

Sygn. akt I AGa 238/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2019r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Elżbieta Fijałkowska
Sędziowie:	SA Jacek Nowicki SA Mikołaj Tomaszewski(spr.)
Protokolant:	st. sekr. sąd. Kinga Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2019r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **S.A. w W.**

przeciwko **Malta - (...) spółka z o.o. w P.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 16 lutego 2018r.

sygn. akt IX GC 284/17

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego 8.100zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Mikołaj Tomaszewski Elżbieta Fijałkowska Jacek Nowicki

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka akcyjna z siedzibą w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwoty 1.294.833,14 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 16.02.2018r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo. W motywach rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 26 stycznia 2015 roku spółka pod firmą Fabryka (...) „M. (...) z siedzibą w P. zawarła z powodem umowę kompleksową dostarczania paliwa gazowego nr K-D- (...), której integralną część stanowiły załącznik nr 1 i nr 2 oraz Ogólne Warunki tej umowy.

Umowa została zawarta na czas określony do dnia 30 września 2016 r.

W czasie obowiązywania umowy doszło do połączenia poprzez przejęcie, w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h., spółki przejmowanej - Fabryki (...) „M. (...) przez spółkę pozwaną - M. (...) z siedzibą w P.,

Powyższa umowa została zmieniona aneksem nr (...) z dnia 1 października 2015r., na mocy którego ustalono, iż umowa będzie obowiązywać w okresie od 1 marca 2015r. do 31 grudnia 2016r., określając równocześnie zamawianą ilość paliwa gazowego dla poszczególnych miesięcy.

Na podstawie umowy oraz aneksu, powód zobowiązał się do dostarczania określonej w umowie ilości paliwa gazowego w okresie od dnia 1 marca 2015 r. do dnia 31 grudnia 2016r.

Łączna ilość paliwa gazowego, którą powód miał dostarczyć, a pozwany odebrać w okresie obowiązywania umowy wynosiła 158.617,160 MWh. Pozwany zobowiązał się z kolei do odbioru paliwa gazowego i zapłaty ceny stałej w poszczególnych okresach oraz do odbioru minimalnej ilości paliwa gazowego w każdym roku umownym (MinIR) na poziomie 50% powyższej łącznej ilości (§ 7 pkt 1 umowy), tj. w wysokości 11.466,870 MWh dla roku umownego od 1 października 2016 do 31 grudnia 2016 r.

Przez rok umowny należało rozumieć okres od dnia 1 października bieżącego roku od godz. 6.00 do dnia 1 października roku następnego do godz. 6.00.

Za nieodebraną ilość MinIR w którymkolwiek roku umownym, pozwany zobowiązał się zapłacić karę umowną za każdy 1 kWh paliwa gazowego, stanowiący różnicę pomiędzy MinIR, a ilością faktycznie odebraną, w wysokości 70% ceny za paliwo gazowe, należnej sprzedawcy, obliczonej zgodnie z taryfą powoda.

Zgodnie z § 9 ust. 2 umowy jej rozwiązanie mogło nastąpić za wypowiedzeniem przez każdą ze stron z zachowaniem 14 - dniowego okresu wypowiedzenia, w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy przez drugą stronę, pomimo uprzedniego wezwania jej do zaniechania naruszeń i usunięcia ich skutków w wyznaczonym, odpowiednim terminie, nie krótszym, niż 10 dni. Rozdział 14 OWU stanowiących integralną część umowy regulował kwestię rozwiązania umowy. Zgodnie z Rozdziałem 1 pkt 1 odbiorca uprawniony był do wypowiedzenia umowy m.in. w przypadku w zmiany sprzedawcy. Zgodnie z rozdziałem 14 pkt 2 OWU sprzedawcy przysługiwało prawo do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym w szczególności:

- a) jeżeli w wyniku przeprowadzonej kontroli instalacji odbiorcy stwierdzono, że nastąpi nielegalny pobór paliwa gazowego,
- b) w przypadku stwierdzenia, że instalacja odbiorcy stwarza bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia lub środowiska, po uprzednim wezwaniu odbiorcy do usunięcia naruszeń w terminie 14 (czternastu) dni od dnia stwierdzenia naruszeń,
- c) w przypadku, gdy odbiorca użytkuje obiekt w sposób uniemożliwiający cykliczne sprawdzanie stanu układu pomiarowego lub przeprowadzenie kontroli, po uprzednim co najmniej dwukrotnym uniemożliwieniu dostępu upoważnionym przedstawicielom (...) (Operator Systemu Dystrybucyjnego) lub sprzedawcy do układu pomiarowego lub innych urządzeń będących własnością (...). znajdujących się w obiekcie.

Oświadczenie o wypowiedzeniu umowy lub jej rozwiązaniu wymagało zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności (ust. 3).

Zmiana sprzedawcy następować miała na warunkach i zgodnie z procedurą wynikającą z przepisów prawa oraz (...). Sprzedawca miał udostępnić procedurę zmiany sprzedawcy w swojej siedzibie i opublikować ją na swojej stronie internetowej (ust. 4). Zgodnie z punktem 15.5 Instrukcji (...) i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (...) wydanej przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. w przypadku, gdy zmiana sprzedawcy następuje na skutek zawarcia przez odbiorcę umowy kompleksowej z (...) (Zleceniodawca Usługi (...)) będącym nowym sprzedawcą, (...) ten składa (...) (Pojedyncze zlecenie (...)) zmianę sprzedawcy, na mocy którego usługa dystrybucji będzie świadczona do punktu wyjścia, w którym paliwo gazowe odbierane jest przez odbiorcę dokonującego zmiany sprzedawcy.

Z kolei punkt 15.11 (...) stanowiły, że z dniem zmiany sprzedawcy moc umowna wykorzystywana przez (...) będącego dotychczasowym sprzedawcą lub odbiorcę przysługują (...) będącemu nowym sprzedawcą lub odbiorcy („zasada plecaka”). W przypadku częściowej zmiany sprzedawcy moc umowna przysługuje (...) będącemu nowym sprzedawcą lub odbiorcą w wielkości proporcjonalnej do zakresu zmiany sprzedawcy.

W myśl punktu 15.15 (...) postanowienia niniejszego rozdziału stosuje się odpowiednio w przypadku, gdy odbiorca przyłączony do sieci dystrybucyjnej (...), odbierając paliwo gazowe w punkcie wyjścia typu WR, dokonuje zmiany sprzedawcy polegającej na zawarciu kolejnej umowy sprzedaży lub umowy kompleksowej z kolejnym sprzedawcą i jednoczesnym zmniejszeniu mocy umownej u (...) będącego dotychczasowym sprzedawcą.

Zgodnie z punktem 15.16 (...) w przypadku zmiany sprzedawcy paliwa gazowego przez odbiorcę, którego urządzenia, instalacje lub sieci są przyłączone do sieci (...), podmiotem odpowiedzialnym za realizację procedury zmiany sprzedawcy jest (...) (Operator Systemu Dystrybucyjnego Współpracującego). W takim przypadku, w celu dostarczenia paliwa gazowego przez (...) do systemu dystrybucyjnego (...), stosuje się następującą procedurę:

odbiorca zawiera umowę z nowym sprzedawcą,

- odbiorca lub nowy sprzedawca działający z upoważnienia odbiorcy wypowiada dotychczasowemu sprzedawcy umowę sprzedaży co do części lub całości zamówionej mocy umownej w punkcie wyjścia z systemu dystrybucyjnego (...).

Z kolei stosownie do treści 22.1.5 (...) w przypadku, gdy w danym punkcie wyjścia do instalacji odbiorcy) końcowego lub (...) (Operator Systemu Współpracującego) paliwo gazowe jest pobierane przez więcej niż jednego (...) na podstawie więcej niż jednego (...) (Pojedyncze zlecenie (...) typu R) odbiorca końcowy lub (...) w ramach alokacji dokonuje podziału całkowitej ilości paliwa gazowego oraz maksymalnej godzinowej ilości paliwa gazowego pomiędzy poszczególne (...) przysługujące poszczególnym (...).

W pierwszej połowie 2016r. strony, z inicjatywy pozwanego, prowadziły rozmowy i negocjacje również w formie korespondencji e-mailowej dotyczące zmiany ceny za paliwo gazowe w związku ze znacznym spadkiem cen paliwa na rynku. Nie doprowadziły one jednak do zmiany umowy. Ostatnie spotkanie pomiędzy stronami miało miejsce w sierpniu 2016r., na którym przedstawiciel pozwanego informował, iż w przypadku nie dojścia do porozumienia odnośnie obniżenia ceny za paliwo, pozwany wprowadzi drugiego dostawcę. Pozwany deklarował przy tym, iż przy wprowadzeniu drugiego dostawcy dotrzyma warunków umowy i odbierze ilość paliwa odpowiadającą wielkości MinIR zgodnie z umową. W okresie lipiec - sierpień 2016r. pozwany zawarł umowę z drugim dostawcą gazu (...) spółka z o.o. w W. i dokonał jego zgłoszenia operatorowi w dniach 1-2 lipca 2016r. We wniosku wskazano, iż ustalono z klientem przesunięcie daty sprzedaży paliwa gazowego od dnia 1 września 2016r. do 31 grudnia 2016r.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2016r. pozwany, w związku z faktem że w okresie trwania umowy kompleksowej dostarczania paliwa gazowego Nr K- (...) w punkcie poboru określonym w § 1 ust. 1 umowy, będzie posiadał więcej

niż jednego sprzedawcę, na podstawie § 8 ust. 9 umowy wezwał powoda do wzajemnego ustalenia pomiędzy stronami umowy zasad alokacji paliwa gazowego.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2016 r. powód wskazał pozwanemu na niezgodną z warunkami umowy oraz regulacjami (...) próbę zmiany sprzedawcy i zgodnie z wnioskiem pozwanego z dnia 25 sierpnia 2016 r, wskazał na jedyną możliwą zmianę zasad alokacji, tj. powrót do pierwotnie ustalonej mocy umownej, z uwzględnieniem alokacji nadwyżki ponad umowny poziom na drugiego sprzedawcę.

W odpowiedzi na powyższe pismo pozwany pismem z dnia 30 sierpnia 2016r, wskazał, iż umowa jaką strony zawarły jest dokumentem podrzędnym w odniesieniu do (...). Przy częściowej zmianie sprzedawcy pozwany skorzystał z określonych przepisów (...). Pozwany podkreślił, iż zgodnie z zawartą umową kompleksową dostarczania paliwa gazowego nr K- (...) z dnia 28 stycznia 2016 jest zobligowany do pobrania paliwa gazowego zgodnie § 7 tejże umowy i te zobowiązanie zamierza wypełnić. Zaproponowane przez powoda zasady alokacji nie mogą być przez pozwanego zaakceptowane i w związku z powyższym pozwany oświadczył, iż zastosuje zasady alokacji zgłoszone i zaakceptowane przez operatora co oznacza, że moc umowna w miesiącu wrześniu 2016 przypisana dla (...) E. (...) wynosi 686 kWh/h. Na dzień sporządzania tegoż pisma i informacji pozwany odebrał już od powoda ilość paliwa znacznie przekraczającego MinIR w okresie rocznym dla roku umownego od dnia 1 października 2015r. do dnia 30 września 2016r. Ustosunkowując się do powyższego pisma powód pismem z dnia 1 września 2016r. wskazał, iż czynności powoda stanowią rażące naruszenie łączącej strony umowy i w związku z tym wezwał pozwanego do zaniechania naruszeń i usunięcia ich skutków w terminie 10 dni od dnia doręczenia przedmiotowego pisma, wskazując, iż nie podjęcie działań we wskazanym terminie może zostać zinterpretowane jako wola wypowiedzenia przez pozwanego umowy.

Pismem z dnia 7 września 2016r. pozwany wskazał, iż przeprowadził procedurę częściowej zmiany dostawcy gazu. Oświadczył jednocześnie, iż zamierza wypełnić postanowienia umowy w zakresie odbioru ilości gazu określonych w § 7 umowy i ma podstaw do naliczania jakichkolwiek kar umownych. Pismem z dnia 16 września 2016r. powód na podstawie § 9 pkt 2 umowy, złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z dnia 26 stycznia 2015r. wraz z aneksem, z zachowaniem 14 dniowego terminu wypowiedzenia. Pismem z dnia 15 września 2016r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1.469.376,19 zł, na którą składała się kwota 878.373,71 zł tytułem kary umownej za nieodebranie minimalnej rocznej ilości paliwa gazowego, 136.455,75 zł tytułem utraconych korzyści z tytułu wypowiedzenia umowy oraz 454.546,73 zł z tytułu szkody rzeczywistej z tytułu rozwiązania umowy. Kolejne przedsądowe wezwanie do zapłaty powód skierował pismem z dnia 18 października 2016r. i dotyczyło ono kwoty 234.269,20 zł tytułem szkody rzeczywistej poniesionej przez powoda w związku z wypowiedzeniem umowy. Pismem z dnia 24 października 2016r. pozwany poinformował powoda, że jest gotowy do odbioru MinIR jeszcze w listopadzie i grudniu 2016r., ale potrzebuje niezwłocznej deklaracji ze strony powoda co do możliwości dostawy paliwa gazowego. W odpowiedzi na powyższe powód wskazał, iż nie jest możliwy zaproponowany przez pozwanego odbiór nieodebranych ilości paliwa gazowego w listopadzie i grudniu 2016r. w związku z wypowiedzeniem umowy przez powoda.

W piśmie tym wskazano, iż odbiór nieodebranych ilości paliwa gazowego mając na uwadze § 7 umowy i pod warunkiem spełnienia jego przesłanek, może ewentualnie nastąpić od dnia 1 października 2017r.

Pozwany w roku umownym 2016 odebrał od powoda ilości gazu stanowiące MinIR określony w umowie.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał, iż żądanie pozwu nie zasługuje na uwzględnienie.

Powód w niniejszej sprawie dochodził od pozwanego zapłaty kwot określonych w pozwie z trzech tytułów. Po pierwsze kary umownej z tytułu nieodebrania Minimalnej ilości rocznej paliwa gazowego (MinIR), a także utraconych korzyści z tytułu zerwania umowy terminowej oraz szkody rzeczywistej z tytułu zerwania umowy terminowej.

Poza sporem pozostawało, iż strony łączyła kompleksowa umowa dostarczania paliwa gazowego z dnia 26 stycznia 2015r., która została zmieniona aneksem z dnia 1 października 2015r., na mocy którego wydłużono okres jej obowiązywania do dnia 31 grudnia 2016r. Treść i warunki umowne nie były objęte sporem. W świetle zgromadzonego

w sprawie materiału dowodowego nie budziło również wątpliwości, że pozwany w okresie lipiec - sierpień 2016r. zawarł umowę z drugim dostawcą i w związku z tym chciał zmniejszyć dostawy od powoda, W tym celu, jak twierdził pozwany, dokonał częściowego wypowiedzenia umowy. Powód z kolei nie uznawał tego wypowiedzenia za skuteczne i twierdził, iż wprowadzenie drugiego dostawcy odbyło się z naruszeniem przepisów, a pozwany wprowadzając drugiego dostawcę uniemożliwił mu wykonywanie umowy, co w konsekwencji uzasadniało zdaniem powoda wypowiedzenie przez niego przedmiotowej umowy i domaganie się w pozwie zapłaty od pozwanego kwot tytułem kary umownej oraz odszkodowania z dwóch tytułów. Na powódzie spoczywał zatem zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu odnośnie nienależytego wykonania umowy przez pozwanego, która to okoliczność stanowi podstawową przesłankę umownej odszkodowawczej odpowiedzialności pozwanego, w tym również z tytułu kary umownej. W niniejszej sprawie powód zobowiązany był zatem wykazać, iż pozwany nie dokonał prawidłowego, tj. zgodnego z przepisami prawa i zapisami umowy, a tym samym skutecznego częściowego wypowiedzenia umowy z uwagi na wprowadzenie drugiego dostawcy i w konsekwencji niezgodnie z przepisami prawa i zapisami umowy wprowadził częściowo drugiego dostawcę, czym uniemożliwił powodowi wykonanie umowy. Zważyć należy, iż roszczenie powoda rozpatrywać należy na gruncie przepisów art. 471 k.c. i art. 483 oraz 484 k.c. Odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy reguluje art. 471 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odpowiedzialność dłużnika oparta na art. 471 k.c. zachodzi wówczas, gdy spełnione są wszystkie przesłanki tej odpowiedzialności: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik z mocy ustawy lub umowy ponosi odpowiedzialność, szkoda oraz związek przyczynowy pomiędzy faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania a szkodą. Przesłanki te oprócz obowiązku wykazania wysokości szkody są również podstawami odpowiedzialności z tytułu kary umownej.

W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w ocenie Sądu brak jest podstaw do uznania, iż pozwany nienależycie wykonał zobowiązanie i w sposób nieprawidłowy dokonał wypowiedzenia umowy oraz wprowadzenia drugiego dostawcy.

Zgodnie z art. 4j ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r, prawo energetyczne (tekst jednolity Dz.U. z 2017 r. poz. 220 ze zm.) odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy.

Zgodnie natomiast z ust. 3a w/w przepisu odbiorca końcowy może wypowiedzieć umowę zawartą na czas oznaczony, na podstawie której przedsiębiorstwo energetyczne dostarcza temu odbiorcy paliwa gazowe lub energię, bez ponoszenia kosztów i odszkodowań innych niż wynikające z treści umowy, składając do przedsiębiorstwa energetycznego pisemne oświadczenie.

Przepis ten reguluje kwestię zmiany sprzedawcy paliw gazowych lub energii w przypadku umów na czas oznaczony. Przepis art. 4j ust. 3a cytowanej powyżej ustawy wprowadza bezwzględnie obowiązujące prawo odbiorcy końcowego do wypowiedzenia umowy na czas oznaczony, a postanowienia przeciwne należy uznać za nieważne w świetle treści art. 58 §

1 k.c. Umowa może natomiast swobodnie regulować okres wypowiedzenia, oczywiście w przypadku, gdy w ogóle reguluje kwestię wypowiedzenia umowy z powodu zmiany sprzedawcy. Uznać należy, iż wówczas regulować może okres wypowiedzenia umowy zastrzeżonego na okoliczność zmiany sprzedawcy.

W odniesieniu do umów zawartych na czas oznaczony ich wcześniejsze wypowiedzenie przez odbiorcę końcowego z powodu zmiany sprzedawcy może być również obwarowane koniecznością poniesienia przez odbiorcę kosztów i odszkodowań, o ile wynika to z treści umowy. Jeżeli umowa nie przewiduje postanowień w takim zakresie, należy uznać, że odpowiedzialność odszkodowawcza odbiorcy z tytułu przedwczesnego wypowiedzenia umowy jest wyłączona. Wskazuje się, że zastrzeżenie przewidujące nałożenie opłaty związane z wykonaniem uprawnienia prawnokształtującego nie jest ani karą umowną w rozumieniu art, 483 § 1 k.c., zastrzeżoną na wypadek niewykonania zobowiązania niepieniężnego, ani odstępnym w rozumieniu art. 395 k.c., które zastrzegane jest na wypadek

odstąpienia, a nie wypowiedzenia umowy. Oznacza to, że nie mogą znaleźć wprost zastosowania przepisy regulujące instytucję kary umownej lub odstępnego. Kary przewidziane w umowie na wypadek skorzystania przez odbiorcę z prawa do wypowiedzenia umowy przez odbiorcę należy natomiast odróżnić od zastrzeżenia kary umownej na wypadek wypowiedzenia umowy ze względu na niewykonanie zobowiązania przez dłużnika, gdzie zastosowanie znajdują zasady ogólne k.c.

Forma pisemna wskazana w art. 4j ust. 3a pr. en. jest zastrzeżona dla celów dowodowych (ad probationem). Zgodnie z art. 74 § 1 k.c. zastrzeżenie formy pisemnej bez rygoru nieważności ma ten skutek, że w razie niezachowania zastrzeżonej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Jednakże w myśl art. 74 § 2 k.p.c. mimo niezachowania formy pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych, dowód z zeznań świadków lub dowód z przesłuchania stron jest dopuszczalny, jeżeli obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma.

W niniejszej sprawie umowa łącząca strony zawarta została na czas określony, do dnia 31 grudnia 2016r. W przypadku zatem skutecznego wypowiedzenia tej umowy, nawet w części przez pozwanego z powodu zmiany dostawcy, powodowi należne byłoby tylko odszkodowanie w wysokości wskazanej w umowie na wypadek wypowiedziana umowy właśnie z tej przyczyny. Tymczasem wspomniana umowa łącząca strony nie zawierała w tym zakresie jakichkolwiek zapisów. W szczególności nie zawierała żadnych postanowień odnośnie odszkodowania, czy też kary umownej z tytułu wypowiedzenia umowy w trybie art. 4j ust. 3a prawa energetycznego, tj. z powodu zmiany dostawcy. Rozdziale 14 pkt 1 OWU wskazywała jedynie, iż odbiorcy przysługuje prawo wypowiedzenia umowy z tego tytułu a tryb tego wypowiedzenia następuje zgodnie z procedurą przewidzianą prawem i instrukcją (...). Oznacza to, iż powód nie mógł skutecznie domagać się od pozwanego jakiegokolwiek odszkodowania z tytułu wypowiedzenia przez pozwanego umowy z powodu zmiany dostawcy, w tym również kary umownej, skoro nie została zastrzeżona w takim przypadku w umowie. Wskazać należy, iż kara umowna, której zapłaty domagał się w niniejszym postępowaniu powód, dotyczyła innej podstawy umownej, tj. nie odebrania MiniR, jednakże już w tym miejscu wskazać należy, iż roszczenie z tego tytułu było niezasadne i to z kilku przyczyn wskazanych poniżej. Istotne znaczenie ma również fakt, iż zapis odnośnie MiniR i kary umownej za jej nieodebrania odnosił się do okresu obowiązywania umowy i nie mógł być stosowany po jej skutecznym wypowiedzeniu.

W ocenie Sądu przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało jednoznacznie, że pozwany skutecznie wypowiedział umowę łączącą strony w części w związku z częściową zmianą dostawcy, w zakresie dotyczącym odbioru paliwa gazowego ponad określony w umowie MiniR. Zmiana dostawcy, w postaci wprowadzenia drugiego dostawcy, obok pierwszego, została w ocenie Sądu dokonana w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w art. 4j prawa energetycznego oraz regulacjami szczegółowymi, zawartymi w Instrukcji (...) i Eksploatacji Sieci D. (...) wydanej przez operatora sieci (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., a tym samym również zapisami umowy znajdującymi się w OWU. Pozwany zawarł bowiem umowę z nowym - drugim dostawcą, zawiadomił o tym operatora sieci, wypowiedział na piśmie w części umowę z powodem oraz wystąpił do powoda o dokonanie uzgodnień w zakresie zasad alokacji.

W kwestii dokonanego wypowiedzenia Sąd stanął na stanowisku, iż było ono dokonane skutecznie w formie pisemnej. Za wypowiedzenie umowy Sąd uznał pismo pozwanego z dnia 25 sierpnia 2016r., które należy interpretować łącznie z pismem z dnia 30 sierpnia 2016r. Brak bowiem w ocenie Sądu przeszkód, aby oświadczenie o wypowiedzeniu umowy zawarte zostało w dwóch dokumentach. Zachowanie formy pisemnej dla oświadczenia woli nie wymusza złożenia go w jednym dokumencie. Co prawda w żadnym z powyższych dokumentów nie zawarto jednoznacznego i bezpośredniego zwrotu o wypowiedzeniu umowy, jednakże nie dowodzi to samo w sobie, iż pisma te nie miały takiego charakteru i nie stanowiły wypowiedzenia umowy. Sąd bowiem w myśl art. 65 § 1 k.c. władny jest dokonać wykładni oświadczenia woli. Zgodnie natomiast z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ze wspomnianych pism jednoznacznie w ocenie Sądu wynika, że wolą pozwanego było częściowe wypowiedzenie umowy łączącej go z powodem. W piśmie z dnia 25 sierpnia 2016r. wskazał bowiem, iż będzie posiadał więcej niż jednego dostawcę gazu i konieczne jest dokonanie zasad alokacji paliwa gazowego. Powód jest podmiotem

profesjonalnym działającym na rynku dystrybucji gazu, musiał zatem wiedzieć, że wprowadzenie drugiego dostawcy wiąże się z częściowym wypowiedzeniem umowy z dotychczasowym dostawcą, tym bardziej, że pozwany wskazywał na konieczność ustalenia zasad alokacji paliwa. Interpretacja tego pisma przez powoda, który jest profesjonalistą na rynku paliw, jako częściowego wypowiedzenia umowy przez pozwanego, nie budziła żadnych trudności i wątpliwości. Jest to twierdzenie tym bardziej uzasadnione, że jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jeszcze przed złożeniem przez pozwanego pisma z dnia 25 sierpnia 2016r. pozwany w trakcie negocjacji co do zmiany umowy w zakresie ceny wskazywał, że w przypadku niedojścia do porozumienia, wprowadzi drugiego dostawcę.

Nie budzi zatem w ocenie Sądu jakichkolwiek wątpliwości, że wolą pozwanego, wynikającą z w/w pisma było wypowiedzenie umowy z powodem, w takim zakresie, w jakim nie było możliwe jej jednoczesne wykonywanie z nowym - drugim dostawcą. Natomiast doprecyzowanie zakresu częściowego wypowiedzenia umowy zostało przez pozwanego dokonane w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016r., w którym wskazał, iż zamierza wypełniać umowę zawartą z powodem w zakresie, w jakim jest zobowiązany do odbioru minimalnej ilości paliwa, czyli tzw. MiniR. Tym samym przyznał, iż nie zamierza odbierać pozostałych ilości paliwa wskazanych w umowie, a zatem, że wypowiedzenie umowy na skutek częściowej zmiany dostawcy dotyczy ilości paliwa ponad wskazany w umowie MiniR. Faktu, iż powód również w ten sposób rozumiał pisma pozwanego, dowodzi jego pismo z dnia 1 września 2016r., w którym wyraźnie wskazuje on na częściową zmianę sprzedawcy przez pozwanego.

Nie budziło przy tym żadnych wątpliwości, iż oba powyższe pisma pozwanego, tj. z dnia 25 sierpnia i 30 sierpnia 2016r. zostały doręczone powodowi, co wynika jednoznacznie z dalszej korespondencji prowadzonej przez strony. Uznać zatem należy, iż oświadczenie pozwanego zostało skutecznie doręczone powodowi. Nadmienić należy, iż strony pozostawały w stałych stosunkach, a powód miał świadomość, że pozwany zamierza zmienić dostawcę. Pozwany niezadowolony był bowiem z cen oferowanych przez powoda i prowadził nawet z powodem rozmowy co do ich obniżenia, jednakże powód na taką obniżkę nie wyraził zgody. W rezultacie Sąd przyjął, iż oświadczeniem z dnia 25 sierpnia 2016r., uzupełnionym oświadczeniem z dnia 30 sierpnia 2016r., pozwany dokonał wypowiedzenia umowy łączącej go z powodem w zakresie dostaw paliwa gazowego powyżej określonego w umowie MiniR.

Dokonana przez pozwanego częściowa zmiana dostawcy gazu dokonana została skutecznie i zgodnie z obowiązującymi przepisami, jak i zapisami umowy. W takiej sytuacji powód mógłby domagać się jedynie odszkodowania w zakresie, w jakim było to ustalone w umowie. Przedmiotowa umowa nie zawierała w tym zakresie żadnych regulacji, a zatem jakiegokolwiek odszkodowanie z tytułu częściowej zmiany dostawcy nie było należne.

Uznanie, iż wprowadzenie drugiego dostawcy przez pozwanego było prawidłowe i skuteczne, skutkować musiało uznaniem, iż oświadczenie powoda o wypowiedzeniu umowy, złożone pismem z dnia 16 września 2016r. było pozbawione podstaw. Powód powoływał się bowiem zapis § 9 ust. 2 umowy, zgodnie z którym jej rozwiązanie mogło nastąpić za wypowiedzeniem przez każdą ze stron z zachowaniem 14 - dniowego okresu wypowiedzenia, w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy przez drugą stronę, pomimo uprzedniego wezwania jej do zaniechania naruszeń i usunięcia ich skutków w wyznaczonym, odpowiednim terminie, nie krótszym, niż 10 dni. Skoro zatem działania pozwanego były prawidłowe, to nie można uznać, iż stanowiły rażące naruszenie umowy. Powód nie miał zatem podstaw do skutecznego wypowiedzenia umowy.

Pokreślić wyraźnie należy, iż niezależnie od tego, że wprowadzenie przez pozwanego drugiego dostawcy odbyło się zgodnie z przepisami prawa i umowy, to niewątpliwie wprowadzenie drugiego z dostawców nie uniemożliwiło powodowi wykonania umowy. Gdyby bowiem powód ustalił z pozwanym nowe zasady alokacji i nie wypowiedział umowy, mógłby nadal ją wykonywać na poziomie dostaw zgodnym z umową, a zatem na poziomie wskazanym w § 7, a zatem na poziomie MiniR. Pozwany bowiem wielokrotnie deklarował, iż nadal chce odbierać od powoda paliwo gazowe w ilości objętej MiniR. Nie można przy tym podzielić zapatrywania strony powodowej, że pozwany miał obowiązek odbioru całości zamówionego i określonego w umowie paliwa. Pozwany zgodnie z zapisami umowy miał obowiązek odebrania jedynie MiniR-u, czyli minimalnej ilości rocznej. Wynika to nie tylko z zeznań świadków ale również członka zarządu powoda P. K. (1), który wyraźnie wskazał, iż w normalnym toku umowy gdy klient odbierze tylko MiniR, to jest to zgodnie z umową, bo ma do tego prawo (k. 38 lv.). Odebranie paliwa w większym zakresie

stanowiło zatem prawo pozwanego, z którego mógł skorzystać i które jednocześnie aktualizowało obowiązek powoda jego dostarczenia do górnej granicy umownej. Gdyby wolą stron było ustalenie, iż pozwany ma obowiązek odebrać całość paliwa określonego w umowie, to zawarłyby w umowie stosowne zastrzeżenie i obowiązek ten zabezpieczyłyby karą umową. Tymczasem kara umowna dotyczyła jedynie nieodebrania MiniR-u.

W myśl art. 483 § 1 i 2 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Zgodnie z art. 484 § 1 i 2 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Jak wskazano powyżej jedno z roszczeń powoda dotyczyło zapłaty kary umownej za nieodebranie minimalnej ilości gazu, tzw. MiniR. Zgodnie z umową pozwany zobowiązany był do obrania ogólnej ilości paliwa gazowego określonego z umowie. Z uwagi jednak na specyfikę działania pozwanego i ewentualne problemy z odbiorem paliwa w określonych ilościach w poszczególnych okresach obowiązywania umowy, strony ustaliły tzw. MiniR. W jego ramach pozwany zobowiązał się do odbioru minimalnej ilości paliwa gazowego w każdym roku umownym (MiniR) na poziomie 50% łącznej ilości (§ 7 pkt 1 umowy), tj. w wysokości 11.466,870 MWh dla roku umownego od 1 października 2016 do 31 grudnia 2016 r. Przez rok umowny należało rozumieć okres od dnia 1 października bieżącego roku od godz. 6.00 do dnia 1 października roku następnego do godz. 6.00. Za nieodebraną ilość MiniR w którymkolwiek roku umownym, pozwany zobowiązał się zapłacić karę umowną za każdy 1 kWh paliwa gazowego, stanowiący różnicę pomiędzy MiniR, a ilością faktycznie odebraną, w wysokości 70% ceny za paliwo gazowe, należnej sprzedawcy, obliczonej zgodnie z taryfą powoda.

Powód stał na stosunku, iż powyższe zastrzeżenie nie było karą umowną, ale karą gwarancyjną. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić.

W doktrynie wskazano, iż w praktyce spotyka się postanowienia umowne, które rozszerzają odpowiedzialność dłużnika poza tę określoną w art. 483 kc, w szczególności nakładające na niego obowiązek zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej także w przypadku, gdy naruszenie umowy wynika z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Tego rodzaju zastrzeżenie jest dopuszczalne, niemniej z uwagi na rygorystyczne skutki, jakie wynikają zeń dla dłużnika i konieczność jego ochrony postuluje się, aby postanowienia te dla swojej skuteczności spełniały następujące cechy. Przede wszystkim postanowień tych nie powinno nazywać się karą umowną. W przypadku użycia w umowie terminu "kara umowna" od razu powstaje domniemanie, że jest to konstrukcja z art. 483 i 484 KC, ze wszystkim konsekwencjami, a więc także w zakresie winy dłużnika jako przesłanki jej zapłaty. Jeżeli zatem strony używają terminu kara umowna, muszą dodatkowo wskazać, za jakie zdarzenia inne niż wynikające z okoliczności zawinionych przez siebie dłużnik ma być odpowiedzialny i takie rozszerzenie musi być niewątpliwe. Z uwagi na to, że strony wykraczają w tym momencie poza ukształtowany przepisami dyspozytywnymi rozkład praw i obowiązków w zobowiązaniu, muszą bardzo precyzyjnie wyrażać swoją wolę, gdyż będzie to w zasadzie jedyny, a na pewno decydujący wyznacznik jego treści. Zastrzegając taką karę, należałoby wskazać, że dłużnik będzie zobowiązany do jej zapłaty także w przypadkach, gdy naruszenie zobowiązania wynika z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście także w tym wypadku sankcja ta nie zaktualizuje się wtedy, gdy odpowiedzialność za zaistnienie tych przyczyn leży po stronie wierzyciela - byłoby to sprzeczne z naturą zobowiązania i tym samym nieważne (art. 353¹ w zw. z art. 58 k.c.). W zakresie kar zastrzeganych za opóźnione wykonanie zobowiązania kategorycznie podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się "za opóźnienie" nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika. Tak samo jak w praktyce błędnie używane jest pojęcie "odsetki za zwłokę" czy "odsetki zwłoki", mając na myśli odsetki za opóźnienie (por. M. Łemkowski, *Odsetki cywilnoprawne*, s. 80-81), tak też nic stanowczego nie wynika z tego, czy strony posłużyły się w umowie terminem kara umowna za zwłokę czy

za opóźnienie. Opóźnienie nie jest jednolitym terminem prawnym i tam, gdzie ustawodawca chce obarczyć dłużnika skutkami opóźnienia także wtedy, gdy nie ponosi on za to opóźnienie odpowiedzialności, stanowi o tym wprost (art. 481 § 1 k.c.). Tak samo powinny uczynić strony.

W niniejszej sprawie w ocenie Sądu Okręgowego wspomniany zapis za nieodebranie MiniR stanowił zastrzeżenie kary umownej, a nie kary gwarancyjnej. Przede wszystkim w treści samego zapisu strony wskazały, iż pozwany zapłacił karę umową. Po drugie strony nie dokonały zastrzeżenia, że zapłata kary jest niezależna od zawinienia pozwanego, a więc że zapłata kary jest obowiązkowa również w sytuacji, gdy nieodebranie MiniR-u było niezależne od strony pozwanej. Nie można również pominąć zasad wyliczenia wysokości samego M. (...) określonych w § 7 umowy, które nakazywały uwzględniać ilość paliwa gazowego nieodebranego w danym roku z powodu siły wyższej, czy też z powodu niezgodnych z umową parametrów jakościowych i wielkości ciśnień, czyli okoliczności niezależnych od pozwanego. Powyższe wskazywało, iż przedmiotowa kara miała charakter kary umownej, a powód nie udowodnił, by było inaczej.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż roszczenie powoda z tytułu kary umownej za nieodebranie MiniR było całkowicie bezzasadne. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zapis ten dotyczył okresu obowiązywania umowy. Odnosił się bowiem do wykonywania określonego obowiązku umownego, który mógł być wykonywany tylko w trakcie trwania umowy. Po wygaśnięciu umowy nie istniał obowiązek dostarczania paliwa, a zatem nie było obowiązku odbioru paliwa gazowego. Nie można zatem było naliczać kary umownej za niewykonanie obowiązku odbioru. Tymczasem powód złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy pismem z dnia 16 września 2016r., z zachowaniem 14 - dniowego terminu, a karą umową objął okres do końca obowiązywania umowy. Co jednak istotne niewykonanie MiniR w okresie od 1 października 2016r. było zawinione nie przez pozwanego, ale przez powoda, który uniemożliwił pozwanemu odbiór paliwa w jakiegokolwiek ilości, gdyż to sam powód bezzasadnie wypowiedział umowę pozwanemu i odmówił dostaw paliwa do pozwanego. W stosunkach łączących strony rok nie był zgodny z rokiem kalendarzowym, ale rozpoczynał się i kończył 1 października. W dniu zatem 1 października 2016r. zakończył się poprzedni rok i rozpoczął następny, który z uwagi na termin obowiązywania umowy, kończył się wyjątkowo 31 grudnia 2016r.

Nie budziło wątpliwości, że w roku zakończonym 1 października 2016r. pozwany wykonał MiniR. Przyznał to jednoznacznie w swoich zeznaniach przedstawiciel powoda. MiniR w stosunkach umownych nie był bowiem przypisany do poszczególnych miesięcy, tygodni, czy też dni, ale całego rocznego okresu. Mogło zatem zdarzyć się, że pozwany już w pierwszych miesiącach danego roku wykorzystał cały MiniR i przez pozostałą część roku nie musiał już odbierać paliwa i nie oznaczałoby to niewykonania umowy. Jak przyznał to bowiem przedstawiciel powoda w swoich zeznaniach odebranie M. (...) oznaczało wykonanie umowy. W roku zakończonym 1 października 2016r, pozwany odebrał MiniR jeszcze przed wprowadzeniem drugiego dostawcy. Mógł zatem we wrześniu 2016r. nie odebrać od powoda żadnego paliwa i wszelkie dostawy realizować od drugiego dostawcy, Z kolei w nowym roku - do 1 października 2016r. do 31 grudnia 2016r. pozwany obowiązany był do odbioru MiniRu. Nie uczynił tego jednak, co było bezsporne, jednakże było to następstwem działań powoda. Powód wypowiedział bowiem umowę i zaprzestał dostarczania paliwa gazowego pozwanemu w jakiegokolwiek ilości. Tymczasem pozwany prawidłowo zgodnie z przepisami prawa i umowy wprowadził drugiego odbiorcę i wielokrotnie deklarował chęć odbioru od powoda MiniR-u. Po raz pierwszy deklarował to w piśmie z dnia 30 sierpnia 2016r. Ponowił swoją wolę w tym zakresie w piśmie z dnia 24 października 2016r. Na działania pozwanego w zakresie możliwości i woli wykonywania umowy i odbioru MiniR-u wskazywał również w swoich zeznaniach świadek M. W. (1), który w spornym okresie był członkiem zarządu pozwanej spółki.

Powyższe wskazuje zatem, iż to z winy powoda nie doszło do odbioru MiniR przez pozwanego. To powód nie wywiązał się z łączącej strony umowy i nie dostarczył pozwanemu w okresie od 1 października 2016r. do 31 grudnia 2016r. ilości gazu odpowiadającej umownemu MiniRowi (za wcześniejsze okresy pozwany odebrał MiniR). Powód nie wywiązał się z umowy, gdyż bezpodstawnie wypowiedział łączącą strony umowę. Pozwany jednocześnie deklarował chęć wykonania umowy w powyższym zakresie, na co nie wyrażał zgody powód. Skoro zatem niewykonanie zapisów umownych było zawinione przez powoda, a nie przez pozwanego, to brak było jakichkolwiek podstaw, do obciążania pozwanego karą

umowną określoną w pozwie. W rezultacie na podstawie art. 483 k.c. w zw. z art. 484 w zw. z art. 6 k.c, roszczenie powoda uznać należało za niezasadne, co skutkowało musiło jego oddaleniem.

Powód dochodził także odszkodowania, które obejmowało utracone korzyści z tytułu zerwania umowy terminowej oraz szkodę rzeczywistą z tytułu zerwania umowy terminowej.

Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Powyższe rozważania dotyczące zarówno faktu dokonania przez pozwanego prawidłowego wprowadzenia drugiego sprzedawcy, a tym samym braku po stronie pozwanego nienależytego wykonania zobowiązania, jak i braku winy pozwanego pozostają aktualne również w odniesieniu do roszczenia odszkodowawczego. Pozwany skutecznie wypowiedział umowę w zakresie przewyższającym MiniR i w tym zakresie w związku z brakiem zapisów umownych powód nie mógł domagać się odszkodowania. W zakresie natomiast niewykonania MinIRu, odpowiedzialność ponosi, nie pozwany, a powód, który bezzasadnie wypowiedział umowę i odmówił dostarczania gazu w zakresie MinIRu. Brak po stronie pozwanego przesłanki w postaci nienależytego wykonania zobowiązania i winy pozwanego wyłączał jego odpowiedzialność odszkodowawczą i skutkowało musiło oddaleniem powództwa w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż powód nie wykazał wysokości dochodzonej szkody. W pozwie powód przedstawił szczegółowe wyliczenia dotyczące wysokości szkody, jednakże odnosił się w nim do cen kontraktowych na (...) S.A. nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów faktycznego zakupu paliwa na potrzeby kontraktu z pozwanym, z których wynikałaby cena faktycznie zakupionego towaru. Jego rozważania w tym zakresie miały zatem charakter dalece hipotetyczny i oparte były tylko na twierdzeniach. Powód nie przedstawił żadnych dokumentów dotyczących obrotu gazem. Powód powinien natomiast przedłożyć dokumenty dotyczące zakupu gazu, który zamierzał następnie sprzedać pozwanemu, jak również dokumenty potwierdzające, kiedy, ile i w jakiej cenie sprzedał ten gaz innym podmiotom. Tylko odnosząc się do realnych umów zawartych przez powoda, możliwe byłoby ustalenie wysokości szkody. Powód nie uczynił tego, pomimo, iż na braku dowodowe w tym zakresie zwracał uwagę również pozwany. Nie był wystarczający w tym zakresie dowód z opinii biegłego. Biegły nie jest bowiem uprawniony od ustalenia stanu faktycznego i wyręczania powoda w przedstawianiu stosowanego materiału dowodowego. Biegły ma jedynie służyć Sądowi pomocą, gdy ocena stanu faktycznego, ustalonego w oparciu o inne dowody wymaga wiedzy specjalnej. Biegły mógłby zatem jedynie w oparciu o dokumenty przedłożone przez powoda dokonać sprawdzenia rachunkowego dokonanych przez powoda obliczeń. Biegły nie może, jak to chciał powód, ustalić wysokości szkody. Może jedynie sprawdzić prawidłowość jej wyliczenia. W rezultacie nawet gdyby pozwany ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą wobec powoda, to i tak powództwo podlegałoby oddaleniu, gdyż powód nie wykazał wysokości dochodzonej szkody.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, iż roszczenia powoda nie zasługiwały na uwzględnienie. W rezultacie na podstawie art. 483 k.c. i 483 k.c. oraz 471 k.c. w zw. z art. 6 k.c. powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Powyższy wyrok zaskarżył apelacją powód, który powołując się na naruszenie:

prawa procesowego w postaci:

art. 233 § 1 kpc poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego polegającą na:

uznaniu, że pozwany pismami z dnia 25 sierpnia i 30 sierpnia 2016 r., skutecznie wypowiedział w części umowę kompleksową dostarczania paliwa gazowego (dalej jako Umowa), podczas gdy z pism tych oraz z pisma z dnia 7 września 2016 r. wynika jednoznacznie, że pozwany nie miał ani zamiaru ani świadomości konieczności wypowiedzenia umowy, wobec czego pozwany dokonał zmiany sprzedawcy z pominięciem procedury określonej przepisami prawa, Instrukcji (...) i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (dalej jako (...)) ustanowionej przez (...). z o.o, oraz zapisach umowy, tj. bez wypowiedzenia Umowy w części z dotychczasowym sprzedawcą (powodem), co w

konsekwencji skutkowało zasadnym wypowiedzeniem przez powoda umowy z uwagi na rażące naruszenie zapisów umownych oraz przepisów prawa przez pozwanego,

uznaniu, że wypowiedzenie umowy przez powoda pismem z dnia 16 września 2016 r, było pozbawione podstaw prawnych, bowiem wprowadzenie drugiego sprzedawcy przez pozwanego było prawidłowe i skuteczne, podczas gdy, wezwanie pozwanego, pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. do zmian zasad alokacji na 6 dni przed faktycznym wprowadzeniem drugiego sprzedawcy, odbyło się z rażącym naruszeniem (...) oraz Umowy, tj, odbyło się bez wypowiedzenia Umowy,

uznaniu, że to z winy powoda nie było możliwe odebranie przez pozwanego minimalnych ilości paliwa gazowego w roku umownym (dalej jako MiniR), podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że w wyniku wprowadzenia przez pozwanego drugiego sprzedawcy, powodowi została ograniczona moc umowna do wysokości 5% mocy pierwotnej, a tym samym nie było możliwym dostarczenie pozwanemu paliwa gazowego ani w wielkości zamówionej ani w wielkości równej MiniR obliczonego proporcjonalnie do końca okresu, na jaki Umowa została zawarta,

uznaniu, że pozwany zobowiązany był do odbioru w roku umownym tylko MiniR podczas gdy z Umowy, zeznań świadków oraz z samych ustaleń faktycznych Sądu I instancji wynika, że „powód miał dostarczyć, a pozwany odebrać w okresie umownym 158.617,160 MWh” paliwa gazowego, czyli odebrać miał ilości zamówione.

art. 217 § 3 kpc w zw. z art.227 kpc w zw. z art. 278 kpc poprzez oddalenie wniosku dowodowego powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zmierzającego do udowodnienia faktu mającego istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymagającego wiadomości specjalnych, tj. wysokości szkody poniesionej przez powoda, z uwagi na fakt, że powód nie przedstawił dowodu z dokumentów, a wartość szkody wyliczył w oparciu o ceny kontraktowe na (...) S.A., podczas gdy z uwagi na specyfikę towaru jakim jest paliwo gazowe, jako rzeczy oznaczonej co do gatunku i specyfikę jego zakupu i sprzedaży, biegły, jako posiadający wiadomości specjalne dokonać powinien wyboru właściwego podejścia oraz metody i techniki szacowania paliwa gazowego;

prawa materialnego w postaci: art. 65 § 1 kc polegające na dokonaniu błędnej wykładni oświadczenia woli pozwanego zawartego w pismach z dnia 25 i 30 sierpnia 2016 r. z pominięciem ich szerszego kontekstu, w tym z pominięciem pełnej treści pisma z dnia 7 września 2016 r, zapisów ustawy Prawo energetyczne (dalej jako PE), (...), Umowy, oraz zasady in dubio contra proferentem, co doprowadziło do błędnego uznania przez Sąd Okręgowy, że pozwany wypowiedział skutecznie w części Umowę, jedynie w oparciu o założenie, że powód jest profesjonalistą i wobec tego musiał wiedzieć, że wprowadzenie drugiego sprzedawcy wiąże się z częściowym wypowiedzeniem Umowy z jednoczesnym całkowitym pominięciem faktu, że pozwany również jest profesjonalistą, niejednokrotnie w historii prowadzonej działalności zmieniał sprzedawcę paliwa gazowego, a więc świadom był zarówno obowiązku wypowiedzenia Umowy, z zachowaniem terminu w niej określonego, formy oraz treści w jakiej powinna być wyrażona wola zmiany sprzedawcy oraz zakresu tejże zmiany,

art. 65 § 2 kc polegające na dokonaniu błędnej wykładni treści umowy w zakresie charakteru i funkcji kary, zastrzeżonej na wypadek nieodebrania MiniR i błędne zakwalifikowanie tej kary przez Sąd 1 instancji jako kary umownej, a nie gwarancyjnej, w sytuacji gdy właśnie z funkcji i charakteru tej kary jednoznacznie wynika, że jest ona karą gwarancyjną, tj. obowiązek jej zapłaty aktualizuje się niezależnie od tego, czy powód poniósł jakąkolwiek szkodę oraz czy niewykonanie zobowiązania związane jest z winą pozwanego, art. 471 kc w zw. z art. 4j ust. 3a ustawy Prawo energetyczne, polegające na uznaniu, że powodowi nie przysługuje roszczenie z tytułu nieodebrania przez pozwanego MiniR i odszkodowania za niewykonanie umowy z uwagi na fakt, że umowa nie zawierała żadnych postanowień odnośnie odszkodowania, czy też kary umownej z tytułu wypowiedzenia Umowy w trybie art. 4j ust. 3a PE, tj. z powodu zmiany sprzedawcy przez pozwanego, w sytuacji gdy powód dochodzi roszczeń tych z uwagi na rażące naruszenie przez pozwanego postanowień umownych wobec niezgodnej z prawem i Umową wprowadzenia przez pozwanego drugiego sprzedawcy paliwa gazowego, stąd podstawą roszczeń powoda o zapłatę kary gwarancyjnej z tytułu nieodebrania MiniR oraz naprawienie szkody nie jest art. 4j ust. 3a PE, a zapisy umowne i zasady ogólne wynikające z kodeksu cywilnego. Z

powołaniem na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 1.294. 833,14 złotych wraz z odsetkami od tej kwoty od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obie instancje. Nadto na zasadzie art. 380 kpc skarżący wniósł o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 2 lutego 2018 r. oddalającego wnioski powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia wysokości szkody poniesionej przez powoda w związku wypowiedzeniem Umowy przez powoda z uwagi na rażące naruszenie przez pozwanego postanowień umownych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych oraz trafnie określił ich prawne konsekwencje. Ustalenia te oraz ich prawną ocenę Sąd Apelacyjny podziela, przyjmując je jako własne.

Nie zachodzi zarzucane w apelacji naruszenie art. 233 § 1 kpc. Przepis ten wyraża jedną z podstawowych zasad procesu cywilnego tj. zasadę swobodnej oceny dowodów, stanowiąc, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Naruszenie tego przepisu może więc polegać na tym, iż sąd z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów przyjął za wiarygodny określony dowód lub też odmówił wiarygodności konkretnemu dowodowi. Strona, która podnosi taki zarzut musi przy tym wykazać, o jaki konkretnie dowód chodzi i na czym polega przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów. Takich zarzutów powód nie formułuje, a przeciwnie kwestionuje ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego oraz ich ocenę prawną. Z tego względu zarzut ten nie jest uzasadniony.

Z kolei zarzut błędnych ustaleń faktycznych nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego, ustalonego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, choćby ocena ta również była logiczna i zgodna z doświadczeniem życiowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2005 r. w spr. IV CK 387/04).

Tymczasem znaczną część wywodów uzasadnienia apelacji stanowi prezentacja własnej wersji stanu faktycznego.

Wbrew wywiadom apelacji Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że pozwany pismem z dnia 25 sierpnia 2016r., doprecyzowanym pismem 30 sierpnia 2016 r., skutecznie wypowiedział w części umowę kompleksową dostarczania paliwa gazowego i nietrafny okazał się w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 65 § 1 kc mającego polegać na dokonaniu błędnej wykładni oświadczenia woli pozwanego zawartego w pismach z dnia 25 i 30 sierpnia 2016 r.

Akcentowana w apelacji okoliczność, że w treści wskazanych dokumentów nie użyto sformułowania wypowiedzenie umowy, nie daje podstaw do zakwestionowania prawidłowo umotywowanego stanowiska Sądu I instancji.

Słusznie podkreślił Sąd Okręgowy kontekst sytuacyjny, w szczególności poprzedzające wysłanie przedmiotowych pism negocjacje stron w sprawie postulowanego przez pozwanego obniżenia ceny paliwa gazowego i akcentowanie przez pozwanego w toku tych rokowań, że w przypadku nie uwzględnienia jego postulatów pozwany odbiorca wprowadzi drugiego dostawcę.

Powołany przez Sąd Okręgowy art. 4j ust. 3a ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. prawo energetyczne dawał pozwanemu możliwość wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony, na podstawie której przedsiębiorstwo energetyczne dostarcza temu odbiorcy paliwa gazowe lub energię, bez ponoszenia kosztów i odszkodowań innych niż wynikające z treści umowy, przez złożenie do przedsiębiorstwa energetycznego pisemnego oświadczenia.

W tym także kontekście należy oceniać treść wskazanych pism strony pozwanej, w których zawiadomiono powoda o tym, że pozwany będzie posiadał więcej niż jednego dostawcę i wezwano go do wzajemnego ustalenia między stronami zasad alokacji paliwa gazowego stosownie do § 8 ust. 9 umowy stron.

Rację ma Sąd Okręgowy akcentując, że w tych okolicznościach dla powodowego dostawcy jako profesjonalisty musiało być oczywiste, że wolą pozwanego było skorzystanie ze swego prawa do częściowego wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony w zakresie w jakim nie było możliwe równoczesne wykonywanie jej z nowym dostawcą.

Z kolei w piśmie z 30.08.2016r. pozwany doprecyzował, że zgodnie z umową będzie odbierał od powoda ilość paliwa określoną w umowie jako M..

Także św. M. W., ówczesny członek Zarządu pozwanego potwierdził w swych zeznaniach, że wskazane pisma stanowiły wypowiedzenie umowy. Skarżący w ogóle nie odniósł się w środku odwoławczym do istotnego argumentu użytego przez Sąd I instancji, jakim było wskazanie, że sam powód w piśmie z 1 września 2016r. podkreślił, że zachowanie pozwanego może być zinterpretowane jako wola wypowiedzenia umowy.

Tymczasem treść tego pisma wskazuje, że powód prawidłowo odczytał intencje pozwanego co do wypowiedzenia umowy, a fakt, że apelujący zaniechał w tym zakresie jakiegokolwiek polemiki z argumentacją Sądu Okręgowego tylko to stanowisko potwierdza.

Skarżący zamiast tego akcentuje w apelacji fakt wystosowania przez pozwanego pisma z 7 września 2016r., które zdaniem powoda potwierdza, że pozwany nie miał zamiaru wypowiedzenia umowy z powodem ani w całości ani w części.

Należy zatem zauważyć, że pozwany w tym piśmie nie użył bynajmniej przypisywanego mu w środku odwoławczym sformułowania.

Pozwany wskazał natomiast w tym piśmie, że wielokrotnie negocjował z powodem wprowadzenie drugiego dostawcy, lecz propozycje powoda były w tym zakresie nie do przyjęcia dla pozwanego, który ostatecznie przesłał do powoda wnioski o zmianę mocy umownej, na który powód nie wyraził zgody. Dalej w powołanym piśmie wskazano, że związku z tym pozwany w zgodzie z obowiązującymi przepisami przeprowadził procedurę częściowej zmiany dostawcy gazu i wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami nie wymagało to wypowiedzenia umowy z aktualnym sprzedawcą paliwa gazowego i nie było potrzeby, a by pozwany wypowiedział umowę w całości lub części, więc nie ma także podstaw żeby pozwany ponosił koszty, o których mowa w ustawie Prawo energetyczne (k.72).

Pozwany nie wskazał zatem w tym piśmie, że nie wypowiedział umowy, a jedynie wyraził swoją ocenę co do tego jakoby przeprowadzenie procedury zmiany częściowej zmiany dostawcy nie 'wymagało wypowiedzenia umowy w całości lub części.

Jednak intencją tego pisma było przede wszystkim wskazanie na to, że zachowanie pozwanego nie stworzyło powodowi podstaw do tego, by dochodzić od pozwanego roszczeń wskazanych w powołanym piśmie z 1.09.2016r., tym bardziej, że pozwany wyraźnie zadeklarował w tym piśmie, że będzie wypełniał postanowienia umowy w zakresie odbioru gazu określonych w § 7 umowy i nie ma podstaw do naliczania jakichkolwiek kar umownych.

Co oczywiste treść tego pisma nie może też anulować konsekwencji wypowiedzenia umowy dokonanej skutecznie pismami z dnia 25.08 i 30.08. 2016r.

Nietrafny okazał się zarzut błędnego uznania, że wypowiedzenie umowy przez powoda pismem z dnia 16 września 2016 r. było pozbawione podstaw prawnych, bowiem wprowadzenie drugiego sprzedawcy przez pozwanego było prawidłowe i skuteczne, podczas gdy wezwanie pozwanego, pismem z dnia 25 sierpnia 2016 r. do zmian zasad alokacji na 6 dni przed faktycznym wprowadzeniem drugiego sprzedawcy, odbyło się z rażącym naruszeniem (...) oraz Umowy, tj. odbyło się bez wypowiedzenia Umowy.

Jak to już wskazano to pozwany skutecznie wypowiedział w części umowę korzystając ze swych uprawnień.

Zatem nie sposób też przyjąć, że istniały podstawy do wypowiedzenia umowy przez powoda z powołaniem się na § 9 ust. 2 umowy, zgodnie z którym rozwiązanie umowy może nastąpić za wypowiedzeniem przez każdą ze stron z

zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia, w przypadku rażącego naruszenia postanowień umowy przez drugą stronę, pomimo uprzedniego wezwania do zaniechania naruszeń i usunięcia skutków w wyznaczonym, odpowiednim terminie, nie krótszym niż 10 dni.

Pozwany nie naruszył umowy korzystając ze swojego prawa do częściowego wypowiedzenia umowy i wprowadzenia nowego dostawcy.

Chybiony okazał się też zarzut błędnego uznania przez Sąd Okręgowy, że pozwany zobowiązany był do odbioru w roku umownym tylko MinIR podczas gdy z umowy, zeznań świadków oraz z samych ustaleń faktycznych Sądu I instancji wynikać zdaniem apelującego ma, że „powód miał dostarczyć, a pozwany odebrać w okresie umownym 158.617,160 MWh” paliwa gazowego, czyli odebrać miał ilości zamówione.

Skarżący powołuje się w tym zakresie na stronę 6 uzasadnienia zaskarżonego wyroku, na której Sąd Okręgowy wskazał, że „Łączna ilość paliwa gazowego, którą powód miał dostarczyć, a pozwany odebrać w okresie obowiązywania umowy wynosiła 158.617,160 MWh”.

Skarżący pominął jednak, że już w następnym akapicie uzasadnienia wyroku wskazano, że „pozwany natomiast zobowiązał się z kolei do odbioru paliwa gazowego i zapłaty ceny stałej w poszczególnych okresach. Pozwany zobowiązał się również do odbioru minimalnej ilości paliwa gazowego w każdym roku umownym (MinIR) na poziomie 50% powyższej łącznej ilości (§ 7 pkt 1 umowy) tj. w wysokości 11.466,870 MWh dla roku umownego od 1 października 2016 do 31 grudnia 2016 r. Przez rok umowny należało rozumieć okres od dnia 1 października bieżącego roku od godz. 6.00 do dnia 1 października roku następnego do godz. 6.00. Za nieodebraną ilość MinIR w którymkolwiek roku umownym, pozwany zobowiązał się zapłacić karę umowną za każdy 1 kWh paliwa gazowego, stanowiący różnicę pomiędzy MinIR, a ilością faktycznie odebraną, w wysokości 70% ceny za paliwo gazowe, należnej sprzedawcy, obliczonej zgodnie z taryfą powoda”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Sąd Okręgowy przyjął, iż obowiązek pozwanego dotyczył jedynie odbioru paliwa w ilości MinIR i jest to ustalenie znajdujące oparcie w treści łączącej strony umowy i tylko na wypadek nieodebrania tej ilości paliwa została zastrzeżona kara umowna. Trzeba wskazać, że sam Prezes Zarządu powoda P. K. podał w toku swego przesłuchania, że klient ma prawo do odbioru jedynie ilości MinIR i jest to zgodne z umową, a powód godząc się na ustalenie określonego w umowie stron MinIR chciał „uelastyczyć ofertę”, lecz zakładał - m.in. na podstawie przekazanego mu przez pozwanego „historycznego profilu odbioru” oraz prognozy zużycia, że pozwany odbierze całą ilość zamówionego gazu.

Oczywiste jest tymczasem, że powód nie może powoływać się na to jakie były jego oczekiwania co do ilości odebranego przez pozwanego gazu i musi honorować te postanowienia kontraktu, które pozwały pozwany na odbiór jedynie ilości MinIR.

Jeżeli powód chciał mieć pewność odbioru większej ilości paliwa niż wskazany w umowie MinIR, to powinien zadbać o to, by w umowie poziom MinIR był wyższy.

Powód nie mógł natomiast oczekiwać tego, że pozwany zrezygnuje ze swoich uprawnień do częściowego wypowiedzenia umowy i wprowadzenia drugiego sprzedawcy w sytuacji, gdy skorzystanie z tego uprawnienia było zgodne z interesem pozwanego.

Skoro powód funkcjonuje jako dostawca na specyficznym rynku, na którym odbiorca ma prawo do wypowiedzenia umowy - nawet jeżeli została ona zawarta na czas oznaczony - i zmiany dostawcy, to jako profesjonalista winien zawierać takiej treści kontrakty, które minimalizowałyby łyżko gospodarcze związane z tymi specyficznymi uwarunkowaniami.

Umowa wyraźnie wskazywała, że pozwany w każdym roku umownym ma obowiązek odebrania Minimalnej ilości rocznej (MinIR) gazu i w żadnym postanowieniu umownym, ani też w załącznikach numer 1 do umowy (także

w brzmieniu określonym aneksem nr (...) do umowy) nie wskazano na obowiązek pozwanego odbioru całości zamówionego paliwa.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia art. 65 § 2 kc poprzez dokonanie błędnej wykładni treści umowy w zakresie charakteru i funkcji kary, zastrzeżonej na wypadek nieodebrania MinIR i błędne zakwalifikowanie tej kary przez Sąd I instancji jako kary umownej, a nie gwarancyjnej.

Rację ma Sąd Okręgowy akcentując, że użycie w § 7 ust. 2 umowy zwrotu „będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej” wskazuje, że stronom chodziło o tę konkretną instytucję prawa pozytywnego, czyli karę umowną określoną w art. 483 i 484 kc, a nie o instytucję prawną o zupełnie innym charakterze, przewidującą odpowiedzialność odbiorcy także w sytuacji, gdy nieobranie przez niego paliwa w ilości MinIR wynikałoby z okoliczności niezawinionych przez pozwanego.

W treści umowy brak jest jakichkolwiek treści, które mogłyby potwierdzać stanowisko strony powodowej.

W istocie skarżący ogranicza się do prezentacji niekorzystnych jakoby konsekwencji, jakie wynikać mają jego zdaniem z faktu, że pozwany skorzystał ze swego prawa do częściowego wypowiedzenia umowy i zmiany dostawcy.

Nie daje to jednak podstaw do uznania zasadności wywodów apelacji odnoszących się do charakteru prawnego instytucji uregulowanej w § 7 ust. 2 umowy.

Skarżący powołuje się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 r. II CSK 331/12, z którego owszem, wynika dopuszczalność zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym, nakładającego obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej, lecz jednocześnie w tym judykacie wskazano, że musi to wynikać z konkretnych postanowień umownych, w których taka wola stron została wyrażona.

Warunek ten w niniejszej sprawie nie został spełniony, a wręcz przeciwnie, treść umowy wskazuje jednoznacznie, że strony zastrzegły karę umowną uregulowaną w art. 483-484 kc..

Jak to już wskazano, jeżeli odbiór przez pozwanego paliwa jedynie w ilości MinIR, na którego poziom powód zgodził się w ramach „uelastycznienia oferty”, nie gwarantował dostatecznej ochrony interesów powoda, to powód, jako że jest profesjonalistą, musi ponieść konsekwencje zawarcia tej treści umowy i nie może konsekwencji swych błędnych oczekiwań co do realizacji kontraktu przerzucać na kontrahenta, który miał prawo do tego, by korzystać ze swoich uprawnień.

Nie budzi też wątpliwości zasadność ustalenia przez Sąd Okręgowy, że pozwany był gotów odebrać paliwo w ilości MinIR, lecz powód nie dostarczył pozwanemu tej ilości paliwa.

Należy wskazać na treść dowodu z przesłuchania zarządcy powoda M. K., który wyraźnie wskazał, że powód paliwa nawet w tej ilości nie mógł pozwanemu dostarczyć, ponieważ już 31 sierpnia 2016r., po uzyskaniu informacji o tym, że dostawy gazu do pozwanego zostały ograniczone, powód sprzedał paliwo zabezpieczone na potrzeby dostaw do pozwanego.

Również z twierdzeń pozwu wynika, że powód miał sprzedać zabezpieczone na potrzeby realizacji umowy z pozwanym paliwo gazowe w oparciu kurs rozliczeniowy z 30.08.2016r. i powołał się na wyniki sesji giełdowej z 31.08.2016r.

Także w piśmie procesowym z 18 maja 2017r. powód przyznał, że 31 sierpnia zbył zabezpieczoną dla pozwanego ilość paliwa gazowego(k.292).

Skoro zatem powód wypowiedział umowę i nie dostarczył pozwanemu żadnych ilości paliwa, mimo że pozwany gotów był do odbioru paliwa w ilości MinIR, to nie ulega wątpliwości, że także z tej racji żądanie zapłaty kary umownej jest niezasadne.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut błędnego uznania, że to z winy powoda nie było możliwe odebranie przez pozwanego minimalnych ilości paliwa gazowego w roku umownym.

Apelujący twierdzi, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynikać ma, że w wyniku wprowadzenia przez pozwanego drugiego sprzedawcy, powodowi została ograniczona moc umowna do wysokości 5% mocy pierwotnej, a tym samym nie było możliwym dostarczenie pozwanemu paliwa gazowego ani w wielkości zamówionej ani w wielkości równej MinIR obliczonego proporcjonalnie do końca okresu, na jaki umowa została zawarta.

Powód wywodzi jakoby wprowadzenie drugiego sprzedawcy i wezwania do zmian zasad spowodowało, że powodowi pozostawiona została moc umowa w wysokości 686 kWh/h, co stanowiło zaledwie ok 5% wartości pierwotnej. Taki poziom mocy umownej czynił zdaniem powoda niemożliwym do wykonania zobowiązanie pozwanego do odebrania paliwa gazowego, nawet w ilości odpowiadającej MinIR obliczonego proporcjonalnie do końca okresu, na jaki umowa została zawarta.

Jest to twierdzenie nieuprawnione i gołosłowne, któremu pozwany stanowczo zaprzeczył.

Pozwany już w skierowanym do powoda piśmie z 30.08.2016r. wskazał, że moc umowna w wysokości 686 kWh/h dotyczy miesiąca września 2016r.(k. 189).

W pismach procesowych pozwany wskazywał, że było to konsekwencją faktu, że powód odebrał paliwo w ilości MinIR za rok umowy kończący się 1.10 .2016r. znacznie przed tą datą i fakt ten przyznał w toku swego przesłuchania Prezes Zarządu powoda.

Natomiast za okres od I.X.2016r. do 31.12.2016r. pozwany zamówił początkowo u nowego dostawcy tylko tyle paliwa gazowego, by pozwany mógł w tym okresie dostarczyć paliwo w ilości MinIR.

Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w obszernych zeznaniach świadka M. W., który wskazał, że za miesiące (...) 2016r, powód początkowo przewidywał zamówienie u nowego dostawcy jedynie 40% paliwa, a u powoda pozostałych 60% po to, aby odebrać od powoda ilość MinIR, lecz do tego nie doszło, gdyż powód wypowiedział umowę i oświadczył, że całe paliwo sprzedał już 31.08.2016r. i w tej sytuacji całość paliwa w tym okresie dostarczył drugi dostawca (...).

Jak to już wskazano powód także w niniejszym procesie twierdził, że wyzbył się całego paliwa zabezpieczonego na potrzeby realizacji kontraktu z pozwanym już 31.08.2016r. i jak wyraźnie zeznał Prezes Zarządu powoda P. K., z tej racji powód nie miał już paliwa, które mógłby dostarczać powodowi.

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której powód zarzuca pozwanemu, że nie było możliwe dostarczenie mu paliwa w ilości MinIR za okres X-XII 2016r. z uwagi na zachowanie pozwanego, podczas gdy w rzeczywistości niemożność dostarczenia tego paliwa wynikała z faktu, że powód je zbył i nie w ogóle miał zamiaru realizować dostaw paliwa w tej ilości.

Nietrafny okazał się zarzut naruszenia art. 471 kc w zw. z art. 4j ust. 3a ustawy Prawo energetyczne, poprzez uznanie, że powodowi nie przysługuje roszczenie z tytułu nieodebrania przez pozwanego MinIR i odszkodowania za niewykonanie umowy z uwagi na fakt, że umowa nie zawierała żadnych postanowień odnośnie odszkodowania, czy też kary umownej z tytułu wypowiedzenia Umowy w trybie art. 4j ust. 3a PE, tj. z powodu zmiany sprzedawcy przez pozwanego, w sytuacji gdy powód dochodzi roszczeń tych z uwagi na rażące naruszenie przez pozwanego postanowień umownych wobec niezgodnej z prawem i Umową wprowadzenia przez pozwanego drugiego sprzedawcy paliwa gazowego, stąd podstawą roszczeń powoda o zapłatę kary gwarancyjnej z tytułu nieodebrania MinIR oraz naprawienie szkody nie jest art. 4j ust. 3a PE, a zapisy umowne i zasady ogólne wynikające z kodeksu cywilnego.

Stanowisko skarżącego opiera się na błędnym założeniu, że pozwany nie wypowiedział skutecznie umowy mimo skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 4j ust. 3a ustawy Prawo energetyczne stanowiącego, że odbiorca końcowy może wypowiedzieć umowę zawartą na czas oznaczony, na podstawie której przedsiębiorstwo energetyczne dostarcza temu odbiorcy paliwa gazowe lub energię, bez ponoszenia kosztów i odszkodowań innych niż wynikające z treści umowy, składając do przedsiębiorstwa energetycznego pisemne oświadczenie.

Jest to szczególne uprawnienie odbiorcy uzasadnione specyfiką funkcjonowania rynku energetycznego

Skarżący twierdzi, że pozwany nie wypowiedział skutecznie umowy w tym trybie i w związku z tym wskazany przepis nie ma zastosowania, albowiem powód dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 471 kc) ponieważ pozwany bezprawnie wprowadził drugiego dostawcę.

Jak to już wyżej wskazano jest to twierdzenie niezasadne gdyż brak jest podstaw do kwestionowania skuteczności wypowiedzenia umowy przez pozwanego.

Skoro zatem w umowa stron umowa nie zawierała żadnych postanowień zastrzegających odszkodowania albo kary umowne z tytułu wypowiedzenia umowy w trybie art. 4j ust. 3a prawa energetycznego, czyli z powodu zmiany dostawcy w umowie zawartej na czas oznaczony, to powód nie może dochodzić odszkodowania z tego tytułu.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 217 § 3 kpc w zw. z art.227 kpc w zw, z art. 278 kpc poprzez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Powód wskazał w pozwie, że poniósł szkodę z uwagi na konieczność sprzedaży paliwa zabezpieczonego na dzień podpisania umowy - oraz aneksu do umowy - ze stratą na (...) S.A.

Słusznie w tej sytuacji zaakcentował jednak Sąd I instancji, że powód nie przedstawił dokumentacji obrazującej dokonanie przez niego zakupów i sprzedaży paliwa gazowego, które mogłyby podlegać weryfikacji i ocenie przez biegłego pod kątem ustalenia przez biegłego poszczególnych składników odszkodowania, którego zapłaty domagał się powód od pozwanego w niniejszym postępowaniu i postulował, by biegły wartość szkody wyliczył w oparciu o ceny kontraktowe na (...) S.A.

Skarżący nie kwestionuje tej okoliczności lecz akcentuje, że z uwagi na specyfikę handlu paliwem gazowym nie było zdaniem apelującego możliwe wykazanie wysokości szkody w sposób wskazany przez Sąd Okręgowy.

Nie można zgodzić się z tą argumentacją, gdyż skarżący nie uzasadnił swego stanowiska jakoby specyfika obrotu paliwem gazowym miałyby wyłączać możliwość ustania wysokości dochodzonego pozwem odszkodowania w oparciu o dane rzeczywiste dotyczące zakupu przez powoda paliwa gazowego na potrzeby obsługi umowy z pozwanym oraz sprzedaży tego paliwa po niższej jakoby cenie w następstwie niemożności jego dostarczenia powodowi.

Powód powołuje się na to, że zakupił paliwo gazowe „dla całego portfela klientów” i nawet przedstawienie dokumentów potwierdzających za jaką cenę powód faktycznie nabył paliwo gazowe niemożliwym było do wykazania, że akurat ten zakup dotyczył paliwa gazowego przeznaczonego dla pozwanego. Skarżący podnosi, że „spotkałoby się z zarzutem pozwanego, że powód nie zdołał wykazać, iż zakup ten dotyczył właśnie paliwa gazowego zakupionego dla pozwanego”.

Trzeba zatem wskazać, że powód powinien podjąć starania dla podolenia obowiązkowi z art. 6 kc i nie może tego zaniechać z powołaniem się na antycypowanie argumentacji strony przeciwnej, która będzie korzystała ze swoich procesowych uprawnień.

Fakt, że powód miał wielu odbiorców paliwa, a nie tylko pozwanego, nie zwalniała apelującego od wskazania i wykazania jakie ilości paliwa i po jakiej cenie nabył w istotnym dla sprawy okresie, w którym obsługiwać miał kontrakt z pozwanym oraz jakie ilości paliwa i po jakiej cenie zbył, po tym, gdy pozwany dokonał częściowego wypowiedzenia umowy.

Dopiero, gdyby pozwany wskazał wielkość tych obrotów oraz wykazał ją stosownymi dokumentami rozliczeniowymi można by dokonać oceny, czy i w jakim zakresie transakcje te związane są z kontraktem łączącym strony niniejszego procesu i czy rzeczywiście powód zbył (i musiał to uczynić) gaz ze stratą, którego nie odebrał pozwany i po jakiej cenie.

Gdyby okazało się to niemożliwe bez posiadania wiedzy specjalnej- czego nie sposób w chwili obecnej antycypować - to wówczas dopiero mogłoby wchodzić w grę dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, który jednak musiałby poddać analizie konkretną dokumentację handlową (której powód nie przedstawił), a nie samemu gromadzić materiał dowodowy albo dokonywać analizy oderwanych od realiów sprawy transakcji giełdowych. Należy zauważyć, że z twierdzeń powoda wynika, że paliwo zabezpieczone na potrzeby realizacji umowy z pozwanym zbył już 31.08.2016r.

Nie dołączył jednak dowodu na tę okoliczność.

Dopuszczanie dowodu z opinii biegłego było przy tym zbędne z tej przede wszystkim przyczyny, że powód nie wykazał co do zasady podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego.

Nie było zatem także podstaw do uwzględnienia wniosku apelacji o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w postępowaniu apelacyjnym.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu w instancji odwoławczej znajdowało oparcie w art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 391 § 1 kpc k.p.c. oraz § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r, w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Miko#aj Tomaszewski El#bieta Fija#kowska