



ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2010 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska

Sędzia SA – Anna Orłowska

Sędzia SA – Ksenia Sobolewska-Filcek (spr.)

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2010 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Z E P A K S.A. z
siedzibą w K

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów

z dnia 21 października 2008 r.

sygn. akt XVII AmE 13/08

I oddala apelację,

II zasądza od Z E P A K S.A. z siedzibą w
K na rzecz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki kwotę 270 (dwieście
siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.



Na oryginale właściwe podpisy.
Za zgodność z oryginałem stwierdzam
Sekretarz Sądowy

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 21 października 2008r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda – Z E P A K S.A. z siedzibą w K od decyzji Nr DPE-451-262(5)/1265/2007/LW z dnia 17 grudnia 2007r., wydanej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, mocą której Prezes URE orzekł, że przedsiębiorca - Z E P A K S.A. z siedzibą w K nie wywiązał się w roku 2006 z określonego w art. 9a ust 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U.06.89.625 ze zmianami) obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i za powyższe działanie wymierzył temu przedsiębiorcy karę pieniężną w kwocie 7 014 193,57 zł., to jest w wysokości 0,442% przychodu z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w 2006r. Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 1 października 1998r. powód uzyskał koncesję na wytwarzanie energii elektrycznej, a w dniu 29 czerwca 2000r. udzielono mu koncesji na obrót tą energią. Zatem w odniesieniu do niego znajdował zastosowanie art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w brzmieniu aktualnym przed zmianami wprowadzonymi ustawą z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne, ustawy - Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U.07.21.124). Zgodnie z § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004r. w sprawie szczegółowego obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła (tzw. energii „czerwonej” – Dz.U.04.267.2657) powód powinien w roku 2006 osiągnąć udział ilościowy takiej energii elektrycznej, wytworzonej we własnych skojarzonych źródłach energii lub zakupionej ze skojarzonych źródeł energii przyłączonych do sieci i sprzedanej odbiorcom dokonującym zakupu energii na własne potrzeby, w wykonanej całkowitej sprzedaży energii elektrycznej tym odbiorcom, w wysokości 15%, to jest 140 278,693 MWh. W dniu 29 września 2004r., odpowiadając na prośbę powoda o interpretację art. 9a ust 2 Prawa energetycznego, w brzmieniu aktualnym po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 2 kwietnia 2004r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz.U.2004.91.875), Prezes URE wyjaśnił, że obowiązek zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła dotyczy jedynie sytuacji, gdy wytwórca takiej energii

wystąpi z ofertą do zobowiązanego przedsiębiorstwa energetycznego. Zatem dla realizacji obowiązku zakupu takiej energii elektrycznej nie jest konieczne aktywne poszukiwanie kontrahentów oferujących jej sprzedaż. Zaś w przypadku narzucenia przez oferenta zbyt wysokiej ceny, w warunkach zwolnienia go z obowiązku przedstawiania taryfy do zatwierdzenia, powód może złożyć do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję. W dniu 28 lutego 2005r. Prezes URE wydał komunikat w sprawie sytuacji na rynku energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, w którym poinformował, że uzna za koszt uzasadniony, koszt zakupu energii ze skojarzonych źródeł gazowych ponoszony przez spółki dystrybucyjne, natomiast w przypadku, gdy podmiot zobowiązany odmówi zakupu energii aktualnie oferowanej, wysoce prawdopodobnym stanie się wypełnienie przez niego przesłanek uzasadniających zastosowanie wobec niego dotkliwych sankcji karnych przewidzianych w Prawie energetycznym. Z taryfy spółek dystrybucyjnych na rok 2006, ustalonej przez Prezesa URE we wrześniu 2005r., wynika, że średnia cena zakupu energii „czerwonej” winna wynosić 138,70 zł/MW. W listopadzie 2005r. powód otrzymał od P¹ E C Sp. z o.o. w W oraz od P E_i Sp. z o.o. w S oferty sprzedaży odpowiednio 10 200 MWh i 80 000 MWh po cenach około 175,00 zł/MW. W grudniu 2005r. powód powiadomił obie spółki, że nie może przyjąć przedstawionych mu ofert, ze względu na proponowany poziom cen i brak zgody kontrahentów finalnych na wynikający stąd wzrost cen energii elektrycznej. W czerwcu 2006r. P E Sp. z o.o. w S zaoferowało powodowi zakup czerwonej energii elektrycznej w ilości około 50 000 MWh w cenie 206,74 zł/MW, mieszczącej się w granicach określonych w taryfie zatwierdzonej przez Prezesa URE w dniu 30 maja 2006r. W sierpniu 2006r. powód zwrócił się do wytwórców „czerwonej” energii elektrycznej z prośbą o przedstawienie mu oferty jej sprzedaży do końca 2006r. Od 16 wytwórców otrzymał informację, iż ze względu na istniejące już zobowiązania kontraktowe nie mogą przedstawić mu żadnej oferty. Jedynie Z E w Ł S.A. z siedzibą w Ł zaproponował powodowi sprzedaż energii „czerwonej” po cenie co najmniej 139 zł/MW, w uzgadnianych każdorazowo transakcjach SPOT w dniu n-1, przy czym wolumen energii w tych transakcjach skorelowany będzie ze zmianami pogody i uzależniony od nadwyżek planów produkcji w dniu n-1 w stosunku do planów w dniu n-2, ewentualnie wymianę ze energią wytworzoną w źródle konwencjonalnym w cenie 139 zł/MW za energię skojarzoną i 114 zł/MW za energię konwencjonalną. W listopadzie 2006r. powód ponownie zwrócił się do wytwórców energii

elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła z prośbą o ponowne rozważenie możliwości zaoferowania mu takiej energii. W piśmie z dnia 27 grudnia 2006r. powód poinformował Prezesa URE, że dążąc do realizacji ciężącego na nim obowiązku przeprowadził szeroko zakrojoną akcję ofertową, jednak udało mu się jedynie podpisać umowę z D T S.A. zarządzającą Z E w Ł , która nie została zrealizowana ponieważ wyjątkowo ciepła jesień sprawiła, że Elektrociepłownie nie wygospodarowały nadwyżek energii ponad zawarte wcześniej kontrakty. Wyjaśnił też, że oferty złożone mu przez dwie inne elektrociepłownie sprowadzały się jedynie do wymiany faktur, co jego zdaniem byłoby bezprawne, zaś oferta elektrociepłowni gazowej PEC w S. była dla niego nie do przyjęcia ze względu na cenę (280zł/MW) znacznie przekraczającą poziom rynkowy. Ostatecznie w roku 2006 powód w ogóle nie wytworzył, ani nie zakupił energii „czerwonej”. Zatem bezspornie nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 9a Prawa energetycznego. Natomiast jego przychody z działalności koncesjonowanej wyniosły w tym (2006) roku 1 585 039 861,54 zł.

Sąd Okręgowy ustalił także, że decyzją z dnia 16 lutego 2007r. (Nr DPE-451306(4)1265/2007/LW) Prezes URE, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie wymierzenia powodowi kary pieniężnej wobec niewykonania przez powoda ciężącego na nim także w roku 2005 obowiązku wynikającego z art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, umorzył postępowanie administracyjne z uwagi na brak w tamtym roku wystarczającej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, do całkowitego wykonania tego obowiązku. W roku 2005 powód nie otrzymał bowiem ani jednej oferty sprzedaży takiej energii.

W uzasadnieniu decyzji z dnia 17 grudnia 2007r. Prezes URE wyjaśnił, że powód należy do podmiotów, do których w roku 2006 zastosowanie znajdował art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, nakładający na podmioty prowadzące działalność koncesjonowaną obowiązek zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z obowiązku tego nie wywiązał się jednak w żadnym zakresie, choć otrzymał oferty sprzedaży od wytwórców takiej energii (łącznie ilość oferowanej energii – 90 200MWh), pozwalające na przynajmniej częściową jego realizację. Ostatecznie w roku 2006 wytwórcy takiej energii, w związku z brakiem zainteresowania ich ofertą, nie sprzedali łącznie 51 503 MWh. Z E P -A -K S.A. z siedzibą w K nie wypełnił zatem obowiązku określonego w art. 9a ust 8 Prawa

energetycznego, co w świetle art. 56 ust 1a i 2a pkt. 3 tego Prawa uzasadnia wymierzenie mu kary pieniężnej. Do wyliczenia wysokości kary Prezes URE przyjął tylko tę ilość oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, która nie została sprzedana przez jej wytwórców w roku 2006 (51 503 MWh) oraz średnią cenę sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym (136,19 zł.) i ustalił, że koszt zakupu wolumenu energii „czerwonej” umożliwiającego realizację obowiązku, powinien wynieść 7 014 193,57 zł. Na taką kwotę ocenił zatem uszczuplenie dochodów wytwórców takiej energii i ustalił, że stopień szkodliwości czynu przypisanego powodowi był znaczny. Prezes URE nie negował przy tym działań podejmowanych przez powoda, jednak uznał, że nie skorzystał on ze złożonych mu ofert sprzedaży energii wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła. W ocenie Prezesa URE tłumaczenie powoda, że poszukiwał korzystniejszych ofert, nie może być uznane za wystarczające usprawiedliwienie niewypełnienia obowiązku ustawowego. Powód jest bowiem profesjonalistą zobowiązanym do dołożenia należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.) i prowadzi działalność gospodarczą na podstawie koncesji, winien więc mieć pełną świadomość ciążących na nim obowiązków ustawowych i możliwych, nieprzewidzianych trudności w ich realizacji. Tymczasem starania o zakup odpowiedniej ilości energii „czerwonej” powód podjął dopiero w II połowie 2006r., a właściwie w jego ostatnim kwartale. Z uwagi jednak na występujący w roku 2006 brak na rynku ilości energii „czerwonej” wystarczającej do całkowitego wykonania nałożonego obowiązku, Prezes URE wymierzył powodowi karę w wysokości ustawowego minimum, określonego w art. 56 ust 2a pkt 3 Prawa energetycznego, przy uwzględnieniu, jako podstawy wymiaru, jedynie energii elektrycznej, której wytwórcom energii „czerwonej” nie udało się sprzedać oraz sytuacji finansowej powoda i poczynionych przez niego inwestycji, a także jego dotychczasowej niekaralności.

W odwołaniu od powyższej decyzji Prezesa URE powód - Z E P
A -K S.A. z siedzibą w K wniósł o jej uchylenie w całości i umorzenie postępowania przez Prezesem, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku – o uchylenie decyzji w całości i przekazanie sprawy Prezesowi URE do ponownego rozpoznania, zarzucając mu naruszenie:

- art. 56 ust 6 w zw. z art. 56 ust 1 oraz art. 9a ust 8 Prawa energetycznego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że powód nie wykonał obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust 8 tego Prawa i wymierzenie powodowi z tego tytułu kary pieniężnej bez uwzględnienia

możliwości finansowych powoda, pomimo dołożenia przez niego należytej staranności w celu realizacji w/w obowiązku i braku szkodliwości jego czynu;

- art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004r. w sprawie szczegółowego obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła poprzez błędne przyjęcie, że obowiązek zakupu energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii ma charakter bezwzględny, niezależny od istniejących realnie możliwości jego wykonania;

- art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w zw. z § 5 w/w rozporządzenia poprzez błędne przyjęcie, że energia elektryczna, która była przedmiotem rozmów handlowych pomiędzy powodem, a P... S... i P... W..., była energią oferowaną w rozumieniu art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, a obowiązek zakupu oferowanej energii „czerwonej” jest nieograniczony bez względu na jej proponowaną cenę;

- art. 56 ust 2a pkt 3 Prawa energetycznego poprzez niewłaściwe jego zastosowanie w związku z bezpodstawnym wyliczeniem wysokości kary pieniężnej wymierzonej powodowi;

- art. 80 k.p.a. poprzez przyjęcie za udowodnione, że skoro wytwórcy energii „czerwonej” wykazali niesprzedanie w 2006r. części tej energii, to jej całość miał zakupić powód, co doprowadziło do wymierzenia mu kary za niewykonanie tego obowiązku;

- art. 77 k.p.a. poprzez nierozważenie całego materiału dowodowego;

- art. 6 i 7 k.p.a. poprzez działanie pozwanego niezgodnie z przepisami prawa i zaniechanie podjęcia wszelkich kroków niezbędnych do wyjaśnienia stanu faktycznego i załatwienia sprawy;

- art. 11 k.p.a. poprzez niewyjaśnienie przesłanek, którymi pozwany kierował się przy wydawaniu decyzji;

- art. 8 k.p.a. poprzez nieuwzględnienie wcześniejszego stanowiska pozwanego w sprawie oraz pominięcie dowodów przedstawionych przez powoda w postępowaniu.

Powód wniósł także o dopuszczenie dowodów wymienionych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane (korespondencja dotycząca roku 2006 oraz wyjaśnienia kierowane do Prezesa URE i zeznania świadka), a także stwierdził, że brak zapłaty ze strony H... S.A. (obecnie w upadłości) wpłynął na jego kondycję finansową w sposób, który w powiązaniu z wysokością kary, może zachwiać jego sytuacją ekonomiczną.

Pozwany – Prezes Urzędu Regulacji Energetyki wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezpodstawność podniesionych w nim zarzutów.

Sąd Okręgowy podzielił ocenę Prezesa URE, że powód nie wykonał ciążącego na nim z mocy ustawy obowiązku zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu z produkcją ciepła, co stanowiło naruszenie prawa skutkujące nałożeniem kary pieniężnej. Zatem sporna decyzja była słuszna i nie spowodowała naruszenia prawa materialnego.

Zdaniem Sądu Okręgowego rację ma wprawdzie powód twierdząc, że ogłoszenie upadłości H Ł S.A. miało wpływ na pogorszenie się jego sytuacji finansowej, należy jednak uznać za słuszne stwierdzenie przez pozwanego, że ewentualna dalsza współpraca powoda z tym podmiotem mogłaby jedynie zwiększyć jego obowiązek zakupu energii „czerwonej”. Sąd Okręgowy podzielił także stanowisko powoda, że zakup takiej energii po cenach narzucanych przez jej wytwórców mógłby wpłynąć na konkurencyjność cen energii elektrycznej sprzedawanej przez niego odbiorcom końcowym, a w konsekwencji uznał za zbędne przeprowadzenia postępowania dowodowego na powyższą okoliczność. Odnosząc się zaś do zarzutów podniesionych w odwołaniu Sąd Okręgowy stwierdził, że:

- brzmienie art. 9a ust 8 Prawa energetycznego jest jednoznaczne, a skoro ustawodawca nie przewidział żadnych wyłączeń od wskazanego tam obowiązku, zarzuty dotyczące naruszenia tego przepisu przez Prezesa URE są bezzasadne;

- powołane przez powoda okoliczności dotyczące dołożenia przez niego należytej staranności przy realizacji w/w obowiązku nie mają znaczenia dla oceny, czy nałożenie na niego kary pieniężnej było zasadne. Mogą natomiast stanowić istotny element przy ustalaniu wysokości tej kary. W świetle art. 56 ust 1 Prawa energetycznego Prezes URE był bowiem zobowiązany do nałożenia kary na podmiot, który popełnił jeden z wymienionych tam czynów i nie mógł odstąpić od tego obowiązku;

- niedostateczna w roku 2006 podaż energii „czerwonej” nie może stanowić podstawy wstrzymania się przez przedsiębiorcę koncesjonowanego od działań zmierzających do realizacji obowiązku jej zakupu. Rozwój rynku wymaga bowiem, by popyt przewyższał podaż;

- odpowiedzialność określona w art. 56 ust 1 Prawa energetycznego oparta została na zasadzie bezprawności działania lub zaniechania. Stopień zawinienia karanego przedmiotu ma znaczenie tylko przy ustalaniu wysokości kary;

- fakt, że powód otrzymał oferty zakupu „czerwonej” energii elektrycznej od F. i P. W. wyklucza uznanie, że dołożył od należytej staranności przy wykonywaniu prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Oceny takiej nie zmienia twierdzenie powoda, jakoby oferowana mu w roku 2006 cena tej energii była wygórowana. Mógł bowiem przyjąć ofertę z listopada 2005r. – znacznie niższą. Nadto, powód podjął

aktywne działania zmierzające do zakupu takiej energii dopiero w II połowie 2006r., co zwiększyło prawdopodobieństwo niewywiązania się z obowiązku. Tymczasem większość podmiotów sprzedających „czerwoną” energię elektryczną kontraktuje jej sprzedaż w roku poprzedzającym dostawę lub zawiera umowy długoterminowe;

- fakt otrzymania przez powoda ofert na zakup łącznie 90 200 MWh „czerwonej” energii elektrycznej wyklucza uznanie za zasadny zarzutu traktowania przez Prezesa URE obowiązku określonego w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w sposób bezwzględny, niezależny od istniejących realnie możliwości jej zakupu. Niewykonanie tego obowiązku wynikało jedynie z wolnego wyboru powoda, który powinien zadbać o zakontraktowanie choćby minimalnej ilości takiej energii, wynikającej z zakładanej na rok 2006 sprzedaży;

- ustalając wysokość kary pieniężnej nałożonej na powoda Prezes URE nie naruszył przepisów Prawa energetycznego, a w szczególności jego art. 56 ust 2a pkt. 3, ust 3 i 6, ani art. 80 k.p.a.

- podjęte w tej sprawie działania Prezesa URE nie naruszają zasad wyrażonych w art. 7 i 8 k.p.a. ponieważ ustalił on fakty prawotwórcze i dokonał ich prawidłowej oceny. Wskazał także w sposób jednoznaczny podstawę swojej decyzji.

W apelacji od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości, powód - Z E P. A. -K S.A. z siedzibą w K, wniósł o jego zmianę poprzez uchylenie spornej decyzji w całości i umorzenie postępowania w sprawie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez SOKIK, przy uwzględnieniu kosztów dotychczasowego postępowania, zaś w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – o zmianę wyroku poprzez zmianę decyzji i obniżenie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości wynikającej z proporcjonalnego podzielenia tej kary na wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne, którym pozwany wymierzył karę pieniężną za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w roku 2006, w oparciu o ustalenie, że nie zakupiły one energii elektrycznej „oferowanej” przez P. S i P. W. Nadto skarżący wniósł o dopuszczenie dowodów wymienionych w apelacji, na okoliczności w niej wskazane, w tym decyzji pozwanego wymierzających kary pieniężne innym przedsiębiorstwom energetycznym za niewykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w roku 2006, w których pozwany powołał się na „oferty” składane przez P. S i P. W, znajdujących się u pozwanego i zobowiązanie tego ostatniego do złożenia tychże decyzji. Apelację swą powód oparł na zarzutach rażącego naruszenia prawa procesowego tj.:

- art. 233 § 1 k.p.c., czego skutkiem było błędne przyjęcie, że obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego ma charakter bezwzględny, a powód nie wykonał w roku 2006 tego obowiązku i nie dołożył należytej staranności w jego realizacji;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez błędne ustalenie faktów, na których oparł się Sąd, niewskazanie przyczyn, dla których Sąd ten odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom powołanym przez powoda, przez co wyrok nie odpowiada prawu i nie uwzględnia istotnych okoliczności przemawiających za brakiem zawinienia powoda w realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego w roku 2006;

- art. 227 w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. poprzez pominięcie dowodów, o których przeprowadzenie wnosił powód w toku postępowania przed SOKIK, a które miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i potwierdzały brak zawinienia powoda w podejmowaniu działań zmierzających do realizacji w/w obowiązku w roku 2006.

Skarżący zarzucił także rażące naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 2, 21 i 22 Konstytucji RP oraz art. 1 ust 2 Prawa energetycznego w zw. z art. 9a ust 8 tego Prawa oraz § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła poprzez błędne przyjęcie, że obowiązek zakupu takiej energii ma charakter bezwzględny i nieograniczony bez względu na jej cenę;

- art. 66 k.c. w zw. z art. 9a ust 8 Prawa energetycznego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że energia elektryczna będąca przedmiotem pism kierowanych do powoda przez PEC Siedlce i PEC Wyszaków, stanowiła energię elektryczną „oferowaną”, przez co powód był zobowiązany do jej zakupu;

- art. 56 ust 6 w zw. z art. 56 ust 1 pkt 1a i z art. 9a ust 8 Prawa energetycznego poprzez ich błędne zastosowanie prowadzące do wniosku, że działaniu powoda można przypisać winę, co doprowadziło do ustalenia, że powód nie wywiązał się z obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, a także poprzez ich zastosowanie w sytuacji, gdy przepisy te już nie obowiązywały i nie mogły stanowić podstawy wydania decyzji z uwagi na ich zmianę z mocy ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności (k. 219 – 222);

- art. 56 ust 2a pkt 3 Prawa energetycznego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w związku z bezpodstawnym wyliczeniem wysokości kary pieniężnej wymierzonej powodowi.

W odpowiedzi na apelację pozwany - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o jej oddalenie z uwagi na bezzasadność podniesionych w niej zarzutów. W szczególności pozwany zarzucił powodowi niewłaściwą interpretację przepisów ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności i błędne przypisanie jej abolicyjnego skutku dla przedsiębiorstw, które do dnia 24 lutego 2007r. nie zostały ukarane przez Prezesa URE za niewykonanie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytwarzanej z skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła.

Postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2009r. Sąd Apelacyjny przedstawił Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, które budziło jego poważne wątpliwości, następującej treści: czy w świetle art. 10 i 11 ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U.07.21.124) dopuszczalne jest zastosowanie art. 56 ust 1 pkt 1a Prawa energetycznego w brzmieniu sprzed nowelizacji do czynu popełnionego w 2006r. i objętego postępowaniem administracyjnym wszczętym 14 września 2007r.

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu powyższego zagadnienia prawnego, uchwałą z dnia 6 listopada 2009r. (Sygn.akt III SZP 2/09) rozstrzygnął, iż przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a w związku z art. 9a ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. - Prawo energetyczne w brzmieniu sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz ustawy Prawo ochrony środowiska i ustawy o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 21, poz. 124) stosuje się do oceny wykonania w 2006r. przez przedsiębiorstwo energetyczne obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nawet jeżeli postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki po wejściu w życie ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. Jednakże art. 56 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo energetyczne w nowym brzmieniu stosuje się jeżeli wysokość kary pieniężnej przewidzianej w tym przepisie jest względniejsza dla przedsiębiorstwa energetycznego. W uzasadnieniu powyższej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że derogowanie dotychczasowych przepisów ze względu na zastąpienie ich nowymi przepisami nie powoduje utraty zastosowalności dawnych norm prawnych do stosunków prawnych, których te normy dotyczyły. Nadto, nie ma żadnych powodów, ażeby przypisać ustawodawcy niewyrażone w ustawie cele abolicyjne, które polegałyby na

zaprzestaniu przez właściwe organy sankcjonowania niewykonanego obowiązku, tym bardziej, że nowe przepisy stanowią kontynuację poprzednich zarówno co do podmiotów, do których jest kierowana, jak i co do ich przedmiotu (odmiennie tylko zdefiniowanego). Sąd Najwyższy wyjaśnił równocześnie, że: „w nowym ujęciu normatywnym przedmiotowego zobowiązania, dostosowana została do niego sankcja (na takich samych zasadach jak była dostosowana poprzednia sankcja do poprzednio określonego zobowiązania) w nowym brzmieniu art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego. Ta nowa sankcja zasadniczo "nie pasuje do starego obowiązku". Nie podlega zresztą sankcjonowaniu zachowanie, które w chwili jego zastosowania nie stanowiło deliktu administracyjnego (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 123 maja 2009 r. P 66/07, OTK-A z 2009 r., Nr 5, poz. 65).

Przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym po dniu 24 lutego 2007 r. powinien natomiast zostać zastosowany gdyby okazało się, że w zakresie w jakim określa on sankcję (karę pieniężną - np. co do minimalnej wysokości tej kary), jest przepisem względniejszym dla podmiotu podlegającego sankcji. W tym tylko bowiem wyraża się w rozpatrywanej sprawie dostosowanie przedmiotowej represji administracyjnej do reguł prawa karnego (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2007 r., P 43/07, OTK-A z 2007, Nr 11, poz. 155 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008, III SK 3/08, LEX nr 509052)."

W dalszym toku postępowania apelacyjnego powód - Z E P A -K S.A. z siedzibą w K popierał apelację oraz wywodził, że dla niego, jako podmiotu podlegającego sankcji, bardziej względne są przepisy art. 56 ust 1 pkt 1a w brzmieniu po nowelizacji, ponieważ nie przewidują w ogóle sankcji za nieprzestrzeganie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła.

Pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie apelacji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja wniesiona przez powoda - Z E P A -K S.A. z siedzibą w K nie zasługiwała na uwzględnienie, a podniesione w niej zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy prawa materialnego i procesowego były chybione. Sąd ten prawidłowo uznał, że powód nie wykonał ciążącego na nim z mocy ustawy obowiązku

zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu z produkcją ciepła, co stanowiło naruszenie prawa, skutkujące obowiązkowym nałożeniem kary pieniężnej. Zatem sporna decyzja była słuszna i nie spowodowała naruszenia prawa materialnego.

Odnosząc się w pierwszym rzędzie do zarzutów naruszenia prawa procesowego Sąd Apelacyjny zważył, że ocena, czy obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego (w brzmieniu aktualnym w roku 2006) ma charakter bezwzględny, czy też podlega subiektywizacji z uwagi na cechy zobowiązanego przedsiębiorcy i rynku, na którym przyszło mu działać, nie leży w sferze stosowania prawa procesowego, a wynika z analizy i wykładni prawa materialnego (art. 9a ust 8 Prawa energetycznego). W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie budzi przy tym wątpliwości, że powód nie zakupił, ani też nie wytworzył w roku 2006 jakiegokolwiek wolumenu energii elektrycznej w skojarzeniu z produkcją ciepła. Skarżący zaś temu nie zaprzecza, a jedynie zarzuca, iż fakt ten nie może być uznany za niewykonanie w roku 2006 obowiązku, o którym mowa w powyższym przepisie. Ta kwestia również nie leży w sferze stosowania prawa procesowego (np. błędnego ustalenia faktów), a podlega ocenie z punktu widzenia prawidłowego zastosowania prawa materialnego. Natomiast okoliczność, czy powód dołożył w tej sprawie należytej staranności przy realizacji swego obowiązku, a zatem czy jego faktyczne niewypelnienie było przez powoda zawinione, pozostaje dla oceny zasadności zaskarżonego wyroku istotna jedynie o tyle, że stanowi jeden z elementów wskazanych w art. 56 ust 6 Prawa energetycznego jako przesłanka ustalenia przez Prezesa URE wysokości należnej kary pieniężnej. Sąd Okręgowy nie naruszył zatem przepisów art. 233 § 1 k.p.c. i art. 227 w zw. z art. 217 § 2 k.p.c. w sposób zarzucany mu w apelacji. Zaskarżony wyrok oparty został bowiem na odmiennej, niż postulowana przez powoda, ocenie i wykładni prawa materialnego, a nie na błędnych ustaleniach co do faktów zaistniałych w tej sprawie. Sąd Apelacyjny miał także na uwadze, że formułowane w apelacji zarzuty pominięcia dowodów wskazanych w odwołaniu, czy też odmówienia im wiarygodności i mocy dowodowej, nie zostały poparte wskazaniem konkretnych środków dowodowych, do których odnoszą się te zarzuty. Z uzasadnienia apelacji wynika przy tym, że skarżący w rzeczywistości nie kwestionuje ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd I instancji, a jedynie wysnuwa z nich odmienne wnioski i przypisuje im inne skutki w zakresie ciążących na nim obowiązków ustawowych. Nadto, w ocenie Sądu apelacyjnego, Sąd Okręgowy należycie wyjaśnił przyczyny dla których oddalił wnioski o przesłuchanie członka zarządu strony powodowej, a także odniósł się w uzasadnieniu swego wyroku do dokumentów i twierdzeń powoda przytaczanych w odwołaniu (dowód z tych dokumentów został dopuszczony na rozprawie w dniu 21 października 2008r.), w

szczegółności wziął pod rozwagę, że w roku 2006 brak było na rynku wystarczającej ilości „czerwonej” energii elektrycznej, by zaspokoić potrzeby wszystkich podmiotów zobowiązanych w oparciu o art. 9a ust 8 Prawa energetycznego do jej wyprodukowania lub zakupu, a także dostrzegł, sygnalizowany przez powoda problem dyktowania wysokich cen przez wytwórców takiej energii i zakres aktywności powoda na rynku „czerwonej” energii elektrycznej, wynikający z jego pism i twierdzeń. To, że przypisał tym faktom znaczenie inne, niż skarżący, nie uzasadnia zarzutu naruszenia prawa procesowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia rzeczywiście nie zawiera odniesienia do kwestii zarzutu naruszenia przez pozwanego art. 66 k.c. i rozstrzygnięcia sporu, czy energia, o której mowa w pismach P. i S. i P. W., miała status „energii oferowanej”, jak również nie analizuje zarzutu, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że to powód miał zakupić całą tę energię, a ponadto nie wyjaśnia, czy i jaki wpływ na zakres obowiązków powoda miało zaniechanie w roku 2006 implementacji przez Polskę Dyrektywy 2004/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, co może uzasadniać zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Naruszenie to nie miało jednak wpływu na prawidłowość zastosowania przez Sąd Okręgowy prawa materialnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej wykładni prawa materialnego. Zgodnie z art. 9a ust 8 Prawa energetycznego (w brzmieniu aktualnym w roku 2006, to jest wprowadzonym ustawą z dnia 4 marca 2005r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, Dz.U.05.62.552) przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej lub jej obrotem i sprzedające tę energię odbiorcom końcowym, przyłączonym do sieci na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jest obowiązane, w zakresie określonym w przepisach wydanych na podstawie ust. 10, do zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Adresatem powyższego przepisu jest zatem przedsiębiorca, który ubiegał się i uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej lub obrocie i sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym, przyłączonym do sieci na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 32 ust 1 w zw. z art. 3 pkt 12 Prawa energetycznego). Warunkiem udzielenia takiej koncesji jest właściwa (fachowa) obsługa odbiorców i zapewnienie środowisku należytej ochrony (art. 37 ust 1 Prawa energetycznego). Ponadto, przepis art. 38 Prawa energetycznego przewiduje, iż udzielenie koncesji może być uzależnione od złożenia przez wnioskodawcę zabezpieczenia majątkowego w celu zaspokojenia roszczeń osób trzecich, mogących powstać wskutek

niewłaściwego prowadzenia działalności objętej koncesją, w tym szkód w środowisku. Koncesjonowanie działalności przedsiębiorstw energetycznych jest jednym z narzędzi służących realizacji polityki energetycznej państwa, to jest: tworzeniu warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnieniu bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględnianiu wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważeniu interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii (art. 1 ust 1 i 2 Prawa energetycznego). Tak określone cele usprawiedliwiają reglamentację uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w tej dziedzinie, gdyż konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej, stanowiąca jeden z fundamentów społecznej gospodarki rynkowej jako podstawy ustroju gospodarczego, nie ma charakteru absolutnego i ze względu na ważny cel społeczny może być ograniczona w drodze ustawy (patrz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2008r. Sygn. akt III SK 33/07). Ubiegając się zatem o udzielenie koncesji na prowadzenie takiej działalności przedsiębiorstwo energetyczne musi uwzględniać w planowaniu swego dalszego rozwoju także to, że z dobrodziejstwem dopuszczenia do tej sfery gospodarki wiąże się konieczność uczestniczenia w realizowanej przez państwo polityce energetycznej i ponoszenia po części związanych z tym ciężarów. Należą do nich, wśród wielu innych: obowiązki związane z instytucją sprzedawcy z urzędu (art. 5a Prawa energetycznego), obowiązki w zakresie przedkładania taryf do zatwierdzenia (art. 47 ust 1 Prawa energetycznego), a także obowiązki związane z realizacją zadań państwa w zakresie ochrony środowiska i klimatu, służące również realizacji umów międzynarodowych. Do tej ostatniej kategorii należy zaliczyć obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego. Zatem przewidzianemu przepisami prawa i pozostającemu w zakresie jego kompetencji działaniu Prezesa URE podjętemu w sprawie niniejszej, a także orzeczeniu Sądu Okręgowego oddalającemu odwołanie powoda od decyzji Prezesa, o ile realizują w pełni art. 9a ust 8 i art. 56 ust 1 pkt 1a Prawa energetycznego, nie można zarzucić naruszenia konstytucyjnej zasady praworządności i wolności działalności gospodarczej. Należy także podkreślić w ślad za Sądem Okręgowym, że powód ma status przedsiębiorstwa energetycznego, zatem staranność, której zgodnie z art. 355 § 2 k.c., można od niego oczekiwać, obejmuje rozeznanie co do tego, jakie przepisy regulują jego obowiązki ustawowe oraz jakie są możliwe skutki braku ich realizacji. W granicach staranności jakiej może było oczekiwać od niego w tej sprawie mieści się także świadomość, że ustawodawca może zaniechać w roku 2006 implementacji do polskiego systemu prawnego Dyrektywy

2004/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Przeświadczenie powoda, że do implementacji tej dojdzie w roku 2006, a przez to jego obowiązki w zakresie wspierania energii produkowanej w warunkach mniej szkodliwych dla środowiska zostaną ukształtowane inaczej, nie mogło usprawiedliwiać powstrzymania się od wypełnienia obowiązku wynikającego z obowiązującej ustawy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy trafnie uznał, że skoro ustawodawca nie przewidział żadnych wyłączeń od obowiązku wskazanego w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, zarzuty dotyczące naruszenia przez Prezesa URE prawa materialnego są bezzasadne. Treść tego przepisu pozwala na jasne określenie warunków, w jakich przedsiębiorstwo energetyczne zobowiązane jest do zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Są to: prowadzenie przez przedsiębiorstwo energetyczne działalności określonego rodzaju i zaoferowanie mu „czerwonej” energii elektrycznej. Wbrew zarzutom apelacji, nie należy do nich: cena zakupu tej energii. Ekonomiczny aspekt takiego zakupu uwzględniony został przez ustawodawcę w art. 9a ust 10 pkt 2 i 3 Prawa energetycznego oraz wykonującym go § 5 i § 6 pkt 2 przytaczanego wyżej rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004r. Należy przy tym stwierdzić, że ani ustalony przez Prezesa URE rozmiar udziału ilościowego zakupionej energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii przyłączonych do sieci lub wytworzonej we własnych skojarzonych źródłach energii i sprzedanej odbiorcom dokonującym zakupu energii elektrycznej na własne potrzeby, w wykonanej całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej przez powodowe przedsiębiorstwo energetyczne tym odbiorcom, ani sposób uwzględniania w kalkulacji cen energii elektrycznej kosztów zakupu energii elektrycznej, do której zakupu przedsiębiorstwo to było obowiązane, nie były kwestionowane w odwołaniu i apelacji. Nie sposób więc podzielić oceny skarżącego, jakoby brak zgody na cenę oferowanej mu „czerwonej” energii elektrycznej był okolicznością wyłączającą względem niego obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego. Sąd Apelacyjny miał przy tym na uwadze, że kategoryczne sformułowanie w/w przepisu pozwala na uznanie, że przedsiębiorstwo energetyczne może być zwolnione z odpowiedzialności za niewykonanie obowiązku zakupu energii „czerwonej” w jedynie w sytuacjach wyjątkowych, takich, jak sytuacja powoda w roku 2005. Z uzasadnienia decyzji Prezesa URE wydanej w dniu 16 lutego 2007r. w sprawie DPE-451-306(4)/1265/2007/LW wynika, że pomimo barku zakupu przez Z E P -A K S.A. w roku 2005 wymaganego wolumenu „czerwonej” energii elektrycznej, postępowanie

administracyjne w sprawie wymierzenia temu przedsiębiorcy kary pieniężnej zostało umorzone, jako bezprzedmiotowe, z uwagi na brak przedmiotu żądania, dla zrealizowania którego postępowanie zostało wszczęte. W tamtym okresie brak było na rynku wystarczającej ilości takiej energii, co czyniło jej zakup fizycznie niemożliwym (k. 82 – 87). W sprawie niniejszej powód nie wykazał jednak zaistnienia takich okoliczności w roku 2006. Wprawdzie wywodził, że zakup „czerwonej” energii elektrycznej po cenie proponowanej przez jej wytwórców miałby niekorzystny wpływ na jego sytuację finansową, jednak co do zasady wysoka cena oferowanej energii nie uniemożliwia jej zakupu. Ani komunikat Prezesa URE z 23 września 2004r. odwołujący się do rynkowych zasad ustalania cen energii skojarzonej, ani komunikat z 1 grudnia 2006r. wskazujący na nieprawidłowości w funkcjonowaniu tego rynku, nie przesądza o tym, że powodowe przedsiębiorstwo było fizycznie pozbawione możliwości realizacji swego obowiązku. Jak podnosił pozwany w toku postępowania, gra rynkowa wywołana przewagą popytu nad podażą jest jednym z elementów wpływających na wspierany przez państwo rozwój rynku energii wytwarzanej w warunkach korzystnych dla środowiska i klimatu. Sam zaś fakt, że przedsiębiorstwo energetyczne musiałoby inaczej, mniej korzystnie, kalkulować koszty swojej działalności, nie czyni realizacji obowiązku zakupu energii fizycznie niemożliwym. Choć w sprawie niniejszej zastosowanie znajdują przepisy o postępowaniu w sprawach gospodarczych, a odwołujący się winien w odwołaniu wskazać dowody na poparcie swoich twierdzeń (art. 479⁴⁹ k.p.c.) dowód na okoliczność, że taka sytuacja miała jednak miejsce, nie został sądowi przedstawiony. Wbrew zarzutom apelacji okoliczność taka nie podlegała dowodzeniu w drodze zeznań świadka, czy osoby będącej członkiem zarządu przedsiębiorstwa energetycznego. Wykazanie „absurdalności” obowiązku zakupu „czerwonej” energii elektrycznej w warunkach określających rynek w roku 2006 i jego niszczącego wpływu na przedsiębiorstwo energetyczne, wymagało np. przeprowadzenia symulacji ekonomicznej (skoro do zakupu nie doszło) przez osobę posiadającą wiadomości specjalne z dziedziny ekonomii i zarządzania takimi przedsiębiorstwami. To samo odnosi się do formułowanych pod adresem pozwanego zarzutów wywołania przez niego konfliktu pomiędzy zatwierdzonymi cenami sprzedaży oferowanej energii elektrycznej, a faktem nieuwzględnienia kosztów jej zakupu, jako kosztu uzasadnionego. W braku dowodu na powyższe okoliczności, zarzut błędnego uznania przez Sąd Okręgowy, że obowiązek o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, ma charakter bezwzględny ponieważ nie daje podstaw do różnicowania sytuacji przedsiębiorstwa energetycznego w zależności od tego, w czym upatruje ono swój interes ekonomiczny, jest nieuzasadniony. Ryzyko związane z koniecznością uwzględnienia rynkowych zachowań

producentów „czerwonej” energii elektrycznej należy bowiem do ciężarów, których poniesienie równoważyło dobrodziejstwo uzyskania od państwa koncesji na prowadzenie działalności polegającej na wytwarzaniu lub obrocie energią elektryczną. To właśnie fakt działania powoda w oparciu o uzyskaną koncesję, w ramach rynku tak szczególnego, jak wciąż kształtujący się i podlegający zasadom polityki energetycznej państwa rynek zaopatrzenia i użytkowania paliw i energii, przesądza o niezasadności zarzutów apelacji dotyczących także dostrzeżonej przez powoda niedoskonałości rozwiązań ustawowych, ani faktu ich usunięcia ustawą z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne, ustawy – Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie zgodności (Dz.U.07.21.127), jak również tego, że powód należy do przedsiębiorstw konkurujących ze spółkami dystrybucyjnymi i postrzega swoją sytuację, wynikającą z obowiązku określonego w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, jako dyskryminującą go. Powód nie udowodnił bowiem w toku procesu, że w roku 2006 istniał realny i obiektywny brak możliwości wywiązania się przez niego z tego obowiązku.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak również podstaw do uznania, że doszło w tej sprawie do naruszenia art. 66 k.c. w zw. z art. 9a ust 8 Prawa energetycznego. Przepis regulujący obowiązek powoda zakupu „czerwonej” energii elektrycznej tworzy pojęcie „energii oferowanej” nie definiując go. Stąd oczywistym jest odwoływanie się przez strony tego postępowania do art. 66 k.c. (oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy). Zdaniem Sądu Apelacyjnego brzmienie art. 9a ust 8 Prawa energetycznego - przedsiębiorstwo energetyczne (...) jest obowiązane (...) do zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła - nie uzasadnia jednak twierdzenia, że ustawodawca rzeczywiście wymagał złożenia przedsiębiorstwu energetycznemu jednostronnego oświadczenia woli zawierającego stanowczą i wiążącą propozycję zawarcia umowy ściśle określonej treści i prowadzącego wprost do jej zawarcia. Tak skonkretyzowana wola ustawodawcy zostałaaby bowiem zrealizowana np. przez odwołanie się wprost do art. 66 k.c. lub przez wprowadzenie odpowiedniej definicji w samym Prawie energetycznym, ewentualnie użycie zwrotu „złożenie oferty”. Tymczasem ustawodawca poprzestał na określeniu, że energia ta ma być „oferowana do zakupu” (art. 65 ust 2a pkt 3 – definicja współczynnika E_o). Wymóg oferowania energii elektrycznej do zakupu został zatem spełniony już w drodze „zaoferowania” – przedstawienia powodowi (także na równi z innymi kontrahentami) propozycji jej nabycia w ilości i na warunkach, które zostały określone jedynie wstępnie i mogły podlegać dalszym negocjacjom.

W okolicznościach sprawy niniejszej nie budzi zatem wątpliwości, że powodowi „oferowano” zakup takiej energii w warunkach pozwalających na częściowe (co do ilości) choćby spełnienie obowiązku wskazanego w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego.

Sąd Apelacyjny uznał ponadto za chybiony zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 56 ust 6 w zw. z art. 56 ust 1 pkt 1a oraz art. 9a ust 8 Prawa energetycznego. Sąd Okręgowy prawidłowo uznał bowiem, że w roku 2006 powód nie przestrzegał obowiązku zakupu energii elektrycznej, o którym mowa w art. 9a ust 8 Prawa energetycznego, a skoro tak, zgodnie z art. 56 ust 1a tego Prawa, podlegał karze pieniężnej. Jak przypomnieli Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 kwietnia 2007r. wydanym w sprawie III SK 1/07 (LEX nr 487519), dokonując wykładni odmiennej, niż Sąd Apelacyjny i SOKIK w orzeczeniach przytoczonych w apelacji, zawarte w art. 56 (obecnie ust 1 zd. 1 Prawa energetycznego) sformułowanie „karze pieniężnej podlega ten, kto (...)” wskazuje na to, że Prezes URE jest zobowiązany, a nie uprawniony do nałożenia kary w razie stwierdzenia okoliczności podlegających karze. Przepis ten nie przewiduje odstępiania od nałożenia kary. Zdaniem Sądu Najwyższego, sąd rozpoznający odwołanie od decyzji Prezesa URE mógłby odstąpić od wymierzenia kary tylko wówczas, gdyby uznał, że zachowanie powoda - odwołującego się przedsiębiorcy - nie naruszało przepisów Prawa energetycznego. Wówczas uchyliłby zaskarżoną decyzję w całości, tj. z fragmentem sentencji o nałożeniu kary. Zatem przesłanka winy decydować mogła o wysokości kary pieniężnej, a nie o obowiązku jej wymierzenia. Tę właśnie ocenę, jako opartą na wszechstronnej wykładni art. 56 Prawa energetycznego, podzielił Sąd Apelacyjny orzekając w sprawie niniejszej. Sąd ten zważył także, że zachowanie powoda zostało słusznie uznane przez Sąd Okręgowy za naruszające art. 9a ust 8 Prawa energetycznego. Powód wykazał wprawdzie podjęcie działań w kierunku realizacji obowiązku określonego w tym przepisie (dwukrotne kierowanie pism do wielu producentów „czerwonej” energii elektrycznej z zapytaniem o możliwość jej nabycia), ich intensywność miała jednak charakter pozorny, skoro równocześnie nie przeprowadził stanowczych negocjacji z podmiotami, które rzeczywiście oferowały taką energię na rynku. Przedsiębiorstwo energetyczne nie było bowiem zobowiązane do aktywnego poszukiwania tej energii w sytuacji, w której nie była ona oferowana. Dopiero jej zaoferowanie stwarzało obowiązek nabycia. Mógł on zostać zrealizowany w wyniku dowolnych starań przedsiębiorstwa energetycznego, prowadzących do nabycia energii oferowanej lub odpowiedniego wolumenu takiej energii od innego podmiotu. Zatem, wbrew zarzutom apelacji, nie sposób zarzucić Sądowi Okręgowemu w tej kwestii braku logiki i sprzeczności

twierdzeń. Istotna w tej sprawie była bowiem, nie intensywność wysyłania zapytań do wytwórców energii „czerwonej”, a intensywność i skuteczność negocjacji z podmiotami, które energię tę oferowały.

Odnosząc się od zarzutu naruszenia art. 56 ust 2a pkt 3 Prawa energetycznego Sąd Apelacyjny zważył, że odmienne, niż prezentowane w apelacji, rozumienie pojęcia „energii oferowanej” wyklucza uznanie, że nie było podstaw do przyjęcia za podstawę obliczenia wysokości kary pieniężnej energii elektrycznej będącej przedmiotem pism P. i W. i P. i S. . Należy także przypomnieć, że ilość ta została obniżona do tej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, która nie została sprzedana przez jej wytwórców w roku 2006 (51 503 MWh). Zabieg ten był więc korzystny dla skarżącego, niezależnie od rzeczywistej treści w/w przepisu. Nie sposób uznać, że w rzeczywistości Prezes uwzględnił „roczne zdolności produkcyjne” wytwórców, a nie energię oferowaną. Specyfika produktu, jakim jest energia elektryczna nie daje bowiem możliwości jego wyprodukowania, zmagazynowania i wówczas dopiero zaoferowania do sprzedaży. Sąd Apelacyjny uznał także za chybiony zarzut, iż brak było podstaw do przyjęcia, że cała energia, o której mowa w pismach P. i W. i P. i S. , miała być mu sprzedana. Skarżący nie wykazał bowiem, by nie miał możliwości zakupienia jej w całości. Natomiast okoliczność wymierzenia przez Prezesa URE kar także innym podmiotom, którym oferowano tę samą energię, pozostaje bez znaczenia w sytuacji, gdy żaden z nich jej nie zakupił (czyniąc zadość swojemu obowiązkowi i zwalniając inne podmioty z zarzutu naruszenia ustawy), a art. 56 ust 2a pkt 3 Prawa energetycznego nie przewiduje wyliczenia wysokości kary pieniężnej w zależności od ilości podmiotów, które w ten sam sposób naruszyły obowiązek określony w ustawie. Kwestia ta nie należy również do określonych w ust 6 w/w przepisu czynników wpływających na wymiar kary. Stąd nie sposób uznać za znajdujący oparcie w ustawie zawartego w apelacji wniosku o zmniejszenie kary proporcjonalnie do liczby podmiotów, które nie zakupiły tej samej, oferowanej do zakupu, energii „czerwonej”. Element „uszczipienia dochodów wytwórców energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii” został przytoczony w uzasadnieniu spornej decyzji jedynie na poparcie tezy o znacznej szkodliwości zaniechania powoda. Wymierzenie kary nie może być jednak traktowane wprost jako kompensata strat niedoszłego kontrahenta. Kara jest bowiem płatna do budżetu państwa, a jej nałożenie wywołane zostało przez powoda, który nie zadośćuczynił swojemu ustawowemu obowiązkowi. W tym stanie rzeczy wniosek dowodowy sformułowany w

apelacji podlegał oddaleniu. Zmierzał bowiem do wykazania okoliczności w tej sprawie nieistotnej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wobec treści podjętej w tej sprawie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2009r. nie sposób uznać za zasadne wywodów skarżącego, jakoby dla niego, jako podmiotu podlegającego sankcji, bardziej względne były przepisy art. 56 ust 1 pkt 1a w brzmieniu po nowelizacji. Uzasadnienia takiego twierdzenia skarżący upatruje w tym, że „nowe przepisy” nie przewidują w ogóle sankcji za nieprzestrzeganie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła. Takie ujęcie sprawy jest jednak wykluczone wobec zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy oceny, iż nie istnieje podstawa do przypisania ustawodawcy niewyrażonych w ustawie celów abolicyjnych, które polegałyby na zaprzestaniu przez właściwe organy sankcjonowania niewykonanego obowiązku, tym bardziej, że nowe przepisy stanowią kontynuację poprzednich zarówno co do podmiotów, do których jest kierowana, jak i co do ich przedmiotu (odmiennie tylko zdefiniowanego). Sąd Najwyższy wyjaśnił równocześnie, że nowa sankcja zasadniczo nie pasuje do starego obowiązku, co w zasadzie wyklucza jej zastosowanie w tej sprawie. Zasygnalizowana przez Sąd Najwyższy konieczność rozważenia, czy przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym po dniu 24 lutego 2007 r. powinien jednak zostać zastosowany, jako względniejszy dla podmiotu podlegającego sankcji, związana jest z zasadą dostosowania represji administracyjnej do reguł prawa karnego. Sąd Apelacyjny nie dopatrył się jednak w tej sprawie możliwości uznania, że sankcja proponowana przez przepis w brzmieniu aktualnym do dnia 10 marca 2010r. oraz od dnia 11 marca 2010r. może być uznana za względniejszą. Parametry służące do jej wyliczenia nie znajdują bowiem przełożenia na stan istniejący w roku 2006. Natomiast możliwość ewentualnego zastosowania w tej sprawie dobrodziejstwa określonego w art. 56 ust 6a Prawa energetycznego w brzmieniu aktualnym w dniu orzekania przez Sąd Apelacyjny (wprowadzonym ustawą z dnia 8 stycznia 2010r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw Dz.U.10.21.104) wykluczona jest choćby z tego względu, że powód nie zrealizował swojego obowiązku. Nie sposób też uznać, by stopień szkodliwości czynu powoda był znikomy. Jak słusznie podkreślił Prezes URE, a w ślad za nim Sąd Okręgowy, stopień szkodliwości czynu (zaniechania) powoda był znaczny ze względu na świadomy brak realizacji założonego przez ustawodawcę wsparcia producentów „czerwonej” energii elektrycznej, oferowanej do zakupu,

co znalazło wyraz w uszczupleniu dochodów wytwórców takiej energii na kwotę 7 014 193,57 zł.

Z tych wszystkich względów, uznając apelację powoda za pozbawioną podstaw faktycznych i prawnych, Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji, na zasadzie art. 385 k.p.c. rozstrzygając o kosztach postępowania apelacyjnego w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.



Na oryginale właściwe podpisy.
Za zgodność z oryginałem stwierdzam
Sekretarz Sądowy