



Sygn. akt III SK 56/13

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 12 sierpnia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Halina Kiriło

w sprawie z powództwa P. w R. następcy prawnego P. L. Zakładów [...] Spółki Akcyjnej w L.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o nałożenie kary pieniężnej,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń

Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 sierpnia 2014 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 28 grudnia 2012 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o  
kosztach postępowania kasacyjnego.**

### **UZASADNIENIE**

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 28 grudnia 2012 r., oddalił apelację P. S.A. w R., następcy prawnego P. L. Zakładów [...] S.A. w L. (powód) od wyroku Sądu

Okręgowego w W. – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 listopada 2011 r., w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes Urzędu) z dnia 31 grudnia 2009 r., nakładającej na powoda karę pieniężną za niewywiązanie się w pierwszym półroczu 2007 r. z określonego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007 r. (dalej jako art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego), obowiązku zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytworzeniem ciepła w przyłączonych do sieci źródłach energii znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (dalej jako energia wytwarzana w skojarzeniu lub energia czerwona).

W uzasadnieniu wyżej opisanej decyzji Prezes Urzędu wskazał, że powód w I półroczu 2007 r. miał obowiązek zakupu energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w rozmiarze 15,2%. W rozpatrywanym okresie powód dokonał sprzedaży na rzecz odbiorców końcowych 1.807.788,696 MWh energii elektrycznej, w tym 156.750,00 MWh energii elektrycznej zakupionej w ramach transakcji na wymianę za energię elektryczną wytworzoną w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła oraz zużytej na potrzeby własne przez ZA S.A. Uwzględniając powyższą transakcję, na powodzie ciążył obowiązek zakupu energii ze skojarzonych źródeł energii w rozmiarze 274.783,881 MWh, w tym z racji sprzedaży energii konwencjonalnej ZA S.A. – 23.826,000 MWh. Tymczasem powód sprzedał odbiorcom końcowym 257.235,600 MWh energii elektrycznej ze skojarzonych źródeł energii, nie uzyskując wymaganego pułapu 15,2%, mimo iż jeden z wytwórców czerwonej energii oferował do sprzedaży wolumen 15.000 MWh. W toku postępowania administracyjnego Prezes Urzędu ustalił, że ZA S.A. zużyły zakupioną od powoda energię konwencjonalną na własne potrzeby.

Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w W. z 26 czerwca 2009 r., wydany w sprawie XVII AmE 154/08, Prezes Urzędu przyjął, że sprzedaż energii na zamianę jest skuteczna także w sytuacji, gdy energia elektryczna nie została przesłana odbiorcy. Wymierzając powodowi karę pieniężną Prezes Urzędu przyjął z kolei, że ilość oferowanej energii elektrycznej oferowanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła, która nie została sprzedana przez wytwórcę w I półroczu 2007 r. wynosi 15.000 MWh, co odpowiada uszczupleniu w kwocie 2.092.150 zł wyliczonej w wyniku przemnożenia ilości niesprzedanego wolumenu energii

(15.000 MWh) i kwoty 139,61 zł/MWh. Kwota ta stanowiła jednocześnie najniższą możliwą karę pieniężną, którą ostatecznie Prezes Urzędu wymierzył w wysokości 2.150.000 zł.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem, które zostało oddalone wyrokiem Sądu pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy podzielił w całości ustalenia faktyczne oraz oceny prawne dokonane przez organ regulacyjny. Odnosząc się do kwestii, czy do puli energii konwencjonalnej sprzedanej przez powoda odbiorcom końcowym należy wliczyć wolumen energii sprzedany ZA S.A. w ramach transakcji na wymianę, Sąd stwierdził, że powód zawarł umowę sprzedaży energii, która jest czynnością konsensualną, co oznacza, że dochodzi do skutku w wyniku złożenia przez sprzedającego i kupującego zgodnych oświadczeń woli. W opinii Sądu, sprzedaż energii elektrycznej nie jest powiązana z jej przesyłem do odbiorcy. Dlatego zawarta umowa sprzedaży energii na wymianę była skuteczna i doprowadziła do uzyskania od powoda energii konwencjonalnej, którą Z.A. S.A. zużyły na własne potrzeby. W efekcie zawarcia przedmiotowej umowy nastąpiło zwiększenie ilości energii elektrycznej stanowiącej podstawę, od której wyliczano wielkość obowiązku powoda określonego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego. W konsekwencji Prezes Urzędu trafnie przyjął, że powód nie wywiązał się z obowiązku zakupu energii w wysokości odpowiadającej zaoferowanemu mu do nabycia wolumenowi energii 15.000 MWh.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego apelacją w całości, która została oddalona przez Sąd drugiej instancji z następującym uzasadnieniem. Po pierwsze, z materiału dowodowego wynika, że energia elektryczna zakupiona przez ZA S.A. w związku z zawarciem z powodem umowy sprzedaży na wymianę została zużyta na własne potrzeby nabywcy (k. 201 akt adm.). Po drugie, nie podzielono stanowiska skarżącego co do konieczności spełnienia warunku w postaci fizycznego dostarczenia energii elektrycznej nabywcy, aby doszło do rzeczywistego obrotu tą energią. Gdyby zaś uznać, że intencją stron umowy sprzedaży na wymianę było jedynie dokonanie obrotu prawami do energii, to tego rodzaju działania nie mogły uczynić zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w brzmieniu obowiązującym do dnia 30 czerwca 2007 r.

Ustawodawca nałożył bowiem obowiązek zakupu energii czerwonej, a nie praw do takiej energii. Po trzecie, gdyby przyjąć, że ZA S.A. nie zakupiły faktycznie żadnej ilości energii konwencjonalnej, a jednocześnie zużyły na własne potrzeby wytworzoną przez siebie energię czerwoną, którą z kolei powód miał nabyć na poczet wykonania obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, to wówczas z całej puli zakupionej przez niego energii należałoby odjąć wolumen energii odpowiadający 156.750 MWh energii elektrycznej, na które opiewała umowa z ZA S.A. i w rezultacie okazałoby się, że powód wykonał ciążący na nim obowiązek w znacznie mniejszym stopniu, niż ustalił to Prezes Urzędu. Po czwarte, przeciwko argumentowi powoda świadczy dowód w postaci oświadczenia innego kontrahenta powoda (k. 128 akt adm.), który w ramach nabytej od powoda na podstawie transakcji na wymianę energii wskazał, że na własne potrzeby zużył tylko niewielką część energii będącej przedmiotem tej transakcji i tylko w takim zakresie powinien zostać potraktowany jako odbiorca końcowy. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że powód nie wypełnił w całości obowiązku przewidzianego w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w I półroczu 2007 r.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w części oddalającej apelację powoda oraz w części dotyczącej kosztów procesu za drugą instancję. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 535 k.c. w związku z art. 155 § 2 k.c. oraz art. 348 k.c. przez przyjęcie, że do skutecznego wykonania umowy sprzedaży energii może dojść bez przeniesienia posiadania tej energii; 2) art. 3 pkt 13a w związku z art. 3 pkt 13 Prawa energetycznego oraz w związku z § 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 19 grudnia 2005 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła przez przyjęcie, że sprzedaż energii przedsiębiorstwu posiadającemu koncesję na wytwarzanie i obrót energią elektryczną bez przekazania energii temu podmiotowi oraz bez odbioru zakupionej energii może być zaliczona do wykonanej sprzedaży energii odbiorcom końcowym; 3) art. 9a ust. 8 i art. 56 ust. pkt 1a i ust. 6 Prawa energetycznego przez ustalenie, że powód nie wypełnił w I półroczu 2007 r. w całości obowiązku uzyskania i przedstawienia do

umorzenia Prezesowi Urzędu świadectw pochodzenia energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda ma uzasadnione podstawy, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty okazały się skuteczne.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności poszczególnych zarzutów prawa materialnego podniesionych w skardze kasacyjnej powoda ma udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wolumen energii elektrycznej wskazany w tzw. transakcjach sprzedaży na wymianę (dalej jako sprzedaż na wymianę) wchodzi w skład podstawy wymiaru obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego.

Na wstępie należy przypomnieć, że do końca czerwca 2007 r. na przedsiębiorstwach energetycznych takich jak powód ciążył – w uproszczeniu - obowiązek zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu. Zakres tego obowiązku doprecyzowano w rozporządzeniu 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. z 2004 r. Nr 267, poz. 2657), w którym określono procentowy udział energii wytworzonej w skojarzeniu w sprzedaży energii przez dane przedsiębiorstwo energetyczne odbiorcom końcowym.

Obowiązek ten, jak wynika pośrednio z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 2 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. Nr 91, poz. 875), a bezpośrednio z dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE (Dz. Urz. WE z 2003 r., L 176/37), miał na celu zwiększenie udziału energii elektrycznej wytwarzanej w procesach technologicznych wraz z produkcją ciepła w energii zużywanej w skali kraju za pomocą mechanizmu zachęcającego do inwestycji w jednostki wytwórcze tego rodzaju.

Normatywna realizacja tego zamierzenia przybrała, do 30 czerwca 2007 r., postać szczególnego rodzaju obowiązku kontraktowania. Celem obowiązku było zapewnienie możliwości sprzedaży energii wytworzonej w skojarzeniu, która bez takiego obowiązku nie zostałaby sprzedana na rynku z uwagi na jej wysoką cenę wynikającą z różnicy w kosztach wytworzenia. Za sprawą obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego wytwórcy energii w skojarzeniu zyskali możliwość uzyskania stosownej „premii” pozwalającej pokryć koszty inwestycji w technologicznie bardziej zaawansowane i przyjaźniejsze dla środowiska sposoby wytwarzania energii oraz prowadzenia „droższej” działalności gospodarczej. W ten sposób ustawodawca dążył do realizacji nadrzędnego celu, jakim jest zwiększenie udziału energii wytworzonej w skojarzeniu w bilansie energetycznym państwa.

Obowiązek z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego został przy tym tak skonstruowany, że przedsiębiorstwa takie jak powód, sprzedające energię elektryczną odbiorcom końcowym, musiały zapewnić sobie źródła dostaw energii czerwonej w ilości uzależnionej od wielkości sprzedaży energii elektrycznej ogółem wykonanej na rzecz odbiorców końcowych. Jak wynika to z uzasadnienia decyzji Prezesa Urzędu (uzasadnienie decyzji, s. 5, karta akt sądowych tom I – 5), obowiązek zakupu energii czerwonej został przy tym wprowadzony w takich realiach gospodarczych, w których na rynku było zbyt mało dostępnej energii czerwonej koniecznej do pełnej realizacji obowiązku na minimalnym poziomie przez wszystkie zobowiązane przedsiębiorstwa energetyczne. W odpowiedzi na niedobory energii wytworzonej w skojarzeniu oraz wysokie ceny energii wytworzonej w ten sposób i oferowanej przez jej wytwórców, na rynku ukształtowała się praktyka zawierania umów sprzedaży energii na wymianę. Mechanizm transakcji tego rodzaju polegał na zawarciu stosownej umowy między przedsiębiorstwem energetycznym, na którym ciążył obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, a przedsiębiorstwem energetycznym, które wytwarzało energię w skojarzeniu w należących do niego instalacjach na własne potrzeby. Jak przyjęto w uzasadnieniu decyzji Prezesa Urzędu, transakcje te miały na celu realizację obowiązku zakupu energii ze skojarzenia. Polegały na nabyciu przez podmioty zobowiązane na podstawie art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego

energii elektrycznej wytworzonej w skojarzeniu i jednoczesnej sprzedaży takiej samej ilości energii konwencjonalnej wytwórcy, bez przesyłania tej energii poprzez sieć. Organ regulacji energetyki postanowił zaś, jak wynika to z uzasadnienia jego decyzji, zaakceptować wypracowaną na rynku praktykę, zgodnie z którą na poczet realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, uwzględnia się energię objętą wspomnianymi transakcjami na wymianę.

Z ustaleń poczynionych w niniejszej sprawie nie wynika jednak, czy transakcje sprzedaży na wymianę miały jedynie służyć minimalizacji kosztów realizacji obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego poprzez eliminację kosztów związanych z przesyłaniem „wymienianej” energii (która i tak zostałaby przez takiego wytwórcę energii w skojarzeniu sprzedana na rynku energetycznym z uwagi na wysokie ceny tej energii), czy też dopiero praktyka zawierania umów sprzedaży energii na wymianę spowodowała, że energia wytwarzana przez podmioty generujące ją na własne potrzeby pojawiła się na rynku energii elektrycznej, gdyż bez transakcji na wymianę taki wytwórca energii w ogóle nie zaspokajał popytu na rynku energii elektrycznej (bądź czynił to jedynie częściowo, odsprzedając nadwyżki wytwórcze przekraczające własne zapotrzebowanie). Obowiązek z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego był bowiem tak ukształtowany, że przedsiębiorstwo energetyczne takie jak powód działało w charakterze pośrednika między wytwórcą energii a jej odbiorcą końcowym. Zakładając, że przed rozwojem praktyki transakcji sprzedaży na wymianę przedsiębiorstwo energetyczne takiej jak ZA S.A. nie sprzedawało wytworzonej przez siebie energii na rynku (działając tak jak klasyczny wytwórca energii), sprzedaż na wymianę powodowała, że przedsiębiorstwo takie włączało się w rynek energii po stronie wytwórców (jako jeden z dostawców energii czerwonej) a jednocześnie występowało – przynajmniej ekonomicznie - w charakterze odbiorcy końcowego, kupując za pośrednictwem powoda energię mającą służyć zaspokojeniu własnych potrzeb, gdyż zapotrzebowania na energię nie można było pokryć wytworzoną, lecz sprzedaną energią. Akceptacja przez Prezesa Urzędu transakcji sprzedaży energii na wymianę była jednak, z punktu widzenia *ratio legis* obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, neutralna: przedsiębiorstwo energetyczne takie jak ZA S.A. nie zyskiwało dodatkowej motywacji ekonomicznej do wytwarzania energii elektrycznej

w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła w ilościach odpowiadających własnemu zapotrzebowaniu na energię, ponieważ i tak musiało wytworzyć określoną ilość energii służącą zaspokojeniu tych potrzeb. Z kolei transakcje sprzedaży na wymianę nie miały wpływu na ewentualną motywację ekonomiczną do zwiększenia produkcji energii powyżej poziomu potrzeb własnych, gdyż energia taka nawet przed rozwojem praktyki umów sprzedaży na wymianę mogła być wprowadzana na rynek przez ZA S.A. działające tak jak klasyczny wytwórca energii czarnej bądź czerwonej. Akceptacja przez Prezesa Urzędu transakcji sprzedaży energii na wymianę miała znaczenie dla możliwości i kosztów realizacji obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego przez zobowiązane do tego przedsiębiorstwa.

Udzielając odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie, czy energia sprzedana przez przedsiębiorstwo energetyczne, na którym ciążył obowiązek, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, w transakcjach sprzedaży na wymianę powinna być wliczana do podstawy wymiaru obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego należy mieć na uwadze zarysowany powyżej kontekst gospodarczy obowiązku zakupu energii w skojarzeniu.

Jak wspomniano powyżej, obowiązek z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego był tak skonstruowany, że w modelowym ujęciu powód kupuje energię od wytwórców i sprzedaje ją odbiorcom końcowym. Musi przy tym dbać o to, aby wśród dostawców energii, u których się zaopatruje, była odpowiednia kategoria wytwórców (energii czerwonej). Modelowo rozumując, ZA S.A. wytwarzały energię w skojarzeniu na własne potrzeby. Nie działały jako klasyczny wytwórca energii w skojarzeniu, lecz - jako wytwórca na własne potrzeby – poza rynkiem energii. Względy ekonomiczne (wyższa cena energii w skojarzeniu od energii konwencjonalnej) niewątpliwie przemawiały za skorzystaniem przez ZA S.A. z mechanizmu „transakcji na wymianę”, ponieważ tą drogą podmiot ten uzyskiwał dodatkowe przychody z tytułu różnicy między ceną energii sprzedawanej a ceną energii kupowanej. Z gospodarczego punktu widzenia transakcja na wymianę powodowała, że ZA S.A. działały tak jak zwykły wytwórca energii czerwonej. Dlatego założenie Prezesa Urzędu leżące u podstaw wydanej w niniejszej sprawie decyzji oraz zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego jest gospodarczo uzasadnione: transakcja sprzedaży energii na wymianę powoduje, że ZA S.A.,



które bez jej zawarcia znajdują się „poza rynkiem” w zakresie wytwarzanej przez siebie i zużywanej energii czerwonej, wchodzi na rynek energii jako wytwórca czerwonej energii. Jednocześnie, ponieważ ZA S.A. potrzebują energii na zaspokojenie własnych potrzeb, muszą pokryć jej „niedobór” wywołany sprzedażem powodowi wytworzonej energii zakupem odpowiedniej ilości energii na rynku. W tym zakresie ZA S.A. występują w charakterze odbiorcy końcowego. Gdyby bowiem ZA S.A. sprzedały energię na podstawie umowy sprzedaży energii, a następnie „brakującą” energię kupiły od powoda, z punktu widzenia funkcjonowania rynku energetycznego nie ulegałoby wątpliwości, że energię sprzedaną ZA S.A. przez powoda należałoby zaliczyć na poczet podstawy realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego. Z drugiej strony, z punktu widzenia *ratio legis* obowiązku (udział energii w skojarzeniu w bilansie energetycznym państwa) transakcja sprzedaży energii przez powoda na rzecz ZA S.A. i tak nie miałaby znaczenia, gdyż nie wpływała na ilość energii czerwonej w bilansie energetycznym państwa.

Uwzględnienie rozumowania, zgodnie z którym wolumen energii objęty transakcją sprzedaży na wymianę należy zaliczyć na poczet podstawy wymiaru obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, prowadziłyby do podniesienia tej podstawy, podczas gdy w przypadku zakupu energii u wytwórcy nie będącego podmiotem zużywającym energię na własne potrzeby, bądź wytwórcy zużywającego energię także na własne potrzeby na podstawie transakcji przybierającej postać zwykłej umowy sprzedaży, wielkość sprzedaży stanowiąca podstawę dla wyliczenia obowiązku zakupu energii wytworzonej w skojarzeniu kształtowałyby się na niższym poziomie. Mimo iż transakcja na wymianę miała na celu jedynie wykonanie obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, powód w jej wyniku zostałby dodatkowo ukarany podniesieniem podstawy wskutek „sztucznego” zwiększenia ilości energii elektrycznej „sprzedanej” odbiorcom końcowym. Powód musiałby bowiem zakupić większą ilość energii czerwonej, by uczynić zadość obowiązkowi z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego.

Przeciwko uwzględnieniu argumentacji Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie przemawia cel gospodarczy, jaki przyświecał stronom transakcji na wymianę. Transakcje na wymianę nie służyły samemu pozyskaniu od wytwórcy energii

elektrycznej do jej sprzedaży odbiorcom końcowym. Nie miały także na celu sprzedaży energii znajdującej się w dyspozycji przedsiębiorstwa energetycznego odbiorcy końcowemu. Celem gospodarczym zawartej umowy było wykonanie przez powoda obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego, w drodze dokonania akceptowanych przez organ regulacji energetyki rozliczeń między przedsiębiorstwem zobowiązanym a uprawnionym wytwórcą. Cel ten zrealizowano z uwzględnieniem celu wtórnego prawodawcy – jako wytwórca energii czerwonej ZA S.A. uzyskały w rozliczeniu wyższą cenę za energię wytworzoną w skojarzeniu niż powód za energię konwencjonalną. Wybranemu przez powoda i ZA S.A. sposobowi realizacji tego celu nie sposób również przypisać działania ukierunkowanego na obejście ustawy, skoro tego rodzaju praktyka zyskała akceptację Prezesa Urzędu.

Mając na względzie powyższe założenia za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 535 k.c. w związku z art. 155 § 2 k.c. oraz art. 348 k.c., a także zarzut naruszenia art. 9a ust. 8 i art. 56 ust. pkt 1a i ust. 6 Prawa energetycznego.

Sąd drugiej instancji zakwalifikował umowę zawartą przez powoda z ZA S.A. jako umowę sprzedaży, choć w piśmiennictwie wskazuje się, że tego rodzaju umowę należy traktować jako nienazwaną umowę zamiany z dopłatą, umowę zamiany połączoną z umową sprzedaży (w części dotyczącej dopłaty), a nawet jako dwie umowy sprzedaży. Kwalifikacja umowy nie zmienia jednak przedstawionej wyżej oceny skutków zachowania stron umowy w kontekście obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego.

Jak trafnie wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, umowa sprzedaży ma w polskim prawie charakter umowy konsensualnej. Do przeniesienia własności dochodzi już na podstawie samego porozumienia stron. Samo wydanie rzeczy i zapłata ceny są przejawami wykonania umowy. Jednakże umowa sprzedaży przybiera charakter czynności realnej, gdy jej przedmiotem jest sprzedaż rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, w tym także energii. Do przeniesienia własności konieczne jest wydanie rzeczy oznaczonej co do gatunku, a w niniejszej sprawie energii. W przypadku sprzedaży energii do odbiorcy końcowego wydanie następuje dopiero po przepłynięciu energii przez licznik. Nacisk na realny charakter umowy sprzedaży energii znajduje dodatkowe potwierdzenie w definicjach

legalnych pojęć „odbiorca” (pkt 13) oraz „odbiorca końcowy” (pkt 13a). Odbiorcą jest ten „kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym”. Definicja odbiorcy akcentuje wyraźnie „realny” charakter umowy dostarczania (sprzedaży) energii (otrzymuje lub pobiera). Z kolei definicja odbiorcy końcowego wykorzystuje zdefiniowane powyżej pojęcie „odbiorcy”, dookreślając, że jest nim ten, kto „dokonuje zakupu ... na własny użytek”. Przeznaczenie energii (własny użytek) nie ma przy tym decydującego charakteru dla kwalifikacji podmiotu jako odbiorcy końcowego, ponieważ z pkt 13 wynika, że odbiorcą jest nie ten, kto „dokonuje zakupu” w określonym celu, ale kto na podstawie zawartej umowy rzeczywiście (realnie) „otrzymuje” lub „pobiera”.

Z ustaleń poczynionych w niniejszej sprawie wynika zaś, że energia objęta umową zawartą przez powoda z ZA S.A. nie została wydana przez powoda nabywcy. Skoro zaś energia nie została przesłana, umowa sprzedaży energii nie została wykonana, co z kolei oznacza, że wolumen energii objęty umową zawartą w niniejszej sprawie nie jest „sprzedażą wykonaną” w rozumieniu § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 2004 r. Energia ta nie powinna być wliczana do podstawy obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego.

Wymaga to z kolei rozstrzygnięcia kwestii, czy energia, którą powód miał rzekomo zakupić od ZA S.A., może zostać zaliczona przez powoda na poczet realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego. Jak bowiem trafnie wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, uwzględnienie rozumowania powoda co do realnego charakteru umowy sprzedaży energii miałoby ten skutek, że powód nie wykonałby obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego w jeszcze większym stopniu, niż to wynika z decyzji Prezesa Urzędu utrzymanej w mocy przez Sąd Apelacyjny. W tej kwestii należy mieć jednak na uwadze, że o ile podstawę obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego kształtuje „sprzedaż wykonana” w rozumieniu prawa cywilnego, ponieważ powołany przepis kształtuje publicznoprawny obowiązek, którego rzeczywisty zakres jest konsekwencją obrotu regulowanego przepisami prawa prywatnego, o tyle zasady realizacji obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego kształtowane są przede wszystkim przez regulacje prawa publicznego. Powód, zawierając umowę z ZA S.A., działał zaś w zaufaniu do Prezesa Urzędu, który – jak wynika to

jednoznacznie z wydanej w niniejszej sprawie decyzji - uznał, że będzie akceptował energię zakupioną w transakcjach na wymianę na poczet realizacji obowiązku, o którym mowa w art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego. Dlatego ewentualne wyciągnięcie wobec powoda negatywnych konsekwencji niewykonania umowy sprzedaży zawartej z ZA S.A. w zakresie „zakupu” energii czerwonej od tego podmiotu, podważałoby zasadę ochrony zaufania i uzasadnionych oczekiwań wykreowanych przez Prezesa Urzędu. Określenie przez Prezesa Urzędu zasad, według których będzie oceniał wykonanie obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego za I półrocze 2007 r., kreuje w demokratycznym państwie prawa godną ochrony ekspektatywę po stronie podmiotu obciążonego obowiązkiem zagrożonym dolegliwą administracyjną karą pieniężną, zgodnie z którą zachowanie się w sposób odpowiadający wskazówkom sformułowanym przez organ regulacji rynku nie pociągnie za sobą negatywnych dla przedsiębiorcy konsekwencji. Za uznaniem takiej ekspektatywy za godną ochrony w niniejszej sprawie przemawia dodatkowo neutralność deklaracji Prezesa Urzędu z punktu widzenia celów obowiązku z art. 9a ust. 8 Prawa energetycznego oraz potwierdzony przez ten organ niedobór energii czerwonej na rynku w I połowie 2007 r.

Niezasadny okazał się natomiast zarzut naruszenia art. 3 pkt 13a w związku z art. 3 pkt 13 Prawa energetycznego oraz w związku z § 3 pkt 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 19 grudnia 2005 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązków uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia, uiszczenia opłaty zastępczej oraz zakupu energii elektrycznej i ciepła wytworzonych w odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2005 r. Nr 261, poz. 2187), ponieważ zastosowanie w niniejszej sprawie znajdował § 5 pkt 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 9 grudnia 2004 r.

Kierując się przedstawionymi motywami oraz opierając się na treści art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c., a w odniesieniu do kosztów postępowania kasacyjnego na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji swego wyroku.

