



Sygn. akt III SK 30/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Grażyna Niedziałkowska

w sprawie z powództwa E. S.A. w P.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o nałożenie kary pieniężnej,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw

Publicznych w dniu 28 listopada 2017 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt VI ACa (...),

- 1. oddała skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 27 listopada 2008 r., nr D. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes URE) nałożył na E. S.A. w P. (powód) karę pieniężną w wysokości

7.594.613,28 zł za niewykonanie w 2006 r. obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii elektrycznej znajdujących się na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (dalej jako obowiązek zakupu energii z kogeneracji), określonego w art. 9a ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r.- Prawo energetyczne (jednolity tekst: Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm., dalej jako Prawo energetyczne lub PE).

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód, zaskarżając ją w całości.

Wyrokiem z 15 grudnia 2009 r., XVII AmE (...) Sąd Okręgowy w W.- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję i umorzył postępowanie. W wyniku apelacji Prezesa URE, Sąd Apelacyjny w (...) wyrokiem z 24 listopada 2010 r., VI ACa (...) uchylił wyrok Sądu Okręgowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy wyrokiem z 27 września 2011 r., XVII AmE (...) oddalił odwołanie. W wyniku apelacji powoda Sąd Apelacyjny w (...), wyrokiem z 29 maja 2012 r., VI ACa (...) raz jeszcze uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania.

Wyrokiem z 10 grudnia 2012 r., XVII AmE (...) Sąd Okręgowy w W., po rozpoznaniu sprawy po raz trzeci oddalił odwołaniem powoda. Sąd Okręgowy ustalił, że powód w 2006 r. zakupił 2.364.978,908 MWh energii z kogeneracji, wypełniając nałożony na niego obowiązek w 97%. Sąd Okręgowy ustalił ponadto, że powód nie skorzystał ze składanych mu ofert sprzedaży energii z kogeneracji (po cenie 174 zł, 175 zł, 200 zł, 206 zł i 209 zł), z uwagi na ich zbyt wysoką cenę, gdyż w zatwierdzonej dla powoda taryfie Prezes URE za uzasadnioną uznał cenę takiej energii na poziomie 138,70 zł/MWh.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 14 października 2013 r., VI ACa (...) Sąd Apelacyjny w (...) zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego przez zmianę decyzji Prezesa URE z 27 listopada 2008 r. w punkcie drugim, obniżając wymierzona karę pieniężną do kwoty 3.600.000 zł, a w pozostałej części oddalił odwołanie, oddalił także apelację w pozostałym zakresie i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd Apelacyjny uznał, że - wbrew twierdzeniom powoda - niewypelnienie przez niego obowiązku zakupu energii z kogeneracji nie było usprawiedliwione, mimo iż wykonał ten obowiązek w stopniu najwyższym (14,596%) w porównaniu do innych przedsiębiorstw energetycznych (13,088% z wymaganych 15%). W ocenie Sądu Apelacyjnego, niezakupienie przez powoda wymaganej ilości energii z kogeneracji przyniosło mu korzyści finansowe, gdyż zakupiona przez niego w miejsce energii z kogeneracji energia konwencjonalna była tańsza. Działanie powoda było zawinione, gdyż złożono mu oferty zakupu energii, z których nie skorzystał. Jednakże Sąd Apelacyjny postanowił obniżyć nałożoną na powoda karę pieniężną, uznając jednocześnie, że brak było podstaw do odstąpienia od jej nałożenia.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód zaskarżając go w części obejmującej utrzymanie w mocy decyzji Prezesa URE z 27 listopada 2008 r., nałożenie na powoda kary pieniężnej w wysokości 3.600.000 zł oraz wzajemne zniesienie kosztów postępowania między stronami.

Powód zarzucił naruszenia:

1. art. 30, art. 34 oraz art. 110 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w zw. z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP przez ich niezastosowanie i w konsekwencji brak uchylecia decyzji, w której organ orzekł o nałożeniu na powoda kary pieniężnej na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu uchylonym z dniem 24 lutego 2007 r. z tytułu zarzucanego powodowi niewywiązania się w roku 2006 z obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym z dniem 1 lipca 2007 r., podczas gdy wskazany obowiązek i ustanowiona na wypadek jego niewykonania sankcja w postaci wymierzenia kary pieniężnej wprost naruszająca określone w art. 30, art. 34 i art. 110 TFUE zakazy stosowania środków ograniczających swobodę przepływu towarów;
2. art. 108 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 1 TFUE w zw. z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP przez ich niezastosowanie i w konsekwencji brak uchylecia decyzji, w której organ nałożył na powoda karę pieniężną na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu uchylonym z dniem 24 lutego 2007 r. z tytułu zarzucanego powodowi niewywiązania się z obowiązku określonego w

art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym z dniem 1 lipca 2007 r., podczas gdy wskazany obowiązek i ustanowiona w razie jego niewykonywania sankcja w postaci wymierzenia kary pieniężnej wprost naruszają określony w art. 108 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 1 TFUE zakaz udzielania pomocy publicznej do chwili zatwierdzenia tej pomocy przez Komisję Europejską,

3. art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. w sprawie wspierania kogeneracji w oparciu o zapotrzebowanie na ciepło użytkowe na rynku wewnętrznym energii oraz zmieniającej dyrektywę 92/42/EWG (Dz.U. L 52, s. 50, dalej jako dyrektywa 2004/8) w zw. z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP przez jego niezastosowanie i w konsekwencji brak uchYLENIA decyzji, w której organ orzekł o nałożeniu na powoda kary pieniężnej z tytułu zarzucanego powodowi niewywiązanie się w 2006 r. z obowiązku określonego w art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym z dniem 1 lipca 2007 r. mimo tego, że program wsparcia producentów energii z kogeneracji wprowadzony przez Polskę na mocy art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym 1 lipca 2007 r. oraz przepisów wykonawczych wydawanych na podstawie art. 9a ust. 10 w brzmieniu uchylonym 24 lutego 2007 r., a którego niewykonanie jest sankcjonowane na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu uchylonym 24 lutego 2007 r. nie był zgodny z treścią art. 107 oraz 108 TFUE, a tym samym naruszał art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/8;

w razie nieuwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-3 naruszenie:

4. art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym do 24 lutego 2007 r. i art. 13 ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy- Prawo energetyczne, ustawy- Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2014 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 21, poz. 124, dalej jako ustawa zmieniająca) przez ich niezastosowanie, mimo że przepisy art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym do 24 lutego 2007 r. oraz art. 13 ustawy zmieniającej w brzmieniu obowiązującym do 30 kwietnia 2014 r. są względniejsze dla powoda niż zastosowany przez Sąd Apelacyjny przepis art. 56 ust. 1 pkt 1a

PE w brzmieniu obowiązującym przed 24 lutego 2007 r., ponieważ powodują depenalizację czynu objętego postępowaniem;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-4 naruszenie:

5. art. 382 k.p.c. oraz art. 217 § 2 i art. 227 w zw. z art. 391 §1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed 3 maja 2012 r. przez wydanie orzeczenia z pominięciem materiału dowodowego, zebranego na wcześniejszych etapach postępowania odwoławczego, w tym w postępowaniu przeprowadzonym w pierwszej instancji oraz pominięciem twierdzeń i dowodów powołanych przez powoda na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, które decydują o tym, że niewykonanie przez powoda starego obowiązku w całości było spowodowane okolicznościami, za które powód nie ponosi odpowiedzialności,

6. art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym przed 24 lutego 2007 r. przez jego zastosowanie mimo tego, że niewypełnienie przez powoda obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym 1 lipca 2007 r. było spowodowane okolicznościami, za które powód nie ponosi odpowiedzialności;

na wypadek nieuwzględnienie zarzutów opisanych w punktach 1-4 i 6 naruszenie:

7. art. 56 ust. 6a PE przez jego niezastosowanie mimo wystąpienia w niniejszej sprawie okoliczności uzasadniających odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-4 i 6-7 naruszenie:

8. art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez brak wyjaśnienia w uzasadnieniu orzeczenia przyczyn, dla których wysokość kary pieniężnej została ustalona przez Sąd Apelacyjny w kwocie 3.600.000 zł, co całkowicie uniemożliwia kontrolę zaskarżonego rozstrzygnięcia w tym zakresie;

9. art. 56 ust. 6 PE przez jego niezastosowanie i w konsekwencji ustalenie wysokości kary pieniężnej bez uwzględnienia okoliczności wskazanych w tym przepisie;

na wypadek nieuwzględnienia zarzutów opisanych w punktach 1-9 naruszenie:

10. art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu sprzed 24 lutego 2007 r. oraz art. 56 ust. 2a pkt 3 w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2007 r. przez ich zastosowanie oraz art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu od 24 lutego 2007 r. i art. 56 ust. 2a pkt 3 PE w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. przez ich niezastosowanie mimo tego, że wysokość kary pieniężnej określonej w art. 56 ust. 2a pkt 3 PE w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu od 24 lutego 2007 r. jest względniejszy dla powoda.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes URE wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem Najwyższym.

Rozpoznając 16 kwietnia 2015 r. na rozprawie skargę kasacyjną powoda Sąd Najwyższy postanowił skierować do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wnioski o rozstrzygnięcie trzech pytań prejudycjalnych, tj.:

1. czy art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że pomoc publiczną stanowi obowiązek zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła przewidziany w art. 9a ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne w brzmieniu obowiązującym w 2006 r., nadanym na podstawie art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2005 r. Nr 62, poz. 552)?
2. w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 1, czy art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że na naruszenie tego przepisu może powołać się w postępowaniu przed sądem krajowym przedsiębiorstwo energetyczne traktowane jako emanacja państwa członkowskiego, które było zobowiązane do wykonania obowiązku kwalifikowanego jako pomoc publiczna?
3. w przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytania nr 1 i 2, czy art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu

ustanawiającego Unię Europejską należy interpretować w ten sposób, że sprzeczność wynikającego z prawa krajowego obowiązku z art. 107 Traktatu ustanawiającego Unię Europejską wyłącza możliwość nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorstwo, które nie wykonało tego obowiązku?

Wyrokiem z 13 września 2017 r., C-329/15 E. (EU:C:2017:671) TSUE orzekł, że: art. 107 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że środek krajowy taki jak środek będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, nakładający zarówno na prywatne, jak i na publiczne przedsiębiorstwa obowiązek zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, nie stanowi interwencji państwa lub przy użyciu zasobów państwowych. TSUE odmówił tym samym odpowiedzi na drugie i trzecie pytanie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się niezasadna.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 30, art. 34 oraz art. 110 TFUE przez zastosowanie art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu uchylonym z dniem 24 lutego 2007 r., w sytuacji gdy obowiązek określony w art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym z dniem 1 lipca 2007 r., narusza swobodę przepływu towarów, Sąd Najwyższy nie znalazł żadnych podstaw do weryfikacji zgodności tego obowiązku z art. 30 oraz art. 110 TFUE, ponieważ nie ma on charakteru opłaty o skutku równoważnym do cła ani dyskryminującego towary zagraniczne opodatkowania wewnętrznego. Z uwagi na odmienną konstrukcję obowiązku zakupu energii z kogeneracji w porównaniu do obowiązku uiszczania opłaty, której dotyczył wyrok TSUE z 17 lipca 2008 r. w sprawie *C-206/06 Essent Network Noord i in.* (EU:C:2006:194), stanowisko TSUE wyrażone w powołanym orzeczeniu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Sąd Najwyższy uznał także, czemu już wcześniej dał wyraz w uzasadnieniu pytania prejudycjalnego wniesionego w niniejszej sprawie (postanowienie z 16 kwietnia 2015 r., III SK 30/14, LEX nr 1753187), że powód nie może skutecznie podnosić zarzutu sprzeczności zastosowanych przez Sąd drugiej instancji normy sankcjonowanej (art. 9a ust. 8 PE) oraz normy sankcjonującej (art. 56 ust. 1 pkt 1a PE) z art. 34 TFUE, ponieważ w stanie faktycznym sprawy nie doszło do naruszenia swobody przepływu energii (jak chociażby w wyroku TSUE z 17 lipca

2008 r. w sprawie C-206/06 *Essent Network Noord*, EU:C:2008:413). O naruszeniu tej swobody można byłoby mówić, gdyby Prezes URE odmówił zaliczenia powodowi na poczet wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego energii z kogeneracji zakupionej przez powoda w innym państwie członkowskim. W niniejszej sprawie powód takiej energii nie zakupił, ani nie rozważał takiej możliwości. Powód nie ma zatem interesu prawnego w powołaniu się na sprzeczność obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego z zasadą swobody przepływu towarów. Rozstrzygnięcie problemu, czy obowiązek zakupu energii z kogeneracji jest sprzeczny z art. 34 TFUE nie ma żadnego związku z rozpoznaniem skargi kasacyjnej powoda, gdyż nałożenie kary pieniężnej nie pozostaje choćby w pośrednim i potencjalnym związku z korzystaniem ze swobody przepływu towarów (por. wyrok TSUE z 21 stycznia 2003 r. w sprawie C-318/00 *Bacardi-Martini*, EU:C:2003:41).

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że powód mógł skutecznie podnosić zarzut naruszenia art. 34 TFUE, to wynikające z art. 9a ust. 8 PE ograniczenie swobody przepływu towarów (wskutek obowiązku zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła wyłącznie ze źródeł energii zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej) byłoby usprawiedliwione. W tym zakresie skarga kasacyjna powoda oparta jest na założeniu, zgodnie z którym wartości pozwalające na odstępstwo od zakazu, o którym mowa w art. 34 TFUE należy podzielić na dwie kategorie. Pierwsza z nich, obejmująca wartości wymienione w art. 36 TFUE, znajduje zastosowanie do środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w przywozie mających zarówno dyskryminujący jak i niedyskryminujący charakter. Natomiast druga, według koncepcji powoda, obejmująca wartości niewymienione w art. 36 TFUE, określane w doktrynie sformułowaniem wymogi konieczne lub nadrzędne wymogi interesu publicznego, znajduje zastosowanie wyłącznie do usprawiedliwienia środków o charakterze niedyskryminującym. Skoro obowiązek zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu odwoływał się do energii wytworzonej w źródłach zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej, to – zdaniem skarżącego – nie można usprawiedliwić ewentualnego ograniczenia swobody przepływu towarów wynikającego z tej regulacji za pomocą wymogu koniecznego w postaci ochrony

środowiska (wartości niewymienionej w art. 36 TFUE). Sąd Najwyższy nie podzielił tego założenia, kierując się następującą argumentacją. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dychotomiczny podział na środki dyskryminujące i niedyskryminujące pod kątem możliwości usprawiedliwienia ograniczeń w swobodzie przepływu towarów traci na znaczeniu w praktyce orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości UE. Choć TSUE wprost nie odżegnuje się od tego rozróżnienia, wypracowanego we wcześniejszym orzecznictwie, w nowszym orzecznictwie można zauważyć tendencję do ignorowania znaczenia kwalifikacji środka jako dyskryminującego i niedyskryminującego (por. np. wyroki TSUE z 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C- 120/95 *Decker*, EU:C:1998:167; z 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 *PreussenElektra*, EU:C:2001:160; z 15 listopada 2005 r. w sprawie C-320/03 *Komisja przeciwko Austrii*, EU:C:2005:684). W drugiej kolejności Sąd Najwyższy uwzględnił, że nawet w przypadku podtrzymania znaczenia rozróżnienia między środkami ograniczającymi swobodę przepływu towarów o charakterze dyskryminującym i niedyskryminującym, środki promujące działalność polegająca na wytwarzaniu energii w skojarzeniu z produkcją ciepła służą nie tylko ochronie środowiska ale także wymienionej w art. 36 TFUE ochroni zdrowia lub życia ludzi (wyroki TSUE z 11 września 2014 r. w sprawach połączonych C-204/12 do 208/12 *Essent Belgium I*, EU:C:2014:2192; z 1 lipca 2014 r. w sprawie C-573/12 *Ålands Vindkraft*, EU:C:2014:2037 oraz z 29 września 2016 r. w sprawie C- 492/14 *Essent Belgium II*, EU:C:2016:732). To z kolei oznacza, że możliwe jest usprawiedliwienie środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w przywozie takich jak art. 9a ust. 8 PE na podstawie art. 36 TFUE.

Nieuzasadnione okazały się także najistotniejsze zarzuty skargi kasacyjnej powoda (art. 108 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 1 TFUE oraz art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/8), dotyczące sprzeczności obowiązku zakupu energii z art. 9a ust. 8 PE z unijnymi regułami pomocy publicznej. W świetle wyroku TSUE z 13 września 2017 r. w sprawie C-329/15 E., powód nie jest emanacją państwa członkowskiego, zatem realizowanie przez niego obowiązku zakupu energii nie stanowi pomocy publicznej dla wytwórców energii z kogeneracji, która byłaby finansowana ze źródeł państwowych.

Przechodząc do zarzutów obejmujących swym zakresem poszczególne jednostki redakcyjne art. 56 PE w różnych wariantach, Sąd Najwyższy przypomina, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem nie doszło do depenalizacji obowiązku wskutek zmiany legislacyjnej lecz do modyfikacji sposobu wykonania obowiązku oraz zasad naliczania kar pieniężnych. Jedynie wskutek nieprecyzyjnego sformułowania przepisów przejściowych (uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2009 r., III SZP 2/09, OSNP 2010 nr 7-8, poz. 105) zastosowanie znajdują nowe przepisy w zakresie kary pieniężnej, o ile wymierzana na ich podstawie kara byłaby łagodniejsza dla przedsiębiorstwa energetycznego. Bezpodstawny jest więc zarzut naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym do 24 lutego 2007 r.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu obowiązującym przed 24 lutego 2007 r. przez jego zastosowanie mimo tego, że niewypełnienie przez powoda obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 PE w brzmieniu uchylonym 1 lipca 2007 r. było spowodowane okolicznościami, za które powód nie ponosi odpowiedzialności, ponieważ z ustaleń postępowania sądowego nie wynika, by niewypełnienie obowiązku było spowodowane okolicznościami, za które powód nie ponosi odpowiedzialności.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że w wiążących dla Sądu Najwyższego ustaleniach faktycznych nie ma ustaleń pozwalających stwierdzić, że niedochowanie obowiązku z art. 9a ust. 8 PE za 2006 r. było poza zakresem możliwości sprawczych powoda. Skoro z ustaleń postępowania sądowego wynika, że w 2006 r. byli producenci, którzy nie sprzedali energii czerwonej, oznacza to, że powód miał możliwość zakupu takiej energii i nieskuteczna jest linia obrony, zgodnie z którą nie mógł zakupić energii czerwonej w momencie, w którym zorientował się, że zakontraktowana z wyprzedzeniem ilość energii czerwonej nie wystarczy do uczynienia zadość obowiązkowi z art. 9a ust. 8 PE. Niewątpliwie nie jest okolicznością zaliczaną do „obiektywnego uzasadnienia” niewykonania obowiązku publicznoprawnego otrzymanie ofert zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu po cenie, która według kalkulacji powoda była wygórowana. Także „zwykła” zmienność warunków pogodowych (prowadząca do przekroczenia prognoz sprzedaży energii ogółem oraz zmniejszania dostępnego na rynku

wolumenu energii czerwonej z powodu mniejszego zapotrzebowania na ciepło) nie może być traktowana jako okoliczność zaskakująca przedsiębiorstwo energetyczne po kilkuletnim okresie obowiązywania obowiązku zakupu energii czerwonej. Przede wszystkim jednak w ustaleniach postępowania sądowego nie ma mowy o staraniach (i powodach jej nieskuteczności) powoda o zakup energii czerwonej po zorientowaniu się przez niego co do konieczności uzupełniania ilości zakupionej do tej pory energii czerwonej.

Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu sprzed 24 lutego 2007 r. oraz art. 56 ust. 2a pkt 3 w brzmieniu obowiązującym przed 1 lipca 2007 r. przez ich zastosowanie oraz art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu od 24 lutego 2007 r. i art. 56 ust. 2a pkt 3 PE w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. przez ich niezastosowanie mimo tego, że wysokość kary pieniężnej określonej w art. 56 ust. 2a pkt 3 PE w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1a PE w brzmieniu od 24 lutego 2007 r. jest względniejszy dla powoda. Sąd Najwyższy, kierując się metodologią przyjętą w wyroku z 21 października 2014 r., III SK 48/13 (LEX nr 1541206), powieloną częściowo w skardze kasacyjnej powoda, stwierdza, że zastosowanie „nowej” regulacji wymiaru kary pieniężnej byłoby dla powoda korzystniejsze w tym sensie, że minimalna kara pieniężna wymierzona na podstawie „nowych” przepisów wynosiłaby 1.615.728,08 zł. Ponieważ jednak regulacja art. 56 ust. 2a pkt 3 PE odnosi się tylko do minimalnej kary pieniężnej, dopuszczalne jest nałożenie kary wyższej. Należy zatem jedynie ocenić, czy kara w wysokości 3.600.000 zł, wyższa od kary minimalnej o ok. 2.000.000 zł, jest karą proporcjonalną.

Zarzut naruszenia art. 56 ust. 6a PE byłby zasadny, gdyby okazało się, że stopień szkodliwości czynu powoda jest znikomy a ponadto powód zrealizował obowiązek lub zaprzestał naruszania prawa. Siłą rzeczy przepis ten nie może znaleźć zastosowania przy wymierzaniu kary pieniężnej za naruszenie obowiązku zakupu energii w skojarzeniu w danym roku kalendarzowym, ponieważ nie można zaprzestać naruszania tego obowiązku, skoro nie został on wykonany. Jednocześnie, po uwzględnieniu przesłanek jakimi należy się kierować oceniając stopień szkodliwości czynu (rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary

wyrządzonej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych obowiązków, postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia), nie ma podstaw do uznania go za znikomy z uwagi na motywację powoda (minimalizacja kosztów własnej działalności) towarzyszącą niewykonaniu obowiązku zakupu oraz skalę działalności powoda. Sąd Najwyższy dostrzega, na co zwracano uwagę w skardze kasacyjnej, że powód wykonał obowiązek z art. 9a ust. 8 PE w - procentowo – większym stopniu, niż średnia dla pozostałych obciążonych nim przedsiębiorstw. Skala działalności powoda (jednego z największych koncernów energetycznych) powoduje jednak, że negatywne skutki niewypełnienia (w mniejszej skali) obowiązku zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu są znacznie bardziej odczuwalne dla rynku wytwarzania tej energii ze względu na wolumen energii jaką powód zakupiłby, gdyby wywiązał się z obowiązku w całości.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy uznał za niezasadny zarzut naruszenia art. 56 ust. 6 PE, ponieważ Sąd nie może naruszyć tego przepisu obniżając wysokość kary pieniężnej, w sytuacji gdy organ regulacyjny uwzględnił już przesłanki zastosowania tego przepisu, a sąd uznaje, że wymierzona po ich uwzględnieniu kara powinna zostać obniżona. Niezależnie od powyższego, możliwości finansowe powoda niewątpliwie nie stoją na przeszkodzie zapłacie kary pieniężnej w wysokości orzeczonej zaskarżonym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w (...). Stopień szkodliwości czynu (niewykonanie obowiązku zakupu służącego promowaniu efektywniejszych i bardziej ekologicznych źródeł energii) nie jest znikomy z przyczyn wskazanych powyżej w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 56 ust. 6a PE. Dodatkowo należy uwzględnić, jak trafnie podniesiono w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że negatywne skutki zaniechania powoda będą odczuwalne w dłuższym okresie czasu, z uwagi na zniechęcenie do inwestowania w tego rodzaju źródła energii. Przy ustaleniu postępowania sądowego, zgodnie z którym powód otrzymał oferty zakupu energii czerwonej (co prawda w okresie, w którym powód był w przekonaniu, że zakontraktował odpowiednią ilość tej energii), zaś wymienieni w uzasadnieniu wyroku wytwórcy energii czerwonej nie wykorzystali w 2006 r. istotnej części mocy produkcyjnych (ilość oferowanej energii z kogeneracji wynosiła 99.910,00 MWh, ilość energii z

kogeneracji oferowana do sprzedaży powodowi, która ostatecznie nie znalazła nabywców wynosiła 61.213,000 MWh, przy czym oferenci ci zbyli w 2006 r. od 29 do 41% rocznych zdolności produkcyjnych) Sąd Najwyższy podzielił ocenę Sądu drugiej instancji co do zawinionego niewykonania obowiązku z art. 9a ust. 8 PE.

Faktem jest, że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika wyraźnie z jakich przyczyn Sąd drugiej instancji uznał za adekwatną karę pieniężną w wysokości 3.600.000 zł w stosunku do wymierzonej pierwotnie kary w wysokości prawie 7.600.000 zł. Należy jednak podkreślić, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku mowa o tym, że niezakupienie przez powoda oferowanej mu energii ze źródeł skojarzonych przyniosło korzyść w postaci różnicy w cenie między energią czerwoną a energią konwencjonalną. Sąd Najwyższy dodatkowo uwzględnił, że kara wyliczona wg wzoru z art. 56 ust. 2a pkt 3 PE ma charakter kary minimalnej. Obliczona przy zastosowaniu nowego wzoru minimalna kara wynosi przeszło 1.600.000 zł, zaś oszacowane przez Sąd Okręgowy korzyści finansowe odniesione przez powoda w postaci różnicy w cenie zakupu oferowanej energii czerwonej a ceną energii konwencjonalnej, pomnożone przez ilość energii czerwonej, jakiej powód nie kupił celem wykonania obowiązku zakupu, wynosiły ok. 3.300.000 zł. Tym samym kara w wysokości orzeczonej przez Sąd drugiej instancji pozbawia powoda wszelkich korzyści uzyskanych z „oszczędności” wypracowanych przez niewykonania obowiązku ustawowego i zawiera minimalny (z punktu widzenia skali działalności powoda) element represyjny. Kara w takiej wysokości nie może zostać uznana za nieproporcjonalną. Dodatkowo Sąd Najwyższy uwzględnił, że skoro kara orzeczona na mocy zaskarżonego wyroku jest tylko nieznacznie wyższa od zidentyfikowanych w postępowaniu sądowym korzyści odniesionych przez powoda z niewykonania obowiązku, oznacza to, iż powoływane przez powoda okoliczności przemawiające na jego korzyść zostały w ostatecznym rozrachunku uwzględnione przez Sąd drugiej instancji przez zredukowanie elementu represyjnego orzeczonej przez Prezesa URE kary pieniężnej. Z tych powodów Sąd Najwyższy nie uwzględnił zarzutów prawa procesowego sformułowanych w skardze a odnoszących się do wad uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia oraz nieuwzględnienia całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji. W zakresie orzeczenia o kosztach uwzględniono, że z wyroku TSUE z 13 września 2017 r., C-329/15 E. nie wynika, by w postępowaniu w przedmiocie postępowania prejudycjalnego występował Prezes URE.

r.g.