

Sygn. akt VII AGa 1028/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Jan Szachulowicz

Sędziowie: SA Ewa Stefańska (spr.)

SO del. Katarzyna Kisiel

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

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

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 21 marca 2017 r., sygn. akt XVII AmA 4/16

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 1028/18

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 25 września 2015 r., wydaną po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

1) na podstawie art. 107 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”, „ustawą” lub „u.o.k.i.k.”) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 945) nałożył na (...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 10.442.635 zł, co stanowi równowartość 2.450.000 euro, tj. 5.000 euro za każdy z 490 dni zwłoki (od 23 maja 2014 r. do 25 września 2015 r.) w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji Prezesa Urzędu z dnia 31 grudnia 2013 r. nr DOK- (...), w zakresie, w jakim ww. decyzja nakładała na (...) S.A. z siedzibą w W. obowiązek złożenia:

a. odbiorcom, w umowach z którymi zawarte są postanowienia ograniczające odbiorcom paliwa gazowego niebędącym odbiorcami z grupy gospodarstw domowych możliwość zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego w stosunku do ilości zamówionej w roku wydania decyzji lub latach poprzednich - oferty zmiany zawartej umowy poprzez - w zależności od sposobu sformułowania umowy - albo usunięcie całej jednostki redakcyjnej zawierającej to zakwestionowane postanowienie z umowy albo odpowiednią modyfikację tej jednostki redakcyjnej, tak by zakwestionowane postanowienie zostało z niej usunięte;

b. odbiorcom, w umowach z którymi zawarte są postanowienia ograniczające odbiorcom paliwa gazowego niebędącym odbiorcami z grupy gospodarstw domowych możliwość zmniejszania zamawianej na kolejne lata mocy umownej w stosunku do mocy umownej zamówionej w roku wydania decyzji lub latach poprzednich - oferty zmiany zawartej umowy poprzez - w zależności od sposobu sformułowania umowy - albo usunięcie całej jednostki redakcyjnej zawierającej to zakwestionowane postanowienie z umowy albo odpowiednią modyfikację tej jednostki redakcyjnej, tak by zakwestionowane postanowienie zostało z niej usunięte;

2) umorzył postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej w stosunku do (...) spółki z o.o. z siedzibą w (...);

3) obciążył (...) S.A. z siedzibą w W. kosztami postępowania w wysokości 202,15 zł.

Powód (...) S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie od powyższej decyzji, zaskarżając ją w punktach 1 i 3, oraz wnosząc o uchylenie decyzji w zaskarżonej części, ewentualnie o zmianę decyzji w zakresie punktu 1 poprzez stwierdzenie, że powód wykonał zobowiązanie określone w punkcie I.4 sentencji decyzji zobowiązującej w terminie oraz uchylenie decyzji w zakresie jej punktu 3, ewentualnie o zmianę decyzji w zakresie punktu 1 sentencji decyzji poprzez obniżenie wysokości kary pieniężnej oraz uchylenie decyzji w zakresie jej punktu III. W każdym wypadku powód wniósł o stwierdzenie, że decyzja w zaskarżonej części została wydana z rażącym naruszeniem prawa.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie:

1) art. 107 u.o.k.i k. poprzez nałożenie kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK- (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. (zwanej dalej „decyzją zobowiązującą”), pomimo że rozstrzygnięcie zawarte w tym punkcie jest nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na powoda, a przez to jest niewykonalne, co skutkuje:

i. nieważnością decyzji zobowiązującej w tej części, jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa i niewykonalnej (art. 12 ust. 1 u.o.k.i k. w zw. z art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k.), a w konsekwencji nieważnością decyzji w zaskarżonej części, jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k.),

ii. brakiem podstaw do stwierdzenia, że decyzja zobowiązująca w tej części nie została wykonana, co wyklucza możliwość nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.i k.;

2) art. 107 u.o.k.i k. poprzez nałożenie kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że powód wykonał zobowiązanie określone w tym punkcie w terminie;

3) art. 10 ust. 1 u.o.k.i k., art. 49 ust. 1 u.o.k.i k. w zw. z art. 88 ust. 2 u.o.k.i k. oraz art. 107 u.o.k.i k. poprzez rozstrzygnięcie - w decyzji wydanej w postępowaniu w sprawie nałożenia kary pieniężnej - w przedmiocie zaproponowanych przez powoda klauzul „bierz lub płać”, pomimo że decyzja zobowiązująca nie dotyczyła tych klauzul, w związku z czym ocena tych klauzul wymagałaby wszczęcia i przeprowadzenia odrębnego postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję;

4) art. 7 k.p.a. i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k. oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i k., polegające na zaniechaniu wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz ocenie wiarygodności i mocy dowodów w sposób

sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkujące błędnym i dowolnym ustaleniem stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez:

- i. błędne ustalenie, jakoby powód nie wykonał punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej,
 - ii. dowolne i błędne ustalenie, jakoby zaproponowane przez powoda klauzule „bierz lub płać” miały skutek równoważny do postanowień zakwestionowanych w decyzji zobowiązującej,
- (...). zaniechanie dokonania ustaleń w zakresie rynku właściwego oraz pozycji dominującej na rynku właściwym;
- 5) art. 4 pkt 9 u.o.k.i k. w zw. z art. 107 u.o.k.i k. poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego przy ocenie niewykonania punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej;
 - 6) art. 7 k.p.a., art. 11 k.p.a., art. 77 § 1 k.p.a. i art. 107 § 1 i § 3 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k. oraz art. 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.i k., polegające na pominięciu okoliczności i dowodów istotnych dla oceny wykonania przez powoda punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, a w konsekwencji zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz wadliwa ocena dowodów i błędne ustalenie jakoby powód nie wykonał tego punktu;
 - 7) art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. oraz art. 9 ust. 1 u.o.k.i k. i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwanego dalej (...)) poprzez nałożenie kary pieniężnej pomimo braku ku temu podstaw, tj. w sytuacji, w której przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej nie naruszał zasad prawa ochrony konkurencji, był obiektywnie uzasadniony i stanowił wykonanie tego punktu;
 - 8) art. 107 u.o.k.i k. polegające na nałożeniu kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że powodowi nie można przypisać winy w zarzucanym niewykonaniu tego punktu;
 - 9) art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 4 pkt 10 u.o.k.i k. polegające na nałożeniu kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że powodowi nie można przypisać posiadania pozycji dominującej;
 - 10) art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 111 u.o.k.i k. poprzez wadliwe ustalenie wymiaru kary pieniężnej, w szczególności poprzez pominięcie przy wymiarze kary okoliczności łagodzących oraz błędne przypisanie okoliczności obciążających;
 - 11) art. 12 ust. 6 u.o.k.i k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k. poprzez zaniechanie uchylenia punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji zobowiązującej w zakresie tego punktu.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 3 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez (...) S.A. z siedzibą w W. pozycji dominującej na krajowych rynkach sprzedaży hurtowej i detalicznej paliwa gazowego, polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na wskazanych wyżej rynkach poprzez: ograniczanie odbiorcom paliwa gazowego niebędącym odbiorcami z grupy gospodarstw domowych możliwości zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej, ograniczanie możliwości odsprzedaży paliwa gazowego, wymóg określenia w umowie maksymalnej ilości paliwa gazowego przeznaczonej do dalszej odsprzedaży oraz nieprzyznanie odbiorcom prawa do częściowej zmiany sprzedawcy.

W toku postępowania antymonopolowego, pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. (...) S.A. wystąpił do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z wnioskiem o wydanie na podstawie art. 12 u.o.k.i k. decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia ewentualnym naruszeniom prawa poprzez wyeliminowanie postanowień umów łączących (...) S.A. z kontrahentami, które mogą ograniczać konkurencję. Pismami z dnia: 14 maja 2013 r., 19 lipca 2013 r. i 16 września 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wystąpił do (...) S.A. o doprecyzowanie tego wniosku. (...) S.A. doprecyzował wniosek w pismach z dnia: 27 maja 2013 r., 5 sierpnia 2013 r., 4 października 2013 r. i 22 listopada 2013 r.

Decyzją nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na podstawie art. 12 u.o.k.i k., nałożył na (...) S.A. obowiązek wykonania zaproponowanych przez przedsiębiorcę zobowiązań, m.in. określonego w punkcie I.4 sentencji decyzji obowiązku złożenia:

a) wszystkim odbiorcom, z którymi ma zawarte umowy zawierające postanowienia ograniczające odbiorcom paliwa gazowego niebędącym odbiorcami z grupy gospodarstw domowych możliwości zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego w stosunku do ilości zamówionej w roku bieżącym lub latach poprzednich - oferty zmiany zawartej umowy poprzez - w zależności od sposobu sformułowania umowy - albo usunięcie całej jednostki redakcyjnej zawierającej te zakwestionowane postanowienie z umowy albo odpowiednią modyfikację tej jednostki redakcyjnej, tak by zakwestionowane postanowienie zostało z niej usunięte; oferta przewidywać będzie sześciomiesięczny termin na skorzystanie z niej przez odbiorców;

b) wszystkim odbiorcom, z którymi ma zawarte umowy zawierające postanowienia ograniczające odbiorcom paliwa gazowego niebędącym odbiorcami z grupy gospodarstw domowych możliwości zmniejszania zamawianej na kolejne lata mocy umownej w stosunku do mocy umówionej zamówionej w roku bieżącym lub latach poprzednich - oferty zmiany zawartej umowy poprzez - w zależności od sposobu sformułowania umowy - albo usunięcie całej jednostki redakcyjnej zawierającej te zakwestionowane postanowienie z umowy albo odpowiednią modyfikację tej jednostki redakcyjnej, tak by zakwestionowane postanowienie zostało z niej usunięte; oferta przewidywać będzie sześciomiesięczny termin na skorzystanie z niej przez odbiorców.

Zgodnie z punktem II.2 sentencji decyzji, powyższe zobowiązanie miało zostać wykonane w terminie 4 miesięcy od uprawomocnienia się decyzji. (...) S.A. nie wniósł odwołania od tej decyzji, która stała się ostateczna w dniu 23 stycznia 2014 r. Zatem termin na wykonanie przedmiotowego obowiązku upłynął w dniu 23 maja 2014 r.

Obowiązek wykonania punktu I.4 decyzji nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. (zwanej dalej „decyzją zobowiązującą”) spoczywał nie tylko na (...) S.A. (adresacie decyzji), lecz także na (...) spółce z o.o. z siedzibą w W., która ex lege - na podstawie art. 5b¹ ust. 1 i ust. 7 ustawy - Prawo energetyczne - stała się stroną umów o dostawy paliwa gazowego z odbiorcami detalicznymi pobierającymi poniżej 25 mln m³ paliwa gazowego na rok, a tym samym stała się podmiotem wszelkich praw i obowiązków wynikających z decyzji wydanych w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wobec tego rodzaju odbiorców. Po wyodrębnieniu (...) spółki z o.o., (...) S.A. pozostała stroną 42 umów zawierających postanowienia objęte punktem I.4 decyzji zobowiązującej.

W związku z obowiązkiem przewidzianym w punkcie I.4 decyzji zobowiązującej, do dnia 23 maja 2013 r. (...) S.A. przedstawił odbiorcom paliwa gazowego oferty zmiany zawartych umów sprzedaży tego paliwa, przy czym propozycje te zostały złożone zarówno odbiorcom, którzy po wyodrębnieniu (...) spółki z o.o. stali się z mocy prawa jej kontrahentami, jak i odbiorcom, którzy pozostali kontrahentami (...) S.A. Termin na przyjęcie ofert upłynął w dniu 23 listopada 2014 r. W stosunku do 42 umów, których stroną pozostała (...) S.A., 5 odbiorców przyjęło oferty zmiany umowy, natomiast treść 37 umów pozostała niezmieniona. Oferty przewidywały bądź wykreślenie, bądź modyfikację zakwestionowanych postanowień, mające na celu zniesienie ograniczeń ilościowych lub procentowych w zmniejszaniu zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną, a także zniesienie wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcia aneksu do umowy w celu zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. W tym zakresie oferty

skierowane przez (...) S.A. do stron 42 umów stanowiły wykonanie obowiązku przewidzianego w punkcie I.4 sentencji decyzji zobowiązującej.

Jednakże w ofertach skierowanych do kontrahentów (...) S.A., oprócz wskazanych wyżej propozycji zmian umów odpowiadających zobowiązaniu z punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, znalazły się także nieprzewidziane w tej decyzji postanowienia, które wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płać”. Zgodnie z tą klauzulą, odbiorca paliwa gazowego zobowiązuje się odebrać określoną procentowo część zamówienia składanego na dany rok gazowy (tzw. minimalną ilość roczną), a w sytuacji, gdy odbierze paliwo w ilości mniejszej niż minimalna ilość roczna, zobowiązany jest do dokonania zapłaty na rzecz dostawcy kary umownej z tytułu nieodebranego paliwa w ramach minimalnej ilości rocznej. Przy tym, w następnych latach odbiorca ma prawo do odebrania tej ilości paliwa gazowego, której nie odebrał w roku bazowym, a za którą zapłacił.

W ofertach przedstawionych odbiorcom paliw (...) S.A.: w 12 umowach, w których nie przewidziano dotychczas klauzul typu „bierz lub płać”, zaproponowało wprowadzenie tego rodzaju regulacji; w 25 umowach, w których przewidziano już klauzulę typu „bierz lub płać”, zaproponowało jej zmianę polegającą na wprowadzeniu innego sposobu obliczania minimalnych ilości rocznych paliwa gazowego, którą dany odbiorca zobowiązany jest odebrać; w 5 umowach nie zaproponowało zmian w postanowieniach umownych regulujących minimalne ilości roczne i odbiorcy z tej grupy umów mieli pozostać przy dotychczasowej formule „bierz lub płać”.

Postanowieniem z dnia 17 października 2014 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie w sprawie nałożenia na (...) S.A. oraz (...) spółkę z o.o. kary pieniężnej, o której mowa w art. 107 u.o.k.i k., w związku z podejrzeniem pozostawania w zwłoce w wykonaniu punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej. W dniu 25 września 2015 r. organ antymonopolowy wydał przedmiotową decyzję.

Zdaniem Sądu Okręgowego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że w niniejszej sprawie kara pieniężna została nałożona na (...) S.A. na podstawie art. 107 u.o.k.i k. Przepis ten (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.) stanowił, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorców w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji m.in. wydanych na podstawie art. 12 ust. 1 u.o.k.i k. (decyzji zobowiązujących). Jest to rodzaj kary przymuszającej, ponieważ jej nałożenie ma skłonić przedsiębiorcę do jak najszybszego wykonania decyzji lub postanowień wydawanych przez organ antymonopolowy oraz wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednocześnie jest to kara samoistna, gdyż jej nałożenie stanowi sprawę merytorycznie odrębną od sprawy, która została rozstrzygnięta w drodze orzeczenia Prezesa lub wyroku sądu. Wydanie decyzji w przedmiocie nałożenia kary przymuszającej wymaga spełnienia dwóch warunków: po pierwsze - uprzedniego wydania orzeczenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub sąd, zaś po drugie - wykazania, że przedsiębiorca faktycznie nie wykonał danego orzeczenia.

Sąd Okręgowy stwierdził, że w przedmiotowej sprawie jest niesporne, iż (...) S.A. prawidłowo wykonała decyzję zobowiązującą nr DOK- (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. w zakresie, w jakim - stosownie do brzmienia jej punktu I.4 - miała złożyć swoim kontrahentom oferty zmiany zawartych umów sprzedaży paliwa gazowego dotyczące zniesienia ograniczeń w zakresie zmniejszania zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną, a także zniesienia wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcia aneksu do umowy w celu zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. W tym zakresie skierowanie ofert do stron 42 umów stanowiło wykonanie obowiązku przewidzianego w I.4 decyzji zobowiązującej. Jednakże niesporny jest również fakt, że w części z tych ofert zawarto dodatkowo postanowienia nie przewidziane w decyzji zobowiązującej, które wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płać” dotyczącą minimalnej rocznej ilości paliwa gazowego, jaką zobowiązuje się odebrać odbiorca. Spór w niniejszej sprawie dotyczy kwestii, czy powód mógł dodać do treści ofert zmiany umów tego rodzaju postanowienia, a co za tym idzie, czy ich uwzględnienie w treści ofert stanowiło wykonanie obowiązku przewidzianego w decyzji zobowiązującej.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, (...) S.A. nie była uprawniona do wprowadzenia do treści przedmiotowych ofert postanowień, które nie wynikały z treści decyzji zobowiązującej. Prawidłowe wykonanie zobowiązania polegało bowiem na tym, że powód powinien był uczynić tylko to, co wprost wynikało z decyzji, bez dokonywania jakichkolwiek modyfikacji w zakresie nałożonego na niego obowiązku. Słusznie zatem przyjął pozwany, że czyniąc to, przedsiębiorca de facto nie wykonał obowiązku przewidzianego w I.4 decyzji zobowiązującej. Sąd Okręgowy podkreślił, iż (...) S.A. miała świadomość tego, że prawidłowe wykonanie przedmiotowego obowiązku miało polegać wyłącznie na złożeniu kontrahentom propozycji usunięcia lub modyfikacji ściśle określonych postanowień umów, ograniczających odbiorcom możliwość zmniejszania ilości paliwa gazowego lub mocy umownej na kolejne lata. Powód wiedział, że niedopuszczalne było zawarcie w ofertach dodatkowych postanowień, albowiem ustosunkowując się do jego wątpliwości co do sposobu realizacji zobowiązań, w piśmie z dnia 16 września 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyjaśnił iż: „realizacja powyższego zobowiązania powinna prowadzić tylko do wyeliminowania elementu umowy, który wprowadza kwestionowane w niniejszym postępowaniu ograniczenie w prawie odbiorcy do zmniejszania ilości lub mocy na następne lata gazowe. Realizacja tych zobowiązań nie powinna natomiast prowadzić do modyfikacji elementów nieobjętych niniejszym postępowaniem antymonopolowym”. Tymczasem - wbrew jednoznaczному stanowisku organu - powód uwzględnił w treści ofert skierowanych do odbiorców także postanowienia, które nie były przedmiotem postępowania antymonopolowego i wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płać”.

Zdaniem Sądu Okręgowego, (...) S.A. była świadoma tego, że prawidłowe wykonanie decyzji zobowiązującej polegało na złożeniu kontrahentom oferty wyłącznie usunięcia lub modyfikacji zakwestionowanych przez organ klauzul umownych, co wykluczało wprowadzenie do treści ofert zmiany umów jakichkolwiek dodatkowych postanowień. Ingerencja powoda w zakres obowiązku wynikającego z punktu I.4 decyzji zobowiązującej była więc bezpodstawna i nieuprawniona. Dlatego Sąd pierwszej instancji uznał za irrelevantną z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy argumentację powoda zmierzającą do wykazania zasadności i prawidłowości wprowadzenia do umów mechanizmu zabezpieczającego w postaci klauzul „bierz lub płać”. Powyższa ocena skutkowała oddaleniem przez Sąd Okręgowy zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych obejmujących zeznania świadków: R. Ś., P. S. i P. P., a także opinię zespołu biegłych lub instytutu naukowego lub naukowo-badawczego z zakresu analizy ekonomicznej. Natomiast dokument „Ekspertyza w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK- (...) z dnia 25 września 2015 r.” Sąd pierwszej instancji uznał za element stanowiska strony w sprawie.

Sąd pierwszej instancji zajął stanowisko, że dla stwierdzenia niewykonania obowiązku wynikającego z decyzji zobowiązującej wystarczające było ustalenie, iż w ofertach adresowanych do odbiorców paliwa gazowego powód wprowadził lub zmodyfikował dodatkowo klauzule „bierz lub płać”, do których przedmiotowa decyzja w ogóle się nie odnosiła. Natomiast skutki, jakie wywołują powyższe postanowienia, nie mają znaczenia dla meritum niniejszej sprawy. Skoro powód samowolnie dokonał takiej modyfikacji, to w ramach weryfikacji prawidłowości wykonania decyzji zobowiązującej Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów był uprawniony do zbadania, czy wprowadzenie tego rodzaju postanowień stanowiło wykonanie decyzji oraz ustalenia, jakie są tego skutki. Niezależnie jednak od tego, rozważania powoda dotyczące skutków wprowadzenia pełnej elastyczności dla odbiorców paliwa pozostają bez znaczenia dla oceny zaskarżonej decyzji, albowiem stanowią w istocie niedozwoloną polemikę z treścią ostatecznej decyzji zobowiązującej.

Według Sądu Okręgowego, jeżeli powód miał wątpliwości co do prawidłowości rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I.4 decyzji zobowiązującej, bądź co do interpretacji treści nałożonego w niego obowiązku (przy tym, opartego na zgłoszonej przez niego propozycji), powinien był podnieść te okoliczności w odwołaniu od decyzji zobowiązującej, albo wystąpić do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wyjaśnienie wątpliwości co do treści decyzji na podstawie art. 113 § 2 k.p.a. - czego jednak nie uczynił. Ponieważ decyzja zobowiązująca nie została zaskarżona, korzysta z przymiotu ostateczności i jest objęta działaniem zasady trwałości decyzji ostatecznych. Przy tym, każda ostateczna decyzja administracyjna korzysta z domniemania prawidłowości i mocy obowiązującej. Decyzja ostateczna

obowiązuje tak długo, dopóki nie zostanie uchylona lub zmieniona przez nową decyzję opartą na odpowiedniej podstawie prawnej.

Ponadto Sąd pierwszej instancji podkreślił, że sprawa o nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.i k. jest sprawą merytorycznie odrębną od sprawy, która została rozstrzygnięta ostateczną decyzją zobowiązującą. Dlatego niedopuszczalne jest formułowanie w niniejszej sprawie zarzutów dotyczących decyzji zobowiązującej, np. w zakresie aktualnych na datę wydania decyzji zobowiązującej ustaleń w zakresie rynku właściwego i pozycji dominującej powoda na tym rynku. Dotyczy to również zarzutu naruszenia art. 12 ust. 6 u.o.k.i k. poprzez zaniechanie uchylecia punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie tej decyzji. Nie jest to bowiem zarzut skierowany przeciwko zakwestionowanej w niniejszej sprawie decyzji w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej. Jeżeli natomiast po wydaniu decyzji zobowiązującej ujawniłyby się okoliczności rzutuujące w sposób istotny na treść nałożonego obowiązku, to powód powinien był wystąpić do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z wnioskiem o rozważanie uchylecia decyzji w trybie art. 12 ust. 6 u.o.k.i k. - co uczynił. Przy tym, ocena istnienia podstaw do uchylecia decyzji zobowiązującej pozostawiona została uznaniu organu antymonopolowego i nie podlega ona weryfikacji w ramach niniejszego postępowania.

Sąd Okręgowy za niezasadny uznał także zarzut częściowej nieważności decyzji zobowiązującej, której konsekwencją miałyby być nieważność zaskarżonej decyzji w kwestionowanym przez powoda zakresie. Wskazał, że w niniejszej sprawie nie ma podstaw do zastosowania koncepcji tzw. bezwzględnej nieważności decyzji administracyjnej, stanowiącej wyłom od zasady uwzględniania przez sądy powszechne skutków prawnych orzeczeń organów administracyjnych. Koncepcja ta znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym wyrażany jest pogląd, że decyzja administracyjna nie może być traktowana jako wywołująca skutki prawne, jeżeli jest dotknięta wadami, które godzą w samą jej istotę jako aktu administracyjnego (np. wydanie decyzji przez organ oczywiście niewłaściwy, bez jakiegokolwiek podstawy materialnoprawnej, czy bez zachowania jakiegokolwiek procedury). W takich sytuacjach, kwalifikujących decyzję administracyjną jako akt nieistniejący, sąd cywilny nie jest nią zawiązany, a jej legalność może być przedmiotem badania w ramach incydentalnej kontroli stosowania prawa. Natomiast sąd cywilny nie jest uprawniony do kwestionowania decyzji pod względem jej merytorycznej zasadności i jest nią związany także w sytuacji, gdy w ocenie tego sądu decyzja administracyjna jest wadliwa merytorycznie (zob. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2007 r., sygn. akt III CZP 46/07, Legalis nr 88624).

Według Sądu pierwszej instancji, nie zasługuje na uwzględnienie twierdzenie (...) S.A., że przy wydawaniu decyzji zobowiązującej miały miejsce „brak zachowania jakiegokolwiek procedury lub oczywiste naruszenie zasad postępowania administracyjnego”, które powód wiązał z tym, iż rozstrzygnięcie zawarte w punkcie I.4 decyzji zobowiązującej jest - w jego ocenie - nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...) S.A., a przez to niewykonalne. Stanowisko to jest nietrafne choćby z tej przyczyny, że powód prawidłowo wykonał decyzję zobowiązującą w zakresie, w jakim miał złożyć kontrahentom oferty zmiany zawartych umów sprzedaży paliwa gazowego dotyczące zniesienia ograniczeń w zakresie zmniejszania zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną, a także zniesienia wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcia aneksu do umowy w celu dokonania zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. Powód prawidłowo zrozumiał, na czym miało polegać wykonanie punktu I.4 decyzji zobowiązującej, trudno zatem przyjąć, że rozstrzygnięcie to było nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...) S.A. Wniosek ten jest uprawniony także z tej przyczyny, że wnioskując o wydanie decyzji zobowiązującej w trybie art. 12 ust.1 u.o.k.i k. powód powinien sformułować swoje zobowiązanie w sposób jasny i precyzyjny. Ponadto w odwołaniu powód zajmuje wewnętrznie sprzeczne stanowisko, z jednej strony - zarzucając niejasność i niewykonalność decyzji zobowiązującej w zakresie punktu I.4, zaś z drugiej strony – twierdząc, że decyzja zobowiązująca w zakresie punktu I.4 została przez niego wykonana.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie spełnione zostały obie przesłanki nałożenia na (...) S.A. kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.i k., albowiem została wydana ostateczna decyzja zobowiązująca powoda do wykonania zaproponowanych przez niego zobowiązań, zaś powód nie wykonał zobowiązania wynikającego z punktu I.4 tej decyzji, ponieważ w treści ofert skierowanych do odbiorców paliwa gazowego zawarł dodatkowo postanowienia,

które wprowadzały lub modyfikowały klauzulę „bierz lub płac”. Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z art. 107 u.o.k.i k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mógł nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji zobowiązującej. Natomiast według art. 111 u.o.k.i k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.), przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej należało uwzględnić w szczególności: okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Sąd pierwszej instancji podzielił ocenę organu antymonopolowego co do zasadności wymierzenia powodowi kary pieniężnej oraz jej wysokości. (...) S.A. nie wykonała bowiem decyzji zobowiązującej w zakresie punktu I.4 w terminie czterech miesięcy od dnia jej uprawomocnienia się, tj. do dnia 23 maja 2014 r. Od tej daty należało więc liczyć okres pozostawania przez powoda w zwłoce w wykonaniu decyzji zobowiązującej. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że wprawdzie art. 107 u.o.k.i k. nie przewiduje wprost przesłanki zawinięcia przedsiębiorcy w niewykonaniu zobowiązania, to jednak w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że jednym z warunków nałożenia kary w celu przymuszenia jest istnienie winy po stronie przedsiębiorcy. Stwierdził, że w niniejszej sprawie zachowaniu powoda należy przypisać umyślność, o której świadczy jego świadomość co do sposobu prawidłowego wykonania decyzji zobowiązującej i niedopuszczalności modyfikacji zobowiązania przez wprowadzenie lub modyfikację klauzul „bierz lub płac”, a także profesjonalny charakter działalności gospodarczej powoda, który jest od wielu lat uczestnikiem obrotu rynkowego, dysponującym szeroką wiedzą prawniczą i ekonomiczną.

Zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadny jest zarzut powoda, że nie można mu przypisać pozycji dominującej na rynku właściwym, ponieważ kwestia posiadania przez ukaranego przedsiębiorcę tej pozycji w dacie wydania decyzji zobowiązującej jest irrelevantna w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie tej decyzji. Wyjaśnił, że przedmiotem postępowania w sprawie o nałożenie kary pieniężnej z tytułu niewykonania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest ustalenie, czy decyzja ta została wykonana (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 marca 2004 r., sygn. akt III SK 6/04, Legalis nr 67587 i z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt III SK 10/09, Legalis nr 264450). Sąd pierwszej instancji wskazał, że w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej nie bada się kwestii posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej w dacie wydania tej decyzji. Jednak w razie podniesienia przez przedsiębiorcę zarzutu utraty tej pozycji, należy ustalić, czy w okresie po wydaniu decyzji zobowiązującej przedsiębiorca nadal tę pozycję posiadał. Ustalenie to determinuje bowiem wymiar kary, która powinna być liczona do dnia, w którym przedsiębiorca przestał zajmować pozycję dominującą, względnie, wpływa na niemożność orzeczenia kary w sytuacji, gdy do utraty tej pozycji doszło po wydaniu decyzji zobowiązującej, lecz przed datą, od której podlega ona wykonaniu. Jednakże ciężar dowodu w tym zakresie obciąża przedsiębiorcę.

Sąd pierwszej instancji uznał, że w niniejszej sprawie w okresie od dnia wydania decyzji zobowiązującej (tj. od 31 grudnia 2013 r.) do dnia wydania decyzji wymierzającej karę (tj. do 25 września 2015 r.) (...) S.A. posiadała na rynkach właściwych - ustalonych w decyzji zobowiązującej jako krajowe rynki sprzedaży hurtowej i detalicznej paliwa gazowego - pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 u.o.k.i k. Wskazał, że przedstawiona przez powoda argumentacja, poparta twierdzeniami zawartymi w „Ekspertyzie w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK- (...) z dnia 25 września 2015 r.”, nie pozwala na przyjęcie odmiennego poglądu. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że zgodnie z art. 4 pkt 10 u.o.k.i k., pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Przy tym, domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

Sąd Okręgowy zauważył, że w „Sprawozdaniu z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2014 r.” wskazano, iż działalność w zakresie hurtowego obrotu gazem ziemnym w Polsce, rozumiana jako sprzedaż gazu podmiotom wykorzystującym go do dalszej odsprzedaży, była zdominowana przez przedsiębiorstwo (...) S.A. Na koniec grudnia 2014 r. 141 podmiotów posiadało koncesję na obrót paliwami gazowymi, natomiast 59 przedsiębiorstw aktywnie uczestniczyło w obrocie gazem ziemnym. Przedsiębiorstwa obrotu gazem spoza grupy (...) S.A. pozyskały 25,4 TWh

gazu ziemnego, w tym ok. 18% stanowiły zakupy od (...) S.A. i ok. 21% zakupy z giełdy towarowej. Odnośnie natomiast rynku detalicznego wskazano, że udział grupy (...) S.A. w sprzedaży gazu do odbiorców końcowych spadł i wyniósł 89,24%, podczas gdy rok wcześniej udział ten stanowił 94,42%. Pozostałe 10,76% sprzedaży gazu do odbiorców końcowych realizowane było przez inne spółki obrotu działające w kraju (5,24%) oraz przez spółki dokonujące sprzedaży gazu z zagranicy bezpośrednio do dużych odbiorców końcowych, którzy samodzielnie sprowadzili ten gaz do Polski. Oprócz grupy (...) S.A. w 2014 r. monitoringiem objęto ok. 20 alternatywnych sprzedawców detalicznych, których udział w wolumenie sprzedaży gazu do odbiorców końcowych na rynku detalicznym wyniósł 5,24%, przy czym największy udział mieli: (...) sp. z o.o. (1,09%), (...) (...) S.A. (0,62%) oraz (...) S.A. (0,55%).

Również ze „Sprawozdania z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2015 r.” wynika, że odnośnie rynku hurtowego obrotu gazem ziemnym na koniec 2015 r. koncesję na obrót paliwami gazowymi posiadały 172 podmioty, wobec 141 na koniec 2014 r., natomiast 63 przedsiębiorstwa aktywnie uczestniczyły w obrocie gazem ziemnym, wobec 59 w roku poprzednim. Przedsiębiorstwa obrotu gazem spoza grupy (...) S.A. pozyskały 86,4 TWh gazu ziemnego. Dane te wskazują zatem na utrzymujący się znaczny udział Grupy (...) S.A. w rynku hurtowym obrotu gazem. Natomiast odnośnie rynku detalicznego obrotu gazem ziemnym stwierdzono, że w 2015 r. sprzedaż gazu do odbiorców końcowych nadal zdominowana była przez przedsiębiorstwa z grupy (...) S.A. W ramach tej grupy w 2014 r. wprowadzony został podział, w wyniku którego odbiorcy hurtowi oraz odbiorcy końcowi o rocznym zużyciu gazu ziemnego powyżej 25 mln m³ zaopatrywani są przez (...) S.A., natomiast pozostali odbiorcy końcowi przez (...) sp. z o.o. Podział ten nie wpłynął na stopień konkurencji na rynku detalicznym, gdyż spółki te nie konkurowały pomiędzy sobą na rynku gazu. Niemniej w 2015 r. obserwowany był dalszy wzrost udziałów sprzedawców alternatywnych na rynku detalicznym. Udział grupy (...) S.A. w sprzedaży gazu do odbiorców końcowych spadł i wyniósł 80,22%, podczas gdy rok wcześniej udział ten wynosił 89,24%. Pozostałe 19,78% sprzedaży gazu do odbiorców końcowych realizowane było przez inne spółki obrotu dokonujące sprzedaży w kraju (12,66%) oraz przez spółki sprzedające gaz głównie na rynku niemieckim bezpośrednio do dużych odbiorców końcowych, którzy samodzielnie sprowadzili ten gaz do Polski (ok. 7,12%).

Zdaniem Sądu Okręgowego, zawarte w sprawozdaniach Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki za lata 2014 i 2015 informacje o strukturze hurtowego i detalicznego rynku obrotu gazem ziemnym wskazują na to, że w okresie tym przedsiębiorcy konkurujący na rynkach właściwych z powodem nie mogli wywierać na nich wystarczająco silnej presji konkurencyjnej. Pomimo, że z każdym kolejnym rokiem udział (...) S.A. w rynku sprzedaży detalicznej paliwa gazowego ulegał zmniejszeniu, a rynek ten podlegał sukcesywnym przemianom w kierunku rozwoju konkurencji, to jednak nie można przyjąć, aby w okresie do dnia 25 września 2015 r. powód utracił na nim pozycję dominującą. Jak bowiem podano w sprawozdaniu, w 2015 r. w grupie sprzedawców alternatywnych działających na rynku krajowym tylko cztery przedsiębiorstwa, będące konkurentami powoda, uzyskały udział w sprzedaży do odbiorców końcowych powyżej 1%, natomiast pozostałe spółki miały udziały poniżej tego poziomu.

Ponadto Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę na istnienie ustawowego domniemania posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, którego udział w rynku właściwym przekracza 40%. Wyjaśnił, że bardzo duże udziały w rynku mogą same w sobie stanowić wystarczający dowód istnienia pozycji dominującej, przy czym występowanie pewnego stopnia konkurencji nie wyklucza istnienia pozycji dominującej na danym rynku. Sąd Okręgowy uznał, że skoro w analizowanym okresie udział powoda w rynku właściwym kształtował się na poziomie ok. 80%, to należy domniemywać, że posiada on na tym rynku pozycję dominującą. Na posiadanie takiej pozycji rynkowej wskazuje siła ekonomiczna powoda, determinowana w znacznym stopniu wielkością jego udziału w rynku właściwym, która pozwala przedsiębiorcy na działanie w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Jednocześnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że krajowy rynek gazu ziemnego charakteryzuje się względnie stabilnym popytem i dużą liczbą nabywców, a zatem nie ma podstaw do przyjęcia, iż w badanym okresie pozycja powoda na rynku właściwym była niestabilna i mogła być w krótkim okresie utracona. Tymczasem jedynie niestabilność pozycji rynkowej przedsiębiorcy pozwalałaby na przyjęcie, że sam wysoki (wynoszący ok. 80%) udział w rynku nie jest wystarczający do stwierdzenia jego pozycji dominującej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca.

W ocenie Sądu Okręgowego, na przyjęcie posiadania przez powoda pozycji dominującej nie ma wpływu okoliczność, że do jego kontrahentów należą m.in. spółki (...), ponieważ relacje między (...) S.A. a wskazanymi przedsiębiorcami nie oddziałują na pozycję powoda wobec jego konkurentów i klientów na rynku krajowym. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, kontraktowanie z większym podmiotem na jednym rynku nie wpływa na siłę rynkowa przedsiębiorcy, jaką dysponuje on wobec mniejszych podmiotów na innym rynku. Odnosząc się natomiast do podniesionej w „Ekspertyzie w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK- (...) z dnia 25 września 2015 r.” kwestii znacznego wzrostu technicznych możliwości importu paliwa gazowego z zagranicy, wynikającej z rozbudowy połączeń transgranicznych, Sąd Okręgowy zauważył, iż z danych podanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, że w okresie pomiędzy 1 października 2014 r. a 30 czerwca 2016 r. (a więc w okresie zbliżonym do okresu, za jaki została wymierzona powodowi kara pieniężna), operator gazociągów przesyłowych zarezerwował na rzecz (...) S.A. od 54,52% do 75,69% dostępnych przepustowości na połączeniach transgranicznych z kierunku zachodniego i południowego. Tym samym, powyższy argument nie mógł wpłynąć na zmianę stanowiska w przedmiocie posiadania przez powoda w spornym okresie pozycji dominującej na rynku właściwym. Wpływu takiego nie miał również rozwój (...) (...). O ile bowiem po wydzieleniu w 2014 r. (...) spółki z o.o. nastąpił ponad 45-krotny wzrost obrotów gazem na Towarowej Giełdzie (...), to podmiotem sprzedającym największe ilości gazu na tej giełdzie jest (...) S.A., zaś podmiotem kupującym największe ilości tego towaru jest (...) spółka z o.o. Nie można zatem przyjąć, że w analizowanym okresie giełda była realnym, alternatywnym wobec (...) S.A. źródłem zaopatrzenia w gaz ziemny.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wymierzona powodowi kara pieniężna spełnia przesłanki określone w art. 111 u.o.k.i k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 18 stycznia 2015 r.). Sąd pierwszej instancji wskazał, że zarzucone powodowi naruszenie miało charakter długotrwały, skoro zwłoka w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej wyniosła 490 dni (od 23 maja 2014 r. do 25 września 2015 r.). Przy tym, nie zgodził się ze stanowiskiem powoda, że dla określenia dziennej stawki kary za niewykonanie decyzji nie należało brać pod uwagę długości okresu zwłoki, skoro w sprawach dotyczących niewykonania decyzji ta długotrwałość uwzględniana jest już przez sam fakt nakładania kary za każdy dzień zwłoki. Sąd Okręgowy wskazał bowiem, że żaden z przepisów ustawy nie wyłącza zastosowania tej przesłanki wymiaru kary do kar pieniężnych orzekanych na podstawie art. 107 u.o.k.i k. Za chybiony uznał także pogląd powoda, że ewentualna kara za niewykonanie decyzji zobowiązującej mogłaby dotyczyć jedynie okresów po wydaniu przedmiotowej decyzji, ponieważ dopiero od tego czasu powód mógł zapoznać się z oceną organu w zakresie sposobu wykonania decyzji zobowiązującej. Wyjaśnił, że decyzja wydawana na podstawie art. 107 u.o.k.i k. może dotyczyć tylko okresu poprzedzającego jej wydanie, nie ma natomiast podstaw prawnych do nałożenia kary pieniężnej „na przyszłość”.

Według Sądu pierwszej instancji, organ antymonopolowy prawidłowo zakwalifikował zachowanie (...) S.A. jako naruszające przepisy ustawy w znacznym stopniu, skoro polegało ono na niewykonaniu ostatecznej decyzji administracyjnej, co prowadziło do istotnego naruszenia interesu publicznego. Wskazał również, że skoro przedsiębiorca sam zaproponował organowi podjęcie określonych działań zmierzających do wyeliminowania stanu niezgodnego z prawem, a następnie umyślnie tych działań nie podjął, to jego zachowanie należy ocenić jako kwalifikowane naruszenie przepisów prawa i znaczące naruszenie interesu publicznego.

W ocenie Sądu Okręgowego, w przedmiotowej sprawie organ antymonopolowy prawidłowo uwzględnił jako okoliczność obciążającą fakt uprzedniego naruszenia przez powoda przepisów ustawy, udokumentowany wydaniem ostatecznej decyzji nr (...) z dnia 5 lipca 2012 r., którą Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził stosowanie przez (...) S.A. praktyk ograniczających konkurencję (tzw. recydywa antymonopolowa). Wyjaśnił, że dla stwierdzenia recydywy nie ma znaczenia liczba wcześniejszych naruszeń, z tym, że wielokrotna recydywa jest okolicznością obciążającą w większym stopniu, niż pierwsze dopuszczenie się recydywy. Uwzględniona została także okoliczność łagodząca, tj. fakt, że decyzja zobowiązująca została wykonana w znacznej części w sposób prawidłowy i terminowy, zaś zastrzeżenia dotyczyły tylko punktu I.4 sentencji decyzji, który także został częściowo wykonany. Sąd pierwszej instancji za nietrafny uznał pogląd powoda, że kara proporcjonalna do stopnia wykonania zobowiązań powinna wynosić co najwyżej 30% z 1/7 kary nałożonej w zaskarżonej decyzji, skoro

zarzut niewykonania decyzji dotyczy tylko jednego z siedmiu punktów sentencji decyzji zobowiązującej. Nie można bowiem poszczególnym obowiązkom przewidzianym w decyzji zobowiązującej przypisywać jednakowej wagi, a w konsekwencji nie jest zasadne ustalanie wysokości kary za niewykonanie tej decyzji przez samo podzielenie stawki przez liczbę niewykonanych punktów orzeczenia.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, kara pieniężna w wysokości 5.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji zobowiązującej, a więc przy uwzględnieniu dziennego wymiaru kary w wysokości 50% górnej ustawowej granicy dziennego wymiaru kary, jest proporcjonalna i adekwatna do okoliczności wymienionych w art. 111 u.o.k.i k., a także spełni funkcje represyjną i prewencyjną. Wprawdzie art. 107 u.o.k.i k. nie uzależnia wymiaru kary pieniężnej od wysokości osiągniętego przez przedsiębiorcę przychodu, jednak wymierzając ją organ antymonopolowy słusznie przyjął założenie, że kara ta powinna być także adekwatna do możliwości finansowych powoda.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód (...) S.A. z siedzibą w W..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez uchylenie decyzji w zakresie punktów 1 i 3, ewentualnie zmianę wyroku poprzez zmianę decyzji w zakresie punktu 1 poprzez stwierdzenie, że powód wykonał zobowiązanie określone w punkcie I.4 sentencji decyzji zobowiązującej w terminie oraz uchylenie decyzji w zakresie jej punktu 3, ewentualnie zmianę wyroku poprzez zmianę decyzji w zakresie punktu 1 poprzez obniżenie wysokości kary pieniężnej oraz uchylenie decyzji w zakresie jej punktu 3, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Powód zarzucił wyrokowi Sądu Okręgowego naruszenie:

1) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 12 ust. 1 i art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że rozstrzygnięcie zawarte w tym punkcie jest nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...), a przez to jest niewykonalne, co skutkuje:

(i) nieważnością decyzji zobowiązującej w tej części, jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa i niewykonalnej (art. 12 ust. 1 u.o.k.i k. w zw. z art. 107 § 1 k.p.a. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k.), a w konsekwencji nieważnością decyzji w zaskarżonej części, jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa (art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k.),

(ii) brakiem podstaw do stwierdzenia, że decyzja zobowiązująca w tej części nie została wykonana, co wyklucza możliwość nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.i k.;

2) art. 12 ust. 1 w zw. z art. 107 u.o.k.i k. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że niewykonanie decyzji zobowiązującej może polegać na podjęciu działań, które nie były w ogóle objęte rozstrzygnięciem zawartym w tej decyzji (tj. nie zostały ani nakazane ani zakazane), takich jak wprowadzenie klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, podczas gdy niewykonanie decyzji zobowiązującej może polegać wyłącznie na działaniu sprzecznym z rozstrzygnięciem tej decyzji, a decyzja zobowiązująca w niniejszej sprawie nie wykluczała możliwości wprowadzenia klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 tej decyzji;

3) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na wadliwej ocenie dowodów skutkującej błędnym ustaleniem, jakoby powód nie był uprawniony do wprowadzenia klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, a w konsekwencji ustalenie, jakoby powód nie wykonał decyzji zobowiązującej w tym zakresie;

4) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powód wykonał w terminie zobowiązanie określone w tym punkcie, co zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w zaskarżonym wyroku;

5) art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie istotnych okoliczności i dowodów uzasadniających przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 decyzji zobowiązującej;

6) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. oraz art. 9 ust. 1 u.o.k.i k. i art. 102 TFUE poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 decyzji zobowiązującej nie naruszał zasad prawa ochrony konkurencji, był obiektywnie uzasadniony i zgodny z interesem publicznym oraz stanowił wykonanie tego punktu;

7) art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie istotnych okoliczności i dowodów dotyczących pozycji rynkowej powoda oraz naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na wadliwej ocenie dowodów skutkującej błędnym ustaleniem, jakoby powód posiadał pozycję dominującą na rynku właściwym;

8) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 4 pkt 10 u.o.k.i k, poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powód nie posiada pozycji dominującej;

9) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powodowi nie można przypisać winy w zarzucanym niewykonaniu tego punktu;

10) art. 233 § 1 k.p.c. polegające wadliwej ocenie dowodów skutkującej błędnym ustaleniem, jakoby powodowi można przypisać winę w zarzucanym niewykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej oraz jakoby zachodziły okoliczności obciążające, uzasadniające podwyższenie wymiaru kary;

11) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 111 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy organ wadliwie ustalił w decyzji wymiar kary pieniężnej, w szczególności poprzez pominięcie przy wymiarze kary okoliczności łagodzących oraz błędne przypisanie okoliczności obciążających;

12) art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie istotnych okoliczności i dowodów wskazujących na zmianę okoliczności mających istotny wpływ na wydanie punktu I.4 decyzji zobowiązującej;

13) art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 12 ust. 6 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ organ zaniechał uchylenia punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji zobowiązującej w zakresie tego punktu.

Powód w apelacji wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków R. Ś., P. S. i P. P. na okoliczności: (1) uwarunkowań ekonomicznych działalności polegającej na sprzedaży gazu ziemnego na obszarze Polski (w tym sprzedaży hurtowej i detalicznej, gazu wysokometanowego i zaazotowanego), w tym określenia, jakie towary uznawane są przez nabywców za substytuty oraz na jakim obszarze i w jakich kategoriach odbiorców panują zbliżone warunki konkurencji; (2) że powód nie posiada i nie posiadał w 2014 r. pozycji, która umożliwiałaby mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie powodowi możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; (3) przyjętego przez powoda sposobu wykonania punktu I.4 sentencji decyzji zobowiązującej, w tym, że przyjęty przez powoda sposób wykonania tego punktu decyzji nie ogranicza ani nie może ograniczać konkurencji na rynku właściwym oraz jest obiektywnie uzasadniony w świetle uwarunkowań działalności powoda, w szczególności w kontekście konieczności zastosowania tzw. mechanizmu zabezpieczającego, którego celem jest zwiększenie poziomu elastyczności odbiorów realizowanych przez odbiorców powoda, przy jednoczesnym zapewnieniu powodowi możliwości realizacji kontraktów importowych oraz utrzymaniu przez powoda poziomu stabilności finansowej niezbędnego dla wypełnienia przez powoda swoich

obowiązków, w szczególności obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego kraju; (4) wpływu, jaki na działalność i stabilność finansową powoda, krajowe rynki gazu, sytuację sektora gazowego, ciągłość dostaw paliwa gazowego do odbiorców, oraz ogólnie stan konkurencji na rynku właściwym mogłaby mieć rezygnacja przez powoda z mechanizmu zabezpieczającego i wprowadzenie pełnej elastyczności w zakresie odbiorów realizowanych przez odbiorców powoda; (5) że po wydaniu decyzji zobowiązującej nastąpiły istotne zmiany na rynku właściwym, w szczególności w zakresie rozwoju alternatywnych względem powoda źródeł dostaw paliwa gazowego, w tym upowszechnienia się korzystania z możliwości całkowitej lub częściowej zmiany sprzedawcy, rozwoju (...) (...), wzrostu wolumenu dostaw paliwa gazowego przez podmioty spoza grupy (...), wzrostu przywozu i importu paliwa gazowego z zagranicy przez podmioty spoza grupy (...). Ponadto powód wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii zespołu biegłych lub instytutu naukowego lub naukowo-badawczego z zakresu analizy ekonomicznej na okoliczności wskazane w punkcie 4 tez dowodowych.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zwążył:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Również rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są trafne.

Należy zauważyć, że podniesione przez powoda w apelacji zarzuty stanowią merytorycznie powtórzenie zarzutów sformułowanych przez niego uprzednio w odwołaniu, z tym, że odnoszą się do zaskarżonego wyroku, a nie bezpośrednio do zaskarżonej decyzji. Do zarzutów tych obszernie i trafnie odniósł się Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zaś Sąd odwoławczy w całości podziela te wywody.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 479^(31a) § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 12 ust. 1 i art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania przez Sąd Okręgowy w sytuacji, gdy zaskarżona decyzja nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że rozstrzygnięcie zawarte w tym punkcie jest - zdaniem skarżącego - nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...) S.A., a przez to jest niewykonalne. W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że decyzja, która nie zawiera wszystkich składników określonych w art. 107 § 1 k.p.a. lub w przepisach szczególnych, jest decyzją wadliwą. Każda decyzja powinna zawierać rozstrzygnięcie, przy czym w wypadku decyzji nie mającej wyłącznie formalnego charakteru, rozstrzygnięciem tym będzie wiążące ustalenie konsekwencji stosowanego przepisu prawa materialnego. Rozstrzygnięcie (zwane także osnową lub sentencją decyzji) powinno być sformułowane jasno i precyzyjnie, tak aby było zrozumiałe dla stron bez uzasadnienia, które nie zawsze musi być składnikiem decyzji (por. A. Wróbel, Andrzej, Art. 107. w: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Wolters Kluwer, 2018). Trafnie również wskazuje się, że decyzja organu administracji państwowej, nakładająca na stronę postępowania administracyjnego obowiązek określonego zachowania, powinna obowiązek ten wyrażać precyzyjnie, bez niedomówień i możliwości różnej interpretacji (por. wyrok NSA w Gdańsku z 30 grudnia 1987 r., sygn. akt SA/Gd 1045/87, ONSA 1987, nr 2, poz. 94).

Jednakże, w ocenie Sądu Apelacyjnego, treść punktu I.4 decyzji zobowiązującej jest jasna, precyzyjna i nie pozostawia wątpliwości co do sposobu jej wykonania. Jak słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji, powód również nie powinien mieć wątpliwości co do sposobu jej wykonania, skoro: po pierwsze - sam zaproponował i sformułował treść zobowiązań, jakie następnie organ antymonopolowy nałożył na niego w decyzji zobowiązującej, a po drugie - w toku postępowania powód zwrócił się do organu antymonopolowego o wyjaśnienie, czy może wykonać decyzję dodatkowo wprowadzając lub modyfikując klauzulę „bierz i płać” i w tym zakresie uzyskał odpowiedź negatywną. Wobec powyższych okoliczności, zarzut pozostawiania przez (...) w niepewności co do wymaganego sposobu wykonania decyzji zobowiązującej, należy uznać za chybiony. W konsekwencji nie ma podstaw do formułowania twierdzeń o częściowej nieważności decyzji zobowiązującej jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa i niewykonalnej (art. 156

§ 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k.), bądź o braku podstaw do uznania, że decyzja zobowiązująca w części nie została wykonana.

Nie ma racji również powód zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 12 ust. 1 w zw. z art. 107 u.o.k.i k. poprzez przyjęcie, że niewykonanie decyzji zobowiązującej może polegać na podjęciu działań, które nie były w ogóle objęte rozstrzygnięciem zawartym w tej decyzji (tj. nie zostały nakazane ani zakazane), takich jak wprowadzenie klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej. Z treści punktu I.4 decyzji zobowiązującej wynika bowiem jednoznacznie, że wykonanie przez powoda zobowiązania w tym zakresie miało polegać na złożeniu odbiorcom oferty zmiany umów poprzez usunięcie z nich określonej jednostki redakcyjnej albo jej modyfikację, tak aby zakwestionowane postanowienia zostały z nich usunięte. Zasadnie przyjął Sąd Okręgowy, że powód częściowo nie wykonał punktu I.4 decyzji zobowiązującej, skoro nie poprzestał na zaoferowaniu kontrahentom usunięcia lub modyfikacji postanowień zakwestionowanych przez organ antymonopolowy, lecz oferty te powiązał z wprowadzeniem lub modyfikacją formuły „bierz i płać”, które to dodatkowe zmiany nie mogły zostać odrzucone przy jednoczesnym przyjęciu klauzul, o których mowa wprost w decyzji zobowiązującej. A przy tym, zaoferowane dodatkowo klauzule wywoływały skutek zbliżony do tego, jaki wynikał z zakwestionowanych postanowień umów.

W ocenie Sądu odwoławczego, przyjęty przez powoda sposób wykonania decyzji zobowiązującej prowadził do częściowego zniwelowania jej skutków, poprzez pozostawienie w mocy częściowych ograniczeń odbiorców paliw gazowych w zakresie zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej. Nie jest trafny pogląd powoda, że był on uprawniony do wykonania decyzji zobowiązującej w powyższy sposób, skoro w jej treści wyraźnie nie zakazano wprowadzenia innych klauzul, niż wskazane wprost w decyzji. Trudno bowiem założyć, że organ antymonopolowy powinien przewidzieć, jakie inne klauzule powód chciałby wprowadzić do umów i niejako „prewencyjnie” zakazać podjęcia próby ich wprowadzenia. Wymaganie takie byłoby: po pierwsze - niewykonalne, gdyż przewidzenie możliwych wariantów ewentualnych klauzul nie jest możliwe, a po drugie - nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa. Dlatego w sytuacji, gdy w decyzji zobowiązującej organ antymonopolowy nakazał powodowi złożenie kontrahentom ofert usunięcia z umów lub modyfikacji szczegółowo określonych postanowień, powód powinien wykonać decyzję w ten właśnie sposób, zamiast zastępowania dotychczasowych klauzul innymi, o podobnym celu i skutku.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów skutkującą błędnym ustaleniem, jakoby powód nie był uprawniony do wprowadzenia klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej. Zarzut ten został wadliwie sformułowany, ponieważ kwestia prawidłowego sposobu wykonania decyzji zobowiązującej należy do sfery oceny prawnej, a nie do sfery ustaleń faktycznych. Natomiast dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena prawna tego zagadnienia jest prawidłowa. W konsekwencji nietrafny jest też zarzut naruszenia art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie istotnych okoliczności i dowodów uzasadniających przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 decyzji zobowiązującej. Dowody te nie mogły bowiem mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy zaskarżona decyzja nakłada karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powód - jego zdaniem - wykonał w terminie powyższe zobowiązanie. Powód nie był bowiem uprawniony do wprowadzenia klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, a w konsekwencji, nieprawdziwe jest jego twierdzenie o wykonaniu w terminie wskazanego wyżej zobowiązania. Nie ma również racji powód zarzucając w apelacji naruszenie art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. oraz art. 9 ust. 1 u.o.k.i k. i art. 102 TFUE poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 decyzji zobowiązującej nie naruszał zasad prawa ochrony konkurencji, był obiektywnie uzasadniony i zgodny z interesem publicznym. Skoro bowiem powód nie był uprawniony do samowolnej modyfikacji sposobu wykonania decyzji zobowiązującej, to irrelevantna dla rozstrzygnięcia niniejszej

sprawy jest kwestia, czy ten nieprzewidziany w decyzji sposób naruszał, czy też nie, zasady prawa ochrony konkurencji, a także był on zgodny z interesem publicznym, czy nie. Ja słusznie wskazał Sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w postępowaniu o nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.i k., przedmiotem badania są dwie okoliczności: po pierwsze - fakt uprzedniego wydania orzeczenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub sąd, zaś po drugie - wykazanie, że przedsiębiorca faktycznie nie wykonał danego orzeczenia. W niniejszej sprawie obie te okoliczności występują.

Nie ma racji powód formułując zarzuty: naruszenia art. 479^{31a} § 1 i § 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 4 pkt 10 u.o.k.i k, poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja nakłada karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powód nie posiada pozycji dominującej, a także naruszenia art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie istotnych okoliczności i dowodów dotyczących pozycji rynkowej powoda oraz naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów skutkującą błędnym ustaleniem, jakoby powód posiadał pozycję dominującą na rynku właściwym. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy, kwestia posiadania przez ukaranego przedsiębiorcę pozycji dominującej w dacie wydania decyzji zobowiązującej jest irrelevantna w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie tej decyzji. Natomiast w razie podniesienia przez przedsiębiorcę zarzutu późniejszej utraty tej pozycji, wymagane jest ustalenie, czy w okresie po wydaniu decyzji zobowiązującej przedsiębiorca nadal tę pozycję posiadał. Ustalenie to determinuje bowiem wymiar kary, która powinna być liczona do dnia, w którym przedsiębiorca przestał zajmować pozycję dominującą, względnie, wpływa na niemożność orzeczenia kary w sytuacji, gdy do utraty tej pozycji doszło już po wydaniu decyzji zobowiązującej, lecz przed datą, od której podlega ona wykonaniu. Jednakże ciężar dowodu w tym zakresie obciąża przedsiębiorcę.

Tymczasem powód w niniejszej sprawie nie przedstawił dowodów na tę okoliczność, a tym samym nie obalił domniemania prawnego wynikającego z art. 4 pkt 10 u.o.k.i k. Nie przedstawił również kontr-dowodów wobec wniosków wynikających z powołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku sprawozdań Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki za lata 2014 i 2015. W związku z powyższą kwestią powód w apelacji zgłosił wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: R. Ś., P. S. i P. P., na okoliczność „że powód nie posiada i nie posiadał w 2014 r. pozycji, która umożliwiałaby mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie powodowi możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów”. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, dowody te są nieprzydatne dla dokonania istotnych ustaleń w sprawie, albowiem: po pierwsze - teza dowodowa wskazuje na zamiar wykazania braku pozycji dominującej powoda zarówno w dacie wydania decyzji zobowiązującej, jak i w okresie późniejszym, a nie zmian w zakresie tej pozycji już po nałożeniu zobowiązania na powoda, a po drugie - zbadanie kwestii istnienia pozycji dominującej powoda na rynku właściwym w określonym czasie wymagałoby skorzystania z wiadomości specjalnych, a nie z zeznań świadków. Zaś powód wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowego zgłosił wyłącznie na okoliczność „wpływu, jaki na działalność i stabilność finansową powoda, krajowe rynki gazu, sytuację sektora gazowego, ciągłość dostaw paliwa gazowego do odbiorców, oraz ogólnie stan konkurencji na rynku właściwym mogłaby mieć rezygnacja przez powoda z mechanizmu zabezpieczającego i wprowadzenie pełnej elastyczności w zakresie odbiorów realizowanych przez odbiorców powoda”. Chodzi więc o próbę dowodzenia twierdzenia, że przyjęty przez powoda sposób wykonania punktu I.4 decyzji zobowiązującej nie naruszał zasad prawa ochrony konkurencji, był obiektywnie uzasadniony i zgodny z interesem publicznym - które to okoliczności w niniejszej sprawie są irrelevantne. Z tej samej przyczyny Sąd Apelacyjny pominął także pozostałe wnioski dowodowe zgłoszone w apelacji.

Nietrafne są również zarzuty: naruszenia art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja nakłada karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że powodowi nie można przypisać winy w zarzucanym niewykonaniu, a także naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodów skutkującą błędnym ustaleniem, jakoby powodowi można przypisać winę w zarzucanym niewykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej. W ocenie Sądu odwoławczego w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że zachowaniu powoda należy przypisać umyślność, o której świadczy jego świadomość co do sposobu prawidłowego wykonania decyzji zobowiązującej i niedopuszczalności modyfikacji zobowiązania przez

wprowadzenie lub modyfikację klauzul „bierz lub płac”, a także profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Powód bowiem sam zaproponował organowi antymonopolowemu treść zobowiązania, a następnie prowadził z tym organem polemikę co do dopuszczalnych sposobów wykonania przyszłej decyzji. Pomimo uzyskania negatywnej odpowiedzi co do dopuszczalności wprowadzenia do ofert zmiany umów klauzul „bierz lub płac” i wydania decyzji zobowiązującej nie przewidującej takiej możliwości, powód nie zaskarżył decyzji zobowiązującej, natomiast wykonał tę decyzję w sposób niezgodny z jej treścią, lecz zapewniający pozostawienie częściowej ochrony jego interesów finansowych. W tej sytuacji działanie powoda należy zakwalifikować jako umyślne naruszenie zobowiązania wynikającego z decyzji.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. art. 107 u.o.k.i k. w zw. z art. 111 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy - zdaniem powoda - organ wadliwie ustalił w decyzji wymiar kary pieniężnej, w szczególności poprzez pominięcie okoliczności łagodzących oraz błędne przypisanie okoliczności obciążających. Według Sądu Apelacyjnego, prawidłowy jest okres 490 dni, za który została na powoda nałożona kara pieniężna. Nie ma bowiem racji skarżący twierdząc, że karę można było na niego nałożyć najwcześniej od dnia doręczenia mu postanowienia o wszczęciu postępowania w przedmiocie nałożenia tej kary, ponieważ dopiero wówczas dowiedział się, iż wadliwie wykonał punkt I.4 decyzji zobowiązującej. Powód powinien bowiem mieć świadomość, jak prawidłowo należy wykonać tę decyzję już w chwili jej doręczenia i powinien ją wykonać prawidłowo w terminie określonym w punkcie II.2 decyzji. Dlatego zasadne było liczenie kary za każdy dzień zwłoki od dnia 23 maja 2014 r. do 25 września 2015 r. Jedynie na marginesie wskazać należy, że nietrafne jest twierdzenie powoda, iż ewentualna kara mogłaby zostać na niego nałożona dopiero po formalnym rozstrzygnięciu przez organ antymonopolowy podnoszonych przez niego zarzutów i odniesieniu się do jego argumentacji, skoro taki tryb nie jest przewidziany w obowiązującym prawie. Z okoliczności sprawy wynika natomiast, że powód po doręczeniu mu decyzji nie miał podstaw do przekonania, iż wykonuje decyzję zobowiązującą w sposób prawidłowy.

Nietrafne jest również zapatrywanie powoda, że wadliwe było przyjęcie za okoliczność obciążającą fakt uciążliwego pozostawiania w zwłoce w wykonaniu decyzji zobowiązującej, skoro okoliczność ta jest uwzględniona w samym mechanizmie nakładania kary za każdy dzień zwłoki. Ma rację Sąd pierwszej instancji wskazując, że czym innym są przesłanki wymiaru kary, a czym innym jest mechanizm jej obliczania, przy czym żaden przepis prawa nie wyłączył stosowania przesłanki czasu trwania naruszenia przy karach pieniężnych nakładanych przez organ antymonopolowy na przedsiębiorców na podstawie art. 107 u.o.k.i k. Niesłusznie przyjmuje też skarżący, że recydywę wyklucza wydanie decyzji w sprawie naruszenia praktyk ograniczających konkurencję, a następnie decyzji o nałożeniu kary pieniężnej w związku z częściowym niewykonaniem decyzji zobowiązującej. Obie te decyzje związane są bowiem z dopuszczeniem się przez powoda czynów naruszających zasady konkurencji. Ponadto wprawdzie już po wydaniu zaskarżonej decyzji, uchylona została powołana w jej uzasadnieniu decyzja w sprawie naruszenia praktyk ograniczających konkurencję, lecz w odpowiedzi na apelację organ antymonopolowy wskazał kolejną decyzję, która stanowi podstawę do przyjęcia recydywy powoda.

Ponadto - według Sądu Apelacyjnego - Sąd pierwszej instancji prawidłowo uznał, że zachowanie powoda stanowiło naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w stopniu znacznym. Nie jest trafny pogląd powoda, że naruszenie ustawy, którego dopuścił się, wynikało z konieczności ochrony innego ważnego interesu publicznego, niż konieczność wykonania decyzji administracyjnej. Powód interesu tego upatruje w konieczności zapewnienia stabilności dostaw paliwa gazowego, a tym samym ochrony bezpieczeństwa energetycznego państwa. Nie negując ważności wskazanego wyżej interesu, wskazać należy, że powód wybrał wadliwy sposób jego ochrony. Zamiast kwestionować zakres nałożonych na niego obowiązków skarżąc decyzję zobowiązującą, powód postanowił jej częściowo nie wykonać, dokonując wyboru sposobu realizacji obowiązków niezgodnego z jej treścią. Dlatego zachowanie powoda stanowiło naruszenie ustawy w stopniu znacznym, a motyw jego działania nie mogą być także uznane za okoliczność łagodzącą.

Jako przesłanki łagodzącej nie można traktować również współpracy powoda z organem antymonopolowym w toku postępowania o nałożenie kary pieniężnej, które miało polegać na terminowym przedstawianiu informacji. Jest to

bowiem ustawowy obowiązek każdego przedsiębiorcy w toku postępowania administracyjnego, a zachowanie powoda nie wykraczało poza tą powinność. Przesłanką łagodzącą jest natomiast fakt wykonania przez powoda znacznej części decyzji, przy czym ma rację Sad Okręgowy wskazując w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że przesłanka ta została uwzględniona przy wymiarze kary w sposób proporcjonalny. Nie można zaś poszczególnym obowiązkom przewidzianym w decyzji zobowiązującej przypisywać jednakowej wagi, a w konsekwencji nie jest zasadne ustalanie wysokości kary za niewykonanie tej decyzji przez samo podzielenie stawki przez liczbę niewykonanych punktów orzeczenia. Z kolei wysoki przychód powoda w niniejszej sprawie nie został uwzględniony jako przesłanka obciążająca, a jedynie organ antymonopolowy uwzględnił go, aby orzeczona kara była adekwatna do możliwości finansowych powoda.

Wadliwe są też zarzuty: naruszenia art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 oraz art. 233 § 1 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie istotnych okoliczności i dowodów wskazujących na zmianę okoliczności mających istotny wpływ na wydanie punktu I.4 decyzji zobowiązującej, a także naruszenia art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 12 ust. 6 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.i k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.i k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy organ zaniechał uchylenia punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo że nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na jej wydanie. Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 12 ust. 5-7 u.o.k.i k., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może z urzędu uchylić decyzję zobowiązującą, w przypadku, gdy: została ona wydana w oparciu o nieprawdziwe, niekompletne lub wprowadzające w błąd informacje lub dokumenty, lub przedsiębiorca nie wykonuje nałożonych w niej zobowiązań lub obowiązków. Ponadto może on - za zgodą przedsiębiorcy - z urzędu uchylić decyzję, w przypadku, gdy nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji. W przypadku uchylenia decyzji Prezes Urzędu orzeka co do istoty sprawy. Decyzja organu antymonopolowego w przedmiocie uchylenia decyzji zobowiązującej ma charakter uznaniowy i jest wydawana w odrębnym postępowaniu, a nie w postępowaniu o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie zobowiązania wynikającego z takiej decyzji. Kwestia ta nie może więc podlegać kontroli sądowej w ramach przedmiotowej sprawy.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 108 § 1 k.p.c.