

Sygn. akt VI ACa 1018/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Urszula Wiercińska (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Manowska

Sędzia SO (del.) – Jolanta Pyżlak

Protokolant sekr. sądowy – Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużycie pozycji dominującej

na skutek apelacji powódki

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

z dnia 12 maja 2014r., sygn. akt XVII AmA 16/13

I zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że:

zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 5 lipca 2012r. w punkcie trzecim obniżając nałożoną karę pieniężną z kwoty 60.016.474,40 zł (sześćdziesiąt milionów szesnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery zł i czterdzieści gr) do kwoty 5.508.581 (pięć milionów pięćset osiem tysięcy pięćset osiemdziesiąt jeden) zł i oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

II oddala apelację w pozostałej części;

III zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

VI ACa 1018/14

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 5 lipca 2012 r., nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działanie (...) S.A. w W. polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez ograniczanie

zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów przez odmowę sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. (...) spółki z o.o. w W. oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

II. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działania (...) S.A. w W. polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego wskutek odmowy sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. (...) spółki z o.o. w W. oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na ww. przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości 60 016 474,40 zł płatną do budżetu państwa z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w pkt I i II sentencji decyzji.

IV. na podstawie art. 77 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 80 tej ustawy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obciążył (...) S.A. w W. kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości 119,85 zł i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu.

Przedmiotową decyzję w całości zaskarżyła powódka – (...) S.A. w W., zarzucając:

1. Poczynienie błędnych ustaleń faktycznych, które wpłynęły na błędne zakwalifikowanie opisanego w decyzji zdarzenia jako praktyki antykonkurencyjnej, tj.:

a) nieuwzględnienie, że w toku postępowania (w dniu 28 czerwca 2012 r.) została zatwierdzona przez Prezesa URE nowa (...), co oznacza faktyczne uznanie przez Prezesa URE, że poprzednia instrukcja była wadliwa (co stanowiło uzasadnienie działania (...)),

b) błędne ustalenie, że (...) z 2009 była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczania niezbilansowania paliwa gazowego w systemie (...), co skutkowało błędnym przyjęciem, że (...) nie miała istotnej przyczyny odmowy sprzedaży gazu na zasadach wskazanych przez (...),

c) błędne ustalenia w zakresie odmowy sprzedaży przez:

- błędną interpretację pisma z dnia 22 kwietnia 2010 r.,

- nieuwzględnienie przy ocenie stanu faktycznego przebiegu negocjacji,

- błędną ocenę stanowiska (...) prezentowanego w toku negocjacji,

- błędne przyjęcie, iż (...) nie mogła mieć wątpliwości, iż do zawarcia umowy z (...) nie jest konieczne zaktualizowanie (...) z 2009 r.,

d) braku wykazania, że w wyniku zarzucanej powódce praktyki ograniczającej konkurencję powstała jakakolwiek szkoda po stronie uczestników rynku,

e) błędne ustalenia w zakresie przyczyn postępowania (...) przez nieuwzględnienie faktu, iż (...), w uzasadniony sposób, oczekiwała na zmianę (...) oraz nieuwzględnienie precedensowego charakteru sprawy,

f) błędnym ustaleniu czasu trwania działania (...).

2. Obrazę prawa materialnego, tj. naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 i art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie (błędną kwalifikację), iż (...) dopuściła się nadużycia pozycji dominującej określonej

w powyżej wskazanych przepisach, pomimo braku przesłanek ustawowych do zakwalifikowania opisanego w decyzji zdarzenia jako nadużycie.

3. Naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na Spółkę kary pieniężnej w sytuacji niezrealizowania zdarzenia wskazanego w hipotezie normy prawnej odzwierciedlonej w przepisie, gdyż Spółka nie nadużywała pozycji dominującej.

4. Naruszenie art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskutek błędnego przyjęcia, że w stanie faktycznym niniejszego postępowania doszło do naruszenia interesu publicznego, którego naruszenie jest przesłanką sine qua non uruchamiania instrumentów przewidzianych ww. ustawą.

5. Naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez:

- nałożenie kary pomimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia;

- ustalenie kary w nadmiernej wysokości bez należytego uwzględnienia okoliczności mających wpływ na wymiar kary, tj. zakresu naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stopnia ewentualnej winy Spółki (braku umyślności działania), specyfiki rynku, okresu naruszenia, stopnia naruszenia interesu publicznego, uprzedniego naruszenia przepisów ustawy oraz zasad proporcjonalności.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę przedmiotowej decyzji w całości przez stwierdzenie niestosowania praktyki ograniczającej konkurencję lub uchylenie przedmiotowej decyzji w całości oraz zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych, ewentualnie (w szczególności w przypadku uwzględnienia zarzutu 5) powódka wniosła o zmianę decyzji w części (tj. pkt III decyzji) przez odstąpienie od wymierzenia kary albo obniżenie wymiaru kary pieniężnej nałożonej na (...) oraz zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów procesowych według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 12 maja 2014 r. oddalił odwołanie i postanowił o kosztach postępowania w sprawie.

Powyższe rozstrzygnięcie oparte zostało na następujących ustaleniach i rozważaniach.

(...) S.A. w W. (dalej (...)) jest przedsiębiorstwem prowadzącym działalność gospodarczą m.in. w zakresie wydobywania gazu ziemnego, wytwarzania i przetwarzania produktów rafinacji ropy, wytwarzania, przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej, wytwarzania i dystrybucji paliw gazowych w systemie sieciowym, sprzedaży detalicznej i hurtowej paliw stałych, ciekłych gazowych oraz produktów pochodnych. Przedsiębiorca ten jest największym w kraju sprzedawcą gazu ziemnego wprowadzanego do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego, zaś głównymi klientami Spółki pod względem wolumenu sprzedaży gazu są odbiorcy reprezentujący przemysł chemiczny, hutnictwo, energetykę. Najliczniejszą grupę odbiorców stanowią odbiorcy w gospodarstwach domowych. Spółka jest również największym polskim importerem gazu ziemnego, sprowadzając gaz z Rosji oraz z Niemiec, Czech i Ukrainy.

(...) spółka z o.o. w W. (dalej (...)) jest przedsiębiorcą zajmującym się sprzedażą gazu ziemnego odbiorcom końcowym. Przedsiębiorca ten nie dysponując własnymi gazociągami zmuszony jest korzystać z prawa dostępu do infrastruktury gazowej przesyłowej i dystrybucyjnej celem realizacji dostaw gazu do klientów obsługiwanych przez spółki posiadające status Operatora Systemu Dystrybucyjnego. Pismem z dnia 14 stycznia 2010 r. (...) wystąpiła do (...) S.A. z zapytaniem o zawarcie umowy sprzedaży i dostawy gazu ziemnego na określony punkt wyjścia systemu przesyłowego na warunkach umowy kompleksowej. W piśmie tym (...) wyjaśniła, że zamierza dostarczać paliwo zakupione od (...) S.A. klientom końcowym obsługiwanych przez Operatora Systemu Dystrybucyjnego, tj. (...) spółkę z o.o. (dalej (...)).

W toku prowadzonych negocjacji, na spotkaniu dwustronnym w dniu 15 marca 2010 r. (...) wyraziła chęć, aby strumień gazu dostarczany do jego klientów był tak samo rozliczany jak w przypadku (...), tj. na podstawie danych pomiarowych z (...) i sposobu alokacji ustalonego przez (...). (...) podkreślała przy tym, iż jako spółka obrotu gazem jest zainteresowana współpracą na zasadach umowy kompleksowej na stacji I stopnia, tj. na punkcie wyjścia z systemu przesyłowego, tak by przy wykorzystaniu systemu dystrybucyjnego dostarczać paliwo gazowe do swoich klientów. W związku z tym (...) odrzuciła propozycję (...) sprzedaży paliwa na punkcie wyjścia systemu dystrybucyjnego. Na spotkaniu tym (...) wyraziła chęć sprzedaży paliwa gazowego na rzecz (...) jednak zaznaczono, że nie ma możliwości rozliczenia dostarczonych do (...) ilości paliwa na stacji I stopnia.

W związku z prowadzonymi pomiędzy (...) i (...) negocjacjami Operator Systemu Dystrybucyjnego (...), tj. (...) Spółka (...) zadeklarowała, że nie widzi żadnych technicznych problemów w rozliczaniu gazu pobieranego na stacji I stopnia przez (...) i dostarczanego do klientów końcowych.

W piśmie z dnia 30 kwietnia 2010 r. skierowanym do (...), (...) wskazała, iż zasady alokacji wynikały będą z umowy kompleksowej między (...) z (...), zaś rozliczanie usług dystrybucji będzie odbywało się w oparciu o odczyty układu pomiarowego oraz metodologię opisaną w kartach aktualizacji Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, co do których toczyło się wówczas postępowanie administracyjne przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki. Z kolei w piśmie z dnia 7 maja 2010 r. skierowanym do (...), (...) podniosła, iż możliwe jest zawarcie trójstronnego porozumienia pomiędzy (...), (...) a (...) określającego zasady podziału ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej w rozpatrywanym punkcie wejścia oraz wskazała alternatywną metodę opartą na składanych przez (...) nominacjach w ramach umowy kompleksowej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. (...) poinformowała (...), iż zasady alokacji opisane w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (...) nie umożliwiają prawidłowego rozliczenia sprzedaży gazu dla (...). W ocenie (...) zapisy ww. instrukcji są opracowane dla jednego Zlecającego Usługę Dystrybucji. (...) wskazała, że w związku z tym, iż w przedmiotowej sprawie występuje przypadek, iż Zlecający Usługę Dystrybucji nie jest równocześnie Zlecającym Usługę (...), występuje brak precyzyjnych mechanizmów w ww. instrukcji, które pozwoliłyby na dokonanie rozliczenia i alokacji w sieci (...) Spółki (...). (...) zaznaczyła w piśmie, że do momentu ustalenia dokładnych zapisów regulujących tę kwestię nie może zawrzeć z (...) umowy sprzedaży paliwa gazowego (pismo (...) z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 33 akt adm.).

Pismem z dnia 7 maja 2010 r. (...) zwróciła się do (...) z prośbą o przedstawienie sposobu realizacji alokacji rozliczeń dla (...). W odpowiedzi (...) wyjaśniła, że w jej opinii (...) jako sprzedawca gazu powinna w ramach negocjacji umowy kompleksowej wypracować reguły akceptowalne dla kontrahenta w zakresie ilości oraz mocy paliwa gazowego, jakie gotowa jest sprzedać w punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej. Rolą (...) będzie uwzględnienie przyjętych zasad dla prowadzenia bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego w ramach zawartych umów o świadczenie usług dystrybucji gazu z (...) i (...).

Decyzją z dnia 22 czerwca 2010 r. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki odmówił dokonania zmiany w Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (...) mających dotyczyć zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym (...).

W dniach 16 września 2010 r. oraz 12 października 2010 r. doszło do spotkań roboczych pomiędzy (...) i (...), podczas których omawiano różne warianty świadczenia usługi dystrybucji paliwa gazowego oraz jej rozliczania.

W dniu 30 listopada 2011 r. doszło do kolejnego spotkania (...) i (...). W jego trakcie (...) wyjaśniła, iż istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych dla i odbieranych przez (...) na stacjach I stopnia. Rozliczenie ilości paliwa dostarczanego przez (...) odbywałoby się na podstawie proporcji składanych przez (...) nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia. Rozliczenie zaś zamawianej mocy odbywałoby się w oparciu o raporty handlowe (...) S.A. i byłoby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez (...) w stosunku do całej mocy

zamawianej przez (...). Na spotkaniu w dniu 24 stycznia 2011 r. doprecyzowano propozycje (...) i ustalono, że do dnia 3 lutego 2011 r. (...) przygotowuje dla (...) projekt umowy kompleksowej.

Zgodnie z ustaleniami spotkania z dnia 24 stycznia 2011 r. (...) poinformowała (...), iż to ona będzie stroną umowy kompleksowej sprzedaży gazu w związku z podnoszonymi zastrzeżeniami odnoszącymi się do wiarygodności finansowej (...).

Po negocjacjach i spotkaniach pomiędzy (...) i (...) oraz (...) w dniu 31 maja 2011 r. doszło do zawarcia umowy kompleksowej pomiędzy (...) i (...) oraz „Porozumienia określającego zasady alokacji paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego” pomiędzy (...), (...) a (...).

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że odwołanie jest niezasadne.

Stosownie do treści art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej m.in. polega w szczególności na: ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów, przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Ograniczenie zbytu towarów, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może przejawiać się także w odmowie zawierania umów sprzedaży danego towaru z innymi przedsiębiorcami czy też w odmowie dostaw towaru (por. K. Kohutek, Komentarz do art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Wyd. Lex). Zdaniem Sądu I instancji odmowa taka może zostać zarówno wyrażona wprost, jak i wynikać z zachowania się dominanta, który uchyla się od zawarcia umowy przez bierne zachowanie lub prowadzi negocjacje w taki sposób, że do zawarcia umowy nie dochodzi.

Sąd Okręgowy uznał, że pozwany prawidłowo ustalił, że powódka odmawiała (...) zawarcia umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej. Powódka nie kwestionowała, że w dniu 22 lutego 2010 r. posiadała komplet danych niezbędnych do nawiązania współpracy z przyszłym kontrahentem, jednak do zawarcia umowy doszło dopiero 31 maja 2011 r. (k-813 i nast. akt adm.). Przez cały okres negocjacji powodowa Spółka wskazywała jako przeszkodę w zawarciu umowy brak doprecyzowania zasad rozliczeń za pobrane paliwo gazowe. Na spotkaniu w dniu 19 marca 2010 r. (k. 18 i 19 akt adm.) powódka przedstawiła własną propozycję rozwiązania tej kwestii, na którą zgodzili się (...) i (...). Mimo tego powódka pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. przedstawiła (...) swoje stanowisko, że „do momentu ustalenia dokładnych zapisów w/w spraw (rozliczenia i alokacji w sieci (...)) nie możemy zawrzeć ze spółką (...) umowy sprzedaży paliwa gazowego”, co stanowiło wprost wyrażoną odmowę zawarcia umowy. Po 19 marca 2010 r. powódka nie przedstawiła żadnych konkretnych propozycji dotyczących rozwiązania zgłaszanych problemów, ograniczając się do kontestowania (...) z 2009 r. Podkreślić przy tym należy, że działania powodowej Spółki od 19 marca 2010 r. do 30 listopada 2010 r., pomijając ich mało konstruktywny charakter, odznaczały się bardzo niską intensywnością, gdyż w okresie ponad 8 miesięcy wystąpiła z trzema pismami (7 maja 2010 r., 3 sierpnia 2010 r. i 2 listopada 2010 r.) i uczestniczyła w dwóch spotkaniach negocjacyjnych (12 października 2010 r. i 30 listopada 2010 r.).

W ocenie Sądu Okręgowego, kwestia czy (...) z 2009 r. była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczenia, jak również jej późniejsza zmiana nie ma w sprawie znaczenia. Stosownie do art. 9g ust. 12 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, użytkownicy systemu, w tym odbiorcy, których urządzenia, instalacje lub sieci są przyłączone do sieci operatora systemu lub korzystający z usług świadczonych przez tego operatora są obowiązani stosować się do warunków i wymagań oraz procedur postępowania i wymiany informacji określonych w instrukcji zatwierdzonej przez Prezesa URE i ogłoszonej w Biul. URE. Instrukcja ta stanowi część umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji lub umowy kompleksowej. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje, że (...) stanowi część umowy, rozstrzygając tym samym o jej charakterze prawnym. Ewentualne braki, czy niedostateczna szczegółowość regulacji zawartych w (...) z 2009 r. możliwa była do usunięcia w umowie dwu- lub trójstronnej, od czego nie uchylali się ani (...), ani (...). Podkreślić przy tym należy, że ostatecznie powódka zawarła umowę przed zatwierdzeniem i wejściem

w życie (1.07.2012 r.) (...) z 2012 r., co przeczy wywodom, że treść (...) z 2009 r. stanowiła przeszkodę w zawarciu umowy i uzasadniała działania powódki.

Należy natomiast podzielić zarzut błędnego ustalenia czasu trwania niedozwolonych praktyk. Powódka wprost odmówiła zawarcia umowy pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r., mimo zbieżności stanowisk osiągniętej na spotkaniu w dniu 19 marca 2010 r. Zaniechaniem stosowania zarzucanych praktyk było dopiero zawarcie umowy, co nastąpiło nie w dniu 30 listopada 2010 r., jak ustalił Prezes UOKiK w zaskarżonej decyzji, ale dopiero 31 maja 2011 r. Zmiana zaskarżonej decyzji polegająca na wskazaniu późniejszej daty zaniechania stosowania praktyki naruszałaby zakaz reformationis in peius.

W ocenie Sądu I instancji nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut, pominięcia przez pozwanego okoliczności, że zatwierdzenie przez Prezesa URE nowej (...), co zdaniem powodowej Spółki oznacza uznanie, że poprzednia instrukcja była wadliwa. Stosownie do art. 9g prawa energetycznego, instrukcje takie sporządzają operatorzy systemu przesyłowego i operatorzy systemu dystrybucyjnego odpowiednio do istniejących warunków technicznych i organizacyjnych sieci. Przepisy nie ograniczają w żaden sposób możliwości dokonywania zmian instrukcji. Oznacza to, że operator systemu może dokonać zmiany instrukcji każdorazowo (z zachowaniem trybu przedstawienia jej do zatwierdzenia), gdy uzna za potrzebne, np. z uwagi na zmiany technicznych lub organizacyjnych warunków funkcjonowania systemu. Nie oznacza to, że dotychczasowa instrukcja był wadliwa.

W konsekwencji uchylenie się przez powódkę od zawarcia z (...) umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej naruszało art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odmowa ta prowadziła bowiem do ograniczeniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów. Ograniczenie to pozbawiało (...) możliwości działania na rynku detalicznym sprzedaży gazu, zaś konsumentów pozbawiało korzyści będących następstwem wolnej konkurencji.

Działanie powodowej Spółki przeciwdziało zatem również ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na rynku detalicznym sprzedaży gazu. Należy mieć bowiem na względzie, że dotyczyło ono rynku, na którym istniał tylko jeden podmiot i wejście na rynek (...) oznaczało złamanie monopolu. Złamanie monopolu jest zaś działaniem o istotnym znaczeniu dla rozwoju konkurencji, gdyż wyznacza drogę do wejścia na rynek innym podmiotom, nawet jeśli podmiot wchodzący na rynek działać będzie w znikomej skali.

Prawidłowe, zdaniem Sądu Okręgowego, było również ustalenie pozwanego, że powyższe zachowanie powódki było wynikiem posiadanej pozycji dominującej na rynku.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Naruszenie interesu publicznego stanowi zgodnie z powołanym przepisem warunek stosowania ustawy. Ustawa znajduje więc zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Interes publiczny jest naruszony wówczas, gdy zakazane działania ograniczają zagwarantowane właściwe warunki funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji pojmowanej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Podobne stanowisko zajęto w orzecznictwie, gdzie wskazano, iż naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych m.in. z ustawą antymonopolową dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku, a nie jeden podmiot.

W rozpoznawanej sprawie działanie powodowej Spółki bezpośrednio godziło w powstanie i rozwój konkurencji na rynku sprzedaży detalicznej gazu. Nie można zatem skutków tego działania ograniczać wyłącznie do tych, które bezpośrednio dotyczą (...) na rynku hurtowym. Wejście na rynek tego podmiotu wywoływało bowiem skutki na rynku detalicznym, dając możliwość wyboru konsumentom. Skutkiem działania powódki sprzecznego z przepisami prawa antymonopolowego dotknięty był więc szerszy krąg uczestników rynku. Należy również mieć na względzie, że stosowana przez powódkę praktyka zniechęcała inne podmioty, które chciałyby podjąć analogiczną działalność.

Przepis art. 106. ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi wprost, że Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9. W świetle powyższego uznać należało, że istniały podstawy materialne do nałożenia kary pieniężnej.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących jej nadmiernej wysokości, Sąd I instancji uznał, że powódka nie wykazała, aby pozwany przy jej wymiarze przekroczył granice tzw. uznania administracyjnego. Wymierzona kara stanowi 2,4% jej wymiaru maksymalnego, co w dostatecznym stopniu uwzględnia fakt zaniechania stosowania praktyki. Na wymiar kary nie wpływa natomiast „precedensowy” charakter praktyki. Swobodny dostęp podmiotów gospodarczych do sieci nie będącej ich własnością, co umożliwia odbiorcom zakup energii elektrycznej lub gazu bezpośrednio u wytwórcy i korzystanie z usług przesyłowych przedsiębiorstwa „sieciowego”, powszechnie znane jako „zasada (...), czyli dostęp trzeciej strony) wynika z Dyrektywy 98/30/EC (z 22 czerwca 1998 r.) recypowanej w art.4 ustawy Prawo energetyczne. Powódka miała więc ponad 10 lat na przygotowanie się techniczne i organizacyjne do sytuacji, w której kontrahent zwróci się o zawarcie umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej.

Skoro nie jest kwestionowany fakt odnoszenia przez powodową Spółkę korzyści ekonomicznych z zawartej umowy, to uchylanie się od jej zawarcia i nieuzasadnione wydłużanie negocjacji musiało wynikać z chęci ochrony korzyści wynikającej z zahamowania rozwoju konkurencji. Racjonalny przedsiębiorca na rynku konkurencyjnym mając możliwość zawarcia umowy przynoszącej mu korzyść stara się ją zawrzeć możliwie najszybciej, gdyż zwiększa to jego przychody. Działanie powódki, było odmienne i nie mogło mieć charakteru nieświadomego. Powódka ma dominującą pozycję na rynku sprzedaży gazu ziemnego zarówno detalicznym, jak i hurtowym. Jest również podmiotem działającym na tych rynkach od bardzo długiego czasu. Nie jest w związku z tym możliwym, aby działanie powódki stanowiące przedmiot zarzucanej praktyki nie miało charakteru umyślnego. Także czas trwania praktyki (przekraczający 280 dni) należy ocenić jako bardzo długi.

Bez znaczenia dla wymiaru kary jest natomiast, zdaniem Sądu Okręgowego, fakt, że wartość gazu, który chciała nabyć (...) nie przekraczała 100000 euro rocznie, gdyż kara nie pełni funkcji kompensacyjnej, lecz stanowi formę represji za bezprawne działania godzące w funkcjonowanie rynku.

W konsekwencji odwołanie zostało oddalone.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia złożyła powodowa Spółka, która zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając:

I. Naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 i 3 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. mające wpływ na wynik sprawy, przez pominięcie dowodów zgłoszonych w odwołaniu od decyzji nr (...) na okoliczność:

a) istnienia potencjalnych alternatywnych wobec (...) dostawców gazu oraz mocy przesyłowych zdolnych dostarczyć gaz do sieci dystrybucyjnej (...) spółki z o.o. (dalej jako (...)), tj. analizy Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r., co uniemożliwiło powódce obronę przed zarzutem praktyki antykonkurencyjnej;

b) wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży gazu przez (...) na terenie działania (...) w 2011 r., tj. informacji na temat wysokości przychodów (...) osiągniętych w 2011 r. z wyszczególnieniem przychodów ze sprzedaży gazu, osiągniętych przez (...) Oddział (...) w obszarze działania (...), stanowiących przychody ujęte w kalkulacji opłaty za koncesję (...) na obrót paliwami gazowymi za 2012 r., i w ten sposób - uniemożliwienie obrony przed nałożeniem kary pieniężnej w nieproporcjonalnie wysokim wymiarze;

c) wątpliwości dotyczących zgodności i możliwości dokonywania rozliczeń w przypadku podpisania umowy pomiędzy (...) a (...) w świetle brzmienia Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej z 2009 r. (dalej jako (...) z 2009"), tj. Analizy Instytutu (...) z maja 2011 r., Opinia prof. Dr hab. Inż. A. O. z dnia 12 maja 2011 r. oraz treści (...) z 2012

r. i w ten sposób uniemożliwienie obrony przed zarzutem praktyki antykonkurencyjnej, jak i uniemożliwienia obrony przed nałożeniem kary pieniężnej w nieproporcjonalnie wysokim wymiarze.

II. Naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c. mające wpływ na wynik sprawy, przez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku nie zawierającego (i) odniesienia się do merytorycznych zarzutów podniesionych przez powódkę dotyczących kwalifikacji prawnej działań Spółki, (ii) nie zawierających ustaleń faktycznych ani oceny dowodów dotyczących wykazania przez Prezesa UOKiK przesłanki istnienia alternatywnych źródeł zaopatrzenia lub alternatywnych warunków zaopatrzenia.

III. Naruszenie przepisów postępowania, tj. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mające wpływ na wynik sprawy, przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, prowadzącą do błędnych ustaleń w zakresie:

i) stanowiska (...) prezentowanego w czasie negocjacji zainicjowanych wnioskiem (...), a w szczególności, iż (...) w czasie negocjacji deklarowała, że nie widzi żadnych problemów technicznych w rozliczaniu paliwa gazowego pobieranego na stacji I stopnia przez (...) i dostarczanego do klientów końcowych (błędna ocena stanowiska (...) prezentowanego w toku prowadzonych negocjacji);

ii) ustalenia, że (...) z 2009 była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym (...), co skutkowało błędnym przyjęciem przez Sąd, że (...) nie miała istotnej przyczyny odmowy sprzedaży paliwa gazowego na zasadach wskazanych przez (...),

(...) przyjęcia, iż (...) nie mogła mieć wątpliwości, iż do zawarcia umowy z (...) nie jest konieczne zaktualizowanie (...) z 2009;

iv) odmowy sprzedaży przez:

- błędną interpretację treści pisma (...) z dnia 22 kwietnia 2010 r.,

- błędną ocenę przebiegu negocjacji, a w szczególności ocenę, iż działania (...) w zakresie negocjacji odznaczały się „niską intensywnością”;

- błędną ocenę przebiegu negocjacji i ocenę, iż na spotkaniu w dniu 19 marca 2010 r. (...) przedstawiła propozycję rozwiązania problemu rozliczania (...) z (...) oraz (...);

v) przyczyn postępowania (...), przez nieuwzględnienie faktu, iż (...), w uzasadniony sposób, oczekiwała na zmianę (...) oraz nieuwzględnienie, iż sprawa miała charakter precedensowy;

vi) ustalenie czasu trwania działania (...).

IV. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 i art. 11 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: "ustawa"), przez uznanie (błędna kwalifikację), iż (...) dopuściła się nadużycia pozycji dominującej określonej w powyżej wskazanych przepisach, pomimo braku przesłanek do zakwalifikowania opisanego w decyzji zdarzenia jako nadużycie.

V. Naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy, przez niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na Spółkę kary pieniężnej w sytuacji niezastąpienia zdarzenia wskazanego w hipotezie normy prawnej odzwierciedlonej w przepisie, gdyż Spółka nie nadużywała pozycji dominującej.

VI. Z ostrożności procesowej – powódka podniosła również zarzut naruszenia art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez:

i) nałożenie kary pomimo istnienia przesłanek do odstąpienia od jej nałożenia;

ii) ustalenie kary w nadmiernej wysokości, (i) bez należytego uwzględnienia okoliczności mających wpływ na wymiar kary, tj. zakresu naruszenia przepisów ustawy, stopnia ewentualnej winy Spółki (braku umyślności działania), okresu naruszenia, stopnia naruszenia interesu publicznego, uprzedniego naruszenia przepisów ustawy oraz (ii) z pominięciem zasady proporcjonalności.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę wyroku w całości i wydanie orzeczenia co do istoty przez uchylenie zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK (nr (...) z dnia 5 lipca 2012 r.) w całości, ewentualnie o uchylenie orzeczenia w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, albo o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i wydanie orzeczenia co do istoty przez zmianę decyzji w części (tj. pkt III decyzji) przez odstąpienie od nałożenia kary albo obniżenie wymiaru kary. W każdym wypadku wniosła o rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Ponadto powódka wniosła o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny, na okoliczności wskazane w treści, dowodów z następujących dokumentów (znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego - tiret

1,3,4 oraz załączonych do odwołania - tiret 2,5):

- Analizy Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r.;

- Informacji na temat wysokości przychodów (...) osiągniętych w 2011 r. z wyszczególnieniem przychodów ze sprzedaży paliwa gazowego, osiągniętych przez (...) Oddział (...) w obszarze działania (...) spółki z o.o., stanowiące przychody ujęte w kalkulacji opłaty za koncesję (...) na obrót paliwami gazowymi za 2012 r.;

- Analizy (...) z maja 2011 r.;

- Opinii prof. dr hab. Inż. A. O. z 12 maja 2011 r., oraz

- Treści (...) z 2012 r.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja zasługuje na uwzględnienie w części, w której zarzuca nadmierną wysokość nałożonej zaskarżoną decyzją kary pieniężnej, w pozostałym zakresie podlega oddaleniu. Sąd II instancji podziela ustalenia i oceny Sądu OKiK skutkujące subsumpcją stanu faktycznego sprawy pod normę art. 9 ust 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sformułowane w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego są nietrafne. Wskazany przez powodową Spółkę jako naruszony art. 233 § 1 k.p.c. nakazuje sądowi dokonanie oceny wszystkich zebranych dowodów, z rozważeniem wiarygodności i mocy dowodowej każdego z nich, a następnie ich uporządkowanie i powiązanie w spójną oraz logiczną całość. Należy zaaprobować utrwalony w orzecznictwie pogląd, że do naruszenia ww. przepisu może dojść wówczas, gdy zostanie wykazane uchybienie podstawowym kryteriom oceny, tj. zasadom doświadczenia życiowego i innym źródłom wiedzy, regułom poprawności logicznej, właściwemu kojarzeniu faktów, prawdopodobieństwu przedstawionej wersji (por. m. in. uzasadnienie wyroku SN z dn. 16.05.2005 r., III CK 314/05, Lex nr 172176). W związku z tym tylko w przypadku, gdy brak logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia związków przyczynowo-skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. m.in. wyrok SN z dn. 27.09.2002 r., II CKN 817/00, OSNC 2000/7-8/139). Postawienie skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga zatem wskazania przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu w zakresie ustaleń, oznaczenia jakie kryteria oceny naruszył sąd, a nadto wyjaśnienia dlaczego zarzucane uchybienie mogło mieć wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie (por. postanow. SN z dn. 23.01.2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753, wyrok SN z dn. 6.07.2005 r., III CK 3/05, Lex nr 180925).

W ocenie Sądu odwoławczego, Sąd I instancji nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji ustalony przez ten Sąd stan faktyczny sprawy stanowi harmonijną całość, wynikając z logicznej oceny „sekwencji

zdarzeń”, które doprowadziły do podpisania w dniu 31 maja 2011 r. umowy kompleksowej dostarczania paliwa gazowego pomiędzy (...) S.A. i (...) spółką z o.o. oraz Porozumienia określającego zasady alokacji paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego pomiędzy (...) Grupa spółką z o.o. i (...). Ustalenia dokonane przez ten Sąd uprawniają przyjęcie spełnienia przesłanek zakazanego charakteru nadużywania przez powódkę pozycji dominującej. Skarżąca uzasadniając zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wskazała na: pismo z dnia 22 kwietnia 2010 r. skierowane przez powódkę do (...), konieczność zaktualizowania (...) z 2009 r. oraz ocenę negocjacji prowadzonych po dniu 19 marca 2010 r. Ocena również tych okoliczności pozostaje spójna z pozostałym materiałem dowodowym. Trafnym jest więc wniosek Sądu I instancji, a wcześniej także Prezesa UOKiK, że (...) już na spotkaniu w dniu 19 marca 2010 r. wskazała sposób rozliczania gazu pobieranego na stacji I stopnia przez (...) i dostarczanego klientom końcowym analogicznie, jak miało to miejsce wobec (...). W związku z przedstawionymi przez powódkę wątpliwościami i po kolejnej wymianie pism (z dnia 22 kwietnia 2010 r. kierowanych przez (...) do (...) i do (...)) w piśmie z dnia 30 kwietnia 2010 r. (...) wyjaśniła, że zasady alokacji wynikały będą z umowy kompleksowej pomiędzy (...) i nowym Zlecającym Usługę (...) czyli (...), zaś rozliczanie usługi będzie odbywało się w oparciu o odczyty układu pomiarowego oraz metodologię już opisaną w karatach aktualizacji (...) (postępowanie przed Prezesem URE było wówczas w toku). W kolejnych pismach (...) (których sekwencję prawidłowo przedstawił Prezes UOKiK w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji) (...) ustosunkowywała się do kolejnych wątpliwości i wskazała na konieczność ustalenia zasad dotyczących rozliczeń, w sytuacji różnych ilości paliwa gazowego wprowadzonego i odebranego z systemu dystrybucyjnego, w umowie o świadczenie usług dystrybucji z konkretnym (...). Tym samym wniosek Sądu OKiK, że zachowanie (...) (która to Spółka pełni funkcję Operatora Systemu Dystrybucyjnego), jako podmiotu uczestniczącego w negocjacjach, zmierzało do przedstawienia możliwych rozwiązań wzajemnych rozliczeń i oczekiwanie na zatwierdzenie aktualizacji (...), było zachowaniem nieuprawnionym, podlegającym ocenie w kontekście posiadanej przez (...) pozycji dominującej jako jej nadużycie. Nie może bowiem budzić rozsądnych wątpliwości, że treść (...) z 2009 r. nie stanowiła przeszkody do rozliczenia (...) w sytuacji, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego gaz był wprowadzany przez dwa podmioty o statusie (...).

Nietrafne są także zarzuty naruszenia art. 217 § 2 i 3 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c. w związku z art. 227 k.p.c. Dowody w postaci analizy Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r. oraz opinii prof. dr hab. inż. A. O. z dnia 12 maja 2011 r. były elementami materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu administracyjnym, które w całości zostało przedstawione Sądowi Okręgowemu. Zatem nieuprawnionym jest wniosek, że zostały pominięte w postępowaniu przed sądem powszechnym. Analiza Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r. odpowiadała na pytanie, że w latach 2010 – 2011 istniała możliwość zakupu gazu ziemnego od konkurencji (...) oraz transportu gazu sieciami przesyłowymi Operatora Sieci Przesyłowej do sieci dystrybucyjnej – (...) w celu dalszej sprzedaży lub użycia w celach bilansowych. Należy zatem poczynić uwagę o charakterze ogólnym, tj. nie każda, w tym hipotetyczna, możliwość alternatywnych źródeł zaopatrzenia powoduje skuteczne zakwestionowanie przesłanki niezbędności dla kontrahenta i zniesie charakter nadużycia pozycji dominującej, do tego elementu Sąd Apelacyjny powróci w dalszej części rozważań. Z powołanej analizy jednak nie wynika, że istniała możliwość inna niż w ramach umowy kompleksowej z (...) zakupu gazu ziemnego w konkretnym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego (...), który jest jednocześnie punktem wyjścia z systemu przesyłowego. Kolejny dokument, tj. opinia prof. dr hab. inż. A. O. z dnia 12 maja 2011 r., w kontekście wyżej już przedstawionego poprawnie logicznego wniosku, że treść (...) z 2009 r. nie stanowiła przeszkody do rozliczenia (...) w sytuacji, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego gaz był wprowadzany przez dwa podmioty o statusie (...) i możliwości uszczegółowienia regulacji (...) umowie kompleksowej i porozumieniu, jest zdaniem Sądu II instancji obojętna, nie prowadzi bowiem do odmiennych ustaleń. Natomiast Sąd Okręgowy oceniając wysokość nałożonej na powódkę kary pieniężnej nie uwzględnił tzw. zasady proporcjonalności, wobec tego pominął dowód na okoliczność wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży gazu przez (...) na terenie działania (...) w 2011 r. (przychody ujęte w kalkulacji opłaty za koncesję (...) na obrót paliwami gazowymi za 2012 r.). Sąd II instancji ten element apelacji omówi w dalszej części uzasadnienia.

Kolejny z zarzutów naruszenia prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c. jest chybiony. Należy bowiem podkreślić, że zarzut naruszenia powołanego przepisu może okazać się skuteczny jedynie wówczas, gdy uzasadnienie zaskarżonego

wyroku posiada tak istotne braki konstrukcyjne i/lub wadliwości, że nie jest możliwa instancyjna kontrola orzeczenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie Sądu I instancji takich braków czy wadliwości nie posiada.

Skarżąca zarzuciła także naruszenie prawa materialnego, tj. art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 oraz art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „ustawa”), przez uznanie (błędą kwalifikację), iż (...) dopuściła się nadużycia pozycji dominującej, pomimo braku przesłanek do zakwalifikowania opisanego w decyzji zdarzenia jako nadużycie. W ocenie Sądu odwoławczego także ten zarzut jest chybiony. Przedmiotem zakazu, o którym stanowi powołany art. 9 ust. 1 jest nadużywanie pozycji dominującej, które skutkuje bezpośrednim wpływem na stan lub rozwój konkurencji. Dla stwierdzenia praktyki opisanej w art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek, tj. zaistnienie np. ograniczenia zbytu oraz wystąpienie szkody u kontrahentów przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów, których szkoda w tym wypadku ma charakter pośredni. W realiach sprawy wystąpiła skrajna postać ograniczenia zbytu przez odmowę kontraktowania, co wypełniło także przesłankę wykluczenia konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy). Nie zaistniało jednocześnie obiektywne uzasadnienie dla odmowy kontraktowania, co wyżej już zostało wyjaśnione. Problem, który determinował czas i przebieg negocjacji, tj. sposób rozliczania oraz dokonywanie alokacji w sytuacji, gdy w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, paliwo gazowe będzie przekazywane przez (...) do innego obok (...) podmiotu, mógł zostać rozwiązany w ramach umowy kompleksowej (...) i podmiotu działającego na rynku sprzedaży detalicznej gazu oraz stosownego porozumienia tego podmiotu z (...), przy wykorzystaniu postanowień, lecz bez aktualizacji (...) z 2009 r., a w konsekwencji oczekiwanie na aktualizację (...) z 2009 r. - nie może stanowić usprawiedliwienia dla zachowań powódki. Trafnie wskazał Prezes UOKiK w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, że już piśmie z dnia 18 maja 2010 r. (oraz kolejnym z dnia 19 sierpnia 2010 r.) kierowanym przez (...) do (...), (...) wskazał na możliwość zawarcia trójstronnego porozumienia pomiędzy (...), (...) i (...) oraz metodologię alokacji gazu wprowadzanego do sieci w jednym punkcie wejścia przez dwa podmioty (...). Przedstawiony przebieg rozmów negocjacyjnych pomiędzy powodową Spółką a (...) przy udziale Operatora Systemu Dystrybucyjnego - (...) uprawnia zatem wniosek, że skarżąca odmawiała zawarcia kompleksowej umowy sprzedaży paliwa gazowego nadużywając swojej pozycji dominanta na rynku sprzedaży hurtowej gazu ziemnego i jednocześnie wpływając na rynek sprzedaży detalicznej gazu ziemnego (na którym również jest przedsiębiorcą dominującym), wywołując tym samym szkodę u konsumentów chociażby w postaci zmiany dostawcy, możliwości wyboru dostawcy (a w konsekwencji np. warunków umów i cen).

Przechodząc do naruszenia przez powódkę zakazu praktyki wymienionej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy, tj. polegającej na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Za praktykę opisaną w tym przepisie ustawy uznaje się zarówno stwarzanie barier wejścia na rynek, podejmowanie działań zniechęcających innych przedsiębiorców do ekspansji rynkowej, na którym działają lub zamierzają działać i w konsekwencji również eliminowanie potencjalnej możliwości powstania konkurencji na danym rynku. Zdaniem Sądu Apelacyjnego trafną jest ocena (Prezesa UOKiK oraz Sądu I instancji), że stan faktyczny sprawy pozwala na subsumpcje zachowań negocjacyjnych (w postaci odmowy zawarcia umowy) powodowej Spółki jako blokujących powstanie konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego (tu w postaci trudności w rozpoczęciu na nim działalności przez nowy podmiot), które były wymierzone w potencjalnego konkurenta i których celem było wzmacnianie własnej pozycji dominującej. Jest też oczywiste, że zarzucana praktyka powódki wygenerowała co najmniej groźbę wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji rozumianej jako proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorców, który prowadzi do podniesienia dobrobytu konsumentów (por. wyrok SN z dn. 19.10.2006 r., III SK 15/06) – np. w postaci poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu dostępnego wyboru. Sąd Apelacyjny podziela także stanowisko Prezesa UOKiK i Sądu Okręgowego, że odmowa zawarcia przez powódkę (w określonym w decyzji przedziale czasowym) kompleksowej umowy sprzedaży gazu wypełnia także dodatkowy warunek, tj. niezbędności dla kontrahenta ((...)) przedmiotowej umowy do prowadzenia działalności na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom końcowym, a doprecyzowując podłączonym do sieci dystrybucyjnej (...). Warunek ten nie jest spełniony, jeżeli na rynku są inne źródła zaopatrzenia, bowiem nawet dominant nie ma obowiązku rozwijania konkurencji, ma jedynie obowiązek niegodzenia w konkurencję swoim działaniem / zaniechaniem. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie czy w realiach rynku sprzedaży hurtowej paliwa gazowego w 2010 -2011 istniały alternatywne źródła zaopatrzenia. Analiza Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r. odpowiadała na pytanie, że w latach 2010

– 2011 istniała możliwość zakupu gazu ziemnego od konkurencji (...) oraz transportu gazu sieciami przesyłowymi Operatora Sieci Przesyłowej do sieci dystrybucyjnej – (...) w celu dalszej sprzedaży lub użycia w celach bilansowych. Należy jednak zgodzić się z argumentacją zawartą w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, że celem powołanej analizy było zbadanie możliwości zakupu gazu ziemnego od podmiotu innego niż (...) i transportu paliwa sieciami przesyłowymi do sieci (...), a zatem wymagałoby to dodatkowo, oprócz umowy dystrybucyjnej z (...), zawarcia chociażby umowy o świadczenie usług przesyłowych z (...) celem dostarczenia gazu do sieci (...). Tym samym byłyby to inne warunki prowadzenia działalności niż wynikające z umowy kompleksowej z (...), której przedmiotem była dostawa gazu wraz z bilansowaniem, magazynowaniem i przesyłem do punktu odbioru. Ponadto słusznie zwrócono uwagę, iż z przedmiotowej analizy nie wynika by gaz ziemny zakupiony od wymienionych w opracowaniu podmiotów mógł być dostarczany do punktu wejścia do sieci (...), w którym (...) chciał je do tej sieci wprowadzić – str. 7 analizy, k. 892 akt adm. W konsekwencji Analiza Instytutu Studiów (...) z 31 stycznia 2012 r. nie uprawnia wniosku o istnieniu alternatywnych (wobec (...)) źródeł zaopatrzenia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego dla skutecznego zakwestionowania wypełnienia przesłanki niezbędności dla kontrahenta zawarcia umowy do prowadzenia działalności na danym rynku, nie wystarcza wskazanie istnienia jakichkolwiek, chociażby hipotetycznych, alternatywnych źródeł zaopatrzenia, ale takich, które umożliwiają tę działalność, nie powodując barier, które czyniłyby ją ponad miarę uzasadnioną okolicznościami towarzyszącymi podjęciu i kontynuowaniu konkretnej działalności, utrudnioną do tego stopnia, że wejście na dany rynek nowego podmiotu byłoby traktowane jako podjęcie działań nieracjonalnych gospodarczo i bez znaczenia dla konkurencji na danym rynku.

Wobec trafnego przypisania powódce abuzywnych praktyk z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy, należy rozważyć zasadność i wysokość kary pieniężnej nałożonej w zaskarżonej decyzji. Zasadność nałożenia kary pieniężnej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie budzi wątpliwości, a w realiach sprawy brak podstaw do odstąpienia od jej nałożenia. Precedensowy charakter niniejszej „sytuacji”, tj. zwrócenie się przez (...) do (...) o zawarcie umowy sprzedaży i dostawy gazu ziemnego na określony punkt wyjścia z systemu przesyłowego będący jednocześnie punktem wejścia do systemu dystrybucyjnego na warunkach umowy kompleksowej, nie uprawniał zachowań kontraktowych powódki, które wyczerpują praktykę definiowaną przez art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy. Trafnym jest wskazanie przez Sąd Okręgowy na okoliczność, iż swobodny dostęp podmiotów gospodarczych do sieci nie będącej ich własnością, który umożliwia odbiorcom zakup energii elektrycznej lub gazu bezpośrednio u wytwórcy i korzystanie z usług przesyłowych przedsiębiorstwa „sieciovego”, znany jako „zasada (...)”, czyli dostęp trzeciej strony) wynika z Dyrektywy 98/30/EC (z dnia 22 czerwca 1998 r.) recypowanej w art. 4 ustawy Prawo energetyczne. Powódka miała więc ponad 10 lat na przygotowanie się techniczne i organizacyjne do sytuacji, w której kontrahent zwróci się o zawarcie umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej.

Sąd odwoławczy w pełni również akceptuje wymienione w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji przesłanki nałożenia kary, wpływające na jej sposób ustalenia jej wysokości. Trafnie przypisano powódce zachowanie o charakterze umyślnym, uznano przedmiotowe nadużycie pozycji dominującej za poważne naruszenie prawa konkurencji, uwzględniono uprzednie naruszenie przepisów ustawy, okres trwania praktyk abuzywnych nie wpłynął zaś na podwyższenie wysokości kary, natomiast do okoliczności łagodzących zaliczono zaniechanie stwierdzonej praktyki. Spośród praktyk skatalogowanych w art. 9 ust. 2 ustawy do nadużyć o czysto wykluczającym charakterze należy właśnie praktyka opisana w pkt 5 powołanego przepisu (przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla rozwoju konkurencji), jako że wymierzona jest wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji i w konsekwencji uprawnionym jest zaliczenie tej praktyki do kategorii poważnych naruszeń zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Słusznie także przypisano powódce zachowanie o charakterze umyślnym. Zdaniem Sądu II instancji powodowa Spółka profesjonalny podmiot, funkcjonujący na rynku hurtowej oraz detalicznej sprzedaży gazu i posiadający w tych dwóch sferach pozycje dominujące, swoim zachowaniem (wyżej już kilkakrotnie opisywanym), na określony w decyzji czas zablokowała, wejście na rynek detalicznej sprzedaży gazu podmiotu konkurencyjnego, niewątpliwie wzmacniając własną pozycję. Wskazać należy, że według przeważających poglądów doktryny wina umyślna polega na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z regułą czy regułami postępowania, bądź to na powstrzymaniu się od działania, mimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się. Należy rozumieć, że sprawca przewiduje naruszenie wyżej wymienionej reguły i skutki w postaci szkody oraz chce by nastąpiły, albo co najmniej z

tym się godzi. Zostaje zatem objęta przez winę umyślną jej odmiana – dolus eventualis – gdy sprawca nie chce, lecz godzi się na nastąpienie szkody, tu skutek w postaci nadużycia pozycji dominującej. W ocenie Sądu II instancji stan faktyczny sprawy uprawniał przypisanie skarżącej winy co najmniej w postaci dolus eventualis.

Nie przypisując ww. przesłankom wymiaru kary pieniężnej wymienionym w art. 111 ustawy drugorzędno znaczenia, nietrafnym w realiach sprawy było pominięcie przy określaniu wysokości kary pieniężnej tzw. zasady proporcjonalności, której zastosowanie przez Sąd odwoławczy doprowadziło do częściowej zmiany zaskarżonego wyroku. Podkreślić należy, że zasada proporcjonalności uwzględnia kryterium jakim jest wielkość przychodu z działalności prowadzonej w „segmencie rynkowym”, na którym dopuszczono się stosowania praktyki naruszającej konkurencję i w ocenie Sądu II instancji najbardziej skutecznie odwzorowuje wymagania analogiczne do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. W realiach sprawy powódka przeciwdziałała warunkom niezbędnym do rozwoju konkurencji, próbując zneutralizować poczynania konkurenta – (...) na początkowym etapie działalności tego podmiotu na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom przyłączonym do sieci dystrybucyjnej na obszarze województwa (...), przy wykorzystaniu dostępu do infrastruktury (...). W konsekwencji zarzucane powódce praktyki wygenerowały negatywne skutki dla konkurencji i konsumentów, których geograficzny zasięg był ograniczony do województwa (...), w szczególności jeśli chodzi o konsumentów. Dlatego też zdaniem Sądu II instancji zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów (...) osiągniętych w 2011 r. ze sprzedaży gazu przez (...) S.A. w obszarze działania (...) jest uzasadnione.

Zachowując zatem zaakceptowany przez Sąd Apelacyjny sposób wyliczenia kary, wyjaśniony w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, obliczenia kary dokonano stosując jako podstawę kwotę 2.295.242.000 zł, tj. wysokość przychodów (...) osiągniętych w 2011 r. ze sprzedaży gazu przez (...) S.A. w obszarze działania (...) (przychody ujęte w kalkulacji opłaty za koncesję (...) na obrót paliwami gazowymi za 2012 r., k. 302). W ocenie Sądu odwoławczego kara pieniężna, uwzględniająca zasadę proporcjonalności, spełnia wymóg adekwatności nałożonej sankcji do wagi naruszenia prawa konkurencji oraz w stopniu wystarczającym realizuje funkcje dyscyplinującą i prewencyjną wobec powódki.

Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego postanowiono stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c.