

Sygn. akt *XVII AmE 99/16*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2018 r.

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

Przewodniczący - <i>SSO Ewa Malinowska</i>	
Protokolant – protokolant sądowy Joanna Nande	

po rozpoznaniu 26 czerwca 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w J.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki*

**o czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych**

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 18 kwietnia 2016 r., znak: (...)

1. oddala odwołanie;

2. zasądza od powoda (...) *Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w J.* na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki kwotę 1.440 (tysiąc czterysta czterdzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ewa Malinowska

Sygn. akt *XVII AmE 99/16*

## UZASADNIENIE

Decyzją z 18 kwietnia 2016 r., znak: (...), działając na podstawie art. 4h ust. 3 i 4 w związku z art. 30 ust 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (dalej: PE), oraz art. 104 k.p.a., po rozpatrzeniu wniosku przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. o czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych na zasadach określonych w art 4 ust. 2 PE, Prezes Urzędu Regulacji Energetyki odmówił przedsiębiorstwu energetycznemu udzielenia przedmiotowego zwolnienia.

**(decyzja, k. 4-11)**

Odwołanie od powyższej decyzji wniosła *Spółka (...)*, zaskarżając decyzję w całości oraz wnosząc o jej zmianę w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez:

a) zwolnienie powoda z obowiązków określonych w art. 4 ust. 2 prawa energetycznego, a mianowicie o zwolnienie powoda z obowiązku zapewnienia odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych –

na ich wnioski, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych na obszarze dystrybucyjnym podsystemu gazu wysokometanowego E zasilanego z sieci dystrybucyjnej (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na zasadach i w zakresie określonym w prawie energetycznym, do dnia 31.12.2017 r., względnie

b) o ograniczenie obowiązków o których mowa w pkt. a niniejszego wniosku poprzez zwolnienie powoda, w okresie do dnia 31.12.2017 r., z obowiązku zawierania umów dystrybucyjnych dla obszaru dystrybucyjnego podsystemu gazu wysokometanowego E zasilanego z sieci dystrybucyjnej (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

Strona powodowa wniosła również o zasądzenie od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a także opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Zaskarżonej decyzji zarzucono:

I. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

1. art. 4h ust. 1-4 prawa energetycznego poprzez jego błędną wykładnię prowadzącą do tego, iż pozwany wydał decyzję odmawiającą powodowi udzielania czasowego zwolnienia z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych w sytuacji gdy prawidłowa interpretacja wskazanych przepisów, w kontekście zebranego materiału dowodowego, powinna prowadzić do wydania decyzji pozytywnej, tj. zgodnej z wnioskiem powoda;

2. art. 4h ust. 1-4 prawa energetycznego poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na:

- przyjęciu, że w celu uniknięcia trudności finansowych i ekonomicznych przedsiębiorstwo powinno wypowiedzieć lub renegotjować uprzednio zawartą umowę zawierającą klauzulę ToP, podczas gdy z istoty przedmiotowego przepisu wynika konieczność rozważania pozycji przedsiębiorcy w sytuacji, gdy umowa taka obowiązuje i organ powinien brać pod uwagę aktualne jej postanowienia, a nie hipotetyczne, zgodne z oczekiwaniami regulatora modyfikacje jej treści, których uzyskanie w warunkach rynkowych jest niemożliwe lub znacznie utrudnione;

- przyjęciu, że zwolnienie określone w art. 4h ust. 3 prawa energetycznego nie może zostać udzielone, jeśli przedsiębiorstwo zawarło umowę zawierającą klauzulę ToP po wejściu w życie dyrektywy 2003/55/WE1 (tj. po dniu 26.06.2003 r.), podczas gdy przepis ten wszedł w życie w terminie późniejszym (w dniu 3.05.2005 r.) i nie wynika z niego, żeby miał zastosowanie wyłącznie do umów już obowiązujących w czasie jego wejścia w życie, nieuprawnione jest więc automatyczne wyłączenie przez regulatora z zakresu tego przepisu umów zawartych w okresie późniejszym (np. w 2010 r.);

- przyjęciu, iż wzrost opłat dystrybucyjnych, spowodowany koniecznością dostosowania przedsiębiorstwa do możliwości świadczenia usług dystrybucji na rzecz osób trzecich jest bez znaczenia z punktu widzenia kryteriów zwolnienia, w sytuacji gdy z art. 4h ust. 1 prawa energetycznego wynika wprost, iż brak możliwości wykonania przez przedsiębiorstwo obowiązku ochrony interesów odbiorców stanowi samodzielną przesłankę zwolnienia, a brak jest podstaw do tego, by przyjąć, iż ceny gazu oferowane przez alternatywnych sprzedawców odbiorcom gazu skompensują wskazany wzrost.

II. Naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, tj. art. 7, 77 § 1 oraz 80 k.p.a., polegające na zaniechaniu przez organ wszechstronnego zbadania materiału dowodowego, przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów oraz oparciu rozstrzygnięcia o przypuszczenia i hipotezy sformułowane przez organ w sposób dowolny, polegające na:

- przyjęciu, że ryzyko pogorszenia sytuacji finansowej (...) ze względu na udostępnienie sieci dla alternatywnych sprzedawców może zostać zniwelowane przez działania spółki, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że w rzeczywistości (...) będąc związana wcześniej zawartą umową, czasowo nie może podjąć działań likwidujących negatywne skutki finansowe otwarcia sieci dystrybucyjnej dla innych sprzedawców, w szczególności:

a) dostawca paliwa gazowego - spółka (...) S.A. - nie wyraża woli renegeacji umowy z dnia 4.03.2010 r. nr (...) w zakresie wyeliminowania z niej klauzuli „take or pay” (dalej jako „ToP”);

b) powszechność stosowania klauzul ToP w umowach na dostawę gazu (fakt odnotowany przez Prezesa URE) wskazuje na to, że również w przypadku zawarcia nowej umowy na dostawę paliwa gazowego, w obecnych warunkach rynkowych, zawarta w niej będzie klauzula ToP;

c) (...) jako podmiot o słabszej ekonomicznie pozycji od swojego dostawcy paliwa gazowego nie dysponuje argumentami natury ekonomicznej, którymi mógłby spowodować usunięcie klauzuli ToP z umowy na dostawę paliwa gazowego;

d) aktualna treść umowy nr (...) uniemożliwia (...) odsprzedaż paliwa gazowego podmiotom spoza sieci dystrybucyjnej (...);

- przyjęciu, że (...) ma możliwość zakupu niezbędnych wolumenów gazu na rynku polskim (na giełdzie towarowej) lub na rynku niemieckim na warunkach bardziej atrakcyjnych niż dotychczasowe, podczas gdy w rzeczywistości z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że wprowadzenie zmian umożliwiających (...) korzystanie z rynku giełdowego oznaczałoby konieczność nagłego przeprofilowania działalności spółki, co stanowiłoby działanie nieproporcjonalne do skali prowadzonej działalności - zważywszy na fakt, iż do sieci dystrybucyjnej (...) podsystemu gazu wysokometanowego E przyłączonych jest zaledwie około 40 odbiorców;

- oparciu rozstrzygnięcia o przyjętą przez organ hipotezę, zgodnie z którą wdrożenie do polskiego porządku prawnego nakazu rezygnacji z taryfikacji cen gazu będzie miało istotny wpływ na działalność (...) w okresie objętym wnioskiem (tj. do dnia 31.12.2017 r.), podczas gdy okres zwolnienia, o które wystąpiło (...) jest w zasadzie zbieżny z planami częściowego zniesienia obowiązku taryfowego;

- przyjęciu przez organ założenia, że po udostępnieniu sieci dystrybucyjnej innym sprzedawcom odbiorcy uzyskają bardziej korzystne warunki odbioru gazu, przy czym twierdzenia tego organ nie oparł na materiale dowodowym zgromadzonym w aktach sprawy (organ przyjął to założenie automatycznie), a stanowisko to pomija następujące okoliczności:

a) porównanie warunków cenowych, jakie klienci (...) uzyskują z warunkami, jakie mogliby uzyskać od podmiotów wnioskujących o udostępnienie im sieci dystrybucyjnej wykazało, że warunki (...) są zbliżone, a w odniesieniu do niektórych grup odbiorców nawet bardziej korzystne;

b) świadczenie usług dystrybucji na rzecz alternatywnych sprzedawców, w obecnych realiach rynkowych, spowodowałoby wzrost kosztów operacyjnych działalności (...), które przełożyłyby się na konieczność podniesienia opłat dystrybucyjnych dla odbiorców przyłączonych do sieci (...) na poziomie 1,76 - 4,30 %.

#### **(odwołanie, k. 12-28).**

W odpowiedzi na odwołanie Prezes URE wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Po dokonaniu ponownej analizy akt sprawy oraz zarzutów zawartych w odwołaniu pozwany stwierdził, iż brak jest podstaw do zmiany zaskarżonej decyzji w związku z powyższym, organ podtrzymał stanowisko zawarte w tej decyzji.

#### **(odpowiedź na odwołanie, k. 64-71).**

#### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. jest przedsiębiorstwem zintegrowanym pionowo, w rozumieniu art. 3 pkt 12a PE, prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie dystrybucji oraz obrotu paliw gazowych. Decyzją z 9 października 2015 r., na wniosek koncesjonariusza, Prezes URE zmienił koncesję Spółki (...) na obrót paliwami gazowymi,

poprzez rozszerzenie możliwości prowadzenia działalności koncesjonowanej na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Działalność Spółki w zakresie dystrybucji obejmuje następujące obszary:

- obszar dystrybucyjny podsystemu gazu wysokometanowego E, zasilany z sieci transportowej (...) Sp. z o.o. w W. (...),
- obszar dystrybucyjny podsystemu gazu zaazotowanego Lw, zasilany z sieci transportowej (...) S.A. doprowadzającej paliwo gazowe z kopalń gazu,
- obszar dystrybucyjny podsystemu gazu zaazotowanego Lw, zasilany z kopalń gazu należących do (...) S.A.,
- obszar dystrybucyjny podsystemu gazu zaazotowanego Ls, zasilany z sieci transportowej (...) S.A. doprowadzającej paliwo gazowe z kopalń gazu,
- obszar dystrybucyjny podsystemu gazu zaazotowanego Ln, zasilany z kopalń gazu należących do (...) S.A.

Gaz rozprowadzany jest do odbiorców końcowych sieciami należącymi do Spółki (...), zlokalizowanymi w województwie (...) i (...). Spółka (...) zatrudnia 10 osób, które zajmują się obsługą wszystkich odbiorców gazu, których łącznie, we wszystkich obszarach dystrybucyjnych, jest 1743. Odbiorcami gazu w sieci (...) są odbiorcy przemysłowi, przedsiębiorcy oraz gospodarstwa domowe.

dowód: decyzja Prezesa URE z 14 lipca 1999 r. o udzieleniu (...) Sp. z o.o. koncesji na przesyłanie i dystrybucję paliw gazowych z późniejszymi zmianami, k. 23-46 akt admin.; decyzja Prezesa URE z 14 lipca 1999 r. o udzieleniu (...) Sp. z o.o. koncesji na obrót paliwami gazowymi z późniejszymi zmianami, k. 47-67 akt admin.; Wniosek o zwolnienie z obowiązków określonych w art. 4 ust. 2 prawa energetycznego, k. 1-13 akt admin.; pismo Spółki (...) z 22.12.2015 r., k. 149-154 akt admin.

W roku 2015 do Spółki (...) skierowane zostały wnioski czterech podmiotów - tj. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w G., (...) dla firm S.A. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w W. - o zawarcie umów dystrybucji dla obszaru dystrybucyjnego podsystemu gazu wysokometanowego E, zasilanego z sieci transportowej (...). Wymienione spółki, dzięki zawartym umowom dystrybucji, miały zamiar prowadzić obrót gazem ziemnym na obszarze sieci dystrybucyjnej Spółki (...), w charakterze alternatywnych - względem tej spółki – sprzedawców gazu. Pismami datowanymi na dzień 16 października 2015 r. Spółka (...) odmówiła wszystkim wnioskodawcom świadczenia usług dystrybucji.

dowód: okoliczności bezsporne; pisma (...) Sp. z o.o. dotyczące odmowy świadczenia usługi dystrybucji paliwa gazowego, k. 134-137 akt admin.

W piśmie z 23 października 2015 r. Spółka (...) wystąpiła do Prezesa URE z wnioskiem:

- 1) o wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji w przedmiocie czasowego zwolnienia wnioskodawcy z obowiązków określonych w art. 4 ust. 2 Ustawy, a mianowicie o zwolnienie (...) Sp. z o.o. w J. z obowiązku zapewnienia odbiorcom oraz przedsiębiorstwom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych - na ich wniosek, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych na obszarze dystrybucyjnym podsystemu gazu wysokometanowego E zasilanego z sieci dystrybucyjnej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., na zasadach i w zakresie określonym w Ustawie, do dnia 31 grudnia 2017 roku, względnie
- 2) o ograniczenie obowiązków, o których mowa w pkt 1 niniejszego wniosku poprzez zwolnienie (...) Sp. z o.o. w J., w okresie do dnia 31 grudnia 2017 roku, z obowiązku zawierania umów dystrybucyjnych dla obszaru dystrybucyjnego podsystemu gazu wysokometanowego E, zasilanego z sieci dystrybucyjnej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W..

dowód: Wniosek o zwolnienie z obowiązków określonych w art. 4 ust. 2 prawa energetycznego, k. 1-13 akt admin.

(...) Sp. z o.o. osiągnęła w 2014 r. przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi w wysokości (...) zł oraz zysk netto wielkości (...) zł. Koszty działalności operacyjnej Spółki wyniosły wówczas (...) zł. Na koniec 2014 r. Spółka nie miała zaciągniętych zobowiązań długoterminowych, zaś zobowiązania krótkoterminowe wynosiły (...) zł. Z kolei plan finansowy Spółki (...) na 2015 r. przewidywał przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi w wysokości (...) zł oraz wzrost zysku netto do wysokości (...) zł. Wskaźnik zysku operacyjnego EBIT Spółki (...) wyniósł w 2014 roku (...) ((...)), a w 2015 roku (...) (9,34%), wskaźnik bieżącej płynności wyniósł w 2014 roku 3,47, a w 2015 roku 4,61. Z kolei wskaźnik płynności szybkiej kształtował się na poziomie 3,45 w 2014 r. oraz 4,57 w 2015 r.

dowód: Sprawozdanie finansowe za rok obrotowy zakończony 31 grudnia 2014 r., k. 14-17 akt admin.; pismo Spółki (...) z 22.12.2015 r., k. 149-154 akt admin.; Plan bilansu, rachunek zysków i strat, rachunek przepływów pieniężnych na rok 2015, k. 155-159 akt admin.

W roku 2015 (...) Sp. z o.o. planowała zamówić 3.050.000 m<sup>3</sup> gazu E od (...), a w kolejnych latach (tj. w roku 2016 i 2017) zamierzała zamówić ten rodzaj gazu na poziomie 3.000.000 m<sup>3</sup>. Wielkość zakupu gazu objętego klauzulą ToP, według planu na 2015 rok, miała wynosić 2.440.000 m<sup>3</sup>, zaś w roku 2016 i 2017 – 2.400.000 m<sup>3</sup>.

dowód: pismo Spółki (...) z 22.12.2015 r., k. 149-154 akt admin.; Dane historyczne dotyczące wielkości dostaw gazu wysokometanowego E w latach 2012-2014 oraz założeń w sprawie planowanej struktury dostaw do 2017 r., k. 203 akt admin.

W czasie wystąpienia do Prezesa URE z wnioskiem o czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. była stroną, następujących umów sprzedaży gazu:

1) zawartej 4 marca 2010 r. z (...) S.A. umowy nr (...), której przedmiotem jest świadczenie usługi kompleksowej polegającej na sprzedaży i zapewnieniu świadczenia usługi dostarczania paliwa gazowego (gazu ziemnego wysokometanowego E do punktu zdawczo – odbiorczego). Umowa zawiera klauzulę ToP w postaci kary umownej za nieodebranie minimalnej ilości rocznej gazu (§ 8 ust. 1 i 2 umowy). Zgodnie z § 13 ust. 2 umowy, rozwiązanie umowy zawartej na czas nieoznaczony może nastąpić za wypowiedzeniem dokonany przez każdą ze stron w następujący sposób:

a) w przypadku złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy do dnia 30 września danego roku gazowego, umowa ulega rozwiązaniu z końcem tego roku gazowego;

b) w przypadku złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy po dniu 30 września danego roku gazowego, umowa ulega rozwiązaniu z końcem roku gazowego następującego po roku gazowym, w którym złożono oświadczenie o wypowiedzeniu umowy.

W okresie toczenia się postępowania administracyjnego w sprawie o czasowe zwolnienie Spółki (...) z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych, Spółka ta nie miała zawartych kontraktów na dostawę gazu ziemnego wysokometanowego z podmiotem innym niż (...) (dowód: umowa nr (...) z 4 marca 2010 r. wraz z aneksami, k. 68-88 akt admin.; pismo Spółki z 22.12.2015 r., k. 149-145 akt admin.);

2) umów zawartych z odbiorcami końcowymi przyłączonymi do sieci Spółki w obszarze dystrybucyjnym podsystemu gazu wysokometanowego E, w których została zawarta klauzula ToP:

a) umowa nr (...) sprzedaży paliwa gazowego z 27 czerwca 2005 r. zawarta z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., przedłużona do 31 grudnia 2017 r. aneksem z 9 czerwca 2015 r.; umowa ma klauzulę ToP obejmującą 80% gazu, ale bez kar za wcześniejsze rozwiązanie umowy na czas nieokreślony; istnieje umowna możliwość zmniejszenia gazu na kolejne lata (5%), (dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin.; kserokopia umowy nr (...) wraz z aneksami, k. 205-244 akt admin.);

b) umowa z Gminą K. (gimnazjum) zawarta na czas nieokreślony z 12-miesięcznym terminem wypowiedzenia, procent gazu objęty klauzulą ToP wynosi 100%; istnieje umowna możliwość zmniejszenia gazu na kolejne lata (10%), ( dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin.);

c) umowa z (...) Sp. z o.o. Sp. k. zawarta na czas nieokreślony z 6-miesięcznym terminem wypowiedzenia za skutkiem na koniec miesiąca; istnieje umowna możliwość zmniejszenia gazu na kolejne lata (100%), ( dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin.);

3) umów zawartych z odbiorcami końcowymi przyłączonymi do sieci Spółki w obszarze dystrybucyjnym podsystemu gazu wysokometanowego E, w których nie zastrzeżono klauzuli ToP, ani kar umownych na wypadek nieodebrania zamówionego paliwa gazowego lub dokonania zmiany sprzedawcy:

<b>L.p.</b>	<b>Klient</b>	<b>Grupa taryfowa</b>	<b>Wolumen (rok)</b>	<b>Kary za rozwiązanie umowy</b>	<b>Obowiązanie umowy/ wypowiedzenie</b>
<b>1</b>	(...) S.A.	G4	2.391.896 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 6-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>2</b>	Gmina K. (kotłownia)	G3	643.830 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>3</b>	(...) Sp. z o.o.	G3	641.862 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>4</b>	Piekarnia B. - H. K.	G3	285.272 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia

					ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>5</b>	P. M.	G2	164.580 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 6-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec półrocza albo odpowiednio roku kalendarzowego
<b>6</b>	Nadleśnictwo Zawadzkie	G2	87.776 kWh - 109.720 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 3-miesięczny termin wypowiedzenia
<b>7</b>	Gmina K. (przedszkole)	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>8</b>	P.P.H.U. (...) R. L.	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>9</b>	Bank Spółdzielczy w Z. o/K.	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>10</b>	Gmina K.	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-

	(toaleta)				miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>11</b>	Gmina K. (...)	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>12</b>	Gmina K. (remiza)	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>13</b>	(...). K. M.	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>14</b>	R. P. Warsztat Samochodowy	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca
<b>15</b>	25 umów konsumenckich	G1	do 54.860 kWh	NIE	Umowa na czas nieokreślony; 1-miesięczny termin wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca



(dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin.; kserokopia umowy nr (...) sprzedaży paliwa i świadczenia usług dystrybucji (umowa kompleksowa) z 21 października 2009 r. zawarta z (...) S.A. wraz z aneksami, k. 245-256 akt admin.).

Charakterystyka techniczna połączenia systemu gazu wysokometanowego należącego do Spółki (...) z systemami innych operatorów przedstawia się następująco:

Punkty połączeń z innymi operatorami (nazwa punktu i nazwa operatora)	Kierunek przepływów gazu (jedno, czy dwukierunkowy, czy możliwy jest rewers wirtualny)	Zdolności przesyłowe połączenia [w m <sup>3</sup> /rok]	Stopień wykorzystania połączenia w 2014 r. [w m <sup>3</sup> ]
(...) (...) Spółka Gazownictwa z siedzibą w W.	jednokierunkowy/ niemożliwy rewers wirtualny	10 512 000	2 752 344

dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin..

W toku postępowania administracyjnego Spółka (...) przedstawiła symulację dotyczącą: a) wpływu postanowień umowy zawierającej klauzulę ToP na sytuację finansową Spółki w 2015 r., w wariantach przejmowania dotychczasowych odbiorców (...) przez nowych sprzedawców oraz b) utraty marży z tytułu działalności w zakresie obrotu paliwami gazowymi, w przypadku utraty wszystkich klientów. W oparciu o przyjęte przez Spółkę założenia, dokonała ona następujących ustaleń:

„a) Na skutek rozwiązania przez odbiorców umów (w pierwszym możliwym terminie) ilość sprzedanego przez spółkę paliwa gazowego wyniosłaby na koniec 2015 r. jedynie 1 916 763 kWh. Spółka sprzedalaby zatem o 28 804 698 kWh mniej gazu, niż wyniosła jej rzeczywista sprzedaż w 2015 r.

b) Największy wpływ na zdecydowany spadek ilości sprzedanego przez Spółkę gazu miałyby utrata jednego klienta strategicznego, to jest - (...) sp. z o.o. (wolumen faktycznie odebrany przez tego klienta wyniósł bowiem w 2015 r. 27 556 335 kWh).

c) Spadek ilości sprzedanego gazu (utrata klientów) oznaczałby utratę marży na sprzedaży w wysokości 343 219,77 zł. (odnosząc to do danych za 2015 r.).

d) Zgodnie z Umową z (...) (§ 8 ust. 1 i 2) Spółka z uwagi na nieodebranie „minimalnej ilości rocznej” zamówionego gazu, to jest min. 80% zamówienia, byłaby zobowiązana do zapłaty dostawcy kary umownej za nieodebranie 24 841 152 kWh paliwa gazowego (26 757 915 - 1.916.763 kWh).

e) Ze względu na znaczące obniżenie odebranej przez (...) w 2015 r. ilości gazu (...) na koniec roku, zgodnie z pkt 3.9 taryfy (...) dokonałby (w oparciu o wskaźnik nierównomierności poboru) zmiany kwalifikacji (...) z grupy taryfowej WH-B1 (do której Spółka jest obecnie zakwalifikowana) do grupy WH-A1.

f) Zmiana grupy taryfowej spowodowałaby podwyżkę cen zakupu gazu obowiązujących Spółkę z 0,10109 zł (właściwej grupie WH-B1) na 0,11003 zł za 1kWh (właściwej grupie WH-A1).

g) W rezultacie Spółka, na dzień 1 stycznia 2016 r. byłaby zobowiązana do zapłaty (...) tytułem kary „take or pay” kwoty 2.186.617,58 zł. (24 841 152 kWh \* 80 % z 0,11003 zł). Jednocześnie, zgodnie z opisanymi założeniami, Spółka nie miałaby podstaw do dochodzenia należności z tytułu klauzul „take or pay” od swoich klientów.

h) Powyższe skutkowałoby powstaniem w 2015 r. straty w działalności Spółki w wysokości 835 223,27 zł.”

dowód: pismo Spółki (...) z 22 stycznia 2016 r. wraz z symulacją w postaci rachunku zysków i strat, k. 266-269 akt admin.

W toku postępowania administracyjnego Spółka (...) przedstawiła prognozę wzrostu taryfy dystrybucyjnej, wynikającego z obowiązku zawarcia z (...) Sp. z o.o. w W. międzyoperatorskiej umowy dystrybucyjnej, przedstawiającą się następująco:

Średnie ceny dla poszczególnych grup taryfowych i rodzajów działalności – E (GZ 50) [gr/kWh]

Gaz wysokometanowy GZ 50

<b>L.p.</b>	<b>Grupa taryfowa</b>	<b>Dystrybucja – Taryfa zatwierdzona we IX 2015 r.</b>	<b>Dystrybucja – Prognoza wzrostu taryfy dystrybucyjnej po zawarciu (...) w związku z procedurą zmiany sprzedawcy</b>	<b>Dynamika 4:3</b>
<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>
1	G-1	6,338	6,525	2,95%
2	G-2	6,578	6,770	2,92%
3	G-3	10,679	10,867	1,76%
4	G-4	4,370	4,558	4,30%
<b>Średnio</b>		<b>4,718</b>	<b>4,906</b>	<b>3,98%</b>

(dowód: pismo Spółki (...) z 22 grudnia 2015 r., k. 149-154 akt admin., w tym załącznik nr 8 do pisma, k. 258 akt admin.).

Decyzją z 18 kwietnia 2016 r. Prezes URE odmówił udzielenia Spółce (...) czasowego zwolnienia z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych. Orzeczenie to zostało zaskarżone do tutejszego Sądu w ramach niniejszego postępowania.

Powyżej opisany stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o twierdzenia stron i wyżej wskazane dowody, zgromadzone w toku postępowania sądowego i administracyjnego. Sąd przyznał moc dowodową wszystkim zebrany w sprawie dokumentom, które nie były kwestionowane przez strony, a i Sąd nie znalazł podstaw, aby odmówić im mocy dowodowej.

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

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Jedną z podstawowych zasad świadczenia usług sieciowych, obejmujących przesyłanie, dystrybucję i magazynowanie paliw gazowych, jest prawo dostępu każdego zainteresowanego uczestnika rynku do istniejącej infrastruktury sieciowej na transparentnych i niedyskryminujących zasadach (tzw. zasada dostępu stron trzecich, ang. Third Party Access – TPA). Służy to realizacji prawa do wyboru dowolnego sprzedawcy paliwa gazowego przez odbiorcę przyłączonego do sieci gazowej. Celem wskazanej zasady, wyrażonej w art. 4 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, jest stymulowanie rozwoju konkurencji na rynkach powiązanych ze zmonopolizowanymi rynkami przesyłu lub dystrybucji paliw gazowych właśnie przez zapewnienie uprawnionym odbiorcom możliwości realizacji zasady swobody umów zobowiązaniowych poprzez wybór osoby kontrahenta. Zasada TPA umożliwia odbiorcy końcowemu uzyskanie dostępu do rynku obrotu paliwami gazowymi, a tym samym zmiany dotychczasowego sprzedawcy oraz zakupu paliw gazowych od wybranego dostawcy, w tym bezpośrednio od wytwórcy. Zapewnienie dostępu do sieci przesyłowych i dystrybucyjnych stanowi podstawę niezależnej regulacji prokonkurencyjnej w sektorach gospodarki stanowiących do niedawna monopole naturalne, zaś podstawowym instrumentem realizacji tejże regulacji jest właśnie zasada dostępu stron trzecich. Zasada ta stanowi instrument regulacji, pozwalający na ingerencję w przysługujące przedsiębiorstwu energetycznemu uprawnienia właścicielskie oraz w jego prawo do swobody podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej (zob. Z. Muras, R. Trypens, A. Falecki, M. Mordwa [w:] red. M. Swora, Z. Muras, Prawo energetyczne - Tom I – Komentarz, Warszawa 2016, s. 493 i 502; I. Szwedziak-Bork, O rzeczywistej potrzebie stosowania zasady TPA w ciepłownictwie, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 3(4), dostępny na stronie: (...)).

Omawiana zasada nie ma jednak charakteru bezwzględny. Jeden z wyjątków, stanowiący przykład zwolnienia z mechanizmu konkurencyjnego rynku, przewidziano w art. 4h PE, zgodnie z którym przedsiębiorstwo energetyczne wchodzące w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo może odmówić świadczenia usługi przesyłania, dystrybucji lub transportu gazu ziemnego, usługi magazynowania lub usługi skraplania gazu ziemnego, jeżeli świadczenie tych usług może spowodować dla przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo trudności finansowe lub ekonomiczne związane z realizacją zobowiązań wynikających z uprzednio zawartych umów przewidujących obowiązek zapłaty za określoną ilość gazu ziemnego, niezależnie od ilości pobranego gazu, lub gdy świadczenie tych usług uniemożliwia wywiązanie się przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska (ust. 1). Wskazany przepis przewiduje możliwość uzyskania przez przedsiębiorstwo energetyczne, funkcjonujące w ramach przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, czasowego zwolnienia od wymogu stosowania zasady dostępu stron trzecich w stosunku do zarządzanych przez nie sieci/installacji. Stosownie do art. 4h ust. 2 PE, odmawiając świadczenia usługi przesyłania, dystrybucji lub transportu gazu ziemnego, usługi magazynowania lub usługi skraplania gazu ziemnego, z powodów określonych w ust. 1, przedsiębiorstwo jest zobowiązane do niezwłocznego wystąpienia z wnioskiem do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o czasowe zwolnienie z obowiązków określonych w art. 4 ust. 2, art. 4c, art. 4d ust. 1 oraz art. 4e ust. 1 lub ograniczenie tych obowiązków, podając uzasadnienie odmowy. Natomiast w art. 4h ust. 3 i 4 PE przewidziano, że Prezes Urzędu, na podstawie uzasadnionego wniosku, może, w drodze decyzji, czasowo zwolnić z obowiązków, o których mowa w art. 4 ust. 2, art. 4c, art. 4d ust. 1 oraz art. 4e ust. 1, nałożonych na przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem, dystrybucją lub transportem gazu ziemnego, magazynowaniem, skraplaniem lub regazyfikacją skroplonego gazu ziemnego lub ograniczyć te obowiązki, a podejmując decyzję w tym zakresie bierze pod uwagę:

- 1) ogólną sytuację finansową przedsiębiorstwa, o którym mowa w ust. 1;
- 2) daty zawarcia umów i warunki, na jakich umowy zostały zawarte;

- 3) wpływ postanowień umów na sytuację finansową przedsiębiorstwa, o którym mowa w ust. 1, oraz odbiorców;
- 4) stopień rozwoju konkurencji na rynku paliw gazowych;
- 5) realizację obowiązków wynikających z ustawy;
- 6) podjęte działania mające na celu umożliwienie świadczenia usług, o których mowa w ust. 1;
- 7) wpływ tej decyzji na prawidłowe funkcjonowanie i rozwój rynku paliw gazowych;
- 8) stopień połączeń systemów gazowych i ich współdziałanie.

Mając na uwadze, że Prezes URE, wydaje decyzję o czasowym zwolnieniu przedsiębiorcy energetycznego z obowiązku świadczenia usług przesyłania, dystrybucji czy magazynowania gazu ziemnego na zasadzie TPA, po uzgodnieniu stanowiska z Komisją Europejską (zob. art. 4h ust. 5, 6 i 7 PE), to przy rozpoznawaniu wniosku o czasowe zwolnienie organ regulacyjny winien uwzględnić także kryteria weryfikowane przez Komisję, a wskazane w art. 48 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE (Dz. U. UE L, nr 211, s. 94), do których należą:

- a) cel, jakim jest osiągnięcie konkurencyjnego rynku gazu;
- b) konieczność wypełniania obowiązków użyteczności publicznej i zapewnienia bezpieczeństwa dostaw;
- c) pozycję przedsiębiorstwa gazowego na rynku gazu i rzeczywisty stan konkurencji na tym rynku;
- d) stopień trudności gospodarczych i finansowych napotykanych przez przedsiębiorstwa gazowe i przedsiębiorstwa przesyłowe lub przez uprawnionych odbiorców;
- e) daty podpisania oraz warunki danej umowy lub danych umów, w tym również stopień, w jakim dostosowują się one do zmian na rynku;
- f) starania podjęte w celu rozwiązania problemu;
- g) stopień, w jakim w chwili podjęcia danych zobowiązań typu „bierz-lub-płać”, przedsiębiorstwo mogło w sposób rozsądny przewidzieć, mając na uwadze przepisy niniejszej dyrektywy, zaistnienie prawdopodobieństwa pojawienia się poważnych trudności;
- h) poziom połączeń systemu z innymi systemami oraz poziom interoperacyjności tych systemów; oraz
- i) skutki, jakie odstępstwo mogłoby mieć dla właściwego stosowania niniejszej dyrektywy w odniesieniu do skutecznego funkcjonowania rynku wewnętrznego gazu ziemnego.

Wprowadzenie przez ustawodawcę wskazanego czasowego zwolnienia z obowiązków podyktowane było umożliwieniem przedsiębiorstwu energetycznemu realizacji uprzednio zawartych umów z klauzulą „bierz lub płać” (ang. take or pay – ToP; zgodnie z tą klauzulą odbiorca jest zobowiązany do odbioru określonej ilości gazu i zapłaty za odebrany gaz lub zapłacenia części umówionej ceny w razie nieodebrania zakontraktowanego paliwa), które wobec liberalizacji rynku stały się mało konkurencyjne w stosunku do ofert innych podmiotów korzystających z możliwości dostępu do infrastruktury na zasadzie TPA. W następstwie otwarcia rynku paliw gazowych i udostępnienia infrastruktury zainteresowanym tym podmiotom (użytkownikom systemu), przedsiębiorstwo zasiedziałe, które wcześniej posiadało na rynku pozycję monopolistyczną lub dominującą, może bowiem utracić dotychczasowych odbiorców i nie być w stanie odsprzedać zakontraktowanego wcześniej surowca, narażając się tym samym na zaistnienie negatywnych skutków finansowych związanych z klauzulą „bierz lub płać” (zob. A. Falecki, M. Mordwa [w:] op. cit., s. 562). Zwolnienie z obowiązku świadczenia usług na zasadzie TPA ma więc zminimalizować negatywne następstwa finansowe kontraktów, w których zastrzeżono przedmiotową klauzulę. Rozwiązanie to ma wszakże

charakter wyjątkowy, zatem powinno się z niego korzystać w ostateczności, tj. w sytuacji braku innych rozwiązań, ingerujących w mniejszym zakresie w rynek paliw gazowych. W tym kontekście warto również zauważyć, że decyzja Prezesa URE o czasowym zwolnieniu z obowiązków wymienionych w art. 4h PE jest decyzją uznaniową, a nie związaną, na co wskazuje użycie przez ustawodawcę w ust. 3 przywołanego przepisu, sformułowania „może w drodze decyzji, czasowo zwolnić z obowiązków”.

Rozpatrywana sprawa dotyczy zasadności odmowy udzielenia (...) Sp. z o.o. z siedzibą w J. przez Prezesa URE czasowego zwolnienia z obowiązku świadczenia usług dystrybucji paliw gazowych na obszarze dystrybucyjnym podsystemu gazu wysokometanowego E zasilanego z sieci dystrybucyjnej (...) Sp. z o.o., względnie ograniczenia tego obowiązku przez zwolnienie powoda z zawierania umów dystrybucyjnych na wskazanym obszarze we wnioskowanym okresie.

Sąd Okręgowy stwierdza, że Spółka (...) spełniła formalne wymogi uzyskania zwolnienia, o którym mowa w art. 4h PE. Poza sporem jest bowiem, że – po pierwsze - Spółka ta jest przedsiębiorstwem energetycznym wchodzącym w skład przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo; po drugie – w 2015 r. Spółka odmówiła czterem podmiotom, planującym obrót gazem ziemnym na obszarze jej sieci dystrybucyjnej, w charakterze alternatywnych - względem tej spółki – sprzedawców gazu, zawarcia umów dystrybucji dla obszaru dystrybucyjnego podsystemu gazu wysokometanowego E; po trzecie – niezwłocznie po tej odmowie Spółka (...) wystąpiła do Prezesa URE z wnioskiem o czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia ww. usługi na wskazanym obszarze do 31 grudnia 2017 r., z powołaniem na potrzebę realizacji kontraktu zawierającego klauzulę „bierz lub płać”.

W ocenie Sądu, szczegółowa analiza merytorycznych przesłanek udzielenia przedmiotowego zwolnienia przemawia natomiast za uznaniem zaskarżonej decyzji za prawidłową. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że w postępowaniu prowadzonym w oparciu o art. 4h PE ciężar zaprezentowania dowodów, uzasadniających czasowe zwolnienie, spoczywa na wnioskującym o nie przedsiębiorstwie. Zdaniem Sądu, w kontekście zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego należy stwierdzić, że w analizowanym przypadku powodowy przedsiębiorca nie sprostował temu obowiązkowi dowodowemu, gdyż nie wykazał w sposób dostateczny okoliczności, które dawałyby podstawy do udzielenia wnioskowanego zwolnienia.

Jeśli chodzi o okoliczność, dotyczącą możliwości zaistnienia u powoda - w związku ze świadczeniem usług dystrybucji alternatywnym sprzedawcom gazu ziemnego - trudności finansowych lub ekonomicznych związanych z realizacją zobowiązań wynikających z uprzednio zawartych umów przewidujących klauzulę „bierz lub płać”, to z symulacji przeprowadzonej przez Spółkę (...) na wezwanie Prezesa URE (dotyczącej wpływu postanowień umowy nr (...) z 4 marca 2010 r., zawartej z (...) i zawierającej klauzulę ToP, na sytuację finansową (...) w 2015 r., przy założeniu przejmowania dotychczasowych odbiorców przez nowych sprzedawców), wynika wprawdzie, że powodowa Spółka poniosłaby straty w wysokości 835 223,27 zł, utratę marży z tytułu działalności w zakresie obrotu paliwami wyliczono na kwotę 343 219,77 zł, a karę z tytułu klauzuli „bierz lub płać” na kwotę 2 186 617,58 zł. Należy jednak zauważyć, że symulacja ta oparta została na założeniu, iż Spółka (...) nie miałaby podstaw do dochodzenia należności z tytułu klauzul „bierz lub płać” od swoich klientów. W opinii Sądu założenie to jest błędne, ponieważ z ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie wynika, że w umowach zawartych z odbiorcami gazu ziemnego (tj. z (...) Sp. z o.o., z Gminą K. (gimnazjum) i z (...) Sp. z o.o. Sp. k.) zawarto klauzule „bierz lub płać”, stanowiące dla powoda zabezpieczenie odbioru określonej części zakontraktowanego paliwa. Tym samym negatywne skutki, wynikające z ewentualnego zastosowania przez (...) klauzuli ToP, powodowa Spółka może w pewnym zakresie zniwelować właśnie wykorzystaniem analogicznych klauzul zastrzeżonych w umowach zawartych z odbiorcami gazu przyłączonymi do sieci Spółki. W konsekwencji, za mało prawdopodobny należy uznać wariant, w którym na skutek wejścia na analizowany tu rynek alternatywnych sprzedawców gazu ziemnego, powód utraci wszystkich odbiorców gazu. Przykładowo, w umowie z (...) Sp. z o.o., odbierającym około 82% sprzedawanego przez Spółkę (...) wolumenu gazu, zawarto klauzulę ToP, choć nie zastrzeżono kar za wcześniejsze rozwiązanie umowy zawartej na czas określony. Umowa ta, aneksem z 9 czerwca 2015 r., została przedłużona do 31 grudnia 2017 r. Zgodnie zaś z art. 4j ust. 3a PE, dla kontraktów zawartych po 11 września 2013 r., w przypadku zmiany sprzedawcy wypowiedziane mogą zostać umowy zawarte na czas oznaczony z zastrzeżeniem, że odbiorca nie może ponieść kosztów i odszkodowań innych niż

wynikających z treści umowy. Zdaniem Sądu, Prezes URE trafnie zaś przyjął, że zawarta w § 7 pkt 1 umowy łączącej Spółkę (...) klauzula ToP stanowi w istocie karę umowną, a tym samym „koszt wynikający z treści umowy”, o którym mowa w przywołanym przepisie Prawa energetycznego. Niezależnie od powyższego, za gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami należy uznać twierdzenie powoda, jakoby ryzyko utraty przez niego strategicznego klienta, czyli Spółki (...), było realne, gdyż to ten odbiorca jest głównie przedmiotem zainteresowania alternatywnych sprzedawców.

Analizując podstawy udzielenia powodowi wnioskowanego zwolnienia, Prezes URE prawidłowo ocenił ogólną sytuację finansową przedsiębiorstwa, jako dobrą. Wskazują na to dane przedstawione przez powoda, z których wynika, że w 2014 r. Spółka (...) osiągnęła przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi w wysokości (...) zł oraz zysk netto wielkości (...) zł. Z kolei plan finansowy Spółki na 2015 r. zakładał uzyskanie przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi w wysokości (...) zł oraz wzrost zysku netto do wysokości (...) zł. Wskaźnik zysku operacyjnego EBIT Spółki wyniósł w 2014 roku (...) (5,43%), a w 2015 roku (...) (9,34%), wskaźnik bieżącej płynności wyniósł w 2014 roku 3,47, a w 2015 roku 4,61. Z kolei wskaźnik płynności szybkiej kształtował się na poziomie 3,45 w 2014 r. oraz 4,57 w 2015 r.

W ocenie Sądu, w analizowanym przypadku powodowy przedsiębiorca nie wykazał się podjęciem realnych, racjonalnych i wystarczających działań, które miałyby na celu umożliwienie świadczenia usług dystrybucji gazu ziemnego, o zwolnienie ze świadczenia których powód wystąpił do Prezesa URE. Natomiast pozwany przedstawił szereg możliwych do podjęcia działań, pozwalających na zniwelowanie lub ograniczenie przez powodową Spółkę ewentualnego ryzyka pogorszenia jej sytuacji finansowej lub ekonomicznej wskutek udostępnienia sieci alternatywnym sprzedawcom gazu i zastosowania wobec niej klauzuli ToP.

Odnosnie do zarzutu powoda, dotyczącego błędnego przyjęcia przez organ regulacyjny, że w celu uniknięcia trudności finansowych i ekonomicznych przedsiębiorstwo powinno wypowiedzieć lub renegotjować umowę z klauzulą ToP, przede wszystkim należy wskazać, że tego rodzaju działaniu zostało wskazane przez pozwanego jedynie przykładowo, jako jedno z kilku możliwych rozwiązań analizowanego problemu. Nadto, zdaniem Sądu, mając na uwadze wyjątkowy charakter zwolnienia udzielanego w oparciu o art. 4h PE, należy zdecydowanie wykluczyć możliwość udzielenia tego zwolnienia, jeżeli istnieje szansa renegotjacji kontraktu zawierającego klauzulę „bierz lub płć”. Stąd też rozważenie podjęcia przez powoda tego działania jest jak najbardziej uzasadnione.

Natomiast, co do zakwestionowanego przez powoda, stanowiska pozwanego o niedopuszczalności udzielenia zwolnienia z zasady TPA, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo zawarło umowę zawierającą klauzulę „bierz lub płć” po wejściu w życie dyrektywy 2003/55/WE (tj. po 26 czerwca 2003 r.), to zdaniem Sądu, stanowisko to jest zbyt kategoryczne, za daleko idące i nie wynika ono z żadnego przepisu prawa. Nadto, jak zasadnie podnosi powód, skoro przepis art. 4h PE obowiązuje od 3 maja 2005 r., to zgodnie z poglądem reprezentowanym przez pozwanego, udzielenie zwolnienia na zasadzie ww. przepisu nie było by możliwe także w sytuacji zawarcia umowy z klauzulą ToP przed implementowaniem dyrektywy 2003/55/WE do polskiego porządku prawnego (tj. w okresie między 26 czerwca 2003 r. a 3 maja 2005 r.). Stanowisko to należy zdecydowanie odrzucić, gdyż wymaga ono od przedsiębiorców przewidywania skutków implementowania regulacji unijnych do porządku prawnego RP jeszcze wówczas, gdy Polska nie była członkiem UE. Niezależnie od powyższego należy jednak zauważyć, że od przedsiębiorcy działającego na rynku dystrybucji i obrotu paliwami gazowymi wymaga się, aby przy wykonywaniu działalności regulowanej dokładał staranności, jaka winna cechować profesjonalnego uczestnika rynku. Wymóg zachowania przez tego rodzaju podmiot należytej staranności uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, rzetelności, zapobiegliwości, zdolności przewidywania, jak również znajomości obowiązujących przepisów prawa oraz konsekwencji wynikających z niego dla wykonywanej działalności gospodarczej. Ocena przedmiotowej staranności jest surowsza z uwagi na to, że w istotę działalności regulowanej wkomponowane jest wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy specjalistycznej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, lecz także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej i ustalone zwyczajowo standardy wymagań. Przedsiębiorca winien zatem, w szczególności, zachować należyłą ostrożność w ocenie następujących zmian warunków rynkowych i ryzyka regulacyjnego przy podejmowaniu określonych zobowiązań i zawieraniu nowych, czy renegotjowaniu dotychczasowych, kontraktów.

Kolejnym, możliwym do podjęcia przez powodowe przedsiębiorstwo działaniem, było zawarcie umowy na bardziej korzystnych warunkach z nowym dostawcą gazu ziemnego wysokometanowego, innym niż (...), czy zaopatrywanie się w ten surowiec na giełdzie towarowej. W tym wszakże zakresie powód nie wykazał, by podejmował jakiegokolwiek próby pozyskania nowych dostawców, a w toku postępowania administracyjnego przedstawiciele powoda wprost przyznali, że nie prowadzą rozmów z innym, niż dotychczasowy, dostawcami gazu (notatka ze spotkania dotyczącego postępowania administracyjnego, k. 273 akt admin.). Prezes URE stwierdził, że nie istnieją bariery infrastrukturalne w dostarczaniu gazu ziemnego pozyskanego np. z rynku niemieckiego czy z polskiej towarowej giełdy energii do systemu dystrybucyjnego gazu wysokometanowego należącego do Spółki (...) i wezwał powoda do przedstawienia symulacji wyników finansowych i sytuacji Spółki (...) w wariantcie przewidującym całkowity zakup wolumenu gazu ziemnego, nieobjętego zobowiązaniami wynikającymi z klauzuli ToP wobec (...), na giełdzie niemieckiej lub podobnej, z uwzględnieniem bieżących cen rynkowych. Powód jednak takiej symulacji nie przygotował, zakładając z góry, jednak bez przedstawienia w tym zakresie jakichkolwiek dowodów, że zakup paliwa za pośrednictwem giełdy towarowej będzie dla niego niekorzystny, między innymi dlatego, że będzie wymagał stworzenia niezbędnego zaplecza kompetencyjnego, wymuszającego de facto zmianę profilu prowadzonej działalności, co nie jest zasadne w świetle specyfiki lokalnej działalności Spółki. Twierdzenia powoda w tym zakresie należy ocenić jako gołosłowne i nieudowodnione, co stanowi kolejny argument za negatywną oceną wniosku o zwolnienie powoda z obowiązku świadczenia usług dystrybucji. Należy przy tym odnotować, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie organu powód wskazał, że nie jest w stanie ustosunkować się do niego, gdyż nie współpracuje z profesjonalnymi traderami dysponującymi stosownymi narzędziami analitycznymi (pismo Spółki (...) z 22.12.2015 r., k. 149-154 akt admin.). Skoro zatem strona miała problemy z przeprowadzeniem tego rodzaju analizy, to mogła przecież wnioskować o przeprowadzenie w danym zakresie dowodu z opinii biegłego. Mimo to powód – reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego – z tego rodzaju wnioskiem nie wystąpił, ani w postępowaniu administracyjnym, ani w postępowaniu sądowym, choć jak już zaznaczono, to jego obciąża w danej sprawie ciężar wykazania okoliczności uzasadniających udzielenie zwolnienia.

Możliwym do podjęcia przez powoda działaniem, pozwalającym na ograniczenie lub wyeliminowanie ryzyka powstania strat finansowych z uwagi na zastosowanie klauzuli ToP zawartej w umowie z dostawcą paliwa gazowego, było również znalezienie nowych odbiorców gazu ziemnego. Jednak także i w tym zakresie Spółka nie wykazała podjęcia jakichkolwiek kroków. W szczególności zaś, nie uwzględniła możliwości odsprzedaży choćby części zakontraktowanego paliwa gazowego nowym odbiorcom, przyłączonym do sieci powoda, jak również nie przedstawiła dowodu na podjęcie renegotjacji umowy z dostawcą gazu w zakresie zmiany punktu odbioru paliwa (np. przez ustalenie wirtualnego punktu odbioru nadwyżek gazu objętych klauzulą ToP), co pozwoliłoby Spółce na sprzedaż gazu poza własną siecią. Na marginesie należy przy tym odnotować, że na mocy decyzji z 9 października 2015 r. Prezes URE zmienił koncesję Spółki (...) na obrót paliwami gazowymi, rozszerzając możliwość prowadzenia działalności koncesjonowanej na potrzeby odbiorców zlokalizowanych na terytorium RP, zatem powód ma możliwość pozyskiwania odbiorców z obszaru całego kraju.

Powyżej poczynione ustalenia skłaniają do wniosku, że - wbrew twierdzeniom powoda, jakoby celem udzielenia mu zwolnienia z obowiązku świadczenia usług dystrybucji na rzecz alternatywnych sprzedawców gazu ziemnego jest umożliwienie powodowi podjęcie niezbędnych działań, dostosowujących profil działalności Spółki (...) do warunków pełnej konkurencji - prawdziwą intencją powoda w uzyskaniu przedmiotowego zwolnienia jest utrzymanie na lokalnym rynku obrotu gazem ziemnym status quo, czyli utrzymanie na nim dominującej pozycji Spółki i w efekcie utrudnienie wejścia na ten rynek nowych podmiotów. Należy bowiem zauważyć, że proces liberalizacji rynku gazu postępuje od wielu lat i – jak trafnie zauważył pozwany – do momentu wpłynięcia do powoda pierwszych wniosków, powołujących się na zasadę TPA, przedsiębiorca ten miał kilka lat na przygotowanie się do wypełnienia wszystkich obowiązków związanych ze świadczeniem usług dystrybucji paliwa gazowego, jednakże przejawiał w tym zakresie całkowitą bierność.

W ramach kolejnej przesłanki zwolnienia z zasady TPA, wskazanej w art. 4h ust. 1 PE, zgodnie z którą przedsiębiorstwo energetyczne może odmówić świadczenia usług, gdy uniemożliwia to wywiązanie się przedsiębiorstwa zintegrowanego

ponowu z obowiązków w zakresie ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska, strona powodowa wskazywała na wadliwe przyjęcie przez Prezesa URE, iż wzrost opłat dystrybucyjnych, spowodowany koniecznością dostosowania przedsiębiorstwa do możliwości świadczenia usług dystrybucji na rzecz osób trzecich jest bez znaczenia z punktu widzenia kryteriów zwolnienia. W ocenie powoda, z art. 4h ust. 1 PE wynika wprost, iż brak możliwości wykonania przez przedsiębiorstwo obowiązku ochrony interesów odbiorców stanowi samodzielną przesłankę zwolnienia, a brak jest podstaw do tego, by przyjąć, iż ceny gazu oferowane przez alternatywnych sprzedawców odbiorcom gazu skompensują wskazany wzrost.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu, w pierwszej kolejności, Sąd Okręgowy prezentuje pogląd, że wbrew stanowisku prezentowanemu przez powoda, wskazana wyżej przesłanka zwolnienia z obowiązku świadczenia usług w swej istocie nie ma charakteru samodzielnego, a jedynie subsydiarny, pomocniczy. Wynika to z tego, że w art. 48 przywoływanej już dyrektywy 2009/73/WE nie wymieniono ochrony interesów odbiorców i ochrony środowiska, jako okoliczności stanowiących podstawę do ubiegania się o czasowe zwolnienie z obowiązku świadczenia usług na zasadzie TPA. Tym samym, w ocenie Sądu, nie jest możliwe uzyskanie przedmiotowego zwolnienia tylko z uwagi na ochronę interesów odbiorców, czy ochronę środowiska.

Dalej, powód wiąże skutek, w postaci wzrostu opłat zawartych w taryfie dystrybucyjnej dla odbiorców przyłączonych do sieci Spółki (...), z koniecznością zawarcia międzyoperatorskiej umowy dystrybucyjnej ( (...)) z (...), generującej wzrost kosztów operacyjnych Spółki (w tym zatrudnienie dodatkowego personelu, złożenie i utrzymywanie zabezpieczeń finansowych na rzecz (...), przejęcie odpowiedzialności za niezbilansowanie dostaw w ramach prognoz) i powodującej w efekcie dalsze trudności ekonomiczne. Tymczasem, zwolnienie z zasady TPA według art. 4h ust. 1 PE, ma dotyczyć trudności finansowych lub ekonomicznych związanych z realizacją zobowiązań wynikających z uprzednio zawartych umów przewidujących klauzulę „bierz lub płać”, nie zaś z innych umów, jak na przykład (...). Za chybną należy uznać tezę powoda, że w obecnych realiach rynkowych w ogólnym rozrachunku koszty otwarcia sieci dystrybucyjnej Spółki (...) dla podmiotów trzecich (w postaci wzrostu opłat dystrybucyjnych) nie przyniosą korzyści odbiorcom. Jak bowiem trafnie podniósł pozwany, okoliczność, iż aktualna na czas prowadzenia postępowania taryfa Spółki (...), w zakresie niektórych grup taryfowych, jest korzystniejsza cenowo od taryfy przedsiębiorców ubiegających się o odstęp do sieci powoda, nie oznacza, że przedsiębiorcy ci nie zaoferują nowym klientom niższych, bardziej atrakcyjnych cen. Ceny zawarte w aktualnych na datę wydania zaskarżonej decyzji, zatwierdzonych przez regulatora taryfach, mają bowiem charakter cen maksymalnych (§ 29 ust. 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2013 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi, obowiązującego w dacie wydania decyzji, Dz. U. z 2013 r., poz. 820). Mając zaś na uwadze racjonalność działania odbiorców i alternatywnych sprzedawców gazu, w pełni uzasadnione jest oczekiwanie, że po uzyskaniu dostępu do sieci powoda, sprzedawcy ci mogą zaproponować niższe ceny, aby pozyskać nowych odbiorców. W tym kontekście nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut odwołania, dotyczący ustaleń Prezesa URE związanych z wpływem rezygnacji z taryfikacji cen gazu ziemnego na sytuację odbiorców przyłączonych do sieci dystrybucyjnej powoda. Całkowicie bezpodstawne jest bowiem stwierdzenie, iż pozwany niejako automatycznie, jako oczywistą konsekwencję otwarcia sieci dystrybucyjnej powoda dla alternatywnych sprzedawców gazu przyjął założenie, że dotychczasowi klienci powoda uzyskają możliwość zakupu surowca po niższych niż do tej pory cenach.

Odnośnie do podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego Sąd Okręgowy podziela utrwalone w judykaturze stanowisko, iż zasadniczo tego typu zarzuty są nieskuteczne przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ Sąd ten nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania sądowego nie jest bowiem przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu przed sądem



cywilnym. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Regulacji Energetyki, według reguł kontradiktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowno-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowno-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy (por. np.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 r., sygn. akt I CKN 1036/98; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., sygn. akt III SZP 2/05). Sąd Okręgowy uznaje, że nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to zarzuty w tym zakresie nie mogą być skuteczne, o ile uchybienia te mogą być sanowane w toku postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem tutejszy Sąd zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Niezależnie jednak od powyższego, w ocenie Sądu, zaskarżona decyzja została wydana prawidłowo, po dokonaniu wnikliwego i całościowego zbadania materiału dowodowego sprawy oraz w granicach przysługującej organowi swobodnej oceny dowodów.

Z tych wszystkich względów, stwierdzając brak podstaw do uwzględniania odwołania, na podstawie art. 479<sup>53</sup> § 1 k.p.c., Sąd Okręgowy oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto zgodnie z wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że na koszty należne - wygrywającemu sprawę - Prezesowi URE złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w wysokości 1.440 zł, ustalone na podstawie § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. ws. opłat za czynności radców prawnych w zw. z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie ws. opłat za czynności radców prawnych.

SSO Ewa Malinowska