

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2017 r.

Informacja
Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki Nr 30/2017
w sprawie treści umów sprzedaży energii elektrycznej, o których mowa w art. 82
ustawy o odnawialnych źródłach energii, zawieranych przez wytwórców
w instalacji odnawialnego źródła energii o łącznej mocy zainstalowanej
elektrycznej mniejszej niż 500 kW

W dniu 16 marca 2017 r. w siedzibie Urzędu Regulacji Energetyki, z inicjatywy Prezesa URE, odbyło się spotkanie dotyczące kwestii problemowych związanych z zawieraniem umów sprzedaży energii elektrycznej, o których mowa w art. 82 ustawy o odnawialnych źródłach energii. Podczas spotkania przedyskutowano zagadnienia problemowe dotyczące:

1. rozbieżności występujących pomiędzy zadeklarowanym w ofercie wytwórcy, o której mowa w art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2015 r., poz. 478, z późn. zm.; dalej ustawa OZE), terminem pierwszego wytworzenia energii elektrycznej w ramach aukcyjnego systemu wsparcia a rzeczywistą datą wytworzenia tej energii po raz pierwszy, która w kilku przypadkach jest odpowiednio wcześniejsza lub późniejsza w stosunku do daty wskazanej w ofercie, z zastrzeżeniem zachowania terminów o których mowa w art. 79 ust. 3 pkt 8 w/w ustawy;
2. wolumenu energii elektrycznej objętego obowiązkiem zakupu, wytworzonego w instalacji odnawialnego źródła energii i sprzedanego w ramach aukcyjnego systemu wsparcia, względem ilości energii elektrycznej zadeklarowanej do wytworzenia w poszczególnych latach kalendarzowych, w ofercie, która wygrała aukcję (por. art. 92 ust. 1 ustawy OZE);
3. dopuszczalności wprowadzania do postanowień umów sprzedaży energii elektrycznej, o których mowa w art. 82 ustawy OZE, kar umownych oraz wysokość tych kar, wygenerowanej w instalacji odnawialnego źródła energii w ramach systemu aukcyjnego.

Uwzględniając brzmienie obowiązujących regulacji prawnych oraz występujące stany faktyczne, proszę przyjąć następujące rekomendacje.

Ad. 1

Zgodnie z dyspozycją art. 79 ust. 3 pkt 8 ustawy OZE, uczestnik aukcji obowiązany jest do:

- a) wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii w instalacji odnawialnego źródła energii, która powstanie lub zostanie zmodernizowana po dniu przeprowadzenia aukcji, w terminie 48 miesięcy od dnia zamknięcia aukcji, a w przypadku energii elektrycznej wytworzonej w instalacji odnawialnego źródła energii wykorzystującej do wytworzenia energii elektrycznej:
 - energię promieniowania słonecznego - w terminie 24 miesięcy od dnia zamknięcia aukcji,
 - siłę wiatru na morzu - w terminie 72 miesięcy od dnia zamknięcia aukcji;
- b) rozpoczęcia wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii w instalacji odnawialnego źródła energii nie później niż pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie miesiąca od miesiąca, w którym nastąpiło zamknięcie aukcji - w przypadku wytwórcy, o którym mowa w art. 71 ust. 1.

Zdaniem Prezesa URE nie istnieje w przepisach ustawy OZE norma prawna, która wykluczałaby możliwość rozpoczęcia wytwarzania energii elektrycznej w terminie wcześniejszym lub późniejszym niż zadeklarowany przez wytwórcę w treści jego oferty z zastrzeżeniem, że **wytworzenie po raz pierwszy albo rozpoczęcie wywarzania energii elektrycznej - w zależności od rodzaju instalacji - musi nastąpić po zamknięciu aukcji, a przed upływem terminu wskazanego w art. 79 ust. 3 pkt 8 ustawy OZE.** W myśl art. 79 ust. 3 pkt 6 ustawy, oferta złożona przez uczestnika aukcji zawiera informację o ilości energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wyrażonej w MWh, jaką uczestnik aukcji planuje wytworzyć w instalacji odnawialnego źródła energii, w kolejnych następujących po sobie latach kalendarzowych. Taka konstrukcja analizowanej normy prawnej pozwala przyjąć, iż w granicach wynikających z art. 79 ust. 3 pkt 8 lit a i b ustawy OZE, dopuszczalna jest modyfikacja terminu pierwszego wytworzenia energii elektrycznej, w stosunku do daty podanej w tym względzie przez wytwórcę w treści oferty. Powyższe, z oczywistych względów, może rzutować na wielkości wolumenów energii elektrycznej zadeklarowane przez wytwórcę w poszczególnych latach kalendarzowych, z zastrzeżeniem trzyletnich okresów rozliczeniowych, o których mowa w art. 83 ust. 2 ustawy OZE, jednakże nie jest w ocenie Prezesa URE, sprzeczne z celem i istotą systemu aukcyjnego, w tym w szczególności nie niesie ze sobą ryzyka w kontekście oceny prawidłowości funkcjonowania tego systemu.

Mając na względzie powyższe argumenty oraz brzmienie art. 92 ust. 6 ustawy OZE, który wprost wskazuje, że obowiązek zakupu energii elektrycznej, o której mowa w art. 92 ust. 1 tej ustawy, oraz prawo do pokrycia ujemnego salda przysługuje w okresie określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 77 ust. 1 w:

1) instalacji odnawialnego źródła energii, o której mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1 ustawy OZE, **od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej w instalacji odnawialnego źródła energii** albo w zmodernizowanej instalacji odnawialnego źródła energii, **o którym mowa w art. 79 ust. 3 pkt 8 lit. b ustawy**, i wprowadzenia tej energii do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej, nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2035 r., przy czym okres ten liczy się od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej potwierdzonego wydanym świadectwem pochodzenia;

2) instalacji odnawialnego źródła energii, o której mowa w art. 72 ust. 1 pkt 2 ustawy OZE, **od dnia wytworzenia po raz pierwszy energii elektrycznej w tych instalacjach** albo w zmodernizowanej instalacji odnawialnego źródła energii i wprowadzenia tej energii do sieci dystrybucyjnej lub przesyłowej, nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2035 r., przy czym okres ten liczy się **od dnia sprzedaży po raz pierwszy energii elektrycznej po dniu zamknięcia aukcji** -

- rekomenduję, aby w umowach sprzedaży energii elektrycznej zawieranych pomiędzy zwycięzcą aukcji, a sprzedawcą zobowiązanym jako datę pierwszego wytworzenia energii elektrycznej w ramach systemu aukcyjnego, przyjąć datę, w której nastąpiło faktyczne wytworzenie energii, o której wytwórca informuje Prezesa URE w trybie art. 83 ust. 1 pkt 2 ustawy OZE, przy czym koniecznym jest, dochowanie w tym zakresie maksymalnych terminów ustawowych, o których mowa w art. 79 ust. 3 pkt 8 ustawy OZE. Nadto - na zasadzie dobrej praktyki - rekomenduję również, aby informację, o której mowa w zdaniu poprzedzającym, wytwórcy przekazywali także bezpośrednio do sprzedawcy zobowiązanego oraz równolegle do operatora rozliczeń energii odnawialnej.

Podsumowując, datą pierwszego wytworzenia energii elektrycznej przyjmowaną na potrzeby wykonania umów na sprzedaż energii elektrycznej w ramach systemu aukcyjnego, jest data faktycznego wytworzenia energii elektrycznej i wprowadzenia tej energii do sieci elektroenergetycznej, przy uwzględnieniu obowiązku dochowania przez wytwórców maksymalnych terminów ustawowych, o których mowa art. 79 ust. 3 pkt 8 ustawy OZE.

Dodatkowo zwracam uwagę na treść Informacji Prezesa URE nr 8/2017 z dnia 16 stycznia 2017 r., zgodnie z którą istotą aukcyjnego systemu wsparcia jest sprzedaż energii elektrycznej wytworzonej w instalacji odnawialnego źródła energii, wraz z gwarancją jej zakupu oraz pokrycia ujemnego salda, o których mowa w art. 92 i art. 93 ustawy OZE.

Istotnym przy tym jest, iż rozpoczęcie sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej w systemie aukcyjnym, a więc objętej wsparciem uwarunkowane jest spełnieniem wynikających z obowiązujących regulacji prawnych warunków, w tym między innymi uzyskaniem w określonych przypadkach wpisu do rejestru wytwórców energii w małej instalacji, względnie koncesji Prezesa URE.

Ad. 2

W myśl art. 79 ust. 3 pkt 6 ustawy OZE uczestnik aukcji oferuje ilość energii elektrycznej jaką w przypadku wygrania aukcji, planuje wytworzyć w instalacji odnawialnego źródła energii i sprzedać w kolejnych następujących po sobie latach kalendarzowych. Zobowiązanie wynikające z przepisu art. 79 ust. 3 pkt 6 ustawy OZE należy rozpatrywać w oparciu o normę zawartą w art. 83 ust. 2 tej samej ustawy, zgodnie z którą rozliczenie obowiązku wytworzenia energii elektrycznej przez wytwórcę, który wygrał aukcję, w ilości wskazanej przez niego w ofercie, następuje po zakończeniu okresu każdych trzech pełnych lat kalendarzowych, w którym przysługiwało wsparcie oraz po zakończeniu okresu wsparcia. Zestawienie wykładni powołanych wyżej regulacji pozwala postawić tezę, że zgodnie z przyjętym założeniem systemowym, wytwórca zobowiązany jest do realizacji planu wytwarzania energii elektrycznej w ramach mechanizmu aukcyjnego w oparciu o okresy roczne, niemniej jednak z uwagi na przyjęte trzyletnie okresy rozliczeniowe ww. obowiązku, za dopuszczalne należy uznać rozwiązanie umowne, według którego wytwórca będzie mógł dokonywać przesunięć w ramach rocznych wolumenów wytwarzanej energii elektrycznej, jednakże wyłącznie do wysokości sumy ilości energii elektrycznej zadeklarowanej w ofercie w okresie trzech pełnych kolejnych lat kalendarzowych. Dodatkowo, art. 82 ust. 1 pkt 6 ustawy OZE dotyczący istotnych postanowień umowy zawieranej przez wytwórców energii elektrycznej w instalacji odnawialnego źródła energii o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej mniejszej niż 500kW, z właściwymi sprzedawcami zobowiązanymi, wprost odwołuje się do okresów 3 letnich, o których mowa w art. 83 ust. 2 tej ustawy. Powyższe pozwala na przyjęcie wykładni, według której okresy te mają zastosowanie do rozliczeń między wytwórcami, a sprzedawcami zobowiązanymi, co zobrazować należy w następujący sposób. Wtwórca może rozliczyć ilość energii elektrycznej większą niż zadeklarował na dany rok w treści oferty, niemniej jednak, rozliczenie może następować wyłącznie do wolumenu energii elektrycznej stanowiącego sumę jej ilości zadeklarowanej w ofercie dla okresu trzyletniego. Analogiczne stanowisko potwierdzili podczas spotkania przedstawiciele Zarządcy Rozliczeń S.A., zdaniem których brak jest w ustawie OZE podstaw do odmowy realizacji wniosków o pokrycie ujemnego salda, składanych przez sprzedawców zobowiązanych w odniesieniu do ilości energii przekraczającej roczny wolumen energii elektrycznej zadeklarowany w ofercie wytwórcy.

Na kanwie przeprowadzonej w trakcie spotkania dyskusji, przedstawione powyżej argumenty znalazły akceptację zarówno po stronie sprzedawców zobowiązanych, jak i operatora rozliczeń energii odnawialnej. Przedstawiciele obecnych sprzedawców zobowiązanych zadeklarowali dokonanie modyfikacji odpowiednich klauzul w umowach na sprzedaż energii elektrycznej w ramach systemu aukcyjnego, celem dostosowania ich na wypadek zmiennej - w porównaniu z planowaną - generacji energii elektrycznej przez wytwórców będących stroną tych umów. Deklaracja ta zyskała akceptację przedstawicieli operatora rozliczeń energii odnawialnej, w kontekście planowanych wypłat na pokrycie ujemnego salda.

Ad. 3.

Ustawa OZE szczegółowo nie określa treści umowy na sprzedaż energii elektrycznej, o której mowa w art. 82 ust. 1 tej ustawy, a jedynie wskazuje na jej istotne przedmiotowo – podmiotowe postanowienia. W konsekwencji, strony mają swobodę w kształtowaniu treści tego rodzaju kontraktu, jednakowoż przy zachowaniu jego obligatoryjnych elementów. Aktualnie największą wątpliwość rodzi wymóg uregulowania w umowie odpowiedzialności stron za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Brzmienie art. 82 ust. 1 pkt 6 ustawy OZE nie wyklucza możliwości zawierania w tego typu umowach zapisów o karach umownych. Dyskusyjna pozostaje natomiast wysokość tego rodzaju sankcji. Kara umowna powinna być wyrażona wprost w pieniądzu albo przez wskazanie parametrów odnoszących się do zabezpieczonego świadczenia, które umożliwiają ustalenie jej wysokości. Stosując instytucję kary umownej należy brać pod uwagę ich rolę, a więc funkcję stymulującą wykonanie zobowiązania, funkcję represyjną oraz funkcję kompensacyjną, która umożliwia naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt I ACa 591/16). Postanowienia umowne określające naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy na sprzedaż energii, o której mowa w art. 82 ust. 1 ustawy OZE, **powinny mieć proporcjonalny charakter i nie powinny stanowić źródła wzbogacenia się poszkodowanego, jak również nie powinny przewyższać szkody strony umowy zobowiązanej do zakupu energii elektrycznej, zaś wysokość kar umownych nie powinna być wygórowana.** W tym kontekście zwracam w szczególności uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt I ACa 1673/15, zgodnie z którym przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Warto w tym miejscu przytoczyć również fragment wyroku

Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 września 2016 r., wydany w sprawie o sygn. akt I ACa 252/16, zgodnie z którym *„W wypadku zastrzeżenia kary umownej wierzyciel nie ma obowiązku wykazania faktu szkody i jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz, że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania. Zagadnienie wysokości szkody może mieć natomiast znaczenie, w świetle art. 484 § 2 k.c., dla miarkowania kary umownej. Jeżeli podniesiono zarzut miarkowania kary trzeba niewątpliwie wziąć pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar, zwłaszcza że przesłanka "rażącego wygórowania" implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą, a żądaną wysokością kary. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.*

Z kolei, w wyroku z dnia 23 września 2016 r., sygn. akt I ACa 302/16 Sąd Apelacyjny w Białymstoku wskazał, iż *„Kara umowna przewidziana w art. 483 k.c. stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricte kara umowna różni się jedynie tym, że należy się ona bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli zaś chodzi o podstawy odpowiedzialności, to ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że owo niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności - art. 471 k.c.”.* Natomiast w wyroku z dnia 17 czerwca 2016 r., sygn. akt IV CSK 674/15 Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż *„Oceniając wysokość kary umownej, w związku z podniesieniem zarzutu jej miarkowania, należy brać pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar. Względy aksjologiczne przemawiają bowiem za tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.”.*

Istotny również wydaje się wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt I ACa 218/16, zgodnie z którym wysokość szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, może być tylko jednym z kryteriów i przesłanek podejmowania decyzji o zastosowaniu miarkowania kary umownej. Sąd ten wskazał, iż w świetle oceny okoliczności faktycznych danej sprawy kara umowna winna odznaczać się przymiotem adekwatności.

Konstruując szczegółowe postanowienia umów, o których mowa w art. 82 ust. 1 ustawy OZE rekomenduję zatem uwzględnienie przedstawionych powyżej poglądów judykatury.