

Sygn. akt XVII AmE 134/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: stażysta Wioleta Donoch

po rozpoznaniu w dniu 22 stycznia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki**

o udzielenie koncesji

na skutek odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki

z dnia 9 lipca 2015 r., Nr (...)

1. oddala odwołanie;
2. zasądza od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. akt XVII AmE 134/15

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki decyzją z dnia 9 lipca 2015 r., Nr (...), na podstawie z art. 35 ust 3 w zw. z art. 33 ust 1 pkt 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 z późn. zm.), w zw. z art. 50 pkt 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2015 r. poz. 584 z późn. zm.) oraz w zw. z art. 104 k.p.a. odmówił udzielenia przedsiębiorcy (...) Sp. z o. o. z siedzibą w Ł. koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej określonej w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo energetyczne, polegającej na obrocie paliwami ciekłymi.

W uzasadnieniu decyzji Prezes URE wskazał m.in., że przedsiębiorca nie spełnia przesłanki wynikającej z art. 33 ust 1 pkt 2 ustawy - Prawo energetyczne, tj. nie dysponuje środkami finansowymi gwarantującymi prawidłowe prowadzenie działalności koncesjonowanej i nie udokumentował możliwości ich pozyskania. W szczególności zwrócił uwagę, że w latach 2011-2014 przy przychodach rzędu kilkuset złotych spółka wykazywała straty rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych. Przedsiębiorca opiera natomiast strategię działania na środkach finansowych uzyskanych z umów pożyczek, których na jego rzecz udzielił właściciel – G. C.. Zwrócił przy tym uwagę, iż środki finansowe pochodzące z zawarcia umowy pożyczki z jedynym wspólnikiem spółki prawa handlowego, stanowią w istocie wierzytelność spółki, a zatem obciążeniem zaliczanym do pasywów. W ocenie Prezesa URE, gdyby udziałowiec spółki faktycznie zamierzał poprawić

jej sytuację finansową, zamiast udzielać spółce oprocentowanej pożyczki, zaopatrzyłby ją w posiadane przez siebie środki finansowe poprzez zwiększenie wartości kapitału zakładowego spółki. Zdaniem Prezesa URE przedsiębiorca nie daje rękojmi prawidłowego działania w odniesieniu do jego potencjalnych kontrahentów, wynikającej z art. 50 pkt 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż w związku z posiadaniem znikomego - w odniesieniu do planowanego obrotu - majątku własnego, w momencie spłaty pożyczki, w przypadku nawet niewielkich problemów z płynnością finansową, przedsiębiorca może stać się niewypłacalny.

Zastrzeżenia organu regulacyjnego wzbudziła także przedłożona przez przedsiębiorcę symulacja przychodów i kosztów planowanej działalności koncesjonowanej, gdyż z jednej strony wskazuje on szacowaną sprzedaż paliw na poziomie ok. (...) zł/rok, tj. ok. (...) zł/miesięcznie, a zgodnie z umowami zawartymi z dostawcami paliw przedsiębiorca zobowiązał się do dokonywania zakupów na poziomie ok. 4.170.220 zł/rok, tj. ok. 347.683 zł/miesięcznie. W jego ocenie posiadana przez powoda kwota na rachunku bankowym stanowi jedynie około 62% miesięcznych obrotów z działalności koncesjonowanej, wykonywanej zgodnie z podpisanymi przez przedsiębiorcę umowami przedwstępnymi. Środki finansowe w tej wielkości nie mogą być w ocenie Prezesa URE uznane za wystarczające w świetle przepisu art. 33 ust 1 t 2 ustawy - Prawo energetyczne, zwłaszcza w kontekście zobowiązania spłat pożyczek. Zdaniem Prezesa URE przedsiębiorca nie udokumentował, iż posiada środki finansowe w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej w ramach koncesji, o którą się ubiega, ani też nie wykazał możliwości pozyskania takich środków. Tym samym nie spełnia warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją oraz nie daje rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją.

Od powyższej decyzji odwołanie złożył przedsiębiorca - (...) Sp. z o. o. z siedzibą w Ł., wnosząc o zmianę zaskarżonej decyzji i udzielenie powodowej spółce koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej określonej w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo energetyczne polegającej na obrocie paliwami ciekłymi zgodnie z jej wnioskiem, ewentualnie o uchylenie decyzji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz zasądzenie na rzecz powodowej spółki kosztów postępowania.

Zaskarżonej decyzji odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na pominięciu przez Prezesa URE jednej z przesłanek wskazanej w tym przepisie (możliwości pozyskania środków) i uznaniu, iż środki pochodzące z pożyczki od wspólnika spółki znajdujące się na rachunku spółki nie mogą stanowić podstawy do uznania, iż dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania, podczas gdy istota warunku w postaci możliwości pozyskania środków oznacza możliwość wykazania spełnienia powyższego warunku między innymi za pomocą kredytów lub pożyczek;

2) naruszenie art. 7 k.p.a. oraz 77 k.p.a. poprzez dowolną ocenę dowodów z wyjaśnień przedstawionych przez powoda oraz dokumentów załączonych do wniosku w postaci umów warunkowych z przyszłymi kontrahentami spółki w zakresie:

- przyjęcia, iż obrót spółki wynosił będzie (...) zł na rok, podczas gdy zaprezentowana przez spółkę symulacja obrotów jasno wskazuje, że spółka planuje obrót na poziomie (...) zł na rok, a więc o połowę niższy,

- przyjęcia, iż z zawartych przez spółkę umów warunkowych wynika obowiązek zakupu określonej ilości paliw, podczas gdy umowy te zawierają jedynie zobowiązania sprzedawców do zapewnienia określonej ilości paliw, nie zaś zobowiązania kupującego do ich odbioru,

która to dowolna ocena doprowadziła do błędnego ustalenia, iż środki zgromadzone przez spółkę wystarczają na pokrycie jedynie 62 % miesięcznych obrotów podczas, gdy środki te wystarczają na ponad 150 % wartości planowanego miesięcznego obrotu, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, iż przedsiębiorca nie dysponuje środkami w wysokości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności;

3) naruszenie art. 7 k.p.a. oraz 77 k.p.a. poprzez pominięcie twierdzeń wnioskodawcy o możliwości obrotu kapitałem w cyklu krótszym niż miesięczny, co ma wpływ dodatkowo na ocenę czy środki posiadane przez spółkę są wystarczające, gdyż przy przyjęciu planowanego przez spółkę dwutygodniowego cyklu rozliczeniowego i planowanego poziomu obrotu wystarczają na ponad 300 % obrotu, zaś przy przyjęciu obrotu dowolnie wyliczonego przez Prezesa URE wystarczają na jego pokrycie w ponad 150 %,

które to naruszenia doprowadziły do błędnego zastosowania art. 35 ust.3 Prawa energetycznego i odmowy udzielenia koncesji.

Zdaniem odwołującego, Prezes URE dla oceny spełniania przesłanki z art.33 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne posługuje się niepełnym tekstem przepisu, gdyż właściwa jego treść brzmi „Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który dysponuje środkami w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania”, co ma znaczenie dla wykładni tego przepisu. Skoro ustawodawca dopuszcza możliwość finansowania działalności koncesjonowanej z kredytu lub pożyczki, to zakłada pewne ryzyko związane z brakiem możliwości jej spłaty (a nawet nieudzielenia), które jest normalnym ryzykiem gospodarczym, także w ramach działalności koncesjonowanej. Dodał, że w sytuacji realnego zagrożenia finansowego, które powoduje brak możliwości spłaty kredytu, kredyt może być postawiony w stan natychmiastowej wykonalności, co spowoduje dokładnie ten sam skutek jak tzw. „wycofanie pieniędzy przez współnika”, o którym mowa w decyzji Prezesa URE.

Prezes URE pominął w ocenie odwołującego, że ustawodawca przewidział w kodeksie spółek handlowych instrumenty pozwalając zminimalizować ryzyko dla podmiotów trzecich wynikające z takiej czynności prawnej. Zgodnie bowiem z art. 14 § 3 kodeksu spółek handlowych „wierzytelność współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej uważa się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie dwóch lat od dnia zawarcia umowy pożyczki”. Zdaniem odwołującego, „pozostawienie spółki bez możliwości spłaty zobowiązań”, na którą to okoliczność powołuje się Prezes URE jest nieadekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. W przypadku realnego zagrożenia finansowego (za który w ocenie wnioskodawcy uznać należy niewypłacalność) pożyczka udzielona spółce stanie się wkładem, a więc spełni się postulat Prezesa URE zawarty w decyzji, a dotyczący dokapitalizowania spółki.

Drugi z powodów niespełnienia przez przedsiębiorcę warunku, o którym mowa w art. 33 ust. 1 pkt 2, tj. brak środków na pokrycie miesięcznych obrotów jest z kolei wynikiem błędnych ustaleń faktycznych w sprawie. Organ, w ocenie odwołującego, przekroczył granice swego uznania wskazując, że planowany obrót spółki jest zbyt mały, bowiem z umów zawartych przez spółkę wynika, iż będzie ona dokonywała większych zakupów paliw niż wskazuje. Świadczy to o wybiórczej analizie załączonych umów z kontrahentami, z których jasno wynika, że spółka nie nakłada na siebie żadnych obowiązków mocą tychże umów. Na mocy tych umów sprzedawcy są zobowiązani zapewnić określoną ilość paliw, co nie oznacza, że spółka wszystkie te ilości będzie obowiązana odebrać. Z brakiem odbioru paliwa nie wiążą się dla spółki żadne negatywne konsekwencje. Prezes URE winien zatem dokonać oceny możliwości finansowania obrotu wskazanego przez spółkę, nie zaś hipotetycznego przez siebie ustalonego. Gdyby Prezes URE ograniczył się, jak winien to zrobić związany wnioskiem strony, do oceny wielkości planowanego obrotu, to już środki zgromadzone na rachunku pozwalają na pokrycie ponad 100 % miesięcznego obrotu, nie wspominając o środkach znajdujących się w kasie spółki, których organ nie uwzględnił w swoich rozważaniach.

W odpowiedzi na odwołanie Prezes URE wniósł oddalenie odwołania oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wskazał na brak jest podstaw do uchylenia lub zmiany zaskarżonej decyzji, w związku z czym podtrzymał w całości stanowisko zawarte w tej decyzji.

Pozwany uznał za bezsporne w sprawie, że powód na dzień złożenia wniosku o udzielenie koncesji dysponował kapitałem zakładowym w wysokości 50.000,00 zł. Zgodnie z zaświadczeniem z banku - stan środków na koncie na

dzień 27 lutego 2015 r. wynosił (...) zł oraz zgodnie z raportem kasowym stan kasy wynosił (...) zł. Powód posiada zgodnie z bilansem sporządzonym na koniec roku rozliczeniowego 2014 jedynie aktywa obrotowe w kwocie (...) zł (z czego środki pieniężne w kasie i na rachunkach łącznie w wysokości (...) zł). Wskazał, że powód opiera strategię działania na środkach finansowych uzyskanych z umów pożyczek, których na rzecz powodowej spółki udzielił jej główny udziałowiec (990 udziałów na kwotę 49. 500 zł - karta 179) pełniący funkcję Prezesa Zarządu - Pan G. C., w kwotach: 20.000 zł (umowa z dnia 3 września 2010 r., data zwrotu 3 września 2012 r.), 100.000 zł (umowa z dnia 29 lutego 2012 r., data zwrotu 28 lutego 2017 r.), 50.000 zł (umowa z dnia 30 kwietnia 2013 r., data zwrotu 30 kwietnia 2017 r.), 50.000 zł (umowa z dnia 31 lipca 2013 r., data zwrotu 31 lipca 2017 r.) oraz 200.000 zł (umowa z dnia 1 sierpnia 2014 r., data zwrotu 1 sierpnia 2018 r.), łączna kwota pożyczek udzielonych na przestrzeni kilku lat - 420 000 zł.

Pozwany zaznaczył, że ważność wskazanych wyżej umów budzi uzasadnione zastrzeżenia, gdyż wszystkie umowy przedstawione przez powoda w postępowaniu administracyjnym, zostały zawarte pomiędzy powodową spółką, reprezentowaną przez Pana G. C., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu powodowej spółki, a Panem G. C. jako osobą fizyczną (tzn. umowy „z samym sobą”). Zgodnie zaś z art. 210 § 1 k.s.h., w umowie między spółką a członkiem zarządu oraz w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników. Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą, skutkiem niezastosowania się do zasad określonych w tym przepisie jest bezwzględna nieważność dokonanej czynności. Przedstawiona przez powoda symulacja stanowi jedynie oświadczenie powoda co do planowanych przychodów i kosztów działalności gospodarczej, którą zamierza prowadzić i w żadnej mierze nie daje podstaw do uznania, iż powód dysponuje środkami finansowymi umożliwiającymi prowadzenie działalności koncesjonowanej, która winna ostać uprawdopodobniona stosownymi dokumentami. Zgodnie natomiast z umowami przedwstępnymi sprzedaży (przetawionymi przez powoda w załączeniu do wniosku o udzielenie koncesji karty 15-21) powód zobowiązał się do dokonywania zakupów na wyższym poziomie niż wskazywał w symulacji planowanych, co po uwzględnieniu przyjętych przez powoda w symulacji cen sprzedaży zapewnia obrót z tytułu koncesjonowanej działalności w wysokości ok. 4.170.220 zł/rok, tj. ok. 347.683 zł/miesięcznie. Powód przedstawił ponadto w załączeniu do wniosku dokumenty, tj. kopie umów przedwstępnych sprzedaży, które wskazywały realny poziom planowanej działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami ciekłymi bez użycia infrastruktury technicznej. Zatem dokumenty te należało przyjąć - zgodnie z wnioskiem - jako potwierdzające planowany zakres działalności.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Powód - (...) Sp. z o. o. z siedzibą w Ł. jest przedsiębiorcą wpisanym w dniu 2 sierpnia 2005 r. do Krajowego Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS (...). Kapitał zakładowy spółki wynosi (...) zł. ***/k. 14-20 akt sąd., k. 33 akt. adm./***

W dniu 3 grudnia 2014 r. do Urzędu Regulacji Energetyki wpłynął wniosek spółki z 27 listopada 2014 r., z którego wynika, że spółka zamierza podjąć działalność gospodarczą polegającą na obrocie paliwami ciekłymi: olejami napędowymi, benzynami silnikowymi innymi niż benzyny lotnicze, olejami opałowymi oraz gazem płynnym bez wykorzystania infrastruktury technicznej, na okres 20 lat. ***/k. 1 i nast. akt adm./***

Spółka wskazała we wniosku, że dotychczas nie prowadziła działalności gospodarczej oraz jest w trakcie negocjowania warunków ewentualnych odbiorów towarów, jednakże pod warunkiem uzyskania koncesji na obrót paliwami ciekłymi. ***/k. 69 akt adm./***

Przedsiębiorca uwzględnił szacowaną sprzedaż paliw, w ujęciu ilościowym: 42 m³ gazu płynnego, 539,1 m³ oleju napędowego, 59,8 m³ benzyny Pb95 oraz 40 m³ oleju napędowego grzewczego, a wielkość szacowanego rocznego przychodu ze sprzedaży paliw na poziomie (...) zł. Przedsiębiorca dołączył również kopie przedwstępnych umów

sprzedaży gazu płynnego, oleju napędowego, benzyny Pb95 oraz oleju napędowego grzewczego. **/k. 70, k. 79 akt adm./**

Z opinii o rachunku z banku (...) S.A. w W. wynika, iż wartość dostępnych środków na koncie na dzień 22 października 2014 r. wynosiły: (...)zł, obroty za okres od 22 stycznia 2014 r. do 31 grudnia 2014 r. wyniosły (...) zł, przy czym uznania: (...) zł, obciążenia: 14.192,91 zł, wartość dostępnych środków na koncie na dzień 5 stycznia 2015 r. wynosiła (...) zł. **/k. 71, k. 148 akt adm./**

Przedsiębiorca uwzględniając symulacje planowanych przychodów, poniesionych kosztów, zysku oraz wielkość i ilość dostaw wraz z rotacją kapitału obrotowego wskazał zysk do osiągnięcia w kwocie (...) zł. Należy zaznaczyć, iż jest to wynik przed opodatkowaniem, a więc zysk brutto - stąd uwzględniając podatek dochodowy CIT, zysk netto kształtuje się w wysokości (...) zł. Przedsiębiorca dołączył także wyciąg z rachunku bankowego z okresu od 16 stycznia 2014 r. do dnia 27 lutego 2015 r. (wartość dostępnych środków na koncie na dzień 27 lutego 2015 r. wynoszą (...) zł) oraz bilans Spółki za 2014 rok. **/k. 79, k. 150 akt adm./**

W zakresie udokumentowania posiadanych środków finansowych Przedsiębiorca, przedstawił jako źródło pochodzenia środków pieniężnych, wykazanych w bilansie, kopie umów pożyczek w kwotach: 20 000 zł (z dnia 3 września 2010 r., data zwrotu 3 września 2012 r.), 100 000 zł (z dnia 29 lutego 2012 r., data zwrotu 28 lutego 2017 r.), 50.000 zł (z dnia 30 kwietnia 2013 r., data zwrotu 30 kwietnia 2017 r.), 50 000 zł (z dnia 31 lipca 2013 r., data zwrotu 31 lipca 2017 r.) oraz 200 000 zł (z dnia 1 sierpnia 2014 r., data zwrotu 1 sierpnia 2018 r.) zawartych pomiędzy Panem G. C., a (...) Sp. z o. o. w Ł.. **/k. 122, k. 123, k. 124, k. 125, k. 126 akt adm./**

Przedsiębiorca przedłożył raport kasowy z dnia 31 grudnia 2014 r. wskazujących na stan kasy w wysokości (...) zł. Jak słusznie wskazał Przedsiębiorca, w wezwaniu omyłkowo została wskazana kwota (...) zł, stanowiąca saldo początkowe, natomiast właściwa powinna być kwota (...) zł, stanowiąca saldo końcowe. Ponadto, Przedsiębiorca przedstawił również Sprawozdanie finansowe za rok 2014. **/k. 146-147, k. 164- 165, k. 170-176 akt. adm./**

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym, które nie były przez żadną ze stron niniejszego postępowania kwestionowane.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.) Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania.

Ubiegający się o udzielenie koncesji przedsiębiorca kierując się ww. przepisem musi dysponować środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie koncesjonowanej działalności gospodarczej lub co najmniej jest w stanie udokumentować możliwość ich pozyskania w przyszłości, np. z uzyskanego kredytu. Przedsiębiorca może także posiadać określone środki finansowe i udokumentować możliwości ich pozyskania, co pozwoli na uznanie, że spełnia on kryterium finansowe pozwalające na udzielenie mu koncesji.

W orzecznictwie wyrażony został pogląd, który Sąd rozpoznający przedmiotową sprawę podziela, iż podmiot ubiegający się o koncesję powinien wykazać dysponowanie odpowiednimi kapitałami w momencie składania wniosku lub udokumentować możliwość ich pozyskania w przyszłości (...). Ocena, czy ubiegający się o udzielenie koncesji dysponuje określonymi środkami pozostawiona jest organowi administracji, ale to na przedsiębiorcy spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających udzielenie mu wnioskowanej koncesji (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2007 r., VI ACa 38/07 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 listopada 2009 r., VI ACa 527/09).

Jednakże, co należy podkreślić, udokumentowanie zarówno posiadania środków finansowych, jak i możliwości ich pozyskania nie może posiadać charakteru abstrakcyjnego, a zatem nie może sprowadzać się jedynie do oświadczenia wnioskodawcy w tym zakresie, który musi przedstawić dokumenty potwierdzające w sposób obiektywny, że odpowiednimi środkami dysponuje lub też będzie dysponował.

Dokumenty w postaci umów warunkowych udzielenia pożyczki, jak również umowy udzielenia pożyczki przez współnika oraz oświadczenia złożone przez przedsiębiorcę, posiadają charakter dokumentu prywatnego, który jako taki jest jedynie dowodem złożenia przez powoda oświadczenia stanowiącego jego treść (art. 245 k.p.c.). Dowód ten sam w sobie nie daje podstaw do uznania, iż istnieją lub też będą istnieć środki finansowe umożliwiające powodowi prowadzenie działalności koncesjonowanej. Brak jest bowiem w sytuacji powoda innych możliwości finansowych zabezpieczających prowadzenie działalności gospodarczej bez szkód nie tylko dla tej działalności, ale również dla przyszłych kontrahentów. Na marginesie jedynie należy wskazać, iż w przypadku umów pożyczki udzielonej spółce przez G. C. odbiór kwoty, zgodnie z zapisem umowy miał nastąpić w gotówce, zaś pokwitowaniem jej udzielenia było podpisanie umowy. Wyciągi z rachunku, przykładowo za okres 2014 roku nie wykazują kwoty 200.000 zł udzielonej w formie pożyczki na podstawie umowy z dnia 1 sierpnia 2014 r. Prezes Zarządu powodowej spółki (...) udzielił pożyczek spółce w kwotach: 20 000 zł (umowa z dnia 3 września 2010 r., data zwrotu 3 września 2012 r.), 100 000 zł (umowa z dnia 29 lutego 2012 r., data zwrotu 28 lutego 2017 r.), 50 000 zł (umowa z dnia 30 kwietnia 2013 r., data zwrotu 30 kwietnia 2017 r.), 50 000 zł (umowa z dnia 31 lipca 2013 r., data zwrotu 31 lipca 2017 r.) oraz 200 000 zł (umowa z dnia 1 sierpnia 2014 r., data zwrotu 1 sierpnia 2018 r.), których łączna kwota na przestrzeni kilku lat wyniosła 420 000 zł. Są to umowy zawarte z „samym sobą”, bowiem zostały zawarte pomiędzy powodową spółką, reprezentowaną przez Pana G. C., pełniącego funkcję Prezesa Zarządu powodowej spółki, a Panem G. C. jako osobą fizyczną. Zgodzić się należy z pozwanym, że sytuacja ta może budzić zastrzeżenia. Niezastosowanie się do zasad określonych w przepisie art. 210 § 1 k.s.h. powoduje bezwzględną nieważność dokonanej czynności. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 marca 2010 r., sygn. akt IV CSK 413/09 „ochrona polega w tym wypadku na wyeliminowaniu możliwości działania członka zarządu w podwójnej roli: reprezentanta interesów spółki i reprezentanta interesów własnych, dzięki czemu zapobiega przed nadużyciami do jakich mogłoby dojść w związku z kierowaniem się przez członka zarządu interesem własnym, pozostającym w sprzeczności z interesem spółki. Nie jest przy tym konieczne, aby sprzeczność interesów rzeczywiście występowała, wystarczy potencjalna kolizja interesów”. w przedmiotowej sprawie Prezes Zarządu jest jedynym udziałowcem spółki, która nie posiada przy tym organu nadzoru. Powyższa okoliczność oraz wątpliwości Sądu, co do faktycznego udzielenia pożyczek na rzecz spółki (brak jakiegokolwiek zaksięgowania pożyczonych kwot, czego powód nie wykazał) oraz wykazywanie w przeszłości strat przez spółkę przy minimalnych dochodach rodzi uzasadnione wątpliwości co do gwarancji prawidłowego wykonywania działalności przez powodową spółkę.

Dodać również należy, że pożyczki udzielane były na okres krótszy niż czas koncesji, o którą wnoszono, co nie świadczy o wzmocnieniu z tego tytułu gwarancji należytego wykonywania działalności. Nie są zatem zasadne twierdzenia odwołującego, że w przypadku realnego zagrożenia finansowego (za który w ocenie wnioskodawcy uznać należy niewypłacalność) pożyczka udzielona spółce stanie się wkładem, a więc spełni się postulat Prezesa URE zawarty w decyzji, a dotyczący dokapitalizowania spółki, mając na względzie powołany przez powoda przepis art. 14 § 3 kodeksu spółek handlowych, gdzie „wierzycelność współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej uważa się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie dwóch lat od dnia zawarcia umowy pożyczki”. Dla przedmiotowej sprawy powyższe nie świadczy o zminimalizowaniu ryzyka dla podmiotów trzecich wynikające z takiej czynności prawnej, gdyż jak wskazano wyżej, pożyczki udzielane były na okres krótszy niż koncesja. Powołany przepis dotyczy ponadto ogłoszenia upadłości spółki, co uniemożliwiłoby udzielenie koncesji.

Zgodnie z umowami przedwstępnymi sprzedaży, przedstawionymi przez powoda w załączeniu do wniosku o udzielenie koncesji (k. 15-21) powód zobowiązał się do dokonywania zakupów na wyższym poziomie niż wskazywał w symulacji planowanych, co po uwzględnieniu przyjętych przez powoda w symulacji cen sprzedaży zapewnia obrót z tytułu koncesjonowanej działalności w wysokości ok. (...) zł/rok, tj. ok.(...) zł/miesięcznie. Zarzut odwołującego, że Prezes URE dokonał błędnych ustaleń nie jest zatem zasadny.

W niniejszej sprawie powód dołączył do wniosku dokumenty, w postaci kopii umów przedwstępnych sprzedaży, które wskazywały realny poziom planowanej działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami ciekłymi bez użycia infrastruktury technicznej. Zatem dokumenty te należało przyjąć - zgodnie z wnioskiem - jako potwierdzające planowany zakres działalności. Dla tego zatem zakresu należało udowodnić realną możliwość posiadania, bądź pozyskania środków, dających gwarancję prawidłowego wykonywania działalności koncesyjnej, o którą sam wnosił. Na powódzie bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia urzędowi regulacyjnemu, iż będzie w stanie prowadzić działalność koncesjonowaną bez jakiegokolwiek uszczerbku finansowego dla którejkolwiek ze stron umów w zakresie działalności koncesyjnej. Wobec zaistniałych w tej kwestii wątpliwości Prezes Urzędu zastosował kryteria oceny w sposób prawidłowy, odpowiadające normalnemu zachowaniu podmiotu gospodarczego pragnącego w sposób rzetelny wywiązywać się z nałożonych obowiązków. Powód winien mieć bowiem na względzie, iż koncesja o którą się ubiega, należy do sfery reglamentowanej przez państwo. Podmiot ubiegający się o udzielenie koncesji powinien zatem w sposób jednoznaczny, nie budząc wątpliwości udowodnić, że spełnia przesłanki zawarte w art. 33 ust. 1 pkt 2 p.e. Powód powyższemu w ocenie Sądu, nie sprostał.

Zarzut powoda w zakresie naruszenia przez pozwanego art. 33 ust. 1 pkt 2 p.e. należy uznać za niezasadny. Powód w ocenie Sądu nie spełnia warunków wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności że nie posiada wystarczających środków finansowych umożliwiających prowadzenie mu tej działalności. W konsekwencji konieczne było wydanie decyzji odmownej. W toku postępowania sądowego nie udowodnił bowiem okoliczności uzasadniających uchylenie decyzji.

Zauważyć należy, iż postępowanie sądowe prowadzone z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki ma charakter pierwszoinstancyjnego postępowania rozpoznawczego, które toczy się na zasadach postępowania kontradyktoryjnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., III SZP 2/05). Zgodnie z omawianą zasadą, to na stronach procesu ciąży bowiem obowiązek dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 6 k.c.), a co za tym idzie - to strony są w pełni odpowiedzialne za wynik tego postępowania. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 232 k.p.c. strony są zobowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Gromadzenie materiału procesowego w toku postępowania sądowego należy zatem do stron procesu. Jest to ciężar procesowy, realizowany przez stronę w jej własnym interesie. Jeżeli strona pozostanie bierna, to musi się liczyć w ujemnymi konsekwencjami, np. oddaleniem powództwa. Jest to zatem obowiązek strony, ale wobec samej siebie (por. H. Dolecki, „Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego”, Lex 2011).

W związku z powyższym, zgodnie z ogólnymi regułami postępowania kontradyktoryjnego (art. 6 k.c. i 232 k.p.c.) to na powódzie - przedsiębiorcy spoczywał w niniejszym postępowaniu sądowym ciężar udowodnienia okoliczności podważających zasadność wydania zaskarżonej decyzji; zaoferowane przez niego dowody powinny wskazywać, iż realnie dysponuje on środkami, o jakich mowa w przepisach, względnie – że ma on realną a nie hipotetyczną możliwość ich pozyskania.

Należy w konsekwencji stwierdzić, iż obowiązku tego powód nie dochował. Powód nie podjął w odwołaniu żadnej inicjatywy dowodowej, które mogłyby dowodzić twierdzenia w nim zawarte. Przedsiębiorca nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających, że dysponuje, bądź będzie dysponował kwotą przeznaczoną na prowadzenie działalności gospodarczej we wnioskowanym zakresie.

Zarzuty odwołania stanowią w ocenie Sądu jedynie niepopartą dowodami polemikę z rozstrzygnięciem organu regulacyjnego i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia przepisów k.p.a. nie mogły zostać uwzględnione. Zauważyć należy, iż zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Ewentualne naruszenie przepisów postępowania administracyjnego nie jest przedmiotem postępowania sądowego i nie stanowi samoistnej podstawy uchylenia decyzji w tym postępowaniu. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Wniesienie do Sądu odwołania od decyzji administracyjnej wszczyna dopiero cywilne, pierwszoinstancyjne postępowanie sądowe, w którym Sąd dokonuje własnych ustaleń, rozważając całokształt materiału dowodowego, na co wielokrotnie wskazywał tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jak też Sąd Apelacyjny oraz Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (np.: wyrok Sądu Najwyższy z dnia 29 maja 1991 roku, sygn. akt III CRN 120/91, wyroku z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98). Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradiktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Regulacji Energetyki, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Sąd uznał zatem, iż nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego, mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Z powyższych względów zarzuty naruszenia przepisów kodeksu postępowania administracyjnego nie były rozpoznawane w niniejszej sprawie.

W konsekwencji, zdaniem Sądu pozwany słusznie przyjął w przedmiotowej decyzji, iż powód w przedmiotowej sprawie nie spełnił przesłanek warunkujących udzielenie koncesji na prowadzenie działalności określonej we wniosku.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 479⁵³ § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. stosowanie do wyniku sporu.

SSO Bogdan Gierzyński