

POSTANOWIENIE

Dnia 8 października 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Józef Iwulski (przewodniczący)

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

SSN Krzysztof Staryk

Protokolant Anna Matura

w sprawie z powództwa P. Spółki Akcyjnej z siedzibą w B. następcy prawnego P.
Spółki Akcyjnej z siedzibą w N.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o ustalenie wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 8 października 2014 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 17 stycznia 2013 r.,

postanawia:

I. na podstawie art. 267 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z następującymi pytaniami prawnymi:

1. czy art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej oraz art. 4 ust. 2 decyzji Komisji Europejskiej z dnia 25 września 2007 r. należy interpretować w ten sposób, że w przypadku uznania przez Komisję Europejską pomocy publicznej za zgodną ze wspólnym rynkiem sąd krajowy nie jest uprawniony do weryfikowania, czy przepisy krajowe uznane za dozwoloną pomoc publiczną są zgodne z założeniami zawartymi w Komunikacie Komisji dotyczącym metodologii analizy pomocy państwa związanej z

kosztami osieroconymi (dalej Metodologia kosztów osieroconych)?

2. czy art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej oraz z art. 4 ust. 1 i 2 decyzji Komisji Europejskiej z dnia 25 września 2007 r. interpretowane w świetle punktów 3.3 i 4.2 Metodologii kosztów osieroconych należy rozumieć w ten sposób, że przy realizacji programu pomocy publicznej uznanego przez Komisję Europejską za zgodny ze wspólnym rynkiem, korekty rocznej kosztów osieroconych dla wytwórców należących do grup kapitałowych dokonuje się z założeniem, że istotna jest jedynie przynależność wytwórcy do grupy kapitałowej według stanu przedstawionego w załącznikach do aktu prawnego ocenianego przez Komisję Europejską, czy też w każdym roku dokonywania korekty kosztów osieroconych należy uwzględniać faktyczną przynależność w tym czasie beneficjenta programu pomocy publicznej związanej z kosztami osieroconymi do grupy kapitałowej z udziałem innych wytwórców objętych tym programem?

II. rozprawę odroczyć.

UZASADNIENIE

I. Przedmiot postępowania

Spór w niniejszej sprawie toczy się między P.S.A. z/s w B. [...] a Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki (dalej jako Prezes Urzędu lub organ regulacji energetyki) o wysokość korekty kosztów osieroconych dla powoda za 2009 r. Podstawę prawną tego sporu stanowi ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz. U. Nr 130, poz. 905 ze zm., dalej jako ustawa KDT), uznana przez Komisję Europejską decyzją z dnia 25 września 2007 r. (dalej jako decyzja Komisji)

za pomoc publiczną „zgodną ze wspólnym rynkiem zgodnie z Metodologią kosztów osieroconych”.

Przedmiotem sporu w postępowaniu zawisłym przed Sądem Najwyższym jest kwestia uwzględniania przy dokonywaniu corocznej korekty kosztów osieroconych dla przedsiębiorstwa energetycznego takiego jak powód części wyniku finansowego wypracowanego przez innego wytwórcę energii objętego zakresem podmiotowym ustawy KDT (tj. przedsiębiorstwa energetycznego P. S.A., dawniej E. S.A., dalej w skrócie jako ELB). Przedsiębiorstwo to, zajmujące się wytwarzaniem energii, objęte jest zakresem podmiotowym ustawy KDT. ELB nie ma statusu prawnego „wytwórcy” w rozumieniu ustawy KDT, lecz status podmiotu, którego wyniki finansowe uwzględniane są przy dokonywaniu korekty kosztów osieroconych innego wytwórcy energii objętego ustawą KDT, wchodzącego w skład grupy kapitałowej z udziałem tego podmiotu. Niemniej na użytek pytania prejudycjalnego w niniejszej sprawie przyjęto założenie, zgodnie z którym ELB należy traktować tak jak innych wytwórców energii objętych ustawą KDT, stąd określenie „wytwórca” użyte w dalszej części uzasadnienia obejmuje zarówno wytwórców w rozumieniu ustawy KDT, jak i ELB.

Istota sporu sprowadza się do zagadnienia, czy wyniki finansowe ELB rzutują na wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych należnych powodowi, czy też mogą wpływać na wysokość tej korekty wyłącznie w przypadku tych wytwórców energii, którzy zostali zaliczeni do składu grupy kapitałowej z udziałem ELB w załączniku nr 7 do ustawy KDT.

Powód w okresie, za który dokonywana jest korekta kosztów osieroconych w niniejszej sprawie (2009 r.), wchodził wraz z ELB w skład tej samej grupy kapitałowej. Dlatego Prezes Urzędu przyjmuje, że wynik finansowy ELB powinien być uwzględniany przy ustalaniu wysokości korekty kosztów osieroconych powoda, zgodnie z zasadą uwzględniania aktualnej przynależności wytwórców do grup kapitałowych działających na polskim rynku energetycznym. Z kolei powód zajmuje przeciwne stanowisko, argumentując, że w okresie stosowania ustawy KDT dla dokonywania korekty rocznej kosztów osieroconych z udziałem ELB relewantny jest jedynie skład grup kapitałowych według stanu opisanego w załączniku nr 7 do ustawy KDT. W konsekwencji okoliczność, że w roku, za który dokonywana jest

korekta kosztów osieroconych, powód wchodził w skład tej samej grupy kapitałowej co ELB nie ma znaczenia dla ustalania wysokości korekty kosztów osieroconych dla takiego wytwórcy jak powód. W świetle treści załącznika nr 7 do ustawy KDT powód prowadził działalność wytwórczą przy użyciu jednostek wytwórczych należących do grupy kapitałowej o innym składzie podmiotowym niż miało to miejsce w rzeczywistości w 2009 r. Dlatego nie ma podstaw do uwzględnienia w korekcie kosztów osieroconych powoda wyniku finansowego ELB, z którym powód wchodzi w skład grupy kapitałowej w okresie, za który dokonywana jest korekta kosztów osieroconych.

II. Znaczenie rozstrzygnięcia wątpliwości prawnych Sądu Najwyższego dla rozstrzygnięcia sprawy

Rozstrzygnięcie powyższego problemu prawnego wpływa na wysokość pomocy publicznej, jaką powód ostatecznie otrzyma za 2009 r. Wpływa także na wysokość pomocy publicznej należnej powodowi i innym wytwórcom energii z obecnej grupy kapitałowej powoda w kolejnych latach kalendarzowych dokonywania korekty kosztów osieroconych.

Jeżeli korekta kosztów osieroconych powinna być dokonywana z uwzględnieniem składu grup kapitałowych wg treści załącznika nr 7 do ustawy KDT, a w szczególności z uwzględnieniem przynależności ELB do innej grupy kapitałowej niż obecnie, powodowi będzie przysługiwać pomoc publiczna w większej wysokości.

Jeżeli korekta kosztów osieroconych powinna być dokonywana z uwzględnieniem faktycznego składu grup kapitałowych w okresie rozliczania kosztów osieroconych, pomoc publiczna zostanie udzielona powodowi – ostatecznie – w niższej wysokości.

III. Przepisy prawa krajowego i przepisy prawa unijnego

Art. 2 ustawy KDT

Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- 1) **grupa kapitałowa** - grupę kapitałową w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694, z późn. zm.²⁾);
[...]
- 2) **jednostka wytwórcza** - wyodrębniony zespół urządzeń służący do wytwarzania energii elektrycznej, opisany przez dane techniczne i handlowe;
[...]
- 7) **wytwórca** - przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej będące stroną umowy długoterminowej, z wyłączeniem Polskich Sieci Elektroenergetycznych Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;
[...]
- 12) **koszty osierocone** - wydatki wytwórcy niepokryte przychodami uzyskanymi ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych na rynku konkurencyjnym po przedterminowym rozwiązaniu umowy długoterminowej, wynikające z nakładów poniesionych przez tego wytwórcę do dnia 1 maja 2004 r. na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej.

Art. 32 ustawy KDT

1. W przypadku gdy wytwórca, który zawarł umowę rozwiązującą, wchodzi w skład grupy kapitałowej, w kalkulacji kosztów osieroconych uwzględnia się wielkości oznaczone symbolami "N", "S_D", "R" i "P", o których mowa w art. 27 ust. 1, w odniesieniu do każdego wytwórcy oraz podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w jednostkach wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy.

2. Wysokość korekt, o których mowa w art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, koryguje się w przypadku, gdy:

- 1) wynik prognozowany i rzeczywisty był dodatni - o dodatnią różnicę pomiędzy wynikiem rzeczywistym a prognozowanym $D W_{dk(i-1)}$, o którym mowa w art. 30 ust. 1, podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) wynik prognozowany był ujemny, a wynik rzeczywisty dodatni - o rzeczywisty wynik finansowy na działalności operacyjnej podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

3. W przypadku gdy korekty, o których mowa w art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, dla wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej są dodatnie, wartości wynikające z ust. 2 pomniejszają wysokość korekty, o której mowa w art. 30 ust. 1 i 2, proporcjonalnie do udziału kwoty maksymalnej kosztów osieroconych ustalonej dla danego wytwórcy w sumie kwot maksymalnych tych kosztów wszystkich wytwórców wchodzących w skład tej grupy.

Załącznik nr 7 do ustawy KDT

WYKAZ JEDNOSTEK WYTWÓRCZYCH UWZGLĘDNIONYCH W KALKULACJI KOSZTÓW OSIEROCONYCH WYTWÓRCÓW I UWZGLĘDNIAJĄCYCH W KOREKTACH KOSZTÓW OSIEROCONYCH

Lp.	Nazwa wytwórcy lub podmiot	Jednostka wytwórcza
1	2	3
1	BOT Górnictwo i Energetyka S.A.	
1.1	Elektrownia Opole S.A.	
		Elektrownia Opole - bloki 1-4
1.2	Elektrownia Bełchatów S.A.	

		Elektrownia Bełchatów - 1-4
		Elektrownia Bełchatów - 5-12
1.3	Elektrownia Turów S.A.	
		Elektrownia Turów - bloki 1-3
		Elektrownia Turów - bloki 4-6
		Elektrownia Turów - bloki 8-10
2	Zespół Elektrowni Pątnów-Adamów-Konin S.A.	
		Elektrownia Konin - kolektor
		Elektrownia Pątnów II
		Elektrownia Konin - bloki 8, 9
		Elektrownia Adamów - bloki 1-5
		Elektrownia Pątnów - bloki 1-6
3	Południowy Koncern Energetyczny S.A.	
		Elektrownia Jaworzno II
		Blok 2
		JA II blok 3 [JW2 1-03]
		JA II układ kolekt. [JW2 1-01, 1-04, 1-06]
		Elektrownia Jaworzno III
		Elektrownia Jaworzno III - bloki 1, 2, 5, 6 z IOS
		Elektrownia Jaworzno III - bloki 3, 4 bez IOS
		Elektrownia Łagisza - bloki 6, 7
		Elektrownia Siersza - bloki 1, 2
		Elektrownia Siersza - bloki 3, 6
		Elektrownia Łaziska - bloki 1, 2
		Elektrownia Łaziska - bloki 9-12
		Elektrociepłownia Bielsko-Biała - Elektrociepłownia
		Elektrociepłownia Bielsko-Biała I
		Elektrociepłownia Katowice
		Elektrownia Halemba - bloki 1-4
		Elektrownia Blachownia
		Elektrownia Łagisza - bloki 1-5 bez IOS
		Elektrownia Siersza - bloki 4, 5 bez IOS
4	Elektrownia Kozienice S.A.	
		Elektrownia Kozienice - bloki 2, 4
		Elektrownia Kozienice - bloki 9, 10

		Elektrownia Kozienice - bloki 1, 8
		Elektrownia Kozienice - bloki 3, 5
		Elektrownia Kozienice - bloki 6, 7
5	Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A.	
		Elektrownia Dolna Odra - bloki 1, 2
		Elektrownia Dolna Odra - Pomorzany 1, 2
		Elektrownia Dolna Odra - bloki 7, 8
		Elektrownia Dolna Odra - bloki 3, 4
		Elektrownia Dolna Odra - bloki 5, 6
		EC Szczecin
6	Elektrociepłownia Kraków S.A.	
		Elektrociepłownia Kraków - bloki 3, 4
		Elektrociepłownia Kraków - bloki 1, 2
7	Elektrociepłownia Zielona Góra S.A.	
		Elektrociepłownia Zielona Góra - część gazowa
		Elektrociepłownia Zielona Góra - część węglowa
8	Elektrociepłownia Rzeszów S.A.	Elektrociepłownia Rzeszów
9	Elektrociepłownia Nowa Sarzyna Sp. z o.o.	Elektrociepłownia Nowa Sarzyna
10	Elektrociepłownia Lublin-Wrotków Sp. z o.o.	Elektrociepłownia Lublin-Wrotków
11	Elektrociepłownia Chorzów ELCHO Sp. z o.o.	Elektrociepłownia Chorzów ELCHO
12	Elektrociepłownia Gorzów S.A.	
		Elektrociepłownia Gorzów - część gazowa
		Elektrociepłownia Gorzów - część węglowa

Art. 3 ust. 1 ustawy o rachunkowości

Ileć w ustawie jest mowa o:

[...]

44) grupie kapitałowej - rozumie się przez to jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi;

[...]

Art. 4 decyzji Komisji

1. Rekompensaty przewidziane w Ustawie stanowią pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE udzielaną na rzecz wytwórców wymienionych w Załączniku nr 2 do tej Ustawy.

2. Pomoc państwa, o której mowa w ust. 1, jest zgodna ze wspólnym rynkiem zgodnie z Metodologią kosztów osieroconych.

Pkt 3.3 oraz 4.2 Komunikatu Komisji dotyczące metodologii analizy pomocy państwa związanej z kosztami osieroconymi

3.3. Takie zobowiązania i gwarancje działania muszą być narażone na ryzyko nie uszanowania z powodu postanowień Dyrektywy 96/92/EC. W celu zakwalifikowania do kosztów osieroconych, zobowiązania i gwarancje muszą w konsekwencji stać się nie-ekonomiczne z powodu skutków Dyrektywy i muszą znacząco wpływać na konkurencyjność danego przedsiębiorstwa. Między innymi musi to skutkować zapisami księgowymi (np. rezerwami) planowanymi dla odzwierciedlenia przewidywanego wpływu tych zobowiązań i gwarancji. Szczególnie tam, gdzie w rezultacie zobowiązań i gwarancji zdolność do istnienia mogłaby być zagrożona bez pomocy lub środków przejściowych, takie zobowiązania i gwarancje są uważane za spełniające wymagania określone w poprzednim paragrafie.

Skutek takich zobowiązań i gwarancji dla konkurencyjności lub zdolności do istnienia przedsiębiorstw będzie oceniany na poziomie skonsolidowanym.

Aby jakieś zobowiązania lub gwarancje stanowiły koszty osierocone, musi być możliwe ustalenie związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy wejściem w życie Dyrektywy 96/92/EC a trudnościami, które mają zainteresowane przedsiębiorstwa w honorowaniu lub zapewnieniu zgodności z tymi zobowiązaniami lub gwarancjami. W celu ustalenia takiego związku przyczynowo- skutkowego, Komisja weźmie pod uwagę spadek cen na energię elektryczną albo stratę udziałów w rynku tych przedsiębiorstw. Zobowiązania i gwarancje, które niezależnie od wejścia w życie Dyrektywy nie mogły być honorowane, nie stanowią kosztów osieroconych.

4.2 **System płatności tej pomocy musi uwzględniać przyszły rozwój konkurencji.** Rozwój ten może być oceniony w szczególności przez ilościowe wskaźniki (ceny, udział w rynku, inne właściwe składniki wskazane przez państwo członkowskie). Ponieważ zmiany w warunkach konkurencji mają bezpośredni skutek dla sumy odpowiednich kosztów osieroconych, suma wypłaconej pomocy koniecznie będzie uwarunkowana rozwojem prawdziwej konkurencji, a **kalkulacja pomocy do wypłacenia w określonym czasie będzie musiała uwzględniać zmiany w odpowiednich wskaźnikach pozwalające na ocenę stopnia osiągniętej konkurencji.**

IV. Stan faktyczny, przebieg postępowania i argumentacja stron

Powód i P. S.A. (dalej jako ELB) wchodzi obecnie w skład grupy kapitałowej PGE S.A. Podmiot ten tworzą następujący wytwórcy energii objęci ustawą KDT: 1) PGE Elektrownia Opole S.A., 2) PGE Elektrownia Turów S.A., 3) PGE Zespół Elektrowni Dolna Odra S.A. (powód), 4) PGE Elektrociepłownia Lublin-Wrotków Sp. z o.o., 5) PGE Elektrociepłownia Rzeszów S.A. oraz 6) PGE Elektrociepłownia Gorzów S.A. W skład tej grupy kapitałowej wchodzi także ELB (obecnie PGE Elektrownia Bełchatów S.A., dawniej Elektrownia Bełchatów S.A.). Przedsiębiorstwo to nie ma statusu wytwórcy w rozumieniu ustawy KDT, lecz status podmiotu, którego wynik finansowy może wpływać na wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych tych wytwórców energii, z którymi tworzy grupę kapitałową.

Powód i ELB nie tworzyli jednej grupy kapitałowej w okresie, gdy powód zaciągał zobowiązania, z tytułu spłaty których powstają u niego koszty osierocone.

ELB nie została także zaliczona w skład tej samej grupy kapitałowej co powód w załączniku 7 do ustawy KDT oraz w decyzji Komisji Europejskiej, mimo iż w dacie uchwalenia ustawy KDT, jak również w dacie wydania decyzji przez Komisję, powód i ELB wchodziły już w skład tej samej grupy kapitałowej (Polska Grupa Energetyczna S.A.).

Niniejsza sprawa zapoczątkowana została odwołaniem powoda od decyzji Prezes Urzędu z 30 lipca 2010 r., w której organ regulacji energetyki ustalił wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla powoda za rok 2009 na kwotę (+) 24.077.793 zł. W decyzji Prezesa Urzędu przyjęto, że obliczoną kwotę korekty kosztów osieroconych dla powoda za rok 2009 należy pomniejszyć o wynik finansowy ELB.

Prezes Urzędu miał na względzie, że podmiot ten wchodził w 2009 r. wraz z powodem w skład grupy kapitałowej PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. Według Prezesa Urzędu, z art. 32 ustawy KDT wynika unormowanie, zgodnie z którym wytwórcy powinni korzystać ze wsparcia innych podmiotów będących w grupie kapitałowej i uczestniczących w rozliczeniu kosztów osieroconych przed skorzystaniem z pomocy publicznej. Dlatego ostateczna wysokość kosztów osieroconych ustalonych w danym roku dla konkretnego wytwórcy powinna uwzględniać zyski osiągnięte przez inne podmioty w grupie kapitałowej zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej, których jednostki wytwórcze zostały wymienione w załączniku 7 do ustawy KDT. Takim podmiotem jest ELB, choć w załączniku nr 7 do ustawy KDT ELB nie została zaliczona do tej samej grupy kapitałowej, co powód.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem w całości. W uzasadnieniu odwołania powód podniósł, że art. 32 ust. 1 ustawy KDT stosuje się wyłącznie do podmiotów, które wskazano jako stanowiące grupę kapitałową w załączniku nr 7 do ustawy KDT. Z treści załącznika wynika, że powód nie należy do grupy kapitałowej z udziałem ELB, ponieważ ELB wchodzi w skład grupy kapitałowej BOT Górnictwo i Energetyka S.A. z udziałem Elektrowni Opole S.A. oraz Elektrowni Turów S.A. (obecnie wszyscy ci wytwórcy wchodzić wraz z powodem w skład tej samej grupy kapitałowej, tj. PGE Polska Grupa Energetyczna S.A.).

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z 4 czerwca 2012 r., uwzględnił odwołanie powoda i ustalił wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych za 2009 r. na kwotę (+) 116.985.205 zł. W zakresie istotnym dla pytania prejudycjalnego Sąd pierwszej instancji podzielił argumentację powoda.

Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z 17 stycznia 2013 r., oddalił apelację Prezesa Urzędu. Sąd drugiej instancji przyjął, że aby możliwe było posłużenie się przy korekcie kosztów osieroconych wynikiem finansowym innego podmiotu konieczne jest, aby podmiot ten wchodził w skład tej samej grupy kapitałowej, co inny wytwórca, według treści załącznika nr 7 do ustawy. Jak wynika z treści tego załącznika dla potrzeb korygowania korekty rocznej na podstawie ustawy KDT, podmiot taki jak ELB wchodzi w skład grupy kapitałowej BOT Górnictwo i Energetyka S.A., którą tworzy wraz z ELO oraz ELT. Zatem według treści załącznika 7 do ustawy KDT ELB nie wchodzi w skład tej samej grupy kapitałowej, co powód. W konsekwencji wynik finansowy ELB nie może wpływać na wynik finansowy powoda.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił w szczególności naruszenie art. 32 ustawy KDT w związku z art. 2 pkt 1 ustawy KDT przez niezastosowanie tego przepisu w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy na skutek przyjęcia, że powód nie wchodził w skład tej samej grupy kapitałowej, co ELB. Prezes Urzędu podnosi, że powód w dacie wydania decyzji Prezesa Urzędu należał do grupy kapitałowej PGE S.A., w skład której wchodził także ELB. W uzasadnieniu zarzutu Prezes Urzędu odwołał się do Metodologii kosztów osieroconych, argumentując, że przepisy ustawy KDT należy wyklądać i stosować z jej uwzględnieniem. W ocenie Prezesa Urzędu, z pkt 3.3 oraz pkt 4.2 Metodologii kosztów osieroconych wynika konieczność rozliczania kosztów osieroconych z uwzględnieniem rzeczywistej przynależności wytwórców energii objętych ustawą KDT do grup kapitałowych według stanu za każdy rok dokonywania korekty kosztów osieroconych.

Powód w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie. W pismach procesowych złożonych w toku postępowania kasacyjnego powód przedstawił następującą argumentację w zakresie istotnym dla przedmiotu pytań prejudycjalnych.

Po pierwsze, załącznik nr 7 do ustawy KDT zawiera jednostki wytwórcze uszeregowane w określone struktury w kolejno ponumerowanych wierszach tego załącznika. Uszeregowanie to odzwierciedla założenia, jakie towarzyszyły opracowaniu modelu kalkulacji kosztów osieroconych, w tym takich wielkości prognozowanych w załącznikach do ustawy KDT jak prognozowane koszty osierocone i wyniki finansowe dla każdego z wytwórców wskazanych odpowiednio w załączniku nr 3 i załączniku nr 5 ustawy KDT. Ustawodawca określił w sposób wyczerpujący jednostki wytwórcze, która należy uwzględnić podczas kalkulacji korekt rocznych kosztów osieroconych danego wytwórcy. Dlatego nie można uznać argumentacji Prezesa Urzędu, zgodnie z którą wyniki finansowe uzyskiwane z działalności wytwórczej na poszczególnych jednostkach wytwórczych wskazanych w załączniku nr 7 do ustawy KDT pozwalają na korygowanie kosztów osieroconych dowolnego innego wytwórcy objętego ustawą KDT.

Po drugie, z art. 32 ust. 1 ustawy KDT w związku z załącznikiem nr 7 wynika, że aby możliwe było uwzględnienie w kalkulacji kwoty korekty rocznej kosztów osieroconych danego wytwórcy wyniku finansowego innego podmiotu konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek: 1) funkcjonowanie wytwórcy i podmiotu, o którym mowa w art. 32 ustawy KDT (to jest ELB) w jednej grupie kapitałowej; 2) przypisanie przez ustawodawcę danemu wytwórcy w załączniku nr 7 do ustawy KDT jednostek wytwórczych podmiotu, o którym mowa w art. 32 ustawy KDT (to jest ELB), jako jednostek uwzględnianych w kalkulacji kosztów osieroconych tego wytwórcy.

Po trzecie, treść załącznika nr 7 do ustawy KDT ma znaczenie wyłącznie dla drugiej z wymienionych wyżej przesłanek. Załącznik nr 7 do ustawy KDT rozstrzyga mianowicie o tym, u jakiego wytwórcy energii objętego ustawą KDT uwzględnia się wyniki finansowe takiego podmiotu jak ELB.

Po czwarte, system rekompensaty kosztów osieroconych przewidziany ustawą KDT został zbudowany na modelu finansowym, którego składowe niezbędne do kalkulacji kwot kosztów osieroconych zostały wskazane w załącznikach do ustawy KDT. Istotnym elementem tego modelu było wyliczenie kosztów osieroconych wytwórców w oparciu o określone jednostki wytwórcze. W przypadku powoda tymi jednostkami były, zgodnie z wierszem nr 5 załącznika nr 7

do ustawy KDT, określone bloki energetyczne w wymienionych w załączniku przedsiębiorstwach wytwórczych. Dlatego niedopuszczalne jest modyfikowanie parametrów funkcjonowania danego wytwórcy, które stanowiły podstawę opracowania modelu służącego kalkulacji kosztów osieroconych.

Zaprezentowaną powyżej argumentację powoda można podsumować w następujący sposób: załącznik nr 7 do ustawy KDT wymienia nie tylko wytwórców i jednostki wytwórcze objęte programem pomocy publicznej dla kosztów osieroconych, ale także rozstrzyga, że wyniki finansowe uzyskiwane na jednostkach wytwórczych ELB uwzględniane są w korekcie kosztów osieroconych wyłącznie tych wytwórców energii, którzy należeli do BOT Górnictwo i Energetyka S.A., a w roku kalendarzowym, za który dokonywana jest korekta kosztów osieroconych wchodził w skład grupy kapitałowej z udziałem ELB. Jeżeli w skład tej samej grupy kapitałowej wchodziłi inni wytwórcy niż Elektrownia Opole S.A. i Elektrownia Turów S.A., wówczas wyniki ELB nie wpływają na wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych tych innych wytwórców.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozstrzygnięcie o zasadności skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu wymaga uprzedniego rozwiązania podniesionych w sformułowanych powyżej pytaniach prejudycjalnych wątpliwości dotyczących obowiązków sądów krajowych orzekających w sprawach z zakresu unijnego prawa pomocy publicznej oraz wykładni decyzji Komisji w związku z Metodologią kosztów osieroconych.

Pierwsze pytanie zmierza do wyjaśnienia przez Trybunał Sprawiedliwości wątpliwości Sądu Najwyższego dotyczących kwestii, czy sąd krajowy orzekający w takiej sprawie jak niniejsza ma obowiązek wyklądać i stosować przepisy prawa krajowego z uwzględnieniem decyzji Komisji uznającej program pomocy publicznej za zgodny ze wspólnym rynkiem oraz Metodologią kosztów osieroconych, po to by dostosować rzeczywisty poziom pomocy publicznej wypłacanej wytwórcom energii na podstawie ustawy KDT do założeń leżących u podstaw decyzji Komisji, czy też pozytywna decyzja Komisji o uznaniu pomocy publicznej za zgodną ze wspólnym rynkiem zwalnia sąd krajowy z konieczności weryfikowania zgodności procesu

stosowania przepisów ustawy krajowej uznanej za pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 TFUE z decyzją Komisji i jej założeniami.

Powyższe wątpliwości wynikają z przekonania Sądu Najwyższego, że sprawa niniejsza wchodzi w zakres zastosowania prawa unijnego. Sądy orzekające z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu ustalającej korektę kosztów osieroconych dla danego wytwórcy za poszczególne okresy, orzekają na podstawie przepisów krajowej ustawy, która wcześniej została poddana kontroli Komisji pod kątem jej zgodności ze wspólnym rynkiem. Wydana przez Komisję Europejską decyzja jest wiążącym aktem unijnego prawa pochodnego, którego rozstrzygnięcia powinny być respektowane w krajowym porządku prawnym bądź wprost (w przypadku przypisania im cechy bezpośredniego skutku), bądź pośrednio (w drodze odpowiedniej wykładni prawa krajowego ukierunkowanej na realizację celu decyzji).

Sąd Najwyższy podkreśla przy tym, że pierwsze pytanie prejudycjalne nie ma na celu rozstrzygnięcia kwestii, czy decyzja Komisji wydana na podstawie art. 107 TFUE (jako wiążący akt prawa unijnego) oraz wymieniona w treści takiej decyzji Metodologia kosztów osieroconych (jako niewiążący akt prawa unijnego) mogą być uwzględniane posiłkowo przez sąd krajowy przy stosowaniu przepisów prawa krajowego przewidujących pomoc publiczną w ten sposób, że treść tych aktów prawa unijnego może dostarczać argumentów przemawiających za wyborem jednej z opcji wykładni prawa krajowego. Sąd Najwyższy już kilkakrotnie odwoływał się w taki posiłkowy sposób do decyzji Komisji oraz Metodologii kosztów osieroconych przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy KDT (por. uchwała SN z 15 stycznia 2013 r., III SZP 1/12; wyrok SN z 8 maja 2013 r., III SK 34/12; wyrok SN z 22 maja 2014 r., III SK 49/13). W niniejszym pytaniu chodzi zaś o rozstrzygnięcie wątpliwości, czy decyzja Komisji uznająca pomoc publiczną za zgodną ze wspólnym rynkiem o takiej treści jak decyzja relewantna w niniejszej sprawie, stanowi podstawę dla rekonstrukcji unijnego wzorca interpretacyjnego, który to wzorzec wiąże sąd krajowy przy wykładni i stosowaniu przepisów krajowych w sposób zapewniający skuteczność decyzji Komisji, a przez to art. 107 TFUE.

W art. 4 ust. 2 decyzji z 25 września 2007 r. Komisja stwierdziła, że pomoc przewidziana w ustawie KDT *„jest zgodna ze wspólnym rynkiem zgodnie z*

Metodologią kosztów osieroconych". Metodologia kosztów osieroconych została przedstawiona w Komunikacie Komisji (List SG (2001)D/290869 z 6 sierpnia 2001 r. Wyjaśnia ona, jak Komisja zamierza stosować przepisy Traktatu dotyczące pomocy publicznej do pomocy państwowej wprowadzonej w związku z realizacją dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 96/62/EC z 19 grudnia 1996 r. dotyczącą wspólnych zasad wewnętrznego rynku energii elektrycznej (Dz. Urz. WE z 1997 r., L 27, s. 20).

Wątpliwości Sądu Najwyższego wywołuje wykładnia i praktyczne skutki art. 4 decyzji Komisji. Chodzi mianowicie o rozstrzygnięcie kwestii, czy przepis ten, w związku z art. 107 TFUE oraz art. 4 ust. 3 TUE należy interpretować w ten sposób, że mechanizm pomocy przewidziany w ustawie KDT, którego zgodność ze wspólnym rynkiem oceniana była jeszcze przed jego praktycznym wdrożeniem, został uznany *a priori* za zgodny z Metodologią kosztów osieroconych i nie podlega już takiej ocenie na etapie jego realizacji, czy też pomoc publiczna wypłacana w związku z realizacją ustawy KDT powinna każdorazowo podlegać ocenie pod kątem zgodności z tą Metodologią na etapie stosowania ustawy KDT przez organy i sądy krajowe.

Sąd Najwyższy ma na względzie, że dokonując na etapie stosowania art. 107 TFUE wspomnianej wyżej kontroli zgodności ustawy takiej jak ustawa KDT z Traktatem, Komisja mogła dokonać tylko ogólnej oceny mechanizmów realizacji programu pomocy publicznej przewidzianych w ustawie takiej jak ustawa KDT. Ocena ta opierała się na określonej wykładni przepisów ustawy KDT dokonanej przez Komisję. Rezultaty tej wykładni nie muszą jednak pokrywać z wykładnią dokonywaną po wejściu w życie ustawy KDT przez podmioty takie jak Prezes Urzędu i sądy orzekające w sprawie z odwołania od jego decyzji. Wówczas w praktyce stosowania przepisów ustawy KDT może dojść do wypaczenia warunków i założeń, na których Komisja opierała swoją ocenę co do zgodności ustawy KDT ze wspólnym rynkiem. Wydając decyzję Komisja mogła także nie przewidzieć różnego rodzaju sytuacji faktycznych i problemów praktycznych, wpływających na realizację programu pomocy publicznej uznanego przez nią za zgodny ze wspólnym rynkiem.

W ocenie Sądu Najwyższego, taką okolicznością, która nie została uwzględniona przez Komisję, jest rozbieżność między strukturami kapitałowymi w

sektorze wytwarzania energii przedstawionymi w załączniku nr 7 do ustawy KDT a rzeczywistą przynależnością poszczególnych wytwórców (i innych podmiotów objętych ustawą KDT) do grup kapitałowych i to już w dacie przedłożenia projektu ustawy KDT do oceny Komisji. W dacie tej wytwórcy objęci zakresem ustawy KDT, w tym powód i ELB, wchodzili w skład innych grup kapitałowych niż wynika to z treści załączników do ustawy KDT.

W rezultacie pomoc publiczna na podstawie ustawy KDT może być udzielana także w sytuacjach oraz w wysokości, których zgodność ze wspólnym rynkiem została by zakwestionowana przez Komisję, gdyby dokonywała ona indywidualizowanej oceny zgodności pomocy publicznej dla konkretnego wytwórcy energii za konkretny okres rozliczeniowy.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z 18 lipca 2007 r. w sprawie C-119/05 *Lucchini* (ECLI:EU:C:2007:434) na sądach krajowych orzekających w sprawach z zakresu unijnej pomocy publicznej spoczywa obowiązek dokonania wykładni przepisów prawa krajowego w miarę możliwości w taki sposób, by ich stosowanie przyczyniało się do realizacji prawa wspólnotowego (pkt 60). Powyższe orzeczenie wydano w odpowiedzi na pytanie sądu krajowego w sprawie o zwrot pomocy udzielonej z naruszeniem prawa Unii Europejskiej, tj. bez uzyskania zgody Komisji. Zdaniem Sądu Najwyższego, z uwagi na treść art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 107 TFUE, istnieją jednak podstawy dla przyjęcia poglądu, zgodnie z którym sformułowane w tym wyroku obowiązki sądów krajowych wiążą te sądy nie tylko w sprawach o zwrot pomocy udzielonej niezgodnie z prawem unijnym, ale także w sprawach, w których sądy krajowe orzekają na podstawie przepisów prawa krajowego wprowadzających instytucje będące pomocą publiczną w rozumieniu prawa unijnego.

Powyższa argumentacja przemawiałaby za udzieleniem pozytywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne. Wówczas art. 4 decyzji Komisji Europejskiej z 25 września 2007 r. wraz z Metodologią kosztów osieroconych będzie stanowić podstawę dla rekonstrukcji wzorca interpretacyjnego, zgodnie z którym wykładane i stosowane powinny być przepisy ustawy KDT w ramach zasady pronunijnej wykładni prawa krajowego ukierunkowanej na zapewnienie efektywności unijnemu prawu pomocy publicznej.

W ocenie Sądu Najwyższego, istnieją także argumenty przemawiające za udzieleniem negatywnej odpowiedzi na pierwsze pytanie. Można bowiem przyjąć, że skoro wyłączna kompetencja do dokonywania oceny zgodności pomocy publicznej ze wspólnym rynkiem przysługuje Komisji, pozytywna decyzja Komisji w tym zakresie przesądza, że pomoc przewidziana w prawie krajowym jest zgodna z prawem unijnym i tylko do Komisji należy ewentualna ocena (w odrębnym postępowaniu), czy program pomocy przez nią zaakceptowany jest prawidłowo realizowany. Ponadto, choć decyzja Komisji o uznaniu pomocy publicznej za zgodną ze wspólnym rynkiem adresowana jest bezpośrednio do Państwa Członkowskiego, jej pośrednimi adresatami są beneficjenci tej pomocy. W ocenie Sądu Najwyższego, taka decyzja nie przyznaje beneficjentom pomocy publicznej uprawnienia bezpośrednio skutecznego względem Państwa Członkowskiego do otrzymania pomocy publicznej. Decyzja Komisji kreuje jednak po stronie beneficjentów programu pomocy publicznej pewne uzasadnione prawnie oczekiwania. Zgodnie z unijną zasadą ogólną ochrony takich oczekiwań prawo krajowe nie powinno być wykładane i stosowane w sposób naruszający te oczekiwania. Oznaczałoby to niedopuszczalność dokonywania na etapie stosowania ustawy krajowej wprowadzającej program pomocy publicznej takich zabiegów interpretacyjnych, które zmieniałyby na niekorzyść beneficjentów zasady wypłacania pomocy publicznej względem zasad i okoliczności faktycznych poddanych ocenie Komisji. Dla zapewnienia efektywności unijnego prawa pomocy publicznej nie jest bowiem konieczne bezwzględne minimalizowanie wysokości tej pomocy, ale udzielanie jej na odpowiednim poziomie, adekwatnym do stwierdzonych problemów, którym pomoc ta ma przeciwdziałać.

Negatywna odpowiedź na pierwsze pytanie oznaczałaby, w okolicznościach niniejszej sprawy, że skoro Komisja uznała za zgodną ze wspólnym rynkiem pomoc publiczną przewidzianą w ustawie KDT według zasad określonych w jej przepisach i załącznikach, przy dokonywaniu w okresie obowiązywania tej ustawy korekty rocznej kosztów osieroconych dla wytwórców wchodzących w skład grup kapitałowych należałoby uwzględniać wyłącznie przynależność tych wytwórców do grup kapitałowych według stanu opisanego w załączniku nr 7 do ustawy KDT oraz zasady korygowania wyników finansowych jednego wytwórcy o wyniki finansowe

innego członka grupy kapitałowej. Zmiany w zakresie składu grup kapitałowych względem treści załącznika nr 7 do ustawy KDT byłyby nieistotne dla wyliczania korekt kosztów osieroconych dla poszczególnych wytwórców.

Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy wykładni art. 107 TFUE w związku z art. 4 ust. 3 TUE oraz z art. 4 ust. 1 i 2 decyzji Komisji z dnia 25 września 2007 r. w kontekście punktów 3.3 i 4.2 Metodologii kosztów osieroconych.

Pytanie to zmierza do uzyskania odpowiedzi Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na wątpliwości interpretacyjne dotyczące problemu, czy z decyzji Komisji interpretowanej z uwzględnieniem Metodologii kosztów osieroconych wynika, że przy realizacji programu pomocy publicznej przewidzianego w ustawie KDT korekty rocznej kosztów osieroconych dla wytwórców należących do grup kapitałowych należy dokonywać z uwzględnieniem wyłącznie stanu przedstawionego w załącznikach do aktu prawnego ocenianego przez Komisję, czy też w każdym roku dokonywania korekty kosztów osieroconych należy uwzględniać faktyczną przynależność w tym czasie beneficjenta programu pomocy publicznej związanej z kosztami osieroconymi do grupy kapitałowej z udziałem innych wytwórców objętych tym programem? Rozstrzygnięcie powyższych wątpliwości zależy od znaczenia, jakie należy nadać art. 4 ust. 2 decyzji Komisji Europejskiej w świetle pkt 3.3 oraz pkt. 4.2 Metodologii kosztów osieroconych.

Przed wyjaśnieniem różnych wariantów interpretacyjnych Sąd Najwyższy przedstawi wykładnię przepisów krajowych istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Kluczowe znaczenie ma art. 32 ustawy KDT. Przepis ten reguluje szczególny mechanizm obliczania korekty kosztów osieroconych dla wytwórców objętych zakresem podmiotowym ustawy KDT, którzy wchodzą w skład grupy kapitałowej. W niniejszej sprawie sporny pozostaje zakres podmiotowy unormowania wynikającego z tego przepisu.

Jak wspomniano na wstępie, dokonane w art. 32 ust. 1 ustawy KDT rozróżnienie między wytwórcą a „podmiotem wchodzącym w skład grupy kapitałowej, który wykonuje działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii [...] w jednostkach wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy” wynika z tego, że pod pojęciem „wytwórcy” ustawa KDT rozumie tylko takie przedsiębiorstwa energetyczne wytwarzające energię, które według treści

załącznika nr 1 do ustawy KDT były stronami umów długoterminowych. Jak wynika to z załącznika nr 1 ELB nie była stroną takiej umowy, dlatego nie mieści się kategorii „wytwórców” w rozumieniu ustawy KDT (choć prowadzi działalność w zakresie wytwarzania energii). W rozumieniu ustawy KDT ELB ma status „podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej, który wykonuje działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii [...] w jednostkach wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy”.

Według stanowiska powoda oraz Sądów obu instancji pod pojęciem wytwórcy wchodzącego w skład grupy kapitałowej na użytek art. 32 ust. 1 ustawy KDT należy rozumieć tylko takiego wytwórcę, który wchodził w skład grupy kapitałowej wymienionej w załącznikach do ustawy KDT. Natomiast według Prezesa Urzędu, wytwórcą wchodzącym w skład grupy kapitałowej na użytek art. 32 ust. 1 ustawy KDT jest wytwórca, który był w grupie kapitałowej w okresie, za który dokonywana jest roczna korekta kosztów osieroconych w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy KDT wraz innym wytwórcą (podmiotem), o którym mowa w art. 32 ust. 1 ustawy KDT.

W ocenie Sądu Najwyższego, wykładnia językowa art. 32 ust. 1 ustawy KDT przemawia za uznaniem za prawnie relewantną na użytek rocznej korekty kosztów osieroconych przynależności wytwórcy (w tym także ELB) do grupy kapitałowej w roku, za który dokonywana jest korekta, a nie przynależności do grupy kapitałowej wg stanu na dzień wejścia w życie ustawy, czy wg stanu opisanego w załącznikach do ustawy KDT. W tym ujęciu istotne jest jedynie, czy w poprzednim roku (za który dokonywana jest korekta) w ramach tej samej grupy kapitałowej znajduje się inny wytwórca (podmiot) objęty zakresem ustawy KDT (ewentualnie jego następcą prawnym, i to tylko taki następcą, na którym ciąży obowiązek spłaty kredytów udzielonych na budowę lub modernizację jednostek wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy KDT, a należących do poprzednika prawnego).

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy KDT nie odsyła do załączników do ustawy KDT w zakresie pojęcia grupy kapitałowej bądź składu podmiotowego grupy kapitałowej. Nie odsyła do załącznika nr 1 do ustawy KDT, zawierającego wykaz wytwórców – stron umów długoterminowych. Nie odsyła także do załącznika nr 7 w odniesieniu

do przynależności wytwórców do grup kapitałowych. Odsyłając w swej treści do załącznika nr 7 przepis art. 32 ust. 1 ustawy KDT czyni to wyraźnie tylko w odniesieniu do wymienionych w tym załączniku „jednostek wytwórczych”, stanowiąc o „każdym wytwórcy oraz podmiocie wchodzącym w skład grupy kapitałowej”, którzy „wykonują działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii [...] w jednostkach wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy”. Takie odwołanie do załącznika nr 7 do ustawy KDT przemawia, w ocenie Sądu Najwyższego, za przyjęciem założenia, zgodnie z którym na użytek korekty kosztów osieroconych znaczenie ma jedynie przynależność do grupy kapitałowej, w której skład wchodzi więcej niż jeden wytwórca (podmiot) korzystający z jednostki wytwórczej wymienionej w załączniku nr 7 do ustawy KDT.

Załącznik nr 7 do ustawy KDT zatytułowany jest jako „Wykaz jednostek wytwórczych uwzględnionych w kalkulacji kosztów osieroconych wytwórców i uwzględniany[ch] w korektach kosztów osieroconych”. Jest to konsekwencją założenia, zgodnie z którym przy obliczaniu korekty uwzględnia się tylko jednostki wytwórcze wymienione w załączniku nr 7 (art. 33 ustawy KDT). Druga kolumna załącznika nr 7 zatytułowana jest „Nazwa wytwórcy lub podmiot”. W kolumnie tej zidentyfikowano przedsiębiorstwa energetyczne, którym w kolumnie trzeciej przyporządkowano konkretne jednostki wytwórcze opisane przez dane techniczne i handlowe. W kolumnie nr 2 nie użyto wyrażenia „grupa kapitałowa”. Z treści tej kolumny, ani innych kolumn załącznika nr 7 nie wynika, aby między przedsiębiorstwami energetycznymi wymienionymi w kolumnie nr 2 zachodziły relacje uzasadniające ich kwalifikację jako wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy KDT. Załącznik nr 7 wylicza jednostki wytwórcze (kolumna 3) przypisane do poszczególnych „wytwórców lub podmiotów” (kolumna 2), ale bez przypisania ich do grup kapitałowych w rozumieniu ustawy KDT.

Tytuł kolumny nr 2 załącznika nr 7 odbiega przy tym od tytułu kolumny nr 2 załącznika nr 1, w którym wyliczono „wytwórców” zaliczając do nich zarówno przedsiębiorstwa prowadzące działalność wytwórczą samodzielnie, jak i grupy kapitałowe grupujące wytwórców. O takiej „zawartości” treściowej kolumny nr 2 załącznika nr 7 można się jednak przekonać tylko po zestawieniu jego treści z

treścią załącznika nr 1. W załączniku tym wymieniono „Grupę Kapitałową BOT” (w kolumnie nr 2 w wierszu 1) oraz „Grupę Kapitałową ZE PAK S.A.” (w wierszu 5). Sama treść załącznika nr 7 nie daje jednak podstaw dla przyjęcia argumentacji, zgodnie z którą w kolumnie nr 2 określono w sposób wiążący dla całego okresu stosowania ustawy KDT przynależność wytwórców do grup kapitałowych.

Przeciwko traktowaniu treści załącznika nr 7 oraz załącznika nr 1 jako wiążących przez cały okres dokonywania korekty kosztów osieroconych w zakresie przynależności wytwórców do grup kapitałowych przemawia przede wszystkim brak autonomicznej definicji grupy kapitałowej w art. 32 ust. 1 ustawy KDT lub innych przepisach ustawy względem definicji legalnej grupy kapitałowej z art. 2 pkt 1 ustawy KDT. Gdyby prawodawca zamierzał ukształtować mechanizm rozliczania kosztów osieroconych w sposób opisywany w pismach procesowych powoda, nie posłużyłby się definicją grupy kapitałowej z ustawy o rachunkowości. Definicję tę powinien sformułować inaczej, ewentualnie w inny sposób powinien odesłać do załącznika nr 7 do ustawy KDT w art. 32 ust. 1 ustawy KDT.

Jeśli jednak art. 2 pkt 1 ustawy KDT odsyła do ustawy o rachunkowości, wszędzie tam, gdzie użyte jest pojęcie grupy kapitałowej należy zweryfikować, czy powiązania występujące między wytwórcami objętymi zakresem ustawy KDT odpowiadają definicji z ustawy o rachunkowości. Taka konstrukcja definicji legalnej grupy kapitałowej wskazuje na potrzebę dynamicznego nadawania znaczenia pojęciu „wchodzi w skład grupy kapitałowej” z art. 32 ust. 1 ustawy KDT na użytek każdej rocznej korekty kosztów osieroconych.

Za taką wykładnią art. 32 ust. 1 ustawy KDT przemawia także konstrukcja całego mechanizmu wsparcia dla kosztów osieroconych: środki na pokrycie kosztów osieroconych przyznaje się na podstawie prognoz za dany rok, a korekty kosztów osieroconych dokonuje się po uwzględnieniu rzeczywistych danych finansowych. Konkretna wysokość wsparcia przysługującego beneficjentom programu pomocy publicznej w każdym kolejnym roku dokonywania korekty kosztów osieroconych uzależniona jest od sytuacji finansowej beneficjenta. Sytuacja ta zmienia się wraz z warunkami panującymi na rynku. Niewątpliwie zaś jednym z warunków rynkowych jest prowadzenie działalności gospodarczej w

ramach grupy kapitałowej z udziałem innych przedsiębiorstw energetycznych objętych ustawą KDT.

W oparciu o przedstawioną powyżej argumentację Sąd Najwyższy stwierdza, że z wykładni przepisów ustawy KDT dokonanej bez uwzględnienia kontekstu unijnego wynika, że przy dokonywaniu korekty rocznej kosztów osieroconych należy uwzględniać skład grup kapitałowych w roku dokonywania korekty. Dotyczy to wszystkich wytwórców objętych ustawą KDT, jak i podmiotu takiego jak ELB. W konsekwencji wynik finansowy ELB może rzutować na wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych powoda.

Za przyjęciem propozycji wykładni art. 32 ust. 1 ustawy KDT przedstawianej przez powoda może jednak przemawiać wykładnia przepisów ustawy KDT uwzględniająca unijny kontekst programu rozliczenia kosztów osieroconych. Mianowicie, gdyby okazało się, że art. 4 ust. 2 decyzji Komisji w świetle pkt 3.3 oraz pkt. 4.2 Metodologii kosztów osieroconych należy interpretować w taki sposób, że rozliczenia kosztów osieroconych dokonuje się z uwzględnieniem składu podmiotowego grup kapitałowych według stanu ocenianego przez Komisję, a decyzja Komisji Europejskiej wykreowała po stronie beneficjentów programu pomocy publicznej chronione w prawie unijnym uzasadnione oczekiwania prawne co do zasad rozliczania kosztów osieroconych, wówczas możliwa jest taka interpretacja art. 32 ust. 1 ustawy KDT, że wynik finansowy ELB nie będzie wpływał na wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych powoda.

W tym zakresie Sąd Najwyższy ma zaś wątpliwości co do znaczenia, jakie należy nadać art. 4 ust. 2 decyzji Komisji w związku z punktami 3.3 i 4.2 Metodologii kosztów osieroconych.

W punkcie 3.3 akapit 3 Metodologii kosztów osieroconych mowa o ocenie kosztów osieroconych „na poziomie skonsolidowanym”, co niewątpliwie zakłada uwzględnienie przynależności do grupy kapitałowej beneficjenta programu pomocy. Z kolei w punkcie 4 Metodologii kosztów osieroconych Komisja uznała, że „może w zasadzie zaakceptować” jako zgodną ze wspólnym rynkiem pomoc państwa, która spełnia kryteria wymienione w pkt 4.1-4.9. W pkt 4.2 Metodologii kosztów osieroconych zwrócono uwagę, że system pomocy w zakresie kosztów osieroconych musi uwzględniać „przyszły rozwój konkurencji”, ponieważ „zmiany w

warunkach konkurencji mają bezpośredni skutek dla sumy odpowiednich kosztów osieroconych”. W tym punkcie Metodologii kosztów osieroconych mowa o różnego rodzaju wskaźnikach pozwalających na ocenę stopnia konkurencji. Jednakże, w ocenie Sądu Najwyższego, odwołanie się do „przyszłego rozwoju konkurencji” sugeruje, że według Komisji Europejskiej ocena zgodności pomocy dla kosztów osieroconych uwzględnia nie tylko zmieniającą się w każdym roku sytuację rynkową, ale także przekształcenia podmiotowe z udziałem wytwórców energii objętych programem pomocowym dla kosztów osieroconych. Przemawia to za „dynamiczną” wykładnią pojęcia „grupy kapitałowej”, skoro na rynku energetycznym w segmencie wytwarzania energii może dojść po wejściu w życie programu pomocowego do różnych przetasowań.

Z kolei w pkt 352 decyzji Komisji mowa o tym, że „wpływ kosztów osieroconych ocenia się na poziomie grup skonsolidowanych”, co z kolei ma pozwolić na uwzględnienie wszystkich skutków rozwiązania umów długoterminowych sprzedaży energii i mocy dla danej grupy kapitałowej. Treść tego punktu decyzji Komisji, odnosząca się do zastosowania pkt 3.3 Metodologii kosztów osieroconych, sugeruje, że wykładnia pojęcia grupy kapitałowej powinna być jednak statyczna. To z kolei przemawiałoby za uwzględnieniem przynależności do grupy kapitałowej według stanu opisanego w załączniku 7 do ustawy KDT, tym bardziej że ustawa KDT służy pokryciu nakładów historycznych, to jest poniesionych do 1 maja 2004 r., na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej. Nakłady te powstały zaś u wytwórców energii działających w innych strukturach gospodarczych niż funkcjonujące w okresie realizacji ustawy KDT.

W ocenie Sądu Najwyższego, decyzja Komisji Europejskiej, uznająca ustawę KDT za dozwoloną pomoc publiczną, oraz Metodologia kosztów osieroconych wywołują wątpliwości interpretacyjne w kontekście rzeczywistych wymogów wynikających z prawa unijnego dla prawidłowego wdrażania ustawy KDT w zakresie dotyczącym korekty kosztów osieroconych dla wytwórców wchodzących w skład grup kapitałowych. Z jednej strony można argumentować, że z decyzji Komisji Europejskiej oraz Metodologii kosztów osieroconych nie wynika konieczność takiej wykładni i stosowania art. 32 ust. 1 ustawy KDT, które spowodują uwzględnienie składu grup kapitałowych aktualnego w danym roku, za który dokonywana jest

korekta. Z drugiej strony z postanowień pkt. 3.3 oraz 4.2 Metodologii kosztów osieroconych można wyprowadzić konkluzję, że tylko taka wykładnia i praktyka stosowania ustawy KDT byłaby zgodna z założeniami Metodologii kosztów osieroconych, skoro należy uwzględniać rzeczywiste warunki rynkowe, w jakich działają wytwórcy energii objęci program pomocy publicznej z ustawy KDT.

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie służy dostarczeniu Sądowi Najwyższemu unijnego wzorca interpretacyjnego według którego należy dokonać prounijnej wykładni przepisów ustawy KDT. W zależności od odpowiedzi na to pytanie skarga kasacyjna Prezesa Urzędu zostanie uwzględniona (gdy korekty rocznej kosztów osieroconych należy dokonywać z uwzględnieniem faktycznej przynależności wytwórcy do grupy kapitałowej z udziałem innych wytwórców objętych ustawą KDT) albo oddalona (gdy korekty rocznej kosztów osieroconych należy dokonywać w oparciu o przynależność do grupy kapitałowej według stanu określonego w załączniku 7 do ustawy KDT).

Kierując się przedstawionymi argumentami, Sąd Najwyższy uznał za niezbędne sformułowanie przedstawionych na wstępie pytań prejudycjalnych.