

Sygn. akt XVII AmE 79/21

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 grudnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w składzie:

Przewodniczący-	<b>SSO Maciej Kruszyński</b>
Protokolant-	sekr. sąd. Magdalena Żabińska

po rozpoznaniu w dniu 14 grudnia 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **sp. z o.o. w W.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki**

o udzielenie koncesji

na skutek odwołania Powoda od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 11 stycznia 2021 roku, nr(...)

I. uchyla zaskarżoną decyzję;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) sp. z o.o. w W. 1 737 zł (jeden tysiąc siedemset trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

SSO Maciej Kruszyński

Sygn. akt **XVII AmE 79/21**

## UZASADNIENIE

Decyzją z 11 stycznia 2021 r., Nr (...) Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie art. 35 ust. 3, w związku z art. 33 ust. 1 pkt 2 oraz art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 833, ze zm.), w związku z art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256, ze zm.), po rozpatrzeniu wniosku z dnia 22 czerwca 2020 r. w sprawie udzielenia koncesji na obrót energią elektryczną, złożonego przez przedsiębiorcę (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. postanowił odmówić udzielenia przedsiębiorcy: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą W., posiadającemu numer w rejestrze przedsiębiorców KRS: (...), numer identyfikacji podatkowej NIP: (...), koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej określonej w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo energetyczne, polegającej na obrocie energią elektryczną.

Powód zaskarżył ww. decyzję w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych skutkujący naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku — Prawa energetycznego polegający na błędnym ustaleniu, iż Powód nie dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności w zakresie obrotu

energią elektryczną, albowiem w ocenie Pozwanego środki finansowe pochodzące z zawarcia umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku z jedynym wspólnikiem spółki prawa handlowego, tj. Spółką (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, stanowią wierzytelność wspólnika wobec spółki, a z punktu widzenia przepisów o rachunkowości nie jest ona przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów, a co za tym idzie Powód nie udowodnił spełnienia przesłanki, o której mowa w art 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne w sytuacji, gdy wbrew twierdzeniom Pozwanego:

- spłata odsetek z tytułu udzielonej pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku (płatne w okresie kwartalnym) będzie następowała w ostatnim dniu kalendarzowym miesiąca kończącego każdy kwartał, a jeżeli ostami dzień kalendarzowy przypada na dzień ustawowo wolny od pracy spłata odsetek będzie następowała w następnym dniu roboczym (nie dotyczy to grudnia), spłata rat odsetkowych rozpoczęła się dopiero w dniu 30 września 2020 roku;
- rata kapitałowa będzie płatna jednorazowo w terminie do dnia 31 maja 2031 roku pod warunkiem, że łączna suma zysków za poprzednie lata kalendarzowe poprzedzające rok spłaty pożyczki wraz z odsetkami będzie co najmniej równa kwocie należnej do spłaty;
- w przypadku, gdy łączna suma zysków za poprzednie lata kalendarzowe poprzedzające rok spłaty pożyczki będzie niższa od kwoty należnej do spłaty, Pożyczkobiorca/Pozwany zobowiązał się w terminie do dnia 31 maja 2031 roku dokonać spłaty pożyczki w kwocie równej łącznej sumie zysków osiągniętych za poprzednie lata kalendarzowe poprzedzające rok spłaty pożyczki wraz z odsetkami, zaś powstała tak różnica pomiędzy kwotą należną a zapłaconą, zostanie zwrócona przez Pożyczkobiorcę/Pozwanego w terminie do dnia 31 maja 2032 roku;
- ustalone przez Powoda i (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością warunki spłaty pożyczki, przewidują, że spłata pożyczki nastąpi po upływie okresu na jaki koncesja została udzielona; zatem spłata pożyczki nie miałaby wpływu na okres prowadzenia działalności, na który koncesja miała być udzielona;
- Spółka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w oparciu o postanowienia Umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku zrzekła się uprawnień do odstąpienia od Umowy pożyczki i odmowy przekazania kwoty pożyczki Pożyczkobiorcy bądź żądania jej natychmiastowego zwrotu;
- Środki pochodzące z Umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku pozostawały w pełnej dyspozycji Powoda, tj. zostały przelane na rachunek bankowy Powoda i oddane na własność, do jego wyłącznej dyspozycji;

2. błąd w ustaleniach faktycznych skutkujący naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku - Prawa energetycznego polegający na błędnym ustaleniu, iż Powód nie dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności w zakresie obrotu energią elektryczną, albowiem w ocenie Pozwanego środki finansowe pochodzące z zawarcia umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku z jedynym wspólnikiem spółki prawa handlowego, tj. Spółką (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, stanowią wierzytelność wspólnika wobec spółki, a z punktu widzenia przepisów o rachunkowości nie jest ona przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów, a co za tym idzie Powód nie udowodnił spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne w sytuacji, gdy ten sam Pozwany w ramach postępowania prowadzonego pod sygn. (...) (postępowanie w przedmiocie udzielenia Powodowi koncesji na obrót paliwami gazowymi), decyzją z dnia 17 listopada 2020 roku udzielił Powodowi koncesję nr (...) na obrót paliwami gazowymi na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez wykorzystania infrastruktury technicznej eksploatowanej przez Powoda na okres od 18 listopada 2020 roku do 18 listopada 2030 roku w oparciu o tą samą Umowę pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku (Umowa pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku stanowiła dowód załączony do wniosku o udzielenie koncesji), stwierdzając w treści decyzji, że Powód spełnia warunki określone w art. 33 ust. 1 pkt 1–2 i 6 ustawy — Prawo energetyczne, a w szczególności dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania;

3. błąd w ustaleniach faktycznych skutkujący naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawa energetycznego polegający na błędnym ustaleniu, iż Powód zaniżył koszty planowanej działalności koncesjonowanej w celu wykazania opłacalności planowanej działalności gospodarczej w postępowaniu o uzyskanie koncesji na obrót energią elektryczną, o czym świadczyć mają rzekomo zaniżone koszty obsługi księgowej, zatrudnienia oraz pominięcie wynagrodzenia Zarządu Powoda, w sytuacji, gdy koszt księgowości na poziomie 150,00 zł w modelu biznesowym zaproponowanym przez Powoda, stanowił alokację kosztu całkowitego na wskazanym poziomie dla działalności związanej z obrotem energią elektryczną. Pozostałe koszty obsługi księgowej zostały alokowane do działalności związanej z prowadzeniem działalności w zakresie obrotu paliwami gazowymi, na którą to działalność Pozwany udzielił koncesji Powodowi oraz działalności dodatkowej, zgodnie z PKD Powoda, czyli m.in.: na wykonywanie instalacji elektrycznych, doradztwo gospodarczo-energetyczne, badania i analizy techniczne, wytwarzanie energii elektrycznej. Biorąc pod uwagę fakt, że Powód prowadzi inne formy działalności od planowanej w zakresie obrotu energią elektryczną, logicznym jest, że przy zakazie wynikającym z art. 44 ustawy – Prawo energetyczne (eliminowanie subsydiowania skrośnego), koszty te podlegają odpowiedniemu podziałowi na inne formy prowadzenia działalności gospodarczej. Powyższy mechanizm ma odpowiednie zastosowanie przy określaniu średniej wartości wynagrodzenia dla zatrudnionych u Powoda Pracowników (5 197,86 zł/miesiąc). Powód wskazał średnie wynagrodzenie zatrudnionych u Powoda pracowników, do których zaliczają nie tylko maklerzy, ale również Pracownicy zajmujący się prowadzeniem rozliczeń z klientami. Oznacza to, że ustalenia dokonane przez Pozwanego w zakresie przyjęcia ww. wynagrodzenia, jako stawki wynagrodzenia dla maklerów jest błędna, bowiem przy założeniu dokonanych przez Pozwanego, Powód musiałby zatrudniać tylko maklerów. Dodatkowo Pozwany błędnie ustalił, że wynagrodzenie wypłacane Członkowi Zarządu I. B. stanowi koszt wynagrodzenia Zarządu. Wynagrodzenie wypłacane Pani I. B. nie wchodzi w zakres pełnionej przez nią funkcji Członka Zarządu, a jedynie w zakres zleconych jej, poza pełnieniem ww. funkcji czynności w oparciu o umowę współpracy;

4. naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku - Prawa energetycznego poprzez błędne przyjęcie, iż Powód nie dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności w zakresie obrotu energią elektryczną, albowiem w ocenie Pozwanego środki finansowe pochodzące z zawarcia umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku z jedynym współnikiem spółki prawa handlowego, tj. Spółką (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, stanowią wierzycelność współnika wobec spółki, a z punktu widzenia przepisów o rachunkowości nie jest ona przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów, co w konsekwencji nie stanowi podstawy do uznania, że Powód wykazał posiadanie środków finansowych gwarantujących prawidłowe prowadzenie działalności gospodarczej, w sytuacji, gdy ocena, czy przedsiębiorca posiada (lub ma możliwości pozyskania) środków finansowych wystarczających do prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej, powinna być dokonywana m.in. w oparciu o deklarowaną wielkość rocznego obrotu w zakresie sprzedaży energii elektrycznej w relacji do posiadanych środków finansowych w miesięcznym cyklu rozliczeniowym. Ocena spełnienia przesłanki w zakresie dysponowania środkami finansowymi, oceniana w kontekście skali planowanej działalności, jest dokonywana w oparciu o środki wskazane przez Wnioskodawcę/Powoda pozostające w jego dyspozycji i obejmujące wszelkie składniki majątku, które pozwalają ocenić jego kondycję finansową. W przedmiotowej sprawie Powód wykazał, że dysponuje kapitałem zakładowym w wysokości (...) zł oraz kwotą pożyczki w wysokości (...) zł (środki przelane na rachunek bankowy Powoda i pozostające w jego dyspozycji), której okres spłaty przypadałby po okresie 10 lat od dnia otrzymania decyzji o udzieleniu koncesji na obrót energią elektryczną, z kolei przychód z koncesjonowanej działalności gospodarczej w pierwszym pełnym roku obrotowym miał wynieść (...) zł, co oznacza, że Powód powinien dysponować majątkiem obrotowym przynajmniej w wysokości ok. (...) zł. Powód wykazał zatem dysponowanie środkami w takiej wysokości. Środki finansowe, pozostające w pełnej dyspozycji Powoda i wykazane przez Powoda w toku postępowania administracyjnego, wbrew stanowisku Pozwanego, stanowią pełne zabezpieczenie ewentualnego ryzyka prowadzenia przez Powoda działalności koncesjonowanej i jak wskazuje chociażby opinia prof. dr hab. R. W. (dowód w aktach sprawy administracyjnej), kwota zdeponowana przez Powoda wielokrotnie przewyższa maksymalne ryzyko planowanej przez Powoda działalności koncesjonowanej. Jak wynika z przedmiotowej opinii, maksymalne zapotrzebowanie na kapitał w okresie 12 miesięcy działalności, przy założeniach prowadzonej działalności obejmującej udział w rynku na poziomie (...), które wskazane

zostały w punkcie II (str. 2) opracowania, mierzone jako suma ujemnych wyników dziennych za ostatni rok wynosi – (...) PLN (plus koszty stałe). Dla planowanego udziału w rynku w 2023 roku (kiedy Powód przewiduje najwyższy wolumen sprzedaży, udział w rynku na poziomie (...)) maksymalne zapotrzebowanie na kapitał w okresie 12 miesięcy działalności wynosi (...) zł (plus koszty stałe). Z prostej wręcz analizy dokumentacji przedstawionej przez Powoda wynika, że środki przedstawione przez Powoda dla wykazania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo energetyczne są wystarczające w celu zagwarantowania prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej. W sytuacji, gdy dokona się zsumowania zapotrzebowania na kapitał w ramach koncesji na obrót paliwami gazowymi, która de facto została Powodowi udzielona z zapotrzebowaniem na kapitał w ramach koncesji na obrót energią elektryczną, nadal łączne zapotrzebowanie na kapitał dla obydwu działalności wynosi (...) zł;

5. naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawa energetycznego poprzez błędne przyjęcie, iż Powód nie dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności w zakresie obrotu energią elektryczną, albowiem w ocenie Pozwanego środki finansowe pochodzące z zawarcia umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku z jedynym współnikiem spółki prawa handlowego, tj. Spółką (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, stanowią wierzytelność współnika wobec spółki, a z punktu widzenia przepisów o rachunkowości nie jest ona przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów, co też w konsekwencji nie stanowi podstawy do uznania, że Powód wykazał posiadanie środków finansowych gwarantujących prawidłowe prowadzenie działalności gospodarczej, co tym samym wyklucza możliwość wykazania się przez Wnioskodawcę ubiegającego się o udzielenie koncesji na prowadzenie działalność gospodarczej w zakresie obrotu energią elektryczną dysponowaniem środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej kapitałem obcym, nawet pochodzącym od jedynego współnika, w sytuacji, gdy przyjmuje się, że „Środki finansowe w rozumieniu art. 33 ust. 1 pkt 2 Prawo energetyczne stanowią wszelkie składniki, które obrazują kondycję finansową podmiotu ubiegającego się o koncesję, mające zagwarantować prawidłowe wykonywanie przez ten podmiot koncesjonowanej działalności; nie tylko gotówka, kredyty gwarancje, papiery wartościowe, ale również wierzytelności pieniężne, w szczególności krótkoterminowe, a także inwestycje długoterminowe. Zauważyć przy tym należy, że ocena możliwości finansowych przedsiębiorcy ma być wszechstronna i nie może ograniczać się jedynie do analizy wyników zysków i strat zawartych w bilansach rocznych. Zwrócić należy również uwagę, że zaoferowane przez ubiegającego się o udzielenie koncesji dowody powinny wskazywać, iż realnie dysponuje on środkami finansowymi, tzn. ma względnie realną, a nie hipotetyczną możliwość ich pozyskania. Przez zwrot " środki finansowe" omawianego przepisu należy rozumieć kapitał odpowiedniej wielkości, kapitał własny i obcy. (Wyrok Sadu Ochrony Konkurencji i Konsumentów y dnia 11 lipca 2016 r. XVII AmE 101/15)

6. naruszeniem przepisów prawa materialnego, tj. art. 154 ustawy z dnia 15 września 2020 roku Kodeksu spółek handlowych poprzez błędne przyjęcie, iż kwota kapitału zakładowego w wysokości (...) zł nie gwarantuje prawidłowego wykonywania działalności. W przepisie art. 154 Kodeksu spółek handlowych, ustawodawca przyjął kwotę 50 000,00 zł jako dającą wystarczające zabezpieczenie dla realizowania funkcji gwarancyjnej dla ewentualnych kontrahentów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wskazać należy, że ani doktryna prawa, ani orzecznictwo sądowe nie kwestionuje gwarancyjnego charakteru kapitału zakładowego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w związku z czym niedopuszczalne jest stawiane przez Pozwanego wymagań innych niż przewidziane dla tej formy prowadzenia działalności przez przepisy Kodeksu spółek handlowych, w szczególności w oparciu o bliżej nieokreślone, pozaustawowe kryteria funkcji gwarancyjnej;

7. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego w zw. z art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawa energetycznego poprzez rażące naruszenie zasady zaufania do władzy publicznej polegające na przedstawieniu dowolnej, dostosowanej do potrzeb postępowania administracyjnego interpretacji treści i skutków przedstawianych przez Powoda dowodów w postaci Umowy pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku. Pozwany w ramach postępowania prowadzonego pod sygn. (...) (postępowanie w przedmiocie udzielenia Powodowi koncesji na obrót paliwami gazowymi), decyzją z dnia 17 listopada 2020 roku udzielił Powodowi koncesję nr (...) na obrót paliwami gazowymi na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez wykorzystania infrastruktury technicznej eksploatowanej przez Powoda

na okres od 18 listopada 2020 roku do 18 listopada 2030 roku w oparciu o tą samą Umowę pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku (Umowa pożyczki z dnia 7 maja 2020 roku stanowiła dowód załączony do wniosku o udzielenie koncesji), stwierdzając w treści decyzji, że Powód spełnia warunki określone w art. 33 ust. 1 pkt 1-2 i 6 ustawy – Prawo energetyczne, a w szczególności dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania, a co za tym idzie na gruncie innego postępowania administracyjnego, prowadzonego równoległe z postępowaniem objętym zaskarżoną decyzją administracyjną, Pozwany akceptował treść i skutki przewidziane w dokumencie z dnia 7 maja 2020 roku.

Wobec powyższego wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości i zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes URE wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W piśmie z 5 maja 2021 r. Powód wniósł o przyspieszenie terminu rozprawy i wyznaczenie terminu rozprawy w niniejszej sprawie, podtrzymując dotychczasowe stanowisko.

Prezes URE pismem z 16 czerwca 2021 r. podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

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

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki wszczął postępowanie administracyjne na wniosek, w sprawie udzielenia przedsiębiorcy: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą W. koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na obrocie energią elektryczną na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej, na okres 10 lat.

Przedsiębiorca wskazał, iż dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności koncesjonowanej. Wskazał też, iż Udziałowiec udzielił Wnioskodawcy pożyczki podporządkowanej w kwocie (...) zł, celem zabezpieczenia dalszych kosztów i potencjalnego ryzyka działalności. Oświadczył, iż pożyczka została uruchomiona w dniu złożenia wniosku, zaś treść umowy pożyczki stanowi załącznik nr II 4 do wniosku.

W załączonej do wniosku Umowie pożyczki podporządkowanej zawartej 5 maja 2020 r. w W., pomiędzy (...) Sp. z o.o. (Pożyczkodawca), a (...) Sp. z o.o. (Pożyczkobiorca), strony ustaliły, iż oprocentowanie pożyczki wynosi 1,5 % w skali roku (§ 1 pkt 1).

Strony określając w Umowie termin spłaty pożyczki, ustaliły, że w przypadku udzielenia przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki chociażby jednej z koncesji, o które wnioskuje pożyczkobiorca, pożyczkobiorca zobowiązuje się do zwrotu pożyczki w następujący sposób:

b) rata kapitałowa, płatna jednorazowo w terminie do dnia 31.05.2031 roku pod warunkiem że łączna suma zysków za poprzednie lata kalendarzowe poprzedzające rok spłaty pożyczki wraz z odsetkami będzie co najmniej równa kwocie należnej do spłaty. W sytuacji, gdy Prezes Urzędu Regulacji Energetyki udzieli Pożyczkobiorcy koncesji na obrót energią elektryczną lub na obrót paliwami gazowymi na okres dłuższy niż 10 lat, termin spłaty pożyczki ulegnie automatycznemu wydłużeniu na okres, na jaki koncesja została wydana.

Zgodnie z § 1 pkt 3 Umowy, kwota pożyczki została przekazana na rachunek Pożyczkobiorcy w dniu złożenia przez Wnioskodawcę wniosku o udzielenie koncesji.

Kwota ta jest w dyspozycji Przedsiębiorcy. Wpłata ta została przekazana w dniu 30 czerwca 2020 r.

Ponadto, przedsiębiorca posiada kapitał zakładowy w wysokości (...) zł.

Dowód: Wniosek z 22 czerwca 2020 r., k. 1 akt adm.

Umowa z 7 maja 2020 r., k. 9 akt adm.

Historia rachunku – data wydruku 4 sierpnia 2020 r., k. 51 akt adm.

Zaświadczenie z 29 maja 2020 r., k. 8 akt adm.

Ze względu na braki w ww. wniosku, pismami z dnia 8 lipca 2020 r., 27 sierpnia 2020 r., 25 września 2020 r. oraz 23 października 2020 r. Prezes URE wzywał Przedsiębiorcę do przedłożenia dodatkowych informacji i dokumentów.

Dowód: Wezwanie z 8 lipca 2020 r., k. 45 akt adm., Wezwanie z 27 sierpnia 2020 r., k. 74 akt adm.

Wezwanie z 25 września 2020 r., k. 90 akt adm., Wezwanie z 23 października 2020 r., k. 108 akt adm.

W odpowiedzi na powyższe wezwania, Przedsiębiorca w dniu 4 sierpnia 2020 r., 10 września 2020 r., 5 października 2020 r. oraz 26 października 2020 r. Przedsiębiorca przekazał wymagane dokumenty.

Dowód: Pismo z 4 sierpnia 2020 r., k. 48 akt adm., Pismo z 10 września 2020 r., k. 77 akt adm.

Pismo z 5 października 2020 r., k. 92 akt adm., Pismo z 26 października 2020 r. k. 111 akt adm.

Zawiadomieniem z dnia 18 listopada 2020 r. Prezes URE poinformował Przedsiębiorcę o zakończeniu postępowania dowodowego i możliwości złożenia dodatkowych wyjaśnień i dokumentów - w terminie 14 dni licząc od dnia doręczenia zawiadomienia. Prezes URE wskazał m.in., że na dzień wysłania tej informacji nie zostały spełnione lub wykazane, zależne od strony przesłanki, tj. Przedsiębiorca nie udowodnił, że dysponuje środkami finansowymi w wielkości wystarczającej do zagwarantowania prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej. Jednocześnie, Prezes URE ustosunkował się do pisma Przedsiębiorcy z dnia 14 października 2020 r. pt „Wniosek o objęcie osobistym nadzorem postępowania koncesyjnego przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki" (k. 132 akt adm.), wskazując, że stawiane w tym wystąpieniu tezy nie znajdują żadnego uzasadnienia, a powoływane okoliczności lub fakty, dotyczące rzekomych nieprawidłowości, nie miały miejsca. W ocenie przedsiębiorcy organ świadomie przedłuża postępowanie koncesyjne w celu ograniczenia przedsiębiorcy dostępu do rynku energetycznego.

Dowód: Zawiadomienie z 18 listopada 2020 r., k. 128 akt adm.

Decyzja Prezesa URE w przedmiocie udzielenia przedsiębiorcy koncesji na obrót paliwami gazowymi wydana została 17 listopada 2020 r.

Dowód: Decyzja Prezesa URE z 17 listopada 2020 r., k. 94 akt sąd.

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

**Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:**

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo energetyczne, Prezes URE udziela koncesji wnioskodawcy, który dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwość ich pozyskania.

W orzecznictwie wskazuje się, że zawarta w cytowanym wyżej przepisie przesłanka składa się z dwóch niezależnych części, które mogą w każdym postępowaniu realizować się niezależnie do siebie albo krzyżowo. Zgodnie bowiem

z ww. przepisem przedsiębiorca musi mieć możliwości finansowe - "dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe jej wykonywanie" lub co najmniej jest w stanie "udokumentować możliwość ich pozyskania" w przyszłości. Można także mieć określone środki finansowe i udokumentować możliwości ich pozyskania, co w sumie pozwoli na uznanie, że przedsiębiorca spełnia kryterium finansowe pozwalające na udzielenie mu koncesji. Samo udokumentowanie zarówno posiadania środków finansowych, jak i możliwości pozyskania odpowiednich środków finansowych nie może mieć charakteru abstrakcyjnego, a zatem nie może sprowadzać się jedynie do oświadczenia wnioskodawcy w tym zakresie. Musi on przedstawić dokumenty potwierdzające w sposób obiektywny, że odpowiednimi środkami dysponuje lub będzie dysponował (zob. szerzej Z. Muras, Przesłanki uzyskania koncesji..., s. 19).

Stosownie do przepisów prawa energetycznego i ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ocena czy przedsiębiorca spełnia warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją i czy daje rękojmię prawidłowego wykonywania działalności pozostawiona została Prezesowi URE, jako właściwemu organowi administracji. Jak wskazuje się w orzecznictwie, podważenie dokonanej oceny musi być wynikiem nietrafności przyjętych przez organ administracji przesłanek do wnioskowania lub nielogiczności wniosku dokonującego tej oceny organu, przy czym kwestionowanie argumentacji organu nie może opierać się wyłącznie na twierdzeniach ubiegającego się o koncesję podmiotu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2007 r. sygn. akt VI ACa 38/07).

Wnioskodawca musi zatem dysponować środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie koncesjonowanej działalności gospodarczej lub być co najmniej w stanie udokumentować możliwość ich pozyskania w przyszłości (zob. wyr. SOKiK z 14.3.2016 r., XVII AmE 59/15, Legalis), a uznanie przez organ regulacyjny, że przedsiębiorca ubiegający się o koncesję nie daje gwarancji prawidłowego wykonywania objętej nią działalności, może stanowić podstawę do odmowy udzielenia koncesji (zob. wyr. SA w Warszawie z 15.4.2016 r., VI ACa 208/15, Legalis).

Należy mieć na uwadze, że przesłanka dysponowania środkami finansowymi, oceniana w kontekście skali planowanej działalności, jest dokonywana w oparciu o środki wskazane przez wnioskodawcę pozostające w jego dyspozycji i obejmujące wszelkie składniki majątku, które pozwalają ocenić jego kondycję finansową [por. Z. Muras, (w:) Z. Muras, M. Swora (red.), Prawo energetyczne. Tom II..., s. 455]. Trzeba zarazem wskazać, że ustawodawca nie konkretyzuje, w jakiej wysokości środki dają rękojmię prowadzenia działalności koncesjonowanej.

Prawidłowe udokumentowanie możliwości finansowych stanowi obowiązek wnioskodawcy, natomiast prawidłowa weryfikacja i odniesienie się do zgromadzonego materiału - obowiązek organu administracji. Przy czym Prezes URE nie ma obowiązku wskazania dokładnie, czego oczekuje od Powoda. Warto podkreślić, że koncesja jest decyzją o charakterze uznaniowym, zatem udzielenie koncesji (zmiana) bądź odmowa jej udzielenia pozostawione są w gestii organu wydającego.

W rozpoznawanej sprawie kwestią sporną pomiędzy stronami było to, czy Powód w wystarczającym zakresie zapewnił środki finansowe niezbędne do prawidłowego prowadzenia działalności koncesjonowanej objętej wnioskiem i czy daje rękojmię prawidłowego wykonywania tej działalności.

Jak ustalono, przedsiębiorca zamierza prowadzić działalność gospodarczą w zakresie obrotu energią elektryczną, której rozmiar w okresie od 2020 r. do 2022 r. określił w zestawieniu planowanych przychodów dla działalności objętej wnioskiem koncesyjnym na poziomie (...) zł, a (...) zł. Przedsiębiorca ubiegał się ponadto o uzyskanie koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obrotu paliwami gazowymi, gdzie zaplanował przychody na poziomie od (...) zł w pierwszym roku działalności do (...) zł w trzecim roku działalności. Decyzja Prezesa URE w przedmiocie udzielenia przedsiębiorcy koncesji na obrót paliwami gazowymi wydana została 17 listopada 2020 r. (k. 94 akt sąd.)

W toku postępowania, Powód wskazał, że posiada kapitał zakładowy w wysokości (...) zł oraz kwotę uzyskaną w drodze pożyczki w wysokości (...) zł (środki przelane na rachunek bankowy Powoda i pozostawające w jego dyspozycji). Ocena

wniosku Powoda o udzielenie koncesji dokonana przez Prezesa URE w toku postępowania administracyjnego, skupiła się przede wszystkim na ww. wartościach.

W ocenie Sądu, w istocie marginalne znaczenie w niniejszej sprawie, na tym etapie, ma kwestia kosztów działalności związanych z wynagrodzeniem pracowników, których wysokość została zakwestionowana przez Organ w decyzji. W pierwszym rzędzie bowiem należy ustalić środki, jakimi dysponuje przedsiębiorca składając wniosek o koncesję. W drugiej kolejności zbadać, jak się one mają w kontekście – między innymi – kosztów jego planowanej działalności.

W niniejszej sprawie, głównym składnikiem majątkowym mającym zapewnić spełnienie wymogu z art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo energetyczne, jest uzyskana przez Powoda, w wyniku zawartej w dniu 7 maja 2020 r. z (...) sp. z o.o. (udziałowca Powoda), umowy pożyczki na kwotę (...) zł. Przy czym poza sporem było, że w dacie wydania kwestionowanej decyzji Powód posiadał środki uzyskane z pożyczki w swojej dyspozycji.

Pozwany oceniając możliwości finansowe Powoda wskazał, że nie posiada on aktywów trwałych ani własnych środków finansowych (kapitał zakładowy w kwocie (...) zł można uznać za pomijalny w kontekście wielkości planowanych obrotów). Ponadto Prezes nie uznał, że udzielona pożyczka poprawia wiarygodność finansową Powoda, stwierdzając, że nie zawiera ona elementów stanowiących istotę pożyczki podporządkowanej – to znaczy takiej pożyczki, z którą doktryna wiąże możliwość uzyskania przez dającego pożyczkę odsetek lub kwoty głównej po zaspokojeniu wierzycieli biorącego pożyczkę, a w konsekwencji od umowy takiej można odstąpić, wypowiedzieć ją, rozwiązać za zgodą obu stron. Ponadto Prezes wskazał, iż środki finansowe pochodzące z umowy pożyczki stanowią wierzytelność pożyczkodawcy wobec przedsiębiorcy, która z punktu widzenia przepisów o rachunkowości nie jest przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów.

Zaprezentowane przez Prezesa w uzasadnieniu decyzji stanowisko, wykluczające przedmiotową kwotę (...) zł z oceny spełniania przez Powoda wymogów z art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo energetyczne, uznać należy za błędne. Co za tym idzie zaskarżona decyzja na tym etapie uznana musi być za nieprawidłową – oparta została bowiem na błędnych przesłankach.

Przede wszystkim należy stwierdzić – wbrew stanowisku Pozwanego - iż Powód w chwili składania wniosku o udzielenie koncesji, dysponował kwotą (...) zł. Trudno sobie wyobrazić środki finansowe bardziej spełniające wymogi z art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo energetyczne, niż gotówka znajdująca się na rachunku przedsiębiorcy pozostająca w jego wyłącznej dyspozycji. Nie można zgodzić się stwierdzeniem Prezesa, iż środki finansowe pochodzące z pożyczki nie są przysporzeniem majątkowym, lecz zobowiązaniem zaliczanym do pasywów. Bilans bowiem charakteryzuje się zrównoważeniem stron a pasywom zawsze odpowiadają aktywa. I oczywiście – jako zobowiązanie spółki do zwrotu pożyczki po jednej stronie bilansu będzie zaksięgowane zobowiązanie wynikające z tej umowy, ale po stronie aktywów zaksięgowana będzie gotówka uzyskana w drodze zawartej umowy pożyczki. Nie ma zaś bardziej dostępnego aktywa niż aktywo pieniężne.

Trudno również się zgodzić ze stwierdzeniem, środki uzyskane z pożyczki nie są „własnymi środkami przedsiębiorcy”. Istotą bowiem umowy pożyczki jest przeniesienie na własność określonej ilości pieniędzy (art. 720 k.c.). Zatem wszystkie środki uzyskane w drodze umowy pożyczki stają się własnością biorącego pożyczkę.

Wreszcie za niezasadny uznać należy argument, iż jest to umowa, którą łatwo zakończyć (zwłaszcza pomiędzy stronami umowy, które są powiązane osobowo i kapitałowo jak w niniejszej sprawie), co za tym idzie - jak rozumieć należy argumentację Pozwanego mimo, iż nie została ona *expressis verbis* wyrażona w uzasadnieniu decyzji - Powód łatwo mógłby wyzbyć się środków uzyskanych w drodze umowy pożyczki, po uzyskaniu korzystnej dla siebie decyzji w przedmiocie koncesji.

Po pierwsze, rozumowanie takie zakłada złą wolę przedsiębiorcy i nie zasługuje na uwzględnienie jako argument w toku postępowania administracyjnego.

Po drugie jednak podkreślić należy, iż de facto każda czynność prawna może być przez strony zakończona i nie ma w istocie żadnej prawnej podstawy uzyskania środków finansowych, która – przy odpowiedniej postawie przedsiębiorcy - pozwoliła by wyzbyć się tych środków, które przedsiębiorca wskazał jako zabezpieczenie prowadzenia działalności koncesjonowanej. Dlatego ocena posiadanych przez przedsiębiorcę środków finansowych przez pryzmat badania, czy czynność prawna, na podstawie której przedsiębiorca uzyskał środki finansowe jest mniej lub bardziej pewna, wydaje się być w tym przypadku nieprawidłową, niezależnie od tego, że warunki uzyskania przedmiotowej w sprawie pożyczki zostały ustalone odmiennie niż wskazuje to Pozwany w swojej decyzji – zakładają bowiem utrzymanie środków uzyskanych w drodze pożyczki przez Powoda co najmniej do końca okresu, na który uzyska on koncesję.

Wreszcie podkreślenia wymaga fakt, iż przedsiębiorca, który uzyskał koncesję zobowiązany jest do spełnienia przewidzianych prawem warunków jej otrzymania przez cały okres prowadzenia działalności koncesjonowanej, w przeciwnym razie wiąże się to z możliwością cofnięcia koncesji. Pozwany ma zatem środki, które pozwalają przeciwdziałać także takiej sytuacji, w której przedsiębiorca uzyskał środki finansowe wyłącznie w celu wylegitymowania się wiarygodnością na moment uzyskania koncesji.

W konsekwencji zatem przedmiotowa kwota (...) zł winna zostać uwzględniona w toku postępowania o udzielenie koncesji Powodowi. Natomiast nie ma potrzeby badania na etapie sądowym, czy prawidłowo ocenione, zadeklarowane przez Powoda środki finansowe w określonej wysokości są wystarczające do uznania, iż Powód daje rękojmię prawidłowego prowadzenia działalności koncesjonowanej, bowiem postępowanie to – z natury rzeczy – nie może zakończyć się udzieleniem koncesji (vide rozważania poniżej).

Za chybiony jednak należało uznać zarzut naruszenia przez Prezesa URE przepisów postępowania administracyjnego, bowiem tego rodzaju zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. 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. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, 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 Ochrony Konkurencji i Konsumentów, według reguł kontradyktoryjnego 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 (por. np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., sygn. akt III SZP 2/05). Tutejszy Sąd zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

Reasumując powyższe rozważania, Sąd postanowił uchylić zaskarżoną decyzję i polecić Prezesowi URE ponowne dokonanie oceny przesłanki o której mowa w art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo energetyczne, przede wszystkim w zakresie w jakim ocena ta odnosi się do Umowy pożyczki w kwocie (...) zł zawartej w dniu 7 maja 2020 r.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w literaturze, chociaż SOKiK w sprawach składanych odwołań orzeka jako sąd pierwszej instancji i zgodnie z przepisami k.p.c. może orzekać co do istoty sprawy, to orzekając w sprawach koncesji, powinien uchylić skarżoną decyzję i przez to, pozostawiając wniosek wymagający rozstrzygnięcia, de facto przekazać sprawę do ponownego rozpoznania Prezesowi URE. Trafne jest uznanie, że ewentualna praktyka zmiany decyzji i

udzielania koncesji przez sąd mogłaby mieć negatywny wpływ na jednolitość procedury w zakresie wydawania koncesji [por. Z. Muras, (w:) Z. Muras, M. Swora (red.), Prawo energetyczne. Tom II..., s. 444]. Jako argument dodatkowy, warto również wskazać, że udzielanie i cofanie koncesji stanowi zadanie Prezesa URE przy jednoczesnym braku uregulowań dotyczących możliwości zastępczej realizacji uprawnień w tym zakresie przez jakikolwiek inny organ, w tym organ władzy sądowniczej. (Komentarz - Art. 33 PrEnerg red. Kuliński 2017, wyd. 1/J. Kasnowski, Legalis)

Powyższa teza znajduje swoje potwierdzenie także w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 czerwca 2007 r. w sprawie toczącej się pod sygn. akt VI ACa 187/07 wskazał, że ze względu na specyfikę co do formy i treści udzielonej koncesji oraz konieczność utrzymania jednolitego zakresu udzielanych koncesji udzielenie jej przez Sąd staje się niemożliwe. Udzielona przez Sąd koncesja musiałaby bowiem odpowiadać wymogom koncesji funkcjonujących w obrocie prawnym tak, aby nie naruszała zasady równoprawnego traktowania przedsiębiorców. Jednocześnie udzielenie koncesji wyrokiem utrudniałoby możliwość jej kontroli przez organy administracyjne i wywoływałoby, ze względu na jej nietypową formę, wątpliwości w obrocie gospodarczym de facto utrudniając korzystanie z takiej koncesji, przez podmiot który ją otrzymał. (Wyrok SA w Warszawie z 6.06.2007 r., VI ACa 187/07, LEX nr 1645936).

Zgodnie z art. 479<sup>53</sup> § 1 k.p.c. Sąd ochrony konkurencji i konsumentów oddala odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia. W razie uwzględnienia odwołania, sąd ochrony konkurencji i konsumentów zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy (§ 2). W przytoczonym katalogu rozstrzygnięć ustawodawca nie uprawnił SOKiK do udzielenia koncesji.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy w oparciu o art. 479<sup>53</sup> § 2 k.p.c. uchylił zaskarżoną decyzję, o czym orzekł w pkt 1 wyroku.

Uznając Prezesa URE za przegrywającego sprawę stosownie do przepisu art. 98 k.p.c. zaliczono do niezbędnych kosztów procesu strony poniesione przez nią koszty sądowe w postaci opłaty od odwołania w wysokości 1000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego Powoda za dotychczasowe postępowanie wraz z opłatą od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

SSO Maciej Kruszyński