

Sygn. akt VI ACa 1240/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zajac (spr.)

Sędzia SA Ewa Stefańska

Sędzia SO (del.) Marian Kociołek

Protokolant sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z odwołania (...) SA z siedzibą w Ś. (poprzednio Elektrownia (...) SA w Ś.)

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o ustalenie korekty kosztów osieroconych

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 20 kwietnia 2012 r. sygn. akt XVII AmE 157/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) SA z siedzibą w Ś. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1240/12

UZASADNIENIE

Decyzją numer (...) z dnia 31 lipca 2009 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie art. 30 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 12, art. 6 ust. 1, art. 33 i 34 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (dalej jako „ustawa o rozwiązaniu (...)), ustalił dla Elektrowni (...) SA w Ś. dla 2008 r. wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych, jaką Elektrownia (...) SA w Ś. zobowiązana jest zwrócić (...) S.A. na kwotę (-) 89 536 958 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła powódka – obecnie (...) SA z siedzibą w Ś. (poprzednio Elektrownia (...) SA w Ś.), zarzucając naruszenie:

1) art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...) poprzez wydanie decyzji po upływie ustawowego terminu jej wydania, tj. po dniu 31 lipca 2009 r., co uzasadnia żądanie stwierdzenia nieważności decyzji;

2) Komunikatu Komisji dotyczącego metodologii analizy pomocy państwa związanej z kosztami osieroconymi (dalej jako „Metodologia”) przez błędną jego wykładnię polegającą na przyjęciu, że Metodologia wymaga obliczenia kosztów osieroconych należnych powódce w 2008 r. przy uwzględnieniu zysków osiągniętych przez inne podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej;

3) art. 32 ustawy o rozwiązaniu (...) przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przez przyjęcie, że znajduje on zastosowanie do powódki;

4) art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 3 i 4 oraz art. 33 ust. 3 ustawy o rozwiązaniu (...) poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na ustaleniu korekty kosztów osieroconych:

- bez uwzględnienia ceny, po jakiej Spółka rzeczywiście sprzedawała energię, w tym do Spółki (...) SA z siedzibą w P.,

- bez uwzględnienia kosztów związanych z potrzebą nabycia przez powódkę dodatkowych uprawnień do emisji CO₂ w związku z przekroczeniem przez Spółkę dopuszczalnych wartości emisji w 2008 r.,

- z zastosowaniem „klucza podziału kosztów w wysokości 53,5%”,

- z uwzględnieniem wszystkich danych stanowiących podstawę do ustalenia korekty rocznej kosztów osieroconych (poza wskaźnikami) w wysokości 75%;

5) art. 11 k.p.a., art. 107 § 1 k.p.a., art. 9, 10 i 81 k.p.a., art. 7 k.p.a., art. 77 k.p.a. oraz art. 6 k.p.a.

Powódka wniosła o uchylenie decyzji w całości, ewentualnie o zmianę decyzji poprzez ustalenie dla roku 2008 korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki w wysokości (-) 4 191 728 zł (tj. bez uwzględnienia „klucza podziału kosztów w wysokości 53,5%”, z uwzględnieniem ceny, po jakiej Spółka rzeczywiście sprzedawała energię, w tym do Spółki (...) SA z siedzibą w P. oraz z uwzględnieniem kosztów związanych z potrzebą nabycia przez powódkę dodatkowych uprawnień do emisji CO₂ w związku z przekroczeniem przez Spółkę dopuszczalnych wartości emisji w 2008 r.), ewentualnie o zmianę decyzji poprzez ustalenie dla roku 2008 korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki w wysokości (-) 14 734 594 zł (tj. bez uwzględnienia „klucza podziału kosztów w wysokości 53,5%”, z uwzględnieniem ceny, po jakiej Spółka rzeczywiście sprzedawała energię, w tym do Spółki (...) SA z siedzibą w P. oraz bez uwzględnienia kosztów związanych z potrzebą nabycia przez powódkę dodatkowych uprawnień do emisji CO₂ w związku z przekroczeniem przez Spółkę dopuszczalnych wartości emisji w 2008 r.), ewentualnie o zmianę decyzji poprzez ustalenie dla roku 2008 korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki w wysokości (-) 45 143 860 (tj. z uwzględnieniem „klucza podziału kosztów w wysokości 53,5%”, z uwzględnieniem ceny, po jakiej Spółka rzeczywiście sprzedawała energię, w tym do Spółki (...) SA z siedzibą w P. oraz z uwzględnieniem kosztów związanych z potrzebą nabycia przez powódkę dodatkowych uprawnień do emisji CO₂ w związku z przekroczeniem przez Spółkę dopuszczalnych wartości emisji w 2008 r.), ewentualnie o zmianę decyzji poprzez ustalenie dla roku 2008 korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki w wysokości (-) 55 686 726 zł (tj. z uwzględnieniem „klucza podziału kosztów w wysokości 53,5%”, z uwzględnieniem ceny, po jakiej Spółka rzeczywiście sprzedawała energię, w tym do Spółki (...) SA z siedzibą w P. oraz bez uwzględnienia kosztów związanych z potrzebą nabycia przez powódkę dodatkowych uprawnień do emisji CO₂ w związku z przekroczeniem przez Spółkę dopuszczalnych wartości emisji w 2008 r.), ewentualnie o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i przekazanie sprawy Prezesowi URE do ponownego rozpoznania.

Pozwany wniosł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ustalił dla roku 2008 wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla Elektrowni (...) SA w Ś. w kwocie ujemnej (-) 4 191 728 zł podlegającej wypłaceniu na rzecz (...) SA w W. i zasądził od pozwanego na rzecz powoda 820 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 720 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Do rozliczenia kosztów osieroconych za 2008 r. należało przyjąć okres od II do IV kwartału z uwagi ustawowy termin - 1 kwietnia 2008 r. - wejścia w życie umów rozwiązujących kontrakty długoterminowe.

W trakcie postępowania administracyjnego Prezes URE przeprowadził weryfikację wielkości modelowych przyjętych do ustalenia maksymalnych kosztów osieroconych określonych w Załączniku nr 2 do ustawy o rozwiązaniu (...) („dane modelowe”) z rzeczywistymi danymi przedstawionymi dla ustalenia korekty kosztów osieroconych za 2008 r. przedstawionymi przez Elektrownię (...) SA. Porównanie wskazuje na inny zakres jednostek wytwórczych przyjętych do kalkulacji kwoty kosztów osieroconych jak i prognozowanego wyniku finansowego. Dane modelowe, które zostały przedstawione Prezesowi URE przez powódkę nie przewidywały tzw. „wyłączania” jednostek wytwórczych z pokrywania kosztów osieroconych, stosownie do art. 33 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...). Dane modelowe za 2008 r. odpowiadają zatem wszystkim jednostkom wytwórczym Elektrowni (...) SA, zaś do ustalenia korekty kosztów osieroconych za ten rok Elektrownia wskazała tylko dwie jednostki wytwórcze: bloki 3,5 oraz bloki 9,10. Dla zachowania porównywalności danych rzeczywistych przyjętych do ustalenia korekty z danymi modelowymi z załącznika nr 3 i 5 do ustawy o rozwiązaniu (...), Prezes URE zastosował klucz podziału (współczynnik) ustalony w oparciu o udział mocy osiągalnej brutto jednostek uwzględnionych do ustalenia korekty do całkowitej mocy osiągalnej brutto wszystkich jednostek tego wytwórcy, na podstawie danych przedstawionych przez powódkę. W ocenie Prezesa URE przyjęcie klucza podziału przy zastosowaniu mocy osiągalnej brutto podyktowane było koniecznością zapewnienia stabilnej metody podziału danych modelowych w całym okresie rozliczania programu pomocowego; dla roku 2008 klucz ten został wyliczony na 53,5%.

Wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki została wyliczona w oparciu o wzór z art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...). Prezes URE przyjął, że wysokości stóp aktualizacji „sj” wyniosły odpowiednio dla roku 2007 – 7,230%, a dla roku 2008 – 7,905%, przyjął też, że $\Delta Wdk(i-1)$ (różnica między rzeczywistą wartością wyniku finansowego netto z działalności operacyjnej, skorygowanego o amortyzację, dostępnego do obsługi zainwestowanego kapitału własnego i obcego dla roku poprzedzającego dany rok kalendarzowy, w którym jest obliczana korekta roczna kosztów osieroconych, a prognozowaną wartością tego wyniku dla roku poprzedzającego dany rok kalendarzowy, w którym jest obliczana ta korekta, określoną w załączniku nr 5) w 2008 r. wyniosła 64 204 131 zł, przy czym dla wyliczenia tej różnicy przyjęto wartość rzeczywistego wyniku finansowego na poziomie 51 439 941 zł oraz wartość prognozowanego wyniku na poziomie (-) 12 764 190 zł, tj. 75% kwoty określonej w załączniku nr 5 ustawy o rozwiązaniu (...) (z uwzględnieniem klucza 53,5%). Rzeczywisty wynik finansowy obliczony został na podstawie wzoru zawartego w art. 27 ust. 4 ustawy o rozwiązaniu (...) [$Wdkj = (Dj - Kj)(1-Tj) + Aj$], przy czym pozwany przyjął: Dj – przychody ze sprzedaży energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych na rynku konkurencyjnym w wysokości 593 706 041 zł, Kj – koszty działalności operacyjnej związanej ze sprzedażą energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych w wysokości 625 252 185 zł, Tj – obowiązującą w 2008 r. stawkę podatku dochodowego od osób prawnych równą zero, Aj – amortyzację w odniesieniu do rzeczowych środków trwałych związanych z wytwarzaniem energii elektrycznej, o którym mowa w symbolu „N” (art. 27 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...)) obliczaną zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, dla roku kalendarzowego „j”, przy czym wartość amortyzacji dla roku, w którym wygasa najdłuższa umowa długoterminowa danego wytwórcy, pomniejsza się proporcjonalnie do ilości dni obowiązywania tej umowy w tym roku, w wysokości 82 986 085 zł. Wszystkie wielkości uwzględnione w obliczeniu wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych (poza wskaźnikami) przyjęto w decyzji w wysokości 75% (tj. dla okresu II-IV kwartał 2008 r.)

Ustalając kwotę kosztów osieroconych (KOZ3(i-1)) dla 2008 r. na 49 799 835 zł powód przyjął 75% kwoty określonej w załączniku nr 3 do ustawy o rozwiązaniu (...), a także uwzględnił klucz podziału kosztów w wysokości 53,5%, klucz ten został zastosowany też do ustalenia wartości prognozowanego wyniku finansowego netto.

Ustalając przychody ze sprzedaży energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych na rynku konkurencyjnym (Dj we wzorze zawartym w art. 27 ust. 4 ustawy o rozwiązaniu (...)) Prezes URE uwzględnił ceny energii sprzedawanej przez grupę kapitałową na konkurencyjny rynek energii (a nie przez wytwórcę do spółki zajmującej się obrotem w tej

samej grupie kapitałowej), przyjmując część przychodów ustaloną w oparciu o udział przychodów z bloków przyjętych do korekty w całkowitych przychodach Elektrowni (...) SA, na podstawie przedstawionych przez tego wytwórcę danych (tj. 43% całkowitych przychodów).

Jako bezsporne Sąd Okręgowy uznał, że w 2008 r. powódce wypłacono 93 132 159 zł zaliczek na poczet kosztów osieroconych.

Cena, po jakiej powódka sprzedawała energię w ramach grupy kapitałowej do spółki obrotu (spółki – matki) (...) SA wynosiła 145,58 zł/MW i była o ponad 10 zł/MW niższa od ceny, po której spółka obrotu sprzedawała energię do innych spółek obrotu spoza grupy i na giełdę energii. Średnia cena sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w obrocie hurtowym ukształtowała się na poziomie 155 zł /MWh. W ocenie pozwanego powyższe okoliczności dawały podstawę do przyjęcia, że gdyby powódka dokonywała transakcji sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym, to ta sprzedaż mogłaby się odbywać po cenie uzyskiwanej przez (...) SA, dlatego w ocenie pozwanego dane dotyczące przychodów przedstawione przez powódkę nie spełniały kryterium przychodu z rynku konkurencyjnego ani rozliczenia pomocy publicznej na poziomie skonsolidowanym.

Bezsporne było również, że powódka utworzyła w 2008 r. rezerwę na zakup brakujących uprawnień do emisji CO₂.

W powyższych ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy wskazał, że kosztami osieroconymi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o rozwiązaniu (...) są wydatki wytwórcy niepokryte przychodami uzyskanymi ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych wyłącznie na rynku konkurencyjnym po przedterminowym rozwiązaniu umowy długoterminowej, wynikające z nakładów poniesionych przez tego wytwórcę do dnia 1 maja 2004 r. na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej; zatem przy obliczaniu wysokości środków na pokrycie kosztów osieroconych nie są brane pod uwagę wydatki i przychody uzyskane nie na rynku konkurencyjnym.

Sąd Okręgowy uznał, że na powodzie spoczywał ciężar wykazania, iż w ramach grupy kapitałowej do której należy powód doszło do wyłączenia mechanizmu rynkowego przy transakcjach sprzedaży energii elektrycznej, co wymaga udowodnienia, że ceny sprzedaży energii elektrycznej wewnątrz grupy nie były rynkowymi. Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany tej okoliczności nie udowodnił, opierając się jedynie na domniemaniu, wywiedzionym ze wskazanych przez powoda faktów: powiązania kapitałowego, sprzedaży w ramach kontraktów długoterminowych w I kwartale 2008 r. energii elektrycznej po cenie 172,58 zł/MWh, a w pozostałych trzech kwartałach – już nie w ramach kontraktów długoterminowych – po cenie 145,58 zł/MWh, sprzedaży energii przez (...) SA podmiotom spoza grupy po cenie ponad 10 zł/MWh wyższej oraz wysokości średniej ceny sprzedaży elektrycznej w obrocie hurtowym na poziomie 155,44 zł/MWh. Sąd Okręgowy wskazał, że rynek produkcji energii elektrycznej został uznany przez Prezesa URE za konkurencyjny, co skutkowało zwolnieniem podmiotów wytwarzających energię z obowiązku przedstawiania taryf, zaś ustawodawca przewidział okoliczność działania podmiotów w grupach kapitałowych, przewidując korektę wysokości kosztów osieroconych zgodnie z zasadami określonymi w art. 32 ustawy o rozwiązaniu (...).

W ocenie Sądu Okręgowego ceny stosowane przez powoda mogą się zawierać w przedziale cen branych pod uwagę przy obliczaniu średniej, zaś zróżnicowanie cen na rynku konkurencyjnym jest naturalne i wynika ze zróżnicowania w ciągu roku popytu na energię (pory roku) oraz ze zróżnicowania podaży (np. remonty, warunki pogodowe).

Sąd Okręgowy wskazał też na brak porównania warunków działalności gospodarczej przedsiębiorstw z grupy kapitałowej powoda.

W konkluzji Sąd Okręgowy uznał, że przyjmując jako cenę rynkową cenę oferowaną przez przedsiębiorstwo obrotu na wyjściu z grupy kapitałowej Prezes URE zastąpił ceny faktycznie uzyskane przez powoda cenami hipotetycznymi, co przełożyło się na błędne wyliczenia przychodu powoda, a w konsekwencji na obliczenie wysokości korekty kosztów osieroconych niezgodnie z wzorami określonymi w art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...) i jej skorygowanie niezgodnie z zasadami dotyczącym wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej zawartymi w art. 32 ustawy.

Sąd Okręgowy przyjął więc do wyliczenia wysokości korekty kosztów osieroconych ceny faktycznie uzyskane przez powoda, mające odbicie w jego dokumentacji księgowej.

Odnosząc się do kwestii uwzględnienia w kalkulacji rocznej kosztów osieroconych powoda ponoszonych kosztów uprawnień do emisji CO₂ Sąd Okręgowy wskazał na art. 35d ust. 1 oraz ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. 09.152.1223 j.t. zezm.) i zliczanie rezerw, tworzonych m.in. na pewne lub o dużym stopniu prawdopodobieństwa przyszłe zobowiązania, których kwotę można w sposób wiarygodny oszacować, odpowiednio do pozostałych kosztów operacyjnych, kosztów finansowych lub strat nadzwyczajnych. Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany nie kwestionuje co do zasady, że powód będzie zmuszony nabyć uprawnienia do emisji CO₂, gdyż jego emisja roczna przekracza posiadany limit, a skoro zakup uprawnień wiąże się niewątpliwie z postanieniem zobowiązania z tytułu zapłaty za te uprawnienia, zatem ustanowienie rezerwy z tego tytułu było obowiązkiem powoda. Sąd Okręgowy uznał, iż powód oszacował wysokość powyższego zobowiązania, zaś pozwany nie podważył poprawności przeprowadzonych szacunków, ograniczając się do wątpliwości i powołując się na zdarzenia późniejsze, podczas gdy faktyczna wysokość zobowiązania może być różna od wysokości rezerwy, zaś niewykorzystane rezerwy zwiększają na dzień, na który okazały się zbędne, odpowiednio pozostałe przychody operacyjne, przychody finansowe lub zyski nadzwyczajne. Rezerwa stanowi więc koszt w jakim mowa w art. 2 pkt 12 ustawy o rozwiązaniu (...).

Sąd Okręgowy za bezzasadne uznał zastosowanie przez Prezesa URE klucza podziału kosztów wysokości 53,5%, jako nie przewidzianego w ustawie określającej ściśle sposób dokonania korekty ani w decyzji Komisji Europejskiej, a skutkującego redukcją przyznanego ustawą odszkodowania.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany Prezes URE, podnosząc zarzuty:

1. naruszenia art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 2 pkt 12 ustawy o rozwiązaniu (...) przez przyjęcie, że sprzedaż przez powoda energii elektrycznej przedsiębiorstwom obrotu należącym do tej samej grupy kapitałowej (...) nastąpiła na rynku konkurencyjnym, a co za tym idzie uznanie, że przychód osiągnięty z tego tytułu mógł stanowić podstawę do wyliczenia rocznej korekty kosztów osieroconych;
2. naruszenia art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd. 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż Prezes URE był obowiązany do wykazania, że sprzedaż przez powoda energii elektrycznej przedsiębiorstwom obrotu należącym do grupy (...) w 2008 r. nie nastąpiła na rynku konkurencyjnym co miało istotny wpływ na wynik sprawy;
3. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez przyjęcie, że Prezes URE nie udowodnił, że sprzedaż przez powoda energii elektrycznej przedsiębiorstwom obrotu należącym do grupy (...) w 2008 r. nie nastąpiła na rynku konkurencyjnym co miało istotny wpływ na wynik sprawy;
4. naruszenia art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 ustawy o rozwiązywaniu (...) poprzez przyjęcie, że wykazanie, iż przychody powoda ze sprzedaży energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych nie zostały zrealizowane na rynku konkurencyjnym, skutkuje pominięciem przez Prezesa URE przy wyliczeniu środków na pokrycie kosztów osieroconych tych przychodów oraz związanych z nimi wydatków;
5. naruszenia art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 2 pkt 12 ustawy o rozwiązywaniu (...) poprzez sprzeczne z tymi przepisami uwzględnienie rezerw utworzonych na pokrycie kosztów zakupu brakujących uprawnień do emisji CO₂ w kwocie działalności kosztów operacyjnych powoda w 2008 r. związanych ze sprzedażą energii elektrycznej, rezerw mocy oraz usług systemowych;
6. naruszenia art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 33 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...) poprzez sprzeczne z tymi przepisami uwzględnienie w kalkulacji korekty rocznej kosztów osieroconych powoda dla roku 2008 kosztów generowanych przez jednostki wytwórcze, które przed wejściem w życie ustawy o rozwiązywaniu (...) spełniły warunek wskazany w art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez:

- oddalenie odwołania lub
- ustalenie wysokości korekty kosztów osieroconych na kwotę (-) 78 994 088 zł lub
- ustalenie wysokości korekty kosztów osieroconych na kwotę (-) 55 686 725 zł lub
- ustalenie wysokości korekty kosztów osieroconych na kwotę (-) 45 143 860 zł.

Powód wniósł o oddalenie apelacji z zasądzeniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Chybione są zarzuty apelacji naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 232 zd. 1 oraz art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 231 k.p.c.

O tym, co strona powinna udowodnić w konkretnym procesie decydują przede wszystkim przedmiot sporu, prawo materialne regulujące określone stosunki prawne i prawo procesowe normujące zasady postępowania dowodowego. Możliwość przy tym zastosowania przez sąd domniemania faktycznego, przewidzianego w art. 231 k.p.c., nie może być interpretowana jako złagodzenie – wynikającego z art. 6 k.c. w związku z art. 232 k.p.c. - obowiązku dowodzenia przez stronę faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Zastosowanie domniemania faktycznego powinno mieć miejsce w postępowaniu sądowym wówczas, gdy brak jest bezpośrednich środków dowodowych albo istnieją znaczne utrudnienia dowodowe dla wykazania faktu, a jednocześnie jego ustalenie jest możliwe przy zastosowaniu reguł logicznego rozumowania przy uwzględnieniu zasad wiedzy i doświadczenia życiowego.

Ustalając korektę kosztów osieroconych dla powoda za rok 2008, Prezes URE wskazał w zaskarżonej decyzji, że dla obliczenia wyniku finansowego wytwórcy, niezbędnego dla obliczenia przychodu osiągniętego w warunkach rynku konkurencyjnego, nie można oprzeć się na cenie sprzedaży energii, która nie została ukształtowana w wyniku działania na konkurencyjnym rynku. W związku z tym zdaniem Prezesa URE po stwierdzeniu, że mimo istnienia konkurencyjnego rynku sprzedaży energii wytwórca w nim nie uczestniczył, określenie wartości przychodu wytwórcy powinno nastąpić przy uwzględnieniu cen, jakie przedsiębiorstwo uzyskałoby, gdyby działało na konkurencyjnym rynku. Prezes URE stwierdził więc, że gdyby powód dokonywał samodzielnie transakcji sprzedaży energii elektrycznej, sprzedaż ta mogła odbywać się co najmniej po cenie, po której sprzedaż tej energii dokonały przedsiębiorstwa z grupy (...) na konkurencyjnym rynku energii. Dlatego też Prezes URE uznał ten poziom cen jako relewantny do obliczenia przychodu powoda ze sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym.

Skoro więc – jak wynika z powyższych motywów - przyjmując dla obliczenia korekty kosztów osieroconych inne ceny niż uzyskane przez powoda, Prezes URE powoływał się na to, że ceny uzyskane przez powoda nie zostały ukształtowane w wyniku działania na konkurencyjnym rynku, gdyż wytwórca w nim nie uczestniczył, to zgodnie z regułą dowodową określoną w art. 232 k.p.c. na Prezesie URE spoczywał ciężar dowodu, że sprzedaż energii przez powoda nie była dokonywana na rynku konkurencyjnym, oraz, że ceny stosowane przez powoda nie zostały ukształtowane w wyniku działania na konkurencyjnym rynku. Zgodnie bowiem z przytoczonym przepisem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tej stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Powyższego ustalenia nie podważa okoliczność, że to Spółka wniosła odwołanie od decyzji, w wyniku którego zostało wszczęte postępowanie sądowe w danej sprawie. Fakt wydania przez Prezesa URE decyzji w postępowaniu administracyjnym, nie zwalnia pozwanego od obowiązku udowodnienia przed sądem w postępowaniu kontrydiktoryjnym podstawy faktycznej tej decyzji / art. 6 k.c./.

Sąd Okręgowy trafnie uznał, że pozwany nie udowodnił ani że sprzedaż energii przez powoda nie była dokonywana na konkurencyjnym rynku, ani że uzyskane ceny nie zostały ukształtowane działaniem na rynku konkurencyjnym. Dla uznania tych faktów za udowodnienie nie jest wystarczająca sama przez się okoliczność, że Spółka sprzedawała energię w ramach grupy (...). Również porównanie stosowanych przez powoda cen do średnich cen stosowanych przez inne

podmioty nie uzasadnia – jak trafnie wskazał Sąd I instancji – wniosku, że ceny uzyskane przez powoda nie miały charakteru cen rynkowych. Ocena dokonana przez Sąd Okręgowy nie przekracza granic ustanowionych przepisem art. 233 § 1 k.p.c., a wywody apelacji w tym zakresie mają charakter polemiki z oceną Sądu I instancji, która jest prawidłowa.

W apelacji na poparcie twierdzenia, że powód nie uzyskał przychodów na rynku konkurencyjnym pozwany odwołuje się do charakterystyki relacji pomiędzy podmiotami należącymi do skonsolidowanej pionowo grupy kapitałowej i w tym kontekście doktryny single economic unit. Przede wszystkim należy wskazać, że powołana doktryna została sformułowana w oparciu o prawo konkurencji i dla jego potrzeb, a jej istotą jest uznanie, że podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej tworzą jeden organizm gospodarczy, a zatem umowy zawierane między członkami takiej grupy nie powinny być traktowane jako porozumienia na gruncie prawa ochrony konkurencji i dlatego nie znajduje do nich zastosowania zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję zawarty w art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz w art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów / Dz. U. 2007.50.331 ze zm./. W doktrynie reprezentowany jest również pogląd, według którego zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które z woli właściciela zachowują znaczną autonomię decyzyjną. Doktryna single economic unit nie przewiduje bezwzględnej niemożliwości kształtowania relacji, w tym również cenowych, pomiędzy podmiotami zależnymi i dominującymi na zasadach rynkowych. Jak słusznie zatem wskazał Sąd I instancji przyjęcie, że powód nie działa na rynku konkurencyjnym wymagałoby udowodnienia, że ceny sprzedaży wewnątrz grupy nie były cenami rynkowymi, takiego zaś dowodu w sprawie niniejszej pozwany nie zaoferował.

Dodać trzeba, że jak wynika z przepisów art. 2 punkt 1 i punkt 6 oraz art.32 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...) ustawodawca przewidywał istnienie grup kapitałowych i wprowadził w przypadku podmiotów wchodzących w skład takich grup szczególne uregulowania, które jednak nie dotyczą sposobu obliczenia rzeczywistej wartości wyniku finansowego netto wytwórców wchodzących w skład takiej grupy. Zatem sam ustawodawca nie kwestionuje istnienia konkurencyjności rynku w ramach grup kapitałowych.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że stosownie do przepisu art. 49 ust.1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne / Dz. U. 2006.89.625 ze zm./ Prezes URE może zwolnić przedsiębiorstwo energetyczne z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, jeżeli stwierdzi, że działa ono w warunkach konkurencji, albo cofnąć udzielone zwolnienie w przypadku ustania warunków uzasadniających zwolnienie, przy czym z mocy ust. 2 tego art. 49 zwolnienie/ a zatem i jego cofnięcie / może dotyczyć określonej części działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwo energetyczne. Jak wynika ze Stanowiska Prezesa URE w sprawie zwolnienia przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się wytwarzaniem i obrotem energią elektryczną z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia z dnia 28 czerwca 2001r. oraz z Komunikatu Prezesa URE z dnia 31 października 2007r. w sprawie zwolnienia przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesje na obrót energią elektryczną z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia /k. 67 i 69/ pozwany uznał rynek energii elektrycznej za konkurencyjny. W danej sprawie pozwany nawet nie twierdzi, aby cofnął powodowi zwolnienie od obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia , co świadczy o tym, że stanowisko co do działania powoda na rynku niekonkurencyjnym jest podnoszone wyłącznie dla ustalenia wysokości korekty kosztów osieroconych.

W świetle powyższego – jak prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy- wobec niewykazania przez pozwanego, że powód nie działa na konkurencyjnym rynku energii elektrycznej obliczenie wielkości korekty rocznej kosztów osieroconych powoda w 2008r.winno nastąpić w oparciu o rzeczywiście uzyskany przez powoda wynik finansowy zgodnie z wzorem matematycznym zawartym w art. 30 ust. 1 w związku z art. 27 ustawy o rozwiązaniu (...). Takie ustalenie – wbrew zarzutowi apelacji- nie narusza powołanych przepisów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego pozwany ma możliwość weryfikacji danych przedstawionych przez powoda a niezbędnych dla ustalenia wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych, jednak musi wykazać, że rzeczywiste dane – w tym wypadku ceny sprzedaży energii elektrycznej – są inne niż wykazywane, nie może zaś ustalać cen hipotetycznych, innych niż uzyskane przez powoda.

Chybiony jest także zarzut apelacji naruszenia art.30 ust.1 w związku z art. 27 ust. 4 i art. 2 punkt 12 ustawy o rozwiązaniu (...) przez uwzględnienie kosztów zakupu brakujących uprawnień do emisji CO₂ w kwocie kosztów działalności operacyjnej powoda w 2008r.

W świetle przepisu art. 27 ust. 4 ustawy o rozwiązaniu (...) oraz art. 35d w związku z art.6 ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994r. / Dz. U. 2002.76.694 /powód był obowiązany do utworzenia w 2008r rezerwy na poczet przyszłych wydatków na pokrycie brakujących uprawnień do emisji, a w związku z tym wartość tej rezerwy winna być uwzględniona w kosztach operacyjnych działalności związanej ze sprzedażą energii elektrycznej w 2008r. W tym stanie rzeczy podnoszona przez pozwanego okoliczność, że dopiero w 2013r. będzie ostatecznie znana kwota wydatków związanych z koniecznością zakupu brakujących uprawnień do emisji CO₂ , nie stanowi podstawy do odliczenia z kosztów wartości utworzonych rezerw , zwłaszcza że uprawnienia do emisji przyznawane są na okresy rozliczeniowe, jednakże z podziałem na poszczególne lata, rozliczenia zaś uprawnień dokonuje się na podstawie rocznego raportu / art. 22, art. 40, art. 45 i art. 48 ustawy z dnia 22 grudnia 2004r. o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji – Dz. U. 2004.281.2784 ze zm./.

Bezzasadne są także zarzuty pozwanego dotyczące błędnej kalkulacji wysokości przyszłych kosztów ponoszonych przez powoda, a w konsekwencji – utworzenia zbyt wysokiej rezerwy. Stanowisko pozwanego wynika z odniesienia wysokości rezerwy do kosztów rzeczywiście przez powoda poniesionych, z pominięciem faktu, że ustalenie rezerwy opiera się na hipotetycznych wyliczeniach przewidywanej wysokości kosztów, zaś pozwany nie przedstawił żadnych dowodów wykazujących wadliwość tych wyliczeń, opartych na danych dostępnych w momencie ich dokonywania.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że wysokość korekty kosztów osieroconych dla powoda za rok 2008 należało wyliczyć w oparciu o ceny faktycznie uzyskane przez powoda i mające odbicie w jego dokumentacji księgowej oraz przy uwzględnieniu utworzonej przez powoda rezerwy na zakup brakujących uprawnień do emisji CO₂..

Należy podkreślić, iż jak wynika z art. 30 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...) wysokość korekty rocznej oblicza się przy uwzględnieniu różnicy między rzeczywistą wartością wyniku finansowego netto z działalności operacyjnej, skorygowanego w sposób podany w przepisie a prognozowaną wartością tego wyniku. W tym stanie prawnym nie można obliczać tej różnicy- tak jak dokonano tego w decyzji- w oparciu o hipotetyczną wartość wyniku finansowego wyprowadzonego z cen jakie powód mógłby osiągnąć. Ponadto żaden przepis ustawy o rozwiązaniu (...) nie przyznał Prezesowi URE uprawnienia do ustalania cen możliwych do osiągnięcia przez wytwórcę dla obliczenia korekty rocznej kosztów osieroconych.

Natomiast Prezes URE ma inny instrument do kontrolowania cen stosowanych przez wytwórcę, a mianowicie może w trybie art. 37 ust.1 pkt 3 ustawy o rozwiązaniu (...) żądać od wytwórcy pisemnych wyjaśnień, a jeżeli stwierdzi, że różnica w cenach, o której mowa w ust.1, nie była spowodowana okolicznościami, za które wytwórca nie ponosi odpowiedzialności, jest uprawniony do stosowania sankcji wskazanej w ust. 3 art. 37.

Sąd Apelacyjny podziela także stanowisko Sądu Okręgowego dotyczące wprowadzenia przez Prezesa URE klucza podziału kosztów wysokości 53,5%, nie przewidzianego w ustawie określającej ściśle sposób dokonania korekty ani w decyzji Komisji Europejskiej. Nie ma też w ocenie Sądu Apelacyjnego podstaw do uznania, że konieczność zastosowania takiego klucza wynika z art. 33 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...).

Zgodnie z powyższym przepisem obliczając korekty, o których mowa w art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy o rozwiązaniu (...), uwzględnia się tylko jednostki wytwórcze wymienione w załączniku nr 7 do ustawy do czasu, gdy wartość nakładów inwestycyjnych na daną jednostkę wytwórczą, poniesionych od dnia 1 stycznia 2005 r. nie przekroczy:

1)100 % wartości księgowej netto tej jednostki wytwórczej na dzień 1 stycznia 2005 r. dla jednostek wytwórczych należących do wytwórcy;

2)50 % wartości księgowej netto dla jednostek nienależących do wytwórców.

Nie ma w ocenie Sądu Apelacyjnego podstaw do uznania, że przepis ten uzasadnia dodatkowe korygowanie kosztów poniesionych przez powoda o współczynnik obejmujący jednostki wytwórcze, które przed wejściem w życie ustawy o rozwiązaniu (...) spełniły wskazany w art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy warunek i które w związku z tym nie powinny być uwzględniane przy dokonywaniu korekty wskazanej w art. 30 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.