

Sygn. akt VI ACa 580/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 lipca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Irena Piotrowska

Sędziowie: SA Agata Wolkenberg

SO (del.) Tomasz Szanciło (spr.)

Protokolant: protokolant Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 19 lipca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółka akcyjna w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o cofnięcie koncesji

na skutek apelacji pozwanego

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

z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt XVII AmE 39/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:

a) w punkcie pierwszym oddala odwołanie,

b) w punkcie drugim zasądza od (...) spółka akcyjna w W. na rzecz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

II. zasądza od (...) spółka akcyjna w W. na rzecz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

III. nakazuje pobrać od (...) spółka akcyjna w W. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwotę 100 zł (sto złotych) tytułem opłaty od apelacji, od uiszczenia której pozwany był zwolniony z mocy prawa.

Sygn. akt VI ACa 580/15

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 17.12.2013 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (dalej: Prezes URE, Prezes Urzędu), na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 1, art. 30 ust. 1 oraz art. 32 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm., dalej: pr. energ.) w związku z art. 104 § 1 k.p.a., postanowił cofnąć przedsiębiorcy

(...) spółka akcyjna w W. (dalej: (...)) koncesję na dystrybucję paliw gazowych udzieloną decyzją Prezesa URE nr (...) z dnia 13.04.2005 r. (zmienioną późniejszymi decyzjami), na okres od dnia 15.04.2005 r. do dnia 15.04.2015 r.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód (...), zaskarżając ją w całości i wnosząc o jej uchylenie, ewentualnie o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

- 1) brak dogłębnego przeanalizowania sprawy i nieuwzględnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na wynik postępowania,
- 2) błędne ustalenie przez organ, że zaistniały przesłanki do cofnięcia koncesji, podczas gdy brak jest podstaw do stwierdzenia, iż w zaistniałej sytuacji powód trwale zaprzestał działalności koncesjonowanej,
- 3) możliwość wyrządzenia niepowetowanej szkody na skutek wydania zaskarżonej decyzji.

W odpowiedzi na pozew pozwany Prezes URE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 2.02.2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK), w sprawie XVII AmE 39/14, uchylił zaskarżoną decyzję i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że decyzją nr (...) z dnia 13.04.2005 r. Prezes URE udzielił (...) koncesji na przesyłanie i dystrybucję paliw gazowych na okres od dnia 15.04.2005 r. do dnia 15.04.2015 r. W toku prowadzonych postępowań wyjaśniających i administracyjnych pozwany uzyskał informację, że powód od dnia 16.01.2012 r. nie prowadzi działalności w zakresie dystrybucji paliw gazowych na terenie miasta i gminy O.. W piśmie z dnia 16.10.2013 r. powód przekazał pozwanemu informację, że „z uwagi na wypowiedzenie przez (...) S.A., właściciela gazociągu, umowy o udostępnienie mocy przesyłowych nie wykonuje działalności gospodarczej w zakresie dystrybucji paliw gazowych”. W związku z uzyskaniem tych informacji pozwany pismem z dnia 30.10.2013 r. zawiadomił powoda o wszczęciu z urzędu postępowania w sprawie cofnięcia koncesji i wezwał go do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi powód pismem z dnia 8.11.2013 r. poinformował pozwanego, że w związku z problemami w kontynuowaniu działalności gospodarczej objętej koncesją, o których informował Prezesa URE, zawiesił działalność w dniu 15.01.2012 r. Wskazał, że „po tym terminie obrót paliwami gazowymi został przejęty przez innego przedsiębiorcę, tj. (...) S.A.”. Ponadto podkreślił, że w piśmie z dnia 25.02.2013 r. informował pozwanego o terminie zawieszenia działalności związanej z przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych, a w piśmie z dnia 16.10.2013 r. wskazał na podjęte działania, które mają na celu powrót do działalności koncesjonowanej: dzierżawę gruntu zlokalizowanego w miejscowości M. k/O. na cele związane z eksploatacją elektrociepłowni zasilanej gazem o mocy 1 MWe, która jest na etapie przygotowywania propozycji wstępnych umowy na dostawy energii elektrycznej i ciepłej, a termin zakończenia inwestycji to IV kwartał 2014 r., a także działania zmierzające do podpisania umowy przyłączeniowej do sieci gazowej w miejscowości M. k/M..

Po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego pozwany wydał decyzję będącą przedmiotem niniejszej sprawy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Koncesja jest publicznoprawnym zezwoleniem na wykonywanie działalności określonej w jej treści. Warunkiem jej uzyskania nie jest posiadanie ściśle określonego zaplecza technicznego, klientów, a już tym bardziej zawarcie przez przedsiębiorcę umów związanych z działalnością koncesjonowaną. Uzyskanie koncesji stwarza formalne warunki do prowadzenia działalności koncesjonowanej danego typu. Oznacza to, że koncesjonariusz z chwilą uzyskania koncesji ma możliwość i do pewnego stopnia powinność prowadzenia działalności koncesjonowanej. Koncesja nie nakłada jednak na przedsiębiorcę bezwzględnego obowiązku nieprzerwanego wykonywania tej działalności w okresie jej obowiązywania. Wskazuje na to treść art. 58 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 584 ze zm., dalej: u.s.d.g.), stanowiący, że podstawą cofnięcia koncesji jest stwierdzenie, iż koncesjonariusz trwale zaprzestał wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją. W toku działalności koncesjonowanej dopuszczalna jest więc możliwość wystąpienia przerw w jej wykonywaniu, a koncesja może być cofnięta jedynie w przypadku trwałego zaprzestania wykonywania działalności. Przesłanka ta zachodzi wówczas, gdy z okoliczności sprawy w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że brak jest perspektyw dla

wykonywania działalności koncesjonowanej przez koncesjonariusza. Musi przy tym zostać wykazane, że z przyczyn obiektywnych, bądź w związku z decyzjami podjętymi przez przedsiębiorcę wykluczona jest możliwość prowadzenia działalności koncesjonowanej w przyszłości. Nastąpić to może m.in. w przypadku stwierdzenia, że wystąpiła niedająca się usunąć przeszkoda dla dalszego prowadzenia działalności koncesjonowanej, bądź koncesjonariusz zrezygnował z tej działalności i nie zamierza jej w przyszłości podejmować. Ta ostatnia przesłanka musi jednak wynikać z jasnego oświadczenia przedsiębiorcy. Takie rozumienie normy art. 58 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g. podzielane jest przez naukę prawa regulacyjnego. Zgodnie z wyrażonym w doktrynie poglądem przepis ten wyraźnie wymaga, aby zaprzestanie prowadzenia koncesjonowanej działalności było trwałe. Wprowadzenie tego słowa należy ocenić pozytywnie, jako że powinno ono przesądzać, iż podstawa cofnięcia koncesji zachodzi dopiero w takim przypadku, kiedy z okoliczności faktycznych i prawnych wynika, że przedsiębiorca definitywnie zakończył wykonywanie działalności w danej dziedzinie, tj. bez zamiaru jej ponownego podjęcia w przewidywanym czasie. In concreto mogą jednak powstawać wątpliwości, jakie zdarzenia będzie należało traktować jako spełniające znamiona omawianej przesłanki. Takim zdarzeniem powinna być likwidacja przedsiębiorcy będącego koncesjonariuszem, a także złożenie przez przedsiębiorcę informacji o zaprzestaniu działalności lub wniosku o cofnięcie koncesji (vide: K. Kohutek).

W ocenie Sądu Okręgowego w rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane, że zaistniały obiektywne bądź subiektywne przesłanki uzasadniające cofnięcie koncesji przez Prezesa Urzędu. Powód w toku postępowania administracyjnego w sposób jednoznaczny wskazywał, że nie zrezygnował z prowadzenia działalności koncesjonowanej i podejmuje czynności zmierzające do kontynuowania tej działalności. Wbrew twierdzeniom strony pozwanej podstawą cofnięcia koncesji nie mogą być ustalenia dokonane w dacie wydania zaskarżonej decyzji, że umowa o udostępnienie mocy przesyłowych, której stroną był powód, została rozwiązana. Taka okoliczność nie przesądza o trwałości zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej, w zależności bowiem od sytuacji rynkowej oraz działań podejmowanych przez powoda może ona w niedługim czasie ulec zmianie. W związku z tym ocena stanu faktycznego dokonana w tym zakresie przez pozwanego nie mogła zostać uwzględniona.

Sąd Okręgowy podkreślił, że przesłanki uzasadniające cofnięcie koncesji przez organ państwowy stanowią wyjątki od swobody działalności gospodarczej przedsiębiorcy, jaka mu przysługuje w ramach działalności koncesyjnej i powinny być wykładane w sposób ścisły, a więc nie mogą stanowić przedmiotu wykładni rozszerzającej. Sąd ten przy tym wskazał, że zaskarżona decyzja przynajmniej potencjalnie mogła wpłynąć na ograniczenie konkurencji na rynku właściwym. W związku z tym decyzja ta powinna być poprzedzona niebudzącymi wątpliwość ustaleniami, z których wynikałoby, że powód nie będzie w przyszłości wykonywał działalności objętej koncesją.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany Prezes URE, zarzucając naruszenie:

- 1) prawa materialnego, tj. art. 58 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g., poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że powód nie zaprzestał trwale prowadzenia działalności koncesjonowanej,
- 2) przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez pominięcie przy wyrokowaniu szeregu okoliczności mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, a w konsekwencji niewłaściwą ocenę zebranego materiału dowodowego,
- 3) przepisów postępowania, tj. art. 233 k.p.c., poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na oparciu się przez Sąd Okręgowy jedynie na dokumentach i twierdzeniach przedstawionych przez powoda, przy jednoczesnym braku wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie odwołania w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje.

W uzasadnieniu apelacji wskazano, że koncesja z dnia 13.04.2005 r. została udzielona powodowi na dystrybucję paliw gazowych na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na obszarze miasta i gminy O.. Tak więc przedmiot i zakres zaskarżonej decyzji obejmował cofnięcie koncesji na prowadzenie działalności w zakresie dystrybucji

paliw gazowych na terenie miasta i gminy O.. Powód nie miał obiektywnej możliwości świadczenia działalności koncesjonowanej na tym obszarze, bowiem utracił tytuł prawny do korzystania z sieci gazowej znajdującej się na terenie miasta i gminy O.. Niniejsza okoliczność została przyznana przez powoda w toku postępowania administracyjnego. W oświadczeniu zawartym w piśmie z dnia 25.02.2013 r. powód stwierdził, że „od dnia 1.05.2012 roku z uwagi na wypowiedzenie przez (...) S.A., właściciela gazociągu, umowy na udostępnianie mocy przesyłowych, (...) na mocy umowy zawartej z (...) sp. z o.o., tj. nowym dzierżawcą mocy przesyłowych gazociągu, wykonuje do czasu otrzymania przez spółkę (...) koncesji jedynie czynności operatorskie.”. Zatem bezspornym w sprawie jest brak technicznych możliwości świadczenia działalności koncesjonowanej przez powoda na terenie miasta i gminy O., gdyż nie dysponuje on siecią dystrybucyjną gwarantującą wykonywanie działalności w zakresie dystrybucji paliw gazowych. Wskazany stan faktyczny obiektywnie uniemożliwia powodowi prowadzenie działalności koncesjonowanej, a okres od wypowiedzenia umowy o udostępnienie mocy przesyłowych do dnia wydania zaskarżonej decyzji pozwala w sposób wiarygodny stwierdzić, że powód zakończył i nie kontynuuje działalności, a więc trwale zaprzestał działalności koncesjonowanej. W tym stanie rzeczy zaistniała przesłanka trwałego zaprzestania działalności koncesjonowanej, wobec braku infrastruktury, na której powód mógłby świadczyć taką działalność. Dodatkowo za trwałością zaprzestania prowadzenia działalności koncesjonowanej przemawia – według pozwanego – okoliczność, że postępowanie o zatwierdzenie IV taryfy dla paliw gazowych, stosownie do zakresu wykonywanej działalności gospodarczej przez powoda, zostało umorzone wobec ustalenia przez Prezesa URE, że powód utracił możliwość przesyłu paliw gazowych we własnym imieniu i na własną rzecz do swoich dotychczasowych odbiorców, wobec wypowiedzenia umowy o udostępnienie mocy przesyłowej, a zatem zaprzestał prowadzenia działalności koncesjonowanej. Powód nie odwołał się od tej decyzji. W tym stanie rzeczy twierdzenie Sądu I instancji, że „podstawą cofnięcia koncesji nie mogą być ustalenia dokonane w dacie wydania zaskarżonej decyzji, że umowa o udostępnianie mocy przesyłowych, której stroną był powód została rozwiązana”, prowadziłyby do sytuacji, w której Prezes URE nie mógłby w ogóle dokonać oceny stanu faktycznego i w konsekwencji wydać stosownej decyzji.

Sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego jest stwierdzenie Sądu Okręgowego, że powód w toku postępowania administracyjnego w sposób jednoznaczny wykazywał, iż nie zrezygnował z prowadzenia działalności koncesjonowanej i podejmuje czynności zmierzające do kontynuowania tej działalności. Samo wskazanie przez powoda w piśmie z dnia 16.10.2013 r., że podejmuje działania, które mają na celu powrót do działalności koncesjonowanej poprzez zawarcie umowy dzierżawy gruntu zlokalizowanego w M. k/O. na cele związane z eksploatacją elektrociepłowni zasilanej gazem o mocy 1 MWe oraz działania zmierzające do podpisania umowy przyłączeniowej do sieci gazowej w miejscowości M. k/M., nie stanowi wystarczających okoliczności, które w obiektywny sposób potwierdziłyby twierdzenia powoda, iż nie zaprzestał on prowadzenia w sposób trwały działalności koncesjonowanej. Te okoliczności w żaden sposób nie mogą prowadzić do wniosku, że przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wznowienia działalności koncesjonowanej, bowiem czynności podjęte w celu dzierżawy gruntu nie są bezpośrednio związane z działalnością koncesjonowaną. Ta umowa dotyczy dzierżawy źródła wytwarzającego energię elektryczną i ciepło w kogeneracji, a więc rodzaju działalności, na który należy uzyskać odrębną koncesję. Natomiast podpisanie umowy na przyłączenie do sieci gazowej w miejscowości M. pozostaje poza przedmiotowym zakresem udzielonej koncesji (tylko miasto i gmina O.), a więc i zakresem działalności koncesjonowanej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego była zasadna w całości, aczkolwiek nie ze wszystkimi zarzutami w niej podniesionymi można było się zgodzić.

Niezasadny był zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem w tym przedmiocie zarzut tego rodzaju może być usprawiedliwiony tylko w wyjątkowych okolicznościach, a mianowicie, gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu całkowicie uniemożliwia dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania orzeczenia lub w przypadku zastosowania prawa materialnego – do niedostatecznie jasno ustalonego stanu faktycznego. Innymi słowy, chodzi o sytuacje, w których uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie ma wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki w zakresie podstawy prawnej lub faktycznej, że uniemożliwiają one kontrolę instancyjną. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek braki, jak np. niepowołanie kogoś z

dowodów czy przepisów prawa, na których Sąd I instancji wydał orzeczenie, jeżeli został przedstawiony jasny wywód prawny i dokonana subsumpcja, a podstawa prawna orzeczenia nie budzi żadnych wątpliwości, nawet gdy strona się z nią nie zgadza.

W niniejszej sprawie uzasadnienie Sądu Okręgowego takich braków nie zawierało – wręcz przeciwnie, uzasadnienie to zawierało wszelkie ustawowe elementy, niektóre ujęte w sposób bardziej szczegółowy niż inne, co jednak nie stanowi podstawy zarzutu opartego na powołanym przepisie, zaś okoliczność, że pozwany nie zgadzał się z wywodami w nim przedstawionymi, nie uzasadniała w żaden sposób naruszenia tego przepisu przez Sąd I instancji.

Natomiast zgodzić należało się z materialnymi i procesowymi zarzutami zawartymi w apelacji dotyczącymi oceny materiału dowodowego w kontekście ustalonego stanu faktycznego i oceny prawnej zaistniałych zdarzeń.

Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena wiarygodności i mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów. Dotyczy ona rozstrzygnięcia o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania składu orzekającego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi dowodami przeprowadzonymi w sprawie. Zarzut w tym przedmiocie, a więc sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, może być skuteczny w sytuacji, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Przytoczenie w apelacji odmiennej, własnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, na który powołuje się apelujący, nie może być uznane za skuteczne, przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania, że ocena dokonana przez sąd przekracza granicę swobodnej oceny dowodów, którą wyznaczają czynniki logiczny i ustawowy, zasady doświadczenia życiowego, aktualny stan wiedzy, stan świadomości prawnej i dominujące poglądy na sądowe stosowanie prawa. Jeżeli więc wnioski wyprowadzone przez sąd orzekający z zebranego materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena tego sądu nie narusza przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i musi się ostać, choćby dawały się z niego wysnuć także wnioski odmienne. Innymi słowy, jedynie w sytuacji, gdy brak jest logiki w powiązaniu wniosków z zebranymi w sprawie dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Przenosząc powyższe na realia niniejszej sprawy trzeba wskazać, że nie sposób zgodzić się z ustaleniami poczynionymi przez Sąd Okręgowy, które miały wpływ na prawną ocenę zachowania się spółki (...). Co prawda Sąd Okręgowy przywołał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dowody zebrane w sprawie, chociaż nie wszystkie, to nie wyciągnął z nich właściwych wniosków natury faktycznej i prawnej.

Spór w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia, czy powodowa spółka w sposób trwały zaprzestała prowadzenia działalności, na którą koncesję uzyskała w dniu 13.04.2005 r. Działalność koncesjonowana obejmowała przesyłanie i dystrybucję paliw gazowych w okresie 15.04.2005 r. – 15.04.2015 r. na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na obszarze miasta i gminy O., co jednoznacznie wynikało z punktu 1 decyzji Prezesa URE (k. 47). Koncesjonowanie wprowadza się w przypadku działalności, które mają szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny. Sama koncesja jest publicznoprawnym zezwoleniem na prowadzenie określonego rodzaju działalności, co do której państwo uznało, że nie powinna być prowadzona na zasadach swobody działalności gospodarczej. Jeżeli przedsiębiorca uzyskał koncesję, ma obowiązek prowadzić działalność koncesjonowaną. W punkcie 2.1.3 decyzji z dnia 13.04.2015 r. wskazano, że „koncesjonariusz jest zobowiązany do przesyłania i dystrybucji paliw gazowych w ilości wynikającej z zawartych przez niego umów sprzedaży paliw gazowych oraz umów o świadczenie usług przesyłowych na zasadach określonych w art. 4 pr. energ.”.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 pkt 1 pr. energ. Prezes URE cofa koncesję w przypadkach określonych w art. 58 ust. 1 u.s.d.g. Jednym z przypadków przewidzianych w punkcie 2 tego ostatniego przepisu jest „trwałe zaprzestanie przez przedsiębiorcę wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją”. Jest to przesłanka dla obligatoryjnego

cofnięcia koncesji, co powoduje, że koncesjonariusz zostaje pozbawiony prawa do wykonywania działalności objętej koncesją. Sąd Okręgowy powołał się tu na pogląd wyrażony w doktrynie, że „zdarzeniem takim powinna być likwidacja przedsiębiorcy będącego koncesjonariuszem, a także złożenie przez przedsiębiorcę informacji o zaprzestaniu działalności lub wniosku o cofnięcie koncesji”. Faktycznie taki pogląd wyraził np. J. Sommer (zob. J. Sommer w: J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeńcz, Prawo działalności gospodarczej. Komentarz, Warszawa 2000, s. 114). Jednak Sąd Okręgowy zauważył również, że musi zostać wykazane, że z przyczyn obiektywnych, bądź w związku z decyzjami podjętymi przez przedsiębiorcę wykluczona jest możliwość prowadzenia działalności koncesjonowanej w przyszłości, np. w przypadku stwierdzenia, że wystąpiła niedająca się usunąć przeszkoda dla dalszego prowadzenia działalności koncesjonowanej lub koncesjonariusz zrezygnował z tej działalności i nie zamierza jej w przyszłości podejmować. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że ta ostatnia przesłanka musi wynikać z jasnego oświadczenia przedsiębiorcy, gdyż dla stwierdzenia, że przedsiębiorca trwale zaprzestał prowadzenia działalności koncesjonowanej wcale nie jest potrzebne jego oświadczenie w tym przedmiocie. Istotne jest obiektywne ustalenie na podstawie okoliczności faktycznych, że przedsiębiorca definitywnie zakończył wykonywanie działalności w danej dziedzinie, a więc nie tylko gdy złożył oświadczenie o zaprzestaniu wykonywania działalności koncesjonowanej, ale np. zbył urządzenia wytwórcze, w kolejnych latach nie podejmował żadnych działań nakierowanych na jej wykonywanie itp. (zob. K. Kohutek, Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia, PUG 2005, nr 5, s. 2). Nie chodzi więc o to, aby doszło do likwidacji przedsiębiorcy, jego upadłości, wykreślenia z Krajowego Rejestru Sądowego, czyli aby przedsiębiorca utracił byt prawny lub ekonomiczny. Nie chodzi również o to, aby przedsiębiorca przyznał wprost, że zaprzestał prowadzenia działalności koncesjonowanej, gdyż wystarczyłoby zaprzeczenie przez niego tej okoliczności, aby nie można było cofnąć koncesji w oparciu o tę przesłankę, nawet gdyby przedsiębiorca przez lata nie podejmował żadnych czynności, które świadczyłyby, że wykonuje działalność koncesjonowaną, chociażby w ograniczonym zakresie. W literaturze podkreśla się, że konieczność cofnięcia koncesji w przypadkach określonych w art. 58 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g. należy uzasadniać brakiem podjęcia lub kontynuacji wykonywania działalności, która jest potrzebna ze względów gospodarczych lub społecznych, przy jednoczesnej niemożliwości udzielenia takiej samej koncesji innemu podmiotowi (zob. W. J. Katner, Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo, Warszawa 2003, s. 113). Z brzmienia art. 58 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g. wynika również, że nie jest potrzebne uprzednie wezwanie przedsiębiorcy przez organ koncesyjny do podjęcia na nowo trwale zaprzestanej działalności, co jest konieczne tylko w przypadku niepodjęcia przez przedsiębiorcę działalności objętej koncesją.

Mając na uwadze powyższe wywody, nie sposób zgodzić się z ustaleniami Sądu Okręgowego (stosunkowo lakonicznymi), że spółka (...) nie zaprzestała trwale prowadzić działalności koncesjonowanej, czyli dystrybucji paliw, bo tego dotyczyła zaskarżona decyzja. Już w piśmie z dnia 25.02.2013 r. (k. 5-5v akt adm.) powód wskazał, że:

- prowadził działalność związaną z przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych do Grupy (...) i (...) do dnia 30.04.2012 r.; od dnia 1.05.2012 r., z uwagi na wypowiedzenie przez (...) S.A., właściciela gazociągu, umowy o udostępnienie mocy przesyłowych, przedsiębiorca na mocy umowy zawartej z (...) sp. z o.o., tj. nowym dzierżawcą mocy przesyłowych gazociągu, wykonuje do czasu otrzymania przez spółkę (...) koncesji, jedynie czynności operatorskie;
- nie zaprzestał trwale prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie przesyłania i dystrybucji paliw gazowych na terenie miasta i gminy O., podjął działania mające na celu budowę skojarzonego źródła energii elektrycznej i ciepłej 1 MW z wykorzystaniem gazu ziemnego na terenie należącym do grupy (...) (umowa dzierżawy) oraz stacji załadunkowej (...), a także rozpoczął realizację inwestycji pn. Budowa gazociągów na wschodzie (...) i skojarzonych źródeł energii wraz z wytwórniami biometanu, wymagających koncesji;
- po otrzymaniu ostatecznych parametrów dotyczących ww. inwestycji i uzyskaniu wymaganych zezwoleń i pozwoleń na ich realizację, wystąpi do URE o zatwierdzenie stosownej taryfy;
- nie zamierza zaprzestawać prowadzenia działalności w zakresie przesyłania i dystrybucji paliw gazowych.

Podobnie w piśmie z dnia 16.10.2013 r. (k. 20v-21 akt adm.) powód wskazał, że:

- od dnia 1.05.2012 r., z uwagi na wypowiedzenie przez (...) S.A., właściciela gazociągu, umowy o udostępnienie mocy przesyłowych, przedsiębiorca na mocy umowy zawartej z (...) sp. z o.o., tj. nowym dzierżawcą mocy przesyłowych gazociągu, wykonuje do czasu otrzymania przez spółkę (...) koncesji, jedynie czynności operatorskie;

- obecnie nie prowadzi działalności dystrybucji paliw gazowych;

- umowa dzierżawy nieruchomości zlokalizowanej w M. jest obowiązująca; po przeanalizowaniu danych otrzymanych od (...) dotyczących zapotrzebowania na energię ciepłą przedsiębiorca zmienił założenia dotyczące planowanej mocy elektrociepłowni zasilanej gazem na moc 1 MWe, obecnie jest na etapie przygotowywania propozycji wstępnych umowy na dostawy energii elektrycznej i ciepłej, termin zakończenia inwestycji to IV kwartał 2014 r.;

- w związku z brakiem dotacji unijnej na realizację inwestycji został zmuszony do realizacji zadania w oparciu o finansowanie własne oraz inwestorów branżowych, na dzień pisma oczekuje na podpisanie umowy przyłączeniowej do sieci gazowej w miejscowości M. k. M.. (...), obecnie oczekuje na otrzymanie umowy z naniesionymi zmianami, realizacja inwestycji pn. Budowa gazociągów na wschodzie (...) i skojarzonych źródeł energii wraz z wytwórniami biometanu zostanie zrealizowana z opóźnieniem.

Na to ostatnie pismo powołał się w piśmie z dnia 8.11.2013 r. (k. 17-17v akt adm.) podnosząc, że wskazane w nim działania mają na celu powrót do działalności koncesjonowanej, a nadto dodał, że wynegocjował ze spółką (...) Oddział w G. ostateczny termin przyłącza do dnia 31.12.2013 r.

Sąd Okręgowy uznał, że podejmowanie tych działań świadczyło o tym, że powód nie zaprzestał trwale prowadzenia działalności koncesjonowanej, a warunki mogą się zmienić i nadal tę działalność będzie prowadzić. Zresztą w odwołaniu wniesionym w styczniu 2014 r. powód napisał, że „było to chwilowe zawieszenie działalności w zakresie dystrybucji paliwami gazowymi”, chociaż stwierdzenia zawarte w powołanych pismach były sprzeczne same ze sobą. Z jednej strony koncesjonariusz mówił o woli kontynuowania działalności koncesjonowanej, z drugiej zaś strony – po utracie możliwości jej prowadzenia nie podjął żadnych czynności zmierzających do jej wznowienia, a jak przyznał, nie prowadzi działalności w zakresie dystrybucji paliw. Umknęło bowiem Sądowi Okręgowemu, że koncesja dotyczyła przesyłania i dystrybucji paliw gazowych na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na obszarze miasta i gminy O.. Tymczasem dokumenty złożone przez powoda dotyczące M. i gazociągu na (...) nie odnosiły się w ogóle do tej sprawy, jako że dotyczyły budowy gazociągów i zawarcia umowy poza obszarem objętym koncesją. Natomiast umowa dzierżawy gruntu 0,5 ha w M. z zamiarem posadowienia na nim elektrociepłowni zasilanej paliwem gazowym dotyczyła źródła wytwarzającego energię elektryczną i ciepło w kogeneracji, a więc rodzaju działalności, na który należy uzyskać odrębną koncesję, gdyż jest to inny rodzaj działalności koncesjonowanej, z całą pewnością nie dotyczący „przesyłania i dystrybucji paliw gazowych”. Nie chodziło bowiem o przesyłanie i dystrybucję tych paliw na potrzeby mieszkańców miasta i gminy O., ale o zasilenie elektrociepłowni, która miała wytwarzać energię ciepłą, która miała być następnie – jak można rozumieć – dystrybuowana do odbiorców, chociaż nie zostało to wprost wyrażone przez powoda. Poza tym ta umowa została zawarta w lutym 2011 r., a z akt sprawy i odwołania nie wynikało, aby jej zawarcie skutkowało podjęciem lub kontynuacją działalności w zakresie dystrybucji paliw gazowych, chociaż między zawarciem umowy a datą odwołania minęły aż 3 lata.

Powód podnosił również, że startuje w różnych konkursach, a jego projekty są wysoko oceniane. Faktycznie z dokumentów załączonych do odwołania taka okoliczność wynikała, z tym, że chodziło o wstępny etap przyjęcia wniosków. Po pierwsze, jeżeli chodzi o ocenę II stopnia, a więc ocenę merytoryczną, żaden z projektów powoda nie znalazł się na liście projektów rekomendowanych, o czym świadczyły dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie. Po drugie, chodziło o wnioski, które zostały złożone nawet kilka lat przed odwołaniem, ostatnie dotyczyły 2010 r. Powód w żaden sposób nie wykazał, jak tego rodzaju dokumenty, niezależnie od ich merytorycznej wartości, miałyby wpłynąć na ocenę działalności w 2012 r., czy w 2013 r. Po trzecie, powstaje pytanie, czy składanie przez koncesjonariusza wniosków, które są prawidłowe tylko pod względem formalnym, ale nie uzyskują rekomendacji merytorycznej, świadczy o prowadzeniu koncesjonowanej działalności gospodarczej w sytuacji, gdy przedsiębiorca takiej działalności faktycznie nie prowadzi, a składa jedynie wnioski o dofinansowanie. Jeżeli nie chodzi o wnioski

składane dla pozor, czyli tylko po to, aby organ koncesyjny nie cofnął koncesji, to można byłoby uznać, że nie doszło do trwałego zaprzestania działalności koncesjonowanej. Ocena powinna być dokonywana oczywiście in casu, przy czym ciężar dowodu spoczywał na pozwanym, gdyż to on jest zobowiązany wykazać fakt trwałego zaprzestania działalności koncesjonowanej przez koncesjonariusza (art. 6 k.c.). Ponieważ chodziło o wnioski z lat 2009-2010, zaś zaprzestanie działalności koncesjonowanej nastąpiło w maju 2012 r., co też zostało ustalone w zaskarżonej decyzji, dokumenty te nie mogły stanowić podstawy do uznania, że powód nie zaprzestał trwale wykonywania działalności koncesjonowanej.

Sąd Okręgowy nie zwrócił również uwagi, że w dniu 4.12.2012 r. Prezes URE wydał decyzję o umorzeniu postępowania w sprawie (...) o zatwierdzenie IV taryfy dla paliw gazowych (k. 13-15v akt adm.). Podstawą tej decyzji był fakt utraty przez tę spółkę możliwości przesyłu paliw gazowych we własnym imieniu i na własną rzecz do dotychczasowych odbiorców. Bezsporne było (art. 230 k.p.c.), że decyzja ta nie została zaskarżona przez powoda, chociaż stwierdzono w niej wprost, że zaprzestał on wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi. Ta okoliczność powala przyjąć, że spółka była świadoma, że zaprzestała prowadzenia działalności koncesjonowanej i taki był jej cel.

Do takiego wniosku prowadzi również okoliczność, że zaprzestanie działalności koncesjonowanej nastąpiło w maju 2012 r., odwołanie zostało wydane w styczniu 2014 r., zaś wyrok Sądu Okręgowego zapadł w lutym 2015 r., a więc nieco ponad 2 miesiące przed upływem okresu obowiązywania koncesji. Zatem minęły niemal 3 lata, w czasie których nie zaistniały zdarzenia, które mogłyby potwierdzić wywód Sądu Okręgowego. W szczególności powód nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, aby wznowił dystrybuowanie paliw dla mieszkańców miasta i gminy O., a nawet, aby podjął jakiegokolwiek czynności w tym przedmiocie. Nie uczynił tego również w postępowaniu apelacyjnym. Zatem w ciągu kilku lat spółka nie przedstawiła żadnego dowodu, który by świadczył, że faktycznie chodziło „jedynie” o zawieszenie działalności koncesjonowanej, a nie o zaprzestanie jej prowadzenia i to o charakterze trwałym. Oczywistym jest, że gdyby takie czynności zostały podjęte, powód przedstawiłby stosowne dowody. Ich brak przez tak długi okres czasu pozwala na wniosek, że zaszła przesłanka, o której jest mowa, jako że spółka (...) przez kilka lat nie miała technicznych możliwości do świadczenia działalności koncesjonowanej na terenie miasta i gminy O., gdyż nie dysponowała siecią dystrybucyjną gwarantującej wykonywanie działalności w zakresie dystrybucji paliw gazowych. Ta okoliczność i brak zmian w tym zakresie, jak i brak czynności zmierzających do tych zmian, świadczyły, że powód nie miał żadnej możliwości wykonywania działalności koncesjonowanej i nie zabiegał o zmianę tego stanu rzeczy. Pamiętać trzeba, że są bierze pod uwagę stan na datę zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.). Oparcie się w takiej sytuacji przez Sąd Okręgowy w zasadzie jedynie na głośłownych oświadczeniach powoda, że doszło do zawieszenia działalności koncesjonowanej, naruszało wytyczne określone w art. 233 § 1 k.p.c., a to skutkowało naruszeniem art. 58 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g.

Reasumując, w świetle całokształtu materiału dowodowego nie mogło budzić wątpliwości, że powodowa spółka trwale zaprzestała prowadzenia działalności koncesjonowanej. W związku z tym zaskarżony wyrok nie mógł się ostać i podlegał zmianie, jako że odwołanie było w całości niezasadne. Zmiana tego orzeczenia co do zasady skutkowałą również koniecznością zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu za pierwszą instancję, zgodnie z zasadą określoną w art. 98 w zw. z § 14 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.).

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., należało orzec jak w punkcie I sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 w zw. z art. 108 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 3 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. Jednocześnie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 623) obciążono powoda, jako przegrywającego sprawę w całości, brakującymi kosztami w sprawie, tj. opłatą od apelacji, od uiszczenia której pozwany był zwolniony z mocy prawa.