

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 11 grudnia 2012 r.*

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

*Przewodniczący - Sędzia SA – Małgorzata Kuracka*

*Sędzia SA – Aldona Wapińska*

*Sędzia SA – Ewa Klimowicz-Przygódzka (spr.)*

*Protokolant: – sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska*

*po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2012 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. w R. Oddział w L. (dawniej (...) SA w L.)*

*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 grudnia 2011 r., sygn. akt XVII AmE 96/10*

**I. prostuje sygnaturę akt sprawy zawartą w komparycji zaskarżonego orzeczenia w ten sposób, iż w miejsce „XVII AmE 76/10” wpisuje „XVII AmE 96/10”**

**II. zmienia zaskarżony wyrok nadając mu następującą treść:**

**1. zmienia częściowo zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (...) z dnia 31 grudnia 2009 r. w pkt. drugim, w ten sposób, że wskazaną w nim karę pieniężną w wysokości 2 600 000 zł ( dwa miliony sześćset tysięcy złotych) obniża do kwoty 13 260,56 zł ( trzynaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt złotych i pięćdziesiąt sześć groszy), stanowiącą 0,0019635% przychodu z działalności koncesjonowanej,**

**2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**

**3. zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz powoda (...) S.A. w R. Oddział w L. kwotę 230 zł ( dwieście trzydzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,**

**III. oddala apelację w pozostałym zakresie,**

**IV. zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz powoda (...) S.A. w R. Oddział w L. kwotę 185 zł ( sto osiemdziesiąt pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Decyzją administracyjną z dnia 31 XII 2009 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki ( dalej Prezes URE) uznał, iż (...) SA w L. nie wywiązały się w roku 2007 z określonego w art. 9a ust. 1 ustawy - Prawo energetyczne ( Dz.U. 2006.89.625 ze zm.) obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia organowi regulacyjnemu świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej w odnawianych źródłach energii ani nie uiszcili w zamian opłaty zastępczej, w związku z czym za powyższe działanie wymierzył przedsiębiorstwu energetycznemu karę pieniężną w kwocie 2 600 000 zł.

Z ustaleń poczynionych przez Prezesa URE wynikało, że (...) SA w L. w roku 2007 dokonały sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych 3 463 540,833 MWh energii elektrycznej podlegającej obowiązkowi określonego w art. 9a ust. 1 ustawy - Prawo energetyczne, w tym 156 750,000 MWh energii elektrycznej w ramach transakcji „na wymianę” za energię elektryczną wytworzoną w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła przez Zakłady (...) S.A. , którą to zakupioną energię konwencjonalną Zakłady te zużyły na potrzeby własne . W związku z powyższym (...) Zakłady (...) obowiązane były do uzyskania i przestawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia energii elektrycznej, lub uiszczenia opłaty zastępczej na łączną ilość 176 640,582 MWh energii elektrycznej. Spółkę przedstawiła natomiast organowi regulacyjnemu do umorzenia świadectwa pochodzenia energii elektrycznej odpowiadające ilości 168 604,251 MWh energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii. Nie wypełniła tym samym w całości obowiązku określonego w art. 9a ust. 1 prawa energetycznego , ponieważ nie uzyskała i nie przedstawiła Prezesowi URE do umorzenia świadectw pochodzenia energii elektrycznej na łączną ilość 8 036,331 MWh, w tym 7 994,250 MWh wynikających z transakcji „na wymianę” zawartej z Zakładami (...) S.A. i 42,081 MWh wynikające z pozostałej sprzedaży energii elektrycznej do odbiorców końcowych. Spółka nie uiszcila również opłaty zastępczej w przewidzianym do tego terminie, za brakującą ilość energii elektrycznej odnawialnej na konto Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

Ustosunkowując się do głównego zarzutu (...) Zakładów (...) , iż do energii elektrycznej sprzedanej przez te Zakłady w roku 2007 odbiorcom końcowym nie powinna być wliczana energia sprzedana Zakładom (...) S.A. , gdyż sprzedaż ta nastąpiła na podstawie umowy zawartej ze spółką obrotu ( a zatem nie na rzecz odbiorcy końcowego) , w ramach transakcji „na wymianę” za zakupioną energię elektryczną wytworzoną w skojarzeniu z ciepłem i nie wiązała się z faktycznym przekazaniem energii, organ regulacyjny podnosił, iż ze stanowiska pisemnego Zakładów (...) wynika, że nie zobowiązywały się one do dalszej odsprzedaży zakupionej od (...) Zakładów (...) energii konwencjonalnej oraz , że to ostatnie wymienione przedsiębiorstwo energetyczne nie zwracało się do nich z prośbą o potwierdzenie informacji o dalszej odsprzedaży zakupionej energii. Po drugie organ regulacyjny podnosił, iż zawarta przez (...) Zakłady (...) i Zakłady (...) S.A. umowa nie była typową umową zawieraną pomiędzy przedsiębiorstwami obrotu. Była to ukształtowana przez praktykę w ramach zasady swobody umów umowa „ na wymianę” w ramach której przedsiębiorstwa dokonują zakupu jednego rodzaju energii ( ze skojarzenia, energii odnawialnej) i jednocześnie sprzedają taką samą ilość energii konwencjonalnej wytwórcy, jednak nie przesyłają jej przez sieć. Zakłady (...) zużyły na potrzeby własne zakupioną od Zakładów (...) energię konwencjonalną . Podkreślał, iż Zakłady w P. prowadzą także inną niż obrót energią działalność gospodarczą w ramach której z reguły używają wyprodukowaną przez siebie energię skojarzoną, sprzedaną w/w zakładowi energetycznemu. Tym samym zawarta pomiędzy tymi podmiotami umowa „na wymianę” posiadała zarówno cechy umowy zawieranej z przedsiębiorstwem obrotu jak i z odbiorcą końcowym oraz wytwórcą energii wytwarzanej w skojarzeniu. W takiej zaś sytuacji (...) Zakłady (...) jako profesjonalnie działający na rynku energetycznym przedsiębiorca powinien był dokładnie określić w umowie wszystkie prawa i obowiązki jej stron. Nieprecyzyjnie skonstruowana umowa nie odzwierciedlająca wszystkich elementów rzeczywistego stanu faktycznego oraz praw i obowiązków stron nie może obecnie stanowić podstawy do zwolnienia zakładu energetycznego z ciążącego na nim z mocy ustawy obowiązku. Organ regulacyjny ponadto uznał, iż (...) Zakłady (...) nie dochowały należytej staranności i wbrew ciążącemu na nich obowiązkowi publicznoprawnemu nie ustaliły czy sprzedana przez nich energia zostanie użyta na potrzeby własne kupującego czy też odsprzedana dalszym odbiorcom.

Prezes URE powoływał się ponadto na orzecznictwo sądu antymonopolowego ( wyrok z 26 VI 2009 r. XVII AmE 154/08 ), z którego wynikało, że sprzedaż energii elektrycznej dokonana w formie „na zamianę” jest skuteczna także gdy energia nie została przesłana odbiorcy. Taka transakcja prowadzi do zwiększenia ogólnej ilości energii elektrycznej stanowiącej podstawę do określenia zakresu obowiązku z art. 9a ust 1 prawa energetycznego.

W oparciu o art. 56 ust 1 pkt 1a prawa energetycznego Prezes URE za niedopełnienie obowiązku wynikającego z art. 9a ust 1 tej ustawy nałożył na (...) S.A. w L. karę pieniężną w wysokości 2 600 000 zł, odpowiadającej 0,384% przychodu osiągniętego przez ten podmiot w roku 2008 z działalności koncesjonowanej. Uzasadniając wysokość kary podnosił, iż zgodnie z art. 56 ust. 2a pkt 1 prawa energetycznego, minimalna wysokość kary pieniężnej obliczona jako iloczyn nieuiszczonej przez przedsiębiorstwo energetyczne opłaty zastępczej i współczynnika 1,3 mogła wynosić 2 532 408,62 zł. Jej górną granicę wyznaczał zaś przepis art. 56 ust. 3 w/w ustawy, zgodnie z którym wysokość kary pieniężnej nie może przekroczyć 15 % przychodu ukaranego podmiotu gospodarczego, wynikającego z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym.

Ponadto w oparciu o postanowienia art. 56 ust. 6 prawa energetycznego ustalając wysokość wymierzonej w/w zakładowi energetycznemu kary pieniężnej Prezes URE miał na uwadze stopień szkodliwości czynu, stopień zawinienia oraz dotychczasowe zachowanie tego podmiotu i jego możliwości finansowe.

Podnosił, iż spółka nie wypełniła ciążącego na niej obowiązku przede wszystkim w wyniku błędnego przyjęcia, że konwencjonalna energia elektryczna sprzedana Zakładom (...) S.A. w ramach transakcji na „wymianę”, które zużyły ją na potrzeby własne, nie podlega obowiązkowi określonymu w art. 9a ust. 1 ustawy - prawo energetyczne. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 355 § 2 k.c. nie dołożyła należytej staranności w zakresie prowadzonej profesjonalnej, koncesjonowanej działalności gospodarczej. Pozwoliło to uznać, że stopień zawinienia ze strony ukaranego był znaczny.

Ustalając sytuację finansową (...) Zakładów (...) organ regulacyjny miał na uwadze, że ich przychód z działalności koncesjonowanej, polegającej na obrocie energią elektryczną za rok 2008 wyniósł 675 581181,71 zł. Wysokość kary pieniężnej stanowiącą zatem 0,384 % tego przychodu ocenił jako właściwą.

Za przyjętym w decyzji wymiarem kary przemawiał także zdaniem Prezesa URE fakt dotychczasowej karalności Zakładów przez organ regulacyjny za niewypełnienie obowiązku zakupu energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł niekonwencjonalnych i odnawialnych.

W odwołaniu od powyższej decyzji (...) S.A. w L. podniosły zarzut naruszenia art. 9a ust. 1 oraz art. 56 ust. 1a i ust. 6 prawa energetycznego, naruszenia art. 535 i art. 155 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, iż w efekcie zawarcie umowy sprzedaży energii elektrycznej „na wymianę” dochodzi do wywołania skutku w postaci przejścia prawa własności do przedmiotowej energii, a także art. 7, 8 i 9 Kpa. .

Powód reprezentował stanowisko, że do ilości sprzedanej przez niego odbiorcom końcowym energii konwencjonalnej, stanowiącej podstawę do ustalenia zakresu obowiązku wynikającego z art. 9a ust 1 prawa energetycznego nie można tak jak uczynił to organ regulacyjny zaliczać energii objętej umową „na wymianę”, zawartej z Zakładami (...), ponieważ na podstawie tej transakcji nie doszło do rzeczywistego obrotu energią tylko do obrotu prawami do energii bez fizycznego pozyskania dodatkowej ilości energii przez którąkolwiek ze stron. Tym samym też nie doszło do pojawienia się na rynku dodatkowej ilości energii, która by zmniejszyła udział w tym rynku energii odnawialnej. Nie zaistniały wobec tego przesłanki jakie przyświecały ustawodawcy przy wprowadzaniu do prawa energetycznego obowiązku z art. 9a ust 1 ustawy.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska powód powoływał się na orzeczenie Sądu Najwyższego z 19 IX 2002 r. V CKN 1183/2000 zgodnie z którym do przeniesienia własności energii elektrycznej dochodzi z chwilą przeniesienia na nabywcę jej posiadania, które z kolei może nastąpić w każdy ze sposobów przewidzianych w art. 348-351 k.c. Wywodził, że bez fizycznego przekazania energii tj. bez jej realnej dostawy umowa sprzedaży nie wywiera skutku

w postaci przeniesienia prawa własności energii , co oznacza prawną i faktyczną niemożność dysponowania nią . Jeżeli zaś energią nie można dysponować to nie można tym samym jej zużyć. Wobec z kolei braku zużycia zakupionej energii nie doszło do zwiększenia w skali kraju puli zużytej energii , do której poziomu porównuje się stopień wykorzystania energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych lub z kogeneracji. Konkludując powód stwierdził, że wobec powyższego kwestia zakupu energii „na wymianę” jest bez znaczenia dla oceny wypełnienia obowiązku zakupu energii z odnawialnych źródeł energii.

Powód wskazywał także, iż organ regulacyjny bezpodstawnie zaliczył zawartą przez niego z Zakładami (...) umowę jako umowę sprzedaży energii na rzecz odbiorców końcowych. Sprzedaż została dokonana na rzecz przedsiębiorstwa posiadającego status przedsiębiorstwa energetycznego z uprawnieniami do prowadzenia działalności w zakresie obrotu - energią elektryczną, w związku z czym energia będąca jej przedmiotem nie może być traktowana jako z założenia przeznaczona dla końcowego wykorzystania przez kupującego. O przypisanym przez organ regulacyjny charakterze umowy nie może także decydować faktyczne wykorzystanie zakupionego towaru przez nabywcę . Sprzedawca nie ma bowiem podstaw ani możliwości wpływania na to, w jaki sposób odbiorca będący przedsiębiorstwem energetycznym postąpi z zakupioną energią. Przedmiotowa umowa zawarta została pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi , a nie pomiędzy dostawcą energii a odbiorcą końcowym, o czym świadczy szczegółowa analiza jej postanowień. Przedsiębiorstwa dokonały hurtowego obrotu prawami do energii, a nie samą energią.

Z tzw. ostrożności procesowej skarżący podważał wysokość nałożonej na niego kary pieniężnej. Podnosił, że poziom surowości kary powinien być uzależniony od subiektywnych przesłanek pozwalających na przypisanie przedsiębiorstwu winy. Te z kolei oceniać należy według reguł prawa karnego. Prezes URE poza tym błędnie oparł się na okoliczności uprzedniego wydawania wobec powoda analogicznych decyzji, gdyż nie skończyły się jeszcze postępowania dotyczące tych decyzji , które potwierdziłyby ich zasadność. Jako wadliwe ocenione zostało także wyliczenie kary na podstawie obrotu powoda za cały rok w sytuacji, gdy przedmiotem badania i decyzji był okres krótszy o połowę.

Tym samym powód wnosił o uchylenie zaskarżonej decyzji Prezesa URE.

Zaskarżonym wyrokiem SOKiK odwołanie (...) Zakładów (...) oddalił. U podstaw tego rozstrzygnięcia legły takie same ustalenia faktyczne jakie poczynił w swojej decyzji Prezes URE. Jeżeli chodzi zaś o ocenę prawną sporu, to sąd I instancji wywodził, że skoro powód dokonał sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych (...) energii elektrycznej, w tym 156 750 000 (...) S.A. zużytej na potrzeby własne, to stosownie do art. 9a ust. 1 prawa energetycznego obowiązany był do uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia albo do uiszczenia opłaty zastępczej na rzecz Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej co do 176 640,582 MWh. Obowiązku tego zaś nie wypełnił, co do 8036,331 MWh. Nie uwzględnione zostały tym samym przez sąd I instancji zawarte w odwołaniu zarzuty dotyczące charakteru prawnego i skutków umowy zawartej przez powoda z Zakładami (...) S.A. (...) podnosił, że w/w umowa zobowiązująca powoda do wydania określonej ilości energii energetycznej , a Zakłady (...) S.A. do jej odbioru , spełniała przesłanki z art. 155 § 2 k.c. i nie naruszała art. 535 k.c. Bezsprzeczne było także , iż w wyniku zawartej umowy, Zakłady (...) S.A. zużyły energię na potrzeby własne, a tym samym stały się odbiorcą końcowym dla powoda.

SOKiK nie podzielił także zarzutów odwołującego się dotyczących wymierzenia mu przez organ regulacyjny zbyt wysokiej kary pieniężnej. Zwracał uwagę, iż najniższa kara jaką mógł w niniejszym przypadku wymierzyć Prezes URE wynosiła 2 532 408,62 zł. oraz, że art. 56 ust. 1 prawa energetycznego nie uzależnia możliwości wymierzenia kary od zawinienia ukaranego przedsiębiorcy. Wymierzając karę organ regulacyjny wziął pod uwagę zarówno okoliczności łagodzące jak i obciążające przedsiębiorcę .

W zakresie zarzutów odnoszących się do naruszenia przepisów postępowania administracyjnego SOKiK stwierdził, że tego rodzaju naruszenie nie jest przedmiotem postępowania wywołanego odwołaniem od decyzji Prezesa URE złożonym do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji.

We wniesionej od powyższego orzeczenia apelacji powód podniósł następujące zarzuty:

-naruszenia art. 9a ust.1 , 56 ust 1 pkt 1 a i 6 prawa energetycznego poprzez ustalenie, iż nie wypełnił on w pierwszym półroczu 2007 r. w całości obowiązku o jakim mowa w pierwszym z przywołanych przepisów oraz poprzez nałożenie zbyt surowej kary,

- obraży art. 535 k.c. poprzez przyjęcie, że umowa sprzedaży energii może być skuteczna bez przeniesienia posiadania energii,

-naruszenia art. 3 pkt 13 a prawa energetycznego poprzez przyjęcie, że sprzedaż energii podmiotowi posiadającemu koncesję na wytwarzanie i obrót energią elektryczną , bez przekazania energii temu podmiotowi i bez jej odbioru może być zaliczana do wykonania sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym,

-poczynienia błędnych ustaleń faktycznych oraz dokonanie niewłaściwej oceny materiału dowodowego sprawy , w szczególności poprzez przyjęcie, iż sprzedaż na wymianę była sprzedażą dokonaną na rzecz odbiorcy końcowego.

Tym samym apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie w całości jego odwołania ewentualnie o uchylenie wyroku SOKiK i przekazanie sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelację powoda uznać należało za częściowo zasadną.

Przepis art. 9a ust 1 ustawy prawo energetyczne w brzmieniu obowiązującym w roku 2007 nakładał na przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się wytwarzaniem energii elektrycznej lub jej obrotem i sprzedające tę energię odbiorcom końcowym, przyłączonym do sieci na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązek uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectwa pochodzenia energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii lub uiszczenia stosownej opłaty zastępczej.

Przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 9a ust 9 tejże ustawy w postaci rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 19 XII 2005 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia, uiszczenia opłaty zastępczej oraz zakupu energii elektrycznej i ciepła wytworzonych w odnawialnych źródłach energii (Dz.U.2005.261.2187) stanowiły, że

Obowiązek uzyskania i przedstawienia Prezesowi URE do umorzenia świadectw pochodzenia albo uiszczenia opłaty zastępczej uznaje się za spełniony, jeżeli za dany rok udział ilościowy sumy energii elektrycznej wynikającej ze świadectw pochodzenia, które przedsiębiorstwo energetyczne przedstawiło do umorzenia, lub z uiszczonej przez przedsiębiorstwo energetyczne opłaty zastępczej, w wykonanej całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej przez to przedsiębiorstwo odbiorcom końcowym, wynosi nie mniej niż: ..pkt 3) - 5,1 % - w 2007 r. (§ 3) .

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, iż powstanie obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki świadectwa pochodzenia energii elektrycznej wytwarzanej w odnawialnych źródłach energii lub uiszczenia opłaty zastępczej jak i rozmiar powyższego obowiązku wiązał się nie tyle z faktem zawarcia przez określone w tych przepisach przedsiębiorstwa energetyczne umowy sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym, co z faktem dokonania ( wykonania) tej sprzedaży. Za powyższą interpretacją postanowień ustawy jak i wymienionego rozporządzenia przemawia nie tylko literalna wykładnia przywołanych przepisów ale i ich wykładnia celowościowa, na którą powoływał się apelujący, związana ściśle z polityką energetyczną państwa , której kierunki zostały określone w art. 13 i 14 prawa energetycznego. Celem tej polityki jest m.in. zapewnienie ochrony środowiska , poprzez rozwój wykorzystania odnawialnych źródeł energii , zwiększenie udziału tego rodzaju energii w rynku energetycznym co oczywiście może odbyć się tylko kosztem energii konwencjonalnej. Narzędziem służącym do osiągnięcia powyższych celów jest właśnie wskazany art. 9a ust 1 prawa energetycznego. Dlatego też jak słusznie podnosi apelujący jakakolwiek operacja na rynku energetyki, która nie wiąże się z pojawieniem dodatkowej puli

energii konwencjonalnej, zużywanej w kraju, nie powinna pociągać za sobą obowiązku określonego w powyższym artykule.

Bezspornym było w sprawie, iż powód zawarł z Zakładami (...) S.A. umowę sprzedaży energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła i zakupu energii elektrycznej konwencjonalnej. Umowa powyższa zobowiązywała powoda do sprzedaży energii elektrycznej konwencjonalnej według planowanego harmonogramu dostaw (§ 2 pkt 3.1. w zw. z § 4 oraz aneksem nr 2 k 133 i 140 akt adm.). Ponieważ umowa ta dotyczyła energii elektrycznej, tym samym miała jedynie charakter zobowiązujący, do wywołania skutku w postaci przeniesienia własności energii na odbiorcę zgodnie z art. 155§ 2 k.c. wymagane było przeniesienie posiadania. Jak wyraził to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 IX 2002 r. V CKN 1183/00 „Energia elektryczna jest swoistym przedmiotem obrotu, do którego, stosownie do treści art. 555 k.c., przepisy o sprzedaży rzeczy stosują się odpowiednio. Nie ulega wątpliwości, że energii nie sposób uznać, nawet przy stosowaniu tej zasady "odpowiedniości", za rzecz oznaczoną co do tożsamości. Dlatego też do przeniesienia jej własności będą miały odpowiednie zastosowanie przepisy o rzeczach oznaczonych gatunkowo (art. 155 § 2 k.c. w zw. z art. 535 k.c.). W tej zaś mierze decydujące znaczenie ma moment przeniesienia posiadania, które, jak to wyjaśniono w orzecznictwie, może nastąpić w każdy ze sposobów, przewidzianych w art. 348-351 k.c. (por. przykładowo wyrok z dnia 10 listopada 1999 r., sygn. akt I CKN 201/98, OSNC 2000/5/93, czy z dnia 13 kwietnia 2000 r., sygn. akt III CKN 859/99, niepubl.). Należy przy tym podkreślić, że ten moment przeniesienia posiadania może zostać określony przez strony w sposób wiążący w umowie. Dopiero bowiem przeniesienie posiadania skutkuje przeniesieniem prawa własności do sprzedawanej rzeczy oznaczonej gatunkowo (tu energii) .....

Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu stwierdził, iż umowa zawarta przez powoda z Zakładami (...) S.A. „spełnia przesłanki z art. 155 § 2 k.c.”, ponieważ zobowiązuje powoda do wydania określonej ilości energii elektrycznej a Zakłady (...) do jej odbioru, co uznać należało za nieporozumienie. Zobowiązanie sprzedawcy do wydania rzeczy nie oznaczonej co do tożsamości i zobowiązanie kupującego do jej odbioru nie rodzi bowiem skutku w postaci przejścia posiadania, a tym samym skutku rozporządzającego w postaci przejścia własności rzeczy na nabywcę. W uzasadnieniu postanowienia odmawiającego przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, wydanego w sprawie VI ACa 1141/09 (na który pozwany się powoływał k 47) Sąd Najwyższy uznał za przekonujące stanowisko skarżącego, że samo zawarcie umowy sprzedaży energii elektrycznej i określenie planowanego harmonogramu dostaw nie oznacza, że rzeczywiście doszło do przeniesienia posiadania energii (postanowienie z 9 II 2011 r. III SK 40/10).

W ocenie Sądu Apelacyjnego za okoliczność przyznaną w niniejszej sprawie przez pozwanego należało uznać, iż na podstawie umowy sprzedaży łączącej powoda z Zakładami (...) nie doszło w roku 2007 do faktycznego (fizycznego) przekazania kupującemu przez sprzedającego energii konwencjonalnej, co podnosiła strona powodowa od początku postępowania administracyjnego. Jak sam Prezes URE wyjaśniał, była to ukształtowana w ramach zasady swobody umów tzw. „umowa na wymianę”, określaną także jako umowa sprzedaży „ponad siecią” (k 5 v). W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie organ regulacyjny powoływał się na orzecznictwo SOKiK, z którego wynikało, iż tego rodzaju umowa jest skuteczna także w sytuacji gdy energia elektryczna nie została przesłana odbiorcy (k 43).

Przejście posiadania rzeczy może nastąpić oczywiście nie tylko poprzez fizyczne jej przekazanie, ale także w każdy ze sposobów określonych w art. 348-351 k.c. Problem niniejszego przypadku polega jednak na tym, iż również żaden z tych sposobów nie zaistniał w niniejszej sprawie. W szczególności zastosowania nie znajdował art. 348 k.c., który z fizycznym wydaniem rzeczy zrównuje wydanie dokumentów umożliwiających rozporządzanie nią. W wyroku z dnia 28 II 2003 r. V CKN 1701/00 Sąd Najwyższy wyjaśnił bowiem, że „Przepis art. 535 k.c. nie posługuje się pojęciem "przeniesienie posiadania", ale pojęciem "wydanie" rzeczy. Nie ulega wątpliwości, że odpowiada temu stan opisany w art. 348 k.c., który z fizycznym wydaniem rzeczy zrównuje wydanie dokumentów, umożliwiające rozporządzanie rzeczą. Przy wydaniu przedmiotu sprzedaży chodzi o umożliwienie kupującemu uzyskania bezpośredniego władztwa nad rzeczą, przy czym w wypadku rzeczy oznaczonych gatunkowo - muszą one być zindywidualizowane.”

Nie sposób jest przyjąć, aby energia konwencjonalna, która miała zostać sprzedana Zakładom (...) została w jakikolwiek sposób w umowie „na wymianę” zindywidualizowana (patrz na temat zindywidualizowania rzeczy

wyrok SN z 19 VIII 2009 r. III CSK 11/09). Nie określono w ogóle jakichkolwiek jej cech pozwalających na utratę przymiotu zastępowalności ( w szczególności zwrócić należy uwagę na § 4 pkt 3 umowy, mówiący jedynie o tym, że ilość sprzedawanej powodowi przez Zakłady (...) energii elektrycznej skojarzonej w danym okresie rozliczeniowym jest równa ilości kupowanej przez te Zakłady od powoda energii elektrycznej konwencjonalnej).

Tym samym należało uznać, iż Zakłady (...) nie uzyskały faktycznie od powoda zakupionej energii elektrycznej ani w żaden sposób nie objęły jej w swoje posiadanie. Niewątpliwie celem zawarcia przez w/w podmioty umowy wzajemnej sprzedaży energii różnego rodzaju było wykonanie obciążającego powoda z mocy ówczesnego art. 9a ust 8 prawa energetycznego obowiązku zakupu energii z kogeneracji. Okoliczność na którą powoływał się Prezes URE ( k 106), iż w praktyce i w orzecznictwie SOKiK zawarcie tego rodzaju umowy uznawane było za wypełnienie obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła , nie oznacza jednak, że umowa powyższa doprowadziła do faktycznego nabycia sprzedawanej energii konwencjonalnej czy też , że doszło do objęcia jej w posiadanie przez odbiorcę. Organ regulacyjny w żaden sposób nie ustosunkował się do argumentacji prawnej powoda dotyczącej przeniesienia posiadania energii i wynikających z niej skutków prawnych łączącej go z Zakładami (...) S.A. umowy.

Z dotychczasowych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że skoro kupujący od powoda energię konwencjonalną energii tej faktycznie nie uzyskał, nie objął jej też w posiadania, to logicznie rzecz ujmując nie mógł energii tej zużyć na własne potrzeby. Z uwagi na treść art. 155 § 2 w zw. z art. 535 i 555 k.c. nie doszło przede wszystkim do przeniesienia prawa własności tej energii . Odmienne w tym zakresie stanowiska Prezesa URE ( k 43) , SOKiK jak i Zakładów (...) S.A. ( k 194 akt adm.) opierały się na błędnym założeniu, że umowa na tzw. „wymianę” ( sprzedaży ponad siecią) doprowadziła także do skutku rozporządzającego w postaci przeniesienia posiadania i w konsekwencji prawa własności określonego wolumenu energii elektrycznej na kupującego , co jak wykazano powyżej było stanowiskiem błędnym.

Skoro tym samym odbiorca energii nie mógł zużyć na własne potrzeby zakupionej energii , gdyż jej nie posiadał , to nie był odbiorcą końcowym. Ilość energii elektrycznej objętej umową „ na wymianę” z dnia 22 VIII 2005 nie powinna tym samym być wliczana do ustalenia „wykonanej całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej przez to przedsiębiorstwo odbiorcom końcowym” o jakiej mowa jest w art. 3 w/w rozporządzenia Ministra Gospodarki z 19 XII 2005 r., stanowiącej podstawę obliczenia sumy energii elektrycznej mającej wynikać z przedstawionych Prezesowi URE do umorzenia świadectw pochodzenia lub opłaty zastępczej.

Powyższe oznacza, iż wbrew ustaleniom faktycznym organu regulacyjnego i SOKiK powód w roku 2007 dokonał sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych nie 346 540,33 energii elektrycznej podlegające obowiązkowi z art. 9a ust 1 prawa energetycznego , tylko sprzedaży o 156 750 MWh mniejszej. Obowiązany tym samym był do przedstawienia Prezesowi URE do umorzenia świadectw pochodzenia energii elektrycznej lub uiszczenia opłaty zastępczej na ilość 168 646,332 MWh energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii. Przedstawił zaś świadectwa na 168 604,251 MWh tej energii, co oznacza, iż nie dopełnił obowiązku ustawowego z art. 9a ust 1 prawa energetycznego jedynie w zakresie 42,081 MWh energii ( str. 5 i 6 uzasadnienia zaskarżonej decyzji). Powyższego faktu powód w żaden sposób nie zakwestionował, nie przedstawił w swoim odwołaniu ani apelacji jakichkolwiek argumentów, które mogłyby go podważyć, co czyniło jego wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku SOKiK poprzez uchylene zaskarżonej decyzji w całości za niezasadny. Powód co prawda w niewspółmiernie mniejszym zakresie niż wynika to z decyzji, ale jednak naruszył obowiązek wynikający z art. 9a ust 1 prawa energetycznego i tym samym też z mocy art. 56 ust 1 pkt 1a podlegał karze pieniężnej, której obliczona w oparciu o art. 56 ust 2a pkt 1 i art. 9a ust 2 w/w ustawy minimalna wysokość wynosiła :  $42,081 \text{ MWh} \times 242,40 \text{ zł} \text{ ( str. 9 decyzji)} \times 1,3 = 13 260,56 \text{ zł}$ .

Do takiej też kwoty Sąd Apelacyjny obniżył wskazaną w pkt 2 zaskarżonej decyzji wysokość kary pieniężnej , kierując się zgodnie z art. 56 ust 6 prawa energetycznego małym stopniem szkodliwości popełnionego przez powoda czynu jak i niewielkim stopniem jego zawinienia. Nie sposób jest bowiem przyjąć, aby powód , który przedstawił Prezesowi URE do umorzenia świadectwa pochodzenia energii elektrycznej odpowiadające ilości 168 604,251 MWh energii elektrycznej wytworzonej w odnawialnych źródłach energii, celowo czy też świadomie uchylał się od

przedstawienia takich świadectw odpowiadających ilości zaledwie 42,081 MWh. . Z uwagi na niewypełnienie przez powoda obowiązku z art. 9 a ust 1 prawa energetycznego jedynie w nieznacznym zakresie za niezasadne Sąd Apelacyjny uznał podwyższanie minimalnego pułapu kary z uwagi na fakt, iż było to kolejne naruszenie w/w ustawy przez powoda.

W świetle poczynionych przez Sąd Apelacyjny rozważań prawnych jak i ustaleń faktycznych za bezprzedmiotowe uznać należało zarzuty apelującego odnoszące do oceny charakteru umowy łączącej go z Zakładami (...) S.A., która jego zdaniem dotyczyła obrotu energią elektryczną a nie sprzedaży energii odbiorcy końcowemu. Ocena charakteru spornej umowy wymagała uprzedniego przeprowadzenia jej wykładni, zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 65§ 2 k.c., czego SOKiK całkowicie zaniechał wychodząc z błędnego założenia, że kupujący nabył objętą tą umową energią elektryczną, a tym samym zużył ją, przez co stał się odbiorcą końcowym.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§ 1 w zw. z art. 479<sup>53</sup> § 2 k.p.c. dokonał zmiany zaskarżonej decyzji w pkt 2 poprzez zmniejszenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, w pozostałym zakresie zaś apelację powoda oddalił .

Na podstawie art. 100 k.p.c. wobec częściowego uwzględnienia roszczeń i apelacji powoda ( w zakresie jednego z dwóch zaskarżonych pkt. decyzji) przyjął, że wygrał on postępowanie sądowe w obu instancjach w połowie, a tym samym należał mu się zwrot połowy poniesionych kosztów , które wynosiły w postępowaniu I instancyjnym 460 zł i w postępowaniu apelacyjnym 370 zł.