

Sygn. akt VII AGa 2336/18

ODPIS



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Jolanta de Heij-Kaplińska

Sędziowie: SA Marek Kolasinski (spr.)

SA Magdalena Sajur - Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o wymierzenie kary pieniężnej

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony

Konkurencji i Konsumentów

z dnia 11 października 2018 r., sygn. akt XVII AmE 164/16

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że jego punktowi
pierwszemu nadaje następującą treść:**

**„I. obniża karę nałożoną decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z
dnia 20 lipca 2016 r. numer OKA-451-41(4)/2016/26139/ASz2 na**

z kwoty 20.000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) do kwoty 3.000 zł (trzy tysiące złotych) oraz oddała odwołanie w pozostałym zakresie;"

2. oddała apelację w pozostałym zakresie;

3. zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz

kwotę 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.



Na oryginale własowy podpis
Za zgodność z oryginałem stwierdza
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Barbara Groszewska

Uzasadnienie

Decyzją z dnia 20 lipca 2016 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej jako „Prezes URE”), stwierdził, że przedsiębiorca - , w okresie od momentu przekroczenia w 2014 r. rocznej wartości obrotu gazem płynnym w butlach odpowiadającej równowartości 10.000 euro do 31 grudnia 2014 r. oraz od 1 stycznia 2015 r. do 9 lipca 2015 r. prowadził działalność gospodarczą w zakresie obrotu paliwami ciekłymi bez wymaganej koncesji.

Za wyżej opisane działanie organ wymierzył przedsiębiorcy -

karę pieniężną w wysokości 20.000 zł

Odwolanie od powyższej decyzji, decyzji, zaskarżając ją w części nakładającej na nią karę pieniężną, wniosła

Zarzucając zaskarżonej decyzji naruszenie przepisów:

1. prawa materialnego, tj. art. 56 ust 6a prawa energetycznego (dalej jako p.e.) polegające na jego błędnej wykładni i w konsekwencji odmowie jego zastosowania z uwagi na brak zaistnienia przesłanek do odstąpienia od wymierzania kary, ~~podczas gdy przesłanki te wystąpiły, bowiem stopień~~ ~~szkodliwości czynu przedsiębiorcy był znikomy, zaprzestał on z własnej~~ ~~inicjatywy naruszania prawa, a także dodatkowo uzyskał koncesję~~ ~~wymaganą do~~ ~~prowadzenia działalności gospodarczej w postaci obrotu paliwami płynnymi;~~
2. prawa procesowego tj.:
 - a) art. 77 § 1 kpa w zw z art. 30 ust 1 p.e. poprzez nieprawidłową ocenę zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego i przyjęcie iż nie wystąpiły okoliczności uzasadniające odstąpienie od wymierzania kary pieniężnej oraz, że stopień szkodliwości czynu powoda był duży, podczas gdy stopień szkodliwości czynu powoda był znikomy i wystąpiły przy tym dodatkowe okoliczności do zastosowania instytucji odstąpienia od wymierzenia kary;
 - b) art. 8 kpa podlegające na wydaniu decyzji naruszającej zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa, w której odmówiono zastosowania

instytucji odstąpienia od wymierzania kary, podczas gdy Prezes URE w sprawie o praktycznie identycznym stanie faktycznym, również dotyczącym jednej ze spółek działających pod marką [redacted] w oparciu o bardzo podobne ustalenia faktyczne, odstąpił decyzją z 30 maja 2016r (OKA-451-19(4)/2016/26147/DT od wymierzania innemu przedsiębiorcy kary wobec zaistnienia przesłanek uregulowanych w art. 56 ust 6a p.e.

odwołujący wnosł o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez odstąpienie od wymierzania kary i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 11 października 2018 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w pkt 2 decyzji odstąpił od wymierzenia kary pieniężnej;

II. zasądził od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz [redacted]

kwotę 1540 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego zapadło w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dowodów z niekwestionowanych przez żadną ze stron dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym oraz postępowaniu sądowym oraz rozważania Sądu I instancji, w świetle których:

[redacted] w ramach prowadzonej działalności gospodarczej dokonywała sprzedaży gazu płynnego LPG w butlach. Zgodnie z poczynionymi przez Sąd ustaleniami, wielkość tej sprzedaży kształtowała się w poszczególnych latach na poziomie:

- 31.199 zł (netto) w roku 2013 r.;
- 107.735 zł (netto) w roku 2014 r.;
- 44.420 zł (netto) w okresie od 1.01.2015 do 9.07.2015 r.

Sprzedaż gazu została wstrzymana 10 lipca 2015 r., po powzięciu przez powoda informacji, że przekroczył on poziom obrotu gazem ciekłym, który obliguje go do uzyskania koncesji do prowadzenia takiej sprzedaży.

W związku z powyższym spółka złożyła w dniu 27 lipca 2015 r. do Prezesa URE wniosek o udzielenie koncesji na obrót paliwami ciekłymi.

W dniu 12 sierpnia 2015 r. Prezes URE wydał decyzję nr mocą której udzielił przedsiębiorcy koncesji na obrót paliwami ciekłymi na okres od 12 sierpnia 2015 r. do 12 sierpnia 2025r. Przedmiotem działalności objętej koncesją była działalność gospodarcza w zakresie obrotu konfekcjonowanym gazem płynnym (w butlach). Sąd ustalił, że w toku postępowania o udzielenie koncesji powód wskazał jakie obroty z tytułu sprzedaży gazem osiągnął w latach 2013, 2014 i 2015 oraz wyjaśnił między innymi, że „w związku z przejęciem w roku 2014 drugiej stacji (fakt ten miał wpływ na zwiększenie obrotu w zakresie koncesjonowanej działalności) oraz bardzo obszernym zakresem obowiązków związanych z prowadzoną działalnością, dbaniem o prawidłowość wszelkich procedur ustalonych przez koncern i Oddział w Polsce nie byliśmy świadomi, iż został przekroczony obrót w zakresie gazu płynnego LPG w butlach.”

W związku z powzięciem, w oparciu o treść pism powoda, informacji, że powód prowadził działalność bez wymaganej koncesji Prezes URE wszczął niniejsze postępowanie o nałożenie kary.

..... został ukarany grzywną w wysokości 600 zł na podstawie wyroku nakazowego z dnia 15.10.2015 wydanego przez Sąd Rejonowy w Zabrzcu sygn. akt II W 622/15, która została uregulowana w dniu 27.11.2015 roku.

Za bezsporne między stronami Sąd pierwszej instancji uznał, że przedsiębiorca dopuścił się naruszenia art. 34 ust 1 pkt 4 p.e., gdyż bez posiadania stosownej koncesji prowadził obrót gazem płynnym. Powołany przepis stanowił bowiem, że uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej między innymi w zakresie obrotu paliwami ciekłymi, z wyłączeniem obrotu gazem płynnym, jeżeli roczna wartość obrotu nie przekracza równowartości 10.000 euro. Wskazał, iż zasada wyrażona w powołanym przepisie obligowała przedsiębiorcę wykonującego działalność gospodarczą polegającą na obrocie paliwami ciekłymi (gazem płynnym w butlach) do posiadania koncesji na obrót paliwami ciekłymi, z chwilą przekroczenia w ciągu roku 10.000 euro obrotu.

Wobec tego, że powód w 2014 roku osiągnął wartość sprzedaży gazu płynnego w wysokości 107.735,00 zł (netto), to przy średnim kursie euro w 2014 r. w NBP na poziomie 4,1852 zł, przekroczył próg 10.000 euro.

Za bezsporne Sąd uznał także, że w związku z prowadzeniem działalności bez uzyskania koncesji przedsiębiorca, w myśl art. 56 ust 1 pkt 12a p.e., podlegał karze

pieniężnej, wskazując, że zgodnie z tym przepisem karze pieniężnej podlega ten, kto będąc osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania lub obrotu paliwami ciekłymi, w tym obrotu paliwami ciekłymi z zagranicą, bez wymaganej koncesji. Wskazał, iż stosownie do treści art. 56 ust. 3 p.e. wysokość kary pieniężnej nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym, a jeżeli kara pieniężna związana jest z działalnością prowadzoną na podstawie koncesji, wysokość kary nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, wynikającego z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. Natomiast ustalając wysokość kary pieniężnej, Prezes URE uwzględnia stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia oraz dotychczasowe zachowanie podmiotu i jego możliwości finansowe (art. 56 ust. 6 p.e.)

W ocenie Sądu pierwszej instancji sporne między stronami było, czy zaistniały podstawy do odstąpienia od nałożenia na powoda kary, o jakich mowa w art. 56 ust 6a p.e., w myśl którego Prezes URE może odstąpić od wymiarzenia kary, jeżeli stopień szkodliwości czynu jest znikomy, a podmiot zaprzestał naruszania prawa lub zrealizował obowiązek. Sąd wskazał, że wprawdzie organ w niniejszej sprawie uznał, że przedsiębiorca zaprzestał naruszania prawa, ale stopień szkodliwości czynu nie jest znikomy, zatem nie zostały spełnione łączne obie przesłanki z art. 56 ust 6a p.e.

Rozstrzygając sporną między stronami kwestię stopnia szkodliwości czynu, Sąd pierwszej instancji podkreślił, że jakkolwiek ustawą Prawo energetyczne nie sprecyzowała, w jaki sposób należy oceniać stopień szkodliwości czynu, to jednak uczyniło to orzecznictwo sądowe. Podzielając w tym wypadku przywołane poglądy judykatury uznał, że przy ocenie szkodliwości zasadne jest odwołanie się do sposobu weryfikacji tego stopnia wypracowanego w prawie karnym, skoro prawodawca posłużył się w art. 56 ust. 6a prawa energetycznego instytucją prawa karnego, z uwagi na represyjny charakter kar pieniężnych przewidzianych w art. 56 prawa energetycznego. Zdaniem Sądu Okręgowego, konieczne stało się zatem odwołanie się do art. 115 § 2 kodeksu karnego, który zawiera zamknięty katalog kryteriów oceny stopnia szkodliwości społecznej czynu i który nakazuje przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu brać pod uwagę: rodzaj i charakter naruszonego dobra; rozmiary wyrządzonej szkody; sposób i okoliczności popełnienia czynu; wagę naruszonych obowiązków; postać zamiaru; motywację sprawcy oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.

Analizując zasadnicze kryterium oceny stopnia szkodliwości czynu powoda, jakim jest rodzaj naruszonego dobra, Sąd Okręgowy stwierdził, że Prezes URE zwrócił uwagę na cel, jakim ma służyć ma zakaz prowadzenia działalności gospodarczej bez posiadania szczególnego zezwolenia jakim jest koncesja, tj. ograniczenie swobody działalności gospodarczej ze względu na wagę reglamentowanej działalności gospodarczej (art. 46 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.). Zauważył jednak, że organ powoływał za doktryną prawa, że koncesjonowanie wprowadzane jest z uwagi na: *„ważny interes państwa, zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego oraz porządku publicznego, niebezpieczeństwo pojawienia się zjawisk patologicznych zagrażających ładowi publicznemu państwa, konieczność aktywnej kontroli działalności ze względu na naturę prowadzonej działalności mogącą stwarzać różnego rodzaju niebezpieczeństwa, troska o zabezpieczenie sprawnego funkcjonowania państwa.”*

Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że w świetle wywodów organu uznać należy, że to wcześniejsze spełnienie warunków wymaganych do uzyskania koncesji i dopuszczenie do jej wykonywania po pozytywnej weryfikacji jest tym dobrem chronionym. Zgodził się przy tym z organem, że celowe jest zapobieganie wykonywania reglamentowanej działalności gospodarczej przez podmioty, które nie były poddane ocenie przez Prezesa URE w zakresie spełniania wszystkich warunków.

W ocenie Sądu nie bez znaczenia jest w tym kontekście, że powód mógł prowadzić działalność koncesjonowaną bez koncesji dopóki była ona prowadzana na niewielką skalę (do 10 000 euro obrotu rocznie), co jednak oznacza, że dobro jakie jest chronione w tym wypadku nie jest chronione w każdej sytuacji. Skoro to skala działalności wyznacza granice ochrony, to zdaniem Sądu pierwszej instancji należy przyjąć, że to nie jakiś szczególnie ważny interes państwa, czy zagrożenie dla zdrowia i życia ludzkiego lub porządku publicznego zdecydowały o reglamentowaniu tej działalności, ale raczej zabezpieczenie sprawnego funkcjonowania państwa, np. w odniesieniu do możliwości wykonywania przez organ regulacyjny obowiązków regulacyjnych, sprawozdawczych, np. dokowania oceny rynku energii en bloc, czy też eliminacji ryzyk związanych z nadużyciami podatkowymi. Zasadniczo więc można przyjąć, że natura prowadzonej przez powoda działalności nie stwarza więc takich niebezpieczeństw, aby była ona w każdych warunkach reglamentowana. Oznacza to, że jednak charakter chronionego dobra nie może stać na przeszkodzie do uznania, że naruszenie norm prawa administracyjnego jakiego dopuścił się powód nie może być uznane za czyn o znikomej jednak szkodliwości społecznej.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji na to, że rodzaj i charakter naruszonego dobra chronionego prawem nie jest tak istotny jak dowodził powód wskazuje także i to, że ustawodawca uchylił penalizację czynu jakiego dopuścił się powód i uchylił z dniem 2 września 2016r art. 56 ust. 1 pkt 12a, który nota bene został dodany ustawą z dnia 30.05.2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 900), która weszła w życie 22.07.2014 r.

Odnosząc się z kolei do rozmiaru wyrządzonej szkody, Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że działalność wykonywana przez powoda, podlega reglamentacji tylko wówczas, gdy jest prowadzona na większą skalę. Zdaniem Sądu to zatem rozmiar działalności warunkuje uzyskanie koncesji. Sąd wskazał przy tym, że nie bez znaczenia dla oceny szkodliwości czynu jest zatem, w kontekście naruszonego dobra, okoliczność, w jakim zakresie przedsiębiorca przekroczył próg obrotu, który wymagał uzyskania koncesji, tj. jaki obrót osiągnął bez koncesji i jak to się ma do obrotów, których roczna skala uzasadnia uzyskanie koncesji. Sąd zauważył zatem, że kwota ta wyniosła 65 883 zł w 2014r (107.735 zł – [10000 euro x 4,1852 zł]) i 44.420 w 2015r. Powyższe wartości wskazują zdaniem Sądu Okręgowego, że jakkolwiek w 2014 r. powód limit 10.000 euro obrotu przekroczył o 65.883 zł, to już w kolejnym roku, jeśli go oceniać odrębnie, przekroczenie dotyczyło zaledwie kilku tysięcy złotych, gdyż powód dobrowolnie powstrzymał się z wykonywaniem działalności do czasu uzyskania koncesji. Jeśli natomiast oceniać tylko przekroczenie progu w 2014r, to można śmiało przyjąć w ocenie Sądu, że szkoda jaką powód mógł wyrządzić nieuzyskaniem koncesji przy tej skali działalności nie była znaczna, zważywszy, że sam ustawodawca uznaje, że działalność do 10 000 euro obrotu rocznie tj. ok 42 tys zł nie jest na tyle istotna aby ją reglamentować.

Sąd zauważył także, że dla oceny szkodliwości czynu nie bez znaczenia jest zamiar i motywacja sprawcy.

Doszedł przy tym do przekonania, że w tej kwestii, w odniesieniu do powoda, można także mówić o znikomym stopniu szkodliwości.

Zdaniem Sądu przyjęć bowiem należy, że powód nie miał zamiaru naruszenia norm prawa energetycznego i nie działał celowo z takim zamiarem. Jakkolwiek istotnie przedsiębiorca wskazał, że przekroczenie obrotu w 2014 r. wynikało z faktu, że przejął on w 2014 r. inną stację paliw, ale z uwagi na różne, związane z tym sprawy organizacyjne, nie posiadał wiedzy, że został przekroczony obrót w zakresie gazu płynnego w butlach warunkujący uzyskanie koncesji. Sąd wskazał jednocześnie, że działalność polegająca na sprzedaży gazu płynnego w butlach stanowiła nieznaczny element działalności powoda, o

czym świadczy fakt, że przychód ze sprzedaży gazu w butlach w 2014 r. stanowił zaledwie 3,51 % całkowitego przychodu powoda, zaś w roku 2015 było to 1,13 % przychodu, co pozwala przyjąć, za prawdziwe oświadczenia powoda o braku świadomości naruszenia norm prawa energetycznego.

Nie bez znaczenia dla oceny zamiaru sprawcy oraz oceny staranności powoda był także, zdaniem Sądu pierwszej instancji fakt, że przedsiębiorca niezwłocznie po powzięciu wiadomości o przekroczeniu progu obrotu, wstrzymał sprzedaż gazu i wystąpił z wnioskiem o udzielenie koncesji, podobnie jak i to, że przepis który stanowił podstawę odpowiedzialności powoda tj. art. 56 ust. 1 pkt 12a p.s. został dodany ustawą z dnia 30.05.2014 r., która weszła w życie 22.07.2014 r., a tym samym była to nowa regulacja prawna, która istotnie w natłoku ciągłych zmian legislacyjnych mogła zostać nie odnotowana przez przedsiębiorcę.

Reasumując Sąd uznał, że o ile można przyjąć, że przedsiębiorca nie wykazał się dostateczną dbałością o realizację ciążących na nim obowiązków i nie dochował staranności, to jednak nie można mu przypisać umyślnego zamiaru i celowego działania.

Skoro zaś nie było sporne między stronami, że powód zaprzestał naruszania prawa, bo wstrzymał sprzedaż gazu do czasu uzyskania koncesji i zrealizował jednocześnie obowiązek ponieważ uzyskał wymaganą prawem koncesję, to zdaniem Sądu Okręgowego, wobec poczynionych ustaleń co do znikomego stopnia szkodliwości czynu, w sprawie niniejszej zachodziły przesłanki do odstąpienie od wymierzenia powódowi kary - w oparciu o przepis art.56 ust. 6a p.s.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił oceny pozwanego, że tylko nałożenie na przedsiębiorcę kary może doprowadzić do osiągnięcia skutku prewencyjnego. W jego ocenie w sprawie niniejszej rzeczywistość wskazuje, że przedsiębiorca bez nałożenia na niego kary, wystąpił do organu o udzielenie koncesji i to jego informacje o przekroczeniu limitu obrotu w poprzednim roku stały się podstawą do wszczęcia postępowania o nałożenie kary. W tej sytuacji, zdaniem Sądu pierwszej instancji, nie jest ani konieczne ani celowe nałożenie na przedsiębiorcę kary, gdyż nie wymaga tego przymuszenie go do podjęcia jakiejś czynności, ani też nie jest pożądane realizowanie celu prewencji szczególnej, skoro przedsiębiorca dobrowolnie zaprzestał naruszania prawa i to jeszcze przed wszczęciem postępowania. Sąd zarządził jednocześnie, że przedsiębiorca nie może się w tym wypadku czuć bezkarny, bowiem na

została nałożona kara grzywny za prowadzenia działalności bez wymaganej koncesji w kwocie 600 zł.

Mając na uwadze powyższe Sąd pierwszej instancji w oparciu o przepis art. 479⁵³ § 2 k.p.c. zmienił decyzję, w części w jakiej została zaskarżona, w ten sposób, że odstąpił od nałożenia na przedsiębiorcę kary.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku sporu, Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., obciążając nimi pozwanego.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany - Prezes Urzędu Regulacji Energetyki.

Zaskarżając wyrok w całości, skarżący zarzucił mu naruszenie:

1) przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 233 §1 k.p.c. – poprzez brak wzechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie błędnych, niezgodnych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wniosków, poprzez:

a) uznanie, że skala przekroczenia przez powoda w 2014 r. proggu rocznej wartości obrotu gazem płynnym w butlach odpowiadającej równowartości 10.000 euro (tj. ok. 42000 zł) o kwotę 65 883 zł (przychód powoda za 2014 r. wyniósł 107.735 zł) nie była znaczna, a tym samym, że rozmiar wyrządzonej szkody jaką powód mógł wyrządzić niesuzykaniem koncesji również nie była znaczna, pomimo tego, że kwota 65 883 zł stanowiła przekroczenie dopuszczalnego proggu obrotu gazem o ponad 150% oraz pomimo tego, że powód również w 2015 r. przekroczył dopuszczalny próg obrotu gazem o kwotę 2.568 zł (o ponad 0,5%), co w konsekwencji doprowadziło Sąd do błędnej oceny, że zakres ww. przekroczeń dwa lata z rzędu w kontekście azkodliwości czynu powoda był niewielki i umożliwia odstąpienie od wymierzenia powodowi kary pieniężnej;

b) uznanie, że ze względu na różne sprawy organizacyjne związane z przejęciem w 2014 r. innej stacji paliw, powód nie posiadał wiedzy, że został przekroczony obrót w zakresie gazu płynnego w butlach warunkujący uzyskanie koncesji, pomimo tego, że powód prowadził już taką działalność na jednej stacji i osiągnął z niej przychód 31.199 zł, a zatem bezsprzecznie powinien się liczyć ze wzrostem wartości obrotu gazem płynnym z prowadzenia działalności również na drugiej stacji, a tym samym obowiązkiem uzyskania koncesji na

obrót paliwami ciekłymi, co uszło uwadze Sądu Okręgowego, a w konsekwencji skutkowało błędnym uznaniem za prawdziwe oświadczenia powoda o braku świadomości (brak zamiaru) naruszenia norm prawa energetycznego;

- co miało istotny wpływ na wynik sprawy, albowiem doprowadziło do zmiany zaskarżonej decyzji w pkt 2 poprzez odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej;

2) przepisów prawa materialnego, tj. art. 56 ust. 1 pkt 12a (w brzmieniu na dzień wydania zaskarżonej decyzji) w zw. z art. 56 ust. 1 i art. 56 ust. 6 ustawy – Prawo energetyczne – poprzez ich niezastosowanie pomimo złączenia się przesłanek do ich zastosowania;

3) przepisów prawa materialnego, tj. art. 56 ust. 6a ustawy – Prawo energetyczne – przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zastosowaniu tego przepisu, pomimo braku istnienia obligatoryjnej przesłanki, o której mowa w tym przepisie, tj. braku istnienia znikomego stopnia szkodliwości czynu.

W oparciu o powyższe zarzuty pozwany wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie w całości odwołania powoda od decyzji Prezesa URE z dnia 20 lipca 2016 r., znak OKA-451-41(4)/2016/26139/ASz2; ewentualnie

2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania;

- wnosząc o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

Powódka w pisemnej odpowiedzi złożonej na apelację, wniosła o oddalenie apelacji pozwanego oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje.

Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Sąd I instancji dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Istotne miejsce w analizach SOKiK zajmuje wskazanie, że „ustawodawca uchylił penalizację czynu jakiego dopuścił się powód i uchylił z dniem 2 września 2016 r. art. 56 ust. 1 pkt 12a” (k. 70).

Art. 1 pkt 24 a) Ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1165) m.in. uchylił pkt 12a Prawa energetycznego, za naruszenie którego została wymierzona powodowi kara. Ustawa z 22 lipca 2016 r. stanowi jednak w art. 1 pkt 25 również, że do Prawa energetycznego po art. 57f dodaje się art. 57g w brzmieniu: „Art. 57g ust. 1. Kto prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, magazynowania lub przeładunku, przesyłania lub dystrybucji, obrotu paliwami ciekłymi, w tym obrotu tymi paliwami z zagranicą, bez wymaganej koncesji, podlega grzywnie do 5.000.000 zł albo karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.” Zakwalifikowanie wskazanej zmiany legislacyjnej jako depenalizacji było więc nieuprawnione. Ustawodawca dokonał jedynie zmiany postaci represyjnej reakcji publicznej na czyny o charakterystyce odpowiadającej zachowaniu powoda, za które wymierzona została mu kara. Co więcej, zmiana ta szła w kierunku zaostrzenia sankcji. Z treści przedstawionych zmian legislacyjnych nie można w sposób uprawniony wywieść wniosku, że ustawodawca zakwestionował ratio legis istnienia obowiązku naruszonego przez powoda. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w niniejszym składzie, uchylenie z dniem 2 września 2016 r. art. 56 ust. 1 pkt 12a Pe nie stanowi okoliczności przemawiającej za zasadnością odstąpienia od wymierzenia kary powodowi.

Wyjaśnienia samego powoda wskazują, że przyczyną prowadzenia przez niego działalności bez wymaganej koncesji były zaniedbania o charakterze organizacyjnym. Nie budzi przy tym wątpliwości, że proces przejmowania stacji paliw oraz częste zmiany legislacyjne dotyczące zasad prowadzenia działalności koncesjonowanej stanowią poważne wyzwania dla przedsiębiorców. Ich występowanie nie wyłącza jednak winy powoda w zakresie prowadzenia działalności bez wymaganej koncesji. System prawny powinien funkcjonować natomiast tak, by dostarczać przedsiębiorcom bodźców do właściwego wywiązywania się z ciążących na nich obowiązków. Przewyciężenie obiektywnych trudności, na które wskazywał powód wymaga od przedsiębiorcy istotnego wysiłku organizacyjnego i co za tym zazwyczaj idzie, nakładów finansowych. W razie nie nałożenia kary za prowadzenie działalności bez wymaganej koncesji w analizowanej sprawie, zaniechanie wysiłków zmierzających do wyeliminowania ryzyka naruszenia prawa, w tym

przypadku w postaci prowadzenia działalności bez wymaganej koncesji, byłoby prakseologicznie właściwe. Nałożenie kary powinno doprowadzić do przekreślenia tej racjonalności oraz wprowadzenia zgodności pomiędzy bodźcami prakseologicznymi, prawnymi i etycznymi, które dostarczane są przedsiębiorcy.

Wystarczającego uzasadnienia dla spełnienia żądania odwołania w całości nie stanowi też fakt, iż w innej sprawie, którą powód uznał za cechującą się „bardzo zbliżonym stan(em) faktycznym” (k. 10) pozwany odstąpił od wymierzenia kary. W pierwszej kolejności wskazać należy, że sam fakt stosunkowo łagodnego potraktowania przez organ jednego przedsiębiorcy nie tworzy po stronie innych podmiotów gospodarczych, podlegającego ochronie prawnej, uzasadnionego oczekiwania, iż spotkają się z podobną łagodnością, ani też sam w sobie nie uzasadnia zarzutu dyskryminacji, w razie odmiennego potraktowania. Organy publiczne mają pewną swobodę w kształtowaniu polityki egzekwowania prawa, która przypierać może nawet postać zaniechania prowadzenia postępowań w przypadkach niektórych naruszeń, z uwagi na względy prakseologiczne. Wskazać należy też, że hipotetyczne popełnienie błędu przez organ w jednej sprawie nie uzasadnia wydawania kolejnych nieprawidłowych rozstrzygnięć nawet wówczas, gdy zaistniałe uchybienie było korzystne dla podmiotu indywidualnego. Na gruncie sprawy wskazywanej przez powoda zwrócić należy ponad to uwagę, że stwierdzone nią uchybienie było wyraźnie mniej szkodliwe niż to, które stanowi przedmiot niniejszego postępowania. Krótszy był zwłaszcza okres prowadzenia przez przedsiębiorcę działalności bez posiadania prawem wymaganej koncesji, a zakres relewantnego naruszenia, ujmowany wielkością obrotu dotyczącego przedmiotowej działalności, był wyraźnie mniejszy.

Pódniesione w apelacji zarzuty naruszenia przez zaskarżone orzeczenie art. 56 ust. 1 pkt 12a w zw. z art. 56 ust. 1 i art. 56 ust. 6 Pe, a także art. 56 ust. 6a Pe i, w części dotyczącej kwestii odstąpienia od nałożenia kary, art. 233 § 1 kpc okazały się zasadne.

SOKiK słusznie uznał, że powód nie miał zamiaru popełnienia naruszenia, którego się dopuścił. Celowe dopuszczenie się przedmiotowego zaniechania byłoby irracjonalne. Zwrócić należy uwagę, iż powód koncesję ostatecznie uzyskał i nie nie wskazuje na to, że nie uzyskałby jej w prawnie wymaganym momencie, gdyby tylko złożył stosowny wniosek we właściwym czasie. Brak zatem podstaw dla przyjęcia, że powód miał powody, by obawiać się, w okresie trwania analizowanego zaniechania, że koncesji nie uzyska, mimo złożenia stosownego wniosku. Nie miał on więc żadnej motywacji, by podejmować ryzyko poniesienia odpowiedzialności za prowadzenie działalności bez wymaganej koncesji.

Zgodzić można się ze stanowiskiem SOKIK, że czynnikiem skłaniającym do przypisania uchybieniu, którego dopuścił się powód mniejszej szkodliwości niż stwierdził to Prezes Urzędu jest fakt, że badany obowiązek aktualizował się dopiero po przekroczeniu przez przedsiębiorcę określonego poziomu przychodów. Słuszne jest zatem zapatrywanie SOKIK, iż „natura prowadzonej przez powoda działalności nie stwarza (...) takich niebezpieczeństw, aby była ona w każdych warunkach reglamentowana” (k. 69).

Pewien poziom ryzyka wiąże się z samym faktem obrotu gazem płynnym w butlach. Zależność pomiędzy niebezpieczeństwem wywołanym prowadzeniem działalności w zakresie obrotu gazem płynnym w butlach a rozmiarami tej działalności nie jest ani stała ani wprost proporcjonalna. Mały przedsiębiorca, który dopiero rozpoczyna działalność w analizowanej sferze i nie ma w niej doświadczenia może generować większe ryzyko niż duży i doświadczony podmiot gospodarczy. Nałożenie obowiązku posiadania koncesji przez drugiego z nich, a wyłączenie go w stosunku do pierwszego nie może zatem znajdować zasadniczego uzasadnienia w rozmiarach tworzonego przez nich ryzyka. Zwrócić należy też uwagę, że na płaszczyźnie faktycznej przedsiębiorca mógł skutecznie przeciwdziałać powstaniu przedmiotowego obowiązku wykorzystując chociażby możliwość powołania kilku spółek kapitałowych i dzieląc między nie działalność w zakresie obrotu gazem płynnym w butlach tak, by żadna z nich nie przekroczyła progu 10.000,- euro obrotu.

Ustawodawca musiał być świadomy istnienia tej możliwości i z relatywnie luźnego związku pomiędzy rozmiarem generowanego ryzyka a wysokością obrotów przedsiębiorcy. Uznać należy zatem, że w zespole wartości, których realizacji służy przedmiotowy obowiązek koncesyjny znaczenie ochrony bezpieczeństwa obrotu uległo ograniczeniu na rzecz zapewnienia sprawnego funkcjonowania aparatu administracyjnego. Racjonalny ustawodawca powinien tak ukierunkowywać działalność organów administracyjnych, by była ona jak najbardziej efektywna. Nałożenie badanego obowiązku koncesyjnego na podmioty prowadzące przedmiotową działalność dopiero po przekroczeniu pewnego poziomu obrotów z tej perspektywy jest w pełni uzasadnione. Proces koncesyjny oraz sprawowanie nadzoru nad koncesjonowanymi przedsiębiorcami wiąże się z kosztami dla administracji i podmiotów gospodarczych. Ich poniesienie może być uznane za uzasadnione dopiero po przekroczeniu określonego progu obrotów nawet, jeżeli stosowanie tego kryterium nie znajduje usprawiedliwienia w każdym przypadku w rozmiarach ryzyka tworzonego przez przedsiębiorcę. Gdyby uznać, że sama natura prowadzenia przedmiotowej działalności

wymaga wprowadzenia obowiązku uzyskania koncesji po przekroczeniu określonego progu obrotów rozluźnienie związku między ryzykiem generowanym przez przedsiębiorcę a zaistnieniem obowiązku koncesyjnego byłoby niemożliwe do zaakceptowania.

Ze wskazanych wcześniej względów, Sąd Apelacyjny uznał, że odstąpienie od nałożenia na powoda kary byłoby niewłaściwe. Szkodliwość uchybienia, którego dopuścił się powód była jednak wyraźnie mniejsza niż sugeruje to lektura uzasadnienia badanej decyzji, a intensywność bodźca represyjnego i prewencyjnego, którego dostarczenie może być zasadnie uznane za właściwe w niniejszej sprawie jest mniejsza niż przyjął to Prezes Urzędu.

Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę fakt ukarania jednego ze współników powodowej spółki karą w wysokości 600 zł, za prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie sprzedaży paliw płynnych bez wymaganej koncesji, na podstawie wyroku nakazowego wydanego w dniu 15 października 2015, II W 622/15. Okoliczność ta uwzględniona została przy badaniu proporcjonalności całościowej represji publicznoprawnej za przedmiotowy czyn. Należy przy tym zauważyć, że pomiędzy powodem w niniejszej sprawie a ukaranym wyrokiem nakazowym nie zachodziła tożsamość podmiotowa.

Uzasadnienie badanej decyzji w zakresie wysokości kary nałożonej na powoda jest szczerkowe i w zasadniczej części oparte zostało na wadliwych założeniach. Organ regulacyjny przedstawił wywód w istocie ograniczający się do wskazania, że „orzeczona kara stanowi ok. 0,51% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym” (k. 6). Sąd Apelacyjny nie podziela zdania Prezesa Urzędu, iż dochód uzyskany przez przedsiębiorcę nie ma znaczenia dla wysokości kary, jaka powinna być na niego nałożona. Nieuzasadnione było też całkowite pominięcie kwestii tego, jakie znaczenie w całokształcie działalności powoda miała ta jej część, z którą wiązał się badany delikt. Zwrócenie uwagi na te elementy prowadził do wniosku, że kara nałożona zaskarżoną decyzją jest rażąco wygórowana. Z informacji, których pozwany nie zakwestionował wynika, że „w 2014 r. przychody z tytułu sprzedaży gazu płynnego w butlach stanowiły jedynie 3,51%, zaś w 2015 r. jedynie 1,13%” przychodów powoda (k. 9v.). Ograniczenie rozważań Prezesa Urzędu do wskazania, iż powód w 2015 r. uzyskał przychód w wysokości 3.915.338,42 zł, przy zbagatelizowaniu danych dotyczących osiągniętego przez niego w tym okresie dochodu – 204.891,68 zł – i przychodu z działalności koncesjonowanej (80.584 zł) oraz przy

pominięciu faktu, że jego przychód ze sprzedaży gazu w butlach w 2015 r., do momentu uzyskania koncesji, wyniósł 44.420 zł, a w 2014 r. „wartość sprzedaży butli z płynnym gazem (...) wyniosła 107.753 zł netto” (k. 5) doprowadziły do zafałszowania obrazu proporcjonalności nałożonej kary.

Idąc torem rozumowania Prezesa Urzędu, należałoby dojść do wniosku, że kara w wysokości 20.000,- zł byłaby proporcjonalna zarówno w hipotetycznym przypadku, gdyby działalność powoda ograniczała się przedmiotowo do sprzedaży gazu w butlach, a uzyskiwany przez niego dochód był bliski przychodom, jak i w rzeczywistym, badanym przypadku, w którym marża zysku przedsiębiorcy nieznacznie przekraczała 5%, a działalność, z którą wiązał się przedmiotowy delikt stanowiła bardzo wąski margines jego aktywności gospodarczej. Rozumowanie prowadzące do takich skutków musi być uznane za wadliwe.

Analiza wskazanych danych prowadzi do wniosku, że nałożona zaakarzoną decyzją kara jest ponad dwukrotnie wyższa niż zysk powoda z działalności koncesjonowanej w 2014 i 2015 r., a zysk powoda z tej działalności w okresie, gdy prawnie wymaganej koncesji nie posiadał był jeszcze wyraźnie niższy. Nic nie wskazuje przy tym na to, by wartości wykazywane przez powoda jako jego zysk były sztucznie zaniżane. Dla porównania wskazać można, że w lipcu 2017 r. szacowano, iż „od pięciu lat średnia marża w handlu detalicznym paliwami sięga 2,6 proc., łącznie z pozostałą sprzedażą i usługami.” (<http://www.strefabiznesu.pl/wiadomosci/a/wlasciciele-stacji-benzynowych-zadluzeni-na-miliony,12283876/>).

- Brak podstaw by twierdzić, że uchybienie powoda miało systemowe źródło. Mamy tu raczej do czynienia z przeoczeniem, które oczywiście nie powinno mieć miejsca, ale dotyczyło marginalnej sfery aktywności powoda i wywołało dla niego na tyle dolegliwe konsekwencje, że racjonalny przedsiębiorca wyeliminowałby ich przyczyny nawet, gdyby kierował się jedynie swym partykularnym interesem oraz brał pod uwagę jedynie ryzyko poniesienia kary w znacznie mniejszej wysokości niż nałożona zaakarzoną decyzją. Podkreślić należy również, że co przyznawał sam pozwany, powód nie był wcześniej karany, a na jego działalność nie składali skarg ani inni przedsiębiorcy, ani konsumenci, a także to, że nie napotkał on żadnych trudności w uzyskaniu koncesji, po tym, jak złożył stosowny wniosek.

Ze wszystkich wskazanych wyżej względów, uwzględniając fakt wcześniejszego ukarania współnika powoda, Sąd Apelacyjny uznał, że wystarczająca dla realizacji funkcji prewencyjnej i represyjnej będzie kara w wysokości 3.000 zł oraz stwierdził, że nietrafne są

idące w przeciwnym kierunku argumentacja i zarzuty pozwanego wyrażone w apelacji, a w szczególności w zakresie naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Hipotetyczny racjonalny przedsiębiorca, w lekturze niniejszego uzasadnienia i treści rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego, odnalazłby bodziec do należytego wypełnienia swych obowiązków na relewantnej płaszczyźnie. Podkreślić należy, że uzyskanie koncesji wiązało się dla powoda z minimalnymi kosztami, które i tak poniósł występując ostatecznie o nią. Zaniedbanie, którego dopuścił się powód nie przyniosło mu żadnych korzyści, a jego popełnienie, badane z uwzględnieniem treści niniejszego rozstrzygnięcia, przez obiektywnego, racjonalnego obserwatora, oceniającego sytuację wyłącznie z punktu widzenia partykularnych interesów sprawy, powinno zostać uznane za błąd.

Orzekając o kosztach Sąd Apelacyjny wziął pod uwagę to, że poza rażąco wygórowaniem kary, do zaostrzenia sporu doprowadził również bardzo powierzchowny sposób uzasadnienia badanej decyzji na płaszczyźnie wysokości nałożonej sankcji. Zaniedbania organu w tej warstwie zmniejszyły szanse na zaakceptowanie przez powoda kary w wysokości uznanej przez Sąd Apelacyjny za właściwą i dały impuls do sformułowania żądania „odstąpienia od wymierzenia kary”. Z tych względów Sąd Apelacyjny uznał, iż pozwany powinien ponieść koszty procesu w całości

~~Zo wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 w zw. z art. 479 § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach oparto na podstawie art. 98 k.p.c. oraz § 14 ust. 2 pkt 3 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015.~~



Dr. Sławomir Winiarski, sędzia
Sądu Apelacyjnego w Krakowie
Pracujący nadzwyczajnie

[Handwritten signature]

10

Date	Particulars	Debit	Credit
	To Balance		
	By Balance		
	By Balance		
	By Balance		