

mec. Witold Chmarzyński, radca prawny/partner, Cieślowski, Chmarzyński Kancelaria adwokacko-radcowska Sp. j. |

Jak sprzedać instalację OZE, która wygrała aukcję?



foto: pixabay.com

Aukcyjny system wsparcia instalacji OZE jest aktualnie najkorzystniejszym wsparciem dla „zielonej energii”. Instalacja OZE, która wygrała aukcję stała się dobrym aktywem, które można szybko spieniężyć poprzez jej sprzedaż. Sprzedaż instalacji OZE jest możliwa, jednakże jest to złożony proces, który należy bardzo uważnie przeprowadzić.

■ Aukcyjny system wsparcia - na czym polega

Za nami prawdopodobnie już wszystkie aukcje OZE w tym roku. Biorąc dodatkowo pod uwagę zwycięzców aukcji z grudnia 2016 r. - jest ponad 400 wytwórców, którzy zobowiązali się do wytwarzania energii elektrycznej w instalacjach OZE, w zamian za otrzymane wsparcie na inwestycje OZE. To wciąż bardzo mało.

System aukcyjny polega na dofinansowaniu wytwórców energii z odnawialnych źródeł energii, którzy przystąpili do aukcji, a następnie ją wygrali.

W zależności od łącznej mocy zainstalowanej energii elektrycznej danej instalacji OZE, wytwórca energii elektrycznej z OZE otrzymuje odpowiednio albo wsparcie w postaci obowiązku zakupu energii przez sprzedawcę zobowiązanego po stałej cenie (dotyczy to instalacji o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej mniejszej niż 500 MWh) albo w postaci pokrycia ujemnego salda przez Zarządcę Rozliczeń S.A., czyli różnicy między przychodami ze sprzedaży energii po cenie wskazanej w ofercie z wartością sprzedaży tej samej ilości energii ustaloną według średniej ceny sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w poprzednim kwartale, obowiązującej w dniu złożenia oferty. Do pełnienia funkcji sprzedawcy zobowiązanego prezes URE co roku wyznacza podmioty, będące sprzedawcami energii elektrycznej o największym wolumenie jej sprzedaży, w okresie od 1 stycznia do 31 sierpnia, odbiorcom końcowym przyłączonym do poszczególnych sieci operatorów systemów dystrybucyjnych na obszarze ich działania oraz jednego sprzedawcę energii elektrycznej o największym wolumenie sprzedaży energii elektrycznej, na obszarze działania operatora systemu przesyłowego, czyli właściwie na obszarze całego kraju. Podmioty te na mocy ustawy zobowiązane są do zakupu m.in. energii elektrycznej wytworzonej w instalacji OZE (o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej mniejszej niż 500 MWh) od wytwórcy, który wygrał aukcję, po stałej cenie ustalonej w aukcji, w ilości określonej w ofercie.

■ Długoterminowe zobowiązanie

Wielu z tych przedsiębiorców zaoferowało wytwarzanie energii przez maksymalny okres wsparcia, który wynosi 15 lat, co niewątpliwie stanowi długoterminne zobowiązanie przedsiębiorcy do jej wytwarzania. Składając ofertę w aukcji OZE, ci którzy wygrali aukcję, zobowiązali się do wytworzenia wskazanej w ofercie ilości energii elektrycznej, wskazując jednocześnie cenę za jaką będą tę energię sprzedawać. Musieli też wskazać ilość jaką planują wyprodukować w poszczególnych latach w danej instalacji OZE oraz zobowiązać się do rozpoczęcia wytwarzania energii elektrycznej po raz pierwszy we wskazanym w ustawie z 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2017 r. poz. 1148, ze zm. - dalej zwaną „ustawą o OZE”) terminie, tj. w przypadku instalacji fotowoltaicznych jest to okres 24 miesiące, wiatraków na morzu - 72 miesiące, natomiast w przypadku pozostałych instalacji - 48 miesiące.

MERCER300Z:

CIĄGŁE POMIARY EMISJI RTEŃCI?
PRZYGOTUJ SIĘ JUŻ DZIŚ.

SICK

Sensor Intelligence.



Najniższe zakresy pomiarowe – unikalny na rynku, certyfikowany system pomiarowy

- Wiarygodny, ciągły pomiar całkowitej zawartości rtęci, dzięki opatentowanej metodzie pomiaru bezpośredniego,
- Certyfikowany zgodnie z normą EN15267-3
- Niskie koszty eksploatacji



Więcej informacji na: www.sick.com/mercem300z

SICK Sp. z o.o. ul. Nakielska 3 01-106 Warszawa
Tel.: +48 22 539 41 00 Fax: +48 22 837 43 88 E-mail: info@sick.pl

■ Sprzedaż instalacji OZE w drodze umowy?

Ze względu na administracyjnoprawny charakter praw i obowiązków, jakie są skutkiem wygrania aukcji OZE, sprzedaż instalacji wraz z prawem sprzedaży energii po stałej cenie lub do pokrycia ujemnego salda w drodze czynności cywilnoprawnych jest utrudniona. Powyższe wiąże się z ograniczeniem swobody sprzedaży instalacji OZE, która otrzymała wsparcie w systemie aukcyjnym, w drodze umowy cywilnoprawnej (np. umowy sprzedaży czy darowizny). Oczywiście można sprzedać urządzenia stanowiące instalację OZE, jednakże to nie wiąże się z przejściem praw i obowiązków, jakie zostały przyznane wytwórcy w momencie ogłoszenia wyników aukcji. Warto pamiętać, że w prawie administracyjnym nie ma zastosowania znana prawu cywilnemu instytucja przejęcia długu przez osobę trzecią na podstawie umowy za zgodą wierzyciela. Zatwierdzić takiej umowy nie może też prezes URE, gdyż ani ustawa o OZE, ani ustawa z 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 220, ze zm. - dalej „Prawo energetyczne”) nie przewidują takiej kompetencji, a zgodnie z zasadą legalizmu prawa administracyjnego organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa.

■ Zbycie całego przedsiębiorstwa wraz z instalacją?

Również przewidziana w Kodeksie cywilnym sprzedaż przedsiębiorstwa rozumianego jako zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych, przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, nie skutkuje pełnym przejściem praw i obowiązków o charakterze administracyjnoprawnym, wynikających z wygranej aukcji. Stanowisko takie wydaje się być ugruntowane zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego. Orzecznictwo sądów wskazuje, że zbycie przedsiębiorstwa jest przypad-

kiem jedynie sukcesji cywilnoprawnej, a więc obejmuje jedynie te składniki przedsiębiorstwa, które są regulowane prawem cywilnym. Czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystkie składniki, które są przenoszalne w drodze czynności cywilnoprawnej. Natomiast prawa o charakterze administracyjnym nie należą do tej kategorii. Ustawodawca chcąc, by prawa i obowiązki o charakterze administracyjnym przechodziły na nabywcę, musi wyraźnie przewidzieć taką możliwość.

■ Sprzedaż spółki sposobem na sprzedaż instalacji OZE

Sposobem na sprzedaż instalacji, która wygrała aukcję OZE może być sprzedaż spółki będącej właścicielem instalacji, która wygrała aukcję OZE. Sprzedaż spółki polega na sprzedaży udziałów (w spółce z o.o.), akcji (w spółce akcyjnej lub komandytowo-akcyjnej) lub ogółu praw i obowiązków (w spółce jawnej, partnerskiej komandytowej lub komandytowo-akcyjnej).

W przypadku zmiany właściciela spółki nie dochodzi do zmiany właściciela instalacji OZE, którym pozostaje spółka. Na taką sprzedaż nie jest wymagane uzyskanie zgody prezesa URE. Z kolei może być wymagana zgoda pozostałych wspólników spółki.

Ustawa o OZE milczy w temacie sprzedaży spółki, która jest właścicielem instalacji, która wygrała aukcję OZE. Jest to milczenie uzasadnione. Kwestie sprzedaży spółek kompleksowo reguluje Kodeks spółek handlowych, stąd nie ma potrzeby, aby ustawa o OZE zawierała jakiegokolwiek regulacje w tym temacie.

Sprzedaż spółki jest skuteczna od chwili zawarcia umowy przenoszącej własność udziałów, akcji lub ogółu praw i obowiązków, chyba że strony transakcji w umowie zastrzegą inaczej.

Sprzedaż spółki będącej właścicielem instalacji OZE, która wygrała aukcję rządzi się tymi samymi prawa-

mi co sprzedaż innych spółek. Będąc kupującym warto przeprowadzić due diligence takiej spółki przed jej nabyciem. Z kolei sprzedając spółkę warto się dobrze zabezpieczyć, aby nie stracić na transakcji oraz ograniczyć odpowiedzialność za zobowiązania spółki.

■ Sprzedaż instalacji OZE nienależących do spółek

Pojawia się pytanie jak sprzedać instalację OZE, która wygrała aukcję i jest własnością osoby fizycznej lub wspólników spółki cywilnej.

W tych przypadkach sprzedaż instalacji OZE należy poprzedzić przekształceniem osoby fizycznej lub spółki cywilnej w spółkę prawa handlowego.

■ Sprzedaż instancji należącej do osoby fizycznej

Osobę fizyczną, która wygrała aukcję OZE można przekształcić w spółkę z o.o. Zgodnie z art. 5842 KSH spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorcy przekształcanego, a osoba fizyczna będąca dotychczas jednoosobowym przedsiębiorcą staje się jedynym wspólnikiem spółki z o.o.

Przekształcona spółka z o.o. pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane przedsiębiorcy przed jego przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Ani ustawa o OZE, ani Prawo energetyczne, ani jakiegokolwiek dokumenty stwierdzający wygranie aukcji nie stanowią inaczej, w związku z czym należy stwierdzić, że niejako automatycznie, z chwilą wpisania spółki do Krajowego Rejestru Sądowego, staje się ona podmiotem wszelkich praw i obowiązków jakie wynikają z wygrania aukcji.

Po przekształceniu przedsiębiorcy w spółkę z o.o., osoba fizyczna, która stała się jedynym wspólnikiem może sprzedać udziały w przekształconej

spółce z o.o. bez żadnych ograniczeń, co będzie skutkowało de facto sprzedażą instalacji, która wygrała aukcję OZE.

■ Sprzedaż instalacji należącej do wspólników spółki cywilnej

Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku, gdy instalacja, która wygrała aukcję OZE należy do wspólników spółki cywilnej. Spółkę cywilną można przekształcić na takiej samej zasadzie, jak osobę fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą, z tym udogodnieniem, że spółka cywilna może zostać przekształcona w każdą spółkę handlową, a nie tylko w spółkę z o.o. (choć często przekształcenie spółki cywilnej w spółkę z o.o. może być najlepszym rozwiązaniem od strony biznesowej). Po przekształceniu spółki cywilnej w inną spółkę, można sprzedać tę spółkę innym podmiotom, jak to wskazaliśmy powyżej.

Nie ma możliwości, aby sprzedać „udział” w spółce cywilnej innej osobie, stąd niezbędne jest jej przekształcenie.

■ Nachodzą zmiany

Aktualnie trwają prace nad nowelizacją ustawy o OZE. Projektowane przepisy, które są na etapie konsultacji społecznych (stan na koniec X 2017) wprowadzają rozwiązania, które dotyczą procedury na sprzedaż instalacji OZE, która wygrała aukcję.

Rządowy projekt zmian przewiduje mechanizm trójstronny, w którym to prezes URE w drodze decyzji administracyjnej zatwierdzałby nabycie instalacji OZE. Przedstawiony projekt zakłada dodanie art. 83a do ustawy o OZE, zgodnie z którym w przypadku potrzeby zbycia instalacji, wytwórca może wystąpić do prezesa URE z wnioskiem o wyrażenie zgody na przejście praw i obowiązków wynikających z wygranej aukcji na rzecz nabywcy. Prezes URE odmówi zgody, jeżeli nabywca instalacji nie spełni warun-

ków formalnych do wytwarzania energii elektrycznej OZE lub jeżeli zachodzi uzasadnione ryzyko braku realizacji obowiązków wynikających z aukcji przez nabywcę. W przypadku wyrażenia zgody przez prezesa URE nastąpi przejście na nabywcę praw i obowiązków wynikających z aukcji OZE. W przepisie tym regulowana też jest odpowiedzialność zbywcy za zobowiązania wynikające z aukcji. Zbywca instalacji OZE odpowiada solidarnie razem z nabywcą za uchybienia obowiązkom związanym z wygraniem aukcji powstałe w terminie 2 lat od zbycia instalacji.

” Rządowy projekt zmian przewiduje mechanizm trójstronny, w którym to prezes URE w drodze decyzji administracyjnej zatwierdzałby nabycie instalacji OZE

Na mocy projektowanych przepisów prezes URE posiadać będzie kompetencję do żądania od wytwórcy przedstawienia wszystkich dokumentów mogących mieć wpływ na ocenie spełniania warunków pozwalających na zaakceptowanie sprzedaży instalacji OZE. Wyrażenie zgody lub odmowa nastąpi w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku. Warto pamiętać, że jest to termin instrukcyjny i jego przekroczenie nie wywołuje żadnych konsekwencji, w tym m.in. takiego milczenia organu nie można traktować jako zgody na sprzedaż.

Pamiętać należy, że wspomniane zmiany to tylko projekt i nie jest pewne, kiedy i czy w ogóle wspomniane zmiany wejdą w życie. Ponadto projektowany przepis jest na tyle lakoniczny, że nie wskazuje jakimi kryteriami miałby kierować się prezes URE przy zatwierdzaniu zbycia instalacji OZE, co

stwarza niebezpieczeństwo unikania korzystania z tej kompetencji lub asekuracyjnego wydawania decyzji odmownych. Wprawdzie projektowany przepis w przypadku odmowy wyrażenia zgody na nabycie instalacji przewiduje środek odwoławczy w postaci zażalenia do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jednakże to wciąż uzależnia sprzedaż instalacji OZE od decyzji prezesa URE, która w przypadku odmowy podlegać będzie kontroli sądowej, inaczej niż w przypadku nabycia spółki będącej właścicielem instalacji.

■ Sprzedaż instalacji OZE - podsumowanie

Za sprzedażą instalacji poprzez sprzedaż spółki przemawia również kwestia koncesji. Zgodnie z przepisami ustawy o OZE podjęcie i wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii wymaga uzyskania koncesji na zasadach i warunkach określonych w Prawie energetycznym. Obowiązek ten nie dotyczy jedynie: mikroinstalacji, małych instalacji, energii wytwarzanej z biogazu rolniczego lub wyłącznie z biopłynów. Zatem jeżeli przepisy projektu nowelizacji ustawy o OZE wejdą w życie w dotychczasowym kształcie to nabywca instalacji OZE będzie musiał przejść przez procedurę uzyskania koncesji na wytwarzanie energii elektrycznej przed prezesem URE. Projekt ustawy o zmianie ustawy o OZE nie przewiduje jednoczesnej zmiany w zakresie przejścia koncesji. Powyższe potwierdza również orzecznictwo sądów.

W obecnym stanie prawnym, biorąc także pod uwagę projektowane zmiany ustawy o OZE, najlepszą drogą do sprzedaży instalacji OZE wydaje się być sprzedaż spółki, która jest jej właścicielem. Przepisy prawa pozwalają na dokonanie przekształceń formy działalności gospodarczej, by sprzedaż instalacji była możliwa wraz ze wszystkimi prawami i obowiązkami wynikającymi z wygrania aukcji OZE.

□