

*Sygn. akt VI ACa 22/13 Sygn. akt VI ACa 22/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 24 maja 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ksenia Sobolewska-Filcek*

*Sędzia SA – Krzysztof Tucharz (spr.)*

*Sędzia SO del. – Dorota Brodziak*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w S.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki*

*o nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 29 listopada 2010 r.*

*sygn. akt XVII AmE 129/10*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu następującą treść:*

*„1. zmienia decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 17.10.2008r. nr (...) w punkcie drugim w ten sposób, że obniża wymierzoną temu przedsiębiorcy karę pieniężną z kwoty 438.461,12 zł (czteryście trzydzieści osiem tysięcy czterysta sześćdziesiąt jeden złotych i dwanaście groszy) do kwoty 199.055,22 zł (sto dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia dwa grosze) to jest w wysokości 2,309 % przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego w 2007r., a w pozostałej części oddala odwołanie;*

*2. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania.”;*

*II. zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 370 zł (trzysta siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego;*

*III. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 17 października 2008 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki orzekł, że przedsiębiorca – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. nie wywiązał się w roku 2006 z określonego w art. 9 a ust. 8 – Prawo energetyczne obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła

w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i za powyższe uchybienie wymierzył temu przedsiębiorcy karę pieniężną w kwocie 438.461,12 zł, która stanowi 5,08 % przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego 2007 r.

Na skutek odwołania wniesionego przez powodową spółkę Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił wyrokiem z dnia 9 września 2009 r. przedmiotową decyzję, w ten sposób, że umorzył postępowanie administracyjne.

W toku ponownego rozpoznania sprawy, w wyniku uchylecia tego orzeczenia przez tut. Sąd Apelacyjny zapadł w dniu 8 czerwca 29 listopada 2010 r. kolejny wyrok, w którym Sąd Okręgowy oddalił w całości odwołanie powódki i obciążył tę stronę obowiązkiem zwrotu pozwanemu Prezesowi kosztów postępowania.

Jako podstawę powyższego rozstrzygnięcia Sąd I instancji przyjął następujące ustalenia faktyczne.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w S. posiada od 1998 r. koncesję na obrót energią elektryczną. W 2006 r. dokonała sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych 56837,190 MWh energii elektrycznej, z czym wiązał się wymóg zakupu przez ten podmiot energii elektrycznej pochodzącej ze skojarzonych źródeł energii lub wytwarzania we własnych skojarzonych źródłach energii i jej sprzedaży odbiorcom końcowym, w rozmiarze 8525,579 MWh. Powyższego obowiązku powodowa spółka nie wykonała w jakiegokolwiek części.

Poza sporem jest okoliczność, że przedsiębiorca ten otrzymał ofertę od Przedsiębiorstwa (...) w W., zawierającej propozycje sprzedaży 2319,481 MWh energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu w produkcją ciepła.

W ocenie Sądu Okręgowego wniesione odwołanie nie mogło odnieść zamierzonych skutków prawnych.

Przewidziany w art. 9a ust. 8 ustawy Prawo energetyczne (w brzmieniu obowiązującym w 2006 r.) obowiązek zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła konkretyzował § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowego obowiązku zakupu energii elektrycznej ... (Dz. U. nr 267, poz. 2657) i przewidywał on, że w 2006 r. przedsiębiorstwo energetyczne powinno osiągnąć nie mniej niż 15 % - owy udział ilościowy zakupionej energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii i sprzedanej odbiorcom dokonującym zakupu energii elektrycznej na własne potrzeby i wykonaniu całkowitej sprzedaży energii elektrycznej tym podmiotom.

W racie niedopełnienia powyższego obowiązku ustawodawca nakazał organowi regulacyjnemu wymierzenie przedsiębiorcy kary pieniężnej, której minimalna wysokość (zgodnie z art. 56 ust. 21 pkt 3 (cytowanej ustawy) powinna być obliczona według wzoru:

$$K_s = C_s \times (E_o - E_z)$$

gdzie poszczególne symbole oznaczają:

$K_s$  - minimalną wysokość kary pieniężnej, wyrażona w złotych

$C_s$  - średnią cenę sprzedaży energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym, o której mowa w art. 23 ust. ... pkt 18 lit. a, wyrażoną w złotych za 1 MWh

$E_o$  - ilość oferowanej do zakupu energii elektrycznej, wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, wynikającą z obowiązku zakupu w danym roku, wyrażoną w MWh

$E_z$  - ilość energii elektrycznej wytworzonej w skojarzonym z wytwarzaniem ciepła w danym roku, wyrażoną w MWh.

Powodowa spółka miała obowiązek zakupić w 2006 r. 8525,579 MWh tzw. czerwonej energii i nie zrealizowała w ogóle tego zobowiązania.

Nie ma tu istotnego znaczenia argument powódki, że cena zakupu tego rodzaju energii była wyższa od przyjętej przy opracowaniu taryfy.

Bezsporną jest w sprawie okoliczność, że powodowemu przedsiębiorstwu była oferowana energia ze skojarzonych źródeł energii – z której to propozycji nie skorzystało ono.

Ponieważ średnia cena energii elektrycznej w poprzednim roku kalendarzowym wynosiła 136,19 zł/MWh zatem średni koszt zakupu wolumenu energii elektrycznej 8525,579 MWh wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, umożliwiającego realizację obowiązku, pewien był wynieść 438 461,12 zł i na taką sumę można ocenić uszczuplenie dochodów wytwórców energii elektrycznej pochodzącej ze skojarzonych źródeł energii. Sąd uznał, że wymierzona powódce kara pieniężna ustalona została we właściwej proporcji do przychodów tego podmiotu i jest adekwatna do stopnia jego zawinienia, społecznej szkodliwości czynu oraz możliwości finansowych zobowiązanego.

Jednocześnie Sąd Okręgowy podniósł, że przewidziana w obecnie obowiązującym stanie prawnym minimalna kara pieniężna, obliczona według wzoru  $Ks - 1,3 \times (Ozk - Ozkz)$  nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie z uwagi na inne elementy wchodzące w skład matematycznego wzoru. Aktualnie najmniejszy wymiar kary za omawiane naruszenie ustalony jest m.in. w oparciu o opłatę zastępczą (Ozk), kora z kolei jest obliczana według wzoru  $Ozs = Ozg \times Eog + Ozk \times Eok$  tj. m.in. w oparciu o średnią cenę energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym w poprzednim roku kalendarzowym, ogłoszoną przez Prezesa URE, w terminie do dnia 31 marca każdego roku (w Biuletynie URE), podczas gdy w obowiązującym do dnia 31 marca 2007 r. stanie prawnym Prezes URE nie ustalił takiej ceny i nie publikował jej w wymagany prawem sposób.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż zasadnym jest wymierzenie powodowej spółce kary pieniężnej na podstawie ustawy Prawo energetyczne w wersji obowiązującej przez wejściem w życie nowelizacji tej ustawy (z dnia 12 stycznia 2007 r.).

W złożonej do tego wyroku apelacji (...) sp. z o.o w S. zarzuciła:

- 1) naruszenie art. 9a ust. 8 ustawy Prawo energetyczne w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 12 stycznia 2007 roku o zmianie ustawy Prawo energetyczne ... (Dz. U. Nr 21, poz. 124) poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że obowiązek zakupu oferowanej energii wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła ma charakter bezwzględny, oraz że dotyczył - w odniesieniu do powoda - energii ze źródła będącego własnością (...) Sp. z o.o.,
- 2) naruszenie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przez niezastosowanie przy wykładni art. 9a ust. 8 ustawy, cyt. wyżej ustawy,
- 3) naruszenie przepisu art. 56 ust. 1 tejże ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że zaistniały przesłanki do nałożenia kary pieniężnej,
- 4) naruszenie art. 66 k.c. w zw. z art. 9a ust. 8 Prawa Energetycznego, poprzez przyjęcie, że pismo (...) Sp. z o.o. z dnia 31 października 2006 roku stanowiło ofertę.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie decyzji Prezesa URC i umorzenie postępowania oraz zasądzenie od pozwanego, na jej rzecz, kosztów postępowania za obie instancje.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 3 listopada 2011 r. powódka cofnęła apelację w części oddalającej jej odwołanie co do punktu 1 zaskarżonej decyzji oraz odnośnie pkt 2 tj. co do wymierzenia jej kary pieniężnej w zakresie kwoty 1999 055,22 zł i w powyższej części Sąd II instancji umorzył postępowanie apelacyjne. Natomiast oddalił apelację w części kwestionującej nałożenie na powódkę kary pieniężnej w rozmiarze wyższym od ww. kwoty.

W wyroku z dnia 3 listopada 2011 r. Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy. Podniósł, że strona pozwana nie wykazała, iż podjęła rozmowy z (...) sp. z o.o. zmierzające do uzgodnienia tzw. czerwonej energii a pismo z dnia 31 października 2006 r. należało potraktować jako ofertę sprzedaży 3219,418 MWh.

Ponadto Sąd Apelacyjny wskazał, że ustawodawca nie przewidział żadnych włączeń od obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007 r.

Jeżeli zaś chodzi o dokonaną z dniem 1 lipca 2007 r. nowelizację tej ustawy to wprawdzie zasadą jest, że w przypadku zmiany ustawy, w takim zakresie, w jakim przewiduje ona karę pieniężną, stosować należy ustawę względniejszą dla przedsiębiorcy energetycznego ale nie oznacza to słuszność poglądu skarżącego, że nowa regulacja prowadziła do wymierzenia mu znacznie niższej kary (199 055,22 zł).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, rację miał Sąd I instancji argumentując, że nie można porównywać z sobą wysokości kar naliczanych w oparciu o art. 56 ust. 1 pkt 1a oraz ustęp 2a pkt 3 Prawa energetycznego w wersji poprzedniej oraz obecnie obowiązującej.

Gdyby natomiast oprzeć się na procentowo ustalonym, średnim poziomie wykonania przedmiotowego obowiązku przez przedsiębiorstwa energetyczne, to okazałoby się, że ustalona w oparciu o to kryterium kara byłaby znacznie wyższa od wymierzonej przez Prezesa URE w zaskarżonej decyzji.

Powyższy wyrok zaskarżyła spółka podnosząc w skardze kasacyjnej następujące zarzuty:

1) naruszenie art. 9a ust. 8 oraz art. 56 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo energetyczne w brzmieniu sprzed wejścia w życie 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 przez błędne zastosowanie do obliczenia wysokości kary pieniężnej zamiast wzoru wskazanego do jej określenia na podstawie art. 9a ust. 8 oraz art. 56 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo energetyczne w brzmieniu ustalonym po wejściu w życie cyt. wyżej nowelizacji;

2) naruszenie art. 9a ust. 8 oraz art. 56 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Energetyczne w wersji po wejściu w życie ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. poprzez jego niezastosowanie, jako przepisu prawa obowiązującego w dacie wydania przedmiotowej decyzji oraz w dacie orzekania przez Sąd co do nałożonej na powódkę kary.

Powódka domagała się uchylecia i zmiany zaskarżonego wyroku w całości poprzez obniżenie kary pieniężnej, nałożonej w decyzji Prezesa URE z dnia 17 października 2008 r. do kwoty 199 055,22 zł i zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów postępowania za I i II instancję oraz kosztów postępowania kasacyjnego a jako ewentualny zgłosiła wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 14 grudnia 2012 r. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi II instancji do ponownego rozpoznania pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Sąd Najwyższy wyjaśnił, że możliwe jest zastosowanie przepisu art. 56 ust. 2 pkt 3 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2007 r. do ustalenia kary pieniężnej za naruszenie przez przedsiębiorstwo energetyczne obowiązku o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego według jego brzmienia obowiązującego w 2006 r., które to stanowisko zostało już zaaprobowane w wyniku odmowy przyjęcia przez Sąd Najwyższy dwóch skarg kasacyjnych Prezesa URE od wyroków Sądu Apelacyjnego opartych na założeniu, zgodnie z którym w sprawach tego rodzaju jak niniejsza – wysokość kary pieniężnej za niewykonanie w 2006 r., obowiązku zakupu energii czerwonej powinna być wyliczona w oparciu o wzór matematyczny znajdujący się obecnie w art. 56 ust. 2 pkt 3 Prawa energetycznego przy określeniu jednostkowej stawki opłaty zastępczej, o której mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego za okres najbliższy rokowi 2006 tj. za drugie półrocze 2007 r. Jest to metoda prawidłowa do ustalenia wysokości kary pieniężnej, pozwalająca na zastosowanie wobec przedsiębiorstwa energetycznego przepisów ustawy uwzględniającej zgodnie z zapatrywaniem prawnym, wyrażonym w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2009 r. III SZP 2/09.

Rozpoznając ponownie apelację powodowej spółki Sąd Apelacyjny uznał, że wniesiony środek odwoławczy zawierający zmodyfikowany w dniu 3 listopada 2011 r. zakres zaskarżenia podlega uwzględnieniu.

Mając na uwadze wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd o zasadności stanowiska powódki, że możliwe jest zastosowanie obecnie obowiązującej regulacji w Prawie energetycznym dotyczącej ustalania wysokości kary pieniężnej za niewykonanie obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 teże ustawy, który ciążył na przedsiębiorcy energetycznym w 2006 r., jako przewidującej względniejszą sankcję niż przyjęta w zaskarżonej decyzji, Sąd Apelacyjny, kierując się zawartymi w tym wyroku wskazaniem co do sposobu skorzystania z nowego wzoru matematycznego, w oparciu o który powinna być wyliczona kara doszedł do wniosku, iż słuszny jest postulat skarżącego żeby ograniczyć jej rozmiar do kwoty 199 055,22 zł. Odpowiednikiem obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła jest obecnie obowiązek uzyskania i przedstawienia do umorzenia określonej ilości świadków pochodzenia z kogeneracji lub uiszczenia opłaty zastępczej.

W tej sytuacji kara minimalna, wyliczona na podstawie art. 56 ust. 1 a ustawy Prawo energetyczne w nowym brzemieniu, stosownie do treści art. 56 ust. a pkt 3 będzie stanowił iloczyn współczynnika 1,3 i opłaty zastępczej (Ozk), gdyż powód nie uiszczył w żadnym zakresie tej opłaty a spełnienie tego obowiązku wyraża się symbolem – „Ozsk”.

Z kolei sama opłata zastępcza podlegała wyliczeniu według wzoru określonego w art. 91 ust. 8 cyt. ustawy ( $Ozs = Ozg \times Eog + Ozk \times Eok$ ) przy czym pierwszy człon tego wzoru tj.  $Ozg \times Eog$  ulegnie wyzerowaniu gdyż w 2006 r. nie było obowiązku rozróżnienia produkcji energii uzyskanej z paliw gazowych, zaś parametr „Eog” dotyczy jednostek kogeneracji opalanej tego rodzaju paliwem (tzw. energia żółta).

Symbol „Eok” oznacza, w myśl nowych przepisów, wielkość niezrealizowanego obowiązku wyrażającego się różnicą pomiędzy ilością energii elektrycznej, wynikającą z obowiązku określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 10, dla jednostek kogeneracji wymienionych w art. 91 ust. 1 pkt 2 a ilością energii elektrycznej wynikającą ze świadectw pochodzenia z kogeneracji, o których mowa w art. 9 l ust. 1 pkt 2 umownych w terminie wskazanym w art. 9 m ust. 3, wyrażoną w MWh.

W drodze analogii należy podstawić tu ilości niezakupionej energii (ze skojarzonych źródeł) odpowiadającej niezrealizowanemu przez powoda obowiązkowi z 2006 r. co stanowi 8525,579 MWh (okoliczność bezsporna). Cena jednostkowa energii, będąca składnikiem obliczenia kary pieniężnej wynikała z wydanego przez Prezesa URE komunikatu w sprawie opłat zastępczych dla kogeneracji obowiązujących w II półroczu 2007 r. gdzie ustalono następujące kwoty: 117 zł/ MWh dla jednostek kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego oraz 17,96/MWh dla jednostek kogeneracji, wskazanej w art. 9l ust. 1 pkt 2 Prawa energetycznego.

Jak zostało to już podniesione wcześniej – w 2006 r. nie przewidywano szczególnego uprzywilejowania dla energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej Kogeneracji w jednostce kogeneracji opalanej paliwami gazowymi lub o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej źródła poniżej 1 MW. Dlatego też nie ma istotnego znaczenia podnoszona w piśmie procesowym pozwanego z dnia 10 kwietnia 2013 r. (k. 304 – 305 a.s) argumentacja, że skoro była oferowana powodowi energia elektryczna produkowana przez (...) W. w źródle opalonym gazem ziemnym to należałoby przyjąć cenę jednostkową w wysokości 117 zł /MWh, podobnie jak zgłoszona alternatywnie sugestia aby wziąć pod uwagę średnią z dwóch ogłoszonych przez Prezesa URE opłat zastępczych (117 zł/MWh i 17,96 zł/MWh) co daje kwotę 67,48z zł/MWh.

Wskazując na prawidłowość rozstrzygnięć zapadłych w podobnych sprawach rozpoznawanych przez tut. Sąd, od których to orzeczeń pozwany wywiódł nieskuteczne skargi kasacyjne (m.in. od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 13 października 2011 r. sygn. akt VI ACa 969/11) Sąd Najwyższy uznał de facto słuszność zastosowanej tam stawki 17,96 zł za 1 MWh przy obliczaniu opłaty zastępczej, będącej składnikiem wzoru dla określenia minimalnej kary pieniężnej.

W rezultacie, wysokości wymierzonej powodowej spółce kary pieniężnej powinna być wyliczona w następujący sposób:  $1,3 \times (17,96 \text{ zł} \times 8525,579 \text{ MWh})$  co daje kwotę 199 055,22 zł i stanowi 2,309 % przychodu z działalności koncesjonowanej, osiągniętego przez skarżącego w 2007 r. (8619.137,26 zł – k. 52 akt adm.).

***Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny zmienił częściowo zaskarżony wyrok poprzez zmianę decyzji Prezesa URE z dnia 17 października 2008 r. w jej punkcie 2, polegającą na obniżeniu nałożonej na powódkę kary pieniężnej z kwoty 438.461,12 zł do kwoty 199.055,22 zł.***

Co się zaś tyczy kosztów postępowania za I i II instancję to zostały między stronami wzajemnie zniesione, na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c. mając na uwadze ostateczny wynik sprawy.

Jeżeli natomiast chodzi o koszty postępowania kasacyjnego to wobec uwzględnienia skargi kasacyjnej powoda przez Sąd Najwyższy a następnie uznania przez Sąd Apelacyjny, że zawarte w niej zarzuty doprowadziły ostatecznie do zmiany wyroku Sądu Okręgowego należało przyjąć, iż w powyższym zakresie istnieje po stronie pozwanego Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, zwrotu na rzecz powodowej spółki poniesionych przez nią na tym etapie sprawy kosztów postępowania tj. 270 zł z tytułu zastępstwa procesowego przed Sądem Najwyższym i 100 zł opłaty od Skargi kasacyjnej co daje łącznie kwotę 370 zł.

af