



Sygn. akt III SK 12/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Piotr Prusinowski (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Joanna Porowska

w sprawie z powództwa I. Polska Spółki Akcyjnej w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki
o wymierzenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 20 marca 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 28 października 2016 r., sygn. akt VI ACa .../15,

**uchyla zaskarżony wyrok w punkcie 1 i w tym zakresie
przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w W. do ponownego
rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania
kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 31 grudnia 2012 r. o nr DPE-451-117(11)/2720/2099-2012/MD Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes URE) orzekł, że:

1) przedsiębiorca R. Polska S.A. z siedzibą w W. (obecnie I. Polska Spółka Akcyjna w W., powód) za pierwsze półrocze 2007 r. nie wywiązał się z 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., w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007 r., dalej jako PE przede nowelizacją) obowiązku zakupu oferowanej energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium RP; 2) powód za drugie półrocze 2007 r. nie wywiązał się z 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., w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2007 r. do dnia 8 sierpnia 2010 r., dalej jako PE po nowelizacji) obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia z kogeneracji, o których mowa w art. 9l ust. 1 PE po nowelizacji, dla energii elektrycznej wytworzonej w jednostkach kogeneracji znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo uiszczenia opłaty zastępczej obliczonej w sposób określony w art. 9a ust. 8a PE po nowelizacji; 3) za działania opisane w pkt 1 i 2 wymierzył powodowi łączną karę pieniężną w kwocie 17.048.600,22 zł, tj. w wysokości 0,88% przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2011 r., tj.: - za działanie opisane w pkt 1 wymierzył przedsiębiorcy karę pieniężną w kwocie 2.094.150 zł, tj. w wysokości 0,108% przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2011 r., - za działanie opisane w pkt 2 wymierzył przedsiębiorcy karę pieniężną w kwocie 14.954.450,22 zł, tj. w wysokości 0,772% przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2011 r.

Odwołanie od powyższej decyzji złożył powód.

Wyrokiem z 23 kwietnia 2015 r., Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie pierwszym uchylił zaskarżoną decyzję w całości, w punkcie drugim zasądził od Prezesa URE na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że w drugim półroczu 2007 r. powód dokonał sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych 3.155.635,054 MWh, wobec czego był obowiązany do uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE

świadczeń pochodzenia z kogeneracji, o których mowa w art. 9l ust. 1 pkt 1 PE po nowelizacji, na łączną ilość 25.245,080 MWh lub uiszczenia opłaty zastępczej w wysokości odpowiadającej tej ilości energii elektrycznej oraz do uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia z kogeneracji, o których mowa w art. 9l ust. 1 pkt 2 PE po nowelizacji, na łączną ilość 520.679,783 MWh lub uiszczenia opłaty zastępczej w wysokości odpowiadającej tej ilości energii elektrycznej. Powód nie przedstawił Prezesowi URE do umorzenia świadectw pochodzenia z kogeneracji. Do 31 marca 2008 r., w odniesieniu do jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 1 PE po nowelizacji, powód uiszczył opłatę zastępczą w wysokości 192.430 zł, odpowiadającą 1.644,701 MWh energii elektrycznej, natomiast w odniesieniu do jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 2 PE po nowelizacji, powód uiszczył opłatę w wysokości 609.230 zł, co odpowiada 33.921,492 MWh. Różnica w zakresie wymaganym udziałem energii elektrycznej pochodzącej z umorzonych świadectw pochodzenia z kogeneracji bądź wniesionej opłaty zastępczej w całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym, a udziałem osiągniętym przez powoda wyniosła według Prezesa URE 0,748% (23.600,379 MWh) - w odniesieniu do jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 1 PE po nowelizacji oraz 15,425% (486.758,291 MWh) - w odniesieniu do jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 2 PE po nowelizacji.

Sąd Okręgowy przyjął, że czynem, za którego niewykonanie mogła zostać nałożona na przedsiębiorstwo energetyczne kara, był w drugim półroczu 2007 r. obowiązek uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectwa pochodzenia z kogeneracji albo uiszczenia opłaty zastępczej, doprecyzowany § 9 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 września 2007 r. w sprawie sposobu obliczania danych podanych we wniosku o wydanie świadectwa pochodzenia z kogeneracji oraz szczegółowego zakresu obowiązku uzyskania i przedstawienia do umorzenia tych świadectw, uiszczania opłaty zastępczej i obowiązku potwierdzania danych dotyczących ilości energii elektrycznej wytworzonej w wysokosprawnej kogeneracji (Dz.U. Nr 185, poz. 1314, dalej jako rozporządzenie MG), którego przepisy na podstawie § 13 stosowało się od 1 lipca 2007 r. Obowiązek ten uznawano za spełniony, jeżeli za dany rok kalendarzowy udział ilościowy sumy

energii elektrycznej wynikającej z uzyskanych i umorzonych świadectw pochodzenia z kogeneracji lub z uiszczonej opłaty zastępczej, w wykonanej całkowitej rocznej sprzedaży energii elektrycznej przez dane przedsiębiorstwo energetyczne odbiorcom końcowym, wynosi nie mniej niż: 1) dla jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 1 Prawa energetycznego 0,8% w drugiej połowie 2007 r.; 2) dla jednostki kogeneracji, o której mowa w art. 9l ust. 1 pkt 2 Prawa energetycznego 16,5% w drugiej połowie 2007 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego w drugiej połowie 2007 r. nie było wątpliwości, co do zakresu obowiązku, jaki należało wykonać. Ukaraniu podlegał ten, kto nie przestrzegał obowiązków uzyskania i przedstawienia do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia lub świadectwa pochodzenia z kogeneracji, albo nie uiszczał opłaty zastępczej, o których mowa w art. 9a ust. 1 i 8 Prawa energetycznego.

Sąd Okręgowy ustalił także, że Prezes URE nie wydawał świadectw pochodzenia w drugiej połowie 2007 r., w związku z czym powód został pozbawiony wyboru przewidzianego w Prawie energetycznym między zakupem świadectw pochodzenia a uiszczeniem opłaty, a tylko za niewykonanie obowiązku zawierającego alternatywę mógł zostać ukarany. Powód został tym samym zmuszony do uiszczenia opłaty zastępczej, której wysokość nie była znana do 10 października 2007 r., a zatem do momentu wejścia w życie rozporządzenia MG. Dopiero wówczas sprecyzowany został zakres obowiązku, ciążącego na powodzie. Obowiązek uznawano się za spełniony za dany rok kalendarzowy (a nie połowę roku) w odniesieniu do rocznej sprzedaży, ale procentowe wielkości odnosiły się do drugiej połowy 2007 r. Ponadto obowiązek wyliczenia opłaty zastępczej według wzoru z art. 9a ust. 8a Prawa energetycznego spoczywał na przedsiębiorstwie. Dlatego też, oceniając wykonanie obowiązku uiszczenia opłaty zastępczej przez przedsiębiorstwo do 31 marca 2008 r., należy mieć na uwadze z jednej strony, moment publikacji rozporządzenia MG, który dopiero 10 października 2007 r. uchylał wątpliwości jak powinien zachowywać się w drugiej połowie 2007 r. podmiot zobowiązany, aby wywiązać się z obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, z drugiej strony wątpliwości interpretacyjne przy jego stosowaniu. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, sposób wyliczenia opłaty zastępczej mógł budzić wątpliwości

przedsiębiorstwa energetycznego, skoro dla połowy roku 2007 wielkość odpowiadała dotychczasowemu rocznemu obowiązkowi, a obowiązek za cały 2008 r. był na poziomie 19% (za drugą połowę 2007 r. 16,5%). Podzielenie roku 2007 na dwa obowiązki spełnione według tracącego z dniem 24 lutego 2007 r. moc § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła (Dz.U. Nr 267, poz. 2657, dalej jako rozporządzenie 2004) w skali 15,2% w całym 2007, a według ogłoszonego z dniem 10 października 2007 r. § 9 rozporządzenia w skali 0,8% i 16,5% w II połowie 2007 r. naruszało pewność przedsiębiorstwa w realizacji tych obowiązków. Zdaniem Sądu Okręgowego, z faktu, że powód składał wnioski o zmianę taryfy należało wyprowadzić stwierdzenie, że miał trudności z kształtowaniem swojej działalności gospodarczej celem wykonania obowiązku ustawowego zagrożonego karą pieniężną. Kalkulacja taryf na 2007 r. przewidywała środki na realizację obowiązku wielkości 15,2% określonego dla 2007 r. w rozporządzeniu z 2004 r. Powód wykorzystał wszystkie przyznane środki w wysokości 136.587.879,40 zł, określone dla 2007 r., ale według poziomu 15,2% z rozporządzenia z 2004 r. Tymczasem od 1 lipca 2007 r. obowiązywał inny obowiązek, doprecyzowany 10 października 2007 r. (z mocą od 1 lipca 2007 r.) z nowymi wielkościami dla drugiej połowy 2007 r. Powód mógł więc, w ocenie Sądu Okręgowego, zasadnie oczekiwać zmiany taryfy, bowiem nastąpiła zmiana stanu prawnego.

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

Wyrokiem z 28 października 2016 r., Sąd Apelacyjny w W. zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego częściowo w ten sposób, że uchylono zaskarżoną decyzję w punkcie pierwszym w całości oraz częściowo w punkcie trzecim w zakresie wymierzonej powodowi kary pieniężnej w kwocie 2.094.150 zł (dwa miliony dziewięćdziesiąt cztery tysiące sto pięćdziesiąt złotych) co stanowi 0,108% przychodu z działalności koncesjonowanej osiągniętego przez tego przedsiębiorcę w 2011 r. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone, podobnie jak apelacja Prezesa URE w pozostałej części.

W uzasadnieniu Sąd Apelacyjny stwierdził, że powód nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku za drugie półrocze 2007 r., za co należało nałożyć na niego karę pieniężną. Sąd Apelacyjny uznał, że literalne brzmienie przepisu art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego nie daje podstaw by przyjąć, że musi istnieć faktyczna (fizyczna) możliwość dokonania wyboru w danym okresie, aby przedsiębiorca był zobligowany ten obowiązek spełnić. Przepis daje bowiem przedsiębiorcy wybór, zaś oba sposoby wypełnienia tego obowiązku są równoważne. Co więcej obowiązek podlegał spełnieniu w terminie do 31 marca 2008 r., do tej daty istniała możliwość zakupu świadectw pochodzenia. Ponadto, z oświadczenia pozwanego Prezesa URE wynika, że większość podmiotów zobowiązanych do spełnienia obowiązku przewidzianego w powyższym przepisie, zrealizowała go przez uiszczenie opłaty zastępczej. Przyjęcie stanowiska Sądu pierwszej instancji spowodowałoby uprzywilejowanie powoda nie mające podstawy w przepisach prawa i mogłoby prowadzić do zachwiania konkurencji na rynku regulowanym. Wskazać więc należy, że jeżeli powód nie miał możliwości nabycia świadectw pochodzenia, powinien był uiścić opłatę zastępczą, tym samym realizując swój ustawowy obowiązek. Usprawiedliwienia zaniechania realizacji obowiązku nie stanowi również okoliczność późnego wydania rozporządzenia MG (tj. we wrześniu, gdy obowiązek istniał od 1 lutego 2007 r.). Podkreślenia wymaga, że gdyby z tytułu ewentualnego zaniechania legislacyjnego powód poniósł szkodę, może dochodzić jej naprawienia w drodze odrębnego procesu cywilnego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, brak jest również podstaw do zwolnienia powoda z realizacji powyższego obowiązku z uwagi na odmowę przez Prezesa URE zmiany taryfy. Jak słusznie stwierdził Sąd pierwszej instancji, taryfy mają zapewnić pokrycie kosztów uzasadnionych, ale ich nie gwarantują. Taryfa to w istocie jedynie prognoza przewidywanego poziomu sprzedaży energii elektrycznej, ponoszonych kosztów i przychodów osiąganych przez przedsiębiorstwo energetyczne.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł powód, zaskarżając go w części, tj. w zakresie jego punktu 1 i wnosząc o jego uchylenie w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy, przez oddalenie apelacji Prezesa URE oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu ewentualnie o uchylenie

zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi, z pozostawieniem mu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Powód zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania:

a) art. 382 k.p.c. jak również art. 316 § 1 k.p.c. art. 217 k.p.c., 227 k.p.c. oraz 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez nierozpoznanie istoty sprawy i orzekanie z pominięciem części zgromadzonego materiału dowodowego, przejawiające się pominięciem istotnych okoliczności faktycznych sprawy wynikających z twierdzeń powoda i przedstawionych w toku postępowania przed Sądem pierwszej i drugiej instancji dowodów na ich poparcie, potwierdzających, że niewykonanie przez powoda zarzucanego mu obowiązku było skutkiem zdarzeń zewnętrznych, jak również przyczynienia się samego Prezesa URE, prowadzących do prawnej i ekonomicznej niemożności wykonania przez powoda tego obowiązku zgodnie z przepisami prawa regulującymi działalność powoda, w tym w szczególności pominięcia:

i. wprowadzenia przez ustawy zmieniającej fundamentalnej zmiany stanu prawnego w połowie 2007 roku, a więc w trakcie roku stosowania przez powoda taryfy zatwierdzonej przez Prezesa URE jeszcze w roku 2006 i sporządzonej według stanu prawnego obowiązującego przed ogłoszeniem i wejściem w życie zmian prawnych ujętych w ustawie zmieniającej;

ii. okoliczności, że biorąc pod uwagę rzeczywistą ilość energii elektrycznej sprzedanej do odbiorców końcowych energii w 2007 r. i wynikający z tej ilości poziomu obowiązku nałożonego na powoda w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w odniesieniu do drugiego półrocza 2007 r., powód wykorzystał wszystkie środki przyznane mu przez Prezesa URE w taryfie na realizację ww. obowiązków w 2007 r. tj. środki w wysokości 136.587.879,40 zł;

iii. odmowy zatwierdzenia przez Prezesa URE zmiany taryfy powoda, pomimo istnienia uzasadnionych podstaw do dokonania takiej zmiany (potwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądowym);

iv. wypełnienie obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w odniesieniu do drugiego półrocza 2007 r., przy jednoczesnym

braku zgody Prezesa URE na zmianę taryfy powoda obowiązującej w 2007 r., związane byłoby z utratą przez powoda przychodów w wysokości 6.070.100 zł, której powód nie mógł - ze względu na obowiązujące go regulacje prawne - odzyskać;

v. zaniechania legislacyjnego, w wyniku którego odpowiedni akt wykonawczy ustalający (i zwiększający), czyli w rzeczywistości określający, zakres obowiązku powoda, ogólnie wskazanego w art. 9a ust. 8 i nast. Prawa energetycznego, został ogłoszony dopiero kilka miesięcy po wejściu w życie ustawy zmieniającej, przekształcającej istotnie zasady funkcjonowania powoda jako przedsiębiorstwa energetycznego;

vi. nieuzasadnionego utrzymywania przez Prezesa URE (przy czym niezasadność postępowania organu regulacyjnego została potwierdzona w wyroku Sądu Najwyższego), że powód podlega obowiązkowi przedstawiania swojej taryfy oraz każdej jej zmiany do zatwierdzenia przez Prezesowi URE, co uniemożliwiło powodowi uwzględnienie wyższego kosztu realizacji obowiązku w taryfie bez zgody Prezesa URE; oraz

vii. niewydawania przez Prezesa URE do końca 2007 r. świadectw pochodzenia z kogeneracji, prowadzące do pozbawienia Powoda możliwości wykonania obowiązku w sposób przewidziany w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, tj. przez nabycie a następnie przedstawienie do umorzenia Prezesowi URE świadectw pochodzenia z kogeneracji,

b) art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez:

i. nieuzasadnienie, na jakiej podstawie Sąd Apelacyjny nie uwzględnił w wyroku dowodów przedstawionych przez powoda, które potwierdzały, że niewykonanie przez powoda zarzucanego mu obowiązku było skutkiem zdarzeń zewnętrznych oraz przyczynienia się samego Prezesa URE, prowadzących do prawnej i ekonomicznej niemożności wykonania przez powoda tego obowiązku,

ii. wewnętrzną sprzeczność uzasadnienia wyroku w fundamentalnej dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii stanowiącej jej podstawę dotyczącej znaczenia nieuwzględnienia przez Prezesa URE zwiększonych kosztów realizacji obowiązku w pierwszym oraz drugim półroczu 2007 r. w taryfie powoda (przez jej zmianę), co

uniemożliwia odtworzenie toku rozumowania Sądu Apelacyjnego - brak w uzasadnieniu jest tak istotny, że nie pozwala na kontrolę kasacyjną wyroku;

iii. niewyjaśnienie na jakiej podstawie te same okoliczności, które doprowadziły do utrzymania wyroku Sądu pierwszej instancji w zakresie uchylenia kary pieniężnej za niewypełnienie w pierwszym półroczu 2007 r. obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, nie doprowadziły do utrzymania tego wyroku w zakresie niewypełnienia tego obowiązku w drugim półroczu 2007 r.;

c) art. 382 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c., 230 k.p.c. oraz art. 6 k.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez oparcie się na oświadczeniu Prezesa URE o tym, że większość podmiotów zobowiązanych do wykonania obowiązku ustanowionego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w drugim półroczu 2007 r. ten obowiązek wykonało, pomimo:

(1) niepotwierdzenia przez Prezesa URE tego oświadczenia żadnym dowodem,

(2) zakwestionowania prawdziwości tego oświadczenia przez powoda, jak również

(3) braku związku pomiędzy wykonaniem tego obowiązku przez inne podmioty, a oceną zachowania powoda w sprawie;

2) naruszenie prawa materialnego tj.:

- naruszenia przepisów Prawa energetycznego:

d) art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w związku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego oraz w związku z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji RP, przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przepis ten kreuje odpowiedzialność absolutną i pozwala na nałożenie kary pieniężnej także w przypadku nieistnienia związku przyczynowo-skutkowego między działaniem powoda a stwierdzeniem stanu odpowiadającego hipotezie normy wynikającej z tego przepisu;

e) art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w związku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego oraz w związku z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji RP przez niewłaściwe zastosowanie prowadzące do nałożenia na powoda kary pieniężnej za niewykonanie przez powoda ciążącego na nim w drugim półroczu 2007 r. obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 i nast. Prawa energetycznego,

polegające na nieuwzględnieniu okoliczności, że niewykonanie tego obowiązku było skutkiem zdarzeń zewnętrznych, na które powód nie miał wpływu oraz którym nie mógł zapobiec, a w szczególności było skutkiem przyczynienia się samego Prezesa Urzędu, co ostatecznie doprowadziło do prawnej i ekonomicznej niemożności wykonania przez powoda tego obowiązku, w tym w szczególności nieuwzględnieniu, że powodowi nie można przypisać żadnej winy, gdyż niewypełnienie przez niego obowiązku wskazanego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego zostało spowodowane przez:

(1) wprowadzenie ustawą zmieniającą fundamentalnej zmiany stanu prawnego w trakcie 2007 r., a więc w połowie roku stosowania przez powoda taryfy zatwierdzonej przez Prezesa URE jeszcze w roku 2006 i sporządzonej według stanu prawnego obowiązującego przed ogłoszeniem i wejściem w życie zmian prawnych;

(2) okoliczność, że biorąc pod uwagę rzeczywistą ilość energii elektrycznej sprzedanej do odbiorców końcowych w 2007 r. i wynikający z tej ilości poziom obowiązku nałożonego na powoda w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w odniesieniu do drugiego półrocza 2007 r., powód wykorzystał wszystkie środki przyznane mu przez Prezesa URE w taryfie na realizację ww. obowiązków w 2007 r. tj. środki w wysokości 136.587.879,40 zł;

(3) odmowy zatwierdzenia przez Prezesa URE zmiany taryfy powoda, pomimo istnienia uzasadnionych podstaw do dokonania takiej zmiany, w tym okoliczności, że wypełnienie obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, przy jednoczesnym braku zgody Prezesa URE na zmianę taryfy powoda obowiązującej w 2007 r., związane byłoby z utratą przez powoda przychodów w wysokości 6.070.100 zł;

(4) zaniechaniem legislacyjnym, w wyniku którego odpowiedni akt wykonawczy w rzeczywistości formułujący (i finalnie zwiększający) zakres obowiązku powoda, ogólnie określonego w art. 9a ust. 8 i nast. Prawa energetycznego, został ogłoszony dopiero kilka miesięcy po wejściu w życie ustawy zmieniającej, przekształcającej istotnie zasady funkcjonowania powoda jako przedsiębiorstwa energetycznego;

(5) nieuzasadnionego utrzymywania przez Prezesa URE, że powód podlega obowiązkowi przedstawiania swojej taryfy oraz każdej jej zmiany do zatwierdzenia przez Prezesa URE, przy jednoczesnym braku zgody Prezesa URE na jej zmianę, co uniemożliwiło powodowi samodzielne i niezwłoczne uwzględnienie wyższego kosztu realizacji obowiązku w taryfie i w cenach energii elektrycznej stosowanych wobec odbiorców; oraz

(6) niewydawania przez Prezesa URE do końca 2007 r. świadectw pochodzenia z kogeneracji, prowadzące do pozbawienia powoda możliwości wykonania obowiązku w sposób przewidziany w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, tj. przez nabycie, a następnie przedstawienie do umorzenia świadectw pochodzenia z kogeneracji,

f) art. 45 ust. 1 w związku z art. 3 pkt 21 Prawa energetycznego, przez niezastosowanie prowadzące do pominięcia okoliczności, że na gruncie art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego oraz § 9 oraz § 10 rozporządzenia MG cena oferowanych świadectw pochodzenia z kogeneracji, jak i wysokość opłaty zastępczej wpływały na możliwość realizacji przez powoda publicznoprawnego obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, przez co realizacja tego obowiązku przez powoda powodowała wzrost kosztów działalności, na których uwzględnienie w taryfie powoda Prezes URE nie wyraził zgody;

g) § 9 rozporządzenia MG w związku z art. 2 oraz art. 217 Konstytucji RP przez błędne zastosowanie pomimo tego, że przepis ten, ustalający zakres obowiązku powoda, wszedł w życie dopiero 10 października 2007 r., więc nie mógł z mocą wsteczną ustalać wysokości, a tym bardziej nakładać na powoda publicznoprawnego obowiązku w okresie od dnia 1 lipca do dnia 9 października 2007 r.;

h) § 13 rozporządzenia MG w związku z art. 2 oraz 217 Konstytucji RP przez błędne zastosowanie pomimo tego, że przepis ten powodował znaczny wzrost publicznoprawnych obciążeń przedsiębiorstw energetycznych w trakcie okresu rozliczeniowego (roku obowiązywania taryfy, będącego rokiem kalendarzowym) oraz pozwalał na stosowanie z mocą wsteczną przepisów rozporządzenia, tj. od dnia 1 lipca 2007 r., co stanowi rażące naruszenie wymogu ustalania odpowiedniego *vacatio legis*, a tym samym naruszenie zasady prawa daninowego;

i) art. 56 ust. 2a pkt 3 i ust. 3 Prawa energetycznego, przez błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie przy kalkulacji kary pieniężnej związanej z naruszeniem ciążącego na powodzie w drugiej połowie 2007 r. obowiązku, polegające na nieobniżeniu górnego i dolnego poziomu kary pieniężnej przynajmniej o połowę, tak żeby dostosować ustawową sankcję do krótszego, bo jedynie półrocznego okresu rozliczania wypełnienia tego obowiązku w 2007 r., przy czym, w ocenie powoda to dostosowanie powinno odnosić się do okresu od dnia wejścia w życie rozporządzenia MG, tj. 10 października 2007 r., do 31 grudnia 2007 r.;

j) art. 56 ust. 6 Prawa energetycznego przez jego niewłaściwe zastosowanie i nieuwzględnienie przy wymierzaniu kary pieniężnej znikomego stopnia szkodliwości czynu powoda, braku zawinienia powoda oraz dotychczasowego zachowania powoda, co powinno prowadzić do istotnego obniżenia nałożonej kary pieniężnej;

k) art. 56 ust. 6a Prawa energetycznego w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 21, poz. 104) przez jego niezastosowanie, pomimo że stopień szkodliwości czynu był znikomy, a powód zaprzestał naruszania prawa i od 2008 r. realizuje obowiązek wskazany w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego;

- naruszenie przepisów Konstytucji RP:

l) art. 217 Konstytucji RP w związku z art. 9a ust. 8, ust. 8a, ust. 8b i ust. 10 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym po dniu 30 czerwca 2007 r., przez niezastosowanie i przyjęcie, że kwestie uregulowania jednostkowej opłaty zastępczej, stanowiącej formę wypełnienia przez przedsiębiorstwo energetyczne obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego - będącej istotnym elementem stosunku daninowego - należy pozostawić do uregulowania Prezesowi URE, który to nie tylko nie jest organem uprawnionym do ustalania istotnych elementów stosunku daninowego, ale który nie dysponuje uprawnieniem do wydawania powszechnie obowiązujących przepisów prawa;

m) art. 2 Konstytucji RP w związku z art. 14 ust. 1 ustawy zmieniającej w zakresie dotyczącym wejścia w życie z dniem 1 lipca 2007 r. zmienionych tą

nowelizacją przepisów art. 9a ust. 8 i nowego przepisu art. 9a ust. 8a Prawa energetycznego, przez niezastosowanie i przyjęcie, że przepis art. 14 ust. 1 ustawy zmieniającej stanowi, że nowe przepisy Prawa energetycznego (nowe brzmienie art. 9a ust. 8 i nowy art. 9a ust. 8a) wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2007 r. podczas, gdy taryfa powoda została zatwierdzona przez Prezesa URE w grudniu 2006 r. i obowiązywała do końca roku 2007, a tym samym naruszenie zasady zaufania do państwa stanowiącą nieodzowny komponent zasady demokratycznego państwa prawnego oraz naruszenie zasady ochrony interesów w toku;

n) art. 42 ust. 1 oraz art. 2 Konstytucji RP w związku z art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego oraz art. 9a ust. 8 i ust. 10 Prawa energetycznego przez niezastosowanie i przyjęcie, że przesłanką nałożenia sankcji, o których mowa w art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego, jest niewykonanie obowiązków określonych w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, który to przepis nie określa zakresu obowiązku, lecz zawiera odesłanie do rozporządzenia wydanego na podstawie art. 9a ust. 16 Prawa energetycznego, co prowadzi do sytuacji, w której znamiona czynu karalnego są określone nie w ustawie, lecz w akcie wykonawczym, a taka sytuacja niezgodna jest z zasadą demokratycznego państwa prawnego, jak i art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, który wymaga, żeby istotne elementy czynu karalnego określone zostały w przepisach ustawowych;

o) art. 87 ust. 1 Konstytucji RP w związku z art. 9a ust. 13 i 14 Prawa energetycznego przez niezastosowanie i przyjęcie, że obliczenie wysokości opłaty zastępczej, do uiszczenia której są zobowiązane przedsiębiorstwa energetyczne, powinno zostać dokonane w oparciu o Komunikat Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 26 marca 2007 r. w sprawie jednostkowych opłat zastępczych dla kogeneracji obowiązujących w 2007 r., a który to komunikat - będąc aktem (jedynie informacją) organu regulacyjnego - zawiera treści o charakterze normatywnym, pomimo że nie mieści się w zamkniętym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w art. 87 Konstytucji RP.

Prezes URE w odpowiedzi na skargę kasacyjną wniósł o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do najliczniejszych zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego oraz tych przepisów prawa materialnego, które w świetle podstaw skargi kasacyjnej dotyczą kwestii tak zwanego obiektywnego uzasadnienia niewykonania przez powoda obowiązku ustawowego polegającego na przedstawieniu do umorzenia świadectw pochodzenia energii lub uiszczenia opłaty zastępczej. Sposób sformułowania tych zarzutów oraz ich uzasadnienie wskazują na całkowite niezrozumienie przyjętej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach regulacyjnych koncepcji obiektywnego uzasadnienia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu lub nakazu ustawowego. Przypomnieć należy, że powód upatruje owej obiektywnej niemożności realizacji obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w takich okolicznościach jak: 1) zmiana postaci obowiązku w trakcie trwania roku taryfowego; 2) wykorzystanie wszystkich środków przewidzianych w taryfie na poczet realizacji obowiązku; 3) odmowa zatwierdzenia wniosku powoda o zmianę taryfy; 4) utrata przychodów na poziomie przeszło 6.000.000 zł w przypadku wykonania obowiązku; 5) zaniechanie legislacyjne w postaci zwłoki w wydaniu rozporządzenia wykonawczego; 6) niewydawanie przez Prezesa URE do końca 2007 r. świadectw pochodzenia z kogeneracji.

Instytucja „obiektywnego uzasadnienia” wywodzi się z prawa ochrony konkurencji, w którym została rozwinięta w ramach zakazu nadużywania pozycji dominującej. Treść tego zakazu nie zawiera przesłanek pozwalających na relatywizację jego zastosowania przy wykorzystaniu argumentów odwołujących się do racjonalności gospodarczej działań dominanta (np. odmowa realizacji zamówień niewypłacalnego kontrahenta). W prawie regulacyjnym, ze względu na jego specyfikę wynikającą z poddania przedsiębiorców działających na rynkach regulowanych daleko idącemu nadzorowi, argumentacja oparta na opłacalności lub jej braku w zakresie realizacji ustawowych lub koncesyjnych zadań może znaleźć zastosowanie w bardzo ograniczonym zakresie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 kwietnia 2016 r., III SK 28/15, LEX nr 2087821). Dlatego w orzecznictwie Sądu Najwyższego rozstrzygnięto już, że nie jest okolicznością zaliczaną do „obiektywnego uzasadnienia” niewykonania obowiązku publicznoprawnego, o który chodzi w niniejszej sprawie, otrzymanie ofert zakupu energii wytworzonej w

skojarzeniu po cenie, która według kalkulacji przedsiębiorstwa była wygórowana (wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2017 r., III SK 30/14, LEX nr 2415927). Zastosowanie obiektywnego uzasadnienia ograniczone jest do przypadków, w których stan niewykonania obowiązku ustawowego nie jest wynikiem autonomicznej decyzji przedsiębiorstwa energetycznego (choćby i opartej na kalkulacji ekonomicznej), lecz zdarzeń (w tym zachowań innych podmiotów) niezależnych od woli i mocy sprawczej przedsiębiorstwa (i dołożenia przez nie należytej staranności) oraz niemieszczących się w racjonalnej kalkulacji ryzyka ziszczenia się pewnych nieprzewidywalnych zdarzeń, skutkujących stanem niewykonania obowiązku. Dlatego też „zwykła” zmienność warunków pogodowych (wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2017 r., III SK 30/14, LEX nr 2415927) nie uzasadnia niewykonania obowiązku ustawowego, podobnie jak nadzwyczajne warunki pogodowe, gdy przedsiębiorstwo nie respektowało zasad prowadzenia działalności na obszarze zagrożonym anomaliami atmosferycznymi (wyrok Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2015 r., III SK 29/14, LEX nr 1653761). O obiektywnym uzasadnieniu niewykonania obowiązku można mówić w przypadku awarii u kontrahenta (np. kopalni zaopatrującej elektrownię opalaną węglem brunatnym w paliwo), anomalii pogodowych (wichur, opadów, skokowego obniżenia temperatury skutkujących przerwami w dostawach energii mimo należytego stanu sieci dystrybucyjnej), katastrofy, braku działania organów (niewydawanie świadectw pochodzenia), niezapowiedzianego strajku u dostawcy, itp. Są to tego rodzaju zdarzenia, które burzą związek przyczynowo-skutkowy między zachowaniem przedsiębiorstwa energetycznego a stanem niewykonania obowiązku obwarowanego karą pieniężną. Jeżeli natomiast przedsiębiorstwo energetyczne kalkuluje sobie, że wykonanie obowiązku ustawowego skutkuje obniżeniem rentowności prowadzonej działalności to nie jest to żadną miarą okoliczność, którą można byłoby uznać za obiektywne uzasadnienie braku realizacji tego obowiązku. Także ewentualne wydatkowanie środków zagwarantowanych w taryfie na poczet realizacji tego obowiązku, odmowa zmiany taryfy czy też obniżenie zysku w wyniku pełnej realizacji tego obowiązku nie mają związku z obiektywnym uzasadnieniem stanu niewykonania obowiązku.

Odnosząc powyższe założenia do innych argumentów podniesionych w ramach tej grupy zarzutów skargi kasacyjnej, Sąd Najwyższy stwierdza, że zmiana od drugiego półrocza 2007 r. postaci obowiązku taryfowego z obowiązku zakupu energii na obowiązek zakupu świadectw pochodzenia energii, wynikająca z ustawy z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne, ustawy - Prawo ochrony środowiska oraz ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2007 r. Nr 21, poz. 124, dalej jako ustawa nowelizująca) opublikowanej w lutym 2007 r., z oczywistych względów nie mieści się w tej kategorii. W orzecznictwie Sądu Najwyższego (uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2009 r., III SZP 2/09, OSNP 2010 nr 7-8, poz. 105) dawno już rozstrzygnięto, iż - co powód całkowicie i bezpodstawnie ignoruje - obowiązek przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia energii lub uiszczenia opłaty zastępczej jest jedynie inną postacią realizacji ustawowego mechanizmu wsparcia energii z kogeneracji, który wcześniej przybierał nieefektywną postać obowiązku zakupu zaoferowanej energii wytworzonej w takim procesie produkcyjnym.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że obowiązek przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia lub uiszczenia opłaty zastępczej za drugie półrocze 2007 r. został przewidziany w ustawie, przy czym w zasadzie od początku 2007 r. powód wiedział do czego będzie zobowiązany w drugiej połowie tego roku. Nieznana była skala obowiązku ale powód mógł racjonalnie zakładać, że będzie on ukształtowany na takim samym poziomie jak w pierwszym półroczu 2007 r. Okoliczność wydania rozporządzenia MG dopiero w dniu 26 września 2007 r. oraz „wstecznego” określenia wymiaru obowiązku (ze skutkiem od 1 lipca 2007 r.) nie ma żadnego znaczenia dla możliwości zastosowania art. 56 ust. 1 pkt 1a PE do powoda. W dacie (31 marca 2008 r.) popełnienia czynu zabronionego, to jest niewykonania obowiązku przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia energii z kogeneracji lub uiszczenia opłaty zastępczej, obowiązywały przepisy nakładające na powoda obowiązek zagrożony karą pieniężną. Od wejścia w życie przepisów rozporządzenia MG powód wiedział, w jakim zakresie powinien wykonać ciężący na nim obowiązek na dzień 31 marca 2008 r. Choć w demokratycznym państwie prawnym nagannie należy oceniać wydawanie z opóźnieniem aktu wykonawczego, normującego z mocą wsteczną poziom obowiązku ciężącego na

przedsiębiorcy w danym okresie referencyjnym, to jednak dla realizacji obowiązku z art. 9a ust. 8 PE w niniejszej sprawie data publikacji lub wejścia w życie rozporządzenia nie ma żadnego znaczenia. Obowiązek ten może być bowiem zrealizowany *ex post*, to jest po sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym. Odmienne byłoby, gdyby wykonanie obowiązku polegało na sukcesywnym lub „zaliczkowym” podejmowaniu działań w celu jego wypełnienia, skorelowanych z wolumenem energii sprzedawanej odbiorcom końcowym w określonym przedziale czasu, przykładowo - w danym miesiącu.

Tylko okoliczność niewydawania świadectw pochodzenia energii z kogeneracji pozostaje w związku z koncepcją obiektywnego uzasadnienia. Podzielając stanowisko Sądu drugiej instancji w przedmiocie równorzędnego (z punktu widzenia treści przepisów) charakteru obu postaci wykonania obowiązku z art. 9a ust. 8 PE (przedstawienie świadectw pochodzenia do umorzenia lub uiszczenie opłaty zastępczej), odnotować należy, że Sąd pierwszej instancji ustalił, iż Prezes URE nie wydawał świadectw pochodzenia w drugiej połowie 2007 r. (choć nie wskazał źródła takiego ustalenia). Z kolei Sąd drugiej instancji uznał za bezsporne, że Prezes URE „w 2007 r. nie wydawał w zasadzie świadectw pochodzenia” a jednocześnie, że do 31 marca 2008 r. powód miał możliwość zakupu świadectw pochodzenia, zaś większość podmiotów zobowiązanych do spełniania obowiązku zrealizowała go przez uiszczenie opłaty zastępczej (uzasadnienie, s. 21). Oznacza to, że ustalono w sprawie w sposób niejednoznaczny, czy dla energii wytworzonej w 2007 r. w jednostkach kogeneracji Prezes URE wydał do 31 marca 2008 r. świadectwa pochodzenia z energii w ilości pozwalającej powodowi na pełne (lub chociaż częściowe) wykonanie ciążącego na nim obowiązku. Przywołane powyżej ustalenia postępowania sądowego zdają się zmierzać w tym kierunku, że powód rzeczywiście nie miał możliwości wykonania ciążącego na nim w drugiej połowie 2007 r. obowiązku. Natomiast na rozprawie przed Sądem Najwyższym pełnomocnik Prezesa URE oświadczył, że świadectwa pochodzenia były wydawane za 2007 r. dopiero w I kwartale 2008 r., za to w ilości pozwalającej powodowi na wykonanie obowiązku. Podkreślić należy, że - wbrew argumentacji skargi kasacyjnej - dla wykonania obowiązku z art. 9a ust. 8 PE pod postacią przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia energii z

kogeneracji nie ma znaczenia, czy świadectwo pochodzenia zostało wydane w 2007 r. Istotne jest jedynie, czy zostało wydane takie świadectwo, które powód mógł przedstawić do umorzenia na poczet wykonania obowiązku za II półrocze 2007 r. Oznacza to, że jeżeli Prezes URE wydawał do 31 marca 2008 r. świadectwa pochodzenia energii z kogeneracji wytworzonej w 2007 r., to należy ocenić w jakim stopniu powód miał realną możliwość wywiązania się z ciążącego na nim obowiązku. Takiej oceny w zaskarżonym wyroku zabrakło a jest ona niezbędne dla utrzymania w mocy decyzji Prezesa URE ze względu na przedstawione w dalszej części uzasadnienia stanowisko Sądu Najwyższego odnośnie zarzutów naruszenia przepisów Konstytucji RP.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że za zasadne Sąd Najwyższy uznał rozpatrywane łącznie zarzuty naruszenia art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego w związku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego oraz w związku z art. 2 i 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz § 9 i 13 rozporządzenia MG w związku z art. 2 oraz art. 217 Konstytucji RP a także art. 45 ust. 1 w związku z art. 3 pkt 21 Prawa energetycznego ale tylko i wyłącznie w zakresie w jakim na podstawie powołanych przepisów PE oraz rozporządzenia MG na powoda została nałożona kara pieniężna za niewykonanie obowiązku z art. 9a ust. 8 PE w wysokości wyższej niż przewidziana na etapie opracowywania taryfy zatwierdzonej do stosowania w 2007 r. Podkreślić należy, że do drugiej połowy 2007 r. mechanizm wsparcia dla energii z kogeneracji zakładał uzyskanie przez przedsiębiorstwa takie jak powód udziału energii z kogeneracji na poziomie 15,2% sprzedaży energii elektrycznej odbiorcom końcowym. Natomiast na mocy rozporządzenia MG wydanego 26 września 2007 r. poziom ten podniesiono dla drugiego półrocza 2007 r. do - łącznie - 17,3%. Oznacza to, że w trakcie roku taryfowego prawodawca zmienił zasady prowadzenia działalności na rynku, na którym działa powód, mimo obowiązywania w tym zakresie taryfy skonstruowanej na podstawie założeń przyjętych w oparciu o przepisy o innej treści. Sąd Najwyższy podtrzymuje dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym taryfy opierają się na pewnych prognozach w rozwoju sytuacji rynkowej, których ziszczenie się obarczone jest pewnym ryzykiem, obciążającym co do zasady przedsiębiorcę (wyrok Sądu Najwyższego z 20 kwietnia 2017 r., III SK 13/16, LEX nr 2336674). W ryzyku tym nie mieści się jednak ryzyko zmiany

normatywnej w trakcie roku taryfowego, tym bardziej że zmiana ta nie została zapowiedziana na etapie przygotowywania taryfy a do skutku doszła w wyniku wydania z opóźnieniem aktu wykonawczego określającego z mocą wsteczną poziom obowiązku ciążącego na powodzie w drugim półroczu 2007 r. W kontekście zasady kalkulacji cen taryfowych na podstawie uzasadnionych kosztów, dla wyliczenia których punkt wyjścia stanowił wcześniejszy poziom obowiązku zakupu energii z kogeneracji, procentowa zmiana poziomu tego obowiązku dokonana w trakcie roku taryfowego z mocą wsteczną w oczywisty sposób narusza zasadę demokratycznego państwa prawnego. Okoliczność, że ceny świadectw pochodzenia energii lub wysokość opłaty zastępczej kształtowały się na poziomach analogicznych do stanowiących podstawę kalkulacji taryfy powoda na 2007 r. nie ma znaczenia dla oceny zasadności analizowanych zarzutów skargi kasacyjnej powoda, gdyż poziom cen mieści się w ryzyku gospodarczym obciążającym powoda w przeciwieństwie do zmiany skali realizacji obowiązku ustawowego. Tym samym Sąd Najwyższy uważa, że przy uwzględnieniu zasady zaufania do państwa oraz zasady demokratycznego państwa prawnego nie można stosować art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego i przepisów regulujących wymiar kary pieniężnej w sposób prowadzący do nałożenia na powoda kary pieniężnej za zwiększony w trakcie roku taryfowego wymiar obowiązku z art. 9a ust. 8 PE.

Przechodząc w dalszej kolejności do uznanych za zasadne zarzutów naruszenia art. 87 ust. 1 Konstytucji RP w związku z art. 9a ust. 13 i 14 Prawa energetycznego oraz art. 217 Konstytucji RP w związku z art. 9a ust. 8, ust. 8a, ust. 8b i ust. 10 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym po dniu 30 czerwca 2007 r., należało udzielić odpowiedzi na dwa pytania: 1) czy opłata zastępcza, o której mowa w art. 9a ust. 8 pkt 2 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. jest daniną publiczną w rozumieniu art. 217 Konstytucji RP w świetle standardu konstytucyjnego wynikającego z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego?; 2) czy przewidziany w art. 9a ust. 8a i 8b Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r. sposób ustalania jednostkowej opłaty zastępczej przez Prezesa URE, która to opłata stanowi podstawę do wyliczenia przez przedsiębiorstwo energetyczne wysokości należnej opłaty zastępczej, spełnia wymogi określenia stawek danin

publicznych w ustawie wynikające z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego? Na wstępie przypomnieć należy, że choć Prawo energetyczne przewiduje widełkową maksymalną i minimalną wysokość jednostkowych opłat zastępczych Ozg i Ozk (art. 9a ust. 8a PE) w odniesieniu do średniej ceny sprzedaży energii elektrycznej, to jednak określenia konkretnej wysokości tych opłat pozostawiono Prezesowi URE (art. 9a ust. 8b PE), który powinien uwzględnić tak nieostre kryteria jak ilość energii elektrycznej z wysokosprawnej kogeneracji, różnica pomiędzy kosztami wytwarzania energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji i cenami sprzedaży energii elektrycznej na rynku konkurencyjnym oraz poziom cen energii elektrycznej dla odbiorców końcowych.

Zgodnie z art. 217 Konstytucji RP, nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy. Trybunał Konstytucyjny pod pojęciem daniny rozumie przymusowe, bezzwrotne, powszechne świadczenie pieniężne o charakterze publicznoprawnym, stanowiące dochód państwa lub innego podmiotu publicznego, nakładane jednostronnie (władczo) przez organ publicznoprawny, które służy wypełnianiu zadań (funkcji) publicznych wynikających z Konstytucji i ustaw (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r., P 9/09, OTK-A 2011 nr 6, poz. 59). Opłata zastępcza, o której mowa w art. 9a ust. 8 PE, niewątpliwie mieści się w pojęciu daniny publicznej *sensu largo*. Uiszczenie tej opłaty jest przymusowe w tym sensie, że jest to jedna z postaci wykonania bezwzględnego obowiązku ustawowego. Opłata nie podlega zwrotowi. Jako obejmująca wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne o określonym profilu działalności ma charakter powszechny. Stanowi dochód podmiotu publicznego jakim jest Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Służy pośrednio finansowaniu realizacji funkcji publicznych państwa w zakresie ochrony środowiska. Dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów skargi kasacyjnej nie ma znaczenia, czy opłatę zastępczą należy uznać za podatek czy za daninę publiczną w wąskim rozumieniu, do których Trybunał Konstytucyjny zalicza opłaty i cła. Cechą charakterystyczną opłat, odróżniająca je od podatków, jest bowiem odpłatność. Opłaty pobierane są w związku z wyraźnie wskazanymi usługami i czynnościami

organów państwowych lub samorządowych, dokonywanymi w interesie konkretnych podmiotów (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK-A 2002 nr 7, poz. 91; 19 lipca 2011 r., P 9/09, OTK-A 2011 nr 6, poz. 59), jak na przykład opłata za przechowanie w depozycie organu celnego (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 listopada 2011 r., K 29/10, OTK-A 2012 nr 5, poz. 60), opłaty abonamentowe (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 9 września 2004 r., K 2/03, OTK-A 2004 nr 8, poz. 83 oraz z 4 listopada 2009 r., Kp 1/08, OTK-A 2009 nr 10, poz. 145), opłaty za uzyskiwanie szeroko rozumianych danych i informacji z państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 czerwca 2013 r., K 30/12, OTK-A 2013 nr 5, poz. 61), opłaty koncesyjne (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 lipca 2011 r., P 9/09, OTK-A 2011 nr 6, poz. 59). Opłata zastępcza z art. 9a ust. 8 PE najbliższa jest opłacie eksploatacyjnej z tytułu wydobywania kopalin (zob. nieobowiązujący już art. 84 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. - Prawo geologiczne i górnicze, jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r., poz. 1947), w kwestii której Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z 13 lipca 2011 r., K 10/09 (OTK-A 2011 nr 6, poz. 56). Opłata ta stanowiła w części również dochód Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Uznając ją za świadczenie niepodatkowe (opłatę *sensu stricto*), Trybunał Konstytucyjny przyjął, że stanowi ona *sui generis* wynagrodzenie za gospodarcze korzystanie ze środowiska. Analogicznie można potraktować opłatę zastępczą z art. 9a ust. 8 PE, choć ma ona przede wszystkim na celu wspieranie przyjaźniejszego dla środowiska gospodarowania paliwami kopalnymi.

Zakwalifikowanie opłaty zastępczej, o której mowa w art. 9a ust. 8 PE, do innych danin publicznych w rozumieniu art. 217 Konstytucji RP ma tę konsekwencję, że sposób jej ustalania powinien spełniać wymogi wynikające z art. 217 (oraz art. 84) Konstytucji RP. Z wymogów tych, doprecyzowanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wynika, że wszystkie istotne elementy stosunku daninowego powinny być uregulowane bezpośrednio w ustawie. Do unormowania w akcie wykonawczym i to wyłącznie w drodze rozporządzenia mogą zostać przekazane tylko te sprawy, które nie mają istotnego znaczenia dla konstrukcji danej daniny (np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2002 r., P 6/02, OTK-A 2002 nr 7, poz. 91; z 6 marca 2002 r., P 7/00, OTK-A 2002 nr 2, poz. 13 i

przywołane tam wcześniejsze orzecznictwo, czyli wyroki Trybunału Konstytucyjnego z 16 czerwca 1998 r., U 9/97, OTK 1998 nr 4, poz. 51; z 1 września 1998 r., U 1/98, OTK 1998 nr 5, poz. 63; z 15 listopada 2011 r., P 29/10, OTK-A 2011 nr 9, poz. 96; z 25 czerwca 2013 r., K 30/12, OTK-A 2013 nr 5, poz. 61 pkt 2.1 uzasadnienia). Tymczasem z art. 9a ust. 8b PE wynika, że kompetencja do określenia wysokości opłat zastępczych została przyznana organowi administracji, który nie ma kompetencji prawodawczej, a wysokość daniny publicznej ustala w obwieszczeniu (komunikacie) na podstawie wyjątkowo nieostrych kryteriów ustawowych. Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dopuszcza posługiwanie się obwieszczeniem, gdy ustawa określa górną i dolną granicę wysokości daniny (co Prawo energetyczny czyni), lecz jej wysokość określa Rada Ministrów a obwieszczenie wykorzystywane jest jedynie do aktualizacji wysokości tej daniny w oparciu o wskaźnik inflacji (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 lipca 2011 r., K 10/09, OTK-A 2011 nr 6, poz. 56).

Oczywista niezgodność sposobu ustalania jednostkowych opłat zastępczych przez Prezesa URE z przedstawionym wyżej standardem konstytucyjnym ma w sprawach z odwołania od jego decyzji o nałożeniu kary pieniężnej taką konsekwencję, że nie można przedsiębiorstwa ukarać na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1a PE za niewykonanie obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, jeżeli - oraz (co należy podkreślić) tylko i wyłącznie w takiej sytuacji - przedsiębiorstwo nie miało możliwości uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia energii z kogeneracji. Ponieważ ustalenia Sądu drugiej instancji są w tym zakresie niejednoznaczne, konieczne jest ich uzupełnienie.

Chybiony jest natomiast zarzut naruszenia art. 42 ust. 1 oraz art. 2 Konstytucji RP w związku z art. 56 ust. 1 pkt 1a Prawa energetycznego oraz art. 9a ust. 8 i ust. 10 Prawa energetycznego. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wymóg zachowania formy ustawy przy ograniczaniu wolności działalności gospodarczej nie oznacza zakazu rozdzielania normowanych materii pomiędzy ustawy a akty wykonawcze (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 lipca 2006 r., P 24/05, OTK-A 2006 nr 7, poz. 87). Stosownie zaś do wyroku Sądu Najwyższego z 17 marca 2010 r., III SK 32/09 (LEX nr 622207), w obszarze prawa regulacyjnego obowiązki przedsiębiorstw energetycznych normowane są przez

przepisy Prawa energetycznego oraz rozporządzeń wykonawczych. Za dopuszczalną uznano formułę, zgodnie z którą konkretyzacja obowiązku przewidzianego w ustawie (wielkości zapasów paliw, sposób ich gromadzenia) zostaną określone w rozporządzeniu wykonawczym. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 18 grudnia 2014 r., III SK 11/14 (LEX nr 1563417) jeżeli obowiązek określonego zachowania został przewidziany w ustawie a w rozporządzeniach wykonawczych regulowano zakres tego obowiązku (np. poziom wykonania Narodowego Celu Wskaźnikowego w danym roku), to takie rozwiązanie normatywne spełnia wymóg określoności obowiązku na użytek przepisów przewidujących odpowiedzialność represyjną w postaci kary pieniężnej. Wynikające z opóźnienia w wydaniu aktów wykonawczych trudności z ustaleniem sposobu realizacji w danym roku obowiązku zagrożonego karą pieniężną ustępują z dniem wejścia w życie tych aktów wykonawczych i nie stoją na przeszkodzie nałożeniu kary pieniężnej, gdy stan wykonania obowiązku określa się na dzień późniejszy od wydania przepisów wykonawczych.

Na obecnym etapie przedwcześnie okazało się odniesienie do zarzutów dotyczących naruszenia art. 56 ust. 2a pkt 3 i ust. 3 PE oraz art. 56 ust. 6 PE. Zwrócić należy jedynie uwagę, że w przypadku ustawowego określenia minimalnej wysokości kary pieniężnej art. 56 ust. 6 PE nie znajduje zastosowania do obniżenia jej poniżej tego poziomu. Natomiast art. 56 ust. 6a PE znajduje zastosowanie wówczas, gdy przedsiębiorstwo energetyczne spełniło obowiązek z art. 9a ust. 8 PE z opóźnieniem a nie, gdy nie wykonało go w danym roku kalendarzowym, lecz w kolejnych latach postępowało już zgodnie z wymogami tego przepisu. Obowiązek z art. 9a ust. 8 PE nie ma bowiem charakteru ciągłego, lecz dotyczy konkretnego przedziału czasu i podlega rozliczeniu do ściśle określonej daty.

Całkowicie bezprzedmiotowe jest natomiast „nowe” uzasadnienie zarzutów skargi kasacyjnej (przedstawione w piśmie procesowym powoda z 4 lipca 2017 r.) dotyczące wydania decyzji o nałożeniu kary pieniężnej z naruszeniem art. 68 Ordynacji podatkowej (w brzmieniu z 2012 r.) w związku z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Dopuszczalność przedstawienia „nowego” uzasadnienia zarzutów skargi kasacyjnej nie oznacza dopuszczalności formułowania nowych podstaw skargi kasacyjnej. Niezależnie od powyższego, kwalifikacja w dacie wydania decyzji wpływów z kar

pieniężnych nakładanych za naruszenie obowiązku z art. 9a ust. 8 PE jako przychodów Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, wyłącza zastosowanie art. 68 Ordynacji podatkowej.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Apelacyjny w W. powinien ustalić, czy powód mógł wykonać ciążący na nim w drugim półroczu 2007 r. obowiązek przez przedstawienie świadectw pochodzenia energii do umorzenia oraz czy ilość wydanych przez Prezesa URE świadectw, które można było nabyć celem wykonania obowiązku z 2007 r. na dzień 31 marca 2008 r. pozwalała powodowi na częściowe lub całościowe wykonanie ciążącego na nim obowiązku, z zastrzeżeniem że górną granicę tego obowiązku wyznaczał próg 15,2% wolumenu energii sprzedanej odbiorcom końcowym, uwzględniony przy konstruowaniu taryfy na 2007 r. (zamiast proggu 17,3% wynikającego z rozporządzenia MG). W przypadku ustalenia braku świadectw pochodzenia lub ich deficytu, dopuszczalność zrealizowania obowiązku przez uiszczenie opłaty zastępczej nie może zostać uwzględniona przez Sąd drugiej instancji jako przejaw niewykonania obowiązku z art. 9a ust. 8 PE. Jeżeli z ustaleń postępowania sądowego będzie wynikało, że powód mógł wykonać obowiązek przez przedłożenie do umorzenia świadectw pochodzenia, minimalna wysokość kary pieniężnej nie może przekroczyć różnicy między 15,2% a poziomem faktycznego wykonania obowiązku przez powoda. Do oceny Sądu drugiej instancji należy, czy ewentualne utrzymanie w mocy decyzji Prezesa URE nakładającej wyższą karę niż tak wyliczona minimalna ma oparcie w funkcjach kary pieniężnej z art. 56 ust. 1 pkt 1a PE oraz okolicznościach towarzyszących niewykonaniu obowiązku ustawowego przez powoda.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.