Sygn. akt XVII AmE 6/12

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2012r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Malinowska

Protokolant: Piotr Hołyś

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2012r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania ***(...) Sp. z o. o. z siedzibą w S.***

przeciwko ***Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki***

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 25 września 2008r., nr (...)

1. oddala odwołanie;

2. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego;

3. przejmuje na rachunek Skarbu Państwa kwotę 100 zł (sto złotych) tytułem opłaty od apelacji, od której pozwany był zwolniony z mocy ustawy.

SSO Ewa Malinowska

Sygn. akt XVII AmE 6/12

UZASADNIENIE

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie wymierzenia kary pieniężnej przedsiębiorcy (...) Sp. z o. o. z siedzibą w S., decyzją z dnia 25 września 2008r., o nr (...), Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes lub Prezes URE) orzekł:

1) że ww. przedsiębiorca nie wywiązał się w roku 2006 z określonego w art. 9a ust. 8 ustawy Prawo energetyczne (dalej: PE) obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium RP,

2) i za wyżej opisane działanie wymierzył temu przedsiębiorcy karę pieniężną w wysokości 1.255.601,12 zł, stanowiącą (...) przychodu z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w 2007r.

Przedmiotową decyzję organ regulacyjny oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

Decyzją Prezesa URE z dnia 15 grudnia 1999r. powodowej Spółce udzielno koncesji na obrót energią elektryczną, zatem miał do niej zastosowanie art. 9a ust. 8 PE (w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2007r.), nakładający w 2006r. na przedsiębiorstwa zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej lub jej obrotem obowiązek zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach

energii znajdujących się na terytorium RP, jeżeli dokonywały one sprzedaży energii elektrycznej na rzecz odbiorców końcowych.

Pozwany organ ustalił, że w myśl § 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004r. ws. szczegółowego obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, Spółka powinna w roku 2006 osiągnąć 15,00% udział ilościowy 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 tym odbiorcom. Prezes przyjął, że Spółka dokonała sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych 348.350,789 MWh energii elektrycznej, w związku z czym była ona zobowiązana zakupu energii, o której mowa w art. 9a ust. 8 PE, na łączną ilość 52.252,618 MWh. Organ ustalił, że w 2006r. powodowa Spółka dokonała zakupu przedmiotowej energii na łączną ilość 10.600,00 MWh, zatem osiągnięty przez nią udział ilości zakupionej energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii w całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym w 2006r. wyniósł 3,043%.

W dalszej kolejności Prezes URE ustalił, że pomimo otrzymania ofert sprzedaży od wytwórców energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii, pozwalających na częściowe wypełnienie obowiązku z art. 9a ust. 8 PE, tj.:

- oferty Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o. o. w W. z dnia 31 października 2006r. na sprzedaż 3.219,481 MWh energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła oraz

- oferty Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o. o. w S. z dnia 24 października 2006r. na sprzedaż 6.000 MWh takiej energii - powodowa Spółka nie zakupiła oferowanej energii elektrycznej. W oparciu o powyższe Prezes przyjął, że Spółka nie wypełniła obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE, choć mogła go w części wypełnić. Ustalił, że różnica między wymaganym do uzyskania udziałem ilości zakupionej energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii w całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym, a osiągniętym przez Spółkę (...) wynosi 11,957%.

Wymierzając karę pieniężną Prezes URE kierował się postanowieniami art. 56 ust. 2a pkt 3 PE w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2007r. oraz art. 56 ust. 3 i ust. 6 PE. Ustalając wysokość tej kary organ wziął pod uwagę stopień szkodliwości czynu. Do wyliczenia wysokości tej kary przyjęto, że ilość oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytworzeniem ciepła, która mogłaby być zakupiona przez Spółkę wynosiła 9.219,481 MWh, a średnia cena sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym, tj. 2005, o której mowa w art. 23 ust. 2 pkt 18 lit. a PE, wyniosła 136,19 zł/MWh. Zatem, według organu, koszt zakupu wolumenu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytworzeniem ciepła umożliwiającego realizację obowiązku, powinien wynieść 1.225.601,12 zł. Przyjmując, że na taką kwotę można ocenić uszczuplenie dochodów wytwórców energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii, Prezes stwierdził, że stopień szkodliwości czynu był znaczny.

Przy wymierzaniu kary pieniężnej pozwany Prezes uwzględnił również fakt, że w 2006r. brak było na rynku wystarczającej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła do całkowitego wykonania nałożonego obowiązku, w wysokości określonej w ww. rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy, przez wszystkie zobowiązane do tego podmioty, co zadecydowało o nie zaostrzeniu kary powyżej ustawowego minimum. Choć, jak podkreślił Prezes, Spółka otrzymała oferty sprzedaży energii, pozwalające częściowo wypełnić obowiązek, określony w art. 9a ust. 8 PE.

Wymierzając karę pozwany uwzględnił także sytuację finansową Spółki – wymierzona kara stanowi (...) przychodu z działalności koncesjonowanej polegającej na obrocie energią elektryczną osiągniętego w 2007r. ((...) zł), więc mieści się w granicach wskazanych w art. 56 ust. 3 PE. Ponadto, organ wziął również pod uwagę okoliczność, że powodowa Spółka nie była dotąd karana przez Prezesa URE za niewypełnienie obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE.

W ocenie pozwanego, kara orzeczona w tej wysokości winna spełnić swoją prewencyjną rolę w odniesieniu do przyszłych okresów rozliczeniowych, a samo uchybienie Spółki nie budzi wątpliwości (decyzja, k. 3-11).

Dnia 14 października 2008r. odwołanie od powyższej decyzji złożyła (...) Sp. z o. o. z siedzibą w S., w którym wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości zarzucając jej:

1) naruszenie przez Prezesa URE art. 6 k.p.a. i niewłaściwe zastosowanie art. 9a ust. 8 i art. 56 ust. 1 pkt 1a oraz ust. 2a pkt 3 PE poprzez wydanie decyzji administracyjnej w oparciu o nieobowiązujące przepisy ustawy,

2) sprzeczność istotnych ustaleń pozwanego z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na przyjęciu, że:

- powód otrzymał prawidłową ofertę (...) Sp. z o. o. datowaną na dzień 24 października 2006r. znak (...),

- oferta sprzedaży (...) Sp. z o. o. w W. z dnia 31 października 2006r. znak (...) była ostateczna i nie została przez powoda przyjęta.

W uzasadnieniu odwołania powód stwierdził, że nie kwestionuje braku wywiązania się z obowiązku zakupu, o którym mowa w art. 9a ust. 8 PE podniósł jednak, że w przeprowadzonym postępowaniu zaistniały wady prawne mając istotny wpływ na treść zaskarżonej decyzji.

Przedsiębiorca wskazał, że postępowanie administracyjne zostało wszczęte w dniu 5 października 2007r., a więc w stanie prawnym w którym obowiązywał już zmieniony przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a oraz ust. 2a pkt 3 PE, natomiast decyzja wymierza karę wyliczoną na podstawie uregulowań prawnych obowiązujących do dnia 30 czerwca 2007r. Tym samym, zdaniem Spółki, postępowanie wszczęto i prowadzono w oparciu o przepisy prawne, które – w związku z ich zmianą – już nie obowiązywały, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 6 k.p.a. Dodatkowo w uzasadnieniu odwołania wskazano, że stosownie do brzmienia art. 10 ustawy z dnia 12 stycznia 2007r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne (...) do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie (tj. 1 lipca 2007r.) stosuje się przepisy tej ustawy, zatem – a contrario – do spraw wszczętych po wejściu w życie tejże ustawy należy stosować przepisy zmienione. Powód poniósł, że wedle jego wiedzy kara wyliczona według zmienionej ustawy byłaby znacznie niższa.

Spółka podniosła, że przy obliczaniu wysokości kary pozwany przyjął jako prawidłową datowaną na dzień 24 października 2006r. ofertę (...) Sp. z o. o., którą otrzymała dopiero w dniu 6 grudnia 2008r. – fakt ten, zdaniem powódki, nie może budzić żadnych wątpliwości wobec zamieszczenia na piśmie pieczęci z datą wpływu oraz odnotowaniem tego faktu w książce pism przychodzących. Przedsiębiorca stwierdził, że dla zrealizowania swojej oferty ww. (...) zmuszone by było uruchomić dodatkową nieczynną turbinę, a poza związanymi z tym warunkami technicznymi musiało zamówić gaz na potrzeby turbiny (zwiększyć moc zamówioną), a także uzgodnić zasady sprzedaży energii z podmiotem, który mógłby ją bilansować na rynku. Natomiast E., nie będąc bezpośrednio uczestnikiem rynku bilansującego (jest odbiorcą taryfowym), musiałaby uzgodnić zasady zakupu z (...) S. A., który to podmiot ewentualnie mógłby bilansować zakupy E. w ramach swoich zgłoszeń. W ocenie powoda, zakładając najbardziej optymistyczny wariant, do rozpoczęcia sprzedaży mogło dojść nie wcześniej niż 18 grudnia 2006r., realnie umowa sprzedaży zgłoszona do realizacji w połowie grudnia 2006r. mogłaby być realizowana dopiero od stycznia lub lutego 2007r., czyli mogła być zaliczona do wypełnienia obowiązku roku 2007. Zdaniem Spółki, przedmiotowa oferta technicznie byłaby możliwa do zrealizowania, gdyby została dostarczona niezwłocznie po dacie jej przygotowania, to jest z końcem października, natomiast powódka otrzymała ofertę, która – w dacie jej otrzymania – była już niemożliwa do wykonania, a jako taka nieważna i niemożliwa do przyjęcia w świetle art. 387 k.c.

Odnośnie oferty (...) Sp. z o. o. w W. strona powodowa podniosła, że została ona złożona w ramach wzajemnych rozliczeń („na wymianę") więc była realna i możliwa do wykonania. Wskazała, że pismem z dnia 13 listopada 2006r. oświadczyła, że jest zainteresowana zakupem tej energii w ilości 3219,481 MWh po cenie rynkowej, rozpoczynając w ten sposób negocjacje w myśl art. 72 k.c. Zdaniem Spółki, skoro (...) nie odpowiedziało na to pismo, w szczególności nie podtrzymało warunków złożonej oferty, należało to uznać za wycofanie się z zaoferowanych warunków sprzedaży.

W uzasadnieniu odwołania stwierdzono ponadto, że Sąd winien rozważyć kwestię stosowania przepisu art. 56 ust. 2a PE w brzmieniu sprzed 1 lipca 2007r. w świetle jego zgodności z Konstytucją, a w szczególności jej art. 2 i art. 20.

Wskazano, że przepis ten nakładał na (...) obowiązek nałożenia na przedsiębiorcę kary w obligatoryjnej minimalnej wysokości za samo stwierdzenie faktu niewykonania obowiązku zakupu określonej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu bez względu na istnienie winy po stronie ukaranego, a przede wszystkim w oderwaniu od faktycznej możliwości realizacji tego obowiązku. W ocenie Spółki (...), bezwzględne stosowanie art. 56 ust. 2a w zw. z art. 9a ust. 8 PE w poprzednim brzmieniu prowadziłoby do skutków nie do pogodzenia z zasadami swobody prowadzenia działalności gospodarczej: nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której E. otrzymuje ofertę sprzedaży dużej ilości energii wytworzonej w skojarzeniu po cenie nie dwu lecz np. dziesięciokrotnie wyższej od cen rynkowych i nie można jej odrzucić nie narażając się na karę.

Strona powodowa podniosła, że Spółka wykazała wręcz uporczywość w poszukiwaniu możliwości zakupu energii elektrycznej w skojarzeniu, nie ma zatem żadnego uzasadnienia zawarte w decyzji stwierdzenie, że „stopień zawinienia spółki był znaczny". Wskazała przy tym, że powód nie mógł pominąć w swoim postępowaniu obowiązku racjonalnego gospodarowania: zakup energii po cenie diametralnie odbiegającej od cen rynkowych (oferta (...) w S.) musiałby być oceniany pod kątem działania na szkodę spółki, tym bardziej że wynik finansowy Spółki wskutek takiej czynności stałby się ujemny. E. zwróciła uwagę, że jako przedsiębiorstwo energetyki przemysłowej działające na rynku lokalnym i w stosunku, do którego przepisy dotyczące obowiązku zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu zaczęły obowiązywać dopiero od 2006r., miała ograniczone możliwości dokonania tego zakupu. Rynek energii skojarzonej już na początku roku był w znaczącym stopniu wykupiony głównie przez przedsiębiorstwa energetyki zawodowej (spółki o zasięgu działania przekraczającym obszary wielkości województwa), a tak mały podmiot jak E. był skazany na resztki bardzo drogiej energii o czym świadczą m.in. otrzymane oferty. Jak podniosła powódka, oferowana przez (...) w S. cena 299,00 zł/MWh była wyższa od ceny energii konwencjonalnej o 177,50 zł/ (...). Uwzględniając ilość energii skojarzonej objętej obowiązkiem zakupu (52.252,618 MWh), koszt zakupu takiej energii uwzględniony w taryfie wynosił 898,7 tys. zł, podczas gdy przy założeniu ceny 299,00 zł/MWh koszt ten wyniósłby 9.275,8 tys. zł, a jego poniesienie mogłoby doprowadzić do upadłości przedsiębiorstwa. W opinii powodowej Spółki, nałożenie kary kłóci się z celami dla jakich ją wprowadzono, to jest zmobilizowaniem przedsiębiorstwa energetycznego do dołożenia właściwej staranności w realizacji obowiązku zakupu energii i nie będzie miało wskazanego w zaskarżonej decyzji prewencyjnego wpływu na innych przedsiębiorców, dowodząc braku sensu starań i wysiłku dla wykonania zobowiązań nałożonych przez ustawodawcę (odwołanie, k. 13-21).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 grudnia 2008r. pozwany Prezes URE wniósł o oddalenia odwołania. Po dokonaniu ponownej analizy akt sprawy oraz zarzutów zawartych w odwołaniu organ stwierdził, że brak jest podstaw do uchylenia zaskarżonej decyzji i podtrzymał argumenty wskazane w jej uzasadnieniu (odpowiedź na odwołanie, k. 26-31).

Wyrokiem z dnia 26 maja 2009r. (XVII AmE 190/08) SOKiK zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że umorzył postępowanie administracyjne. Po przeprowadzeniu wykładni przepisów przejściowych do nowelizacji PE z dnia 12 stycznia 2007r. SO uznał, że skoro na powodzie ciążył w 2006r. obowiązek wynikający z art. 9a ust. 8 PE, a ww. nowela nie penalizuje już niewykonania tego obowiązku, to nie ma podstaw do stosowania nieobowiązujących przepisów w decyzji z 2008r. W ocenie tego Sądu, niezasadne byłoby jedynie uchylenie decyzji, bowiem spowodowałoby to powrót do etapu postępowania administracyjnego, które nie powinno się już toczyć.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2010r. (VI ACa 1094/09) uwzględniono apelację pozwanego od ww. wyroku poprzez jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji. SA stwierdził, że dokonana przez SO interpretacja przepisów przejściowych noweli do PE była nieprawidłowa. Do oceny wykonania przez przedsiębiorcę w 2006r. obowiązku należało stosować przepisy dotychczasowe, a więc obowiązujące przed wejściem w życie nowelizacji z 2007r. SA powołał się na uchwałę SN z 6 listopada 2009r. (III SZP 2/09), w której zaznaczono, że art. 56 ust. 1 pkt 1a w nowym brzmieniu stosuje się jednak, gdy wysokość kary pieniężnej w nim przewidzianej jest względniejsza dla przedsiębiorstwa energetycznego. We wskazaniach prawnych SA zalecił uwzględnienie stanowiska SN przy ponownym rozpoznawaniu sprawy przez SO, tj. ustalenie wysokości kary pieniężnej wg art. 56 ust. 1 pkt 1a w wersji względniejszej dla powoda.

W pismach procesowych z dnia 16 listopada 2010r. i 2 grudnia 2010r. (k. 163, 172-173) powodowa Spółka dokonała wyliczenia kary pieniężnej za niewykonanie obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu według art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym po dniu 1 lipca 2007r. na kwotę 215.256,44 zł.

W piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2010r. (k. 169-170), na wezwanie Sądu, także pozwany Prezes URE przedstawił wyliczenie wysokości kary pieniężnej, którą ustalił na kwotę 972.505,32 zł. Zaznaczył jednocześnie, że gdyby stanąć na stanowisku, iż kara powinna być obliczona w oparciu o ilość energii, której zakupienie zostało powodowi zaoferowane, należałoby zgodzić się z wyliczeniem powoda. Jednakże, zdaniem Prezesa, wyliczenie takie opiera się na elementach, które powód zaczerpnął ze stanu prawnego zarówno sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 12 stycznia 2007r., jak i po jej wejściu w życie. Zdaniem strony, budzi to uzasadnione wątpliwości, gdyż SN zalecał stosowanie przepisu art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w nowym brzmieniu, o ile jest ono względniejsze dla podmiotu podlegającego sankcji, nie zaś korzystanie z wybranych elementów obu stanów prawnych.

Wyrokiem z dnia 16 grudnia 2010r. (XVII AmE 92/10) SO zmienił zaskarżoną decyzję w pkt 2 w ten sposób, że wymierzył Spółce (...) karę pieniężną w wysokości 972.505,32 zł. SO uznał, że w tej sprawie względniejsze dla powoda będzie zastosowanie przy wymierzaniu kary art. 56 PE w brzmieniu nowym, tj. obowiązującym po 1 lipca 2007r.

Na skutek apelacji obu stron od powyższego wyroku, wyrokiem z dnia 1 grudnia 2011r. (VI ACa 636/11) SA uchylił zaskarżone orzeczenie i przekazał sprawę SO do ponownego rozpoznania. SA stwierdził, że sąd I instancji nie odniósł się w swoim wyroku do istoty odwołania zmieniając decyzję w pkt 2 i nie rozstrzygając o zasadzie odpowiedzialności Spółki (...). Brak rozstrzygnięcia w kwestii wykonania przez powoda obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE (w brzmieniu z 2006r.) uniemożliwia, zdaniem SA, dokonanie kontroli instancyjnej odnośnie wysokości kary nałożonej przez Prezesa na postawie art. 56 ust. 2a pkt 3 PE. Podjęcie decyzji w kwestii wysokości kary wymagało obligatoryjnie (przy kwestionowaniu przez powoda całości decyzji) najpierw rozstrzygnięcia przez Sąd I instancji zasady odpowiedzialności E., a tego rozstrzygnięcia brak, co oznacza, że SO nie rozpoznał istoty sprawy.

Ponownie rozpoznając sprawę, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Decyzją z dnia 15 grudnia 1999r. Prezes URE udzielił (...) Sp. z o. o. z siedzibą w S. koncesji na obrót energią elektryczną (okoliczność bezsporna; wynika z zaskarżonej decyzji – str. 3 in fn).

W 2006r. wymieniona Spółka sprzedała na rzecz odbiorców końcowych 348.350,789 MWh energii elektrycznej w związku z czym, na mocy art. 9a ust. 8 PE, zobowiązana była do zakupu w tymże roku oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium RP w wysokości 52.252,618 MWh (15%). Udział energii wytworzonej w skojarzeniu w całkowitej sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym wyniósł natomiast w 2006r. 10.600 MWh (3,043%) (oświadczenie Spółki, k. 1-6 akt admin.).

W piśmie datowanym na dzień 24 października 2006r., a doręczonym Spółce (...) w dniu 6 grudnia 2006r., (...) Sp. z o. o. zaoferowało powódce zakup 6.000 MWh energii elektrycznej w cenie 299 zł/MWh (k. 28 akt admin.). Powódka nie skorzystała z tej oferty (okoliczność bezsporna).

W piśmie z dnia 31 października 2006r. Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W. zaoferowało Spółce (...) sprzedaż energii elektrycznej wyprodukowanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w roku 2006 w ilości 3.219,481 MWh w cenie 199 zł/MWh (k. 30 akt admin.). W odpowiedzi na tę propozycję strona powodowa wyraziła zainteresowanie zakupem wskazanej ilości energii oferując 178 zł/MWh (k. 101 akt admin.). W piśmie do Prezesa URE z dnia 27 lutego 2008r. (...) z siedzibą w W. wyjaśniło, że nie skorzystało z ww. propozycji Spółki (...) z uwagi na zbyt niska cenę i ostatecznie zrealizowało transakcję z firmą (...) S.A. po cenie 196 zł/MWh (k. 100).

Na podstawie „Umowy sprzedaży energii elektrycznej" z dnia 22 grudnia 2006r. pomiędzy (...) Sp. z o. o. a Zakładem (...).Cz. (...) Sp. z o. o. z siedzibą w C., E. nabyła 7.600 MWh energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z ciepłem po cenie 220 zł/MWh (k. 14-22 akt admin.).

Spółka (...) zakupiła w 2006r. od (...) Sp. z o. o. 3.000 MWh energii skojarzonej po cenie 178,40 zł/MWh (k. 10 akt admin.).

W 2007r. powodowa Spółka osiągnęła z działalności koncesjonowanej polegającej na obrocie energią elektryczną przychód w wysokości 58.492.719,17 zł (oświadczenie E., k. 106 akt admin.; rachunek zysków i strat, k. 107 akt admin.).

Sąd zważył, co następuje:

W niniejszej sprawie jest okolicznością bezsporną, iż Spółka (...) nie wywiązała się w 2006r. z obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE (w wersji obowiązującej do dnia 30 czerwca 2007r.), którego zakres uszczegółowiono w § 5 rozporządzenia ministra gospodarki z dnia 9 grudnia 2004r. ws. szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła - tj. obowiązku zakupu 52.252,618 MWh energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii przyłączonych do sieci lub jej wytworzenia we własnych skojarzonych źródłach energii i sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym, dokonującym zakupu na własne potrzeby. Z ilości energii „czerwonej", którą Spółka winna była nabyć, zakupiła jedynie 10.600 MWh.

Kwestię sporną stanowi natomiast, czy w okolicznościach przedmiotowej sprawy legalne i zasadne było nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej, a jeśli tak, to w jakiej wysokości powinna być ona wymierzona.

Zgodnie ze wskazaniami Sądu Apelacyjnego, zawartymi w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 marca 2010r., które są wiążące dla Sądu Okręgowego, w sprawie znajduje zastosowanie przepis art. 9a ust. 8 PE oraz art. 56 ust. 1 pkt 1a w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007r., z zastrzeżeniem jednak, że ten ostatni przepis należy zastosować w jego nowym brzmieniu (tj. obowiązującym od dnia 1 lipca (...).), jeżeli wysokość kary pieniężnej w nim przewidziana jest względniejsza dla przedsiębiorstwa energetycznego. Sąd Apelacyjny podzielił w tym zakresie stanowisko SN, wyrażone w uchwale z dnia 6 listopada 2009r. (sygn. akt III SZP 2/09), wedle którego: „Przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a w związku z art. 9a ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne w brzmieniu sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. 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 2006 r. 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 2007 r. 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 myśl art. 56 PE, karze pieniężnej podlega m.in. ten, kto nie przestrzega określonych obowiązków, w tym obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 ustawy. Według ugruntowanego poglądu orzecznictwa, podzielanego także przez Sąd orzekający w niniejszym składzie, odpowiedzialność ponoszona na podstawie art. 56 PE ma charakter obiektywny i wynika z samego faktu naruszenia określonych norm prawnych – w tym przypadku norm prawa energetycznego (por. np. wyrok SN z 4.11.2010r., sygn. akt III SK 21/10; wyrok SN z 25.4.2007r., sygn. akt III SK 1/07; wyrok SN z 1.6.2010r., sygn. akt III SK 5/10). Z tego też względu, odpowiedzialność ta pozostaje w oderwaniu od winy, tj. dla jej ustalenia nie jest konieczne wykazanie zawinionego zachowania przedsiębiorcy, lecz wystarcza stwierdzenie faktu zaistnienia określonego naruszenia prawa (bezprawności). Użycie w art. 56 ust. 1 PE sformułowania „karze pieniężnej podlega ten kto (...)"oznacza, że w razie stwierdzenia naruszenia przepisów PE, Prezes URE jest zobowiązany, a nie tylko uprawniony, do wymierzenia kary pieniężnej. Jednocześnie należy zaznaczyć, że w myśl art. 56 ust. 6 PE, stopień zawinienia podmiotu uwzględnia się przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej. Wina nie jest więc przesłanką decydującą o samej zasadzie odpowiedzialności.

Ustosunkowując się do, podniesionej w odwołaniu, kwestii zgodności z konstytucją zakwestionowanych przepisów PE należy zauważyć, że w orzecznictwie obowiązek zakupu tzw. energii „czerwonej" uznaje się za konstytucyjnie dopuszczalny (por. np. uzasadnienie wyroku SN z 12.4.2011r., sygn. akt III SK 46/10; wyrok TK z 25.7.2006r., sygn. akt P 24.05).

W wyroku z dnia 4 listopada 2010r. (sygn. akt III SK 21/10) Sąd Najwyższy słusznie przyjął, że z konstrukcji odpowiedzialności za naruszenie przepisów PE, jako odpowiedzialności o charakterze obiektywnym wynika, że na przedsiębiorstwo energetyczne nie można nałożyć kary pieniężnej, jeżeli naruszenie obowiązków wynikających z PE nie jest rezultatem jego zachowania (działania lub zaniechania), lecz niezależnych od niego, pozostających poza jego kontrolą okoliczności o charakterze zewnętrznym, uniemożliwiających nie tyle przypisanie przedsiębiorstwu energetycznemu winy umyślnej lub nieumyślnej, co nie pozwalających na zbudowanie rozsądnego łańcucha przyczynowo-skutkowego między zachowaniem przedsiębiorstwa energetycznego, a stwierdzeniem stanu odpowiadającego hipotezie normy sankcjonowanej karą pieniężną z art. 56 PE. W ocenie Sądu Najwyższego, zastosowanie ww. przepisu w takiej sytuacji prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnego wymogu proporcjonalności ograniczeń wolności gospodarczej.

Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że:

jeśli chodzi o ofertę (...) Sp. z o. o., to choć datowana ona była na dzień 24 października 2006r., nie ma powodów by nie przyznać racji powodowej Spółce co do tego, że otrzymała ona tę ofertę dopiero 6 grudnia 2006r. (okoliczność niezaprzeczona przez pozwanego, wskazuje na to pieczęć na dokumencie z datą jego wpływu, k. 28 akt admin.). W ocenie Sądu, okoliczność ta nie ma jednak żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Należy zauważyć, że w postępowaniu administracyjnym Spółka (...), jako przyczynę odrzucenia oferty (...) w S. wskazywała zbyt wysoką cenę oferowanej energii „czerwonej" – 299 zł/MWh (k. 3 i k. 40 akt admin.). Na zbyt wygórowaną cenę powoływała się zresztą także w postępowaniu przez tutejszym Sądem (odwołanie, k. 20). Natomiast na brak możliwości technicznych i formalnych dla zrealizowania przez oferenta dostawy energii w 2006r. wskazała powódka dopiero w odwołaniu od decyzji Prezesa URE z dnia 25 września 2008r. Niezależnie od tego, zdaniem Sądu, twierdzenia Spółki co do niemożności zrealizowania oferty są czysto hipotetyczne, gołosłowne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Formułując je, E. zmierza natomiast do przerzucenia odpowiedzialności za nie dojście do skutku umowy zakupu energii elektrycznej - a w rezultacie także za niewywiązanie się z obowiązku wynikającego z art. 9a ust. 8 PE - na niedoszłego kontrahenta, czyli (...) w S.. Ponadto należy wskazać, że powodowa Spółka nie negocjowała ceny określonej w ofercie (...) z S., nie zaproponowała innej (tak, jak to uczyniła w przypadku oferty (...) Sp. z o. o. z W.), lecz od razu zrezygnowała z zawarcia umowy z tym przedsiębiorcą. Trudno tu zatem mówić o „uporczywych" staraniach powódki o wykonanie ciążącego na niej obowiązku zakupu energii „czerwonej". Przedsiębiorca podejmował zatem pewne działania w zakresie jego wykonania, jednak były one pozorne, skoro nie przeprowadzał negocjacji z tymi, którzy rzeczywiście zaoferowali mu energię.

Odnośnie oferty sprzedaży złożonej przez (...) Sp. z o. o. w W. powodowa Spółka zarzuciła Prezesowi URE sprzeczność istotnych ustaleń z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na przyjęciu, że oferta ta była ostateczna i nie została przez powoda przyjęta. Z materiału zebranego w sprawie wynika, że w odpowiedzi na przedmiotową ofertę E. zaproponowała swoje warunki cenowe – zakup (...),481 zł/MWh po cenie 178 zł za MWh przy założeniu ceny energii konwencjonalnej 115 zł/MWh - zaznaczając, że jej oferta obowiązuje do dnia 30 listopada 2006r. (k. 101 akt admin.). (...) w W. nie odpowiedziało na tę kontrpropozycję, a w piśmie do Prezesa URE z dnia 27 lutego 2008r. wyjaśniło, że nie skorzystało z oferty E. z uwagi na zbyt niską cenę (k. 100 akt admin.). W tym miejscu trzeba jednak wskazać, że E. nie zaakceptowała ceny energii skojarzonej zaproponowanej przez (...) w W. w wysokości 199 zł/MWh, a jednocześnie zakupiła tę energię od innego podmiotu (Zakład (...). Cz. (...) Sp. z o. o.) po cenie znacznie wyższej, tj. 220 zł/MWh (k. 14-22 akt admin.). Argument powódki o zbyt wysokiej cenie żądanej przez (...) w W. jest zatem chybiony, a podnosząc go Spółka ponownie usiłuje przerzucić pełną odpowiedzialność za nie zawarcie umowy na niedoszłego kontrahenta.

Ustosunkowując się do - podnoszonego przez powodową Spółkę - aspektu ekonomicznego, związanego z koniecznością odrzucenia ofert sprzedaży energii, których przyjęcie oznaczałoby znaczące pogorszenie sytuacji

finansowej przedsiębiorstwa energetycznego należy zauważyć, że adresatem obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 PE (w wersji stosowanej w przedmiotowej sprawie) jest przedsiębiorca, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej, polegającej na wytwarzaniu energii elektrycznej lub obrocie i sprzedaży tej energii odbiorcom końcowym, przyłączonym do sieci na terytorium RP (art. 32 ust. 1 PE). Ubiegając się o udzielenie takiej koncesji przedsiębiorstwo energetyczne musi uwzględniać, że w swej działalności, wraz z dobrodziejstwem dopuszczenia do reglamentowanej sfery gospodarki, będzie musiało uczestniczyć w realizowanej przez państwo polityce energetycznej i ponosić część związanych z tym ciężarów. Należy do nich cały szereg obowiązków, np. obowiązki związane z zadaniami państwa w zakresie ochrony środowiska i klimatu, do których należy zaliczyć obowiązek z art. 9a ust. 8 PE. Wobec powyższego, skoro na stronie powodowej ciążył przedmiotowy obowiązek, to nawet jeśli uwzględnić jego ewentualną uciążliwość, winna się ona z niego wywiązać, tym bardziej, że - jak już zauważono - w świetle stanowiska TK oraz orzecznictwa SN, jest on konstytucyjnie dopuszczalny. Poza sporem jest, że Spółka (...) była świadoma istnienia na rynku niedoborów energii pochodzącej ze skojarzenia. Poszukując jej dostawców, nie przyjęła jednak ofert od (...) w W. i (...) w S., ze względu na zbyt wysoką cenę oferowanej energii. Jednocześnie jednak, zakupiła energię za cenę wyższą od tej, którą oferowało (...) W.. Wysoka cena energii nie uniemożliwia zatem, co do zasady, jej zakupu i nie oznacza niemożliwości wykonania obowiązku. Brak na rynku dostatecznej ilości energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu nie zwalania od obowiązku podjęcia wszelkich możliwych działań w celu należytego wykonania ustawowego obowiązku. W tym zakresie należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom E. o wykazaniu przez nią „uporczywości w poszukiwaniu możliwości zakupu energii", z oświadczenia powódki wynika, że w okresie między 10 kwietnia a 5 października 2006. (sześć miesięcy) nie poszukiwała ewentualnych kontrahentów (wysłano tylko jedno zapytanie 23.6.2006r.; odwołanie, k. 17-18), co niewątpliwie stanowiło okoliczność zwiększającą prawdopodobieństwo niewywiązania się z analizowanego obowiązku. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że istotna była przy tym nie liczba wysyłanych przez przedsiębiorstwo zapytań ws. oferty zakupu energii, lecz intensywność i skuteczność podejmowanych w tym zakresie negocjacji. W ocenie Sądu, biorąc pod uwagę sytuację na rynku energii „czerwonej" w 2006r., w tym także to, iż z większości źródeł została w znacznym stopniu zakontraktowana już na początku roku (na co wskazała sama Spółka, powołując się na komunikat Prezesa URE - odwołanie, k. 20) oraz fakt, że większość umów sprzedaży energii skojarzonej jest zawierana w roku poprzedzającym dostawy lub ma charakter umów długoterminowych (fakt powszechnie znany; wskazują na to także odpowiedzi podmiotów sprzedających tę energię na propozycję powódki – np. k. 75, 78, 79, 80 akt admin.) - niezasadnym było uchylanie się przez Spółkę (...) od wykonania przedmiotowego obowiązku z uzasadnieniem, że jego spełnienie byłoby dla przedsiębiorstwa energetycznego ekonomicznie dolegliwe. Nieskorzystanie przez Spółkę z przestawionych jej ofert zakupu energii, które pozwalały na choćby częściowe wypełnienie ustawowej powinności, było w tym wypadku działaniem na własne ryzyko, a E. musiała być świadoma możliwości niewywiązania się z obowiązku zakupu energii ze źródeł skojarzonych. W przedmiotowej sprawie nie można zatem przyjąć, że uchybienie obowiązkowi przewidzianemu w art. 9a ust. 8 PE wynikało tylko i wyłącznie z okoliczności zewnętrznych, pozostających poza kontrolą przedsiębiorcy i uniemożliwiających w związku z tym na skonstruowanie łańcucha przyczynowo-skutkowego pomiędzy zachowaniem przedsiębiorstwa energetycznego, a stwierdzeniem stanu odpowiadającego hipotezie normy sankcjonowanej karą pieniężną określoną w art. 56 PE.

Niezależnie od powyższego - jednie na marginesie zasadniczych rozważań - wypada zauważyć, że odwołujące się przedsiębiorstwo nie przedstawiło dowodów, co ewentualnych strat ekonomicznych pozwalających przyjąć, że choćby częściowy zakup zaoferowanej energii prowadziłby do uzyskania przez Spółkę (...) negatywnego wyniku finansowego w ramach prowadzonej działalności koncesjonowanej, które byłyby oparte na obiektywnej analizie. W szczególności, nie sformułowano w tym zakresie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Reasumując, należy stwierdzić, że Spółka (...) nie wykonała w 2006r. obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 PE, a co za tym idzie, Prezes URE zobligowany był do nałożenia na nią kary pieniężnej.

Jednocześnie, w ocenie Sądu, w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do zastosowania – wprowadzonego nowelą do PE z dnia 8 stycznia 2010r. i obowiązującego od dnia 11 marca 2010r. - przepisu art. 56 ust. 6a PE, przewidującego możliwość odstąpienia od wymierzenia kary pieniężnej. W sprawie tej nie zostały bowiem spełnione

przesłanki dopuszczalności darowania tej kary, tj. nie można przyjąć, by stopień społecznej szkodliwości czynu był w tym wypadku znikomy, a ponadto nie wchodzi tu w grę okoliczność zaprzestania naruszania prawa lub realizacji obowiązku przez adresata kary.

W zakresie wysokości kary pieniężnej – uwzględniając wytyczne Sądu Apelacyjnego - SOKiK stoi na stanowisku, że przepis art. 56 PE, zarówno w starym, jak i nowym brzmieniu, przewiduje jednakowe zasady co do wymiaru kary w ust. 3 (wysokość kary nie może przekroczyć 15% przychodu z działalności koncesjonowanej) oraz w ust. 6 (przesłanki ustalania wysokości kary). Różnice pojawiają się natomiast w ust. 2a pkt 3 i dotyczą sposobu obliczania minimalnej wysokości kary. W ocenie Sądu, w rozpoznawanym przypadku względniejsze dla przedsiębiorstwa energetycznego będzie wyliczenie wysokości kary przy zastosowaniu art. 56 PE w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007r. Przede wszystkim przemawia za tym to, iż w niniejszej sprawie zastosowanie nowego przepisu byłoby możliwe tylko w drodze analogii. Tymczasem przepisy o charakterze administracyjnoprawnym, przewidujące kary pieniężne za określone naruszenia muszą być stosowane w sposób precyzyjny, tj. dokładnie odpowiadający normie prawnej bez zastosowania wykładni rozszerzającej, analogii lub domniemań. Należy zauważyć, że nie jest możliwe ścisłe wyliczenie minimalnej wysokości kary według nowej wersji art. 56 PE z uwagi na elementy potrzebne do jej ustalenia, nie występujące w 2006r. (opłata zastępcza). Zdaniem Sądu, mówiąc o karze „względniejszej" należy mieć na uwadze nie tylko i wyłącznie stricte jej wysokość, ale również prawidłowość, precyzyjność, rzetelność w zakresie ustalenia tej wysokości. Trzeba zauważyć, że zastosowanie w przedmiotowej sprawie nowej regulacji oznaczałoby w gruncie rzeczy oparcie się na przesłankach wynikających zarówno z danych z 2006, jak i 2007r., co w efekcie prowadziłoby do mieszania elementów dwóch stanów prawnych, a co także z punktu widzenia „poprawności orzeczniczej" należy uznać za niewłaściwe. Słusznie podniósł pozwany, że SN zalecał stosowanie przepisu art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w nowym brzmieniu, o ile jest ono względniejsze dla podmiotu podlegającego sankcji, nie zaś korzystanie z wybranych elementów obu stanów prawnych. Powyższe stanowisko SOKiK znajduje także potwierdzenie w treści uzasadnienia uchwały SN wydanej ws. III SZP 2/09, na którą powoływał się w tej sprawie SA. SN stwierdził bowiem, że: „zastosowanie przepisów dotychczasowych w ich pełnej spójnej ze sobą konstrukcji tak w zakresie określenia obowiązku jak i konsekwencji (sankcji) jego niewykonania, jest najbardziej odpowiednie z punktu widzenia celów regulacji prawnej w tym zakresie i odpowiada zasadzie państwa prawnego, skoro odpowiedzialność za niewykonanie określonego obowiązku zostaje zrealizowana stosownie do prawa obwiązującego i znanego podmiotom zobowiązanym (...). Określona w art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w brzmieniu sprzed nowelizacji kara pieniężna jest sankcją skorelowaną z obowiązującym wówczas przepisem nakazującym przestrzeganie obowiązków zakupu energii elektrycznej lub ciepła, o których mowa w art. 9a ust. 6-8 wtedy obowiązujących. Nie można oderwać przedmiotowej sankcji (kary pieniężnej) od zdarzenia, które w całości wypełnia przesłanki sankcji. Jest to sankcja administracyjna będąca - w tym uregulowaniu - niezbędną częścią mechanizmu (konstrukcji prawnej) uzyskania oczekiwanego przez ustawodawcę zachowania określonych podmiotów prawa w zakresie gospodarki energią elektryczną wytworzoną w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, jako efektywniejszego z punktu widzenia gospodarowania źródła energii i korzystniejszego dla środowiska naturalnego źródła wytwarzania energii elektrycznej. 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".” Na prawidłowość stanowiska tutejszego Sądu w kwestii wyboru przepisu art. 56 PE w dawnej wersji, jako podstawy prawnej do wymierzenia kary pieniężnej, wskazuje także orzecznictwo sądowe (por. wyrok SA ws. VI ACa 8/09; wyrok SOKiK ws. AmE 90/10; wyrok SA ws. VI ACa 783/09).

Sąd orzekający w niniejszym składzie w pełni podziela ustalenia Prezesa co do przesłanek wysokości kary obejmujących - stosownie do treści art. 56 ust. 6 PE - stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia, a także dotychczasowe zachowanie podmiotu i jego możliwości finansowe. W szczególności należy podkreślić, że kwota wymierzonej kary w wysokości 1.255.601,12 zł, stanowi (...) przychodu przedsiębiorcy osiągniętego z działalności koncesjonowanej w 2007r. Kara ta nie jest zatem wygórowana, skoro została wymierzona w minimalnej wysokości, mimo że Prezes URE ma prawo nałożyć na przedsiębiorcę karę w wysokości do 15% przychodu z działalności koncesjonowanej. Nadto, pozwany zasadnie uwzględnił okoliczność, iż Spółka nie była dotychczas karana przez

Prezesa URE za niewypełnienie obowiązku wynikającego z art. 9a ust. 8 PE. Prawidłowe było również nie zaostrzanie kary powyżej ustawowego minimum ze względu na sytuację na rynku energii „czerwonej" w 2006r., tj. niedobory tej energii. Biorąc pod uwagę wyżej poczynione ustalenia (...), a także ustalenia pozwanego, prawidłowe było określenie przez Prezesa stopnia szkodliwości czynu oraz stopnia zawinienia jako znaczne. W ocenie Sądu, wymierzona powodowej Spółce kara pieniężna uwzględnia przypisywaną jej funkcję prewencji ogólnej i szczególnej.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 479^{53} § 1 k.p.c., Sąd orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c. Skoro apelacje obu stron zostały uwzględnione w zakresie, w jakim zmierzały do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd I instancji, zasadne było wzajemne zniesienie tych kosztów.

SSO Ewa Malinowska