Sygn. akt VI A Ca 995/12

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA– Teresa Mróz (spr.)

Sędzia SA– Krzysztof Tucharz

Sędzia SA – Ewa Śniegocka

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 17 stycznia 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w B. następcy prawnego (...) S.A. z siedzibą w N.

przeciwko Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki

o ustalenie wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt XVII AmE 172/10

I. ***oddala apelacje;***

II. ***zasądza od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na rzecz (...) S.A. z siedzibą w B. kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.***

Sygn. akt VI A Ca 995/12

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 30 lipca 2010 r. nr (...) pozwany Prezes Urzędu Regulacji Energetyki ustalił dla roku 2009 dla powódki (...) S.A. w B. (dawniej (...) S.A. w N.) wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych, jaką powódka otrzyma od (...) S.A. w kwocie (+) 24.077.793 zł.

Na skutek odwołania powódki od powyższej decyzji wyrokiem z dnia 4 czerwca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że ustalił wysokość korekty rocznej dla powódki w kwocie (+) 116.985.205 zł oraz zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 460 zł tytułem kosztów postępowania.

Powyższe orzeczenie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

Na podstawie art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii powódka przekazała

pismem z dnia 26 sierpnia 2009 r. oświadczenie o wyborze sposobu dokonania korekty rocznej kosztów osieroconych za 2009 r. zgodnego z art. 30 ust. 1 powyższej ustawy oraz pismem z dnia 27 sierpnia 2008 r., wniosek o zaliczkę w wysokości 171.125.231 zł, a następnie pismem z dnia 11 grudnia 2008 r. wniosek o zmianę wysokości zaliczki na kwotę 106.800.000 zł.

Sąd Okręgowy podkreślił, że bezsporne jest, że w 2009 r. wypłacono powódce 106.800.000 zł tytułem zaliczek na poczet kosztów osieroconych. Niesporne jest również, że powódka w 2009 r. sprzedawała energię uwolnioną z zawartych wcześniej kontraktów długoterminowych po średniej cenie 185,36 zł/MWh do spółek (...) S. A. Ponadto powódka sprzedawała na rzecz (...) S. A. niewykorzystane zdolności wytwórcze po cenie 30.45 zł/MWh za każdą godzinę postoju zakontraktowanych, ale niewykorzystanych zdolności wytwórczych. Cena ta była niższa od ceny, po której spółki z grupy kapitałowej sprzedawały energię podmiotom spoza grupy (156,93 zł/MWh).

Pozwany nie zakwestionował okoliczności, że jeżeli do wyliczenia wysokości kosztów osieroconych według przyjętego przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki wzoru uwzględnić sprzedaż realizowaną wewnątrz grupy kapitałowej i przychody ze sprzedaży niewykorzystanych zdolności wytwórczych to korekta roczna wyniosłaby 116.985.205 zł.

Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu, że oddalił wnioski dowodowe o przesłuchanie świadka A. P., ponieważ uznał, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie mają znaczenia zeznania tego świadka, ponieważ założenia i metodologia kalkulacji kosztów osieroconych w procesie legislacyjnym nie ma żadnego znaczenia wobec treści ostatecznie uchwalonej ustawy, która jest jasna i jednoznaczna, świadków M. P. (1) i J. Ś. uznając, że ich zeznania są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ stosowane przez powoda ceny mają charakter cen umownych, sposób ich kalkulacji stanowi zatem wyłącznie wewnętrzne wyliczenie jednej ze stron takiej umowy, M. Z. i M. P. (2), jako że metodologia sporządzania dokumentu nie ma znaczenia, skoro prawidłowość tego wyliczenia przy uwzględnieniu przyjętych danych co do zasady była sporna.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie powódki jest zasadne. Sąd przyznał rację Prezesowi URE co do tego, że kosztami osieroconymi są wydatki wytwórcy niepokryte przychodami uzyskanymi ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych wyłącznie na rynku konkurencyjnym po przedterminowym rozwiązaniu umowy długoterminowej wynikającej z nakładów poniesionych przez tego wytwórcę 1 maja 2004 r. na majątek związany z wytwarzaniem energii elektrycznej. Oznacza to, że wydatki i przychody ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych zrealizowane nie na rynku konkurencyjnym nie podlegają przepisom ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej, z co za tym idzie nie są brane pod uwagę przy obliczaniu wysokości środków na pokrycie kosztów osieroconych.

Sąd podkreślił, że pominięcie przez Prezesa URE poszczególnych wydatków i przychodów ze sprzedaży wytworzonej energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych jako zrealizowanych nie na rynku konkurencyjnym jest możliwe jedynie pod warunkiem udowodnienia tej okoliczności.

W ocenie Sądu Okręgowego natomiast pozwany nie wykazał, że sprzedając energię elektryczną wewnątrz grupy kapitałowej powódka robiła to z pominięciem reguł rynkowych. Okoliczność ta objęta jest jedynie domniemaniem pozwanego wynikającym z faktu powiązania kapitałowego, sprzedaży w ramach umowy ramowej, w której cenę transakcyjną ustalano trzykrotnie: 16 grudnia 2008 r., 12 stycznia i 13 marca 2009 r., łącznie 3.882.956 MWh po średniej cenie 185,36 zł/MWh, a także ustaleniu, że w analogicznym okresie w dwunastu porównywalnych kontraktach zawieranych przez inne podmioty, ceny zawierały się w przedziale 195-223 zł/MWh.

Zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie nie zostały spełnione po stronnie pozwanej warunki określone w art. 231 k.p.c. Fakt przynależności bowiem do grupy kapitałowej nie oznacza automatycznie, że wszystkie transakcje realizowane wewnątrz grupy nie są oparte na zasadach wolnego rynku, chociaż powiązanie kapitałowe daje możliwość oddziaływania na sferę autonomii poszczególnych podmiotów. Sąd podkreślił też, że ingerencja w sferę autonomii poszczególnych podmiotów miałaby uzasadnienie, gdyby dawało to korzyści całej, hipotetycznej grupie

kapitałowej, a nie jedynie wywoływało skutki wewnętrzne. Ponadto wskazał, że rynek produkcji energii elektrycznej został uznany przez Prezesa URE za konkurencyjny, co znalazło wyraz w zwolnieniu podmiotów wytwarzających energię z obowiązku przedstawiania taryf stosownie do treści art. 49 ustawy Prawo energetyczne. Ustawodawca sam przewidział okoliczność działania podmiotów w grupach kapitałowych, określając korektę wysokości kosztów osieroconych w oparciu o zasady z art. 32 ustawy o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej.

Sąd Okręgowy zwrócił również uwagę, że wyprowadzenie wniosku, że stosowane przez powódkę ceny nie mają charakteru cen rynkowych tylko przez porównanie ich średniej wysokości z innymi średnimi cenami nie znajduje dostatecznego logicznego uzasadnienia. Przede wszystkim, Sąd wskazał, że średnia cena stosowana przez powódkę jest rezultatem uśrednienia cen w pewnym przedziale. Z zasady oznacza to, że występują ceny wyższe i niższe od średniej. To oznacza, że pozwany porównał cenę przeciętną z przedziałem cen stosowanych w 12 innych kontraktach, a więc wielkości o odmiennym charakterze. Ponadto stosowanie metody porównawczej w odniesieniu do stosowania cen wymaga wykazania porównywalności warunków rynkowych, w których zawierane były poszczególne transakcje, a także porównywalność kosztów obydwu stron zawieranych umów. Pozwany w tym zakresie nie przedstawił żadnych ustaleń. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że ceny właśnie z owych 12 wybranych przez pozwanego kontraktów są miarodajnym wskaźnikiem cen rynkowych. Sąd stwierdził również, że przedstawione przez pozwanego twierdzenia nie dają podstaw do wyprowadzenia wniosku, że w przedmiotowym okresie powódka mogła osiągać inne ceny lecz tego nie robiła z uwagi na fakt sprzedaży energii wewnątrz grupy kapitałowej.

W ocenie Sądu Okręgowego brak jest również podstaw do kwestionowania przychodów ze sprzedaży niewykorzystanych rezerw mocy tylko z powodu, że ich sprzedaż była realizowana wyłącznie pomiędzy podmiotami należącymi do grupy kapitałowej. Przynależność do grupy kapitałowej nie oznacza, że transakcje realizowane pomiędzy jej członkami nie mają charakteru rynkowego. Członkowie grupy kapitałowej są odrębnymi osobami prawnymi i jako odrębne podmioty prowadzą własną działalność. Nie można zatem a priori zakładać, że dokonywane między nimi transakcje były „rekompensowaniem przez (...) S.A. części kosztów trwałych".

Wobec powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego pozwany naruszył art. 30 ust. 1 oraz art. 32 ustawy o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej, a w konsekwencji obliczył wielkość korekty rocznej kosztów osieroconych powódki niezgodnie ze wzorami matematycznymi zawartymi w art. 30 ust. 1 powyższej ustawy i skorygował korektę roczną kosztów osieroconych niezgodnie z zasadami dotyczącymi wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej zawartymi w art. 32 cytowanej ustawy.

Sąd Okręgowy uznał za bezzasadne zarzuty naruszenia przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki przepisów prawa administracyjnego. Sąd powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazał, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć się przy rozpoznawaniu sprawy z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu jedynie do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. Celem postępowania przez SOKiK jest nie tylko kontrola postępowania administracyjnego, ale też merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Postępowanie sądowe jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy z postępowania administracyjnego, ale również strony mają prawo zgłaszania nowych dowodów.

Sąd podkreślił też, że kwestia ograniczenia powódce prawa wglądu do materiału dowodowego została prawomocnie rozstrzygnięta w wyniku wniesionego przez powódkę zażalenie na postanowienie Prezesa URE z dnia 26 lipca 2010 r. Sąd nie znalazł podstaw do ujawnienia powódce tych dokumentów w toku postępowania odwoławczego, a przepis art. 9 k.p.c., na który powódka powołała się nie ma charakteru bezwzględnego. Ograniczenia prawa wglądu w dokumenty złożone w toku postępowania administracyjnego wywołuje również skutek na sądowe postępowanie odwoławcze.

Sąd uznał, że nie zostały też naruszone przepisy Konstytucji w tym art. 7 w zw. z art. 10.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł pozwany.

Zaskarżając wyrok w całości zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie:

- art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 w zw. z art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów (...) poprzez przyjęcie, że sprzedaż przez powódkę w 2009 r. energii elektrycznej przedsiębiorstwom obrotu należącym do tej samej co ona grupy kapitałowej ((...)) nastąpiła na rynku konkurencyjnym, a co za tym idzie uznanie, że przychód osiągnięty z tego tytułu mógł stanowić podstawę do wyliczenia rocznej korekty kosztów osieroconych,

- art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd. pierwsze k.p.c. poprzez przyjęcie, że Prezes URE był zobowiązany do wykazania, że sprzedaż przez powódkę energii elektrycznej przedsiębiorstwom obrotu należącym do grupy (...) w 2009 r. nie nastąpiła na rynku konkurencyjnym, co miało istotny wpływ na wynik sprawy,

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że Prezes URE nie udowodnił, że sprzedaż przez powódkę energii elektrycznej przedsiębiorstwo obrotu należącym do grupy (...) w 2009 r. nie nastąpiła na rynku konkurencyjnym, co miało istotny wpływ na wynik sprawy,

- art. 30 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 4 ustawy o zasadach pokrywania kosztów (...) poprzez przyjęcie, że przychody powódki ze sprzedaży energii elektrycznej, rezerw mocy i usług systemowych nie zostały zrealizowane na rynku konkurencyjnym skutkuje pominięciem przez Prezesa URE przy wyliczaniu środków na pokrycie kosztów osieroconych tych przychodów oraz związanych z nimi wydatków,

- art. 32 w zw. z art. 2 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 12 ustawy o zasadach pokrywania kosztów (...) poprzez sprzeczne z tymi przepisami nie uwzględnienie przy ustalaniu wyniku korekty rocznej kosztów osieroconych powódki za 2009 r. wyniku finansowego (...) S.A., a tym samym wyliczenie przedmiotowej korekty z pominięciem faktu, że powódka należała do grupy (...),

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wyjaśnienia w uzasadnieniu wyroku dlaczego pozwany naruszył art. 32 ustawy o rozwiązywaniu (...) stosując ten przepis przy ustaleniu wysokości korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki, a zatem nie wyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia i w konsekwencji niemożność weryfikacji motywów rozstrzygnięcia dokonanego przez sąd I instancji.

W konkluzji apelacji pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania, ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zmianę zaskarżonej decyzji i ustalenie dla roku 2009 wysokość korekty rocznej kosztów osieroconych dla powódki na kwotę (+) 50.802.471 zł, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania ze względu na naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisu art. 328 § 2 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jako pozbawiona uzasadnionych podstaw prawnych nie zasługuje na uwzględnienie.

Apelacja pozwanego, oparta, podobnie jak prezentowane przez cały tok postępowania jego stanowisko, na złożeniu, że sprzedaż przez powódkę wytworzonej energii elektrycznej do przedsiębiorstw obrotu należących, tak jak powódka, do grupy kapitałowej, nie była realizowana na rynku konkurencyjnym, nie jest zasadna.

Artykuł 2 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej stanowi, że użyte w tej ustawie określenie grupa kapitałowa oznacza grupę kapitałową w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości. Stosownie, z kolei, do tego przepisu, przez grupę kapitałową rozumie się jednostkę dominującą i jednostki zależne. Innymi słowy w grupie kapitałowej występuje przedsiębiorca kontrolujący innych przedsiębiorców oraz przedsiębiorcy przez tego pierwszego kontrolowani. Przedsiębiorcy ci pozostają w stosunku

zależności do przedsiębiorcy mającego nad nimi kontrolę. W doktrynie przyjmuje się, że „kontrolę" należy rozumieć jako możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Przepis art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje, że przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę. Zawarte w art. 4 pkt 4 lit. a-f ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy, wskazując na typowe przypadki prowadzące do uzyskania przez jednego przedsiębiorcę możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Także przypadki popadnięcia w tzw. ekonomiczną zależność jednego przedsiębiorcy od drugiego - wskutek zawarcia w szczególności takich umów, jak umowa o zbyt, umowa o dostawę, umowa licencyjna - mogą (w pewnych okolicznościach) zostać uznane jako przejęcie kontroli. Uprawnienia przysługujące jednemu przedsiębiorcy z tytułu wspomnianych umów mogą bowiem zapewniać możliwość wywierania nawet znacznego wpływu na drugą stronę umowy. Oczywiście nie przy każdym zawarciu jednej z wymienionych wyżej umów dochodzi do zależności gospodarczej, uzasadniającej traktowanie danego przypadku jako przejęcia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powiązanie ekonomiczne musi być na tyle silne, że swoboda gospodarcza innego przedsiębiorcy w zakresie spełniania typowych obowiązków kontraktowych zostanie istotnie ograniczona, a nawet całkowicie wykluczona.

Wprowadzenie definicji legalnej pojęcia grupy kapitałowej jest konieczne przede wszystkim dla wyznaczenia zakresu podmiotowego obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Pojęcie grupy kapitałowej ma także znaczenie dla obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Artykuł 16 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nakazuje, aby obrót ten uwzględniał nie tylko obrót przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, ale także obrót pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji. Poza tym przy obliczaniu udziału w rynku (na potrzeby stosowania wyłączenia porozumienia wertykalnego spod zakazu zawartego w art. 6 u.o.k.k.) nie uwzględnia się sprzedaży dokonywanej między przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej (zob. § 5 ust. 4 rozp. wert.).

Powyższe unormowania są przejawem traktowania przez prawo konkurencji podmiotów wchodzących do tej samej grupy kapitałowej jako jednej jednostki gospodarczej. Ma to również wpływ na ocenę porozumień antykonkurencyjnych zawieranych przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy - mimo że przepisy ustawy (zob. art. 6 u.o.k.k.) nie zawierają już regulacji, które wyraźnie ustanawiałyby inne (w szczególności bardziej liberalne) kryteria oceny tego rodzaju porozumień.

Przenosząc te ogólne uwagi odnośnie do grupy kapitałowej wskazać należy, że pozwany w apelacji zawarł stwierdzenie, że zarówno Sąd OKiK jak i Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach (XVII Amr 54/95, XVII Ama 38/04, I CKN 1036/98, I CKN 1200/00) wyrażały respektowanie doktryny single economic unit w kontekście prawa konkurencji. Jak podkreślił pozwany orzeczenia te wskazywały, że przedsiębiorstwa kontrolowane (w grupie kapitałowej) nie mogą samodzielnie kierować swoim postępowaniem na rynku, lecz muszą stosować się do wytycznych i poleceń wydawanych przez przedsiębiorcę dominującego. Twierdzenia te prowadzą do wniosku, że w ocenie pozwanego przedsiębiorca kontrolowany pozbawiony jest swobody „kierowania swoim postępowaniem" na całym rynku, a nie

tylko rynku grupy kapitałowej. Podnieść należy, że zgodnie z doktryną single economic unit przyjmuje się, że między przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej „w zasadzie" brak jest samodzielności podejmowania decyzji przez podmioty zależne, które realizują określoną strategię biznesową.

Należy również zwrócić uwagę na stanowisko komentatorów (A. Stawicki. E. Stawicki, J. Baehr, J. Krüger, T. Kwieciński, M. Radwański, B. Turno, A. Wędrychowska-Karpińska, A. Wiercińska-Krużewska, A. Wierciński, Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, LEX 2011), zgodnie z którym odnośnie problematyki stosowania art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, należy zaznaczyć, że większość autorów, zarówno polskich, jak i zagranicznych, przyjmuje, że zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które z woli właściciela zachowują znaczną autonomię decyzyjną. Jeżeli w rezultacie spółki takie funkcjonują na rynku tak jak konkurenci, to porozumienia przez nie zawarte mogą podlegać ocenie na gruncie przepisów prawa konkurencji. Pogląd taki formułuje m.in. K. Kohutek, zdają się do niego także przychylać M. Bychowska oraz autorzy komentarza pod redakcją C. Banasińskiego i E. Piontka. Autorzy komentarza podzielając powyższy pogląd podkreślają, postulują by art. 6 powyższej ustawy stosowany był do porozumień zawieranych wyłącznie przez spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej tylko w wyjątkowych wypadkach. Odmienne podejście stałoby bowiem w sprzeczności z koncepcją jednolitego organizmu gospodarczego (single economic unit). Koncepcja ta zakłada przecież, że tylko od woli właściciela zależy to, jak zorganizuje on prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą (w tym, czy będzie on prowadził ją za pośrednictwem jednego podmiotu, czy ich większej liczby). Celem działania spółek zależnych jest zatem nie tyle konkurowanie ze sobą, co raczej optymalizowanie i zwiększanie przychodów w ramach grupy kapitałowej poprzez realizację określonej strategii biznesowej, nawet jeżeli strategia ta zakłada pewien stopień autonomii poszczególnych podmiotów zależnych. Podmioty takie w zdecydowanej większości wypadków będą zatem wyłącznie realizować ustaloną odgórnie strategię działania, a tym samym bardzo rzadko zachowywać się będą na rynku jak prawdziwie niezależni konkurenci.

Ustawa o zasadach pokrywania (...) w sposób jednoznaczny dotyczy jedynie wydatków i przychodów uzyskanych na rynku konkurencyjnym. Wynika z tego, że takie wydatki i przychody uzyskane na rynku niekonkurencyjnym, w ogóle nie podlegają, w zakresie kosztów osieroconych, regulacjom tej ustawy. Z tego z kolei płynie wniosek, że treść artykułu 32 ustawy nie przesądza o niekonkurencyjności rynku grupy kapitałowej, a jedynie określa – przy spełnieniu wskazanych w nim przesłanek – sposób ustalenia poziomu kosztów osieroconych wytwórcy w oderwaniu od rzeczywiście uzyskanych przez tego wytwórcę przychodów i poniesionych przez niego kosztów.

Dodatkowo należy również zwrócić uwagę, że choć na gruncie prawa wspólnotowego ochrony konkurencji, osoby fizyczne lub prawne stanowiące odrębne byty prawne ale należące do tej samej jednostki gospodarczej (grupy kapitałowej) traktowane są jako jeden przedsiębiorca, to nie oznacza to automatycznie stosowania tej reguły w sprawach dotyczących pomocy publicznej w rozumieniu ustawy o zasadach pokrywania (...). Doktryna single economic unit nie przewiduje bowiem bezwzględnej niemożliwości kształtowania relacji, w tym również cenowych, między podmiotami zależnymi i dominującymi na zasadach rynkowych i jak słusznie wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wymagałoby udowodnienia, że w istocie ceny sprzedaży energii wewnątrz grupy nie były cenami rynkowymi. Takiego dowodu w sprawie niniejszej pozwany nie zaoferował.

Powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego musi prowadzić do wniosku, że Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że nie jest zasadne stanowisko Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, który a priori przyjął brak konkurencyjności rynku grupy kapitałowej, bez analizy mechanizmów regulujących politykę cenową panującą wewnątrz grupy. Nie jest słuszne powoływanie się przez pozwanego na „Model obrotu energią elektryczną obowiązujący w (...) Grupie (...) w 2009 roku. Dokumentacja transakcji zawieranych z podmiotami powiązanymi" jako dowód na brak reguł wolnego rynku przy ustalaniu cen w ramach grupy kapitałowej. Dokument ten nie zawiera sformułowań ograniczających swobodę w ustalaniu cen przez podmioty należące do grupy, które byłyby dla nich wiążące. Pozwany nie przedstawił innych dowodów uzasadniających, że rynek wewnątrz grupy kapitałowej nie jest konkurencyjny.

Dlatego też, w ocenie Sądu Apelacyjnego sformułowane w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego oparte na założeniu, że sprzedaż energii elektrycznej przez powódkę w ramach grupy kapitałowej nie nastąpiła na rynku konkurencyjnym, nie są zasadne.

Z przepisu art. 32 ustawy o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej wynika, że w przypadku gdy wytwórca, który zawarł umowę rozwiązującą, wchodzi w skład grupy kapitałowej, w kalkulacji kosztów osieroconych uwzględnia się wielkości oznaczone symbolami (...), (...), (...) i (...), o których mowa w art. 27 ust. 1, ***w odniesieniu do każdego wytwórcy oraz podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w jednostkach wytwórczych wymienionych w załączniku nr 7 do ustawy***, gdzie N oznacza wartość księgową netto rzeczowych środków trwałych i środków trwałych w budowie zaktualizowaną na koniec 2004 r. pomniejszoną o odpisy amortyzacyjne z lat 2005-2006, z uwzględnieniem ust. 2, SD - sumę zaktualizowanej wartości wyników finansowych netto z działalności operacyjnej wytwórcy, skorygowanych o amortyzację, dostępnych do obsługi zainwestowanego kapitału własnego i obcego od dnia 1 stycznia 2007 r. do roku, w którym wygasa najdłuższa umowa długoterminowa danego wytwórcy, obliczaną w sposób określony w ust. 3, R - wartość aktywów danego wytwórcy po zakończeniu okresu korygowania, obliczaną w sposób określony w ust. 5, P -wysokość dotacji i umorzeń związanych z majątkiem służącym do wytwarzania energii elektrycznej objętym umowami długoterminowymi. Z paragrafu 2. powyższego przepisu wynika, że wysokość korekt, o których mowa w art. 30 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, koryguje się w przypadku, gdy: 1) wynik prognozowany i rzeczywisty był dodatni - o dodatnią różnicę pomiędzy wynikiem rzeczywistym a prognozowanym # Wdk(i-1), o którym mowa w art. 30 ust. 1, podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, 2) wynik prognozowany był ujemny, a wynik rzeczywisty dodatni - o rzeczywisty wynik finansowy na działalności operacyjnej podmiotu wchodzącego w skład grupy kapitałowej i wykonującego działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z powyższego wynika, że aby możliwe było posłużenie się przy korekcie kosztów osieroconych rzeczywistym wynikiem finansowym innego podmiotu, konieczne jest aby podmiot ten wchodził w skład tej samej grupy kapitałowej co wytwórca. Znajduje to swoje uzasadnienie w treści art. 32 ustawy „o kosztach osieroconych" odwołującego się wprost do załącznika numer 7 do ustawy. Tymczasem jak wynika z treści załącznika numer (...) dla potrzeb korygowania korekty rocznej na podstawie ustawy o (...) grupę kapitałową z (...) S.A., przyjętą dla określenia wartości korekty rocznej kosztów osieroconych powódki, tworzą (...) S.A. oraz (...) S.A. (...) S.A. nie należy do tej samej grupy kapitałowej co powódka. Zróżnicowanie przynależności do grup kapitałowych skutkowało przyjęciem różnych dla powódki i B. między innymi okresów korygowania. Ustawa o (...) natomiast nie przewiduje możliwości wzajemnego korygowania korekty rocznej w przypadku podmiotów, których okresy korygowania kończą się w różnych latach (art. 2 ust. 6 ustawy o (...)). W tej sytuacji jedynie ubocznie wskazać należy, akceptując w tym zakresie stanowisko powódki, że gdyby nawet powódka traktowana była jako należąca do tej samej grupy kapitałowej co (...) S.A. to korekta roczna kosztów osieroconych powódki dokonana została przez pozwanego wadliwie. Jak bowiem wynika z przepisu art. 32 ustawy o (...) korygowanie korekt rocznych kosztów osieroconych może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy korekty, o których mowa w art. 30 ust. 1 tej ustawy dla wytwórców wchodzących w skład grupy kapitałowej są dodatnie. Należy w związku z tym przyjąć, że przepis ten zakazuje korygowania „w dół" rocznych korekt ujemnych obliczonych na podstawie art. 30 ust. 1 ustawy o (...), a co za tym idzie również korygowania rocznych korekt dodatnich obliczonych na podstawie tego przepisu do wielkości mniejszych niż zero, jak to uczynił pozwany.

Z powyższych względów nie można stanowiska pozwanego zawartego w apelacji uznać za zasadne co do naruszenia przez Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przepisów prawa materialnego.

Odnośnie do zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego należy stwierdzić, że nie są one zasadne. Zgodnie z ogólną zasadą, że ciężar dowodu spoczywa na tym, który twierdzi, a nie na tym, który zaprzecza, nie może budzić wątpliwości, że pozwany miał obowiązek wykazania, że sprzedaż przez powódkę wytworzonej przez nią energii elektrycznej odbywała się z pominięciem reguł rynkowych. Wynika to z brzmienia przepisu art. 6 k.c., zgodnie z

którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Bez wątpienia kwestia dotycząca tego, czy powódka dokonywała sprzedaży energii na rynku konkurencyjnym, czy poza nim, należy do stanu faktycznego stanowiącego podstawę dokonywanej oceny prawnej. Jak wyżej już podniesiono, pozwany nie wskazał żadnego dowodu na okoliczność braku konkurencyjności rynku wewnątrz grupy kapitałowej, opierając się jedynie na założeniu, że w grupie kapitałowej z należącymi do niej podmiotami dominującymi i zależnymi, z zasady brak jest autonomiczności i samodzielności poszczególnych podmiotów w podejmowaniu decyzji transakcyjnych. Jak podkreślono wcześniej twierdzenia oparte jedynie na tym założeniu, nie mogą stanowić wystarczającego dowodu. Zatem zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 232 zd. 1 k.p.c. nie jest zasadny. Konsekwencją tego jest również nietrafność zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 § 1 k.p.c.

Odnośnie do zarzutu naruszenia przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przepisu art. 328 § 2 k.p.c., Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że jest on chybiony. Raz jeszcze wskazać należy, że tak jak wszystkie podniesione przez apelującego zarzuty, tak i ten dotyczy przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że sprzedaż przez powódkę energii elektrycznej nastąpiła na rynku konkurencyjnym. Przywołując wyżej wskazane argumenty już tylko z tego powodu nie można uznać tego zarzutu na zasadny. Wbrew stanowisku pozwanego, Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, dlaczego uznał, że sprzedaż dokonywana była na rynku konkurencyjnym poprzez przytoczenie mechanizmów rządzących kształtowaniem się cen. Pozwany nie zakwestionował prawidłowości tego stanowiska sądu. Ponadto podnieść również należy, że zarzut naruszenia przepisu art. 328 § 2 k.p.c. może okazać się skuteczny jedynie w przypadku, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku posiada tak istotne braki konstrukcyjne i wadliwości, że nie jest możliwa instancyjna kontrola orzeczenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie Sądu Okręgowego takich braków czy wadliwości nie posiada.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, Sąd Apelacyjny uznając zarzuty apelacji za niezasadne, an podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 k.p.c. stosownie do jego wyniku.