



Acta Juris Stetinensis

2023, nr 1 (vol. 42), 167–221
ISSN (print) 2083-4373 ISSN (online) 2545-3181
DOI: 10.18276/ais.2023.42-10



Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie I Wydział Cywilny z dnia 10 października 2019 roku (I AGa 35/19)

Roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. Ewentualny brak szkody może natomiast stanowić argument przy ocenie żądania miarkowania kary umownej.

Przewodniczący: SSA Krzysztof Górski (sprawozdawca)

Sędziowie: SSA Leon Miroszewski, SSA Halina Zarzeczna

protokolant: st. sekr. sąd. Piotr Tarnowski

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny po rozpoznaniu w dniu 26 września 2019 roku na rozprawie w Szczecinie sprawy ze skargi (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w S. o uchylenie wyroku Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. z dnia 27 grudnia 2018 roku wydanego w sprawie z powództwa głównego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w S. i (...) Bank (...) Spółce Akcyjnej w W. o ustalenie oraz z powództwa wzajemnego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w G. o zapłatę (sygnatura akt SA 128/17, SA 183/17W):

1. Oddala skargę.
2. Zasądza od skarżącego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. kwotę 2417 zł (dwóch tysięcy czterystu siedemnastu złotych) tytułem kosztów procesu.

Uzasadnienie

Wyrokiem końcowym wydanym w W., w dniu 27 grudnia 2018 r. w sprawie oznaczonej sygnaturą SA 128/17, SA183/17W sąd polubowny – Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. rozstrzygnął spór między powodem – pozwanym wzajemnym (...) Spółką Akcyjną w G. a pozwanym – powodem wzajemnym (...) Spółką Akcyjną w S. oraz pozwanym (...) Bank (...) Spółką Akcyjną w W., o ustalenie i o zapłatę w zakresie objętym zapisem na sąd polubowny zamieszczonym w § 14 ust. 2 Umowy Sprzedaży nr (...) Praw Majątkowych Wynikających ze Świadcstw Pochodzenia, zawartej pomiędzy Powodem a Pozwanym I w dniu 31 października 2008 r.

W wyroku końcowym sąd polubowny umorzył postępowanie w części dotyczącej żądania przez Powoda Wzajemnego stwierdzenia obowiązku złożenia przez Pozwanego Wzajemnego oświadczenia woli o nabyciu Praw Majątkowych za okres od lipca 2017 r. do końca trwania Umowy oraz w części dotyczącej żądania przez Powoda Wzajemnego zapłaty na jego rzecz przez Pozwanego Wzajemnego ceny za Prawa Majątkowe za okres od lipca 2017 r. do końca trwania Umowy i w części dotyczącej żądania przez Powoda Wzajemnego zapłaty na jego rzecz przez Pozwanego Wzajemnego kar umownych bądź (ewentualnie) odszkodowań w łącznej kwocie 179.056.259,84 zł (pkt 1–3 wyroku).

W punkcie 4. sąd zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę kar umownych w wysokości 15.272.461,22 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie:

a) od kwoty 7.103.012,09 zł (siedem milionów sto trzy tysiące dwanaście złotych dziewięć groszy) od dnia 15 maja 2018 r. do dnia zapłaty;

b) od kwoty 7399.447,29 zł (siedem milionów trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta czterdzieści siedem złotych i dwadzieścia dziewięć groszy) – od dnia 15 maja 2018 r do dnia zapłaty, oraz

c) od kwoty 70.001,84 zł (siedemset siedemdziesiąt tysięcy jeden złoty i osiemdziesiąt cztery grosze) – od dnia 26 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty.

W kolejnym (piątym) punkcie wyroku zasądzono od powoda na rzecz pozwanego (...) zwrot kosztów postępowania arbitrażowego sprawie z powództwa głównego w łącznej kwocie 426.308,08 zł, a w punkcie 6. zasądzono od pozwanego

wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego zwrot kosztów postępowania arbitrażowego w sprawie z powództwa wzajemnego w łącznej kwocie 350.331,92 zł.

W punkcie 7. oddalono w pozostałym zakresie powództwo wzajemne oraz żądania Stron dotyczące zwrotu kosztów postępowania arbitrażowego w sprawach z powództwa głównego i wzajemnego.

W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia wyjaśniono, że powód (pozwany wzajemny) żądał w pozwie (m.in.) ustalenia nieważności Umowy; z kolei w pozwie wzajemnym powód wzajemny (pozwany 1) żądał (m.in.) oddalenia powództwa głównego, jak również – w zależności od ustaleń Zespołu Orzekającego co do ważności Umowy – zasądzenia na jego rzecz kar umownych lub odszkodowań w oznaczonej w Pozwie Wzajemnym wysokości.

Na zgodny wniosek stron sąd polubowny w toku postępowania postanowił przeprowadzić postępowanie w dwóch etapach, z których pierwszy odnosił się do żądanego przez Powoda (Pozwanego Wzajemnego) ustalenia nieważności Umowy, natomiast drugi dotyczył roszczeń Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) zgłoszonych w Pozwie Wzajemnym.

W związku z tym w dniu 4 czerwca 2018 r. wydano wyrok częściowy, oddalający powództwo główne. W konsekwencji, przedmiotem rozpoznania w wyroku końcowym stały się żądania zawarte w pozwie wzajemnym, zgłoszone na wypadek uznania Umowy za ważną i przewidziane do rozstrzygnięcia na drugim etapie postępowania w sprawie, w szczególności zaś zagadnienia dotyczące zasadności i wysokości kar umownych.

Następnie w toku postępowania strony przedstawiły pisma zawierające aktualizację ich stanowisk w przedmiocie roszczeń z powództwa wzajemnego (pisma procesowe: (1) Powoda Wzajemnego z dnia 1 września 2018 r. („Pismo z 1.09.2018 r.”) i z dnia 14 listopada 2018 r. („Pismo z 14.11.2018 r.”) oraz (2) Pozwanego Wzajemnego z dnia 31 października 2018 r. („Pismo z 31.10.2018 r.”) i z dnia 28 listopada 2018 r. („Pismo z 28.11.2018 r.”).

Sąd polubowny stwierdził dalej, że jego ustalenia w przedmiocie: ważności zapisu na sąd polubowny oraz Regulaminu, zawarte w pkt. II Wyroku Częściowego, inkorporuje do wyroku końcowego.

Wyjaśniając stanowiska stron w przedmiocie powództwa wzajemnego, Sąd wskazał, że w dniu 1 września 2018 r., Powód Wzajemny wniósł do Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. „Pismo procesowe – Aktualizacja Pozwu Wzajemnego” (tj. Pismo z 1.09.2018 r.), w którym zmienił powództwo wzajemne, żądając w nim nakazania Pozwanemu Wzajemnemu zapłaty na swoją rzecz kwoty 16.969.401,36 zł tytułem kar umownych za niewykonanie Umowy przez Pozwanego Wzajemnego, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie:

(a) od kwoty 7.892.235,66 zł (tj. od kwoty stanowiącej kary umowne za niewykonanie Umowy poprzez niezakupienie Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w okresie od lipca 2017 r. do końca października 2017 r.), liczonymi od dnia doręczenia Pozwu Wzajemnego (tj. od dnia 12 grudnia 2017 r.) do dnia zapłaty;

(b) od kwoty 8.221.608,10 zł (tj. od kwoty stanowiącej kary umowne za niewykonanie Umowy poprzez niezakupienie Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w okresie od listopada 2017 r. do końca stycznia 2018 r.), liczonymi od dnia 15 maja 2018 r. do dnia zapłaty;

(c) od kwoty 855.557,60 zł (tj. od kwoty stanowiącej kary umowne za niewykonanie Umowy poprzez niezakupienie Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w lutym 2018 r.), liczonymi od dnia 26 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty.

Ponadto w piśmie z 1.09.2018 r. Powód Wzajemny: cofnął w pozostałym zakresie roszczenia podniesione w Pozwie Wzajemnym (jednakże bez zrzeczenia się tych roszczeń) i wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z powołanych w nim dokumentów, na okoliczności tam wskazane; oraz o przeprowadzenie dowodu z zeznań strony – T.Z., członka zarządu Powoda Wzajemnego, jak również o zasądzenie zwrotu na jego rzecz kosztów postępowania i kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów.

W pkt (9) Pisma z 1.09.2018 r. (s. 6) sumę kwot ujętych w petitum w pkt 1(b)(B) I 1(b)(C) wyrażono w nieprawidłowej wysokości 9.051743,95 zł, z wyjaśnieniem, że składają się na nią pozycje z pkt (9)(a) do (d) Pisma z 1.09.2018 r. Tymczasem suma tych pozycji daje wartość 9,007.165,70; natomiast z tabeli załączonej do Pisma z 1.09.2018 r. wynika, że powinno chodzić o kwotę 9.077.165, 70 zł (tj. sumę kwot ujętych prawidłowo w pkt 1(b)(B) i 1(b)(C) petitum); błąd wynika z nieprawidłowo podanej kwoty w pkt (9)(b) Pisma z 1.09.2018 r., zaniżonej o 70 tys. zł w stosunku do wartości podanej w tabeli.

Uzasadniając aktualizację roszczenia, Powód Wzajemny stwierdził, że wynika ona z nowych okoliczności zaistniałych po wniesieniu Pozwu Wzajemnego, tj.: (1) wydania przez Zespół Orzekający Wyroku Częściowego potwierdzającego ważność Umowy oraz (2) zadeklarowania przez Pozwanego Wzajemnego (w piśmie datowanym na dzień 11 czerwca 2018 r.) gotowości wykonywania Umowy (Pismo z 1.09.2018 r., s. 4).

Opisując stan faktyczny sprawy, Powód Wzajemny odniósł się do okoliczności faktycznych zaprzestania wykonywania Umowy przez Pozwanego Wzajemnego, jak również wykonywania Umowy przez strony po wniesieniu Pozwu Wzajemnego. Powód Wzajemny przypomniał, że ostatnią transakcją pozasesyjną Pozwany Wzajemny przeprowadził w dniu 9 sierpnia 2017 r. Obejmowała ona Prawa Majątkowe za energię wyprodukowaną w czerwcu 2017 r. Po tej dacie, Powód Wzajemny nadal wprowadzał na platformę (...) kolejne Prawa Majątkowe (za energię

wyprodukowaną w okresie lipiec 2017 r. – luty 2018 r.), ale Pozwany Wzajemny już ich nie zakupił (Pismo z 1.09.2018 r., s. 7–8). Powód Wzajemny ponownie oferował Pozwanemu Wzajemnemu Prawa Majątkowe (za energię wyprodukowaną do lutego 2018 r.) w dniach 29 marca, 4 kwietnia i 11 maja 2018 r., jednak transakcje takie Pozwany Wzajemny każdorazowo odrzucał (Pismo z 1.09.2018 r., s. 8–9). Wobec powyższego, Powód Wzajemny każdorazowo naliczał, na podstawie § 8 ust. 3 i 4 Umowy, kary umowne za niezakupienie przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych wzywając go do ich zapłaty, najpierw w Pozwie Wzajemnym (w odniesieniu do Praw Majątkowych oferowanych w związku z energią wyprodukowaną w okresie lipiec – październik 2017 r.), a następnie w notach księgowych nr (...) 1 do 8, które to noty obejmowały zarówno kwoty kar umownych dochodzone Pozwem Wzajemnym (noty nr 1 do 4), jak również kary umowne narosłe w związku z niezakupieniem przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w okresie od listopada 2017 r. do końca lutego 2018 r. (noty nr 5 do 8). Po otrzymaniu oryginałów not księgowych Pozwany Wzajemny każdorazowo odmawiał zapłaty naliczonych w nich kar, kwestionując ich zasadność (Pismo z 1.09.2018 r., s. 8–11).

Oryginały not księgowych zostały wysłane do Pozwanego Wzajemnego i doręczone mu (odpowiednio): (1) w dniu 13 kwietnia 2018 r. i w dniu 16 kwietnia 2018 r. (noty nr 1 do 7) oraz (2) w dniu 25 maja 2018 r. i w dniu 28 maja 2018 r. (nota nr 8) (Pismo z 1.09.2018 r., s. 9–11).

Po wydaniu Wyroku Częściowego, Pozwany Wzajemny zgłosił, w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r., gotowość wykonywania Umowy oraz zakupu wcześniej nienabytych przez siebie Praw Majątkowych (Pismo z 1.09.2018 r., s. 11).

W odpowiedzi na to pismo, Powód Wzajemny ponownie zaoferował Pozwanemu Wzajemnemu, w piśmie z dnia 12 czerwca 2018 r., (m.in.) Prawa Majątkowe wynikające ze Świadczeń Pochodzenia uzyskanych za energię wyprodukowaną w okresie od dnia 1 lipca 2017 r. do dnia 28 lutego 2018 r., tj. Prawa Majątkowe, których wcześniej Pozwany Wzajemny nie zakupił. Pozwany Wzajemny nabył wszystkie zaległe Prawa Majątkowe, za pośrednictwem (...), w dniu 13 czerwca 2018 r. (Pismo z 1.09.2018 r., s. 11).

Przechodząc do uzasadnienia prawnego swych żądań, Powód Wzajemny wskazał, że: (1) podstawą prawną jego roszczenia są postanowienia Umowy, w szczególności zaś jej § 8 ust. 3, zgodnie z którym w przypadku niezakupienia przez Pozwanego Wzajemnego zaoferowanych mu Praw Majątkowych, będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej W wysokości odpowiadającej cenie niezakupionych Praw Majątkowych; (2) ziściły się wszelkie przesłanki żądania kary umownej i wreszcie, że (3) dokonany po 9 miesiącach celowego niewykonywania Umowy

zakup zaległych Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego nie ma znaczenia dla roszczenia o zapłatę kar umownych (Pismo z 1.09.2018 r., s. 11–12).

Zdaniem Powoda Wzajemnego, przedmiotem ochrony kary umownej zastrzeżonej w 5 8 ust. 3 Umowy „jest zgodne z Umową, terminowe wykonywanie podstawowego (niepieniężnego) zobowiązania (...) polegającego na cyklicznym zawieraniu Transakcji Pozasesyjnych i nabywaniu Praw Majątkowych”, a więc zawierania umów wykonawczych, co jest w pełni zgodne z wymogami art. 483 k.c. Powód Wzajemny podkreśla też, że „sprzedaż Praw Majątkowych, wraz ze sprzedażą energii, były niemal wyłącznym źródłem przychodów [Powoda Wzajemnego]” i dalej, że „Umowa dawała (Powodowi Wzajemnemu) pewność i stabilność stałych przepływów pieniężnych” (Pismo z 1.09.2018 r., s. 13–14).

Odnosząc się do przesłanek żądania kary umownej oraz ich wystąpienia w przedmiotowej sprawie, Powód Wzajemny wskazał na: (1) istnienie i treść stosunku zobowiązaniowego między wierzycielem a dłużnikiem, oraz (2) fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z takiego stosunku. Obie przesłanki zostały w rozstrzyganej sprawie spełnione; w szczególności zaś, pierwsza znalazła potwierdzenie w ustaleniach zawartych w Wyroku Częściowym, natomiast druga przejawiała się poprzez „świadome” i „intencjonalne” zaprzestanie zawierania umów wykonawczych przez Pozwanego Wzajemnego (Pismo z 1.09.2018 r., s. 15). Powód Wzajemny podkreślił też, że w przypadku dochodzenia roszczenia z tytułu kary umownej, fakt istnienia szkody oraz jej wysokość, a nawet jej wykazanie, są nieistotne dla powodzenia powództwa; Powód Wzajemny powołuje się przy tym na uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03) (Uchwała SIM z 2003 r.), z którą jego stanowisko jest zgodne (Pismo z 1.09.2018 r., s. 16–17).

Niezależnie od powyższego, Powód Wzajemny wskazał, że niewykonanie Umowy przez Pozwanego Wzajemnego naruszyło interesy Powoda Wzajemnego, wyrządzając mu szkodę w postaci: (1) wywołania ryzyka upadłości i utraty płynności; (2) utraty wartości istotnego zabezpieczenia finansowania Powoda Wzajemnego oraz powstania konieczności negocjacji z bankami, jak również (3) konieczności poniesienia kosztów wewnętrznych analiz i zewnętrznych doradców (Pismo z 1.09.2018 r., s. 17–18).

Powód Wzajemny odniósł się też do kwestii zakupu zaległych Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego po terminie, tj. z naruszeniem postanowień Umowy. W ocenie Powoda Wzajemnego, pozostaje to bez znaczenia dla możliwości dochodzenia przezeń kar umownych (Pismo z 1.09.2018 r., s. 18–19). Po pierwsze, wynika to z tego, że „roszczenie o kary umowne w związku z niezakupowaniem Praw Majątkowych zaktualizowało się / stało się w pełni wymagalne zanim (...), po 9 miesiącach, kupiła zaległe Prawa Majątkowe”. Co więcej „skoro (...) tego

zobowiązania nie wykonała, to nie może sanować swojego zachowania następczym zawarciem zaległych umów wykonawczych, po 9 miesiącach odmowy realizacji transakcji”. Powód Wzajemny powołał się również na orzecznictwo, zgodnie z którym „kara umowna należy się wierzycielowi, gdy pomimo spełnienia świadczenia przez dłużnika, zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w umowie, a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć przede wszystkim nieterminowego spełnienia świadczenia” (Pismo z 1.09.2018 r., s. 19–20). Po drugie, wykładnia § 8 ust. 3 Umowy wskazuje na świadomość stron, że w razie niezakupienia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego, Powodowi Wzajemnemu będzie przysługiwało zarówno roszczenie o zapłatę kar umownych, jak i uprawnienie do sprzedaży tych Praw osobom trzecim (a tym bardziej: Pozwanemu Wzajemnemu) (Pismo z 1.09.2018 r., s. 20–21). Wreszcie po trzecie, możliwość dochodzenia kar umownych, pomimo sprzedaży Praw Majątkowych Pozwanemu Wzajemnemu, jest zgodna z funkcjami, jakie pełni kara umowna, tj. funkcją kompensacyjną, represyjną oraz stymulującą (motywacyjną) (Pismo z 1.09.2018 r., s. 22–23). W dalszej części pisma, Powód Wzajemny sprzeciwił się ewentualnemu wnioskowi Pozwanego Wzajemnego o miarkowanie kar umownych, wskazując w szczególności, że miarkowanie winno być oceniane przez pryzmat oceny całokształtu okoliczności faktycznych sprawy, w szczególności zaś (1) funkcji kary umownej, (2) rzeczywistych przyczyn opóźnienia w spełnieniu świadczenia, (3) interesu niemajątkowego wierzyciela, (4) osłabienia zdolności kredytowej i trudności wierzyciela, jak również (5) rodzaju i stopnia uchybień dłużnika (Pismo z 1.09.2018 r., s. 23–24). Zdaniem Powoda Wzajemnego, żaden ze względów uzasadniających miarkowanie w sprawie nie występuje, bo zaprzestanie wykonywania Umowy przez Pozwanego Wzajemnego było zawinione i celowe, motywowane było chęcią uzyskania lepszych wyników finansowych i spowodowało poważne konsekwencje dla Powoda Wzajemnego. W takich okolicznościach na miarkowanie nie ma miejsca i byłoby sprzeczne z funkcją stymulacyjną oraz represyjną kary umownej (Pismo z 1.09.2018 r., s. 23–26).

W dniu 31 października 2018 r. Pozwany Wzajemny wniósł „Odpowiedź na Pozew Wzajemny” (tj. Pismo z 31.10.2018 r.), w której odnosi się do twierdzeń Powoda Wzajemnego zawartych w Pozwie Wzajemnym i w Piśmie z 1.09.2018 r.

Pozwany Wzajemny wniósł o oddalenie Pozwu Wzajemnego, jak również: (1) na wypadek uznania roszczeń Powoda Wzajemnego za zasadne, o miarkowanie kar umownych na podstawie art. 484 § 2 k.c., tj. z powodu ich rażącego wygórowania; (2) o przeprowadzenie dowodu z powołanych w Piśmie z 31.10.2018 r. dokumentów, na okoliczności w nim wskazane; (3) o przeprowadzenie dowodu z pisemnych i ustnych zeznań świadka – J.D., na okoliczności wskazane w Piśmie z 31.10.2018 r.; a także (4) o przesłuchanie strony – T.Z., członka zarządu Powoda Wzajemnego,

na okoliczność szkody, jaką Powód Wzajemny poniósł wskutek niewykonywania Umowy przez Pozwanego Wzajemnego w okresie trwania sporu O JC nieważność (Pismo z 31.10.2018 r., s. 1–2).

Na podstawie § 33 ust. 4 Regulaminu wniesiono nadto o zobowiązanie Powoda Wzajemnego „do przedstawienia będących w jego posiadaniu dokumentów – umów i faktur dotyczących kosztów wewnętrznych analiz, zewnętrznych doradców oraz kosztów podróży przedstawicieli [Powoda Wzajemnego], jakie w okresie trwania sporu o nieważność [Powód Wzajemny] poniósł w związku z niewykonywaniem (...) przez [Pozwanego Wzajemnego]”, jak również wnosi o przeprowadzenie dowodu z wyżej wymienionych dokumentów, na okoliczności wskazane w Piśmie z 31.10.2018 r. (Pismo z 31.10.2018 r., s. 2).

Wreszcie, Pozwany Wzajemny wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania arbitrażowego oraz zwrotu przez Powoda Wzajemnego kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów (Pismo z 31.10.2018 r., s. 2).

Pozwany Wzajemny wskazał, że twierdzenia Powoda Wzajemnego są nie trafne, a żądanie zaktualizowanego pozwu Wzajemnego powinno zostać oddalone. Wynika to z tego, że „(...) zastrzega karę umowną na rzecz (...) tylko na wypadek niewykonania zobowiązania przez (...), tj. niezakupienia praw majątkowych. (...) nie sankcjonuje innego naruszenia zobowiązania niż jego niewykonanie; kara umowna nie została zastrzeżona na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności nieterminowego zawarcia transakcji pozasesyjnej” (Pismo z 31.10. 2018 r., s. 6). Powyższy wniosek Pozwany Wzajemny opiera na brzmieniu § 8 ust. 3 Umowy, zgodnie z którym naliczenie kary umownej zasadne jest „w przypadku niezakupienia zaoferowanych (..) Praw Majątkowych”. Co więcej, również wysokość zastrzeżonych kar umownych ma wskazywać, że miały one „pokrywać szkodę wynikającą z całkowitego niewykonania zobowiązania (...) [gdyż kara ta odpowiada wysokości wynagrodzenia należnego na podstawie umów wykonawczych do Umowy]” Nie jest ona zaś w żaden sposób „uwarunkowana rozmiarem zwłoki dłużnika”. W związku z tym Pozwany Wzajemny twierdzi też, że „zakupienie przez [niego] [Praw Majątkowych] w dniu 13 czerwca 2018 r. spowodowało, że podstawa z § 8 ust. 3 [Umowy] do obciążenia karami umownymi za niezakupienie [Praw Majątkowych] odpadła” (Pismo z 31.10.2018 r., s. 6–7). Pozwany Wzajemny przypomniał, że jego działania (nieprzyjmowanie ofert sprzedaży Praw Majątkowych w toku postępowania z powództwa głównego i nieuiszczanie kar umownych mimo doręczania przez Powoda Wzajemnego stosownych not księgowych) podyktowane były jego przekonaniem o nieważności Umowy (Pismo z 31.10.2018 r., s. 8). Jednakże niezwłocznie po wydaniu przez Zespół Orzekający Wyroku Częściowego, Pozwany Wzajemny zgłosił „gotowość do realizacji postanowień (...), iv, nabywania [Praw Majątkowych] [...], jednocześnie deklarując gotowość do zakupu

[Praw Majątkowych] zaoferowanych przez [Powoda Wzajemnego] w czasie trwania sporu sądowego, a niezakupionych przez [Pozwanego Wzajemnego]" (Pismo z 31.10.2018 r., s. 9). W odpowiedzi na deklarację Pozwanego Wzajemnego, w dniu 12 czerwca 2018 r. Powód Wzajemny przedstawił Pozwanemu Wzajemnemu porozumienia transakcyjne dotyczące sprzedaży Praw Majątkowych nienabytych przez niego w czasie trwania sporu, tj. Praw Majątkowych za okres od lipca 2017 r. do marca 2018 r. W dniu 13 czerwca 2018 r. Strony zawarły umowy sprzedaży tych Praw, w drodze Transakcji Pozasesyjnych na (...). Po otrzymaniu faktury, Pozwany Wzajemny uiszczył cenę za Prawa Majątkowe, ustaloną w wysokości wynikającej z Umowy (Pismo z 31.10.2018 r., s. 9).

Pozwany Wzajemny przypomniał też, że kara umowna została zastrzeżona w Umowie jedynie na wypadek niewykonania zobowiązania. Postanowienie § 5 ust. 3 nie sankcjonuje zaś wykonania zobowiązania w sposób nienależyty, czy zwłoki w zakupieniu Praw Majątkowych. W ocenie Pozwanego Wzajemnego „nieracjonalne byłoby przyjmowanie, że strony zdecydowały się w taki sam sposób sankcjonować naruszenie umowy polegające na (i) niezakupieniu praw majątkowych / na ich nieterminowym zakupieniu". Zdaniem pozwanego „nieterminowość spełnienia świadczenia przez dłużnika i niespełnienie tego świadczenia w ogóle to przecież zupełnie różne postacie naruszenia interesu wierzyciela", oraz że „należy odróżnić sytuację, w której interes wierzyciela zostaje zaspokojony w sposób częściowo odbiegający od treści zobowiązania, od sytuacji, w której wierzyciel wcale nie uzyskuje zaspokojenia swojego interesu" (Pismo z 31.10.2018 r., s. 11–12). Ponadto za stanowiskiem, zgodnie z którym kary umowne zastrzeżone są należne jedynie na wypadek niewykonania Umowy, a nie jej nienależytego wykonania, ma przemawiać: (1) zmienna wartość Praw Majątkowych w czasie 1 wynikające z tego ryzyko nielojalności kontraktowej – kara umowna miała chronić przed zaprzestaniem wykonywania Umowy oraz zakupem (bądź sprzedażą) Praw Majątkowych po korzystniejszych cenach rynkowych, jak również (2) sposób ustalenia wysokości kary umownej, który wskazuje, że „zamiarem stron było zagwarantowanie skompensowania szkody, którą [Powód Wzajemny] mógłby ponieść w przypadku odmowy zawarcia Transakcji Pozasesyjnej przez [Pozwanego Wzajemnego], a więc niewykonania zobowiązania wynikającego z [Umowy]" (Pismo z 31.10.2018 r., s. 12–13).

W ocenie Pozwanego Wzajemnego „przypisywanie stronom zamiaru (w rozumieniu art. 65 § 2 k.c.) sankcjonowania opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, byłoby nieracjonalne [gdyż] wysokość kary umownej w żaden sposób nie jest zrelatywizowana do potencjalnego okresu opóźnienia dłużnika – niezależnie od tego, czy Pozwany Wzajemny opóźniałby się kilka dni, tygodni czy miesięcy, należałaby się kara umowna w tej samej wysokości" (Pismo z 31.10.2018 r., s. 13).

Nadto w przypadku obciążenia [Pozwanego Wzajemnego] karą umowną, [Powód Wzajemny może] sprzedać prawa majątkowe niezakupione przez Pozwanego Wzajemnego jakiegokolwiek osobie trzeciej za jakąkolwiek cenę, co – zdaniem Pozwanego Wzajemnego – potwierdza, że „kara umowna miała kompensować [Powodowi Wzajemnemu] uszczerbek polegający na utraconych korzyściach” (Pismo z 31.10.2018 r., s. 14).

Pozwany Wzajemny podniósł też, że w związku z okolicznością, iż w dniu 13 czerwca 2018 r. (...) wykonała zobowiązanie wynikające z (...), tj. kupiła wszystkie zaoferowane przez (...) prawa majątkowe w drodze Transakcji Pozasesyjnych, zgodnie z (...), podstawa do obciążenia (...) karami umownymi z art. 8 ust. 3 (...) odpadła. [...] Wierzyciel nie może bowiem żądać zapłaty kary umownej łącznie z wykonaniem zobowiązania w sytuacji, gdy karę umowną zastrzeżono na wypadek niewykonania zobowiązania. Może natomiast wybrać bądź roszczenie o wykonanie zobowiązania, bądź roszczenie o karę umowną (ewentualnie połączone z roszczeniem odszkodowawczym)”. Natomiast „[Powód Wzajemny] jako wierzyciel, samodzielnie wybrał roszczenie, którego wykonanie zaspokoilo jego interes” (Pismo z 31.10.2018 r., s. 15).

Pozwany Wzajemny zarzucił nadto, że Powód Wzajemny nie poniósł szkody, skoro Pozwany Wzajemny nabył Prawa Majątkowe na warunkach cenowych określonych w Umowie. Co do zaś stanowiska wyrażonego Uchwale SN z 2003 r., Pozwany Wzajemny wskazał, że relacja pomiędzy wystąpieniem szkody a aktualizacją obowiązku zapłaty kary umownej nadal budzi wątpliwości, skoro z art. 483 § 1 k.c. wprost wynika, iż kara umowna stanowi surogat odszkodowania. W konsekwencji, „zasadna jest argumentacja, że wykazanie braku szkody po stronie wierzyciela zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty kary umownej” (Pismo z 31.10.2018 r., s. 16).

Z ostrożności, na wypadek uznania roszczeń Powoda Wzajemnego o zapłatę kar umownych za zasadne, Pozwany Wzajemny zażądał ich miarkowania wskazując na: (1) rażącą dysproporcję pomiędzy wysokością kary umownej a wysokością szkody; (2) rozmiar odszkodowania przysługującego poszkodowanemu na zasadach ogólnych; (3) wartość świadczenia głównego; (4) niski stopień winy dłużnika, (5) potrzebę uniknięcia nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela, (6) kompensacyjną funkcję kary umownej zastrzeżonej w Umowie (Pismo z 31.10.2018 r., s. 16–19).

Pozwany Wzajemny skonkludował, że „biorąc pod uwagę warunki cenowe transakcji pozasesyjnych z dnia 13 czerwca 2018 r. dla obydwu stron [oczywiste] było, że transakcja ta dokonywana jest w wykonaniu (...). [Powód Wzajemny] zaoferował [Prawa Majątkowe] wg ceny jednostkowej określonej w (...), tj. w zależności od momentu, w którym [Powód Wzajemny] uzyskał [Świadectwa Pochodzenia] –

251,38 zł, 249,48 zł oraz 244,12 zł, „gdy ich wartość rynkowa wynosiła wówczas ok. 70 zł. W ocenie Pozwanego Wzajemnego, żądanie zapłaty kar umownych w sytuacji, w której Pozwany Wzajemny wykonał Umowę, płacąc za Prawa Majątkowe ponad trzykrotnie więcej niż ich cena rynkowa, nie zasługuje na ochronę, wobec czego żądanie miarkowania kar umownych jest zasadne (Pismo z 31.10.2018 r., s. 20–21).

W dniu 14 listopada 2018 r. Powód Wzajemny wniósł replikę w sprawie powództwa wzajemnego (tj. Pismo z 14.11.2018 r.), w której: (1) podtrzymuje wszelkie dotychczasowe żądania, twierdzenia i wnioski zgłoszone w Piśmie z 1.09.2018 r., (2) wnosi o oddalenie wniosku dowodowego Pozwanego Wzajemnego z pkt IV pet/tum Pisma z 22.10.2018 r. (tj. o zobowiązanie Powoda Wzajemnego do przedstawienia opisanych tam dokumentów) jako pozostającego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (Pismo z 14.11.2018 r., s. 2).

Powód Wzajemny wskazał w szczególności na bezzasadność twierdzeń pozwanego wzajemnego o tym, że: (1) kary umowne były zastrzeżone tylko za niewykonanie zobowiązania w ogóle, a Pozwany Wzajemny zobowiązanie wykonał, choć nienależycie (po terminie), (2) Powód Wzajemny nie poniósł szkody, (3) kary umowne są nieważne, bo zabezpieczają spełnienie zobowiązania pieniężnego (Pismo z 14.11.2018 r., s. 3).

Odnosząc się do pierwszej z wymienionych kwestii, Powód Wzajemny stwierdził, że „kara umowna może zostać zastrzeżona za naruszenie określonego w umowie obowiązku – niezależnie od tego czy naruszenie to prowadzi w danej sytuacji do niewykonania czy też tylko do nienależytego wykonania zobowiązania”, oraz że zgodnie z § 8.3 Umowy „kara umowna została zastrzeżona na wypadek nie zakupienia zaferowanych [Powodowi Wzajemnemu] zgodnie z niniejszą Umową Praw Majątkowych”. Przedmiotem ochrony kary umownej zastrzeżonej w Umowie jest więc zobowiązanie do nabycia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego w momencie ich zaferowania. Istotną cechą tego zobowiązania jest terminowość i cykliczność. Ponadto przyjęcie wykładni § 8.3 (oraz analogicznego § 8.2 Umowy, który zastrzegają kary umowne na rzecz Pozwanego Wzajemnego), zgodnie z którą „kara umowna należy się, gdy (...) nie kupi w ogóle Praw Majątkowych, a/e nie należy się, gdy kupi je, a/e po 9-miesięcznej zwłoce – prowadziłyby do absurdalnych wniosków”, gdyż strony Umowy mogłyby – bez jakichkolwiek konsekwencji – dowolnie opóźnić się w wykonywaniu zobowiązań z niej wynikających (Pismo z 14.11.2018 r., s. 4–5). Powód Wzajemny zakwestionował również tezę, zgodnie z którą roszczenie o zapłatę kar umownych mu nie przysługuje, gdyż stan niewykonania zobowiązania został konwalidowany w wyniku późniejszego nabycia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego. Stanowisko to ma być błędne, gdyż: (1) Pozwany Wzajemny naruszył swój obowiązek kontraktowy, co spowodowało

powstanie roszczenia o zapłatę kar umownych oraz (2) przyjęcie świadczenia po terminie nie pozbawia Powoda Wzajemnego roszczenia o zapłatę kar umownych (Pismo z 14.11.2018 r., s. 5–8).

Odnosząc się do relacji pomiędzy istnieniem szkody i zasadnością roszczenia o kary umowne, Powód Wzajemny ponownie powołał się na Uchwałę SN z 2003 r., z której wprost wynika, że „zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody” (Pismo z 14.11.2018 r., s. 8). Wreszcie, polemizując ze stanowiskiem Pozwanego Wzajemnego, dotyczącym możliwości uznania, że kary umowne zostały zastrzeżone na wypadek niewykonania świadczenia pieniężnego, Powód Wzajemny wskazał, że Zespół Orzekający przesądził w Wyroku Częściowym, że przedmiotem zobowiązania wynikającego z Umowy jest zawieranie umów wykonawczych, a więc świadczenie niepieniężne. Z kolei „w orzecznictwie jak i doktrynie podkreśla się, że kara umowna może służyć zapewnieniu wykonania świadczenia (o charakterze majątkowym) polegającego na zawarciu lub wykonaniu umowy przyrzeczonej lub każdej z umów wykonawczych” (Pismo z 14.11.2018 r., s. 9–10).

W dalszych wywodach Powód Wzajemny odniósł się ponownie do braku podstaw do miarkowania kar umownych w przedmiotowej sprawie. Niezależnie od tego, że przesłanki miarkowania wskazywane przez Pozwanego Wzajemnego (tj. (1) rażące wygórowanie kar umownych z uwagi na brak lub niewielki rozmiar szkody oraz (2) jego nieznaczny stopień winy) w rozstrzyganej sprawie nie występują, to – nawet gdyby zachodziły – nie mogłyby stanowić podstawy miarkowania w rozpoznawanej sprawie, ze względu na jej wyjątkowy charakter. Jak bowiem pisze Powód Wzajemny, „rzadko podmioty gospodarcze celowo / z premedytacją zaprzestają wykonywania długoterminowych umów w celu osiągnięcia lepszych wyników finansowych, otwarcie i publicznie się do tego przyznając”. Z kolei „(...) nie miała w tym zakresie skrupułów” oraz „podjęła świadomie ryzyko zapłaty kar umownych, zaprzestając wykonywania Umowy (...) (nie czekając na wyrok Zespołu Orzekającego)” Zdaniem Powoda Wzajemnego, obciążenia Pozwanego Wzajemnego w pełni skutkami takich działań wymagają zasady lojalności kontraktowej (Pismo z 14.11.2018 r., s. 13–14).

Co do rażącego wygórowania kar umownych, ze względu na brak bądź minimalną wielkość szkody, zdaniem Powoda Wzajemnego stan taki w rozstrzyganej sprawie nie występuje. Powód Wzajemny poniósł szkodę, zaś pogląd taki znajduje wsparcie w szeroko powołanej przezeń doktrynie i orzecznictwie. W szczególności wskazał na liczne negatywne konsekwencje (w tym o charakterze niemajątkowym, uznawane w doktrynie i orzecznictwie za wchodzące w zakres szkody ujmowanej z perspektywy przepisów o karze umownej), jakich doświadczył skutek decyzji

Pozwanego Wzajemnego o zaprzestaniu wykonywania Umowy (Pismo z 14.11.2018 r., s. 14–19).

Powód Wzajemny nie zgodził się też z ujmowaniem przez Pozwanego Wzajemnego jego winy jako znikomej. W ocenie Powoda Wzajemnego, stopień winy Pozwanego Wzajemnego jest wysoki, gdyż: (1) umyślnie zaniechał wykonywania Umowy, (2) zaprzestając wykonywania Umowy, kierował się jedynie motywacjami natury finansowej, co jego reprezentanci wprost przyznawali publicznie, (3) nie jest prawdą, że Pozwany Wzajemny, ze względu na swoje wątpliwości, zmuszony był do zaprzestania wykonywania Umowy – w chwili powzięcia wątpliwości co do jej ważności, mógł świadczyć z zastrzeżeniem zwrotu, zaś po ewentualnym stwierdzeniu nieważności Umowy, zażądać zwrotu nienależnych świadczeń – czego nie uczynił. Wobec tego miarkowanie kar umownych z uwagi na nieznaczny stopień winy Pozwanego Wzajemnego również nie byłoby zasadne (Pismo z 14.11.2018 r., s. 19–23).

Powód Wzajemny zakwestionował pogląd Pozwanego Wzajemnego o zasadności miarkowania kar umownych, z uwagi na lojalne zachowanie (w postaci wykonania Wyroku Częściowego) Pozwanego Wzajemnego i to w celu uzyskania dla siebie korzyści ekonomicznej Powód Wzajemny nie zgadza się z ww. argumentem ponownie wskazując, że zachowanie Pozwanego Wzajemnego motywowane było od początku jedynie korzyścią ekonomiczną. Z kolei, co do kwestii podwójnego wzbogacenia w wyniku zasądzenia kar umownych, Powód Wzajemny stwierdza, że „zasądzenie kar umownych pozwoli zrekompensować [Powodowi Wzajemnemu] poniesione uszczerbki, jak również zmotywuje [Pozwanego Wzajemnego] do dalszego wykonywania Umowy (...)” (Pismo z 14.11.2018 r., s. 24).

W dalszym ciągu uzasadnienia Sad Polubowny zreferował treść kolejnego wystąpienia pozwanego wzajemnego sprowadzającego się do podtrzymania własnego stanowiska i argumentacji prawnej oraz polemiki z argumentami przytoczonymi przez przeciwnika. Zdaniem pozwanego wzajemnego, gdyby zaakceptować wykładnię § 8.3 Umowy proponowaną przez Powoda Wzajemnego, prowadziłyby to do absurdałnej sytuacji, w której kara umowna byłaby należna niezależnie od tego, czy Pozwany Wzajemny opóźniłby się w zawarciu umowy wykonawczej jeden dzień, czy też definitywnie odmówił jej zawarcia (Pismo z 28.11.2018 r., s. 4–5). Roszczenia o zapłatę kar umownych oraz o wykonanie zobowiązania pozostają bowiem w zbiegu elektywnym. Oznacza to, że zachodzi między nimi konkurencja, a wybór jednego z roszczeń przez wierzyciela powoduje niemożność dochodzenia drugiego. W konsekwencji, nie korzystając z uprawnienia do sprzedaży Praw Majątkowych osobom trzecim, a sprzedając je następnie Pozwanemu Wzajemnemu, Powód Wzajemny sam pozbawił się roszczenia o zapłatę kary umownej. Jeśli chodzi o przesłanki miarkowania kary umownej, pozwany podkreślał, że (1) Powód

Wzajemny nie poniósł szkody (a przynajmniej nie udowodnił, by było inaczej), (2) wątpliwości powzięte przez Pozwanego Wzajemnego co do ważności Umowy nie były bezpodstawne, (3) Pozwany Wzajemny nie działał w sposób zawiniony (albo jego wina była znikoma), jak również (4) zasądzenie kar umownych doprowadziłoby do podwójnego wzbogacenia po stronie Powoda Wzajemnego (Pismo z 28.11.2018 r., s. 10–16).

Przedstawiając motywy rozstrzygnięcia o zaprezentowanych żądaniach i zarzutach, sąd polubowny w pierwszej kolejności dokonał rekonstrukcji podstawy faktycznej swojego orzeczenia, stwierdzając, że stan faktyczny, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia i objętym wyrokiem, był między stronami niesporny.

Sąd przyjął więc, że strony zawarły Umowę w dniu 31 października 2008 r., na okres 18 lat od daty rozpoczęcia sprzedaży energii elektrycznej wytworzonej na farmie wiatrowej w T. oraz N. Umowa przewidywała sprzedaż przez Powoda Wzajemnego i zakup przez Pozwanego Wzajemnego wszystkich Praw Majątkowych, wynikających ze Świadectw Pochodzenia, wydanych Powodowi Wzajemnemu przez Prezesa URE w związku z produkcją energii elektrycznej, wytworzonej na farmie wiatrowej Powoda Wzajemnego w czasie obowiązywania Umowy.

Sprzedaż Praw Majątkowych miała być dokonywana w transakcjach pozasesyjnych zawieranych na (...), natomiast cena za poszczególne Prawa Majątkowe stanowić miała różnicę pomiędzy tzw. Ceną Pakietową (ustaloną w Umowie na kwotę 360 zł za 1 MWh energii netto, a w Aneksie do Umowy z dnia 22 kwietnia 2009 r. podwyższoną do kwoty 380 zł za 1 MWh energii netto) a Ceną Energii Elektrycznej, obowiązującą w danym Okresie Rozliczeniowym; cena za Prawa Majątkowe miała podlegać corocznej indeksacji.

W dniu 26 października 2012 r. Powód Wzajemny zawarł z Pozwanym 2 Umowę Cesji, przelewając nią na Pozwanego 2 wszelkie Istniejące Wierzytelności, zdefiniowane jako wszelkie prawa majątkowe i roszczenia pieniężne Powoda Wzajemnego wynikające z Dokumentów; jednym z Dokumentów była (...). Następnie, w dniu 5 grudnia 2017 r. Pozwany 2 zrzekł się zabezpieczenia (w postaci cesji na niego wierzytelności z (...)) i przelał zwrotnie wszelkie takie wierzytelności na Powoda Wzajemnego (Odpowiedź na Pozew, s. 18–21).

Umowa przewidywała sankcje na wypadek jej niewykonania bądź nienależytego wykonania, łącznie z możliwością żądania naprawienia szkody w zakresie utraczonych korzyści, z uwzględnieniem jednak postanowień § 8 ust. 2 Umowy. Wykonanie podstawowych obowiązków stron przewidzianych w Umowie zabezpieczone było karami umownymi; żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej było wyłączone (§ 8 ust. 1–3 Umowy).

W razie niezakupienia przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych, zaoferowanych mu zgodnie z Umową, w liczbie wynikającej ze Świadectw

Pochodzenia wydanych Powodowi Wzajemnemu przez Prezesa URE i dotyczących energii elektrycznej, Pozwany Wzajemny zobowiązany był do zapłaty kary umownej w wysokości równej cenie Praw Majątkowych za każdą 1 MWh niezakupionych Praw Majątkowych. Ponadto Powód Wzajemny mógł wówczas sprzedać Prawa Majątkowe, niesprzedane Pozwanemu Wzajemnemu, jakiegokolwiek osobie trzeciej i za jakąkolwiek cenę (§ 8 ust. 3 Umowy).

Nabywanie przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych wynikających ze Świadczeń Pochodzenia umożliwiało mu – jako podmiotowi, ustawowo zobowiązanemu do przedstawienia Prezesowi URE określonej liczby Świadczeń Pochodzenia do umorzenia pod rygorem uiszczenia Jednostkowej Opłaty Zastępczej – wykazanie wykonania obowiązku pozyskania przedstawienia do umorzenia określonej liczby Świadczeń Pochodzenia w oznaczonym czasie.

Powód Wzajemny rozpoczął sprzedaż energii elektrycznej w listopadzie 2009 r.; w tym samym miesiącu (w dniu 9 listopada 2009 r.) doszło do zrealizowania pierwszej transakcji sprzedaży (za pośrednictwem (...), w trybie pozasesyjnym) Praw Majątkowych.

Pozwany Wzajemny wykonywał Umowę zgodnie z jej postanowieniami przez wiele lat, za pośrednictwem (...), w ramach transakcji pozasesyjnych, realizowanych około 12 razy w każdym kolejnym roku. Ostatnią transakcją pozasesyjną Pozwany Wzajemny zrealizował w dniu 9 sierpnia 2017 r. Po tej dacie Powód wzajemny nadal wprowadzał do systemu (...) kolejne Prawa Majątkowe (w dniach 12 września, 5 października, 8 listopada i 30 listopada 2017 r. oraz w dniach 29 marca, 4 kwietnia i 11 maja 2018 r.), ale Powód już ich nie zakupił.

W dniu 11 września 2017 r. Pozwany Wzajemny złożył oświadczenie o wycofaniu się z dalszego wykonywania Umowy wskutek powzięcia przekonania o jej bezwzględnej nieważności, z uwagi na zawarcie Umowy z pominięciem trybów konkurencyjnych przewidzianych w przepisach PZP.

W związku z odmową, ze strony Pozwanego Wzajemnego, wykonywania Umowy w drodze zakupu Praw Majątkowych, Powód Wzajemny każdorazowo naliczał, na podstawie § 8 ust. 3 i 4 Umowy, kary umowne z tym związane, jak również w każdym przypadku ujmował dochodzone kwoty w wystawianych przez siebie notach księgowych (nr (...) do (...)), które następnie wysyłał do Pozwanego Wzajemnego. Ten jednak konsekwentnie odmawiał zapłaty.

W dniu 4 czerwca 2018 r. Zespół Orzekający wydał Wyrok Częściowy oddalający powództwo główne, potwierdzając tym samym, że Umowa została ważnie zawarta i wiąże strony. W związku z tym, w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r., Pozwany Wzajemny oświadczył Powodowi Wzajemnemu, że pozostaje w gotowości co do dalszego wykonywania Umowy.

W odpowiedzi na to pismo, Powód Wzajemny ponownie zaoferował Pozwanemu Wzajemnemu, w piśmie z dnia 12 czerwca 2018 r., Prawa Majątkowe wynikające ze Świadczeń Pochodzenia uzyskanych za energię wyprodukowaną w okresie od 1 lipca 2017 r. do 28 lutego 2018 r. Pozwany Wzajemny zakupił wszystkie zaległe Prawa Majątkowe za pośrednictwem (...) w dniu 13 czerwca 2018 r. Kwot, których Powód Wzajemny żądał tytułem kar umownych, Pozwany Wzajemny jednak nie uregulował.

Sąd wyjaśnił, że przedstawiony stan faktyczny ustalił na podstawie: (i) dokumentów załączonych przez Strony do poszczególnych pism procesowych; dokumenty te w całości zaliczono w poczet materiału zebranego w sprawie, uznając je za wiarygodne, (ii) pisemnych zeznań przedstawiciela Powoda Wzajemnego – T.Z., oraz pisemnych i ustnych zeznań świadka zgłoszonego przez Pozwanego Wzajemnego, J.D., które to zeznania w kwestiach odnoszących się do faktów – Zespół Orzekający uznał za wiarygodne.

Ocenę prawną sporu Sąd rozpoczął od uporządkowania materii w kwestiach treści żądań stron, wskazując, że najpierw (w Odpowiedzi na Pozew) Powód Wzajemny żądał od Pozwanego Wzajemnego złożenia oświadczeń woli, jak również zapłaty ceny za Prawa Majątkowe, kar umownych bądź (ewentualnie) odszkodowań z różnych tytułów. W szczególności, Powód Wzajemny żądał: (1) stwierdzenia obowiązku Pozwanego Wzajemnego do złożenia oświadczenia woli o nabyciu 31.496.768 zł lub wszystkich Praw Majątkowych, jakie zostaną wydane Powodowi Wzajemnemu do końca trwania Umowy; (2) zasądzenia kwoty 7.917.657,41 zł tytułem ceny za Prawa Majątkowe przypadające na okres od lipca do października 2017 r., jak również nakazania zapłaty ceny za Prawa Majątkowe uzyskane przez Powoda Wzajemnego od listopada 2017 r., do końca trwania Umowy; (3) ewentualnie, zasądzenia łącznej kwoty 179.056.259,84 zł tytułem kar umownych bądź odszkodowania za niewykonanie Umowy w okresie od lipca 2017 r., do końca trwania Umowy, bądź kwoty w takiej samej wysokości tytułem odszkodowania w związku z nieważnością Umowy.

Następnie, w Piśmie z 1.09.2018 r., Powód Wzajemny zaktualizował powództwo, ograniczając swoje roszczenia do żądania zapłaty przez Pozwanego Wzajemnego kar umownych, w łącznej kwocie 16969.401,36 zł (powiększonej o odsetki) z tytułu niezakupienia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego, w pozostałym zaś zakresie cofnął roszczenia wskazane w Odpowiedzi na Pozew.

W tym świetle Sąd polubowny wyjaśnił, że w odniesieniu do roszczeń cofniętych w Piśmie z 1.09.2018 r., Pozwany Wzajemny nie sprzeciwił się cofnięciu powództwa, wobec czego w tym zakresie postępowanie umorzono, jak to orzeczono w pkt. 1, 2 i 3 sentencji wyroku.

Uzasadniając orzeczenie o karach umownych, Sąd wskazał, że do niezbędnych dla rozstrzygnięcia przesłanek zasadności dochodzenia zastrzeżonej w Umowie kary umownej, należały: (1) wykazanie przez Powoda Wzajemnego niezakupienia przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych, zaoferowanych mu przez Powoda Wzajemnego zgodnie z Umową, (2) niepieniężny charakter takiego zobowiązania oraz (3) nieprzeprowadzenie przez Pozwanego Wzajemnego dowodu, który wskazywałby, że niewykonanie zobowiązania nie było wynikiem niedołożenia przezeń należytej staranności.

Zdaniem sądu powyższe przesłanki wystąpiły. Pozwany Wzajemny Praw Majątkowych – po ich zaoferowaniu przez Powoda Wzajemnego – nie kupił, jego zobowiązanie ma charakter niepieniężny (a ściślej, jego zobowiązanie polega na obowiązku złożenia oświadczenia woli, w szczególnym trybie opisanym w Umowie, bo za pośrednictwem (...)) i wreszcie, że Pozwany Wzajemny nie wykazał, by niewykonanie zobowiązania wywołane było okolicznościami, za które nie odpowiada (tj. wyniknęło z przyczyn innych niż niedołożenie należytej staranności; art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c.).

Zdaniem Sądu niezrozumiałe jest – wobec rozstrzygnięcia tej kwestii w Wyroku Częściowym (zob. pkt 162 tamże) – szerokie nawiązywanie przez Pozwanego Wzajemnego do koncepcji umowy wykonawczej jako umowy rozporządzającej (którą to koncepcję Powód Wzajemny przedstawił w Odpowiedzi na Pozew; zob. s. 58–64) i wnioskowanie z niej o nieważności zastrzeżenia kary umownej jako przewidzianej na wypadek niespełnienia świadczenia o charakterze pieniężnym (zob. Pismo z 31.10.2018 r., s. 15). Nie było też uzasadnione – z tej samej przyczyny – szerokie odnoszenie się do tej koncepcji przez Powoda Wzajemnego w Piśmie z 14.11.2018 r. (zob. s. 9). Wobec uznania przez Zespół Orzekający – w Wyroku Częściowym – umów wykonawczych za umowy sprzedaży, a nie jedynie za umowy rozporządzające, zawierane w wykonaniu Umowy kwalifikowanej jako umowa zobowiązująca do rozporządzenia, przypomnienie w tym miejscu wcześniejszych wywodów zawartych w Wyroku Częściowym jest zbędne.

Jednocześnie nietrafny jest pogląd Pozwanego Wzajemnego, że w przedmiotowej sprawie doszło jedynie do nienależytego wykonania zobowiązania (a takiej postaci naruszenia zobowiązania Umowa karą umowną nie sankcjonuje), bo Prawa Majątkowe ostatecznie kupił, tyle że ze zwłoką. Argument ten został uznany za chybiony gdyż o tym, czy zobowiązania nie wykonano, czy też wykonano je nienależycie, decyduje stan rzeczy z chwili, w jakiej zobowiązanie powinno być spełnione, a nie z jakiegokolwiek późniejszej chwili. Wobec tego wykonanie zobowiązania w całości po terminie przesądza o tym, że w chwili wymagalności roszczenia Powoda Wzajemnego Pozwany Wzajemny zobowiązania w ogóle nie wykonał. Zwłoka dłużnika może być ujmowana jako stan nienależytego wykonania zobowiązania,

gdyby w chwili wymagalności dłużnik spełnił tylko część świadczenia lub spełnił je w całości, ale wadliwie itd. Natomiast w realiach rozstrzyganej sprawy Pozwany Wzajemny żadnych Praw Majątkowych od Powoda Wzajemnego wtedy nie kupił, wobec czego zobowiązania w terminie wymagalności nie wykonał.

Przeciwko takiemu ujmowaniu sprawy może – pozornie – przemawiać brzmienie art. 316 §1 k.p.c. (stosowanego per analogiam w postępowaniu arbitrażowym), mianowicie, że „sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy”. W związku z tym, sąd zauważył, że na potrzeby oceny stopnia wykonania czy niewykonania zobowiązania, stan w chwili zamknięcia rozprawy nie różni się (a ściślej: nie może się różnić, skoro chodzi o fakt przeszły) od stanu z daty wymagalności roszczenia o karę umowną. Oceniany w chwili późniejszej, przedstawia się on tak samo, jak wcześniej: gdy roszczenie stało się wymagalne, zobowiązania nie wykonano i upływ czasu nic w tym względzie nie zmienił, bo nie może on zmienić treści zdarzeń z przeszłości. Natomiast spojrzenie z daty wyrokowania może mieć znaczenie dla miarkowania kary umownej (w świetle przesłanki „wykonania zobowiązania w znacznej części”; art. 484 § 2 k.c.), o czym poniżej (zob. pkt (109)–(110)). Miarkowanie stosuje bowiem sąd według stanu na datę zamknięcia rozprawy, biorąc pod uwagę także fakty, jakie wystąpiły po dacie wymagalności. Wówczas zaś zobowiązanie, w tej ostatniej dacie niewykonane, gdy następnie dłużnik je zaoferuje ze zwłoką, a wierzyciel je przyjmie – może być kwalifikowane jako „wykonane w znacznej części”, co wypełnia przesłankę dopuszczalności miarkowania kary umownej. Nie oznacza to jednak – a takiego poglądu broni Pozwany Wzajemny – że zobowiązanie, w dacie wymagalności niewykonane, przekształciło się później (wskutek nabycia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego po terminie) w zobowiązanie wykonane, tyle że nienależycie. Takie „przekształcenie” jest, zdaniem sądu polubownego, prawnie i faktycznie niemożliwe.

Dalej Sąd wskazał, że roszczenie o karę umowną, powstałe z chwilą wymagalności świadczenia, staje się wymagalne z chwilą oznaczoną w umowie lub w ustawie (art. 455 k.c.) i na jego dalsze losy nie może już wpłynąć późniejsze zachowanie dłużnika. Jeśli ten następnie decyduje się świadczyć, czyni to – z perspektywy przepisów o karze umownej – niejako „na własne ryzyko”, licząc (przykładowo) na sądowe zmiarkowanie kary umownej lub jakieś ustępstwo wierzyciela. Nie ulega jednak „wymazaniu z przeszłości” fakt niewykonania zobowiązania, skutkujący powstaniem roszczenia o karę umowną z tego tytułu, ani też roszczenie to nie gaśnie.

Ponadto, w związku z szerokim nawiązaniem przez Pozwanego Wzajemnego do treści art. 477 k.c. (zob. Pismo z 28.11.2018 r., s. 5–8), Sąd polubowny zauważył, że Pozwany Wzajemny nietrafnie utożsamia stan zwłoki ze stanem nienależytego wykonania zobowiązania (zob. pismo z 28.11.2018 r., s. 8). Zdaniem Sądu

wprawdzie taka możliwość teoretycznie istnieje, to w realiach rozstrzyganej sprawy nie wystąpiła, wobec czego zwłokę Pozwanego Wzajemnego należy kwalifikować jako przypadek niewykonania zobowiązania. Po drugie, nietrafne jest przekonanie Pozwanego Wzajemnego, że Powód Wzajemny mógł świadczenia nie przyjąć (zob. Pismo z 28.11.2018 r., s. 5), gdy po dacie Wyroku Częściowego Pozwany Wzajemny oświadczył swą gotowość do wykonywania Umowy. Nieprzyjęcie świadczenia (odmowa zawarcia umów wykonawczych) wymagałoby najpierw wykazania przez wierzyciela (Powoda Wzajemnego), że straciło ono dlań znaczenie (w całości lub w przeważającej części), co w okolicznościach rozstrzyganej sprawy jest założeniem w sposób oczywisty kontrfaktycznym. Zdaniem Sądu, rzecz nie w tym, że pominięcie art. 477 k.c. byłoby nieakceptowalne z systemowego punktu widzenia”, ale w tym, że jego treść nie wspiera stanowiska Pozwanego Wzajemnego. Pierwszoplanowym sensem tego przepisu (wyrażonym w jego § 1) jest to, że nieotrzymanie przez wierzyciela świadczenia w terminie wymagalności nie pozbawia go roszczenia o późniejsze wykonanie zobowiązania, tj. nie dochodzi do przekształcenia się takiego roszczenia w roszczenie odszkodowawcze (co jest regułą w systemach prawa common law), ale oba roszczenia istnieją równolegle. Gdy zaś ostatecznie dłużnik świadczenie spełni, wartość jego roszczenia odszkodowawczego obniży się o to, co dłużnik świadczył, bo w ten sposób ulegnie zmniejszeniu szkoda podlegająca naprawieniu. Jeśli jednak w porozumieniu stron zastrzeżono karę umowną, należną, stosownie do Uchwały SN z 2003 r., bez względu na istnienie i wysokość szkody, wierzyciel nadal może domagać się jej zapłaty w pełnej wysokości, a spełnienie świadczenia po terminie co najwyżej staje się okolicznością uzasadniającą jej miarkowanie.

Zdaniem Sądu nietrafne są też – bo nie odpowiadają ani stanowi prawnemu, ani faktycznemu sprawy – argumenty Pozwanego Wzajemnego nawiązujące do „elektywności” roszczeń wierzyciela, wywiedzionej (wprost czy per analogiam) z treści przepisu art. 477 k.c. (zob. Pismo z 28.11.2018 r., s. 6–7). Sąd wyjaśnił, że wcale nie jest oczywiste, że „elektywność” rzeczywiście występuje. Wszak nawet gdy dłużnik spełni (po terminie) świadczenie, wierzycielowi nadal przysługiwać będzie roszczenie odszkodowawcze (co wprost wynika z § 1 art. 477 k.c.); jest zaś kwestią czysto terminologiczną, jak je wtedy nazwać. Jeśli bowiem spóźnione świadczenie nie zniwelowało szkody, roszczenie odszkodowawcze można równie dobrze opatrywać mianem roszczenia z tytułu niewykonania zobowiązania, skoro w terminie wykonalności świadczenia w ogóle nie spełniono. Poza tym, rozpatrywanie ewentualnej „elektywności” ma sens tylko wtedy, gdyby to wierzyciel wystąpił z roszczeniem o wykonanie zobowiązania. Tymczasem do sprzedaży Pozwanemu Wzajemnemu Praw Majątkowych w dniu 13 czerwca 2018 r. doszło z inicjatywy dłużnika (w odpowiedzi na jego deklarację o gotowości wykonywania

Umowy, zawartą w jego piśmie z 11 czerwca 2018 r.), więc kwestia „elektywności” nie powstała, bo żadnego wyboru roszczeń Powód Wzajemny w ten sposób nie dokonał, zaś sprzedając Prawa Majątkowe Pozwanemu Wzajemnemu, nie pozbawił się roszczenia o kary umowne.

Podsumowując, sąd wskazał, że o ile trafny jest pogląd Pozwanego Wzajemnego, że karę umowną zastrzeżono w Umowie wyłącznie na wypadek niewykonania zobowiązania (niezakupienia Praw Majątkowych), o tyle nietrafne jest jego przekonanie, że (1) kupując Prawa Majątkowe po terminie, zobowiązanie wykonał, tylko nienależycie, wobec czego kary umowne Powodowi Wzajemnemu nie przysługują, bo Umowa sankcjonuje tylko niewykonanie zobowiązania, a nie jego nienależyte wykonanie, jak również że (2) roszczenie o kary umowne zgłosił z chwilą „wyboru” roszczenia przez Powoda Wzajemnego, bo do żadnego takiego wyboru w realiach rozstrzyganej sprawy nie doszło.

Z tych względów zgłoszone przez Pozwanego Wzajemnego żądanie oddalenia powództwa wzajemnego nie zasługuje na uwzględnienie, bo (1) Pozwany Wzajemny zobowiązania w terminie wymagalności nie wykonał (Praw Majątkowych nie kupił), a (2) Powód Wzajemny, sprzedając je Pozwanemu Wzajemnemu w dniu 13 czerwca 2018 r. (a więc: po terminie wymagalności) roszczenia o kary umowne nie utracił, bo wskutek nabycia Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego podstawa prawna do żądania kar umownych nie odpadła. Nie jest również przesłanką skutecznego dochodzenia kary umownej istnienie szkody (w tym wykazanie przez dłużnika, że wierzyciel szkody nie poniósł). Zespół Orzekający podzielił w tym zakresie pogląd, dominujący w orzecznictwie, wyrażony w Uchwale SN z 2003 r. Także z tych względów zgłoszone przez Pozwanego Wzajemnego żądanie oddalenia powództwa wzajemnego nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd wskazał, że dyskusja w doktrynie i orzecznictwie, poprzedzająca wydanie Uchwały SN z 2003 r., sprowadzała się do ustalenia znaczenia wystąpienia (oraz wykazania przez wierzyciela) szkody i jej wielkości dla możliwości domagania się przezeń zapłaty kary umownej w zastrzeżonej w umowie wysokości. Zdaniem jednych, skoro kara umowna ma być surogatem odszkodowania, wystąpienie szkody jest niezbędną przesłanką skuteczności roszczenia o zapłatę kary umownej, bo nie może być (surogatu) odszkodowania bez szkody; zdaniem innych, skoro kara umowna należy się bez względu na wysokość szkody, to żądanie jej zapłaty jest zasadne nawet w braku szkody. Wskazywano zarazem, że pojęcie szkody trzeba – na potrzeby rozważań o karze umownej – rozumieć szeroko i powinna ona obejmować wszelkie negatywne konsekwencje, nie tylko majątkowe, doznane przez wierzyciela wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika.

Sąd dalej stwierdził, że o ile jednak Uchwała SN z 2003 r., przesądziła na rzecz stanowiska o niekonieczności wystąpienia (i wykazania przez wierzyciela) szkody

jako przesłanki zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej, o tyle z jej uzasadnienia wynika, że brak szkody lub szkoda w nieznaczej wysokości może uzasadniać miarkowanie kary umownej.

Odnosząc się w tym kontekście do żądania miarkowania kary sąd polubowny wyjaśnił, że miarkowanie kary umownej jest dopuszczalne, gdy: (1) zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, lub (2) kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Co do pierwszej przesłanki, w doktrynie i orzecznictwie prezentowane są dwa poglądy, z których jeden przedstawiono już wyżej (zob. pkt (94)). Mianowicie, na potrzeby miarkowania dopuszczalne jest uznanie, że o wykonaniu zobowiązania w znacznej części można mówić także wówczas, gdy nastąpiło to po terminie wymagalności. Pogląd ten Zespół Orzekający podzielił. Natomiast drugi pogląd – mniejszościowy – głosi, że ocena, czy zobowiązanie wykonano w znacznej części, powinna odnosić się do daty wymagalności roszczenia o karę umowną, a więc z odwołaniem się do kryteriów stosowanych dla rozróżnienia, czy zobowiązanie wykonano czy też wykonano je nienależycie. Zdaniem Zespołu Orzekającego, stanowisko takie jest nieprawidłowe, bo na potrzeby miarkowania kary umownej nie jest istotne, jak się przedstawiał stan wykonania zobowiązania w dacie wymagalności, ale jak się rzeczy mają w chwili stosowania przez sąd instrumentu miarkowania.

Z kolei druga przesłanka, tj. rażące wygórowanie kary umownej, winna być zdaniem sądu oceniana przez pryzmat okoliczności sprawy. Czasami bowiem o rażącym wygórowaniu będzie można przesądzić porównując wysokość kary umownej z wysokością szkody, ale dopuszcza się też porównanie wysokości kary z wartością niespełnionego świadczenia czy też z wartością całego zobowiązania dłużnika. Nie ma więc jednego kryterium, jakie w odniesieniu do przesłanki rażącego wygórowania należy zastosować; katalog jest tu otwarty.

W realiach rozstrzyganej sprawy, Zespół Orzekający przyjął, że o rażącym wygórowaniu kary umownej można mówić tylko wtedy, gdy porówna się jej wysokość do wartości całego zobowiązania do zawierania umów wykonawczych w okresie, na jaki Umowę zawarto. Kary umowne przewidziano w niej na wypadek niewykonania zobowiązania o powtarzalnym charakterze, wynikającego z porozumienia zawartego na wiele lat, zaś jego długotrwały charakter przesądzał o opłacalności ekonomicznej inwestycji Powoda Wzajemnego, dla którego regularne wykonywanie Umowy (tj. zawieranie umów wykonawczych) przez kontrahenta było drogą do pozyskiwania środków ze sprzedaży Praw Majątkowych, co umożliwiałoby mu spłatę kredytów zaciągniętych na budowę farmy wiatrowej.

Sąd dodał, że istnienia tego rodzaju motywów Pozwany Wzajemny był w pełni świadom, już choćby dlatego, że brał udział w procedurze przelewu roszczeń z Umowy na instytucję kredytującą. Nie zasługuje więc na wsparcie pogląd

Pozwanego Wzajemnego, że Powód Wzajemny „nie przedstawił żadnych dowodów przemawiających za tym, że strony właśnie w ten sposób rozumiały postanowienia umowne” (zob. Pismo z 28.11.2018 r., s. 5). Dowód *prima facie* wynika już z postanowień samej Umowy i związanych z nią innych dokumentów, przedłożonych przez strony w niniejszym postępowaniu. Po wtóre, Zespół Orzekający stwierdził, że dokonał wykładni postanowienia Umowy w sposób, w jaki mogłaby rozumieć je rozsądna osoba trzecia, a więc tym bardziej: w pełni zorientowany w sprawie kontrahent Powoda Wzajemnego. Zdaniem więc Zespołu Orzekającego, żadne dalsze dowody na tezę bronioną przez Powoda Wzajemnego – że „cykliczność / regularność zawierania transakcji pozasesyjnych” miała znaczenie dla interpretacji postanowień o karze umownej zastrzeżonej w Umowie – nie są już potrzebne, bo dowodziłyby one tylko tego, co Powód Wzajemny już w wystarczającym stopniu wykazał. Z kolei niezakłócony i wieloletni dostęp do Praw Majątkowych, do którego wykonywanie Umowy otwierało drogę, miał też istotne znaczenie dla Pozwanego Wzajemnego, na którym ciążył obowiązek ustawowy pozyskiwania i przedstawiania Prezesowi URE do umorzenia Świadcstw Pochodzenia, pod rygorem uiszczenia Opłaty Zastępczej. Ponadto wysokie – bo równe cenie umownej Praw Majątkowych kary miały zniechęcić strony do poszukiwania doraźnych korzyści ze sprzedaży (bądź kupna) Praw Majątkowych na rynku.

W takich okolicznościach nieprawidłowe byłoby porównywanie wielkości kary umownej do szkody, wynikłej z niezawarcia jednej lub większej liczby umów wykonawczych (co przekłada się na nieuzyskanie wynikających z nich świadczeń), następnie skompensowanej spóźnionym zakupem Praw Majątkowych przez Pozwanego Wzajemnego i wnioskowanie z tego, że kara jest rażąco wygórowana (bo szkoda nie wystąpiła bądź wystąpiła w nieznacznej wysokości). Należałoby raczej patrzeć na łączną wartość świadczeń z umów wykonawczych na przestrzeni lat i w tym kontekście oceniać, czy kara jest rażąco wygórowana. Wreszcie, kryterium takie – tj. porównywanie wysokości kary umownej z wartością całego zobowiązania – znalazło aprobatę w doktrynie i orzecznictwie. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zespół Orzekający uznał je za najbardziej odpowiadające specyfice Umowy, wobec czego przyjmuje je za własne i w pełni i aprobuje.

Na marginesie Sąd dodał, że także inne kryterium, jakie Pozwany Wzajemny wskazuje jako uzasadniające rażące wygórowanie kary umownej, w realiach rozstrzyganej sprawy nie jest poprawne. Chodzi mianowicie o twierdzenie, że rażąco wygórowana jest kara umowna zastrzeżona w wysokości nieuzyskanego w terminie świadczenia z umowy wykonawczej, a więc podobnie jak w stanie faktycznym sprawy. Zdaniem Sądu pogląd ten nie zasługuje na wsparcie, chociażby z uwagi na wskazaną wyżej specyfikę Umowy, gdzie wysokie (w porównaniu do wartości takiego świadczenia) kary umowne mają przede wszystkim na względzie

zmotywowanie stron do należytego wykonywania Umowy w długim okresie; porównane więc do łącznej wartości świadczeń z wielu lat obowiązywania Umowy, wysokie wcale nie są. Rozważając zasadność miarkowania, sąd polubowny wziął też pod uwagę inne względy, w szczególności zaś pozycję kontraktową (negocjacyjną) stron oraz stopień zawinienia dłużnika. Sąd wyjaśnił, że miarkowanie kary umownej jest instytucją o tyle wyjątkową, że przyznaje ona sądowi władzę kształtowania stosunku prawnego inaczej niż to strony wcześniej uzgodniły. W szczególności to, co wynika z postanowień o karze umownej, może ustąpić potrzebie zapewnienia słuszności kontraktowej. O ile w stosunkach pomiędzy partnerami o nierównej sile negocjacyjnej korekta w postaci miarkowania kary umownej może „oddać” słabszej stronie to, czego nie była w stanie wywalczyć przy stole negocjacyjnym, o tyle w stosunkach pomiędzy równorzędnymi partnerami korektę sędziowską należy stosować z większym umiarem. Z największym zaś umiarem trzeba stosować instrument miarkowania kary umownej tam, gdzie domaga się jej obniżenia partner o pozycji negocjacyjnej dalece silniejszej niż pozycja jego kontrahenta. Tak też trzeba odnieść się do żądania miarkowania kary umownej zgłoszonego przez Pozwanego Wzajemnego. Spółki energetyczne mają istotny wpływ na przebieg gry rynkowej, także w zakresie legislacji; wystarczy wspomnieć tu o ustawie zmieniającej „reguły gry” na rynku certyfikatów, bo uzależniającej wartość Jednostkowej Opłaty Zastępczej od ceny giełdowej Świadcstw Pochodzenia.

Nie bez znaczenia jest więc to, że Umowa została zawarta pomiędzy profesjonalistami, a domaga się miarkowania kar umownych partner silniejszy. Ponadto – jak to wynika z niekwestionowanego przez Pozwanego Wzajemnego stanowiska Powoda Wzajemnego wyrażonego np. w Odpowiedzi na Pozew (zob. s. 18–19 tamże) – domaga się takiego miarkowania kontrahent, od którego projekt Umowy pochodził, co pozwala – przy ocenie umowy i zawartej w niej klauzuli zastrzegającej karę umowną na odwołanie się do paremii in dubio contra proferentem.

Zdaniem Sądu, przyjęta przez strony w Umowie (a zaproponowana przez Pozwanego Wzajemnego) konstrukcja klauzuli o karze umownej z reguły uzasadniałaby miarkowanie kary, gdyby – których to kryteriów Zespół Orzekający nie przyjął jako rozstrzygających o rażącym wygórowaniu kary – porównywać jej wartość do (1) wysokości szkody wynikłej z niespełnienia poszczególnego świadczenia z umowy wykonawczej bądź (2) wartości takiego świadczenia (a nie: łącznej wartości świadczeń w okresie obowiązywania Umowy).

Odnosząc się do tego stanowiska Sąd wziął jednak pod uwagę to, że jeśli Powód Wzajemny miał zawsze możliwość – w wypadku niewykonania przez Pozwanego Wzajemnego zobowiązania do zakupienia Praw Majątkowych zbyć je na rynku, to uzyskana przezeń cena mogłaby kompensować (w zależności od wartości rynkowej Praw Majątkowych w danym czasie: w większym lub mniejszym stopniu, albo wręcz

nadmiarowo) szkodę majątkową poniesioną wskutek tego przez Powoda Wzajemnego. Z kolei w procesie o zapłatę kary umownej Pozwany Wzajemny mógłby – też z reguły – podnieść skutecznie żądanie jej miarkowania (wskazując na brak szkody czy jej nieznaczną wysokość bądź na brak istotniejszych dysproporcji pomiędzy wysokością kary a wartością niespełnionego świadczenia). Tak rozumiana klauzula umowna byłaby zdaniem arbitrów rozstrzygających spór dysfunkcyjna, skoro wpisany byłby w nią mechanizm wypaczający sens zastrzeżenia kar umownych w ogóle, a zwłaszcza osłabiający ich funkcję represyjną. Powoływanie się więc na rażące wygórowanie kary umownej, będące „normalnym następstwem” zastosowania mechanizmu, na jaki profesjonalni uczestnicy obrotu sami się w Umowie zgodzili, zasadniczo nie zasługuje na ochronę. Sąd podkreślił, że miarkowanie kary umownej ma być instrumentem nadzwyczajnym i powinno być stosowane ostrożnie, a przy tym w szczególnych okolicznościach. Tymczasem klauzula kary umownej, w kształcie, w jakim została ujęta w Umowie, umożliwiałyby miarkowanie kary umownej jako regułę, a nie wyjątek.

Po przedstawieniu tych uwag Zespół Orzekający stwierdził, że przyjął inne kryterium miarkowania stwierdzając że przesłanka rażącego wygórowania kary umownej w rozstrzyganej sprawie nie występuje. Zarazem wyrażono stanowisko, że rozważając zasadność miarkowania kary umownej – na jakiegokolwiek podstawie – nie można abstrahować od stopnia zawinienia dłużnika w niewykonaniu zobowiązania. Stopień ten – zdaniem dominującego poglądu doktryny i orzecznictwa – w znaczący sposób determinuje „prawo sędziowskie” do miarkowania kary umownej, jako instrumentu mającego na względzie rozstrzygnięcie sprawy w odesłaniu do kryterium słuszności kontraktowej. Jest zarazem oczywiste, że wystąpienie którejkolwiek przesłanki miarkowania, przewidzianej w art. 484 § 2 k.c., nie obliguje sądu do miarkowania, a jedynie to umożliwia. Wobec tego inne względy, zwłaszcza zaś stopień winy dłużnika, mogą przesądzić o niezasadności miarkowania albo zdecydować o miarkowaniu w niższym stopniu, niżby to *prima facie* wynikało ze spełnienia takiej przesłanki. W związku z tym, sąd polubowny rozważył stopień winy Pozwanego Wzajemnego w zaniechaniu współpracy z Powodem Wzajemnym przy wykonywaniu Umowy i podzieliwszy pogląd Powoda Wzajemnego uznał stopień winy Pozwanego Wzajemnego za wysoki. Pozwany Wzajemny zaprzestał wykonywania Umowy w gruncie rzeczy jedynie pod wpływem precedensowego – i jak to wykazano w Wyroku Częściowym – nietrafnego Wyroku NSA, nieznajdującego oparcia w ówczesnych poglądach doktryny i orzecznictwa; przeciwne twierdzenia Pozwanego Wzajemnego, powtórzone przezeń w Piśmie z 31.10.2018 r., są nieprzekonujące, a bliżej omówiono je w Wyroku Częściowym.

W takich okolicznościach zerwanie współpracy z wieloma dostawcami Praw Majątkowych, w tym z Powodem Wzajemnym – szeroko nagłośnione medialnie

i dodatkowo uzasadnione potrzebą wycofania się ze „skrajnie szkodliwych umów” i sprawieniem, by „(...) przestała być postrzegana przez lobbystów jako źródła pozyskiwania kapitału dla zagranicznych koncernów, a zaczęła wreszcie służyć polskiej gospodarce” (zob. Odpowiedź na Pozew, s. 22–24) – nie mogło być zdaniem Sądu Polubownego uznane za uprawniony krok podyktowany wyłącznie kalkulacją ekonomiczną. To z kolei ocenione zostało przez arbitrów jako zachowanie dość odległe od standardów, jakie Pozwany Wzajemny sobie przypisuje, a więc „rozwagi” i „staranności” w działaniu przedsiębiorcy (zob. Pismo z 31.10.2018 r., s. 7, 19, 181), nie wspominając o elementarnym szacunku dla interesów wieloletniego partnera. Sąd arbitrażowy uznał zatem, że zerwanie współpracy wskutek „powzięcia przekonania o nieważności Umowy” (zob. Pismo z 31.10.2018 r., s. 19), na podstawie jednego w gruncie rzeczy wyroku (i nawet kilku zamówionych na tę okoliczność opinii prawnych, których jednak Pozwany Wzajemny w sprawie nie ujawnił) nie wskazuje na „rozważę” i „staranność”, zwłaszcza gdy chodzi o wieloletnie umowy, od dawna wykonywane i interpretowane zgodnie z dominującym wówczas stanowiskiem doktryny, odmiennym niż wyrażone w Wyroku NSA. „Rozważnie” i „starannie” działający przedsiębiorca, zanim zerwałby współpracę, wystąpiłby (przykładowo) o udzielenie zabezpieczenia (w szczególności wnosząc o zezwolenie na niewykonywanie Umowy, do czasu przesądzenia jej ważności bądź nieważności), a zaprzestałby nabywania Praw Majątkowych dopiero po jego uzyskaniu, nie narażając ani siebie, ani swego kontrahenta na ryzyka, związane z ewentualnym późniejszym ustaleniem przez sąd, że zaniechanie współpracy z Powodem Wzajemnym nie znajdowało oparcia w przepisach prawa, raczej więc przeważała bieżąca potrzeba finansowa oraz inne motywy, trafnie scharakteryzowane w pismach procesowych Powoda Wzajemnego (zob. np. Pismo z 14.11.2018 r., s. 15–19).

Sąd uznał też za nieprzekonujące wywody Pozwanego Wzajemnego, że na miarkowanie zasługuje, bo zachował się „lojalnie” (zob. Pismo z 28.11.2018 r., s. 21) wobec swego kontrahenta, spełniając (choć po czasie) świadczenie w wysokości zastrzeżonej w Umowie. Sąd wskazał w tym kontekście, że lojalność wobec kontrahenta lepiej wyraziłaby się w niezrywaniu współpracy, niż w podjęciu jej pod wpływem Wyroku Częściowego, gdy już wiadomo było, że Umowa nie jest nieważna.

Niezależnie od tego, Zespół Orzekający rozważył też zasadność miarkowania w oparciu o kryterium wykonania zobowiązania w znacznej części. Skoro bowiem Pozwany Wzajemny wskazał na zasadność miarkowania, to Zespół Orzekający zobowiązany jest zbadać wystąpienie którejkolwiek z przesłanek to umożliwiających, bez względu na to, czy żądający na obie podstawy przewidziane w art. 484 § 2 k.c. się powołał. Zdaniem arbitrów nie ulega wątpliwości, że Pozwany Wzajemny wykonał zobowiązanie w całości, choć po terminie. Fakt ten nie przekształca zdaniem Sądu polubownego stanu niewykonania zobowiązania (z daty wymagalności)

w stan jego nienależytego wykonania, ale umożliwia miarkowanie, bowiem wystąpienie przesłanki wykonania zobowiązania w znacznej części ocenia sąd na chwilę wyrokowania. W tej ostatniej zaś chwili zobowiązanie było wykonane w całości. Spełniając świadczenie (choćby po terminie), Pozwany Wzajemny zaspokoił więc interes Powoda Wzajemnego i uczynił to własnym staraniem, wobec czego na miarkowanie kar umownych (co do zasady) zasługuje. Sąd dodał, że Pozwany Wzajemny nie mógłby powołać się na zaspokojenie interesu wierzyciela, gdyby doszło do tego w drodze działań innych niż wykonanie zobowiązania przez dłużnika (np. w drodze sprzedaży przez Powoda Wzajemnego Praw Majątkowych na rynku); art. 484 §2 k.c. posługuje się bowiem zwrotem „wykonanie zobowiązania”, a nie „zaspokojenie interesu wierzyciela, zaś wykonać zobowiązanie może – co do zasady – tylko dłużnik bądź ktoś, kto działa z jego upoważnienia.

Wobec powyższego, Zespół Orzekający uznał miarkowanie kar umownych za dopuszczalne, bo okoliczności faktyczne sprawy wskazują na spełnienie przesłanki z art. 484 § 2 k.c., tj. wykonanie zobowiązania w znacznej części. O ile jednak przesłanka ta (tj. zakupienie przez Pozwanego Wzajemnego Praw Majątkowych po cenach umownych z dat wymagalności, choć po terminie) może w jakiejś mierze uzasadniać uwzględnienie wniosku Pozwanego Wzajemnego o miarkowanie kar umownych, o tyle inne omówione wyżej okoliczności – zwłaszcza zaś wysoki stopień winy Pozwanego Wzajemnego w zerwaniu współpracy z Powodem Wzajemnym – konstatację taką znakomicie osłabiają i wskazują, że w rozstrzyganej sprawie miarkowanie dopuszczone może być w nieznacznym jedynie stopniu. Wobec tego, Zespół Orzekający uwzględnił żądanie miarkowania kar umownych jedynie w granicach 10% ich wartości.

Z tych przyczyn, roszczenie Powoda Wzajemnego o zasądzenie na jego rzecz kar umownych zastrzeżonych w Umowie, objęte Pismem z 1.09.2018 r., Zespół Orzekający uznał za zasługujące na ochronę, w wysokości zmiarkowanej o 10% w stosunku do wartości kar umownych dochodzonych tymże Pismem, wobec czego zasądzono na rzecz Powoda Wzajemnego kwotę 15.272.461,22 zł, jak to orzeczono w pkt 4 i 17 sentencji wyroku.

Co do odsetek ustawowych od kwoty kar umownych zasądzonych niniejszym wyrokiem, Sąd zważył, że w piśmie z 1.09.2018 r. Powód Wzajemny żądał zasądzenia odsetek ustawowych: (1) od kwoty 7.892.235,66 zł (odpowiadającej karom umownym za niezakupienie Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w okresie od lipca 2017 r. do października 2017 r.), liczonych od dnia doręczenia Pozwu Wzajemnego; (2) od kwoty 8.221.608,10 zł (odpowiadającej karom umownym za niezakupienie Praw Majątkowych za energię wyprodukowaną w okresie od listopada 2017 r. do stycznia 2018 r.), liczonych od dnia 15 maja 2018 r.; (3) od kwoty 855.557,60 zł (odpowiadającej karze umownej za niezakupienie Praw Majątkowych

za energię wyprodukowaną w lutym 2018 r.), liczonych od dnia 26 czerwca 2018 r. do dnia zapłaty. Natomiast odsetki od kwoty 7.892.235,66 zł (a po zmiarkowaniu tej kwoty o 10%, ze stosownym zaokrągleniem – od kwoty 7.103.012,09 zł) zasądzono nie od dnia doręczenia Pozwanemu Wzajemnemu Pozwu Wzajemnego, a od dnia 15 maja 2018 r., a więc od takiej samej daty, od której zasądzono odsetki od kwoty 8.221.608,10 zł (a po zmiarkowaniu tej kwoty o 10%, ze stosownym zaokrągleniem – od kwoty 7.399.447,29 zł).

Arbitrzy zauważyli, że zobowiązanie do zapłaty kar umownych, w kształcie opisanym w Umowie, jest zobowiązaniem terminowym (art. 455 kc.), którego termin wymagalności ustalony został w Umowie w ten sposób, że przypada on po upływie 28 dni od daty doręczenia przez wierzyciela prawidłowo wystawionej noty księgowej (art. 8 ust. 4 Umowy). Żądanie zapłaty kar umownych i odsetek za opóźnienie, zawarte w Pozwie Wzajemnym (i następnie zaktualizowane w Piśmie z 1.09.2018 r.), nie skutkuje więc ich wymagalnością; wierzytelność o zapłatę kar umownych (i w przypadku opóźnienia w ich zapłacie wierzytelność odsetkowa) staje się wymagalna po dopełnieniu procedury przewidzianej w Umowie. Ponieważ Powód Wzajemny przedstawił dowody, z których wynika, że noty księgowo dotyczące kwot kar umownych w wysokości 7.892.235,66 zł oraz 8.221.608,10 zł (noty nr 1 do 7), datowane na dzień 5 kwietnia 2018 r. (noty 1 do 6) oraz na dzień 9 kwietnia 2018 r. (nota nr 7), zostały Pozwanemu Wzajemnemu doręczone w dniu 16 kwietnia 2018 r., termin 28 dni upłynął w dniu 14 maja 2018 r., wobec czego roszczenie Powoda Wzajemnego o kary umowne stało się wymagalne z dniem 15 maja 2018 r. i od tego też dnia wymagalne stało się roszczenie o odsetki ustawowe za opóźnienie w zapłacie (zmiarkowanych) kar umownych w kwocie 7103.012,09 zł oraz 7.399.447,29 zł, jak to orzeczono w pkt 4 (a) i (b) sentencji wyroku. Natomiast odsetki od kwoty 855.557,60 zł (a po zmiarkowaniu tej kwoty o 10%, ze stosownym zaokrągleniem – od kwoty 770.001,84 zł) zasądzono od dnia wskazanego w Piśmie z 1.09.2018 r. (tj. od dnia 26 czerwca 2018 r.), bowiem data tam podana ustalona została zgodnie z wymogami art. 8 ust. 4 Umowy, jak to orzeczono w pkt 4 (c) sentencji wyroku.

Zdaniem Sądu polubownego dochodzone przez Powoda Wzajemnego odsetki za opóźnienie nie podlegają Ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. 2013, poz. 403 z późn. zm.). Ta ostatnia bowiem znajduje zastosowanie do opóźnienia w regulowaniu zobowiązań wynikających z umów o odpłatną dostawę towarów oraz o odpłatne świadczenie usług (art. 4 Ustawy), nie zaś do należności z tytułu kar umownych. Wobec tego odsetki ustawowe za opóźnienie zasądzono stosownie do postanowień art. 481 § 1 1 2 k.c.

Uzasadniając orzeczenie o kosztach, odwołano się do postanowień § 48 ust. 1 Regulaminu, z którego wynika, że Zespół Orzekający rozstrzyga o kosztach postępowania arbitrażowego na żądanie strony, mając na względzie (m.in.) wynik

postępowania oraz inne istotne okoliczności. Natomiast zgodnie z postanowieniami § 51 ust. 1 i 2 Regulaminu, do kosztów stron zalicza się uzasadnione koszty zastępstwa prawnego, w rozsądnej wysokości, biorąc pod uwagę (m.in.) wynik postępowania, nakład pracy pełnomocnika i charakter sprawy. Pozwany 1 wygrał sprawę w całości w odniesieniu do powództwa głównego rozstrzygniętego Wyrokiem Częściowym, a w 90% w odniesieniu do powództwa wzajemnego rozstrzygniętego niniejszym wyrokiem (co Zespół Orzekający uznał za tożsame z wygraniem sprawy w całości). Wobec tego żądanie zwrotu kosztów postępowania arbitrażowego – zgłoszone przez Powoda (Pozwanego Wzajemnego) w obu tych sprawach – należało oddalić, jak to orzeczono w pkt 7 sentencji wyroku. Natomiast w odniesieniu do zwrotu kosztów postępowania, żądanego przez Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) w obu sprawach, wskazano na wysokość kosztów postępowania arbitrażowego (innych niż koszty zastępstwa prawnego), ujętą przez Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) w spisie kosztów z dnia 19 grudnia 2018 r., Zespół Orzekający uznał za rozsądną, wobec czego zasądził zwrot takich kosztów na rzecz Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) w pełnej wysokości. W szczególności, wynik postępowania w sprawie z powództwa wzajemnego przesądził też o zwrocie na rzecz Powoda Wzajemnego pełnej kwoty uiszczonych przezeń kosztów opłaty rejestracyjnej i arbitrażowej. Natomiast za nadmierną uznał Zespół Orzekający kwotę kosztów zastępstwa prawnego, ujętych przez Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) w spisie kosztów z dnia 19 grudnia 2018 r., a przesądziło o tym przede wszystkim jej porównanie z kwotą kosztów zastępstwa prawnego zgłoszoną przez Powoda (przy – jak należy zakładać – porównywalnym nakładzie pracy), jak również wzgląd na poziom cen usług prawnych na rynku polskim. Wobec tego Zespół Orzekający zasądził na rzecz Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) zwrot kosztów zastępstwa prawnego w wysokości: (1) w sprawie z powództwa głównego zredukowanej o ok. 1/3, zaś (2) w sprawie z powództwa wzajemnego – o ok. 2/5 w stosunku do kwot żądanych przez Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego) w spisie kosztów z dnia 19 grudnia 2018 r. Różnicując stopień redukcji kwot zwracanych Pozwanemu 1 (Powodowi Wzajemnemu) z tytułu kosztów zastępstwa prawnego w obu sprawach, Zespół Orzekający miał na uwadze przede wszystkim większą zawilóść sprawy z powództwa głównego, co wymagało większego nakładu pracy pełnomocników Pozwanego 1 (Powoda Wzajemnego), a tym samym uzasadniało zasądzenie zwrotu na jego rzecz wyższej kwoty kosztów zastępstwa prawnego w tej sprawie. Wobec powyższego, orzeczono jak w pkt 5, 6, 17 sentencji wyroku.

Opisany wyrok Sądu Polubownego został zaskarżony przez pozwanego wzajemnego (...) S.A. z siedzibą w G.

W skardze o uchylenie wyroku zakwestionowano rozstrzygnięcia zawarte w punktach pkt. 4–6 oraz pkt. 7 w części oddalającej żądanie Skarżącego dotyczące zwrotu kosztów postępowania.

Wyrokowi zarzucono sprzeczność z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, tj.:

1. Sprzeczność z zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu*, przejawiającą się w zasądzeniu Wyrokiem kwoty 15.272.461,22 zł tytułem kar umownych zastrzeżonych w Umowie Sprzedaży Nr (...) Praw Majątkowych wynikających ze Świadcstw Pochodzenia datowanej na dzień 31 października 2008 r. (Umowa (...)) za niewykonanie zobowiązania, pomimo tego, że Skarżący wykonał to zobowiązanie w całości, co oznacza, że Skarżący został pociągnięty do odpowiedzialności cywilnej mimo braku wystąpienia koniecznej przesłanki tej odpowiedzialności.

2. Sprzeczność z zasadą kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej, przejawiającą się w zasądzeniu Wyrokiem kwoty 15.272.461,22 zł tytułem kar umownych zastrzeżonych w Umowie (...) za niewykonanie zobowiązania, pomimo tego, że Skarżący wykonał zobowiązanie w całości, skutkiem czego Przeciwnik uzyskał zarówno świadczenie z Umowy (...), jak i karę umowną.

3. Sprzeczność z zasadą kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej oraz zasadą sprawiedliwości kontraktowej, przejawiającą się w zamiarkowaniu kar umownych jedynie o 10% z uwagi na spełnienie kryterium wykonania zobowiązania w znacznej części pomimo tego, że Skarżący wykonał zobowiązanie w całości;
a nadto

4. Sprzeczność z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych (tj. zasadą uczciwej konkurencji, zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z u.p.z.p., zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą jawności postępowania) przejawiającą się w zasądzeniu Wyrokiem kar umownych za niewykonanie Umowy (...), której treść naruszała ww. zasady.

W oparciu na przedstawionych zarzutach wniesiono o uchylenie Wyroku w pkt. 4–6 oraz w pkt. 7 w części oddalającej żądanie Skarżącego dotyczące zwrotu kosztów postępowania oraz o zasądzenie od Przeciwnika na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego i uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, według norm przepisanych;
a nadto:

3. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów lub kserokopii dokumentów lub wydruków wymienionych w uzasadnieniu niniejszej skargi na okoliczności tam wskazane.

4. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka W.P. (wezwanie na adres: (...) S.A., (...) G.) na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia niniejszej skargi, tj. w szczególności działalności Skarżącego w zakresie obrotu energią elektryczną, przewidywanej rocznej wartości praw majątkowych, które miały być nabywane w ramach realizacji Umowy (...); łącznej rocznej wartości świadectw pochodzenia planowanych do nabycia przez Skarżącego w czasie, kiedy zawierana była Umowa (...); ilości świadectw pochodzenia umarżanych przez Skarżącego w okresie przed i po zawarciu Umowy (...); ilości i wartości praw majątkowych nabytych przez Skarżącego na podstawie umów sprzedaży zawieranych w wykonaniu Umowy (...); celu, w jakim zawarta została przez Skarżącego Umowa (...) oraz podobne do niej umowy; celu nabywania praw majątkowych przez Skarżącego; sposobu szacowania zakresu obowiązku umorzeniowego w poszczególnych latach; przypadków, w których Skarżący dokonywał odsprzedaży praw majątkowych; wolumenu odsprzedanych praw majątkowych.

5. Na wypadek kwestionowania przez Przeciwnika faktu wywierania przez Skarb Państwa pośrednio wpływu na Skarżącego w dniu zawarcia Umowy (...), zobowiązanie (...) S.A. do przedłożenia księgi akcyjnej (...) S.A. aktualnej na dzień zawarcia Umowy (...) i przeprowadzenie dowodu z dokumentu na okoliczność struktury akcjonariatu (...) S.A. w dniu zawarcia Umowy (...).

6. Przedłożenie przez Sąd, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C z 2016 r. Nr 202, s. 47) (TFUE), Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) do rozpoznania następujących pytań prejudycjalnych w przedmiocie wykładni art. 3 ust. 3 lit. b Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE L z 2004 r. Nr 134, S. 1):

a. „Czy art. 3 ust. 3 lit. b Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., L 134/1) należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on działalność polegającą na obrocie energią elektryczną (sprzedaży hurtowej i detalicznej energii elektrycznej) prowadzoną przez podmiot niebędący jednocześnie wytwórcą energii elektrycznej?”

b. „Czy przepisy prawa Unii Europejskiej, w szczególności art. 4 ust. 3 TUE, z uwzględnieniem linii orzeczniczej (...) oraz (...) należy rozumieć w ten sposób, że naruszenie przez sąd arbitrażowy podstawowych zasad unijnego prawa zamówień publicznych (równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z prawem zamówień publicznych) stanowi naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego Unii?”

W uzasadnieniu rozwinięto tezę o wieloaspektowej sprzeczności wyroku Sądu Arbitrażowego z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem skarżącego najbardziej oczywistym przejawem tej sprzeczności jest zasądzenie na rzecz Przeciwnika kary umownej zastrzeżonej wyłącznie na wypadek niewykonania zobowiązania pomimo tego, że Skarżący zobowiązanie to wykonał w całości (pkt 4 Skargi). Zakwestionowano poprawność stanowiska Sądu, że wykonanie zobowiązania w całości po terminie jest niewykonaniem zobowiązania (a nie nienależytym wykonaniem zobowiązania). Błędna kwalifikacja prawna spełnienia przez dłużnika świadczenia w całości po terminie spowodowała, że Sąd Arbitrażowy przypisał Skarżącemu odpowiedzialność odszkodowawczą *ex contractu* pomimo niewystąpienia koniecznej przesłanki tej odpowiedzialności. Zdaniem skarżącego zgodnie z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP dłużnik nie może ponosić odpowiedzialności *ex contractu* jeżeli nie doszło do naruszenia zobowiązania. Konsekwentnie, skoro kara umowna została zastrzeżona wyłącznie za niewykonanie zobowiązania nie można jej zasądzić w przypadku, gdy zobowiązanie zostało wykonane w całości. Konstrukcja odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* wyklucza także łączne zaspokojenie roszczenia wierzyciela o wykonanie zobowiązania *in natura* oraz roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania. Wierzyciel ma prawo uzyskać albo świadczenie *in natura* albo zapłatę kary umownej za niewykonanie zobowiązania. Kumulatywne zaspokojenie tych roszczeń zdaniem skarżącego narusza aksjologiczny fundament odpowiedzialności kontraktowej i prowadzi do podwójnego zaspokojenia interesu wierzyciela. „Z ostrożności procesowej” Skarżący podniósł też, że Sąd Arbitrażowy rozważając zasadność miarkowania kar umownych w oparciu na kryterium wykonania zobowiązania w znacznej części, zmniejszył wysokość żądanych przez Przeciwnika kar umownych o 10%. Tymczasem biorąc pod uwagę, że Skarżący „wykonania zobowiązanie w całości”, miarkowanie kary umownej – zastrzeżonej wyłącznie na wypadek niewykonania zobowiązania – w tak nieznacznym stopniu jest sprzeczne m.in. z zasadą kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej ograniczającą swobodę umów.

Zdaniem skarżącego wyrok w istocie dotyczy szeregu kar umownych i jedynie dla uproszczenia wyводу Skarżący posługiwał się pojęciem kary umownej w liczbie pojedynczej.

Zdaniem skarżącego Wyrok nie może być zaakceptowany w świetle zasad, o których mowa w art. 1206 2 pkt 2 k.p.c. również z tego powodu, że zasądza karę umowną za niewykonanie bezwzględnie nieważnej umowy, przy czym ta nieważność jest skutkiem sprzeczności treści umowy z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. Nieważność Umowy (...) wynika z tego, że zobowiązywała ona Skarżącego do nabywania przez 18 lat praw majątkowych wynikających ze świadectw

pochodzenia od konkretnego podmiotu na warunkach określonych w tej umowie, z całkowitym pominięciem stosowania trybów określonych w u.p.z.p., a zatem z naruszeniem naczelnych zasad prawa zamówień publicznych (pkt 5 Skargi).

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

W sprawie nie ma sporu co do faktów, stąd też przyjąć należy za punkt wyjścia dla oceny zasadności skargi ustalenia faktyczne zawarte w uzasadnieniu wyroku sądu polubownego. Nie znajdując potrzeby ponownego ich przytaczania, należy odwołać się zatem do wcześniej przedstawionych wywodów referujących zaskarżone rozstrzygnięcie i jego motywy.

Przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie są zarzuty strony postępowania przed Sądem polubownym kwestionujące prawidłowość wyroku kończącego to postępowanie. Rozstrzygnięcie o żądaniach skarżącego wymaga zatem poczynienia kilku uwag dotyczących znaczenia i skutków wyroku sądu polubownego oraz granic kontroli sprawowanej przez sąd powszechny w ramach rozpoznania skargi o uchylenie takiego wyroku. Wyrok sądu polubownego rozstrzyga o istnieniu poddanych rozstrzygnięciu praw i obowiązków stron postępowania arbitrażowego. W nauce przyjmuje się, że wyrok taki (jako akt tzw. prywatnej jurysdykcji) kształtuje sytuację prawną stron – stanowi zdarzenie prawne, z którym wiążą się (w zależności od treści rozstrzygnięcia) określone w nim skutki prawne. Strony pozostają zatem związane rozstrzygnięciem sądu polubownego niezależnie od przeprowadzenia procedury uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku (art. 1212 KPC).

W tym kontekście należy oceniać istotę skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego jak i zakres kognicji sądu powszechnego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi. Wobec brzmienia art. 1205 § 1 KPC skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego jest obecnie wyłącznym środkiem prawnym pozwalającym na uchylenie wydanego w Polsce wyroku sądu polubownego przez sąd powszechny. W wyniku uwzględnienia skargi sąd powszechny może wydać jedynie orzeczenie kasatoryjne. Sąd powszechny nie może zatem odmiennie niż uczynił to sąd polubowny orzec o roszeniach będących przedmiotem arbitrażu.

Sąd powszechny nie rozstrzyga zatem sporu poddanego pod rozstrzygnięcie arbitrażowe, lecz ocenia jedynie (w szczególnych płaszczyznach określonych normatywnie w art. 1206 KPC) poprawność wyroku polubownego. Skarga nie może być więc podstawą dla dokonania przez sąd powszechny ponownego rozpoznania sporu objętego zaskarżonym wyrokiem. Ustawowe ograniczenie podstaw skargi świadczy wyraźnie o wykonywaniu przez sąd powszechny wyłącznie funkcji kontrolnej. Zarazem jednak dla oceny charakteru prawnego tego środka nie pozostaje obojętny jego cel (a więc nie tyle korekta rozstrzygnięcia sądu polubownego, co podważenie jego waloru dla oceny treści stosunku prawnego między stronami).

W orzecnictwie SN (na tle stanu prawnego obowiązującego przed nowelizacją KPC dokonaną ustawą z 10.9.2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów) przedstawiono wręcz stanowisko kwalifikujące skargę jako powództwo o ukształtowanie stosunku prawnego przyjął również SN w wyr. z 6.5.2016 r. (I CSK 305/15, Legalis).

Przy uwzględnieniu skutku rozstrzygnięcia o skardze, polegającego (w przypadku jej uwzględnienia) na eliminacji materialnoprawnych następstw ostatecznego wyroku sądu polubownego w sferze stosunku prawnego łączącego strony procesu, postrzegać należy skargę jako *sui generis* środek zaskarżenia o specyficznych cechach, z których jako zasadnicze dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wymienić należy zamknięty katalog podstaw oraz kontrolny charakter, zmierzający jedynie do weryfikacji poprawności postępowania arbitrażowego, a nie do ponownego rozpoznania sprawy objętej zapisem na sąd polubowny.

Innymi słowy w obecnym stanie prawnym rozpoznając skargę, sąd powszechny bada wyrok (zarówno w płaszczyźnie jego następstw prawnych jak i prawidłowości procedowania). Wyrok ten podlega eliminacji z obrotu jedynie w przypadku stwierdzenia zaistnienia okoliczności wyczerpujących jedną z ustawowych podstaw skargi (art. 1206 k.p.c.). Zarazem niezbędne jest wstępne zwrócenie uwagi na to, że kontrola w granicach podstaw określonych w art. 1206 §1 k.p.c. następuje jedynie na żądanie skarżącego (a zatem w przypadku powołania tej podstawy w skardze i w granicach przytoczonych zarzutów). W odniesieniu do podstaw z art. 1206 §2 k.p.c. Sąd przeprowadza kontrolę z urzędu (niezależnie od stanowiska stron).

W niniejszej sprawie skarga opiera się wyłącznie na zarzucie sprzeczności wyroku z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego). Zarzut ten podnoszony jest i uzasadniany w dwóch zasadniczych płaszczyznach. Po pierwsze skarżący formułuje stanowisko z którego wynika, że z naruszeniem podstawowych zasad porządku prawnego sąd ocenił jako ważną umowę między stronami, w której zastrzeżono karę umowną. Drugi blok argumentów dotyczy sprzeczności z tymi zasadami samej oceny roszczenia o zapłatę kary umownej.

Przypomnieć należy, że formułując postulat zapewnienia przez sąd polubowny zgodności rozstrzygnięcia z podstawowymi zasadami porządku prawnego, w istocie posługuje się ustawodawca klauzulą generalną odsyłającą do zespołu norm prawnych leżących u założenia systemu prawnego, mających charakter zasad fundamentalnych, czy też ustrojowych dla porządku prawnego (określaną w nauce i orzecnictwie mianem klauzuli porządku publicznego). Genezy tej klauzuli upatrywano w normach prawa prywatnego międzynarodowego. Służy ona uniknięciu zastosowania dla rozstrzygnięcia sporu norm obcych – sprzecznych z porządkiem publicznym państwa. W tym też kontekście oceniać należy klauzulę porządku

publicznego w znaczeniu użytym w art. 1206 § 2 KPC. Wyrok sądu polubownego stanowi wyraz zastosowania prawa (stwierdza istnienie normy indywidualno-konkretnej). Zastosowanie omawianej klauzuli ma zatem służyć zapewnieniu spójności porządku prawnego i umożliwić usunięcie rozstrzygnięć nieakceptowalnych w świetle jego pryncypiów. Zarazem stosowanie klauzuli nie powinno oznaczać kontroli merytorycznej orzeczenia (na kształt apelacji). Istotą zatem kontroli sądu jest przede wszystkim dokonanie oceny skutków wyroku w płaszczyźnie porządku publicznego (a nie ściśle dokonywanie oceny prawidłowości zastosowania przez sąd polubowny prawa materialnego). Sąd nie może zatem ponownie rozstrzygać merytorycznie sprawy między stronami, a ocena poszczególnych czynności sądu polubownego w toku postępowania dokonywana musi być poprzez pryzmat skutków tych czynności. Dla zastosowania opisywanej klauzuli konieczne jest więc nie tyle stwierdzenie jakiegokolwiek niezgodności wyroku z prawem materialnym, co wykazanie sprzeczności orzeczenia z podstawowymi zasadami prawa. W tym też kontekście należy zwrócić uwagę na to, że dokonując oceny zgodności wyroku sądu polubownego z klauzulą porządku publicznego, sąd działa zasadniczo w interesie publicznym, co musi być uwzględniane przy ustalaniu granic kontroli. Innymi słowy interes prywatny będący u podstaw.

Zasady porządku publicznego kształtowane są zarówno przez normy prawa wewnętrznego, jak i relewantne w danej sytuacji normy składające się na szeroko rozumiany porządek międzynarodowy. Chodzi zarówno o normy wprost ujęte w aktach prawnych, jak i o nieskodyfikowane zasady, na podstawie których system prawny jest tworzony. Dostrzega się w judykaturze, że wobec (ze swej istoty niedookreślonego) charakteru odesłania, przez klauzulę porządku publicznego sąd orzekający o skardze posiada kompetencję o charakterze dyskrejonalnym. Zatem konkretyzacja rozumienia pojęcia porządku publicznego pozostawiona jest orzecznictwu. Wykładnia omawianej normy i granice kontroli sądu są więc w istocie kształtowane empirycznie. Granice tej kompetencji wyznacza z jednej strony zakaz ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy rozstrzyganej w zaskarżonym wyroku sądu polubownego z drugiej zaś konieczność traktowania oceny wyroku przez pryzmat klauzuli porządku publicznego jako wyjątku. To implikuje konieczność ścisłej interpretacji normy art. 1206 § 2 KPC stosowania klauzuli generalnej jedynie w uzasadnionych wypadkach. W związku z tym, przez podstawowe zasady porządku prawnego stanowiące podstawę oceny wyroku sądu polubownego należy rozumieć fundamentalne zasady konstytucyjne, dotyczące ustroju społeczno-gospodarczego oraz naczelną zasady rządzące poszczególnymi dziedzinami prawa materialnego i procesowego. Trafnie wskazuje się, że chodzi zwłaszcza o te normy o charakterze bezwzględnie wiążącym, które wyrażają i chronią podstawowe dla systemu prawa wartości, które można byłoby uznać za absolutne granice autonomii

woli stron (wyr. SA w Katowicach z 23.3.2017 r., V ACa 415/16, OSAKat 2017, Nr 2, poz. 8).

Jako przykłady zasad porządku publicznego w dotychczasowej judykaturze wskazywano między innymi zasady odpowiedzialności cywilnej („normy prawa zobowiązań w ramach odpowiedzialności ex delicto i ex contractu”; zob. wyr. z 15.3.2012 r., I CSK 286/11, Legalis); obowiązek naprawienia szkody wynikłej ex contractu, normalny związek przyczynowy i restytucyjne granice odpowiedzialności odszkodowawczej (zob. wyr. SN z 18.10.2006 r., II CSK 123/06, Legalis); zasadę autonomii woli stron (zob. wyr. SN z 30.9.2010 r., I CSK 342/10, Legalis); zasadę pacta sunt servanta, zasadę swobody umów i zasady ograniczające swobodę umów i ich trwałość (zob. wyr. SN z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, OSP 2015, Nr 6, poz. 56), wśród których wymienia się zasadę wolności działalności gospodarczej (zob. wyr. SN z 20.5.2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, Nr 5, poz. 91), zasadę sprawiedliwości kontraktowej, oraz zasadę kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej, która interpretowana powinna być w zgodzie z konstytucyjnym wymaganiami proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, z czego wyprowadzono jako zasadę porządku prawnego zakaz zastrzegania w umowach jako sankcji za naruszenie zobowiązania świadczenia pieniężnego w wysokości oderwanej od rozmiaru szkody, tak że stałoby się ono przede wszystkim środkiem swoistej kary i prowadziło do wzbogacenia drugiej strony; zob. wyr. SN: z 11.4.2002 r., III CKN 492/01, Legalis; z 11.6.2008 r., V CSK 8/08, MoP 2008, Nr 14, s. 734; z 11.10.2013 r., I CSK 697/12, OSNC 2014, Nr 1, poz. 9). Z kolei nie uznano za naruszenie takich zasad: naruszenia przepisów o podzielności świadczenia (zob. wyr. SN z 11.10.2013 r., I CSK 769/12, OSNC-ZD 2014, Nr D, poz. 70); odmowy zastosowania przez sąd polubownych przepisów o przedawnieniu lub prekluzji opartej na błędnej wykładni przepisów prawa materialnego (zob. wyr. SN z 15.5.2014 r., II CSK 557/13, niepubl.); czy wreszcie nieprawidłowości przy stosowaniu art. 484 § 2 KC (zob. wyr. SN z 13.2.2014 r., V CSK 45/13, OSP 2015, Nr 5, poz. 56).

W konsekwencji stwierdzić należy, że zasadniczo poprawność zastosowania prawa materialnego przez sąd polubowny podlega ocenie jedynie w granicach art. 1206 §2 k.p.c. pod kątem sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego (por. cytowany wyżej wyrok SN w sprawie V CSK 45/13). Oznacza to, że nie każde stwierdzone przez sąd powszechny naruszenie prawa materialnego przez sąd polubowny może podlegać uzasadnieniu żądania skargi i będzie podlegać korekcie w wyniku rozpoznania skargi. Sąd polubowny zatem może przedstawić własną interpretację przepisów prawa materialnego (choćby odbiegała od poglądów dominujących w judykaturze). Sądu polubownego nie dotyczy ustrojowo-prawny postulat jednolitości orzecznictwa (art. 2 ustawy o Sądzie Najwyższym), czy też konieczność szczegółowego uzasadniania stanowiska w świetle

przepisów prawa materialnego. Skutki judykacyjne przyjęte przez sąd polubowny i sposób zastosowania przepisów praw materialnego nie muszą zatem ściśle odpowiadać skutkom, jakich w świetle wzorców ustrojowopravných (np. poprzez wzgląd na postulat jednolitości orzecznictwa) należałoby oczekiwać od rozstrzygnięć sądu powszechnego (w analogicznym do rozpoznawanego polubownie) stanie rzeczy.

Istotą zapisu na sąd polubowny jako umowy kreującej alternatywny w stosunku do wyroku sądu powszechnego sposób rozstrzygnięcia sporu ze skutkiem dla stron umowy o zapis, jest przyjęcie zobowiązania do podporządkowania się wyrokowi sądu polubownego. Jedynie więc okoliczności wyjątkowe, skutkujące niemożnością akceptacji wyroku arbitrażowego z uwagi na pryncypia o charakterze „granicznym” (fundamentalnym) dla porządku publicznego mogą uzasadniać eliminację wyroku polubownego z obrotu prawnego w wyniku rozpoznania skargi.

Odnosząc te uwagi do materiału poddanego pod osąd w niniejszej sprawie stwierdzić należy, że skarżący w istocie podnosi ciąg argumentów wskazujących na to, że domaga się ponownego zbadania treści stosunku prawnego między stronami. Nie przedstawia natomiast takiego wyводу, który dotyczyłby (istotnego dla zastosowania art. 1206 §2 pkt. 2) k.p.c.) opisu sprzeczności stanu prawnego kreowanego wyrokami sądu polubownego z opisanymi pryncypiami. Zatem skarżący przedstawia w istocie argumenty mające wskazywać na bezzasadność roszczeń powoda wzajemnego. Nie wskazuje zwłaszcza tego, w którym punkcie stwierdzenie obowiązku zapłaty na rzecz powoda wzajemnego świadczenia z tytułu kary umownej miałoby popadać w sprzeczność z klauzulą porządku publicznego.

Nie jest przy tym kwestionowany stan faktyczny, na podstawie którego sąd polubowny ferował swoje rozstrzygnięcie. Nie podlega zatem kwestii fakt złożenia przez strony oświadczeń woli kreujących stosunek prawny zakładający stałą współpracę między stronami jeśli chodzi o obrót prawami majątkowymi i obowiązki cyklicznego zawierania umów sprzedaży tych praw. Skarżący nie kwestionuje poprawności ustalenia przez sąd polubowny, że sytuacja prawna obu stron została w umowie umocniona przez zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania do zawarcia umów wykonawczych w stosunku do umowy z dnia 31 października 2008. Nie ma też wątpliwości między stronami co do tego, że pozwany wzajemny uchylił się od zawarcia tychże umów do czasu wydania przez sąd polubowny wyroku częściowego, mimo formułowanych przez powoda kolejnych żądań spełnienia świadczenia. W istocie zatem spór dotyczy wyłącznie kwestii oceny prawnej istnienia roszczenia o zapłatę kary umownej.

Odnosząc się do zarzutów skargi, przypomnieć trzeba wstępnie, że poruszana w ujętym w pkt. II. 4 skargi kwestia zgodności z zasadami porządku publicznego dokonanej przez Sąd Polubowny oceny ważności umowy została przesądzona w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 października 2019 roku,

w sprawie I AGa 187/18. Wyrok ten rozstrzygający skargę od wyroku częściowego wydanego przez sąd polubowny w tej samej sprawie między tymi samymi stronami, wywołuje (jako orzeczenie prawomocne) skutek między stronami procesu zgodnie z art. 365 k.p.c. i wiąże (jeśli chodzi o rozstrzygnięcie kwestii prejudycjalnej) także sąd w niniejszej sprawie.

Zważywszy na powyższe, ocena zarzutów skarżącego co do kwestii naruszenia klauzuli porządku publicznego wywodzonych z faktu narzucenia przepisów o udzieleniu zamówień publicznych sprowadza się do powtórzenia argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu tego wyroku.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego (klauzuli porządku prawnego) poprzez błędną wykładnię przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia spornej umowy – dalej jako p.z.p.) oraz art. 3 ust. 3 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (obowiązującej na dzień zawarcia przez strony umowy; dalej jako Dyrektywa 2004/17/WE), stwierdzić należy, że sąd arbitrażowy wyjaśnił szczegółowo swoje stanowisko. Skarżący nie wskazuje także w niniejszej sprawie w czym upatruje sprzeczności tego wywodu z zasadami praworządności.

Sąd Okręgowy w sprawie I AGa 187/18 wyraził przy tym podzielaną przez Sąd w niniejszej sprawie ocenę, że nawet odmienne niż przyjęte przez Sąd Arbitrażowy stanowisko w powyższym zakresie nie prowadziłoby do wzruszenia zaskarżonego wyroku sądu arbitrażowego, albowiem zaskarżony wyrok w żadnym zakresie nie narusza klauzuli porządku prawnego. Za trafną Sąd uznał sformułowaną przez Sąd arbitrażowy na gruncie wykładni przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz art. 3 ust. 3 Dyrektywy 2004/17/WE, ocenę, że (...) S.A. z siedzibą w G. nie powinna być kwalifikowana jako zamawiający sektorowy, albowiem nie dostarcza energii elektrycznej „do sieci”, a jedynie „z sieci”. Sąd odwołał się w tym zakresie do argumentów z wykładni normy prawnej, wyjaśniając, że w świetle panujących zapatrywań w nauce prawa i orzecznictwie (derywacyjna koncepcja wykładni prawa) nie można poprzestać na jednoznacznych rezultatach wykładni językowej, a do takich wniosków sprowadza się wywód skarżącego opierający się wyłącznie na wnioskach wyprowadzanych po przeprowadzeniu wykładni gramatycznej. Wobec złożoności i multicentryczności systemu prawnego oraz współzależności i wzajemnego oddziaływania różnych regulacji konieczne jest również przeprowadzenie również wykładni systemowej i wykładni funkcjonalnej, których rezultaty mogą albo potwierdzić rezultaty wykładni językowej, albo pozostawać z nią w sprzeczności. W drugiej sytuacji ocenić należy, czy dla uzyskania właściwego sensu regulacji

prawnej poddanej wykładni możliwe i zarazem niezbędne staje się przełamanie rezultatów wykładni językowej. Sąd Apelacyjny przedstawił wyniki wykładni wskazywanych przez skarżącego norm i wyjaśnił, że nie może budzić wątpliwości, iż na podstawie wykładni językowej przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 in fine p.z.p. przyjąć należy, zamówieniem sektorowym jest w szczególności zamówienie udzielane w celu dostarczania energii elektrycznej do sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej lub kierowania takimi sieciami. Omawiany przepis, wobec użycia przyimka „do”, obejmuje wyłącznie podmioty dostarczające energię elektryczną do sieci (i to spełniających dodatkowo kryteria z art. 3 ust. 1 pkt 4 p.z.p., co jednak jest kwestią poboczną w rozpoznawanej sprawie). Nie wymaga bowiem pogłębionej analizy językoznawczej stwierdzenie, że przyimek „do” wyraża wyłącznie ruch ukierunkowany do jakiegoś miejsca, zwłaszcza ruch zmierzający do wnętrza czegoś. Oznacza to, że wykładnia językowa omawianego przepisu wyklucza możliwość zastosowania omawianego przepisu do podmiotów dostarczających energię elektryczną z sieci, albowiem wykracza to poza zakres znaczeniowy przyimka „do”. Co więcej, zwrot „z sieci” jest antagonyzmem sformułowania zawartego w omawianej regulacji i z tego względu wykładnia językowa przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 czyni stanowisko skarżącego oczywiście bezzasadnym.

Sąd uznał w związku z tym za trafne stanowisko sądu arbitrażowego, negujące wnioski wywodzone z wykładni tego przepisu przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 maja 2017 r. (II GSK 2299/15), choć nienazwanej w uzasadnieniu tegoż wyroku (Naczelny Sąd Administracyjny posługuje się wielokrotnie pojęciem „wykładnia”, jednak nie wskazuje na rodzaj wykładni).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego słusznie podkreślił Sąd Arbitrażowy, że dostawa jest elementem obrotu energią, bo sprzedawca energii ma obowiązek udostępnić ją nabywcy, co czyni przynajmniej na dwa sposoby, a mianowicie: jeśli dostawca jest zarazem wytwórcą energii, wprowadza ją do sieci, gdzie energię odbiera jej nabywca (np. spółka obrotu), z kolei gdy dostawca nie jest producentem energii, udostępnia energię kolejnemu nabywcy za pośrednictwem spółki przesyłowej, ale przedmiotem dostawy jest wtedy energia już wcześniej wprowadzona do sieci przez jej wytwórcę. Za uzasadnione uznał Sąd Apelacyjny wnioski Sądu Arbitrażowego, iż Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 maja 2017 r., dokonując wykładni spornych przepisów, nie dostrzegł (i nie chce tego zauważyć skarżący, opierający całość swej argumentacji na rzeczonym orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego) różnicy pomiędzy „dostawą do sieci” przez wytwórcę energii a „dostawą do odbiorcy” przez sprzedawcę, który wytwórcą energii nie jest. Stanowisko sądu arbitrażowego jest zgodne z poczynioną przez Sąd Apelacyjny wykładnią językową, że przedsiębiorstwo obrotu niewątpliwie dostarcza (w sposób wyżej

opisany) energię do odbiorcy, ale dostarcza ją nie „do sieci” a „z sieci”. Stąd też Sąd Apelacyjny uznał za zasadny wniosek, że energię „do sieci” – w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. – dostarczać może jedynie jej wytwórca.

Sąd wskazał w konsekwencji że nie jest jego rolą dokonywanie oceny zasadności merytorycznej orzeczeń sądu administracyjnego, jednakże – wobec bezpośredniego odwoływania się przez skarżącego do treści uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego – poruszone zostały pewne problemy prawne, w tym w zakresie wykładni zastosowanych przepisów, które wymagały dokonania przez sąd cywilny oceny prawnej, mając przesądzające znaczenie w rozpoznawanej sprawie.

Z tego też względu Sąd uznał, że skarżący w płaszczyźnie powołanej przez siebie podstawy skargi nie wykazał by naruszał zasadę praworządności wniosek wywodzony przez sąd arbitrażowy w wyniku dalszego wyводу stwierdzającego, że z połączenia dwóch następujących zdań: „z przepisów [Dyrektywy Sektorowej I] należy wywieść, że działalność polegająca na dostawach, a więc na sprzedaży energii elektrycznej, podlega przepisom tej dyrektywy” (co jak słusznie zauważa sąd arbitrażowy jest oczywiste, tyle że podlega nie każda dostawa, a tylko dostawa do sieci) oraz „aby energia mogła być dostarczona do odbiorcy, wymagane jest uprzednie przyłączenie tego odbiorcy do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej”. Naczelny Sąd Administracyjny zdaje się wywodzić, że sprzedając (dostarczając) energię nabywcy, przedsiębiorstwo obrotu wprowadza ją do sieci, czym bezsprzecznie dopuścił się błędu logicznego we wnioskowaniu dedukcyjnym, a mianowicie błędu formalnego (*non sequitur*). Wbrew stanowisku wyrażonemu przez Naczelny Sąd Administracyjny, powielanego przez skarżącego w niniejszym postępowaniu, ze wskazanych zdań nie wynika logicznie wniosek jakoby przedsiębiorstwo obrotu, sprzedając (dostarczając) energię nabywcy, wprowadzało energię do sieci.

Sąd zauważył, że skarżący pomija, że czym innym jest nabywanie energii od jej wytwórcy (i na tym właśnie etapie dokonuje się dostarczanie energii do sieci przez jej wytwórcę), a czym innym jest sprzedaż energii odbiorcy końcowemu (bo chodzi wtedy o energię już wcześniej wprowadzoną do sieci przez wytwórcę, którym przedsiębiorstwo obrotu nie jest). Zdaniem Sądu Apelacyjnego należy zaaprobować konkluzję sądu arbitrażowego, że odbiorca końcowy, by móc odebrać energię, musi najpierw przyłączyć się do sieci, w której energia już jest.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi też sprzeciwu wnioskowanie, że sprzedaż (na jego rzecz) dotyczy wszak energii, wprowadzonej wcześniej „fizycznie” do sieci przez wytwórcę; przedsiębiorstwo obrotu co najwyżej odbiera – już w sieci – od producenta energię w sensie prawnym (gdy ją od niego kupuje) i następnie dostarcza ją, też w sensie prawnym (gdy ją sprzedaje), do punktu odbioru, w którym nabywca końcowy odbierze „fizycznie” energię z sieci. W konsekwencji, Sąd uznał za trafną tezę, że przedsiębiorstwo obrotu nie jest w stanie energii „fizycznie”

wprowadzić do sieci, bo to może uczynić tylko wytwórca energii, dysponujący stosowną infrastrukturą (której (...) S.A. z siedzibą w G. nie posiada) we współpracy z posiadaczem (operatorem) sieci przesyłowej (którym skarżący również nie jest). Z takich samych względów (brak stosownej infrastruktury) przedsiębiorstwo obrotu nie jest w stanie „fizycznie” dostarczyć energii do punktu jej odbioru przez nabywcę końcowego.

Wreszcie, na gruncie wykładni językowej przepisu art. 132 p.z.p., Sąd podzielił stanowisko sądu arbitrażowego, że spółka obrotu „decyduje” o wprowadzeniu energii do sieci (gdy postanowi zakupić energię od wytwórcy), ale to nie ona, a wytwórca energii, wprowadza ją do sieci; spółka obrotu „decyduje” też o dostarczeniu energii odbiorcy końcowemu (gdy ją mu sprzedaje), ale nie „do sieci” lecz „z sieci”, i nie ona energię „fizycznie” dostarcza lecz przedsiębiorstwo przesyłowe. Za trafną uznał też Sąd Apelacyjny tezę sądu arbitrażowego, iż nie o „decyzję” chodzi, ale o „fizyczne” wprowadzenie energii do sieci. Odmienne stanowisko skarżącego prowadzi do całkowicie abstrakcyjnej sytuacji, w której po nabyciu własności energii, spółka obrotu następnie przechowywała ją gdzieś poza siecią (co jest technicznie niemożliwe), a potem ponownie wprowadza ją do sieci, w związku ze sprzedażą energii nabywcom.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego podzielić przy tym należy stanowisko strony przeciwnej, że skarżący co najwyżej „powodował dostarczanie energii do sieci”, czego jednak nie można utożsamiać z jej „dostarczaniem do sieci”.

Sąd wywiódł też, że przełamanie przedstawionej wykładni językowej nie jest możliwe wskutek przeprowadzenia wykładni funkcjonalnej w jej aspekcie celowościowym. Bezsprzecznie celem wprowadzenia omawianego przepisu było ustanowienie zakresu przedmiotowego zastosowania ustawy regulującej udzielanie tzw. sektorowych zamówień. Nie można przy tym pominąć, że treść przepisu art. 132 p.z.p. (w brzmieniu nadanym 25 maja 2006 r.) kształtowana była treścią dyrektywy Rady 93/38 z dnia 14 czerwca 1993 roku koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L nr 199, 9.8.1993, z późn. zm.), albowiem wprowadzana zmiana była skutkiem transpozycji tejże dyrektywy, a zatem dostosowania polskiego prawa do prawa Unii Europejskiej. Z treści implementowanego art. 2 Dyrektywy 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (dalej jako Dyrektywy 93/38/EWG) wynika, iż dyrektywa znajdowała zastosowanie w szczególności do podmiotów dostarczających energię elektryczną do sieci (art. 2 ust. 3 pkt b). Sąd zwrócił uwagę, na to, że z samej treści ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wynika, iż zakres jej zastosowania jest

ograniczony. Wniosek taki odnieść należy również do implementowanej wówczas Dyrektywy 93/38/EWG. W tym świetle całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie, że każdy podmiot publiczny w zakresie jakiegokolwiek działalności, zawierając dowolne zobowiązanie, obowiązany jest stosować tryb właściwy dla zamówień publicznych. Przyjęcie rzeczony tezy za słuszną niewątpliwie prowadziłoby do niedopuszczalnego wykreowania mocą orzeczenia sądowego pożądaney, ale niewyrażoney w przepisie normy prawnej. W ocenie Sądu Apelacyjnego, w myśl zasad racjonalnej techniki legislacyjnej, która zakłada, że nie kreuje się przepisów zbędnych, gdyby zamiarem ustawodawcy było nałożenie obowiązku stosowania trybu zamówień publicznych w zakresie zawierania wszelkich stosunków prawnych przez przedsiębiorstwo obrotu energią (z sektora publicznego), nie ustanowiono by zakresów przedmiotowych (art. 132 p.z.p. i nast.) stosowania rzeczony ustawy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego wykładnia systemowa również nie doprowadziła do wniosków podważających wyniki wykładni funkcjonalnej ani w aspekcie horyzontalnym, albowiem wynik wykładni nie pozostaje w sprzeczności z innymi równorzędnymi normami, ani też w aspekcie wertykalnym, albowiem wynik wykładni nie pozostaje w sprzeczności z innymi nadrzędnymi normami. Sąd odwołał się do treści obowiązującej w chwili zawarcia spornej umowy Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Sąd zauważył, że przepis art. 132 p.z.p. w sposób tożsamy jak art. 3 ust. 3 Dyrektywy reguluje kwestie stosowania procedur zamówień publicznych w zakresie obrotu energią. Ustalony art. 3 ust. 3 lit. b dyrektywy zakres przedmiotowy jej zastosowania odnosi się wyłącznie do dostaw energii elektrycznej do sieci, co potwierdza prawidłowość przeprowadzonej dotychczas wykładni.

Zauważenia jednak zdaniem Sądu wymagało, że bezsprzecznie reguły interpretacyjne prawa wspólnotowego są inne aniżeli stosowane w porządku krajowym. Oczywistym jest, że tekst aktu prawa unijnego nie może być relatywizowany wyłącznie do kontekstu kulturowego, w jakim ma być zastosowany określony przepis. Konieczne jest ustalenie autonomicznego, a zatem uniwersalizowanego znaczenia tekstu, albowiem wyłącznie taka wykładnia spełnia warunek jednolitości stosowania prawa wspólnotowego. Dokonując wykładni określonych regulacji prawa wspólnotowego należy poszukiwać wspólnego znaczenia interpretowanych pojęć i zwrotów dla każdej z wersji językowych tego samego aktu prawnego, w oderwaniu od znaczeń języka naturalnego lub definicji legalnych funkcjonujących w krajowym prawie. W przypadku zaś wystąpienia rozbieżności między różnymi wersjami językowymi tekstu wspólnego dany przepis należy interpretować z uwzględnieniem ogólnej systematyki i w celu uregulowania, którego jest częścią

(wyroki: z dnia 1 marca 2016 r., A. i ., C 443/14 i C 444/14, EU:C:2016:127, pkt 27; a także z dnia 24 stycznia 2019 r., B. i in., C 477/17, EU:C:2019:60, pkt 31, z dnia 14 maja 2019 r. C 391/16, C 77/17 i C 78/17, pkt 87). Uzupełniająco wskazać należy, iż interpretacja tekstu prawa wspólnotowego wymaga oparcia się na preambule, która zawiera informacje o genezie, uwarunkowaniach, celach i funkcjach, będących wiążącymi wskazówkami interpretacyjnymi (tak też J. Jaśkiewicz, *Wykładnia prawa wspólnotowego*, teza 7.1, [w:] *Komentarz. Ustawa o zasadach prowadzenia polityki rozwoju*).

W aspekcie powyższego zaznaczenia wymaga, że skarżący, kwestionując poczynioną przez sąd arbitrażowy wykładnię przepisów dyrektywy, nie podnosi jakoby doszło do błędnego ustalenia kontekstu znaczeniowego określonych definicji, w szczególności w odniesieniu do jakiegokolwiek z wersji językowych Dyrektywy. Ważkie jest przy tym, iż spór w rozpoznawanej sprawie w istocie nie dotyczył różnego rozumienia – na gruncie różnych wersji językowych tekstu Dyrektywy – określonych zwrotów, czy pojęć, a jedynie przyimka „do”, niebędącego nawet zwrotem przyimkowym. Co więcej, trudnym jawi się przyjęcie, iż przyimek ten mógłby być odmiennie rozumiany na płaszczyźnie różnych wersji językowych. Z tego też względu Sąd Apelacyjny uznał za zbędne sięganie do każdej z istniejących wersji językowych Dyrektywy.

Sąd wyjaśnił też, że na etapie postępowania ze skargi nie było kwestią sporną ustalenie zakresu znaczeniowego pojęcia „dostawa” czy też „dostarczanie”. W tym zakresie wspomnieć jedynie należy, że zgodnie z treścią art. 7 Dyrektywy „dostawę” należy rozumieć jako m.in. „sprzedaż hurtową i detaliczną”. Przepis ten nie odnosi się do „dostawy do sieci”, ale mówi „o dostawie”. W implikacji, sprzedawca (hurtowy i detaliczny) może więc być uznany za dostawcę energii, ale nie oznacza to jeszcze, że jest dostawcą energii do sieci, co słusznie zostało zaakcentowane w uzasadnieniu wyroku sądu arbitrażowego.

Uważna analiza preambuły Dyrektywy nie dostarcza – zdaniem Sądu Apelacyjnego – swoistych reguł interpretacyjnych w zakresie ustalania zakresu znaczeniowego zwrotu „do sieci”. Sąd Apelacyjny wprawdzie dostrzeża, iż z motywu 3 preambuły wynika, iż celem wprowadzenia omawianej regulacji było otwarcie rynków, na których instytucje prowadziły działalność, ze względu na istnienie specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez Państwa Członkowskie w zakresie dostaw, zapewniania lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług. Jednak, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie można tylko na tej podstawie wywieść, że przepis art. 3 ust. 3 Dyrektywy odnosi się do każdej działalności podmiotu dostarczającego energię (bez względu czy dostarcza ją do sieci, czy też z sieci). Sąd uznał za oczywiste, że na gruncie omawianej Dyrektywy prawodawca unijny wprowadził pewne wyłączenia, co oznacza, że otwarcie rynku na konkurencję nie odnosiło się do

wszelkich rodzajów działalności instytucji sektora publicznego. Dla potwierdzenia tego stanowiska powołano poglądy wyrażone Stanowisko w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 czerwca 2005 r. (C-462/03, Lex nr 221665), w którym zwrócono uwagę, że zastosowanie dyrektywy zależy od rodzaju działalności wykonywanej przez daną instytucję zamawiającą, jak też związków między tą działalnością a planowanym przez tę instytucję zamówieniem. Podobne zapatrywanie wyrażone zostało w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 kwietnia 2008 r. (C-393/06, Lex nr 377107). Co równie istotne, Trybunał Sprawiedliwości w rzeczonym uzasadnieniu (wprawdzie wydanym na gruncie odmiennego stanu faktycznego, jednak wobec ogólności zawartych tam uwag możliwym stało się odwołanie się do tychże uwag w niniejszej sprawie) dostrzegwał pewne wyłączenia przedmiotowe co do możliwości zastosowania Dyrektywy. Skoro zatem w Dyrektywie ustanowiono zakres jej zastosowania, który w ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości (przynajmniej w zakresie działalności polegającej na dostarczaniu energii elektrycznej do sieci), samo uchwalenie Dyrektywy w celu rozwoju obiektywnej konkurencji nie przesądza o rozszerzeniu zakresu przedmiotowego zastosowania Dyrektywy.

Z tego też względu Sąd Apelacyjny uznał, że przepisy prawa krajowego w sposób tożsamy z prawem wspólnotowym regulują kwestie związane z zastosowaniem trybu zamówień publicznych. Zatem wykładnia systemowa przepisu art. 132 p.z.p. nie przełamała wyniku wykładni językowej, jak i wykładni funkcjonalnej w jej aspekcie celowościowym. W związku z powyższym Sąd Apelacyjny przyjął, że skarżący, dostarczając energię z sieci, a nie do sieci, nie jest podmiotem objętym zakresem przedmiotowym omawianych przepisów.

Sąd zaznaczył też, że skarżący błędnie odwołuje się do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Nie dostrzega bowiem, iż rzeczona regulacja wprowadzona została cztery lata później aniżeli nawiązanie stosunku prawnego pomiędzy stronami. Już tylko z tego względu przepisy tej Dyrektywy nie mają wpływu na wykładnię przepisów obowiązujących w chwili zawierania objętej sporem umowy między stronami postępowania. Wniosek taki wynika także z motywu 23 Dyrektywy, w którym wprost wskazano na stosowanie preambuły, jak i przepisów do niniejszej dyrektywy. Bez względu na powyższe, zaznaczenia wymaga, że kwestie zakresu przedmiotowego zostały uregulowane podobnie, albowiem w treści art. 9 ust. 1 wskazano, że dyrektywa znajduje zastosowanie do dostaw energii elektrycznej do takich sieci.

W kwestii przeprowadzenia wykładni systemowej przepisu art. 132 p.z.p. Sąd odniósł się do zarzutu skargi w sprawie I AGa 187/18, jakoby wykładnia

przeprowadzona przez sąd arbitrażowy pozostawała w sprzeczności z Decyzjami Komisji ((...) oraz (...)). W tym zakresie Sąd podkreślił, że zgodnie z treścią art. 288 akapit 4 TFUE decyzje, które wskazują adresatów (a taką bezsprzecznie jest powołana przez skarżącego decyzja Komisji) wiążą tylko tych adresatów (a zatem Republikę Finlandii – w odniesieniu do decyzji (...), Szwecję – w odniesieniu do decyzji (...)). Nietrafne jest zatem stanowisko jakoby w rozpoznawanej sprawie koniecznym stało się bezpośrednio stosowanie wskazań tychże decyzji. Sąd wyjaśnił też, że decyzje Komisji nie należą do kategorii aktów prawnych, albowiem organami ustawodawczymi w Unii Europejskiej jest Parlament Europejski i Rada.

Sąd podzielił pogląd wyrażony przez sąd arbitrażowy, że w powoływanych przez skarżącego decyzjach Komisja uznała jedynie, że „działalność polegająca na obrocie hurtowym i detalicznym energią elektryczną podlega [Dyrektywie Sektorowej I]”. Z cytowanego stanowiska nie wynika jednak miejsca dostarczania energii, a zatem czy dotyczy dostarczania energii „do sieci” (a wyłącznie w takim przypadku obrót energią objęty jest zakresem zastosowania Dyrektywy). Sąd arbitrażowy trafnie ocenił także kwestie dotyczące planowanych rozwiązań Dyrektywy Sektorowej II, tj. że dostawy energii elektrycznej mają obejmować wytwarzanie (produkcję) hurtową energii. Nie może ująć uwadze, iż brakuje doprecyzowania definicji terminu „dostawa” (sprzedaż energii zawsze łączy się z jej „dostarczeniem” do nabywcy). Oznacza to, iż nie jest możliwym ustalenie czy zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Komisję dostawa dotyczy doprowadzenia energii wyłącznie „do sieci”, czy też „z sieci”. Z tego względu stanowisko wyrażone przez Komisję w żadnym zakresie nie czyni twierdzeń skarżącego zasadnymi.

Sąd Apelacyjny zaakceptował też pogląd sądu arbitrażowego, że każda z decyzji Komisji Europejskiej powołana przez powoda na poparcie tezy, iż „nie dotyczą działalności obejmującej kumulatywnie wytwarzanie i sprzedaż energii elektrycznej”, właśnie takiej kumulatywności dotyczy. Trafnie bowiem zauważono, że decyzję dotyczącą Finlandii opisuje bowiem powód jako odnoszącą się do „wytwarzania i sprzedaży energii elektrycznej w Finlandii z wyłączeniem Wysp Alandzkich”; podobnie ujmuje to przytaczając decyzje dotyczące Szwecji oraz Włoch, albowiem opisuje je z zastosowaniem spójnika „i” a więc wskazującego na koniunkcję (kumulatywność). Zatem za prawidłową uznać należało konstatację sądu arbitrażowego, że decyzje Komisji Europejskiej zwalniają spod rygorów stosowania Dyrektywy Sektorowej I działalność, co do której może powstać wątpliwość, jak należy ją kwalifikować: czy wyłącznie jako obrót energią, czy – gdy spółka obrotu zarazem wprowadza do sieci energię przez siebie wytworzoną – jako działalność sektorową opisaną w Dyrektywie, polegającą na dostarczaniu energii do sieci. Skarżący bezsprzecznie jest wyłącznie spółką obrotu, nie zaś producentem energii, albowiem na żadnym etapie swej działalności nie dostarcza (wprowadza) jej do sieci.

Uwzględniając powyższe rozważania, Sąd Apelacyjny uznał stanowisko procesowe skarżącego za bezzasadne. Uznanie dostawy z sieci za działalność niesektoraową wynika bowiem *a contrario* z treści przepisu art. 3 Dyrektywy, jak i art. 132 p.z.p. Co istotne, skarżący, zaprzeczając stanowisku sądu arbitrażowego w zakresie wykładni powyższych przepisów, nie przedstawił argumentacji, która racjonalizowałaby jego zapatrywanie. Charakter zarzutów uprawnia do tego rodzaju uwagi ogólnej, iż wywiedziona skarga – wobec braku należytej argumentacji prawnej – stanowi wyłącznie przejaw niezadowolenia skarżącego z treści zaskarżonego wyroku.

Sąd zwrócił też uwagę na zgodność postanowień umownych z przywołanymi powyżej przepisami. Z umowy wynika wprost, że powód przyjmuje od pozwanego energię w określonym miejscu w sieci, tj. w Miejscu Dostarczania. Miejszem tym – stosownie do treści § 4 Umowy Nr (...) Sprzedaży Energii Elektrycznej Wytworzonej w Odnawialnym Źródle Energii z dnia 31 października 2008; punktem Sprzedaży Energii Elektrycznej” – jest punkt przyłączenia do Sieci Dystrybucyjnej, do którego pozwany jest zobowiązany dostarczyć, a powód jest zobowiązany odebrać, Energię Elektryczną. Zatem także z postanowień samej umowy wynika, że to pozwany wprowadza energię do sieci – jako wytwórca, zaś powód odbiera ją w Miejscu Dostarczania i z tą chwilą staje się właścicielem energii (§ 6 Umowy Sprzedaży Energii Elektrycznej).

W rezultacie zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący w chwili zawierania (...) nie mógł zostać uznany za zamawiającego sektorowego tylko dlatego, że dostarczał do swych odbiorców energii z sieci, do której ktoś inny (wytwórca energii) wcześniej ją wprowadził, sprzedając energię przedsiębiorstwu obrotu. Na gruncie poczynionej przez Sąd Apelacyjny wykładni przepisów regulujących sporne kwestie, zamawiającym sektorowym może być jedynie ktoś, kto dostarcza energię do sieci, a więc wytwórca energii, którym skarżący nie był i nie jest. W konsekwencji błędnie zarzuca skarżący jakoby wyrok sądu arbitrażowego był sprzeczny z klauzulą porządku publicznego, albowiem, wbrew zarzutom skargi, skarżący nie był obowiązany – przy zawieraniu spornej umowy – do stosowania zasad wynikających z trybu zamówień publicznych. Wobec tego, iż sprzeczność wyroku z wymienionymi w skardze naczelnymi zasadami prawa cywilnego wynikać miała wyłącznie z naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, czego jednak nie stwierdzono, szczegółowe odnoszenie się do każdej z zasad jest niecelowe. Innymi słowy, umowa zawarta przez strony nie została zawarta w warunkach powodujących jej bezwzględną nieważność.

Sąd wyjaśnił też przyczyny oddalenia wniosków dowodowych strony powodowej. W tym zakresie w pierwszej kolejności odwołać się należy do ugruntowanego stanowiska Sądu Najwyższego, zgodnie z którym sąd państwowy przy orzekaniu

w trybie skargi opiera się tylko na aktach sądu polubownego i nie przeprowadza żadnych dowodów w celu ustalenia okoliczności faktycznych potrzebnych do oceny, czy wyrok swą treścią uchybia praworządności lub zasadom współżycia (por. wyrok z dnia 13 grudnia 1967 r., I CR 445/67, Lex nr 712; wyrok z dnia 18 lipca 2019 r., I CSK 323/18, Lex nr 2727512). Wnioski dowodowe, w tym w szczególności ze źródeł osobowych, nie mogły zostać przeprowadzone w toku niniejszego postępowania, a to z uwagi na ograniczony charakter przedmiotowego postępowania. Nawet zaś odmienne stanowisko co do możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego w postępowaniu ze skargi nie stanowiłoby podstawy do dopuszczenia zawnioskowanych przez skarżącego dowodów. Po pierwsze, zauważenia wymaga, że wszelkie wnioski dowodowe sformułowane obecnie zostały zgłoszone także w postępowaniu przed sądem arbitrażowym, przy czym zostały one formalnie oddalone na rozprawie w dniach 7 lutego 2018 r. oraz 10 maja 2018 r. Skarżący, kwestionując zasadność decyzji procesowej sądu arbitrażowego (co jednak nie zostało wprost wyrażone w wywiedzionej skardze), nie podejmuje nawet próby wykazania wadliwości decyzji tego sądu. Nie jest zatem możliwe ustalenie, w czym upatruje podstaw do przeprowadzenia rzeczonych dowodów w niniejszym postępowaniu.

Po drugie, skarżący w zupełności pomija, że sąd w postępowaniu dowodowym nie ma obowiązku dopuszczania wszystkich dowodów zgłoszonych przez stronę, lecz jedynie tych, które dotyczą okoliczności niewykazanych dotąd i istotnych dla rozstrzygnięcia. Zwrócić bowiem należy uwagę, że zgodnie z treścią art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Natomiast w myśl dyspozycji art. 217 § 3 k.p.c. Sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione.

Sąd przyjął w rezultacie, że powoływanie dowodów dla zwłoki ma miejsce zarówno wówczas, gdy okoliczności sprawy dla wykazania których zostały powołane, są już dostatecznie wyjaśnione, jak również wtedy, gdy nie mogą one wyjaśnić spornych okoliczności, bowiem dotyczą faktów bez istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2001 roku, III CKN 1393/00, Lex nr 603170). Sąd, kierując się normą art. 227 k.p.c., ma obowiązek dokonywania selekcji dowodów, aby postępowanie dowodowe służyło wyjaśnieniu i ustaleniu jedynie tych faktów, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nie może budzić wątpliwości, że skarżący w wywiedzionej skardze zgłosił wnioski mające na celu wykazanie okoliczności niemających związku z rozpoznawaną sprawą. Sąd zwrócił uwagę, że w omawianym zakresie domagał się przeprowadzenia postępowania dowodowego na okoliczności przedmiotu działalności powoda

w zakresie obrotu energią elektryczną, obowiązku przedstawiania do umorzenia przez powoda świadectw pochodzenia, nabywania przez powoda praw majątkowych wynikających ze świadectw pochodzenia na (...), funkcjonowania konta powoda w Rejestrze Świadectw Pochodzenia na (...), sposobu zawierania przez Powoda w latach 2007-2013 ramowych umów sprzedaży praw majątkowych podobnych do (...) i zawierania transakcji pozasesyjnych, przewidywanej rocznej wartości praw majątkowych, które miały być nabywane w ramach realizacji (...), zawarcia (...), wejścia w życie (...), zawierania umów wykonawczych (transakcji pozasesyjnych), łącznej rocznej wartości świadectw pochodzenia planowanych do nabycia przez Powoda w czasie, kiedy zawierana była (...), ilości świadectw pochodzenia umarzanych przez Powoda w okresie przed i po zawarciu (...), ilości i wartości praw. Fakty, których dotyczy przytoczona teza dowodowa, nie pozostają w ścisłym związku z podstawą faktyczną, poddaną ocenie Sądu Apelacyjnego i z tej przyczyny nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Skarżący zdaje się pomijać, że przedmiotem niniejszego postępowania było przede wszystkim ustalenie, czy powód w świetle przepisu art. 132 ust. 1 pkt 3 p.z.p. oraz art. 3 ust. 3 Dyrektywy 2004/17/WE dostarcza energię elektryczną do sieci, a w konsekwencji czy jest zamawiającym sektorowym. Poczynienie ustaleń żądanych przez skarżącego w żaden sposób nie wpływa na istotę niniejszego sporu, albowiem sporne kwestie związane były z wykładnią poszczególnych przepisów prawa materialnego, nie zaś ustaleniami faktycznymi, które na etapie postępowania ze skargi były bezsporne.

Sąd Apelacyjny oddalił również wniosek o wystąpienie z pytaniem prejudycjalnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przedmiotem pytania prejudycjalnego co do zasady może być zagadnienie niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy. Podstawą prawną procedury pytań prejudycjalnych jest art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu

Unii Europejskiej, który stanowi:

„Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym:

a) o wykładni Traktatów,

b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii.

Każdy sąd państwa członkowskiego może zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, jeżeli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku (art. 267 akapit drugi TFUE). Takiej konieczności Sąd w niniejszej sprawie nie dostrzegł, a nadto wskazać należy, że Sąd Arbitrażowy jak i Sąd Apelacyjny (powyżej) dokonał samodzielnie wykładni Dyrektywy (...) w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przedstawione szczegółowo stanowisko Sądu Apelacyjnego wyrażone w sprawie I AGa 187/18 Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie akceptuje w całości, nie znajdując podstaw do odmiennej oceny zarzutu naruszenia zasad porządku publicznego poprzez uznanie przez Sąd Arbitrażowy że umowa łącząca strony jest ważna. Uzupełniając te wywody, dodać należy, że szeroki wywód Sądu Apelacyjnego w sprawie I AGa 187/18 wskazuje na to, iż wykładni przepisów dokonana przez Sąd arbitrażowy w wyroku będącym przedmiotem skargi nie narusza w żadnym fragmencie utrwalonych w judykaturze i aprobowanych w nauce prawa wzorców wykładni aktów prawnych. Niezależnie więc od przedstawionego przez skarżącego w poprzedniej sprawie (i „inkorporowanego” do skargi w niniejszej sprawie wyvodu prawnego), który doprowadził skarżącego do innych wniosków przyjąć należy, że stanowisko Sądu arbitrażowego w tej kwestii (wyrażone w uzasadnieniu wyroku częściowego i powielone w uzasadnieniu wyroku objętego niniejszą sprawą) nie może być uznane za naruszające wzorce rekonstrukcji normy prawnej. Zatem rozstrzygnięcie kwestii prejudycjalnej dla rozstrzygnięcia zawartego w wyroku końcowym nie może być uznane za naruszające zasady porządku publicznego. Nie mogą być też obojętne dla oceny zaskarżonego wyroku wnioski, jakie wyprowadzić należy z treści obecnie obowiązującego art. 67 ust 9 i art. 138a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (t. jedn. SDz. U. z 2019 poz. 1843). Według art. 138a ust 1 w brzmieniu obowiązującym do dnia 4 maja 2015 zamawiający prowadzący działalność, o której mowa w art. 132 ust 1 pkt. 1 i 3 PZP (a więc między innymi przedmiotowi tworzący lub kierujący sieciami przeznaczonymi do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej) nie stosuje przepisów o udzielaniu zamówień sektorowych do zakupu świadectw efektywności energetycznej w wykonaniu obowiązku o którym mowa w art. 9a ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo energetyczne lub obowiązków wynikających z ustawy o odnawialnych źródłach energii). Wprawdzie przepis ten w obecnym brzmieniu nie obowiązywał w dacie zawarcia umowy, lecz można twierdzić, że regulacja ta w istocie usankcjonowała strona prawny dotychczas obowiązujący. Niewątpliwie bowiem (co wynika także z treści akt niniejszego postępowania) w okresie, w którym zawierana była umowa, z której pozwana – powódka wzajemna wywodziła przed Sądem arbitrażowym swoje roszczenia, w praktyce jednolicie interpretowano przepisy prawa zamówień publicznych jako niewyłączające prawa do dokonywania zakupu tzw. świadectw pochodzenia bez konieczności zachowania jednej z procedur przewidzianych przez PZP. Praktyka obrotu gospodarczego, mająca więc znamiona utrwalonej i jednolitej, została zakwestionowana dopiero wskutek wydania przez NSA przytoczonego wyżej orzeczenia. Skoro w koincydencji czasowej z tym orzeczeniem pozostaje zmiana ustawy „legalizująca” dotychczasową praktykę, to argument ten nie może być obojętny dla oceny zachowania przez

Sąd polubowny standardów porządku publicznego. W tym kontekście eksponowany przez skarżącego wyrok NSA, jako orzeczenie jednostkowe, nie może nawet świadczyć o utrwalonej praktyce orzeczniczej. Nie można zatem zarzucać Sądowi polubownemu, że pomija wnioski wynikające z wypowiedzi doktryny lub utrwalone poglądy judykatury. Jeśli zarazem wyrok przesądził kwestię ważności umowy, dokonując wykładni regulacji dotyczących zamówień publicznych w zgodzie z opisanymi wyżej wzorcami wykładni prawa, to nie można zarzucać naruszenia klauzuli porządku publicznego

W rezultacie więc, mając na względzie przedstawioną wyżej argumentację w sprawie I AGa 187/18, a także dodatkowe argumenty związane z funkcjonowaniem istotnych dla oceny przepisów w obrocie gospodarczym, nie można przyjąć, że rację ma skarżący, opierając na zarzucie naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego. Samo oczekiwanie przez skarżącego zadania pytania prawnego do ETS świadczy o tym, że skarżący zdaje się dostrzegać wymagającą urzędowej wykładni przez organ uprawniony do dokonywania interpretacji prawa europejskiego wielość rozwiązań prawnych omawianego problemu. To także powoduje, że przyjęcie jednego z rozwiązań uzasadnionego zgodnie zasadami sztuki prawniczej, a probowanego zarazem w praktyce obrotu gospodarczego przez Sąd polubowny nie może świadczyć o naruszeniu podstawowych zasad porządku prawnego.

Odnosząc się natomiast do argumentów, które skarżący uczynił zasadniczymi w skardze na wyrok końcowy, stwierdzić trzeba, że ogniskują się one wokół kwestii oceny wyroku przez pryzmat zasady kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej. Jak wskazano wyżej za utrwalone należy uznać w judykaturze zapatrywanie, że zasada ta ma walor jednej z podstawowych zasad porządku prawnego. Rozstrzygnięcie arbitrażowe sprzeczne z tą zasadą narusza zatem podstawowe zasady porządku prawnego RP, co może stanowić podstawę skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Jednak powołując się na tego rodzaju argumenty, wykazać należy, że roszczenie uwzględnione przez sąd polubowny jako odszkodowawcze w istocie nie zmierza do naprawienia szkody lub pozostaje w rażąco nieadekwatnym stosunku do szkody, za której naprawienie przypisano odpowiedzialność pozwanemu w rozstrzygnięciu arbitrażowym.

W realiach niniejszej sprawy tymczasem sąd polubowny nie orzekł o odszkodowaniu. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika bowiem w sposób jednoznaczny, że przedmiotem rozstrzygniętego sporu był obowiązek świadczenia wywodzonego z umowy (do którego spełnienia zobowiązała się skarżąca spółka). W umowie strony określiły to świadczenie jako karę umowną. Sąd polubowny przedstawił szerokie i pogłębione teoretycznie wywody dotyczące kwalifikacji tego zastrzeżenia umownego. W tym kontekście więc przypomnieć należy, że także w kodeksowym ujęciu instytucja kary umownej nie może być utożsamiana

wyłącznie z umownym („ryczałtowym”) odszkodowaniem. W obecnym stanie prawnym z zastrzeżeniem kary umownej wiąże się w nauce i orzecznictwie wiąże się także szereg innych (niż tylko odszkodowawcza) funkcji (np. funkcje prewencyjne i przymuszające względnie represyjne – w takiej konstrukcji zastrzeżenie kary umownej ma stanowić nie tyle formę ryczałtowanego odszkodowania, co klauzulę umacniającą zobowiązanie i zwiększającą realność świadczenia (a granic dopuszczalności swobody stron w kształtowaniu kary upatruje się w art. 353¹ k.c. – por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r. I CKN 997/00 OSNC 2004/2/24. Wskazuje się zatem (obok funkcji ryczałtowanego odszkodowania) na motywacyjne, czy represyjne funkcje kary – por. np. J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 158–177 i tam cytowane piśmiennictwo oraz judykatura).

Rozstrzygając o zarzutach skargi w niniejszej sprawie, wziąć należy nadto pod uwagę ukształtowany w nauce i judykaturze pogląd o dopuszczalności zastrzegania obowiązku zapłaty określonej sumy na wypadek niewykonania zobowiązania bez względu na to, czy dłużnik jest odpowiedzialny za taki stan rzeczy. Nie kwestionując dopuszczalności takiego zastrzeżenia w świetle zasady swobody umów, przyjmuje się, że tego rodzaju zastrzeżenie w istocie ma charakter klauzuli kreującej odpowiedzialność gwarancyjną (klauzuli gwarancyjnej), nawet jeśli w umowie zastrzeżenie to zostanie określone mianem kary umownej (por. np. wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 II CSK 331/12, J. Gudowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, WKP 2018 komentarz do art. 483 teza 6; J. Ciszewski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*, WKP 2019, komentarz do art. 483 teza 5 i tam cytowana literatura).

W judykaturze wielokrotnie podkreślano już, że zasadniczo nie ma związku między aktualizacją obowiązku zapłaty kary umownej a faktem poniesienia szkody przez wierzyciela (por. przede wszystkim na mającą moc zasady prawnej uchwałę SN w składzie siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 III CZP 61/03 OSNC 2004/5/69, czy wyrok SN z dnia 29 maja 2014 V CSK 402/13 i tam cytowane wcześniejsze orzecznictwo).

W rezultacie przyjąć należy, że zastrzeżenie kary umownej (jakkolwiek w swym ustawowym modelu powiązane funkcjonalnie z reżimem odpowiedzialności odszkodowawczej), w praktyce, zgodnie zasadą swobody umów, może być kształtowane w znacznie szerszy sposób. Funkcje przymuszające (prewencyjne) czy też represyjne mogą, zgodnie z wolą stron, stanowić (w granicach zasady swobody umów) dominujący cel tej klauzuli umownej. Samo zobowiązanie do zapłaty kary umownej w zastrzeżonej umownie wysokości może aktualizować się niezależnie od tego, czy w ogóle zaistnieje szkoda w majątku uprawnionego.

Przedstawione uwagi wskazują na to, że zarówno w orzecznictwie, jak i w nauce prawa dopuszcza się znaczny margines swobody stron w kształtowaniu umownych

obowiązków zapłaty świadczenia na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia o charakterze niepieniężnym. Dotyczy to zarówno określenia przesłanek aktualizacji obowiązku zapłaty (w istocie rozszerzenia przesłanek odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania), jak i powiązania świadczenia ze szkodą. Granice swobody umownego kształtowania tego rodzaju klauzul stanowi norma art. 353¹ k.c. Zarazem norma art. 484 §2 k.c. tworzy dla sądu szczególną podstawę do prawokształtującej ingerencji w treść stosunku prawnego (innego niż wynika to z treści czynności prawnej określenia wysokości świadczenia z tytułu kary umownej).

W tym świetle twierdzenie, że Sąd polubowny, uwzględniając roszczenie o zapłatę świadczenia przewidzianego w umowie na wypadek niewykonania zobowiązania, naruszył podstawowe zasady porządku publicznego, wymaga dla swej zasadności wykazania, że dokonując oceny tego roszczenia, Sąd pominął ukształtowane w nauce i orzecznictwie wzorce oceny, a przede wszystkim nie uwzględnił granic autonomii stron lub błędnie zinterpretował umowę między stronami w zakresie przesłanek uzasadniających powstanie obowiązku zapłaty kary umownej.

Wywodu takiego nie przeprowadzono. Zarzucając naruszenie zasad praworządności poprzez nieuwzględnienie kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej pomija więc skarżący przede wszystkim opisane wyżej wnioski wywodzone w judykaturze z wykładni norm art. 483 i 484 k.c. sprowadzające się do tego, że roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. Ewentualny brak szkody może więc stanowić argument przy ocenie żądania miarkowania kary umownej. Zatem uwzględnienia roszczenia o zapłatę kary umownej nawet przy założeniu zasadności twierdzenia skarżącego o braku szkody po stronie jego wierzyciela, nie może uzasadniać twierdzenia o naruszeniu przez Sąd arbitrażowy zasady kompensacyjnego charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej.

W szczególności nie można przyznać racji skarżącemu w tej części jego argumentacji, w której twierdzi on, że wykonał swój obowiązek umowny. Przypomnieć należy, że zastrzeżenie kary umownej, które jest podstawą uwzględnionego przez Sąd arbitrażowy roszczenia, stanowiło sankcję za niewykonanie obowiązku zawarcia umowy sprzedaży praw. Umowa ta miała obejmować nie tylko określony przedmiot, zostać zawarta w ustalonym trybie („transakcja pozasesyjna”) i ustalać cenę według przewidzianych przez strony w umowie z dnia 31 października 2008 kryteriów. Umowa miała być bowiem zawarta w określonym momencie. Opis interesu chronionego przez zastrzeżenie kary umownej zatem musi uwzględniać nie tylko prawo powoda wzajemnego do żądania zawarcia umowy, ale też prawo do domagania się zawarcia tej umowy w określonym momencie (punkcie czasowym) wyznaczonym przez oświadczenie sprzedawcy (§ 6 pkt. 4 umowy). Jak wynika z treści

umowy z dnia 31 października 2008 obowiązek zapłaty kary umownej aktualizował się w przypadku „niezakupienia” oferowanych kupującemu (skarżącemu) praw majątkowych zgodnie z umową w ilości określonej przez odesłanie do świadectw wydanych przez Prezesa URE (a zatem uchylenia się od złożenia zlecenia giełdowego skutkującego zawarciem umowy zgodnie z żądaniem sprzedawcy). W istocie więc kara umowna stanowiła klauzulę mającą umocnić przyjęty przez skarżącego na siebie mocą umowy z 31 października 2008 obowiązek kontraktowania (zawarcia umów) w terminach określonych zgodnie z § 6 w zw. z § 3 i § 4 ust 2 umowy. Wykonanie obowiązku nastąpić miało zgodnie z § 6 ust 4 przez złożenie „stosownego zlecenia” przez skarżącego (a więc złożenie prawokształtującego oświadczenia woli akceptującego ofertę sprzedawcy, a jeśli transakcja nie dojdzie do skutku – ponowienie takiego zlecenia na najbliższej sesji (§ 6 ust 5 umowy).

W tym świetle więc nie może twierdzić skarżący, że Sąd Arbitrażowy błędnie zaniechał wzięcia pod uwagę iż ostatecznie wykonał on umowę z dnia 31 października 2008 bo po wydaniu wyroku częściowego z inicjatywy skarżącego doszło do zawarcia umowy sprzedaży praw majątkowych. Budując argumentację skargi w tej części, pomija bowiem skarżący tą sferę wywodów Sądu arbitrażowego, która istoty chronionego karą umową obowiązku upatruje właśnie w jego „umiejscowieniu” czasowym. Innymi słowy „oderwanie” sposobu ustalenia ceny odnotować giełdowych i wprowadzenie obowiązku kontraktowania w określonych momentach czasowych (po uzyskaniu świadectw pochodzenia wydanych przez Prezesa URE). Analizując umowę, należy mieć na uwadze niewątpliwie interes ekonomiczny stron jako przedsiębiorców nią chroniony. Działalność (...) wiązała się z koniecznością poczynienia określonych inwestycji, związanych z budową przedsiębiorstwa produkującego energię elektryczną dostarczana skarżącemu. Stabilizacja stosunku prawnego związanego z będącymi przedmiotem obrotu prawami majątkowymi wynikającymi ze świadectw pochodzenia energii elektrycznej, posiadała określony walor, jeśli chodzi o planowanie finansowej strony inwestycji i sposób bowiem pozyskiwania środków finansowych (ogólnie rzecz ujmując – bilansowanie działalności przedsiębiorcy). Stąd też zasadnie Sąd Arbitrażowy ocenia, że zaniechanie (odmowa) zawarcia umowy zgodnie z § 6 ust 4 umowy z dnia 31 października 2008 aktualizowało obowiązek zapłaty kary umownej po stronie skarżącego. Dodać należy że w ocenie Sądu Apelacyjnego w niniejszej sprawie błędnie skarżący różnicuje (i wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne) powołując się na to, że w niniejszej sprawie nie ma mowy o stanie niewykonania umowy (sankcjonowaną karą umowną) lecz jedynie o stanie opóźnienia (zwłoki) dłużnika, dla którego kara umowna nie została zastrzeżona w umowie. Niewykonanie umowy (zaniechanie obowiązku spełnienia świadczenia po zaistnieniu się przesłanek aktualizujących ten obowiązek) jest bowiem określonym zobiektywizowanym stanem rzeczy.

Opóźnienie zaś to okres po upływie terminu spełnienia świadczenia, w którym stan ten (stan niewykonania świadczenia) trwa (opóźnienie ustanie więc, jeśli dłużnik spełni wymagane umową świadczenie). Regulacja kodeksowa przewiduje szczególnie w stosunku do regulacji art. 471 k.c. prawa wierzycieli względem dłużnika pozostającego w zwłoce (art. 477 k.c. – 480 k.c.).

Skarżący wprawdzie trafnie dostrzega, że praktyce obrotu gospodarczego w umowach często zawiera się odrębne zastrzeżenia kar umownych na wypadek niewykonania umowy i na wypadek zwłoki. Jednak brak takiego odrębnego zastrzeżenia umownego nie oznacza, że zaniechanie wykonania umowy nie jest sankcjonowane już przez zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania umowy. Dostrzec też należy, że w realiach sprawy skarżący wyraźnie uchylał się od obowiązku wykonania umowy z 31 października 2008, twierdząc, że umową tą nie jest związany i podjął czynności zmierzające do uzyskania wyroku ustalającego brak obowiązku świadczenia. Zmiana stanowiska nastąpiła dopiero po wyroku częściowego przez Sąd arbitrażowy oddalającego powództwo o ustalenie. Trafnie więc Sąd Arbitrażowy przyjmuje, że nie sposób przyjmować, że skarżący pozostawał jedynie w opóźnieniu (zwłoce) w wykonaniu obowiązków umownych. Pozwany bowiem dążył do zniweczenia więzi obligacyjnej wyraźnie oświadczając, że umowy nie wykona gdyż nie czuje się nią w ogóle związany.

Nie zmienia tego następnie zawarcie (po wydaniu wyroku częściowego) umowy sprzedaży praw objętych umową z dnia 31 października 2008. Zawarcie umowy sprzedaży bowiem nie nastąpiło w trybie przewidzianym w § 6 ust. 4 (ewentualnie ust. 5) umowy lecz na podstawie odrębnego porozumienia między stronami. Porozumienie to zatem należy kwalifikować prawnie jako ugodę (art. 917 k.c.). Uгода ta w świetle oświadczeń spółki (...) poprzedzających jej zawarcie obejmuje jednak tylko i wyłącznie spór co do obowiązku zawarcia umów wykonawczych w stosunku do umowy z dnia 31 października 2008. Nie obejmuje natomiast roszczenia o zapłatę kary umownej. Materiał procesowy przedstawiony pod osąd przed Sądem arbitrażowym nie wskazuje, by wolą stron było objęte także zrzeczenie się przez (...) prawa do żądania zapłaty kary umownej. Jeśli tak, to nie można również z faktu późniejszego zawarcia umowy przenoszącej prawa majątkowego wynikające ze świadectw wystawionych przez Prezesa URE wywodzić twierdzeń, iż wyrok uwzględniający żądanie zapłaty kary umownej naruszył podstawowe zasady praworządności (nie uwzględniając przyczyn powodujących zgodnie z wolą stron wygaśnięcie obowiązku świadczenia z tytułu kary umownej).

Odnosząc się wreszcie do zarzutów wywodzonych ze sposobu zastosowania przez sąd polubowny przepisów o miarkowaniu kary umownej, powtórzyć należy argument dotyczący braku podstaw do przyjęcia, że rozstrzygnięcie to narusza podstawowe zasady porządku prawnego.

Możliwość sądowej ingerencji w treść zobowiązania do zapłaty kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. zakłada niewątpliwie w swej istocie określony margines uznaniowej (dyskrecjonalnej) kompetencji sądu. Kontrola wykonania tej kompetencji przez sąd polubowny dokonywana z perspektywy podstawowych zasad porządku prawnego spowodować może postulowany w skardze skutek jedynie wówczas, jeśli wykazane zostanie, że doszło do nadużycia władzy jurysdykcyjnej przez Sąd arbitrażowy. Wskazać więc należy na takie argumenty, które uzasadniać będą przekonanie, że orzeczenie sądu polubownego prowadzi do skutków rażąco niesprawiedliwych. Tymczasem skarżący poprzestaje na twierdzeniu, że wobec wykonania zobowiązania w całości, Sąd powinien dokonać miarkowania kary w stopniu wyższym niż przyjęty w zaskarżonym orzeczeniu. Pomija jednakże zarazem skarżący, że z jednej strony fakt dobrowolnego zaspokojenia roszczenia o nakazanie zawarcia umowy sprzedaży w wykonaniu obowiązku z § 6 umowy z dnia 31 października 2008 nie może być uznany za równoznaczny z prawidłowym wykonaniem tejże umowy. Fakt ten nastąpił po upływie znacznego okresu czasu od daty powstania obowiązku świadczenia i w innym niż przewidziany w § 6 ust 4 i 5 trybie kontraktowania (a więc nie stanowił wykonania umowy z dnia 31 października 2008). Z tej przyczyny, jak wskazano wyżej, powinien być uznany za ugodowy sposób załatwienia sporu co do obowiązku zawarcia umowy, a nie za spełnienie świadczenia zgodnie z umową. Po wtóre Sąd Arbitrażowy wskazał na umocowane aksjologicznie motywy decyzji o zakresie zmniejszenia świadczenia. Sąd uwzględnił zwłaszcza stopień nasilenia złej woli skarżącego jako podmiotu o silniejszej pozycji ekonomicznej w ramach stosunku prawnego łączącego strony, dążącego do narzucenia własnej woli kontrahentowi i prezentującego przy tym wyraźnie postawę lekceważenia dla istotnych praw umownych kontrahenta. Postawa taka niewątpliwie godząca w podstawowe zasady cywilnego prawa obligacyjnego, podważająca zaufanie i bezpieczeństwo obrotu, została uznana przez Sąd polubowny za świadczącą o znacznym stopniu winy skarżącego i wpływającą negatywnie na jego prawo domagania się miarkowania kary umownej. Zwłaszcza w sytuacji, gdy zastrzeżenie kary umownej (jak w niniejszej sprawie) pełni istotne funkcje prewencyjno-represyjne, argumentacja Sądu polubownego i jej wynik w postaci wyprodukowanego z niej rozstrzygnięcia wniosku o miarkowanie kary umownej nie mogą być uznane za naruszające podstawowe zasady porządku prawnego.

Z tych wszystkich przyczyn Sąd Apelacyjny uznał, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 1206 § 2 pkt 2 k.p.c. do uchylecia wyroku Sądu Polubownego Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w W. z dnia 28 grudnia 2019 r. i oddalił skargę na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 1207 § 2 k.p.c.

O kosztach postępowania ze skargi orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c., przy zastosowaniu art. 1207 § 2 k.p.c. oraz w związku z § 8 ust. 1

punkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. poz. 1800 z późn. zm.). Sąd Apelacyjny podkreśla, że zastosował stawkę podstawową w pełnej wysokości, uznając, że w istocie mimo odpowiedniego stosowania do rozpoznania skargi przepisów o apelacji, to jednak w istocie orzekł po raz pierwszy, stąd zasadnym było zasądzenie wynagrodzenia w pełnej stawce minimalnej.