

Sygn. akt XVII *AmA 4/16*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: **SSO Ewa Malinowska**

protokolant: inspektor Patrycja Żuk

po rozpoznaniu 21 marca 2017 r. w Warszawie na rozprawie

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

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

### **o nałożenie kary pieniężnej**

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 25 września 2015 r. o nr DOK – (...)

I. oddala odwołanie;

II. zasądza od powoda (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ewa Malinowska

Sygn. akt XVII *AmA 4/16*

## UZASADNIENIE

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

- **w punkcie I**, na podstawie art. 107 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) 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, **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, licząc od dnia 23 maja 2014 r. do dnia 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.

- **w punkcie III**, na podstawie art. 75 ust. 1 pkt 2 uokik 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 **obciążył** (...) S.A. z siedzibą w W. **kosztami postępowania** w wysokości 202,15 zł.

(decyzja, k. 4-61).

W odwołaniu od powyższej decyzji (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej: (...) S.A.) zaskarżyło decyzję w części nakładającej na Spółkę karę pieniężną oraz obciążającą ją kosztami postępowania, tj. co do punktów I i III sentencji decyzji. Strona wniosła o:

1. uchylenie decyzji w zaskarżonej części, tj. w zakresie punktów I. i III. sentencji decyzji;
2. - ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku - o zmianę decyzji w części, tj. w zakresie punktu I. sentencji decyzji poprzez stwierdzenie, że (...) wykonał zobowiązanie określone w punkcie I).4) sentencji decyzji zobowiązującej w terminie oraz uchylenie decyzji w części, tj. w zakresie punktu III. sentencji decyzji;
3. - ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków – o zmianę decyzji w części, tj. w zakresie punktu I. sentencji decyzji poprzez obniżenie wysokości kary pieniężnej oraz uchylenie decyzji w części, tj. w zakresie punktu III. sentencji decyzji.

W każdym wypadku strona wniosła o stwierdzenie, że decyzja w zaskarżonej części została wydana z rażącym naruszeniem prawa.

Zaskarżonej decyzji zarzucono naruszenie przepisów prawa materialnego i procedury administracyjnej, a w szczególności:

1. naruszenie art. 107 u.o.k.k. poprzez nałożenie kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I).4) sentencji decyzji Prezesa UOKiK nr DOK- (...) z dnia 31 grudnia 2013 roku („decyzja zobowiązująca”), 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.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.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.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.k.;

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

3. naruszenie art. 10 ust. 1 u.o.k.k., art. 49 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 88 ust. 2 u.o.k.k. oraz art. 107 u.o.k.k. poprzez rozstrzygnięcie - w decyzji wydanej w postępowaniu w sprawie nałożenia kary pieniężnej - w przedmiocie zaproponowanych przez (...) 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. naruszenie art. 7 k.p.a. i art. 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. oraz art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k., polegające na zaniechaniu wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz ocenie wiarygodności i mocy dowodów w sposób sprzeczny z zasadami prawidłowego rozumowania oraz wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, skutkujące błędnym i dowolnym ustaleniem stanu faktycznego sprawy, w szczególności poprzez:

i. błędne ustalenie, jakoby (...) nie wykonał punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej,

ii. dowolne i błędne ustalenie, jakoby zaproponowane przez (...) klauzule „bierz lub płac” miały skutek równoważny do postanowień zakwestionowanych w decyzji zobowiązującej,

(...). zaniechanie dokonania ustaleń w zakresie rynku właściwego oraz pozycji dominującej na rynku właściwym;

5. naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. w zw. z art. 107 u.o.k.k. poprzez przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego przy ocenie niewykonania punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej;

6. naruszenie 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.k. oraz art. 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 u.o.k.k., polegające na pominięciu okoliczności i dowodów istotnych dla oceny wykonania przez (...) punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej, a w konsekwencji zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz wadliwa ocena dowodów i błędne ustalenie jakoby (...) nie wykonał tego punktu;

7. naruszenie art. 107 u.o.k.k. w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 9 ust. 1 u.o.k.k. i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) poprzez nałożenie kary pieniężnej pomimo braku ku temu podstaw, tj. w sytuacji, w której przyjęty przez (...) sposób wykonania punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej nie naruszał zasad prawa ochrony konkurencji, był obiektywnie uzasadniony i stanowił wykonanie tego punktu;

8. naruszenie art. 107 u.o.k.k. polegające na nałożeniu kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że (...) nie można przypisać winy w zarzucanym niewykonaniu tego punktu;

9. naruszenie art. 107 u.o.k.k. w zw. z art. 4 pkt 10 u.o.k.k. polegające na nałożeniu kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że (...) nie można przypisać posiadania pozycji dominującej;

10. naruszenie art. 107 u.o.k.k. w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez wadliwe ustalenie wymiaru kary pieniężnej, w szczególności poprzez pominięcie przy wymiarze kary okoliczności łagodzących oraz błędne przypisanie okoliczności obciążających;

11. naruszenie art. 12 ust. 6 u.o.k.k. w zw. z art. 7 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez zaniechanie uchylecia punktu I).4) sentencji decyzji zobowiązującej, pomimo że nastąpiła zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji zobowiązującej w zakresie tego punktu.

Powód podtrzymał swoje stanowisko procesowe w piśmie z 18 kwietnia 2016 r.

(odwołanie, k. 62-121; replika na odpowiedź na odwołanie, k. 457-472).

W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(odpowiedź na odwołanie, k. 272-288).

**Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Dnia 3 kwietnia 2013 r. Prezes UOKiK 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 poprzez nieprzyznanie odbiorcom prawa do częściowej zmiany sprzedawcy.

dowód: postanowienie ws. znak: (...), k. 314-320

W toku wskazanego postępowania, w piśmie z 29 kwietnia 2013 r., przedsiębiorca (...) S.A. wystąpił z wnioskiem o wydanie przez Prezesa UOKiK, w trybie przepisu art. 12 uokik, decyzji zobowiązującej (...) do podjęcia działań, szczegółowo opisanych we wniosku, zmierzających do zapobieżenia ewentualnym naruszeniom poprzez wyeliminowanie wszystkich wskazanych w postanowieniu postanowień, które w cenie Prezesa UOKiK mogą ograniczać konkurencję.

W kolejnych pismach z 14 maja 2013 r., 19 lipca 2013 r. oraz 16 września 2013 r. Prezes UOKiK wystąpił do (...) S.A. o doprecyzowanie przedmiotowego wniosku. Spółka dokonała modyfikacji pierwotnego wniosku kolejno w piśmie z 27 maja 2013 r., w załączniku nr 1 do pisma z 5 sierpnia 2013 r., w załączniku nr 1 do pisma z 4 października 2013 r. oraz w piśmie z 22 listopada 2013 r.

dowód: pismo strony z 29.04.2013 r., k. 372-379; pisma Prezesa UOKiK: z 14.05.2013 r., k. 380-382, z 19.07.2013 r., k. 385-389, z 16.09.2013 r., k. 420-422; pisma (...) S.A.: z 27.05.2013 r., k. 383-384, z 5.08.2013 r. wraz z załącznikiem, k. 390-419, z 4.10.2013 r. wraz z załącznikiem, k. 423-434; z 22.11.2013 r., k. 473-479.

Dnia 31 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK, na podstawie art. 12 uokik, wydał decyzję o nr (...), którą nałożył na (...) S.A. obowiązek wykonania zaproponowanych przez przedsiębiorcę zobowiązań, w tym 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, zobowiązanie określone w punkcie I)4) miało zostać wykonane w terminie 4 miesięcy od uprawomocnienia się decyzji. (...) S.A. nie wniósł odwołania od powyższej decyzji, która stała się ostateczna 23 stycznia 2014 r. Termin na wykonanie przedmiotowego obowiązku upływał w dniu 23 maja 2014 r.

dowód: decyzja nr (...), k. 435-473; okoliczności bezsporne

Obowiązek wykonania punktu I)4) decyzji z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...) spoczywał nie tylko na adresacie decyzji, tj. (...) S.A., lecz również na przedsiębiorcy – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., który to podmiot ex lege - na podstawie art. 5b<sup>(1)</sup> ust. 1 i ust. 7 ustawy – Prawo energetyczne - stał się stroną umów o dostawy paliwa gazowego z odbiorcami detalicznymi pobierającymi poniżej 25 mln m<sup>(3)</sup> paliwa gazowego na rok, a tym samym stał się również 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 (...), (...) S.A. pozostała stroną 42 umów, w których zwarte zostały postanowienia objęte punktem I)4) decyzji z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...).

dowód: okoliczności bezsporne

W związku z obowiązkiem przewidzianym w punkcie I)4) decyzji z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...), do dnia 23 maja 2013 r. (...) S.A. przedstawił swoim kontrahentom – odbiorcom paliwa gazowego oferty zmiany zawartej umowy sprzedaży tego paliwa, przy czym propozycje te przedstawiono zarówno odbiorcom, którzy po wyodrębnieniu (...) Sp. z o.o. stali się z mocy prawa jego kontrahentami, jak i odbiorcom, którzy pozostali kontrahentami (...) S.A. Termin na przyjęcie ofert upłynął 23 listopada 2014 r.

W stosunku do 42 umów, których stroną pozostało (...) S.A., 5 odbiorców przyjęło oferty zmiany umowy, natomiast treść 37 umów pozostała niezmieniona. Treść zmian zaproponowanych przez (...) S.A. była różna, w zależności od tego, jak dotychczas uregulowano w umowie kwestie objęte postanowieniami zakwestionowanymi w punkcie I)4) decyzji nr (...). Oferty przewidywały w tym zakresie – odpowiednio - bądź wykreślenie, bądź modyfikację zakwestionowanych postanowień, mające na celu zniesienie ograniczeń ilościowych lub procentowych w zmniejszaniu zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną, jak i zniesienie wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcie aneksu do umowy w celu zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. W powyższym zakresie oferty, skierowane przez (...) S.A. w odniesieniu do wskazanych 42 umów, stanowiły wykonanie obowiązku przewidzianego w punkcie I)4) sentencji decyzji z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...).

dowód: okoliczności bezsporne; pisma (...): z 30.07.2014 r. – Informacja o wykonaniu zobowiązań nałożonych decyzją Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami, k. 10-517 akt admin.; z 5.11.2014 r. wraz z załącznikiem nr 3, k. 523-531 oraz objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 540-600 akt admin.; z 12.02.2015 r. wraz z załącznikiem nr 1, k. 936-941 akt admin. oraz objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 942-947, 949-995 akt admin.; z 21.04.2015 r. wraz z załącznikiem nr 2 i płytami CD, k. 1530-1536 akt admin. oraz objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 1523-1529, 1540-1589 akt admin.

W treści ofert skierowanych do odbiorców, będących nadal kontrahentami (...), oprócz wskazanych wyżej propozycji zmian umów, odpowiadających zobowiązaniu z punktu I)4) sentencji decyzji z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...), znalazły się także nowe, nie przewidziane w danej decyzji postanowienia, które wprowadzały, względnie modyfikowały, tzw. klauzulę „bierz lub płać”, dotyczącą minimalnej rocznej ilości paliwa gazowego, jaką odbiorca zobowiązuje się odebrać. 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. W następnych latach odbiorca ma prawo do odebrania tej ilości paliwa gazowego, której nie odebrał w roku bazowym, a za którą zapłacił. W powyższym zakresie w przedmiotowych ofertach przedstawionych odbiorcom paliw (...) S.A.:

1) zaproponowało w 12 przypadkach, w umowach w których nie przewidziano dotychczas klauzul typu „bierz lub płać”, wprowadzenie tego rodzaju regulacji, przy czym podstawą dla obliczenia minimalnych ilości rocznych, które odbiorca ma obowiązek odebrać, stanowić miała ilość paliwa zamówiona w roku gazowym 2014, a nie ilość zamówiona na dany rok gazowy; treść postanowienia zaproponowanego w aneksie do umowy brzmiała następująco:

„1. W każdym Roku Umownym, KUPUJĄCY jest zobowiązany do odbioru Minimalnej Ilości Rocznej (MinIR), określonej na podstawie następującej formuły:

$$\text{MinIR} = 85\% \times \text{ZRIU}$$

gdzie:

ZRIU – oznacza skorygowaną Roczna Ilość Umowną, obliczoną wg formuły:

$$\text{ZRIU} = (\dots)(B) - \text{SW} - \text{NI}$$

gdzie:

(...)(B) - oznacza Roczna Ilość Umowną zamówioną przez KUPUJĄCEGO na Rok Gazowy 2014, gdzie:

Rok Gazowy 2014 - oznacza Rok umowy w rozumieniu Taryfy, który rozpoczął się od godz. 6.00 dnia 1 października 2013 r.

SW - oznacza nieodebrane ilości paliwa gazowego w danym Roku umownym, spowodowane działaniem siły wyższej.

NI - niedostarczone ilości paliwa gazowego (z powodu niezgodnych z Umową parametrów jakościowych i wielkości ciśnień).

2. Jeżeli w którymkolwiek Roku Umownym KUPUJĄCY nie odbierze MinIR ustalonej zgodnie z ust. 1, zobowiązany będzie wówczas do zapłaty SPRZEDAJĄCEMU kary umownej za każdy  $1 \text{ m}^3$  albo jednostkę energii paliwa gazowego (w zależności od tego co jest podstawą rozliczenia KUPUJĄCEGO przewidzianą w Taryfie), stanowiący różnicę między MinIR a ilością faktycznie odebraną w wysokości siedemdziesięciu pięciu procent (75%) ceny za paliwo gazowe należnej SPRZEDAJĄCEMU, obliczonej zgodnie z Taryfą obowiązującą w ostatnim dniu danego Roku umownego, w którym nastąpiło nieodebranie.

3. KUPUJĄCY jest zobowiązany na podstawie właściwego dokumentu księgowego wystawionego przez SPRZEDAJĄCEGO do zapłaty kary umownej obliczonej zgodnie z ust. 2 w terminie czternastu (14) dni od dnia otrzymania od SPRZEDAJĄCEGO dokumentu księgowego zawierającego wyliczenie kary umownej.

4. Odbiór nieodebranych ilości paliwa gazowego jest możliwy przez okres trzech (3) Lat umownych, licząc od pierwszego dnia Roku Umownego następującego po Roku Umownym, w którym nastąpiło nieodebranie i wyłączenie pod warunkiem uprzedniego odebrania przez KUPUJĄCEGO MinIR określonej w ust. 1 w Roku Umownym, w którym następuje odbiór oraz pod warunkiem istnienia technicznych możliwości dostawy nieodebranych ilości paliwa gazowego oraz odpowiedniej Mocy Umownej.

5. W przypadku odbioru nieodebranych ilości paliwa gazowego, KUPUJĄCY zobowiązany jest do zapłaty SPRZEDAJĄCEMU należności za ww. ilości według ceny określonej w Taryfie obowiązującej na dzień odbioru. W takim wypadku zapłacona przez KUPUJĄCEGO kara umowna, o której mowa w ust. 2, zostanie zaliczona na poczet należności za paliwo gazowe.

6. Jeżeli w danym Miesiącu Umownym KUPUJĄCY odbierze nieodebrane ilości paliwa gazowego, wówczas SPRZEDAJĄCY niezależnie od należności za bieżący pobór paliwa gazowego, doliczy do faktury VAT cenę należną SPRZEDAJĄCEMU za odebrane ilości paliwa gazowego, obliczone zgodnie z ust. 5.

7. Po upływie okresu wskazanego w ust. 4 możliwość odbioru przez KUPUJĄCEGO, pozostałych ilości nieodebranych wygasa.”

2) w odniesieniu do 25 umów, w których przewidziano już klauzulę typu „bierz lub płać”, zaproponowało odbiorcom zmiany polegające na wprowadzeniu innego, w stosunku do wcześniej przyjętego, sposobu obliczania minimalnych

ilości rocznych, określających ilość paliwa gazowego, którą dany odbiorca zobowiązany jest odebrać. Według propozycji (...) S.A., minimalne ilości roczne miały być każdorazowo obliczane na podstawie rocznej ilości umownej zamówionej na rok gazowy 2014, a nie jak dotychczas – wg rocznej ilości umownej zamówionej na dany rok gazowy. Wysokość wskaźnika procentowego, użytego w zaproponowanej formule obliczania minimalnych ilości rocznych, wynosiła dla wskazanej grupy umów między 75% x ZRIU a 90% x ZRIU, gdzie ZRIU oznacza skorygowaną roczną ilość umowną.

W odniesieniu do 5 umów z grupy 42 umów sprzedaży paliwa gazowego, których stroną pozostało (...) S.A., w przesłanych ofertach (...) S.A. nie zaproponowało zmian w postanowieniach umownych regulujących minimalne ilości roczne. Odbiorcy z tej grupy umów mieli pozostać przy dotychczasowej formule „bierz lub płać”, w której wysokość minimalnych ilości rocznych obliczana jest na podstawie rocznej ilości paliwa gazowego zamówionej na dany rok, bez odniesienia do ilości zamówionej w roku gazowym 2014. Do danej kategorii odbiorców należą odbiorcy, którzy zużywają rocznie do 1 mln m<sup>3</sup> paliwa gazowego, wyjąwszy jedną umowę odbiorcy, któremu pomimo zużycia gazu poniżej 1 mln m<sup>3</sup> na rok zaproponowano wprowadzenie postanowienia o minimalnych ilościach rocznych, obliczanych na podstawie ilości paliwa gazowego zamówionej na rok gazowy 2014. Przykładowa treść postanowienia regulującego minimalne ilości roczne brzmiała następująco (przy czym różnice w poszczególnych umowach dotyczą wzoru obliczania rocznej ilości umownej/skorygowanej rocznej ilości umownej, lecz w każdym przypadku punktem wyjścia jest ilość paliwa gazowego dostarczana w danym roku umownym):

„1. W każdym Roku Gazowym w okresie obowiązywania niniejszej Umowy, Odbiorca jest zobowiązany do odbioru Minimalnej Ilości Rocznej (MinIR), określonej na podstawie następującej formuły:

$$\text{MinIR} = 80\% \text{ [w niektórych umowach } 85\%, 90\%] \times \text{ZRIU}(s)$$

gdzie:

ZRIU – oznacza zredukowany poziom skorygowanej Rocznej Ilości Umownej, przy czym:

a) dla Odbiorcy, któremu Paliwo Gazowe dostarczane jest na podstawie Umowy przez pełen Rok Gazowy:

$$\text{ZRIU}(s) = \text{ZRIU},$$

b) dla Odbiorcy, który zawarł Umowę w ciągu trwania Roku Gazowego:

$$\text{ZRIU}(s) = \text{ZRIU} \times D \text{ nrk} / 365$$

gdzie:

D nrk – oznacza ilość dni dostarczania Paliwa Gazowego na podstawie Umowy w danym Roku Gazowym

ZRIU – oznacza skorygowaną Roczną Ilość Umowną, obliczoną według formuły:

$$\text{ZRIU} = \text{RIU} - \text{SW} - \text{NI}$$

gdzie:

RIU – oznacza określoną zgodnie z zasadami wynikającymi z § 5 ust. 2 i 3 [postanowienia zakwestionowane w punkcie D4) sentencji decyzji (...)]

SW – oznacza nieodebrane ilości paliwa gazowego w danym Roku umownym, spowodowane działaniem siły wyższej

NI – niedostarczone ilości paliwa gazowego (z powodu niezgodnych z Umową parametrów jakościowych i wielkości ciśnień).

2. Jeżeli w którymkolwiek Roku Umownym Odbiorca nie odbierze MinIR ustalonej zgodnie z ust. 1, zobowiązany będzie wówczas do zapłaty Sprzedawcy kary umownej za każdy 1 m<sup>3</sup> Paliwa Gazowego, stanowiący różnicę między MinIR a ilością faktycznie odebraną w wysokości osiemdziesięciu procent (80%) ceny za Paliwo Gazowe należne Sprzedawcy, obliczonej zgodnie z Taryfą Sprzedawcy obowiązującą w ostatnim dniu danego Roku umownego, w którym nastąpiło nieodebranie.”

dowód: pisma (...): z 30.07.2014 r. – Informacja o wykonaniu zobowiązań nałożonych decyzją Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami, k. 10-517 akt admin.; z 12.02.2015 r. wraz z załącznikiem nr 1, k. 936-941 akt admin. oraz objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 942-947, 949-995 akt admin.; z 21.04.2015 r. wraz z załącznikiem nr 2 i płytami CD, k. 1530-1536 akt admin. oraz objęte tajemnicą przedsiębiorstwa k. 1523-1529, 1540-1589 akt admin.

Postanowieniem z dnia 17 października 2014 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie w sprawie nałożenia na (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. kary pieniężnej, o której mowa w art. 107 uokik, w związku z podejrzeniem pozostawiania w zwłocę w wykonaniu punktu I)4) sentencji decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2013 r. o nr DOK- (...).

dowód: postanowienie ws. znak: (...), k. 1-3 akt admin.

W dniu 25 września 2015 r. Prezes UOKiK wydał decyzję, o nr DOK- (...), która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu sądowym.

Powyżej opisany stan faktyczny został ustalony w oparciu o wyżej przywołane dowody, zgromadzone w toku postępowania administracyjnego i sądowego. Dowody te nie były kwestionowane przez strony, a i Sąd nie znalazł podstaw, by odmówić im mocy dowodowej.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Niniejsza sprawa pozostaje w ścisłym związku z okolicznością wydania przez Prezesa UOKiK, dnia 31 grudnia 2013 r., decyzji zobowiązującej o nr DOK- (...), którą nałożono na (...) S.A. obowiązek wykonania szeregu zobowiązań, zaproponowanych przez Spółkę w toku prowadzonego przeciwko niej postępowania antymonopolowego w sprawie o nadużywanie pozycji dominującej na krajowych rynkach sprzedaży hurtowej i detalicznej paliwa gazowego.

Wobec tego, że postępowanie antymonopolowe wszczęto przed dniem 18 stycznia 2015 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, to zgodnie z art. 3 noweli, w postępowaniu tym należało stosować dotychczasowe przepisy. Natomiast w myśl art. 12 uokik - w brzmieniu przed 18 stycznia 2015 r. - jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu – że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE, a przedsiębiorca któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań (ust. 1). W decyzji tej Prezes Urzędu może określić termin wykonania zobowiązań (ust. 2). Z kolei w art. 107 uokik w jego ówczesnym brzmieniu przewidziano, że Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanych na podstawie, między innymi, art. 12 ust. 1. Karę tę nakłada się, licząc od daty wskazanej w decyzji.

Kara pieniężna wymierzana w oparciu o art. 107 uokik ma charakter kary przymuszającej, ponieważ jej nałożenie ma skłonić przedsiębiorcę do jak najszybszego wykonania decyzji lub postanowień wydawanych przez Prezesa UOKiK na podstawie przepisów uokik, jak i do wykonania wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, bądź orzeczeń instancji odwoławczych od wyroków tego sądu. Jednocześnie jest to kara samoistna, gdyż jej nałożenie stanowi



sprawę merytorycznie odrębną od sprawy, która została rozstrzygnięta w drodze orzeczenia Prezesa UOKiK lub wyroku sądu. Nałożenie kary w celu przymuszenia wymaga zatem przeprowadzenia odrębnego postępowania ze wskazaniem podstawy prawnej (tj. art. 107 uokik) oraz faktycznej (tj. niewykonanie orzeczenia przez przedsiębiorcę). Wydanie decyzji w przedmiocie nałożenia kary przymuszającej wymaga spełnienia dwóch warunków, mianowicie, po pierwsze – uprzedniego wydania orzeczenia przez Prezesa UOKiK lub sąd oraz – po drugie – wykazania, że przedsiębiorca faktycznie nie wykonał danego orzeczenia. (zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014 r., s. 1026 i n.). Co istotne, przymuszenie do wykonania decyzji Prezesa UOKiK, za pomocą kary pieniężnej przewidzianej w komentowanym przepisie, może dotyczyć wyłącznie decyzji ostatecznej.

Odnosząc powyższe uwagi do okoliczności niniejszej sprawy Sąd Okręgowy stwierdza, że w sprawie tej poza sporem jest, iż Spółka (...) S.A. prawidłowo wykonała decyzję zobowiązującą z 31 grudnia 2013 r. (nr DOK- (...)) w zakresie, w jakim - stosownie do punktu I)4) tej decyzji – miała złożyć swoim kontrahentom, będącym odbiorcami paliwa gazowego, oferty zmiany zawartej umowy sprzedaży tego paliwa, które to zmiany dotyczyły zniesienia ograniczeń w zakresie zmniejszania zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną oraz zniesienia wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcia aneksu do umowy w celu dokonania zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. W powyższym zakresie przedstawienie ofert, skierowanych przez przedsiębiorcę w odniesieniu do 42 umów, będących przedmiotem analizy w toku postępowania administracyjnego i sądowego, niewątpliwie stanowiło wykonanie obowiązku przewidzianego w I)4) decyzji zobowiązującej. Niesporny jest również fakt, że w treści części z tych ofert, oprócz wskazanych propozycji modyfikacji umowy, zawarto także postanowienia nie przewidziane w decyzji zobowiązującej, które wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płac”, dotyczącą minimalnej rocznej ilości paliwa gazowego, jaką zobowiązuje się odebrać odbiorca. Kwestia sporna sprowadzała się natomiast do tego, czy powód mógł dodać tego rodzaju postanowienia i czy uwzględnienie ich w treści oferty zmiany umowy, stanowi wykonanie obowiązku przewidzianego w decyzji zobowiązującej.

W ocenie Sądu Okręgowego, powód nie był uprawniony do wprowadzenia do treści przedmiotowych ofert postanowień, które nie wynikały z decyzji zobowiązującej. Prawidłowe wykonanie zobowiązania polegało na tym, że powód powinien był uczynić tylko to, co wprost wynikało z tej 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. Należy przy tym zauważyć, że (...) S.A. miało świadomość tego, że prawidłowe wykonanie przedmiotowego obowiązku miało polegać wyłącznie na złożeniu kontrahentom propozycji usunięcia lub modyfikacji ściśle określonych postanowień, ograniczających odbiorcom możliwość zmniejszania ilości paliwa gazowego lub mocy umownej na kolejne lata i niedopuszczalne było formułowanie w tym zakresie żadnych dodatkowych postanowień. Wniosek taki wynika chociażby z faktu, że w piśmie z 16 września 2013 r. Prezes UOKiK - ustosunkowując się do przedstawionego przez (...) S.A., w załączniku nr 1 do pisma z 5 sierpnia 2013 r., sposobu realizacji zobowiązań - stwierdził w sposób jednoznaczny, że „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” (k. 420-422). Tymczasem, wbrew jasnemu 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 płac”. Na wiedzę powoda, co do sposobu wykonania decyzji zobowiązującej, wskazuje także treść zarzutu sformułowanego w punkcie 3 odwołania, jak i uzasadnienie do zarzutu 2 odwołania (punkt 42 odwołania, k. 81), w których powód wprost stwierdza, że decyzja zobowiązująca nie dotyczyła klauzul „bierz lub płac”. Skoro tak, to ich wprowadzenie do treści ofert stanowiło przejaw samowolnej i niedopuszczalnej zmiany zobowiązania, wynikającego z ostatecznej decyzji administracyjnej, którą należy ocenić nie inaczej, jak w kategoriach niewykonania decyzji. Nadto, jak trafnie zauważył pozwany, na wiedzę powoda w przedmiotowej kwestii wskazuje również przedstawiona organowi antymonopolowemu przez powoda prezentacja z kwietnia 2014 r. (k. 308-313). W dokumencie tym stwierdzono wprost, że „zakwestionowane klauzule umowne przewidują **ograniczenie zmiany** rocznych ilości kontraktowych

i mocy umownych **rok do roku**” oraz że „**Prezes UOKiK zobowiązał Spółkę do usunięcia klauzul** przewidujących powyższe ograniczenia z umów z odbiorcami biznesowymi.” (k. 309). Powyższe okoliczności wskazują zatem jednoznacznie, że (...) S.A. było świadome tego, że prawidłowe wykonanie decyzji o nr (...) dotyczyło jedynie złożenia kontrahentom oferty usunięcia lub modyfikacji zakwestionowanych przez organ klauzul umownych i wykluczało wprowadzenie do treści propozycji zmiany umów jakichkolwiek dodatkowych postanowień.

Zdaniem Sądu, ingerencja powoda w zakres obowiązku, wynikającego z punktu I)4) ostatecznej decyzji zobowiązującej, była całkowicie bezpodstawna i nieuprawniona. W konsekwencji zaś, argumentacja (...) S.A., zmierzająca do wykazania zasadności i prawidłowości wprowadzenia do umów tzw. mechanizmu zabezpieczającego w postaci klauzul „bierz lub płac”, czy też kwestionująca dopuszczalność analizy tych klauzul przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie, zwłaszcza pod kątem skutków, jakie powodują te zapisy, pozostaje irrelevantna z punktu widzenia rozstrzygnięcia tej sprawy. Czyni to tym samym bezpodstawnymi zarzuty powoda, dotyczące powyższych kwestii. Nieistotność powyższej materii w niniejszej sprawie oznaczała tym samym konieczność oddalenia wniosków dowodowych powoda, mianowicie, wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: R. Ś., P. S. i P. P. oraz dowodu z opinii zespołu biegłych lub instytutu naukowego lub naukowo-badawczego z zakresu analizy ekonomicznej, na okoliczności wskazane w punkcie VIII odwołania. Jeśli zaś chodzi o wniosek powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie na ww. okoliczności dowodu z dokumentu „Ekspertyza w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych też zawartych w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 25 września 2015 r.”, to zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury, opinie pozasądowe wykonane na zlecenie stron lub innych organów niż sąd orzekający w sprawie, nawet jeśli zostały sporządzone przez biegłego sądowego i w ramach postępowania (cywilnego, karnego czy administracyjnego), nie stanowią dowodu z opinii biegłego. Co najwyżej mogą stanowić dowód tego, że osoba, która podpisała tego rodzaju opinię, złożyła oświadczenie zawarte w opinii. Tego rodzaju opinia może być także uznawana za element stanowiska strony w sprawie i właśnie taki walor Sąd przyznał ekspertyzie przedłożonej przez powoda, przy czym również ten dowód został zgłoszony w znacznej części na okoliczności nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (por. wyroki Sądu Najwyższego z 11 czerwca 1974 r., sygn. akt II CR 260/74, System Informacji Prawnej Legalis nr 18084; z 8 listopada 1988 r., sygn. akt II CR 312/88, System Informacji Prawnej Legalis nr 26459; z 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, System Informacji Prawnej Legalis nr 52112; z 12 kwietnia 2002 r., sygn. akt I CKN 92/00, System Informacji Prawnej Legalis nr 59903; M. Sieńko [w:] red. M. Manowska, „Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz” tom 1, s. 549-553, Warszawa 2011 r.).

Ustosunkowując się zaś jedynie na marginesie do zarzutu, sformułowanego w punkcie 3 odwołania, Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że dla stwierdzenia niewykonania obowiązku, wynikającego z decyzji zobowiązującej, wystarczające było ustalenie, że do ofert adresowanych do odbiorców paliwa gazowego powód wprowadził także lub zmodyfikował tzw. klauzule „bierz lub płac”, do których to klauzul przedmiotowa decyzja w ogóle się nie odnosiła. Natomiast kwestia skutków, jakie wywołują przedmiotowe postanowienia, pozostaje bez znaczenia dla meritum niniejszej sprawy, sprowadzającego się do niewykonania przez powoda punktu I)4) decyzji zobowiązującej. Niemniej jednak, skoro powód samowolnie dokonał tego typu modyfikacji, to w ramach weryfikacji prawidłowości wykonania decyzji zobowiązującej, Prezes UOKiK był uprawniony do zbadania, czy dodanie tego typu postanowień wpisuje się w wykonanie decyzji, w tym także ustalenia, jakie są skutki jego wprowadzenia.

Należy przy tym zauważyć, że według stanowiska prezentowanego przez (...) S.A., wprowadzenie, względnie modyfikacja, klauzul „bierz lub płac” do treści ofert, miało stanowić działanie mające na celu wykonanie punktu I)4) decyzji zobowiązującej, przy jednoczesnym ograniczeniu negatywnych skutków, wynikających z pełnego wykonania tej decyzji (odwołanie, k. 93-94; „Uzasadnienie sposobu wykonania przez Spółkę (...) S.A. zobowiązania określonego w pkt I)4) decyzji Prezesa UOKiK z 31.12.2013 r. nr DOK- (...), k. 685-722 akt admin. – dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Niezależnie jednak od powyższego, należy zgodzić się z pozwanym, że rozważania powoda dotyczące skutków wprowadzenia pełnej elastyczności odbiorców paliwa pozostają bez znaczenia dla decyzji zaskarżonej w niniejszym

postępowaniu, zaś zarzuty podniesione w tym zakresie w odwołaniu stanowią w istocie niedozwoloną polemikę z ostateczną decyzją zobowiązującą i próbę jej wzruszenia.

Jeżeli natomiast powód miał jakiegokolwiek wątpliwości, co prawidłowości rozstrzygnięcia zawartego w punkcie I)4) decyzji zobowiązującej, czy też co do sposobu interpretacji nałożonego w niego obowiązku – skądinąd opartego na zobowiązaniu zaproponowanym przez samego powoda – winien był podnieść te okoliczności w odwołaniu od przedmiotowej decyzji, albo wystąpić do Prezesa UOKiK o wyjaśnienie wątpliwości, co do treści decyzji w trybie art. 113 § 2 k.p.a., czego jednak powód nie uczynił. Decyzja zobowiązująca nie została zaskarżona, zatem korzysta z przymiotu ostateczności. Zasada trwałości decyzji ostatecznych stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa postępowania administracyjnego i ma ona na celu, z jednej strony, ochronę praw nabytych strony, a z drugiej - ochronę porządku prawnego. Pewność obrotu prawnego wymaga, by decyzje ostateczne były, co do zasady, trwałe. W systemie prawa polskiego każda ostateczna decyzja administracyjna korzysta z domniemania prawidłowości i mocy obowiązującej. Tego rodzaju decyzje nie mogą być zmieniane lub uchylane przez organy dowolnie, lecz tylko w trybie i przypadkach określonych w k.p.a. lub w przepisach szczególnych. Wydaje się zatem oczywiste, że tym bardziej decyzje te nie mogą być zmieniane dowolnie przez strony. Formalny aspekt zasady trwałości decyzji ostatecznej wyraża się w tym, że decyzja obowiązuje tak długo, dopóki nie zostanie uchylona lub zmieniona przez nową decyzję opartą na odpowiedniej podstawie prawnej. Powszechnie przyjmuje się również zasadę związania sądów powszechnych skutkami prawnymi orzeczeń organów administracyjnych, która to zasada ma swe źródło w prawnym rozgraniczeniu drogi sądowej od drogi administracyjnej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd orzekający w niniejszej sprawie jest związany ostateczną decyzją Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2013 r. (nr DOK- (...)). Należy jeszcze raz podkreślić, że sprawa o nałożenie kary pieniężnej przewidzianej w art. 107 uokik jest sprawą merytorycznie odrębną od sprawy, która została rozstrzygnięta ostateczną decyzją zobowiązującą. Zatem, co do zasady, formułowanie w niniejszej sprawie zarzutów pod adresem decyzji zobowiązującej (przykładowo - w zakresie, aktualnych na datę wydania decyzji zobowiązującej, ustaleń dotyczących rynku właściwego i pozycji dominującej na tym rynku – por. w tym zakresie stanowisko SN przedstawione w uzasadnieniu wyroku z 2 lipca 2009 r. ws. o sygn. akt III SK 10/09, oraz wyroku z 16 marca 2004 r. ws. o sygn. akt III SK 6/04, o których mowa w dalszej części uzasadnienia) jest niedopuszczalne i nie może odnieść zamierzonego skutku. Dotyczy to również zarzutu sformułowanego w punkcie 11 odwołania, wskazującego na naruszenie art. 12 ust. 6 uokik, 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 decyzji zakwestionowanej w niniejszej sprawie, a więc decyzji w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej. Jeśli natomiast, jak twierdzi powód, po wydaniu decyzji zobowiązującej ujawniły się okoliczności rzutujące w sposób istotny na treść obowiązku nałożonego na (...) S.A., to powód winien był wystąpić do Prezesa UOKiK o rozważanie uchylecia decyzji w trybie art. 12 ust. 6 uokik, co skądinąd uczynił. Przy czym decyzja, czy faktycznie istnieją podstawy do uchylecia tego rozstrzygnięcia, pozostawiona została uznaniu organu antymonopolowego i nie podlega ona weryfikacji w ramach niniejszego postępowania i stanowczo należy podkreślić, że nieuchylenie decyzji zobowiązującej w oparciu o wskazany przepis, w żadnym razie nie upoważnia przedsiębiorcy do samodzielnej modyfikacji obowiązków wynikających z tej decyzji. Sąd nie znalazł podstaw do wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z - sugerowanym przez powoda - pytaniem prawnym w kwestii zgodności z Konstytucją art. 12 ust. 6 uokik w zakresie, w jakim wyłącza on możliwość złożenia przez stronę wniosku o uchylecie decyzji wydanej na podstawie art. 12 ust. 1 tej ustawy, skutkującego wszczęciem postępowania administracyjnego w sprawie uchylecia takiej decyzji. Od odpowiedzi na to pytanie nie zależało bowiem rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, a wskazany przepis nie stanowił podstawy prawnej rozstrzygnięcia sądowego.

Nie znajduje także uzasadnienia zarzut, wskazujący na częściową nieważność decyzji zobowiązującej, której konsekwencją miałyby być nieważność zaskarżonej decyzji w zakwestionowanym przez powoda zakresie. W niniejszej sprawie nie ma bowiem podstaw do zastosowania, powołanej przez powoda, koncepcji tzw. bezwzględnej nieważności decyzji administracyjnej, stanowiącej wyłom od zasady uwzględniania przez sądy powszechne skutków prawnych orzeczeń organów administracyjnych. Koncepcja ta nie ma umocowania normatywnego, ale znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, które od dawna wyraża pogląd, że decyzja administracyjna nie może być uznawana

za wywołującą skutki prawne pomimo jej formalnego nieuchylenia, jeśli jest dotknięta wadami, które godzą w samą jej istotę jako aktu administracyjnego. Do takich wad zalicza się brak organu powołanego do orzekania w określonej materii, względnie wydanie decyzji przez organ oczywiście niewłaściwy, wydanie decyzji bez jakiegokolwiek podstawy materialnoprawnej, czy brak zachowania jakiegokolwiek procedury lub oczywiście naruszenie zasad postępowania administracyjnego. W takich sytuacjach, kwalifikujących decyzję administracyjną jako akt nieistniejący, sąd cywilny nie jest nią związany, a jej legalność może być przedmiotem badania tego sądu w ramach incydentalnej, swoistej kontroli stosowania prawa. Sąd cywilny nie jest przy tym uprawniony do kwestionowania decyzji, w szczególności pod względem jej merytorycznej zasadności i jest nią związany także w sytuacji, gdy w ocenie tego sądu decyzja administracyjna jest wadliwa merytorycznie (zob. uchwała (7) SN z 9.10.2007 r., sygn. akt III CZP 46/07 i powołane tam orzecznictwo, System Informacji Prawnej Legalis, nr 88624). W opinii Sądu, nie ma jednak podstaw do przyjęcia, by decyzja Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2013 r. była dotknięta którąkolwiek z wyżej wskazanych wad, kwalifikujących ją jako akt bezwzględnie nieważny (nieistniejący prawnie). W szczególności zaś, nie występuje w tym przypadku sytuacja „braku zachowania jakiegokolwiek procedury lub oczywiście naruszenia zasad postępowania administracyjnego”, którą powód wiązał z tym, iż rozstrzygnięcie zawarte w punkcie D4) decyzji zobowiązującej jest - w jego ocenie - nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...) S.A., a przez to niewykonalne, co skutkuje nieważnością decyzji w tej części. Powyższe stanowisko powoda jest całkowicie chybione, skoro jest w sprawie okolicznością bezsporną, iż Spółka (...) S.A. prawidłowo wykonała decyzję zobowiązującą w zakresie, w jakim miała złożyć swoim kontrahentom oferty zmiany zawartej umowy sprzedaży paliwa gazowego, które to zmiany dotyczyły zniesienia ograniczeń w zakresie zmniejszania zamówienia na paliwo gazowe oraz moc umowną oraz zniesienia wymogu uzyskania zgody (...) S.A. lub zawarcia aneksu do umowy w celu dokonania zmniejszenia zamówienia na paliwo gazowe lub moc umowną. Okoliczność ta świadczy zatem jednoznacznie o tym, że powodowa Spółka prawidłowo zrozumiała, na czym miało polegać wykonanie punktu D4) decyzji zobowiązującej. W tej sytuacji trudno zatem uznać za zasadny argument, jakoby rozstrzygnięcie zawarte we wskazanym punkcie było nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na (...) S.A., a przez to niewykonalne. Tym bardziej, że to przecież przedsiębiorca, wnioskując o wydanie decyzji zobowiązującej w trybie art. 12 ust.1 uokik, winien w sposób jasny i precyzyjny sformułować swoje zobowiązanie, mające stanowić podstawę do nałożenia przez organ antymonopolowy obowiązku w celu doprowadzenia do zakończenia zarzuconego przedsiębiorcy naruszenia.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że stanowisko prezentowane przez stronę powodową wydaje się wewnątrznie sprzeczne, skoro w jednej strony zarzuca ona niejasność i niewykonalność decyzji zobowiązującej w zakresie punktu D4), zaś z drugiej strony utrzymuje, że wykonała obowiązek określony w tym punkcie.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy uznał, że w analizowanym przypadku spełnione zostały obydwa warunki nałożenia na (...) S.A. kary pieniężnej, o której mowa w art. 107 uokik. Co do pierwszego warunku – dnia 31 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK wydał wobec Spółki decyzję zobowiązującą o nr DOK- (...), która jest decyzją ostateczną, zaś co do drugiego warunku – wykazane zostało, że Spółka faktycznie nie wykonała danego orzeczenia w zakresie punktu D4), ponieważ – co nie było sporne - uwzględniła w treści ofert skierowanych do odbiorców paliwa gazowego także postanowienia, które nie były objęte decyzją zobowiązującą i wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płać”.

Sąd Okręgowy w pełni podziela ocenę pozwanego zarówno w zakresie zasadności wymierzenia (...) S.A. kary pieniężnej, jak i w zakresie jej wysokości. Zgodnie z przywoływanym już art. 107 uokik, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji zobowiązującej, a karę tę nakłada się licząc od daty wskazanej w decyzji. Natomiast stosownie do art. 111 uokik - w brzmieniu tego przepisu przed 18 stycznia 2015 r. - przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy.

Zdaniem Sądu, stwierdzenie, że powód nie wykonał decyzji zobowiązującej z 31 grudnia 2013 r. w zakresie punktu D4) oznacza, że nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej było w pełni uzasadnione.

Zgodnie z punktem II)2) decyzji zobowiązującej, (...) zobowiązane było wykonać punkt D)4) tej decyzji w terminie czterech miesięcy od dnia jej uprawomocnienia się. Skoro termin ten upłynął 23 maja 2014 r., to pozwany prawidłowo przyjął, że od tej daty należy liczyć okres pozostawania przez Spółkę w zwłoce w wykonaniu decyzji zobowiązującej.

Wprawdzie art. 107 uokik nie zastrzega wprost warunku zawinienia (umyślności) przedsiębiorcy w niewykonaniu orzeczenia, to jednak zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie słusznie przyjmuje się, że jednym z warunków nałożenia kary w celu przymuszenia jest istnienie winy po stronie przedsiębiorcy (por. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, op.cit.). W niniejszej sprawie zachowaniu pozwanego trafnie przypisano umyślność, na której istnienie wskazują argumenty Sądu, przedstawione szeroko na stronach 14-15 niniejszego uzasadnienia, a dotyczące posiadania przez (...) S.A. świadomości w zakresie sposobu prawidłowego wykonania decyzji zobowiązującej oraz niedopuszczalności modyfikacji zobowiązania przez wprowadzenie/zmianę klauzul „bierz lub płać”. Nadto, należy zgodzić z pozwanym, że za umyślnym charakterem działania powoda przemawia również to, że powód jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu rynkowego, działającym na nim od wielu lat, a więc podmiotem dysponującym szeroką wiedzą prawniczą i ekonomiczną, pozwalającą na rozpoznanie swoich działań, jako niespełniających wymagań określonych w decyzji zobowiązującej.

Odnosnie do zarzutu powoda, iż (...) S.A. nie można przypisać pozycji dominującej na rynku właściwym, to jak już wskazano wcześniej, kwestia posiadania przez ukaranego przedsiębiorcę tej pozycji na datę wydania decyzji zobowiązującej, jest irrelevantna w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie tej decyzji. W uzasadnieniu wyroku z 2 lipca 2009 r. (sygn. akt III SK 10/09, System Informacji Prawnej Legalis nr 264450) Sąd Najwyższy stwierdził – a Sąd orzekający w niniejszym składzie stanowisko to podziela - że przedmiotem postępowania w sprawie o nałożenie kary pieniężnej z tytułu niewykonania decyzji Prezesa UOKiK jest ustalenie, czy decyzja została wykonana, a zatem, czy przedsiębiorca zaniechał stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Zdaniem Sądu Najwyższego, „wystarczające jest stwierdzenie, samego zaniechania obowiązku wykonania orzeczenia. Inne okoliczności są nieistotne; nie jest konieczne wywołanie negatywnych skutków. Nie ma zatem potrzeby badania rynku właściwego, zarówno pod względem przedmiotowym, jak i geograficznym, ponieważ kwestie te zostały już rozstrzygnięte we wcześniejszym postępowaniu. Nie bada się także, czy przedsiębiorca posiada nadal pozycję dominującą. Utrata pozycji dominującej po dacie wydania decyzji uznającej zachowanie za praktykę ograniczającą konkurencję nie wyłącza możliwości nałożenia kary pieniężnej z tytułu niewykonania tej decyzji. Może mieć natomiast znaczenie przy wymierzaniu kary, która powinna być liczona do dnia, kiedy przedsiębiorca przestał taką pozycję zajmować. W przypadku utraty pozycji dominującej po wydaniu decyzji, lecz przed datą od której podlega ona wykonaniu, również nie można nałożyć kary na podstawie art. 102 ustawy, bowiem utrata pozycji dominującej na rynku powoduje, że zakazy wydane na podstawie art. 9 ustawy przestają wiązać przedsiębiorcę (...). Jednakże ciężar dowodu w tym zakresie obciąża przedsiębiorcę (...). O ograniczeniu możliwości nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 102 ustawy można mówić co do zasady wówczas, gdy przedsiębiorca utracił pozycję dominującą na tym samym rynku właściwym, którego dotyczy decyzja.” Powyższe orzeczenie nawiązuje wprawdzie do decyzji Prezesa UOKiK o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazaniu zaniechania nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym, wydanej na podstawie przepisów ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, jednak przytoczone w nim argumenty pozostają aktualne także w sprawie o nałożenie kary pieniężnej w oparciu o art. 107 aktualnie obowiązującej ustawy.

Stanowisko podobne do wyżej przedstawionego – również akceptowane przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie - zaprezentowano w uzasadnieniu wcześniejszego wyroku Sądu Najwyższego z 16 marca 2004 r. (sygn. akt III SK 6/04, System Informacji Prawnej Legalis nr 67587), w którym Sąd ten przyjął, że „przedmiotem postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę pozostającego w zwłoce w wykonaniu decyzji nakazującej zaniechania praktyk monopolistycznych nie jest ocena prawidłowości tej ostatniej decyzji, lecz ustalenie przez organ antymonopolowy, czy przedsiębiorca dopuścił się zwłoki w wykonaniu decyzji i orzeczenie o karze. Oznacza to, że w postępowaniu kontrolnym prowadzonym na podstawie art. 102 ustawy nie bierze się pod rozwagę faktów i okoliczności powstałych i zamkniętych przed dniem wydania decyzji nakazującej zaniechania praktyk

monopolistycznych, lecz fakty i okoliczności istniejące lub powstałe w okresie od dnia doręczenia tej decyzji do dnia wydania decyzji nakładającej karę.”

Z przywołanych orzeczeń wynika zatem, że w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej, prowadzonej na podstawie art. 107 uokik, 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, kiedy 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. Co istotne, ciężar udowodnienia okoliczności utraty pozycji dominującej na rynku właściwym spoczywa na przedsiębiorcy.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że w okresie od dnia wydania decyzji zobowiązującej (31 grudnia 2013 r.) do dnia wydania decyzji wymierzającej karę (25 września 2015 r.) (...) S.A. posiadała na rynkach właściwych, ustalonych w decyzji pierwotnej jako krajowe rynki sprzedaży - hurtowej i detalicznej – paliwa gazowego, pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 uokik. Argumentacja przedstawiona w pismach procesowych powoda oraz w „Ekspertyzie w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 25 września 2015 r.” nie pozwala na przyjęcie odmiennego poglądu.

Zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik, 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; domniemywa się przy tym, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

W „Sprawozdaniu z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2014 r.” (k. 631-757) wskazano, że „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 (...) S.A. pozyskały 25,4 TWh gazu ziemnego, w tym ok. 18% stanowiły zakupy od (...) S.A. i ok 21% zakupy z giełdy towarowej. Dane dotyczące zakupu i sprzedaży gazu przez spółki obrotu znajdując się w tabeli poniżej. Wielkość pozyskania gazu uwzględnia też pozyskanie na potrzeby własne przez spółki obrotu objęte monitorowaniem oraz pozyskanie gazu przez dużych odbiorców końcowych bezpośrednio z zagranicy.

Tabela 34. Wolumeny gazu pozyskiwanego i sprzedawanego w ramach obrotu hurtowego przez największe przedsiębiorstwa obrotu w 2014 r. [TWh]

	Łącznie	(...) S.A.	Pozostałe spółki obrotu
Pozyskanie gazu	218,0	192,6	25,4
Hurtowa sprzedaż gazu	53,9	48,1	5,8

Źródło: URE na podstawie danych od spółek obrotu.”

Odnosnie natomiast rynku detalicznego w powołanym sprawozdaniu wskazano, że „ udział grupy kapitałowej (...) 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 (...) S.A. w 2014 r. monitoringiem objęto ok. dwudziestu 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%), G.E. (...) S.A. (0,62%) oraz (...) S.A. (0,55%). Udział w sprzedaży pozostałych podmiotów nie był znaczący, ale zwiększył się w porównaniu z poprzednim rokiem.”

Z kolei z dokumentu „Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w 2015 r.” (k. 758-903) wynika, że odnośnie do 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 (...) S.A. pozyskały 86,4 TWh gazu ziemnego. Dane dotyczące zakupu i sprzedaży gazu przez spółki obrotu znajdują się w tabeli poniżej. Wielkość pozyskania gazu uwzględnia też pozyskanie na potrzeby własne przez spółki obrotu objęte monitorowaniem oraz pozyskanie gazu przez dużych odbiorców końcowych bezpośrednio z zagranicy.

Tabela 37. Wolumeny gazu pozyskiwanego i sprzedawanego w ramach obrotu hurtowego przez największe przedsiębiorstwa obrotu w 2015 r. [TWh]

	Łącznie	(...) S.A.	Pozostałe spółki obrotu
Pozyskanie gazu (zakup i wydobycie)	288,2	236,1	52,1
Hurtowa sprzedaż gazu	116,1	97,5	18,6

Źródło: URE na podstawie danych od spółek obrotu.”

Dane przedstawione przez Prezesa URE wskazują zatem na utrzymujący się znaczny udział Grupy (...) S.A. w rynku hurtowym obrotu gazem. Natomiast odnośnie do rynku detalicznego obrotu gazem ziemnym w sprawozdaniu stwierdzono, że „ w 2015 r. sprzedaż gazu do odbiorców końcowych nadal zdominowana była przez przedsiębiorstwa z grupy kapitałowej (...) 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 m<sup>(3)</sup> 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. I tak, udział grupy kapitałowej (...) 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%), W tabeli poniżej przedstawiono strukturę sprzedaży gazu do poszczególnych grup odbiorców końcowych.

Tabela 38. Struktura sprzedaży gazu ziemnego do odbiorców końcowych w 2015 r. (dane w MWh)

	Sprzedawcy alternatywni	(...) S.A.	Suma

Sprzedaż gazu do odbiorców końcowych przez spółki obrotu działające na terenie kraju	20.962.163	130.705.818	151.667.981
z tego: przemysł	18.770.097*	76.656.573	95.426.670
rolnictwo	70.872	335.167	406.039
usługi i użyteczność publiczna	1.619.372.	13.683.012	15.302.384
gospodarstwa domowe	501.822	40.031.066	40.532.888
Sprzedaż na potrzeby operatorów i zużycie własne spółek obrotu	491.664	5.167.897	5.659.561
Zakup z zagranicy bezpośrednio przez dużych odbiorców końcowych na potrzeby własne	12.056.072**		12.056.072

**Razem 33.509.899 135.873.715 169.383.614**

\* Dane obejmują też zakup gazu przez wybranych dużych odbiorców końcowych na potrzeby własne na giełdzie towarowej (...) S.A. (ok. 2,4 TWh).

\*\* Dane mogą zawierać również zakup gazu od przedsiębiorstw z (...) S.A. działających za granicą Polski.

Źródło: URE na podstawie ankiet spółek obrotu i dużych odbiorców końcowych.”

Ze sprawozdań Prezesa URE wynika, że pomimo iż z każdym kolejnym rokiem udział (...) S.A. w rynku detalicznym ulega zmniejszeniu, a rynek ten podlega sukcesywnym przemianom w kierunku rozwoju konkurencji, to jednak nie można przyjąć, że 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.

Reasumując, informacje o strukturze hurtowego i detalicznego rynku obrotu gazem ziemnym, przedstawione w sprawozdaniach Prezesa URE za rok 2014 i 2015 wskazują, że w latach tych przedsiębiorcy konkurujący na danych rynkach z powodową Spółką nie mogli wywierać na nią wystarczająco silnej presji konkurencyjnej.

Polska ustawa antymonopolowa wprowadza domniemanie posiadania pozycji dominującej przez przedsiębiorcę w sytuacji, gdy jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. W orzecznictwie unijnym przyjmuje się zaś, że bardzo



duże udziały w rynku mogą same w sobie, wyjąwszy szczególne okoliczności, stanowić samodzielny (wystarczający) dowód istnienia pozycji dominującej na rynku. Posiadanie bardzo dużego udziału w rynku – w sytuacji gdy przedsiębiorstwa posiadające znacznie mniejsze udziały w rynku nie są w stanie szybko zaspokoić popytu ze strony podmiotów, które pragnęłyby odwrócić się od przedsiębiorstwa posiadającego największy udział w rynku – stawia bowiem przedsiębiorstwo, które posiada ów udział przez pewien czas, ze względu na wielkość produkcji i podaży, jakie ono reprezentuje, w pozycji siły, która czyni z tego przedsiębiorstwa nieuniknionego partnera handlowego i która chociażby z tego powodu zapewnia mu, przynajmniej przez względnie długie okresy, niezależność w działaniu typową dla pozycji dominującej. W orzecznictwie wskazuje się równocześnie, że istnienie pewnego stopnia konkurencji nie wyklucza istnienia pozycji dominującej na danym rynku (por. np.: pkt 60 wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 lipca 1991 r. ws. C-62/86 A. (...) v. Komisji Wspólnot Europejskich; pkt 41 wyroku TSUE z 13 lutego 1979 r. ws. C-85/76 H. – (...) v. Komisji; pkt 277-279 wyroku TSUE z 17 grudnia 2009 r. ws. T-57/01 (...) SA v. Komisji; pkt 92 wyroku TSUE z 12 grudnia 1991 r. ws. T-30/89 H. A. v. Komisji - orzeczenia dostępne na stronie internetowej: (...)). 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 właśnie wysokością jego udziału w rynku właściwym, która realnie pozwala przedsiębiorcy na działanie w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Należy zgodzić się z Prezesem UOKiK, że krajowy rynek gazu ziemnego charakteryzuje się względnie stabilnym popytem i dużą liczbą nabywców, zatem nie ma podstaw do przyjęcia, że w badanym okresie pozycja powoda na rynku właściwym była niestabilna i mogła być w krótkim okresie utracona - a wręcz przeczą temu wyżej przywołane dane – co z kolei nie pozwalałoby na przyjęcie, że sam wysoki, wynoszący ok. 80 %, udział w rynku jest wystarczający do stwierdzenia pozycji dominującej.

W ocenie Sądu, na przyjęcie posiadania przez powoda pozycji dominującej nie ma wpływu, podnoszona przez powoda okoliczność, iż do jego kontrahentów należą, między innymi, Spółka (...), czy Q., ponieważ relacje pomiędzy (...) S.A. a wskazanymi przedsiębiorcami nie oddziałują na pozycję powoda wobec jego konkurentów i klientów na rynku krajowym. Należy zgodzić się z pozwanym, że kontraktowanie z większym podmiotem na jednym rynku, nie wpływa na siłę rynkowa przedsiębiorcy, jaką dysponuje on wobec mniejszych podmiotów na innym rynku.

Ustosunkowując się natomiast do podniesionej w „Ekspertyzie w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 25 września 2015 r.” kwestii znacznego wzrostu technicznych możliwości importu paliwa gazowego z zagranicy, w wyniku rozbudowy połączeń transgranicznych, należy zauważyć, że z danych podanych przez Prezesa UOKiK, a niekwestionowanych przez powoda 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 ekspertyzy nie mógł wpłynąć na zmianę stanowiska w przedmiocie posiadania przez powoda w spornym okresie pozycji dominującej na rynku właściwym. Podobnie, jak nie miał również na to wpływu rozwój Towarowej Giełdy Energii. O ile bowiem po wydzieleniu Spółki (...) w 2014 r. nastąpił ponad 45-krotny wzrost obrotów gazem na TGE (okoliczność przyznana przez pozwanego; diagram III-2 ze str. 49 „Ekspertyzy w przedmiocie poprawności ekonomiczno-finansowej wybranych tez zawartych w decyzji Prezesa UOKiK nr DOK – (...) z dnia 25 września 2015 r.”, k. 493-577 – dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), to podmiotem sprzedającym największe ilości gazu na tej giełdzie jest (...) S.A., zaś podmiotem kupującym największe ilości tego towaru jest (...) (twierdzenie pozwanego zawarte w piśmie z 12.01.2017 r., k. 598 verte, niezaprzeczone przez powoda). Nie można zatem przyjąć, że w analizowanym okresie TGE była realnym, alternatywnym wobec (...) S.A. źródłem zaopatrzenia w gaz ziemny.

Mając na uwadze powyżej przedstawioną argumentację, Sąd Okręgowy uznał za bezpodstawny zarzut odwołania dotyczący wadliwego przypisania powodowi posiadania pozycji dominującej.

Wobec tego, że Sąd dysponował wystarczającymi danymi i informacjami na potrzeby dokonania ustaleń, co do pozycji powoda na rynku właściwym w spornym okresie, to oddaleniu podlegał wniosek powoda o dopuszczenie i

przeprowadzenie w tym zakresie dowodu z zeznań świadków: R. Ś., P. S. i P. P. oraz dowodu z opinii zespołu biegłych lub instytutu naukowego lub naukowo – badawczego z zakresu analizy ekonomicznej. Przeprowadzenie tych dowodów było bowiem zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W opinii Sądu, kara wymierzona przez Prezesa UOKiK spełnia przesłanki określone w art. 111 uokik.

W zaskarżonej decyzji słusznie uznano, że zarzucone powodowi naruszenie miało charakter długotrwały, skoro zwłoka w wykonaniu punktu I)4) decyzji zobowiązującej wyniosła 490 dni, licząc od 23 maja 2014 r. (dzień, w którym decyzja zobowiązująca stała się ostateczna) do 25 września 2015 r. (dzień wydania decyzji w przedmiocie nałożenia kary). Nie można się przy tym zgodzić ze stanowiskiem prezentowanym przez powoda, iż Prezes nie powinien przyznawać zasadniczego znaczenia długości okresu zwłoki dla określenia dziennej stawki kary za niewykonanie decyzji, ponieważ w sprawach dotyczących niewykonania decyzji owa długotrwałość uwzględniana jest już przez sam fakt nakładania kary za każdy dzień zwłoki. Należy bowiem zauważyć, że żaden z przepisów uokik nie wyłącza zastosowania przesłanki wymiaru kary pieniężnej, w postaci okresu naruszenia przepisów ustawy, do kar orzekanych na podstawie art. 107 uokik. Tym samym Prezes zasadnie uwzględnił tę okoliczność w niniejszej sprawie. Za chybiony należy także uznać pogląd powoda, że ewentualna kara za niewykonanie decyzji zobowiązującej mogłaby dotyczyć jedynie okresów po wydaniu decyzji w niniejszej sprawie, ponieważ dopiero od tego momentu powód mógł się zapoznać z oceną organu w zakresie jego argumentów dotyczących wykonania decyzji zobowiązującej. Jak trafnie wskazano w odpowiedzi na odwołanie, decyzja wydawana na podstawie art. 107 uokik może dotyczyć tylko okresu poprzedzającego jej wydanie, nie daje natomiast podstaw do nałożenia kary pieniężnej „na przyszłość”. Natomiast akceptacja stanowiska powoda prowadziłaby do sytuacji, w której przepis art. 107 uokik pozostawałby w istocie martwy, skoro Prezes Urzędu nie mógłby orzekać kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu uprzednio wydanej decyzji zobowiązującej. Pogląd powoda stoi zatem w oczywistej sprzeczności z ratio legis powołanego przepisu.

Organ antymonopolowy prawidłowo zakwalifikował zachowanie zarzucone (...) S.A., jako naruszające przepisy ustawy w znacznym stopniu. Należy przyznać rację pozwanemu, że na wagę naruszenia w tym przypadku wskazuje niewykonanie ostatecznej decyzji Prezesa UOKiK, stanowiące samo w sobie przykład istotnego naruszenia interesu publicznego. Trafnie uznano również, że skoro to sam przedsiębiorca zaproponował organowi podjęcie określonych działań, zmierzających do wyeliminowania stanu niezgodnego z prawem, zaś następnie umyślnie tych działań nie podjął, to zachowanie tego rodzaju należy ocenić jako kwalifikowane naruszenie przepisów prawa i znaczące naruszenie interesu publicznego.

W ocenie Sądu, w przedmiotowej sprawie prawidłowo uwzględniono również, jako okoliczność obciążającą, fakt uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, tj. fakt wydania przeciwko powodowi ostatecznej decyzji z 5 lipca 2012 r. o nr DOK- (...), którą stwierdzono stosowanie przez (...) S.A. praktyk ograniczających konkurencję. Prezes UOKiK powinien przy nakładaniu kary oraz określaniu jej wysokości uwzględnić, czy danego naruszenia dopuszczono się w warunkach tzw. recydywy antymonopolowej. Fakt uprzedniego naruszenia przepisów ustawy jest ogólnym kryterium wymiaru kary, przemawiającym za surowszym jej wymiarem. Przy czym dla stwierdzenia recydywy nie ma znaczenia liczba wcześniejszych naruszeń z tym, że oczywiście wielokrotna recydywa będzie okolicznością obciążającą w większym stopniu niż pierwsze dopuszczenie się recydywy. Zarówno ww. decyzja z 5 lipca 2012 r., jak i decyzja zobowiązująca z 31 grudnia 2013 r., zostały wydane w ramach prowadzonych przeciwko (...) postępowań antymonopolowych, zatem nie budzi wątpliwości, że naruszenia objętego drugą z tych decyzji dopuszczono się w warunkach recydywy.

W zaskarżonej decyzji zasadnie uwzględniono okoliczność łagodzącą, tj. fakt, że decyzja zobowiązująca została wykonana w znacznej części w sposób prawidłowy i terminowy, zaś zastrzeżenia dotyczyły tylko wykonania punktu I)4) decyzji, który także został częściowo wykonany. W danym zakresie wymiar kary został ustalony poprawnie, wbrew sugestiom powoda, jakoby kara proporcjonalna do stopnia wykonania zobowiązań powinna wynosić co najwyżej 30% z 1/7 kary nałożonej przez Prezesa, skoro zarzut niewykonania decyzji dotyczy tylko jednego z siedmiu punktów sentencji decyzji zobowiązującej. Rację ma bowiem pozwany, że nie można poszczególnym obowiązkom przewidzianym w decyzji zobowiązującej przypisywać jednakowej wagi, a w konsekwencji nie jest zasadne ustalanie

wysokości kary za niewykonanie tej decyzji po prostu poprzez podzielenie stawki przez liczbę niewykonanych punktów orzeczenia.

Zdaniem Sądu, kara 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 uokik i pozwala na spełnienie przypisywanych jej funkcji, zarówno represyjnej, jak i prewencyjnej. Wprawdzie przepis art. 107 uoki, w przeciwieństwie do art. 106 uokik, nie uzależnia wysokości kary pieniężnej od wysokości osiągniętego przez przedsiębiorcę przychodu, jednak wymierzając ją organ antymonopolowy słusznie wziął pod uwagę, by kara ta była także adekwatna do możliwości finansowych powoda. W ocenie Sądu, orzeczona kara warunek ten spełnia, w szczególności zaś pozostaje we właściwej proporcji do przychodu uzyskanego przez (...) w 2014 r.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzając brak podstaw do uwzględnienia odwołania, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c., Sąd oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z wyrażoną w art. 89 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Na koszty należne pozwanemu Prezesowi UOKiK złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 360 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013 r., poz. 490 j.t.) w związku z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804) w związku z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1667).

SSO Ewa Malinowska