sup>. Podobnym mechanizmem, występującym jednak w wielu wariantach i stosowanym często na trudno dostępnym obszarze są opłaty za moc, z tą jednak różnicą, że w tym modelu regulator określa wysokość wynagrodzenia, a podmioty dysponujące mocą (które nie muszą być jednocześnie jednostkami wyłączonymi z obiegu) same określają możliwość dostarczenia mocy po określonej w ten sposób cenie<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Dec. Komisji z dnia 7 lutego 2018 r. wydana w postępowaniu w sprawie SA.45852 – Niemcy – Rezerwa strategiczna, C(2018) 612, wersja ost.

<sup>12</sup> Dec. Komisji z dnia 7 lutego 2018 r. wydana w postępowaniu w sprawie SA.48648 – Belgia – Rezerwa strategiczna, C(2018) 589, wersja ost.

<sup>13</sup> Wstępne sprawozdanie Komisji Europejskiej z badania sektorowego dotyczącego mechanizmów zapewniających moce wytwórcze z dnia 13 kwietnia 2016 r., C (2016) 2107 wersja ost.

Zobowiązania mocowe obejmują z kolei obowiązek nakładany na dużych odbiorców energii dotyczący zakontraktowania pewnego poziomu mocy, który powiązany jest z prognozą ich przyszłego zapotrzebowania na moc. Co do zasady, ilość zakontraktowanej mocy jest wyższa niż wynikałoby to z prognozowanego profilu, a poziom marży określany jest przez organ państwowy. Model zobowiązań mocowych stanowić może podstawę do utworzenia zdecentralizowanego rynku mocy, zapewniającego także wtórny obrót zobowiązaniami mocowymi, na wzór modelu francuskiego<sup>14</sup>.

Aukcje mocowe opierają się zwykle na określeniu, z kilkuletnim wyprzedzeniem, ilości mocy, która zostanie zakontraktowana przez wyznaczony do tego organ (najczęściej – przez centralnego kupującego). Przeprowadzane następnie postępowanie przetargowe według różnych modeli aukcyjnych ma za zadanie wyłonić grono podmiotów gotowych zaoferować moc po możliwie najniższej cenie. Aukcje te mają najczęściej na celu dostarczenie dodatkowych bodźców inwestycyjnych, a jednostki których dotyczą zawarte kontrakty są najczęściej jednostkami, które wytwarzają i oferują energię na rynku jednotowarowym. Na aukcjach mocowych opiera się np. rynek mocy, który z założenia uzupełnia element aukcji o możliwość wtórnego obrotu zobowiązaniami. Przykładem takiego rozwiązania jest chociażby brytyjski<sup>15</sup> czy też polski rynek mocy wprowadzony na gruncie ustawy pod koniec zeszłego roku<sup>16</sup>.

Opcje na niezawodność (przykładowo, wprowadzone niedawno w systemie włoskim i irlandzkim) opierają się na kontraktach opcyjnych wystawianych przez wytwórców energii elektrycznej po ustalonej przez siebie cenie wykonania oraz za ustalonym wynagrodzeniem w postaci premii za opcję. Drugą stroną takiego kontraktu są podmioty sprzedające energię elektryczną. Jednocześnie wytwórcy zobowiązani są do zapłaty różnicy w przypadku, w którym referencyjna cena energii elektrycznej przekroczy cenę wykonania. Zaangażowanie państwa w przypadku tworzenia takich mechanizmów najczęściej opiera się na organizacji aukcji oraz pośrednictwie w redystrybucji środków. Wydaje się jednak, że w przypadku zaistnienia takiej potrzeby, opcje na niezawodność mogłyby funkcjonować w sposób niezależny od państwa, na zasadach rynkowych.

Niektóre mechanizmy mocowe umożliwiają powstawanie wtórnych rynków zobowiązań (jak w przypadku polskiego rynku mocy) bądź praw majątkowych (jak w przypadku rynku francuskiego). Jednak w odniesieniu do tych systemów trudno jest stwierdzić, że ucieleśniają one rynek dwutowarowy. Warto zauważyć, że obrót ten zależy od organizacji mechanizmu pierwotnego, który z kolei wymaga pewnego stopnia zaangażowania państwa.

W praktyce prawniczej coraz częściej można jednakże napotkać sytuacje, w których przedsiębiorstwa energetyki zawodowej proponują największym odbiorcom energii elektrycznej zapłatę za moc w relacji bilateralnej. Porozumienie takie obejmuje najczęściej mechanizm reakcji strony popytowej, w ramach którego odbiorca zobowiązuje się do redukcji zapotrzebowania na odpowiednio sformułowany przez sprzedawcę wniosek w zamian za stałą zapłatę za gotowość lub zapłatę za rzeczywistą redukcję bądź też wynagrodzenie łączące te komponenty albo mechanizm przewidujący system nagród i kar za poprawność planowania profilu poboru. Wydaje się, że w warunkach istotnej wielkości amplitudy wahań cenowych na rynku giełdowym, zapisy przewidujące

<sup>14</sup> Dec. Komisji z dnia 8 listopada 2016 r. wydana w postępowaniu w sprawie SA.39621 – Francja – Ogólnokrajowy rynek mocy, C (2016) 7086, wersja ost.

<sup>15</sup> Schemat pomocy publicznej zatwierdzony decyzją Komisji Europejskiej z dnia 23 lipca 2014 r., wydaną w postępowaniu SA.35980 – Wielka Brytania – Rynek mocy, C (2014) 5083, wersja ost.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. – o rynku mocy (Dz.U. z 2018 r., poz. 9); decyzja Komisji Europejskiej z dnia 7 lutego 2018 r. wydana w postępowaniu SA. 46100 – Planowany polski rynek mocy, C (2018) 601, wersja ost.

odpowiedź strony popytowej mogą stać się stałym elementem umów sprzedaży energii elektrycznej w relacji pomiędzy sprzedawcą i dużym odbiorcą przemysłowym, jak również funkcjonować w sposób niezależny od występujących w danym systemie mechanizmów mocowych.

### III. Pomoc publiczna – orzecznictwo TSUE jako matryca oceny mechanizmów mocowych

Art. 107 ust. 1 TFUE definiuje pomoc państwa jako „wszelką pomoc przyznawaną przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów [...] w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi”.

Na podstawie powyższego przepisu literatura przedmiotu wyróżnia najczęściej cztery przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie w celu uznania, że dany środek stanowi zakazaną pomoc państwa<sup>17</sup>. Są to mianowicie: a) przyznanie przez państwo oraz ze źródeł państwowych; b) istnienie korzyści; c) selektywny charakter korzyści oraz d) wpływ na handel między państwami członkowskimi.

Na gruncie dotychczasowego orzecznictwa nie budzi już wątpliwości, że przypadek, w którym centralny kupujący uprawniony jest, na mocy aktu prawnego, do pobierania opłat mających na celu sfinansowanie wynagrodzenia, którego celem jest pokrycie kosztów funkcjonowania danego rozwiązania stanowi interwencję państwową z udziałem środków publicznych<sup>18</sup> i to bez względu na fakt czy środki te zaliczane są wstępnie do środków budżetowych, a następnie – redystrybuowane przez organ państwowy, czy też nie<sup>19</sup>. W większości przypadków wątpliwości nie budziła również okoliczność, zgodnie z którą środek posiada selektywny charakter w przypadku, w którym beneficjentami tego środka mogą być wyłącznie podmioty uprawnione do udziału w przetargu i zdolne do przedstawienia najbardziej korzystnej oferty<sup>20</sup>.

Jedyna decyzja, w której Komisja stwierdziła brak spełnienia przesłanek istnienia pomocy publicznej w odniesieniu do mechanizmu mocowego została wydana w postępowaniu w sprawie greckiego mechanizmu reakcji strony popytowej<sup>21</sup>. Decyzja ta, ze względu na interesujący sposób zastosowania testu prywatnego inwestora, zasługuje na nieco bardziej szczegółowe omówienie.

Mechanizm ten opiera się na usłudze redukcji zapotrzebowania na moc na wezwanie operatora systemu przesyłowego. Usługa ta może być świadczona przez odbiorców przyłączonych do sieci wysokich i najwyższych napięć, zdolnych do zaoferowania redukcji zapotrzebowania na poziomie minimum 5 MW. Warunkiem podpisania kontraktu z operatorem przesyłu jest wcześniejsze uczestnictwo w zorganizowanym przezeń przetargu.

W postępowaniu grecki rząd argumentował, że wprowadzenie tego mechanizmu jest podyktowane żywotną potrzebą krajowego systemu elektroenergetycznego oraz, że wynagrodzenie

<sup>17</sup> Doktryna identyfikuje także innego rodzaju klasyfikację przesłanek występowania pomocy publicznej. Przykładowo T. Skoczny proponuje wyróżnienie następujących przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że interwencja państwowa stanowi zakazaną pomoc publiczną: a) występowanie pomocy państwa, b) środek faworyzuje beneficjentów, c) środek posiada charakter antykonkurencyjny oraz d) środek wpływa na handel wewnątrzspółnotowy (tak: Skoczny, 2006, s. II-422).

<sup>18</sup> W tym zakresie por. np. wyr. w sprawie *Vent de Colere*, EU:C:2013:851.

<sup>19</sup> Wyr. Sądu w sprawie T-47/15 *Niemcy przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2016:281.

<sup>20</sup> Tak np. dec. Komisji Europejskiej z dnia 7 lutego 2018 r. w sprawie SA.42011 – Włoski mechanizm mocowy; C(2018) 617, wersja ostateczna, pkt 119.

<sup>21</sup> Dec. Komisji z dnia 15 października 2014 r. w sprawie SA. 38711 – Systemowa usługa przerywalności w Grecji.

wypłacane odbiorcom nie przekracza wynagrodzenia, jakie rozsądny podmiot działający na warunkach rynkowych, mierzący się z tą samą potrzebą, byłby w stanie zapłacić za jej zaspokojenie. Komisja przychyliła się do tej argumentacji, z uwagi na fakt, iż to do decyzji operatora pozostawiona została kwestia ilości mocy, jaką ten, kierując się żywotną potrzebą, będzie gotów zakontraktować. Co więcej, kryteria kwalifikowalności uzasadnione były, w ocenie Komisji, technicznymi warunkami funkcjonowania systemu elektroenergetycznego, takimi jak możliwość pomiaru rzeczywistej redukcji czy efektywność zarządzania świadczoną usługą. Ostatecznie Komisja nie dopatrywała się pomocy publicznej w systemie greckim, z uwagi na spełnienie kryteriów usługi świadczonej w ogólnym interesie ekonomicznym, wskazanych w orzeczeniu w sprawie *Altmark*<sup>22</sup>, w tym w szczególności sposób kalkulacji wynagrodzenia, który wykluczał udzielanie nadmiernej kompensacji w stosunku do wartości zamawianej usługi.

Warto zauważyć, że mechanizm grecki ma za zadanie wyłącznie rozwiązanie przejściowych trudności operatora przesyłu z utrzymaniem wystarczającej ilości mocy w systemie krajowym. Trudno jednak byłoby dopatrywać się możliwości spełnienia przesłanek uznania za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym<sup>23</sup>, a w rezultacie także – braku pomocy – w odniesieniu do większości mechanizmów mocowych, które mają, przynajmniej częściowo, dostarczać dodatkowych sygnałów inwestycyjnych oraz stanowić odpowiedź na problem brakujących środków.

#### IV. Pytanie o przyszłość mechanizmów mocowych w świetle regulacji tzw. pakietu zimowego

Zaprezentowany wraz z końcem listopada 2016 r. projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wewnętrznego rynku energii elektrycznej<sup>24</sup>, wchodzący w skład pakietu propozycji legislacyjnych Komisji Europejskiej zawiera przepisy zmierzające do zwiększenia stopnia harmonizacji rozwiązań dotyczących mechanizmów mocowych stosowanych w niektórych państwach członkowskich.

Warto zauważyć, że stosowanie prawa pomocy publicznej nie było skutecznym mechanizmem harmonizacji z kilku powodów. Po pierwsze, zmierzało ono do odpowiedzi na pytanie czy dany instrument stanowi wsparcie państwa, a jeśli tak to czy jest on zgodny z rynkiem wewnętrznym, z pominięciem takich aspektów polityki energetycznej, jak ochrona środowiska i klimatu. Po drugie, istniała możliwość zaprojektowania mechanizmów mocowych, które nie stanowią pomocy państwa (czego przykładem może być chociażby wspomniany w punkcie III artykułu przykład mechanizmu greckiego). Po trzecie natomiast, jak wykazało chociażby wzmiankowane badanie sektorowe, znacząca część mechanizmów mocowych nie była notyfikowana jako schematy pomocy publicznej, a w rezultacie Komisja nie miała świadomości dotyczącej zasad ich funkcjonowania oraz rzeczywistego wpływu na tworzący się rynek wewnętrzny.

Zastosowanie formy rozporządzenia, jako aktu bezpośredniego stosowania powoduje, że mechanizmy mocowe, jakie państwa będą zamierzały implementować po wejściu w życie tego

<sup>22</sup> Wyr. w sprawie C-280/00 *Altmark* [2003], ECR I-7747.

<sup>23</sup> Więcej o kryteriach zawartych w orzeczeniu w sprawie *Altmark*, np. w: Cyndecka, M., *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law. Applicability and Application*, Wolters Kluwer 2016, s. 86 i n.

<sup>24</sup> Według stanu na dzień 26 lipca 2018 r., rozporządzenie znajdowało się w trakcie procedury uzgodnień trójstronnych pomiędzy Komisją, Parlamentem Europejskim i Radą (trilogu), po stanowisku Rady wzywającej do przedstawienia uwag do kompromisowego stanowiska Rady przedstawionego po posiedzeniu z dnia 24 lipca 2018 roku.



aktu, będą musiały spełniać wskazane w tym rozporządzeniu warunki, pod rygorem kary, jaka mogłaby zostać nałożona na państwo członkowskie w przypadku naruszenia prawa unijnego. Wprowadzenie schematu pomocy publicznej bez notyfikacji nie wywołuje takiego skutku.

Mechanizmów mocowych dotyczą art. 18, 23 i 24 proponowanego rozporządzenia. Przewidują one dodatkowe kryteria, jakie państwa, które będą zamierzały wprowadzić mechanizm mocowy do swojego porządku prawnego, muszą wziąć pod uwagę. Burzliwa dyskusja odnośnie do pożądanego ostatecznego brzmienia tych przepisów zaowocowała przedstawieniem serii poprawek przez organy unijne. Niemniej jednak na potrzeby niniejszego artykułu jego autor posłużył się pierwotną wersją zapisów przedstawioną przez Komisję oraz wersją obecnie procedowaną.

Zgodnie z zapisami art. 23 rozporządzenia, państwa członkowskie mogą wprowadzać mechanizmy mocowe w przypadku, w którym zastosowanie innych środków, takich jak zwiększenie przepustowości transgranicznych, magazynowanie energii, efektywność energetyczna czy mechanizmy strony popytowej nie spowodowałyby wyeliminowania obaw odnośnie do wystarczalności mocy w systemie krajowym. Procedowana obecnie wersja tego przepisu zakłada, że należy go stosować bez uszczerbku dla zasad pomocy publicznej wskazanych w art. 107 i 108 TFUE. W ocenie autora oznacza to w szczególności, że zapisy rozporządzenia pozostają neutralne wobec zasad pomocy publicznej w dwóch aspektach. Z jednej strony, państwa członkowskie wprowadzające mechanizm mocowy nie będą mogły polegać wyłącznie na zgodności z warunkami zawartymi w rozporządzeniu, gdyż niezbędna może okazać się także notyfikacja. Z drugiej zaś – zapisy rozporządzenia należy uwzględniać przy stosowaniu mechanizmów mocowych bez względu na to czy dany mechanizm można uznać za pomoc publiczną, czy też nie.

Rozporządzenie wprowadza również obowiązek skonsultowania decyzji o zastosowaniu mechanizmu mocowego z państwami członkowskimi, z których systemami elektroenergetycznymi krajowy system posiada bezpośrednie połączenie.

Kryteria odnośnie do samych mechanizmów mocowych można podzielić na ogólne i szczegółowe, dotyczące wybranych modeli ich organizacji. Zgodnie z ogólnymi kryteriami zawartymi w art. 23 ust. 3 procedowanego rozporządzenia, mechanizmy mocowe:

- a) nie powinny ograniczać handlu międzynarodowego i kreować niepotrzebnych zakłóceń konkurencji;
- b) muszą być oparte na mechanizmach rynkowych;
- c) powinny dopuszczać udział wszystkich źródeł spełniających określone wymagania techniczne zgodnie z zasadą neutralności technologicznej oraz poprzez zastosowanie sprawiedliwych i przejrzystych zasad;
- d) muszą mieć przejściowy charakter;
- e) być proporcjonalne do celu w postaci zwalczania wątpliwości odnośnie do adekwatności zasobów;
- f) powinny opierać się na kontraktach przyznawanych maksymalnie na jeden rok (zapis ten należy jednak interpretować, zgodnie z rozporządzeniem, bez uszczerbku dla dłuższych kontraktów zawartych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia).

Dodatkowo, z perspektywy państw bazujących na miksie energetycznym opartym na paliwach kopalnych, najbardziej kontrowersyjne kryterium dotyczy poziomu emisyjności jednostki

biorącej udział w mechanizmach mocowych. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem zapisu rozporządzenia zaproponowanym przez Komisję, źródła co do których ostateczna decyzja inwestycyjna została podjęta po wejściu w życie rozporządzenia, będą mogły być stronami umów mocowych wyłącznie w przypadku, w którym ich emisyjność w gramach dwutlenku węgla na kWh energii elektrycznej nie przekracza poziomu 550 jednostek. Zdanie drugie tego samego przepisu w brzmieniu zaproponowanym przez Komisję zawiera podobne ograniczenie dotyczące wszystkich źródeł o emisyjności 550g CO<sub>2</sub>/kWh lub wyższej, przewidując jedynie możliwość włączania do mechanizmów mocowych wszystkich takich źródeł po okresie przejściowym, wynoszącym 5 lat od dnia wejścia w życie rozporządzenia<sup>25</sup>. Naturalnie, przyjęcie takiego rozwiązania wykluczałoby w dłuższym okresie możliwość udziału źródeł opartych na węglu w mechanizmach mocowych. W późniejszym roboczym stanowisku Rada zaproponowała przedłużenie okresu, w jakim jednostki niespełniające limitu emisyjności będą mogły brać udział w mechanizmach mocowych do 2030 r., przy jednoczesnym dodaniu limitu 700 kg emisji CO<sub>2</sub> na 1 MW mocy zainstalowanej.

Kolejny restrykcyjny przepis wskazuje, że mechanizmy mocowe nie powinny być wprowadzane, a wprowadzone mechanizmy podlegać wygaszaniu w przypadku, w którym ogólnounijna ocena w zakresie wystarczalności mocy nie wykaże ich niezbędności.

Dodatkowe kryteria szczególne dotyczą mechanizmu rezerwy strategicznej. Rozporządzenie przewiduje, że tego rodzaju mechanizmy powinny być uruchamiane wyłącznie w przypadku, w którym operatorzy systemu przesyłowego wykorzystali swoje zdolności bilansowe. Wytworzona w takim przypadku energia nie powinna być odsprzedawana na rynkach hurtowych.

Co więcej, zgodnie z art. 24 rozporządzenia, mechanizmy mocowe istniejące w momencie wejścia w życie tego aktu powinny zostać dostosowane do wynikających zeń wymogów, co według stanowiska Rady nastąpić ma „bez uszczerbku dla decyzji z zakresu pomocy publicznej w zakresie zgodności z rynkiem wewnętrznym” wydanych przed dniem wejścia w życie tego aktu. Trudno określić, co w tym przypadku oznacza sformułowanie „bez uszczerbku”. Teoretycznie można byłoby dopatrywać się w nim zabezpieczenia trwałości kontraktów zawartych przed wejściem w życie rozporządzenia bądź też, co mogłoby być jednak nazbyt daleko idące, przesądzenia, że mechanizmy zatwierdzone przez Komisję Europejską nie wymagają dostosowania do nowych, restrykcyjnych przepisów. Wydaje się, że interpretacja tego zapisu powinna być możliwie ostrożna, tym bardziej że w samych decyzjach, na mocy których Komisja zatwierdza mechanizmy mocowe jako zgodne z rynkiem wewnętrznym zawarta jest klauzula zgodnie z którą „decyzja powinna być interpretowana w świetle relewantnych aktów prawa wtórnego, w tym także legislacji, która nie została jeszcze przyjęta na czas wydania decyzji. W tym zakresie Komisja pragnie wskazać na projekt Rozporządzenia o wewnętrznym rynku energii elektrycznej (...) a w szczególności na zasady (takie jak wymagania dotyczące limitów emisyjnych CO<sub>2</sub>, które mechanizmy mocowe powinny inkorporować i do których powinny się stosować, nawet jeśli (mechanizmy te) są już w mocy i zostały uznane za zgodne z zasadami pomocy publicznej w Unii, zgodnie z ostatecznym

<sup>25</sup> W kontekście włączania źródeł do mechanizmów mocowych Komisja użyła sformułowania *shall not be committed*, które można tłumaczyć jako zaangażowanie danego podmiotu w wykonanie określonych działań. Sformułowanie to budziło pewne praktyczne wątpliwości interpretacyjne. Nie było bowiem jasne czy oznacza ono konieczność wyłączenia wszystkich tego rodzaju źródeł z udziału w mechanizmach mocowych po upływie terminu pięciu lat od dnia wejścia w życie rozporządzenia, czy raczej ograniczenie możliwości wyboru tych jednostek jako usługobiorców w ramach mechanizmów mocowych, przy zachowaniu trwałości kontraktów zawartych przed wejściem w życie tej regulacji.

brzmieniem Rozporządzenia kiedy tylko stanie się ono wiążące”<sup>26</sup>. W ocenie autora sformułowanie to oznacza, że mechanizmy mocowe będą musiały zostać dostosowane do przepisów rozporządzenia także w przypadku wcześniejszego stwierdzenia ich zgodności z rynkiem wewnętrznym, co jednak nie powinno wpływać na trwałość zobowiązań zawartych przed jego wejściem w życie. Każda kolejna umowa zawierana w ramach mechanizmów mocowych musiała będzie jednak spełniać warunki podmiotowe i przedmiotowe, jakie zostaną ujęte w ostatecznej wersji rozporządzenia.

Reasumując, wejście w życie rozporządzenia najprawdopodobniej w istotny sposób zmieni architekturę rozwiązań mocowych stosowanych w poszczególnych krajach UE oraz, z uwagi na zapisy dotyczące wzmocnionej współpracy pomiędzy państwami członkowskimi, w dłuższej perspektywie czasowej uczyni z nich mechanizm podlegający zasadom rynku wewnętrznego. Co istotne, stanowi ono instrument harmonizacji, a jego przepisy obejmują zarówno mechanizmy stanowiące pomoc publiczną, jak i te, które za pomoc publiczną nie mogą być uznane, ale których funkcjonowanie jest regulowane przez państwo.

## V. Podsumowanie

W państwach członkowskich UE w ostatnich dziesięcioleciach funkcjonowały lub funkcjonują nadal rozmaite mechanizmy przewidujące wynagrodzenie za moc dyspozycyjną. Z uwagi na rozwój orzecznictwa TSUE, w tym w szczególności orzeczenia zapadłe w sprawach z zakresu wsparcia energetyki odnawialnej, znacząca większość tych mechanizmów daje się zaklasyfikować jako pomoc publiczną. Docelowo jednak, z uwagi na dobro tworzonego wewnętrznego rynku energii, organy unijne nie zamierzają ograniczyć nadzoru nad podobnymi mechanizmami do stosowania prawa pomocy publicznej, które okazuje się nie gwarantować dostatecznego stopnia harmonizacji. Tworzone obecnie przepisy rozporządzenia w sprawie wewnętrznego rynku energii elektrycznej w znaczący sposób wpłyną na zarówno przyszły kształt, jak i dopuszczalność stosowania mechanizmów mocowych w państwach członkowskich. Naturalnie poza regulacją ze strony organów Unii i państw członkowskich pozostaną rozwiązania umowne, w tym w szczególności dotyczące redukcji zapotrzebowania oraz kontrakty opcyjne stosowane pomiędzy wytwórcami, sprzedawcami i dużymi odbiorcami energii.

## Bibliografia

- Barcz, J. (red.). (2006). *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, wyd. 2. Warszawa: Prawo i Praktyka Gospodarcza.
- Breuvart, Ch. i Chassaing, E. (2016). State aid to electricity capacity mechanisms: from an uncoordinated patchwork to a harmonized approach? *Concurrences*, March.
- Cyndecka, M. (2016). *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law. Applicability and Application*. Wolters Kluwer Business.
- Gonzalez-Diaz, F.E. (2015). EU Policy on Capacity Mechanisms. W: L. Hancher, A. De Hauteclocque, M. Sadowska (red.), *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market. Law, Policy and Economics*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>26</sup> Cyt. za: Dec. Komisji z dnia 7 lutego 2018 r. wydana w postępowaniu w sprawie SA.48648 – Belgia – Rezerwa strategiczna, C(2018) 589, wersja ost, przypis nr 31 do punktu 116, tłum. własne.

- Hancher, L. (2015). Capacity Mechanisms and State Aid Control – A European Solution to the ‘Missing Money’ Problem? W: L. Hancher, A. De Hauteclocque, M. Sadowska (red.), *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market. Law, Policy and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Hancher, L., De Hauteclocque, A. i Jones, Ch. (red.). (2016). *EU Energy Law. EU Competition Law and Energy Markets*, (wyd. 4). The Netherlands: Claeys & Casteels.
- Hancher, L., De Hauteclocque, A. i Sadowska, M. (red.). (2015). *Capacity Mechanisms in the EU Energy Market. Law, Policy and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Huhta, K., Kroeger, J., Oyewunmi, T. i Eiamchamronnlarp, P. (2014). Legal and Policy Issues for Capacity Remuneration Mechanisms in the Evolving European Internal Energy Market. *European Energy and Environmental Law Review*, June.
- Righini, E. i Gonzalez Fernandes, J.C. (2016). Capacity Mechanisms and State Aid: between PSOs, Market Liberalisation and Security of Supply. *Journal of European Competition Law & Practice*, September.
- Skoczny, T. (2006). Zakaz antykonkurencyjnej pomocy państwa. W: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki* (wyd. 2). Warszawa: Prawo i Praktyka Gospodarcza.