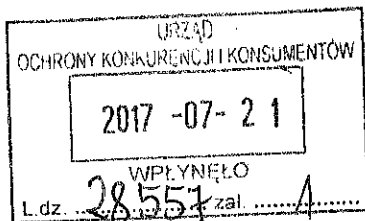


SĄD APELACYJNY W WARSZAWIE
VI Wydział Cywilny
Plac Krasińskich 2/4/6 ; 00-207 Warszawa
tel. (22) 530-88-85
e-mail: boi@waw.sa.gov.pl ; skargi@waw.sa.gov.pl

Data 18 lipca 2017 r.
Sygn. akt VI ACa 388/17

DPR.....

21. 07. 2017



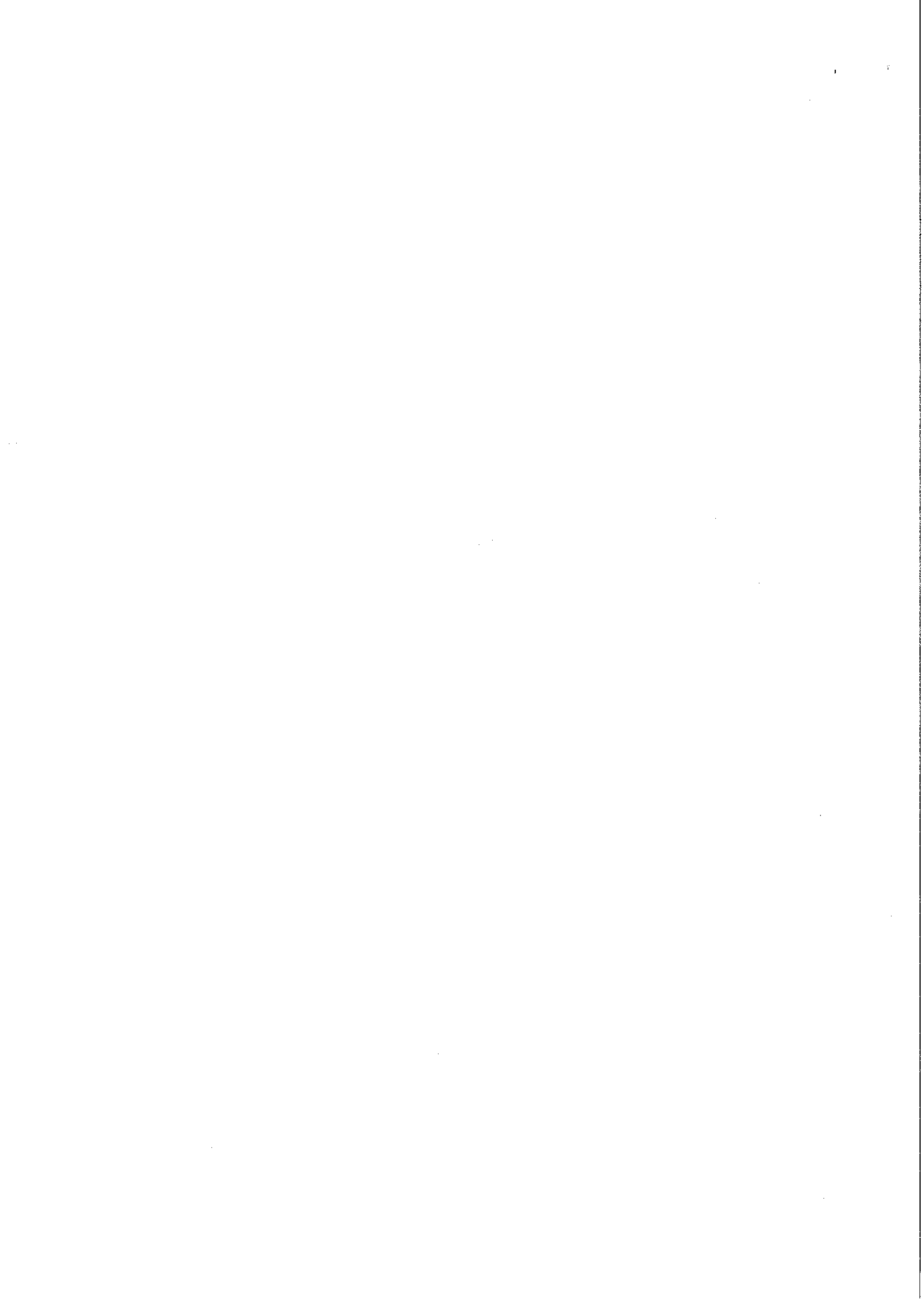
Pani radca prawny
Aneta Kubasiak
pełnomocnik pozwanego
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Pl. Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa

D O R Ę C Z E N I E

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny doręcza odpis wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. wraz z uzasadnieniem.

STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY

Agnieszka Janik
Agnieszka Janik



Sygn. akt VI ACa 388/17

ODPIS



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Małgorzata Kuracka

Sędziowie: SA Grażyna Kramarska

SO del. Magdalena Sajur - Kordula (spr.)

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 8 czerwca 2017r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy z powództwa Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa
S.A. w Warszawie

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nadużycie pozycji dominującej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 12 maja 2014 r.

sygn. akt XVII AmA 16/13

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego
rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie, pozostawiając temu
sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego
i kasacyjnego.



Abent

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 5 lipca 2012 r., nr DOK – 2/2012 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działanie Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez ograniczanie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów przez odmowę sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. NowyGaz spółki z o.o. w Warszawie oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

II. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działania Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego wskutek odmowy sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. NowyGaz

spółki z o.o. w Warszawie oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

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

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

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 12 maja 2014r. oddalił odwołanie i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie oparte zostało na następujących ustaleniach i rozważaniach:

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

największym polskim importerem gazu ziemnego, sprowadzając gaz z Rosji oraz z Niemiec, Czech i Ukrainy.

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

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

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

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

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

zawrzeć z NowyGaz umowy sprzedaży paliwa gazowego (pismo PGNiG z dnia 22 kwietnia 2010 r., k. 33 akt adm.).

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

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

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

W dniu 30 listopada 2011 r. doszło do kolejnego spotkania PGNiG i NowyGaz. W jego trakcie PGNiG wyjaśniła, iż istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych dla i odbieranych przez Nowy Gaz na stacjach I stopnia. Rozliczenie ilości paliwa dostarczanego przez PGNiG odbywałoby się na podstawie proporcji składanych przez NowyGaz nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia. Rozliczenie zaś zamawianej mocy odbywałoby się w oparciu o raporty handlowe OGP Gaz – System S.A. i byłoby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez NowyGaz w stosunku do całej mocy zamawianej przez PGNiG. Na spotkaniu w dniu 24 stycznia 2011 r.

doprecyzowano propozycje PGNiG i ustalono, że do dnia 3 lutego 2011 r. PGNiG przygotowuje dla NowyGaz projekt umowy kompleksowej.

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

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

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

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

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

W ocenie Sądu Okręgowego, kwestia czy IRiESD z 2009 r. była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczenia, jak również jej późniejsza zmiana nie ma w sprawie znaczenia. Stosownie do art. 9g ust. 12 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, użytkownicy systemu, w tym odbiorcy, których urządzenia, instalacje lub sieci są przyłączone do sieci operatora systemu lub korzystający z usług świadczonych przez tego operatora są obowiązani

stosować się do warunków i wymagań oraz procedur postępowania i wymiany informacji określonych w instrukcji zatwierdzonej przez Prezesa URE i ogłoszonej w Biul. URE. Instrukcja ta stanowi część umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji lub umowy kompleksowej. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje, że IRiESD stanowi część umowy, rozstrzygając tym samym o jej charakterze prawnym. Ewentualne braki, czy niedostateczna szczegółowość regulacji zawartych w IRiESD z 2009 r. możliwa była do usunięcia w umowie dwu- lub trójstronnej, od czego nie uchylali się ani NowyGaz, ani MSG. Podkreślić przy tym należy, że ostatecznie powódka zawarła umowę przed zatwierdzeniem i wejściem w życie (1.07.2012 r.) IRiESD z 2012 r., co przeczy wywodom, że treść IRiESD z 2009 r. stanowiła przeszkodę w zawarciu umowy i uzasadniała działania powódki.

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

W ocenie Sądu I instancji nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut, pominięcia przez pozwanego okoliczności, że zatwierdzenie przez Prezesa URE nowej IRiESD, co zdaniem powodowej Spółki oznacza uznanie, że poprzednia instrukcja była wadliwa. Stosownie do art. 9g prawa energetycznego, instrukcje takie sporządzają operatorzy systemu przesyłowego i operatorzy systemu dystrybucyjnego odpowiednio do istniejących warunków technicznych i organizacyjnych sieci. Przepisy nie ograniczają w żaden sposób możliwości dokonywania zmian instrukcji. Oznacza to, że operator systemu może dokonać

zmiany instrukcji każdorazowo (z zachowaniem trybu przedstawienia jej do zatwierdzenia), gdy uzna za potrzebne, np. z uwagi na zmiany technicznych lub organizacyjnych warunków funkcjonowania systemu. Nie oznacza to, że dotychczasowa instrukcja był wadliwa.

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

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

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

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Naruszenie interesu publicznego stanowi zgodnie z powołanym przepisem warunek stosowania ustawy. Ustawa znajduje więc zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Interes publiczny jest naruszony wówczas, gdy zakazane działania ograniczają

zagwarantowane właściwe warunki funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji pojmowanej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Podobne stanowisko zajęto w orzecznictwie, gdzie wskazano, iż naruszenie interesu publicznego ma miejsce wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych m.in. z ustawą antymonopolową dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku, a nie jeden podmiot.

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

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

Odnosząc się do zarzutów dotyczących jej nadmiernej wysokości, Sąd I instancji uznał, że powódka nie wykazała, aby pozwany przy jej wymiarze przekroczył granice tzw. uznania administracyjnego. Wymierzona kara stanowi 2,4% jej wymiaru maksymalnego, co w dostatecznym stopniu uwzględnia fakt zaniechania stosowania praktyki. Na wymiar kary nie wpływa natomiast

„precedensowy” charakter praktyki. Swobodny dostęp podmiotów gospodarczych do sieci nie będącej ich własnością, co umożliwia odbiorcom zakup energii elektrycznej lub gazu bezpośrednio u wytwórcy i korzystanie z usług przesyłowych przedsiębiorstwa „sieciowego”, powszechnie znane jako „zasada TPA” (Third Party Access, czyli dostęp trzeciej strony) wynika z Dyrektywy 98/30/EC (z 22 czerwca 1998 r.) recypowanej w art.4 ustawy Prawo energetyczne. Powódka miała więc ponad 10 lat na przygotowanie się techniczne i organizacyjne do sytuacji, w której kontrahent zwróci się o zawarcie umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej.

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

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

W konsekwencji odwołanie zostało oddalone.

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

I. Naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 i 3 k.p.c. i art. 224 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. mające wpływ na wynik sprawy, przez pominięcie dowodów zgłoszonych w odwołaniu od decyzji nr DOK 2/2012 na okoliczność:

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

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

c) wątpliwości dotyczących zgodności i możliwości dokonywania rozliczeń w przypadku podpisania umowy pomiędzy PGNiG a NowyGaz w świetle brzmienia Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej z 2009 r. (dalej jako „IRIESD z 2009”), tj. Analizy Instytutu Nafty i Gazu z maja 2011 r., Opinia prof. Dr hab. Inż. Andrzeja J. Osiadacza z dnia 12 maja 2011 r. oraz treści IRiESD z 2012 r. i w ten sposób uniemożliwienie obrony przed zarzutem praktyki antykonkurencyjnej, jak i uniemożliwienia obrony przed nałożeniem kary pieniężnej w nieproporcjonalnie wysokim wymiarze.

II. Naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 k.p.c. mające wpływ na wynik sprawy, przez sporządzenie wadliwego uzasadnienia wyroku nie

zawierającego (i) odniesienia się do merytorycznych zarzutów podniesionych przez powódkę dotyczących kwalifikacji prawnej działań Spółki, (ii) nie zawierających ustaleń faktycznych ani oceny dowodów dotyczących wykazania przez Prezesa UOKiK przesłanki istnienia alternatywnych źródeł zaopatrzenia lub alternatywnych warunków zaopatrzenia.

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

- i) stanowiska MSG prezentowanego w czasie negocjacji zainicjowanych wnioskiem NowyGaz, a w szczególności, iż MSG w czasie negocjacji deklarowała, że nie widzi żadnych problemów technicznych w rozliczaniu paliwa gazowego pobieranego na stacji I stopnia przez NowyGaz i dostarczanego do klientów końcowych (błędna ocena stanowiska MSG prezentowanego w toku prowadzonych negocjacji);
- ii) ustalenia, że IRiESD z 2009 była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym MSG, co skutkowało błędnym przyjęciem przez Sąd, że PGNiG nie miała istotnej przyczyny odmowy sprzedaży paliwa gazowego na zasadach wskazanych przez NowyGaz,
- iii) przyjęcia, iż PGNiG nie mogła mieć wątpliwości, iż do zawarcia umowy z NowymGaz nie jest konieczne zaktualizowanie IRiESD z 2009;
- iv) odmowy sprzedaży przez:
 - błędną interpretację treści pisma PGNiG z dnia 22 kwietnia 2010 r.,
 - błędną ocenę przebiegu negocjacji, a w szczególności ocenę, iż działania PGNiG w zakresie negocjacji odznaczały się „niską intensywnością”;
 - błędną ocenę przebiegu negocjacji i ocenę, iż na spotkaniu w dniu 19 marca 2010 r. PGNiG przedstawiła propozycję rozwiązania problemu rozliczania NowyGaz z PGNiG oraz MSG;

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

vi) ustalenie czasu trwania działania PGNiG.

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

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

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

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

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

Podnosząc powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę wyroku w całości i wydanie orzeczenia co do istoty przez uchylenie zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK (nr DOK-2/2012 z dnia 5 lipca 2012 r.) w całości, ewentualnie o uchylenie

orzeczenia w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, albo o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i wydanie orzeczenia co do istoty przez zmianę decyzji w części (tj. pkt III decyzji) przez odstąpienie od nałożenia kary albo obniżenie wymiaru kary. W każdym wypadku wniosła o rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Ponadto powódka wniosła o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny, na okoliczności wskazane w treści, dowodów z następujących dokumentów (znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego - tiret 1,3,4 oraz załączonych do odwołania - tiret 2,5):

- Analizy Instytutu Studiów Energetycznych z 31 stycznia 2012 r.;
- Informacji na temat wysokości przychodów PGNiG osiągniętych w 2011 r. z wyszczególnieniem przychodów ze sprzedaży paliwa gazowego, osiągniętych przez PGNiG Mazowiecki Oddział Obrotu Gazem w obszarze działania Mazowieckiej Spółki Gazownictwa spółki z o.o., stanowiące przychody ujęte w kalkulacji opłaty za koncesję PGNiG na obrót paliwami gazowymi za 2012 r.;
- Analizy Instytutu Nafty i Gazu z maja 2011 r.;
- Opinii prof. dr hab. Inż. Andrzeja J. Osiadacza z 12 maja 2011 r., oraz
- Treści IRiESD z 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 29 maja 2015r. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że: zmienił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DOK – 2/2012 z dnia 5 lipca 2012r. w punkcie trzecim obniżając nałożoną karę pieniężną z kwoty 60.016.474,40 zł do kwoty 5.508.581 zł i oddalił odwołanie w pozostałym zakresie; oddalił apelację w pozostałej części; postanowił o kosztach postępowania apelacyjnego.

Obie strony wniosły od powyższego wyroku skargi kasacyjne.

Pozwany zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w części t.j. w pkt I w zakresie obniżenia nałożonej kary pieniężnej, pozwany- w części t.j. w zakresie pkt

I w zakresie w jakim Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy karę nałożoną na powoda i oddalił odwołanie w pozostałym zakresie oraz w pkt II w całości.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 10 stycznia 2017r. uchylił zaskarżony wyrok ze skargi kasacyjnej powoda i przekazał sprawę w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego oraz oddalił skargę kasacyjną pozwanego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda okazała się uzasadniona, o ile prowadziła do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sprawa niniejsza była przedmiotem rozpoznania przez Sąd Najwyższy na skutek skarg kasacyjnych obu stron. Sąd Najwyższy uchylając wyrok Sądu Apelacyjnego ze skargi powoda i przekazując sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, uznał, że zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz.331 ze zm.- dalej jako; ustawa okik) przez niewłaściwe zastosowanie przejawiające się w przyjęciu, że nadużyciem pozycji dominującej jest odmowa sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, gdy:

1. bezsporne jest, że istnieją alternatywne źródła dostaw,
2. bezsporne jest, że alternatywne dostawy byłyby możliwe na warunkach innych niż warunki umowy kompleksowej,
3. nie wykazano, że odmienne warunki powodują, że dokonywanie odsprzedaży gazu ziemnego nie byłoby możliwe lub byłoby nieopłacalne - nie wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku ani decyzji, by ustalono niemożność

działania NowyGaz sp. z o.o. na rynku odsprzedaży gazu ziemnego odbiorcom przyłączonym do sieci Mazowieckiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Warszawie (dalej: MSG) w przypadku zakupu gazu ziemnego od innych podmiotów oraz na innych warunkach niż umowa kompleksowa.

Wskazać należy, że Sąd I instancji oddalając odwołanie nie rozważył istnienia przesłanki „niezbędności” zawarcia przez NowyGaz umowy z powodem na warunkach umowy kompleksowej. Oparł się jedynie założeniu przyjętym przez Prezesa UOKiK, że skoro powód kontroluje 97% rynku sprzedaży gazu i jest jedynym podmiotem mogącym dostarczać gaz ziemny alternatywnym dystrybutorom na zasadzie umowy kompleksowej, to dla każdego przypadku próby wejścia na rynek dystrybucji gazu ziemnego spełniona jest przesłanka niezbędności zawarcia przez nowego kontrahenta umowy dostaw gazu z powodem na zasadach umowy kompleksowej. Takie założenie Sąd Najwyższy uznał za dopuszczalne, ale jedynie wówczas, gdy ma oparcie w ustalonych w sprawie zasadach funkcjonowania rynku gazu. W jego ocenie na etapie postępowania administracyjnego Prezes Urzędu nie poczynił stosownych ustaleń, poprzestając na opartym na skrócie myślowym przekonaniu (wynikającym z oświadczenia podmiotu ubiegającego się o przyłączenie), że udział 97% powoda w rynku uzasadnia wykreowanie domniemania, że NowyGaz nie miał alternatywnych możliwości skutecznego wejścia na rynek odsprzedaży gazu odbiorcom detalicznym odłączonym do sieci MSG w inny sposób niż przez zawarcie umowy kompleksowej. Takie przyjęcie spełnienia przesłanki „niezbędności” warunkowało z kolei zakwalifikowanie przez Sąd I instancji zachowania powoda jako nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 ustawy okik.

Tym samym uznać należy, że Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, stąd konieczne stało się uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy temu

sądowi do ponownego rozpoznania na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania oparto na mocy art. 108 § 2 k.p.c.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy SO powinien ustalić, czy istnieje wskazana wcześniej przesłanka „niezbędności” zawarcia przez NowyGaz umowy z powodem na warunkach umowy kompleksowej. W celu oceny istnienia tej przesłanki, Sąd I instancji winien ustalić:

1. jakie znaczenie dla parametrów konkurowania z powodem na rynku sprzedaży detalicznej miała możliwość pozyskania gazu od powoda na zasadach umowy kompleksowej,
2. czy pozyskanie takich ilości gazu, na jakie opiewało zamówienie NowyGaz - pozwalające na pokrycie zapotrzebowania ok 40-50 gospodarstw domowych - było pod względem prawnym i faktycznym możliwe w 2010r. w inny sposób, z innych źródeł, przy użyciu innych dostawców (wykorzystaniu linii przesyłowych na zasadzie TPA), innych punktów wejścia do systemu dystrybucyjnego MSG,
3. w celu zrozumienia mechanizmów rynkowych pozwalających na zastosowanie reguł konkurencji - czym różnią się pod względem ekonomicznym warunki konkurowania z powodem dzięki dostawom na podstawie umowy kompleksowej oraz na podstawie odrębnych umów zawieranych z OSP lub innymi dostawcami gazu.

W przypadku ustalenia, że:

1. NowyGaz spotkał się z odmową zawarcia umowy dostawy gazu ziemnego ze strony innych podmiotów działających na hurtowym rynku gazu ziemnego w Polsce,
2. przepustowość sieci przesyłowej objęta była rezerwacjami uniemożliwiającymi dostarczanie gazu na rzecz NowyGaz,

3. gdyby wejście na rynek hurtowy wiązało się ze spełnieniem takich obowiązków i uiszczeniem takich opłat że byłoby to nieopłacalne lub w sposób istotny opóźniałoby możliwość pojawienia się nowego konkurenta na rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego na obszarze działania MSG, czyli ustalenia, że istniały podstawy do stwierdzenia niezbędności zawarcia umowy dostaw gazu na zasadach umowy kompleksowej, wówczas Sąd oceni pozostałe zarzuty powoda zawarte w odwołaniu.

W przypadku uznania istnienia praktyki i podstawy nałożenia kary pieniężnej, Sąd I instancji będzie miał na względzie, że z uwagi na oddalenie skargi kasacyjnej pozwanego oraz jej zakres, wymiar kary pieniężnej nie może przekroczyć kwoty 5 508 581 zł.



Apel