

Sygn. akt XVII AmA 43/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 października 2019 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Witold Rękosiewicz

Protokolant: protokolant sądowy Aleksandra Marczak

po rozpoznaniu w dniach 28 czerwca 2018 r. i 10 października 2019 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S. A.

z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużycie pozycji dominującej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 5 lipca 2012 r. nr (...)

I. Zmienia zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w miejsce kary pieniężnej w wysokości

60 016 474,40 zł nakłada na (...) S. A. z siedzibą

w W. karę pieniężną w wysokości 5 508 000 zł (pięć milionów pięćset osiem

tysięcy).

II. Oddala odwołanie w pozostałej części.

III. Nakazuje pobrać od (...) S.A. z siedzibą w

W. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 5 633,73zł

(pięć tysięcy sześćset trzydzieści trzy 73/100) tytułem kosztów postępowania

stanowiących połowę kosztów sporządzenia pisemnej opinii przez biegłego sądowego.

IV. Nakazuje pobrać od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 5 633,73 zł (pięć tysięcy

sześćset trzydzieści trzy 73/100) tytułem kosztów postępowania stanowiących połowę

kosztów sporządzenia pisemnej opinii przez biegłego sądowego.

V. Znosi wzajemnie pomiędzy stronami pozostałe koszty postępowania.

Sędzia SO Witold Rękosiewicz.

**Sygn. akt XVII AmA 43/17**

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK, pozwany) decyzją z dnia 5 lipca 2012 r. nr (...) na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 z póź. zm. dalej: uokik):

I. 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 uokik działanie (...) S.A. z siedzibą w W. (...), Spółka, powód) polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego poprzez 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. (...) sp. z o.o. w W., oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.

II. 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 uokik działanie (...) polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego poprzez 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. (...) sp. z o.o. w W. oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.,

III. z tytułu naruszenia zakazów, o których mowa w pkt I i II sentencji decyzji, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik nałożył na ww. przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości 60 016 474,40 zł,

IV. na podstawie art. 77 uokik w zw. z art. 80 tej ustawy obciążył (...) kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości 119,85 zł i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu.

(...) S.A. z siedzibą w W. z złożonym odwołaniu zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK w całości.

Zaskarżonej decyzji powód zarzucił:

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

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

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

c) błędne ustalenia w zakresie odmowy sprzedaży poprzez:

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

- nieuwzględnienie przy ocenie stanu faktycznego przebiegu negocjacji,

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

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

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

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

f) błędne ustalenie czasu trwania działania (...).

2. Obrazę prawa materialnego, tj. naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 i art. 11 uokik poprzez uznanie (błędna kwalifikację), iż (...) dopuściło się nadużycia pozycji dominującej określonej w powyżej wskazanych przepisach pomimo braku przesłanek ustawowych do zakwalifikowania opisanego w decyzji zdarzenia jako nadużycie.

3. Naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 uokik poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na (...) kary pieniężnej w sytuacji niezrealizowania zdarzenia wskazanego w hipotezie normy prawnej odzwierciedlonej w przepisie, gdyż Spółka nie nadużywała pozycji dominującej.

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

5. Naruszenie art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez:

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

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

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o:

1) zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez stwierdzenie niestosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez powoda, lub uchylenie przedmiotowej decyzji w całości,

lub ewentualnie (w szczególności w przypadku uwzględnienia zarzutu 5),

2) zmianę decyzji w części (tj. pkt III decyzji) poprzez odstąpienie od wymierzenia kary albo obniżenie wymiaru kary pieniężnej nałożonej na (...),

3) w każdej sytuacji zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

W ocenie powoda istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma brzmienie Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej z 2012 r. (IRiESD 2012) (...) sp. z o.o. (...), które uwiarygodnia stanowisko powoda, że istniała konieczność zmiany obowiązującej poprzednio IRiESD z 2009 r. w zakresie rozliczania bilansowania. Powód zarzucił Prezesowi UOKiK błędne stwierdzenie w zaskarżonej decyzji, że nowa IRiESD 2012 nie weszła w życie w chwili wydawania tej decyzji. IRiESD 2012 została zatwierdzona decyzją Prezesa URE z 28 czerwca 2012 r. i weszła w życie w dniu 1 lipca 2012 r. tj. pięć dni przed wydaniem zaskarżonej decyzji. Z tego wynika, że IRiESD 2012 nie obowiązywała w okresie, w którym Prezes UOKiK stwierdził stosowanie przez (...) praktyki ograniczającej konkurencję. Powód podkreślił, że IRiESD 2012 zawiera bardziej kompleksowe uregulowania dotyczące alokacji i rozliczania niezbilansowania niż IRiESD 2009, co wskazuje, że na gruncie obowiązywania IRiESD 2009 istniała

konieczność bardziej szczegółowego uregulowania kwestii związanych z rozliczeniami, w tym z alokacją paliwa w przypadkach, gdy do punktu wejścia do systemu dystrybucyjnego wpływa gaz ziemny od więcej niż jednego Zlecającego Usługę Dystrybucji (ZUD). Zdaniem powoda, w kontekście wejścia w życie IRiESD 2012 uzasadnione były podnoszone przez (...) w trakcie negocjacji wątpliwości, które pozwany uznał za obstrukcję względem (...). Powód zarzucił Prezesowi UOKiK, iż bezkrytycznie przyjął stanowisko Prezesa URE, który w 2010 r. nie zatwierdził karty aktualizacji nr 14 do IRiESD 2009. W rezultacie Prezes UOKiK nie przeprowadził samodzielnie postępowania dowodowego i nie ustalił istoty problemu. Zdaniem powoda gdyby Prezes UOKiK przeprowadził samodzielnie postępowanie, doszedłby do takiego samego wniosku jak Prezes URE w 2012 r., zatwierdzając nową IRiESD na skutek uwzględnienia stanowiska (...). Powód wskazał, że w trakcie postępowania przedstawił Prezesowi UOKiK dwie opinie specjalistów z zakresu funkcjonowania rynku gazowego, potwierdzające stanowisko Spółki w toku postępowania, iż celem działania (...) było zawarcie z (...) umowy na warunkach pozwalających na działanie tego podmiotu w sposób racjonalny a nie uprzywilejowany, kiedy za niezbilansowanie w systemie dystrybucyjnym ilości paliwa gazowego odpowiedzialność ponosiłoby wyłącznie (...), a (...) prowadziłby działalność z wyłączeniem odpowiedzialności.

W odniesieniu do zarzutów decyzji, że na skutek stosowania zarzucanej praktyki (...) ograniczył zbyt paliwa gazowego ze szkodą dla innych uczestników rynku i przeciwdziałał powstaniu warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji, powód zauważył, iż Prezes UOKiK w decyzji nie wykazał szkody dla odbiorców gazu i nie dokonał choćby szacunkowych obliczeń wskazujących, że z uwagi na proces zawierania umowy z (...) odbiorcy pozbawieni byli tańszego paliwa gazowego. Powód wskazał, że z materiału dowodowego nie wynika nawet, że (...) Grupa sp. z o.o., jako ostateczna strona umowy z (...), posiadała jakichkolwiek klientów, oraz czy byli to konsumenci czy odbiorcy biznesowi. Zdaniem powoda, wobec braku takiego ustalenia nie ma podstaw do zastosowania art. 9 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 2 uokik, ponieważ zastosowanie tych przepisów wymaga udowodnienia, że w wyniku stosowania praktyki po stronie innych uczestników rynku powstała realna szkoda lub realne zagrożenie szkodą. Powód podkreślił jednocześnie, że zgodnie z art. 45 Prawa energetycznego (Pe) ceny stosowane przez (...) podlegały kontroli Prezesa URE. Wobec tego (...) nie mogło uzyskać dodatkowych zysków w wyniku podwyższenia marży pobieranej od odbiorców gazu, a zawarte w decyzji rozważania pozwanego w tym zakresie, stanowiły jedynie nie poparte dowodami przypuszczenia. W czasie trwania zarzucanej praktyki Prezes URE kilkakrotnie zatwierdził taryfy (...).

Powód podkreślił, że wbrew zarzutom decyzji nigdy nie odmówił (...) zawarcia umowy kompleksowej w zakresie dostarczania gazu w sposób, który wskazywałby na nieuzasadnioną odmowę kontraktowania. Zarzucił Prezesowi UOKiK dokonanie błędnej analizy pisma (...) do (...) z 22 kwietnia 2010 r. w oderwaniu od innych okoliczności sprawy, przebiegu negocjacji między tymi podmiotami i zachowań uczestników w toku negocjacji, oraz błędną ocenę, iż (...) nie mógł mieć wątpliwości, że do zawarcia umowy z (...) nie jest konieczne zaktualizowanie IRiESD z 2009 r. Z treści pisma wynika, że intencją (...) było wstrzymanie się z zawarciem umowy do czasu zmiany zasad alokacji ustalonych w IRiESD 2009 w sposób zapewniający prawidłowe rozliczenie sprzedaży gazu w przypadku podmiotów będących Zlecającymi Usługę Dystrybucji (ZUD) i nie będących jednocześnie Zlecającymi Usługę Przesyłu (ZUP). Powód zaznaczył, iż miał świadomość, że przed Prezesem URE toczy się przed postępowanie dotyczące zatwierdzenia karty aktualizacji IRiESD 2009, które powinno uregulować zasady alokacji również w modelu zaproponowanym powodowi przez (...). W tym samym dniu (22 kwietnia 2010 r.) powód zwrócił się do (...) o przedstawienie sposobu rozwiązania zaistniałego problemu. Prezes UOKiK pominął jednak, że (...) w odpowiedzi wskazała, iż rozliczenia zamierza oprzeć na metodologii opisanej w kartach aktualizacji IRiESD 2009, na których zatwierdzenie przez Prezesa URE oczekiwało (...). (...) zwróciła też uwagę na konieczność przedyskutowania tej kwestii przez innych operatorów systemu dystrybucyjnego (...) w celu wypracowania rozwiązań uniwersalnych dla całego rynku. Zdaniem powoda, w świetle przedstawionych okoliczności kwestia zatwierdzenia aktualizacji IRiESD 2009 była kluczowa również dla (...). Powód zarzucił, iż Prezes UOKiK pominął istotne treści pisma (...) z 22 kwietnia 2010 r. i w oderwaniu od całości stanu faktycznego uznał, że (...) nie chce zawrzeć umowy z (...). Stwierdził, że Prezes UOKiK ocenił ww. pismo w sposób nieprawdziwy i przytoczył wyrwany z kontekstu jego fragment, stwarzając wrażenie, iż (...) odmówiło zawarcia umowy z (...). Powód zauważył, że w swoim piśmie najpierw wyjaśnił (...) stan prawny i mogące powstać na jego gruncie problemy, a następnie poinformował, że w zw. z tym nie może w danej chwili zawrzeć z nim umowy. Podkreślił, iż dołożył należytej staranności w celu rozwiązania problemów z rozliczeniem dostarczonego gazu w sytuacji, gdy do

sieci (...) podłączeni są dwaj przedsiębiorcy zlecający usługę dystrybucji (ZUD) i zawarcia z (...) umowy. Powołał się na przedstawione kalendarium i załącznik obrazujący przebieg negocjacji w czasie, które nie potwierdzają tezy pozwanego, że (...) odmówiło zawarcia umowy.

Jednocześnie powód wskazał, że wniosek (...) o zawarcie z (...) umowy był jednostronicowy, obejmował jedynie parametry dotyczące paliwa gazowego i nie zawierał żadnych propozycji rozwiązania w umowie opisanych w odwołaniu kwestii dotyczących rozliczeń, bilansowania i alokacji, które były wielopłaszczyznowe i problematyczne. Zdaniem powoda (...), składając wniosek w takiej formie zachował się biernie, przerzucając na (...) odpowiedzialność z sporządzenie projektu umowy i oczekując szybkiego zawarcia umowy. Z tego względu obarczenie (...) odpowiedzialnością za rzekomą odmowę zawarcia umowy jest nieuzasadnione. Powód podkreślił, iż był przekonany o konieczności zmiany IRiESD 2009, wiedział o złożeniu przez (...) wniosku o zatwierdzenie zmian i uważał, że Prezes URE zatwierdzi aktualizację IRiESD 2009 dla (...).

Powód nie zgodził się z Prezesem UOKiK, iż ze względu na stanowisko (...), zgodnie z którym w świetle zapisów IRiESD 2009 możliwe było dokonanie alokacji i rozliczenia paliwa gazowego wprowadzonego do systemu dystrybucyjnego, a ewentualne problemy bilansowania paliwa mogły zostać rozwiązane w umowie trójstronnej, brak było okoliczności wpływających na możliwość zawarcia umowy kompleksowej. Twierdzenie Prezesa UOKiK uznał powód za sprzeczne z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z treścią pism kierowanych przez (...) w czasie trwania negocjacji do (...). Powód powołał się na treść pisma (...) z 30 kwietnia 2010 r., w którym (...) wskazał, że zasady alokacji mocy i ilości gazu będą wynikały z umowy kompleksowej z klientem, a rozliczenie usługi dystrybucji dla nowego ZUD (...) będzie prowadzone na podstawie odczytów układu pomiarowego i metodologię opisaną w kartach aktualizacji IRiESD. W piśmie z 18 maja 2010 r. (...) ponownie wskazała na oczekiwaną aktualizację IRiESD. Po odmowie przez Prezesa URE aktualizacji IRiESD, w piśmie z 19 sierpnia 2010 r. (...) wskazała, że z uwagi na brak w IRiESD 2009 zapisów dotyczących bilansowania, zasady rozliczeń ilości paliwa będą uregulowane w umowie (...) z danym ZUD. Ponadto wobec braku zatwierdzenia zmian IRiESD 2009 (...) w powołanym piśmie wskazała jako wiążącą w tym zakresie ewentualną umowę o świadczenie usług dystrybucji zawartą ze zleceniodawcą usługi dystrybucji, tj. (...), której zapisy w kwestii rozliczeń usługi dystrybucji oraz powstałej różnicy pomiędzy paliwem gazowym wprowadzonym i odebrany będą analogiczne do tych, które obowiązują pomiędzy (...) oraz (...). Na podstawie przedstawionych okoliczności powód wskazał, że brak unormowania w IRiESD 2009 zasad rozliczeń uzasadniał wątpliwości (...) i wstrzymanie negocjacji dotyczących zawarcia umowy kompleksowej, tym bardziej, że doprowadziło to do uregulowania tej kwestii w odrębnych porozumieniach, także trójstronnych. Powód zarzucił pozwanemu, iż w zaskarżonej decyzji nie dokonał wystarczającej analizy kwestii rzeczywistych przyczyn, dla których nawiązanie współpracy między (...) a (...) nastąpiło w takim toku zdarzeń, a treść decyzji opiera się na przyjęciu stosowania przez (...) praktyki antykonkurencyjnej.

Zdaniem powoda Prezes UOKiK nie może stawiać (...) zarzutu, że nawet po odmowie zatwierdzenia karty aktualizacji nr 14 do IRiESD 2009 powód był przekonany o konieczności wprowadzenia zmiany do IRiESD 2009. Takie przekonanie nie powinno stanowić zarzutu antymonopolowego i okoliczności obciążającej. Powód powołał się na fakt wprowadzenia w IRiESD 2012 zmian dotyczących kwestii budzących wątpliwości w toku negocjacji z (...).

(...) nie zgodziło się ze stanowiskiem przedstawionym w decyzji, że skoro umowa została jednak zawarta, to zmiany w IRiESD 2009 nie były potrzebne, a przekonanie (...) o konieczności zmian było przejawem nieuzasadnionej odmowy zawarcia umowy. Spółka wskazała na zmiany wprowadzone w nowej IRiESD 2012 i na ich podstawie stwierdziła, że zmiany te były konieczne i mają wpływ na relacje kontraktowe podmiotów działających na rynku gazu. Wynika to z art. 9g pkt 12 Prawa energetycznego. Zarówno (...) jak i (...) mają obowiązek przestrzegania IRiESD obowiązującej w (...). Postanowienia IRiESD są elementem relacji umownych między (...) i (...), a zawarta przez te podmioty umowa nie może być sprzeczna z (...). Z tego względu powód uważał za pożądane ustalenie w (...) jednoznacznych, nie budzących wątpliwości zasad rozliczeń niezbilansowanego paliwa gazowego. Powód podniósł, że pozwany w decyzji uznał za wystarczające do kontraktowania regulacje zawarte w punkcie 4 IRiESD 2009, a pominął niekompletność pkt 5 tej Instrukcji, który dotyczył kwestii rozliczeń paliwa gazowego niezbilansowanego. (...) wskazało, że inaczej niż to określono w pkt 5.1.1. IRiESD 2009, rzeczywista ilość paliwa gazowego wynika z odczytów pomiarowych u odbiorców

końcowych paliwa i odczyty nie muszą się zgadzać z ilościami paliwa zakupionego od (...) przez (...) i wprowadzonego do systemu dystrybucyjnego. Przy zastosowaniu zasady ustalonej w pkt 5.1.1. IRiESD 2009 (...) mogłaby nabyć od (...) mniej paliwa gazowego, a sprzedać tego paliwa odbiorcom końcowym więcej. W rezultacie w sieci dystrybucyjnej powstałby stan niezbilansowania paliwa, czego konsekwencje finansowe ponosiłoby (...) (zgodnie z pkt 4.1.9. IRiESD 2009).

Odnośnie argumentów decyzji dotyczących zbyt małego ciśnienia w systemie dystrybucyjnym, co jest możliwe przy wzmożonym poborze gazu i może wpływać na problemy z alokacją (de facto rozliczaniem) powód powołał się na wyjaśnienia (...) w piśmie z 23 września 2010 r., iż niezapewnienie minimalnego ciśnienia w systemie nie musi wpływać na brak możliwości dokonania alokacji. Zdaniem powoda, dla (...) jako ponoszącego konsekwencje finansowe zawarcia umowy, takie stwierdzenie nie jest wystarczające. Z powyższego twierdzenia wynika, iż w praktyce mogą występować przypadki zupełnego braku możliwości rozliczenia paliwa gazowego pomiędzy (...) i (...).

Powód zarzucił Prezesowi UOKiK błędną ocenę argumentu (...) o możliwości pojawienia się trudności z uwagi na fakt, że (...) będąc zlecającym usługę dystrybucji (ZUD) nie byłby jednocześnie zlecającym usługę przesyłu (ZUP). Podniósł, że Prezes UOKiK wskazał na treść pkt 4.1.12. IRiESD 2009, regulującego jedynie sytuację, w której występuje tylko jeden przedsiębiorca zlecający usługę dystrybucji i jednocześnie nie jest on zlecającym usługę przesyłu. Postanowienie pkt 4.1.12. IRiESD 2009 stanowi, że w razie zaistnienia takiej sytuacji zasady alokacji zostaną ustalone pomiędzy zlecającym usługę dystrybucji, który nie zleca jednocześnie usługi przesyłu (w nin. sprawie (...)) a operatorem systemu dystrybucyjnego (...). W istniejącym w sprawie stanie faktycznym było dwóch przedsiębiorców zlecających usługę dystrybucji, a tylko jeden (...) zlecał usługę przesyłu. Zdaniem powoda, postanowienie pkt 4.1.12. IRiESD 2009 nie reguluje zasad alokacji i rozliczeń a odsyła do porozumienia. Ponadto porozumienie to miało być zawarte pomiędzy (...) a (...). Nie rozwiązywało problematycznej w sprawie kwestii ustalenia zasad rozliczeń i alokacji gazu pomiędzy (...) i (...), które w miejscu wejścia do systemu dystrybucyjnego miało sprzedawać (...) paliwo do dalszej odsprzedaży. Na tej podstawie powód stwierdził, że zasady ustalone w pkt 4.1.12. IRiESD 2009 nie mogły mieć zastosowania do alokacji i rozliczeń pomiędzy (...) i (...). Zdaniem powoda, zasady te mogły mieć zastosowanie jedynie pomiędzy (...) i (...). W ocenie powoda dodatkowe potwierdzenie tego stanowiska wynika z treści pkt 4.2.1. IRiESD 2009. Zgodnie z pkt 4.2.1. Instrukcji w przypadku braku porozumienia, o który mowa w pkt 4.1.12. IRiESD 2009, ZUD nie będący jednocześnie ZUP będzie na swój koszt przekazywał wyniki pomiarów urządzeń zlokalizowanych u odbiorców końcowych operatorowi systemu dystrybucyjnego (...). Oznacza to, że zasady określone w pkt 4.1.12. IRiESD 2009 nie dotyczą alokacji pomiędzy (...) i powodem a jedynie między (...) i (...). Powód zaznaczył, iż (...) nie jest uprawniony do dokonywania wyników pomiarów u odbiorców końcowych, co wyklucza zastosowanie pkt 4.1.12. IRiESD 2009 nawet w relacjach tego podmiotu z (...).

Wskazując na katalog ustawowych obowiązków kontraktowania zawarty w Prawie energetycznym powód zaznaczył, że wniosek (...) znajdował się poza zakresem tych obowiązków przewidzianych w Pe. Nie zgodził się ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, że w oderwaniu od konkretnego wniosku (...) w sposób abstrakcyjny powinno być przygotowane na rozpatrzenie wniosków o dostęp nie przewidzianych w regulacji. Powód powołał się na pismo (...) z 18 maja 2010 r., w którym (...) wskazała na konieczność zawarcia umowy kompleksowej między (...) a (...) oraz zawarcie trójstronnego porozumienia między powodem, (...) i (...) w celu uregulowania kwestii alokacji i rozliczeń. Powód oświadczył, że wiedział, iż zatwierdzenie przez Prezesa URE zmian w IRiESD 2009 zgodnie z kartą aktualizacji nr 14, dotyczących zasad rozliczeń i alokacji niezbilansowanego paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym ułatwi kontraktowanie z (...) i czekał na ich zatwierdzenie. Ponownie stwierdził, że ze względu na brak wiedzy o zasadach rozliczeń nie mógł zawrzeć z (...) umowy kompleksowej, bo narażał się na straty finansowe.

Na podstawie przywołanego fragmentu uzasadnienia decyzji, w którym Prezes UOKiK stwierdził, że znając stanowisko (...) i (...), najpóźniej po 18 maja 2010 r. (...) powinno przystąpić do negocjacji umowy kompleksowej z (...) i porozumienia trójstronnego dotyczącego alokacji powód wskazał, że pozwany uznał, iż przed tą datą istniały uzasadnione przyczyny dla powstrzymania się (...) od kontraktowania. W konsekwencji powód zarzucił pozwanemu nielogiczne ustalenie, że okres trwania praktyki rozpoczął się 22 lutego 2010 r., w dniu wpływu do (...) uzupełnionego wniosku (...) o zawarcie umowy. Zdaniem powoda powyższa okoliczność powinna mieć znaczenie przy ustalaniu

wysokości nałożonej decyzją kary pieniężnej. Okres trwania praktyki należało przyjąć od daty odmowy zatwierdzenia przez Prezesa URE karty aktualizacji IRiESD 2009 czyli od 22 czerwca 2010 r. do dnia rozpoczęcia negocjacji 30 listopada 2010 r.

W ocenie powoda kwalifikacja i wykładnia dokonana w zaskarżonej decyzji przez pozwanego była błędna. (...) powołało się na stanowisko doktryny, zgodnie z którym „uznanie odmowy zawarcia umowy za nadużycie pozycji dominującej stanowi wyjątek od zasady swobody zawierania umów, stąd może ono nastąpić tylko w wyjątkowych okolicznościach”. Powód stwierdził, że dla uznania, iż w analizowanej sprawie odmowa sprzedaży może zostać zakwalifikowana jako nadużycie pozycji dominującej, spełnione muszą być dwa kryteria:

- kryterium niezbędności oznaczające, że odmowa musi dotyczyć produktu lub usługi niezbędnej do prowadzenia działalności na rynku sąsiednim,
- kryterium wykluczenia oznaczające, że odmowa musi spowodować wykluczenie efektywnej konkurencji na rynku sąsiednim.

Powód dodał, że dla przypisania dominantowi nadużycia pozycji dominującej w sprawie nie może występować obiektywne uzasadnienie dla jego odmowy.

Zdaniem powoda w sprawie żadne z wymienionych kryteriów nie zostało spełnione, a jednocześnie w sprawie wystąpiło szereg okoliczności uzasadniających działania (...). W konsekwencji obowiązek kontraktowania może zaistnieć w razie wykazania „niezbędności” lub „wykluczenia”. Brak występowania tych przesłanek musi prowadzić do stwierdzenia braku nadużycia w formie „odmowy sprzedaży”. W przypadku stwierdzenia jednej z tych przesłanek o braku nadużycia decydować będzie istnienie obiektywnego uzasadnienia zachowania dominanty. Powód zarzucił Prezesowi UOKiK, że w zaskarżonej decyzji mylił kwestie wypełnienia kryterium niezbędności oraz wykluczenia, które muszą być spełnione, aby można było mówić o naruszeniu przepisów prawa konkurencji, z kwestią obiektywnego uzasadnienia, która ma znaczenie dopiero w sytuacji wykazania przez organ istnienia w sprawie wskazanych przesłanek.

Na podstawie przywołanych wyroków Sądu Najwyższego powód wskazał, że odmowa kontraktowania nie będzie stanowić nadużycia, jeżeli skutkuje jedynie pewnymi niedogodnościami dla konkurentów dominanty, czy utrudnia im prowadzenie działalności. Podniósł, iż w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik mowa jest o „warunkach niezbędnych” dla rozwoju konkurencji, czyli takich, bez których działania konkurentów na rynku nie byłyby w ogóle możliwe lub opłacalne. Praktyka, która nie zagraża dalszemu funkcjonowaniu rynku nie spełnia przesłanek zakazu określonego w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Przeszkody muszą mieć charakter fundamentalny. Zakazana praktyka nie występuje jeżeli konkurencji mają alternatywne źródła zaopatrzenia lub alternatywne warunki tego zaopatrzenia od dominanty, nawet jeśli nie oferują one dóbr i usług na warunkach równie korzystnych, jak domaga się tego podmiot wnioskujący do dominanty.

Na gruncie praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu musi wiązać się ze szkodą dla konsumentów lub kontrahentów. Sama szkoda musi pozostawać w związku przyczynowo-skutkowym z ograniczeniem produkcji, zbytu lub postępu technicznego. Natomiast w przypadku praktyki polegającej na odmowie świadczenia usług o szkodzie można mówić jedynie w sytuacji, gdy brak jest alternatywnych źródeł dostaw. W takim przypadku szkodą poniesioną przez kontrahentów dominanty jest brak możliwości prowadzenia działalności gospodarczej i brak możliwości operowania na rynku. Zdaniem powoda w świetle przedstawionych wywodów brak uzasadnienia dla zakwalifikowania działania (...) jako dwóch odrębnych praktyk.

Powód zarzucił, iż Prezes UOKiK nie przeanalizował w sprawie kwestii istnienia alternatywnych źródeł zaopatrzenia w sposób pozwalający na zakwalifikowanie działań (...) jako odmowy sprzedaży. Powołał się na przedstawioną w postępowaniu administracyjnym analizę Instytutu Studiów (...), z której wynika, iż w 2010 r. istnieli na krajowym rynku potencjalni alternatywni dostawcy gazu, oraz wolne moce infrastruktury przesyłowej zdolne dostarczyć zakupiony gaz do sieci dystrybucyjnej (...), które w następnych latach (2011 i 2012) uległy jeszcze istotnemu

zwiększeniu. Zaznaczył, że wniosek (...) dotyczył dostarczenia 103 000 m<sup>3</sup> gazu rocznie, czyli niewielkiej ilości, a na rok 2010 zgodnie z wnioskiem planowano tylko 62 400 m<sup>3</sup> gazu.

W ocenie powoda o braku zasadności kwalifikacji prawnej decyzji świadczy również fakt, iż działania podejmowane przez (...) w związku z rozpatrywaniem wniosku (...) były obiektywnie uzasadnione. W szczególności powód wskazał na treść obowiązującej IRiESD 2009, toczące się postępowanie w sprawie zatwierdzenia zmian IRiESD 2009, specyfikę wniosku (...), oraz nowatorski charakter rozwiązania proponowanego przez (...), które nie było dotychczas przez (...) stosowane i brak doświadczenia Spółki w tym zakresie. Podkreślił, że w toku negocjacji z (...) podejmował działania zmierzające do uzgodnienia wszystkich koniecznych elementów umowy. Wymienił najważniejsze zdarzenia z przebiegu negocjacji. Przedstawił również obiektywne uzasadnienie swego działania, które opierało się na argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu, sprzeciwiało się dokonanej przez Prezesa URE kwalifikacji prawnej i świadczyło, że działania (...) w związku z wnioskiem (...) były obiektywnie zasadne.

Zdaniem powoda Prezes UOKiK, na skutek błędnego i bezpodstawnego przyjęcia, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia interesu publicznego naruszył art. 1 uokik. Powód wskazał, że posiadanie pozycji dominującej nie jest ustawowo zabronione. A w decyzji stwierdzono, że kwestionowane zachowanie (...) może wywierać negatywny wpływ na powstanie i rozwój konkurencji na rynku. Na tej podstawie powód zarzucił, iż pozwany nie udowodnił spełnienia przesłanki naruszenia interesu społecznego a jedynie czynił takie przypuszczenia. W ocenie powoda wadliwe jest na gruncie przepisów uokik wykazywanie spełnienia przesłanki z art. 1 uokik poprzez dowodzenie zaistnienia przesłanek z art. 9 uokik. Powód zaznaczył, że jego działanie, w zaistniałym stanie faktycznym, miało charakter jednorazowy, nie może być powtarzalne nawet teoretycznie i nie mogło dotknąć szerszego kręgu podmiotów niż (...). Ta spółka była pierwszym przedsiębiorcą, który wnioskował do (...) o zawarcie umowy kompleksowej w zakresie dostarczania paliwa gazowego dla odbiorcy pobierającego to paliwo na punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego w celu jego dalszej odsprzedaży. (...) nie miała wypracowanych założeń tego typu umów kompleksowych i procedur ich zawierania, a wniosek (...) wykraczał poza obowiązki zapewnienia dostępu, które wynikały z Prawa energetycznego. (...) nie złożył żadnego projektu umowy kompleksowej a jedynie zażądał jej zawarcia. Zrzucił na (...) całą odpowiedzialność za przygotowanie odpowiedniej dokumentacji razem z propozycją rozliczenia. Powód podkreślił, że nie odmówił zawarcia umowy, lecz miał uzasadnione obawy dotyczące możliwości bilansowania i rozliczania gazu w systemie dystrybucyjnym. Ta okoliczność została przyznana przez (...). Zdaniem (...) zasadność wprowadzenia zmian w IRiESD potwierdzona została poprzez zatwierdzenie przez Prezesa URE w dniu 28 czerwca 2012 r. nowej instrukcji, zawierającej zmiany wnioskowane w karcie aktualizacji nr 14 do IRiESD 2009. Powód oświadczył, że od momentu wystąpienia przez (...) z wnioskiem o zawarcie umowy podejmował działania, które ostatecznie doprowadziły do zawarcia umowy. Zwracał też uwagę na potrzebę kompleksowego uregulowania rozliczeń w Instrukcji, co Prezes URE zrobił dopiero w 2012 r. Na podstawie przedstawionych argumentów powód stwierdził, że stan faktyczny sprawy nie daje podstaw do uznania, że działanie (...) stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję i nawet teoretycznie nie jest możliwe jego powtórzenie. Powód ma obecnie pełną jasność co do formy i zasad kontraktowania z podmiotami zamierzającymi prowadzić działalność w taki sposób jak (...). Kwestie budzące wątpliwości zostały uregulowane w IRiESD 2012. W ocenie powoda działanie (...) nie spełnia przesłanki naruszenia interesu publicznego. Powód przywołał decyzje, w których Prezes UOKiK w inny sposób ocenił zachowanie przedsiębiorców podejrzewanych o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję. Przedstawił również argumentację dotyczącą zarzutu naruszenia zaskarżoną decyzją art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 uokik poprzez nałożenie kary pieniężnej i ustalenie jej w nadmiernej wysokości.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany przyznał, że IRiESD 2012, zatwierdzona decyzją Prezesa URE z 28 czerwca 2012 r. weszła w życie z dniem 1 lipca 2012 r. Oświadczył, że nie został poinformowany o zatwierdzeniu nowej Instrukcji przez (...) oraz (...). Nie zgodził się z tezą powoda, że zatwierdzenie nowej IRiESD oznacza, iż poprzednia Instrukcja była wadliwa. Wskazał, że zatwierdzenie nowej IRiESD wynikało z konieczności dostosowania jej do wymogów zatwierdzonej



uprzednio decyzją tego organu Instrukcji (...) i Eksploatacji Sieci Przesyłowej (...) przedłożonej przez (...) S.A. Stwierdził, iż wbrew zarzutom powoda nieuwzględnienie w zaskarżonej decyzji nowej IRiESD 2012 nie wpłynęło na błędne zakwalifikowanie zachowania (...) jako praktyki antykonkurencyjnej. Wskazał, że Instrukcja w wersji przed wprowadzeniem zmian była wystarczająca do uregulowania kwestii alokacji i rozliczania gazu wprowadzonego przez dwa podmioty ZUD w tym samym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego (...). Potwierdzeniem tego stanowiska jest fakt, że kwestie związane z alokacją i bilansowaniem zostały ostatecznie rozwiązane poprzez zawarcie w dniu 31 maja 2011 r. przez (...), (...) i (...) umowy kompleksowej oraz porozumienia dotyczącego alokacji, a także zawarcie w dniu 21 lipca 2011 r. umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych pomiędzy (...) i (...). Na tej podstawie Prezes UOKiK stwierdził, iż regulacje IRiESD 2009 dotyczące uregulowania kwestii alokacji i rozliczania gazu wprowadzanego przez dwóch Zlecających Usługę (...) do systemu dystrybucyjnego (...) w tym samym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego nie wymagały zmiany Instrukcji 2009. Powołał się na wyrażoną w tej kwestii dwukrotnie opinię Prezesa URE, zawarta w pismach z 7 września 2010 r. i 22 marca 2011 r. skierowanych do (...) i Prezesa UOKiK. Zdaniem pozwanego w tej sytuacji twierdzenie powoda, że IRiESD 2009 nie była wystarczającą podstawą do alokacji i rozliczania niezbilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym (...) nie mogło się ostać. W związku z tym pozwany stwierdził, że nie mógł uwzględnić tej okoliczności jako przyczyny odmowy sprzedaży (...) gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej. Argumentację powoda, dotyczącą braków regulacji IRiESD 2009 w zakresie alokacji i bilansowania uznał pozwany za bezzasadną. Stwierdził, że wynika ona z odmiennej oceny przez strony kompletności regulacji starej Instrukcji w zakresie kwestii alokacji i bilansowania. W związku z wykazaniem bezzasadności zarzutu powoda również zatwierdzenie nowej IRiESD przed wydaniem zaskarżonej decyzji było bez znaczenia i nie wpłynęło na uznanie zachowania powoda jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Prezes UOKiK nie zgodził się z zarzutem dokonania błędnych ustaleń i błędnej interpretacji pisma (...) z 22 kwietnia 2010 r. do (...) oraz nieuwzględnienia przy ocenie stanu faktycznego przebiegu negocjacji. Podtrzymał dokonane w tym zakresie ustalenia i przedstawioną w decyzji ocenę prawną. Wskazał, iż zawarta w piśmie (...) z 22 kwietnia 2010 r. do (...) informacja, że opisane w IRiESD 2009 zasady alokacji nie umożliwiają prawidłowego rozliczenia sprzedaży gazu i w związku z tym do momentu ustalenia dokładnych zapisów regulujących tą kwestię (...) nie może zawrzeć z (...) umowy sprzedaży paliwa gazowego była jednoznaczna. Zauważył, że w piśmie z 3 sierpnia 2010 r. skierowanym do Prezesa UOKiK powód, wyrażając wolę zawarcia umowy kompleksowej z (...) również wskazał, iż kluczowym problemem jest brak możliwości rozliczenia paliwa gazowego. Powołał się też na pismo (...) z 29 października 2010 r. skierowane do Prezesa UOKiK, w którym powód poinformował o wstrzymaniu rozmów z (...) w sprawie sprzedaży gazu do czasu wprowadzenia w Instrukcji zmian, umożliwiających rozliczanie i alokację gazu w sytuacji, gdy w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego paliwo jest przekazywane przez (...) także do innego podmiotu obok (...). Zdaniem Prezesa UOKiK z treści wymienionych pism wynika jednoznacznie, że (...) odmówiła (...) zawarcia umowy sprzedaży gazu na zasadach umowy kompleksowej, powołując się na niekompletność obowiązujących regulacji IRiESD 2009. W rezultacie takiego stanowiska (...) nie mógł podjąć działalności na rynku sprzedaży paliwa gazowego klientom podłączonym do sieci (...). Stanowisko powoda dotyczące możliwości zawarcia z umowy uległo zmianie dopiero w dniu 30 listopada 2010 r., kiedy (...) na spotkaniu z (...) wyjaśniło, że istnieje możliwość rozliczenia wolumenu gazu odbieranego przez (...) na stacji I stopnia. Pozwany podkreślił, że do 30 listopada 2010 r. nie toczyły się żadne negocjacje w celu zawarcia umowy kompleksowej. W dniu 30 listopada 2010 r. powód poinformował (...) o możliwości rozliczenia paliwa wprowadzanego w tym samym punkcie wejścia do sieci (...).

Na podstawie przedstawionego stanu faktycznego za nieprawdziwe uznał pozwany twierdzenie powoda, iż negocjacje pomiędzy (...) i (...) toczyły się od momentu złożenia przez (...) wniosku w sprawie zawarcia umowy. Prezes UOKiK stwierdził, że wbrew stanowisku wyrażonemu w odwołaniu do 30 listopada 2010 r. nie toczyły się żadne negocjacje dotyczące zawarcia z (...) umowy kompleksowej. (...) konsekwentnie wyrażało stanowisko, iż do czasu wejścia w życie zmian w Instrukcji zawarcie umowy nie było możliwe. W ocenie pozwanego tylko taka konkluzja wynika z treści pisma powoda do (...) z 22 kwietnia 2010 r. W tej sytuacji, zdaniem Prezesa UOKiK bez znaczenia są wyjaśnienia powoda co do intencji (...) dotyczących wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu dostosowania zasad IRiESD 2009 w sposób umożliwiający prawidłowe rozliczenie sprzedaży gazu w przypadku podmiotów będących (...)ami i nie będących jednocześnie Zlecającymi Usługę Przesyłu. W ocenie pozwanego, odmowa zawarcia umowy kompleksowej

z (...) ze względu na powołane braki Instrukcji była nieuzasadniona. Uwzględniając powyższe okoliczności Prezes UOKiK stwierdził, że za datę rozpoczęcia negocjacji można przyjąć najwcześniej dzień 30 listopada 2010 r. Wskazał, iż projekt umowy został przedstawiony przez (...) w dniu 4 lutego 2011 r. Po tej dacie strony prowadziły rozmowy dotyczące konkretnych postanowień i kolejnych wersji projektu umowy. Pozwany ponownie podkreślił, że jednak do 30 listopada 2010 r. działania (...) świadczyły, iż powód odmawia zawarcia umowy do czasu wejścia w życie zmian do IRiESD, które będą spełniać jego oczekiwania. Powód nie może też powoływać się na prowadzenie przez Prezesa URE postępowania w sprawie zmiany instrukcji jako okoliczności usprawiedliwiającej odmowę zawarcia umowy z (...). Pozwany zauważył ponadto, że (...) jako Operator Systemu Dystrybucyjnego, już w piśmie z 18 maja 2010 r. wskazała na istnienie możliwości określenia zasad rozliczenia paliwa gazowego, wprowadzanego do sieci dystrybucyjnej przez oba podmioty, w umowach o świadczenie usług dystrybucyjnych zawartych z dwoma (...)ami, oraz ustalenia zasad alokacji gazu w odrębnym trójstronnym porozumieniu pomiędzy (...), (...) i (...). Stanowiska (...) w tym zakresie nie zmieniła negatywna decyzja Prezesa URE dotycząca karty aktualizacji IRiESD 2009. Prezes UOKiK nie zgodził się z wyjaśnieniem powoda, że przyjęte zasady bilansowania były wymuszone odmową dokonania przez Prezesa URE zmian w IRiESD 2009. Wskazał, że jeszcze przed wydaniem decyzji o odmowie aktualizacji Instrukcji 2009 (...) wyrażała stanowisko, że zasady rozliczenia gazu powinny być uregulowane w umowie dystrybucyjnej z (...). Zdaniem Prezesa UOKiK dokonanej w decyzji oceny zachowania powoda nie zmienia fakt szerszego uregulowania w nowej IRiESD 2012 metodologii rozliczeń. Pozwany podkreślił, iż kwestia zbilansowania gazu wprowadzonego w tym samym punkcie przez (...) oraz (...) została uregulowana ostatecznie, zgodnie ze stanowiskiem (...) w umowie dystrybucyjnej zawartej pomiędzy (...) ( (...)) a spółka (...) prawie rok przed wejściem w życie nowej IRiESD 2012. W ocenie pozwanego ten fakt potwierdza, że do rozwiązania kwestii rozliczania gazu nie była konieczna zmiana Instrukcji obowiązującej w okresie, którego dotyczy zaskarżona decyzja.

Odnosnie zarzutu niewykazania w decyzji, że w wyniku stosowania praktyki po stronie uczestników rynku powstała szkoda pozwany wskazał, że w sytuacji braku alternatywnego dostawcy paliwa gazowego na wejściu do systemu dystrybucyjnego (...) szkodą poniesioną przez kontrahentów (...) (czyli (...)) był brak możliwości prowadzenia sprzedaży detalicznej gazu klientom podłączonym do sieci dystrybucyjnej (...). Stosowanie stwierdzonej praktyki opóźniło wejście na rynek nowego dostawcy gazu na obszarze właściwości (...). Szkodę z tytułu praktyki ponieśli też konsumenci, którzy w okresie jej stosowania mogli kupować paliwo gazowe wyłącznie u powoda. Skutkiem zablokowania wejścia na rynek (...) był brak alternatywnego dostawcy gazu, od którego konsumenci mogliby nabyć paliwo i który mógłby wywierać na (...) presję konkurencyjną w kierunku obniżenia ceny lub podniesienia jakości świadczonych usług. Zdaniem pozwanego, pomiędzy stosowaną przez (...) praktyką a wskazanymi szkodami kontrahentów i konsumentów występował związek przyczynowoskutkowy. Gdyby (...) nie odmówiło bezzasadnie zawarcia umowy, (...) mógłby prowadzić działalność w postaci dostaw gazu dla odbiorców końcowych a ci mieliby możliwość zmiany sprzedawcy gazu. Odmowa zawarcia przez (...) umowy kompleksowej mogła, w ocenie pozwanego, zniechęcać też innych przedsiębiorców do wejścia na rynek, przynajmniej do czasu wyjaśnienia sporu między powodem a (...). W przypadku wejścia na rynek sprzedaży detalicznej gazu (...) mógł mieć niższe koszty prowadzenia działalności, oferować gaz po niższych cenach i swoją działalnością wymusić na (...) obniżenie kosztów prowadzenia działalności i cen lub poprawę jakości świadczonych odbiorcom usług. Szkoda, jaką ponieśli klienci nie naruszała jedynie ich prywatnych interesów ale stanowiła także naruszenie interesu publicznego. Pozwany zauważył, iż w sprawie znaczenie ma również, że (...) nie poniosła strat na skutek przejścia części klientów przez konkurenta, czy na skutek obniżenia ceny wywołanego wejściem na rynek konkurenta.

Pozwany nie zgodził się również z twierdzeniem, że zawarta w decyzji argumentacja opiera się na założeniu, że (...) miało wątpliwości, iż do zawarcia umowy nie jest konieczna aktualizacja IRiESD 2009. Zauważył, że w decyzji i odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, z jakich przyczyn zastrzeżenia powoda co do Instrukcji nie zasługiwały na uwzględnienie. Ponownie wskazał, że jak wynika z materiału dowodowego, do zawarcia umowy kompleksowej nie było konieczne szczegółowe uregulowanie problematyki dotyczącej alokacji i bilansowania gazu wprowadzonego do sieci (...) przez (...) i (...). Potwierdzeniem tego stanowiska było zawarcie ponad rok przed wejściem w życie nowej Instrukcji umowy kompleksowej. Sugerowanie przez powoda w postępowaniu antymonopolowym, że umowa kompleksowa będzie zawierała postanowienia sprzeczne z Instrukcją (...), uznał pozwany za nieuzasadnione. Zauważył, iż

powód nie wskazał w odwołaniu postanowień umowy kompleksowej naruszających starą lub nową Instrukcję (...). Odnośnie zarzutu nieuwzględnienia w decyzji precedensowego charakteru sprawy pozwany wyjaśnił, iż miał świadomość, że w dotychczasowej działalności (...) nie zdarzyło się, by wniosek do powoda złożył przedsiębiorca, który zamierzał dokonywać odsprzedaży paliwa klientom przyłączonym do sieci właściwego miejscowo (...). Wskazał jednak, że właściwy (...) ( (...)) od początku wyrażał pozytywne stanowisko o możliwości alokacji i rozliczenia gazu wprowadzonego przez dwa podmioty do sieci. Zdaniem Prezesa UOKiK powód najpóźniej po otrzymaniu pisma (...) z 18 maja 2010 r. powinien przystąpić do negocjacji umowy kompleksowej z (...) i porozumienia trójstronnego dotyczącego alokacji. Już w tym piśmie (...) opisał możliwość uregulowania alokacji w porozumieniu trójstronnym i metodologię alokacji gazu wprowadzonego w jednym punkcie sieci przez dwa podmioty o statusie ZUD, oraz wskazał, że zasady bilansowania gazu zostaną określone w umowie o świadczenie usług dystrybucyjnych zawartej pomiędzy (...) a (...). Prezes UOKiK podkreślił, że ostatecznie doszło do zawarcia umowy w sposób wskazany przez (...). Na gruncie regulacji starej Instrukcji (...) i (...) zawarły umowę kompleksową i porozumienie dotyczące alokacji, a (...) i (...) podpisały umowę o świadczenie usług dystrybucyjnych, regulującą kwestię bilansowania. Z przedstawionych faktów wynika, że również na gruncie IRiESD 2009 możliwa była współpraca z (...) i rozwiązanie zauważonych problemów nawet mimo precedensowości zaistniałej sytuacji. W ocenie Prezesa UOKiK, w świetle dokonanych ustaleń brak jest podstaw do uznania, że (...) mogła mieć uzasadnione wątpliwości co do możliwości zawarcia umowy w okresie od 22 maja do 30 listopada 2010 r. Z tego względu, zdaniem pozwanego, przyjęte w tym okresie przez (...) stanowisko należało uznać za odmowę zawarcia umowy i zablokowanie wejścia (...) na rynek sprzedaży detalicznej gazu ziemnego.

Na uznanie precedensowego charakteru sprawy nie mógł mieć wpływu fakt, że wniosek o zawarcie umowy kompleksowej nie mieścił się w zakresie ustawowych obowiązków kontraktowania określonych w Prawie energetycznym. Mimo braku regulacji ustawowej i faktu, że wniosek (...) był pierwszą tego typu propozycją, zdaniem Prezesa UOKiK sprawa nie była szczególnie wyjątkowa. Pozwany wskazał, że od dnia wprowadzenia do Prawa energetycznego zasady TPA (od 3 maja 2005 r.) i rozdziału działalności dystrybucyjnej i handlowej (...) mogło się spodziewać próby wejścia na rynek sprzedaży detalicznej gazu ziemnego podmiotu chcącego nabywać od (...) w sposób hurtowy paliwa gazowe w celu odsprzedaży detalicznej odbiorcom końcowym za pośrednictwem sieci (...). Pozwany wskazał na wynikający z art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego obowiązek przedsiębiorstw energetycznych, zajmujących się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych, zapewnienia na warunkach równoprawnego traktowania, wszystkim odbiorcom i przedsiębiorcom zajmującym się sprzedażą paliw gazowych, świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych na zasadach i w zakresie określonym w ustawie, na podstawie umowy o świadczenie tych usług. Prezes UOKiK stwierdził, że nawet jeżeli wniosek (...) był pierwszym tego rodzaju wnioskiem, to nie była to sytuacja trudna do przewidzenia dla (...) i tak nietypowa, jak to wskazano w odwołaniu. Powód powinien być przygotowany i poszukać możliwych rozwiązań w istniejącym stanie regulacji. Szczególnie z uwagi na stanowisko prezentowane w sprawie przez (...), która wskazywała różne możliwości uregulowania kwestii alokacji i bilansowania gazu.

Zdaniem pozwanego w zaskarżonej decyzji zostało wykazane, że z treści pism powoda z 22 kwietnia i 29 października 2010 r. wynika, iż w ocenie (...), na gruncie IRiESD 2009 zawarcie umowy kompleksowej z (...) nie było możliwe i konieczne było wprowadzenie zmian do Instrukcji. Powód nie mógł mieć też całkowitej pewności co do zatwierdzenia przez Prezesa URE zmian w IRiESD 2009. Jednak prowadzenie przez ten organ postępowania nie może być usprawiedliwieniem zaprzestania przez (...) działań w celu podpisania umowy z (...). Powód powinien dążyć do rozwiązania dostrzeżonych problemów w wykorzystaniu regulacji wynikających z IRiESD 2009 i rozwiązań wskazywanych przez (...).

Odnośnie zarzutu nieprawidłowego ustalenia w decyzji terminu rozpoczęcia stosowania praktyki w dniu 22 lutego 2010 r. pozwany wskazał, że od tego dnia powód dysponował pełnymi danymi technicznymi i handlowymi koniecznymi do złożenia wniosku o zawarcie umowy kompleksowej. Od tego momentu (...) miał prawo oczekiwać podpisania umowy lub rozpoczęcia negocjacji zmierzających do jej podpisania. Przyjęte przez powoda stanowisko o braku możliwości zawarcia umowy ze względu na niedostatki obowiązującej Instrukcji stanowiło nieuzasadnioną odmowę zawarcia umowy, ograniczającą konkurencję w sposób określony w art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 uokik. Pozwany

zaznaczył, że przyjęcie terminu rozpoczęcia stosowania praktyki od 22 lutego 2010 r. wbrew twierdzeniu powoda, nie przyczyniło się do zwiększenia wysokości nałożonej kary pieniężnej. Okres stosowania praktyki nie przekroczył bowiem jednego roku. Wyjaśnił, że nie mógł przyjąć za początek terminu stosowania praktyki dnia 22 czerwca 2010 r., w którym Prezes URE odmówił zatwierdzenia karty aktualizacji IRiESD 2009. Na podstawie wniosku (...) powód powinien był podjąć działania zmierzające do zawarcia umowy i wyjaśnienia wątpliwości dotyczących zasad przyszłej współpracy. Takie stanowisko zostało potwierdzone poprzez fakt zawarcia ostatecznie przez (...) oraz (...) umowy kompleksowej na podstawie regulacji wynikającej z IRiESD 2009. Oczekiwanie na nowelizację obowiązującej w tym czasie Instrukcji (...) nie było konieczne.

Odnosnie argumentacji odwołania, że powód nie mógł przewidzieć wydania przez Prezesa URE odmownej decyzji w sprawie zatwierdzenia zmian IRiESD 2009, pozwany wskazał, iż powód nie mógł z góry zakładać wydania w tej kwestii decyzji zatwierdzającej aktualizację Instrukcji.

Pozwany przedstawił również swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów art. 9 ust. 1 pkt 2 i 5 uokik oraz art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 2 i 5 uokik. Wskazał, że działanie powoda, polegające na odmowie sprzedaży (...) gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej naruszało zakaz nadużywania pozycji dominującej, w sposób opisany w art. 9 ust. 2 pkt 2 i art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Oświadczył, że w zaskarżonej decyzji nie stwierdził stosowania przez powoda dwóch praktyk ale uznał, że jedna praktyka wyczerpywała znamiona dwóch zachowań opisanych w art. 9 ust. 2 uokik. Powołał się na stanowisko doktryny dotyczące sytuacji, w których zachowanie podmiotu dominującego wyczerpuje znamiona więcej niż jednej praktyki ograniczającej konkurencję. Zaznaczył, że przyjęte w sprawie podejście nie przekłada się jednak w żaden sposób na wysokość określonej decyzją kary pieniężnej, która została nałożona na powoda za jedno zachowanie naruszające dwa odrębne przepisy. Pozwany nie zgodził się z powodem, że w analizowanej sytuacji nie doszło do przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej paliwa gazowego, bez których działania konkurentów nie byłyby na rynku w ogóle możliwe lub byłyby nieopłacalne. Zdaniem Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji wykazano, że stwierdzona praktyka (...) stwarzała fundamentalne przeszkody skutecznego wejścia na rynek detalicznej sprzedaży gazu ziemnego. Odmowa zawarcia umowy kompleksowej uniemożliwiła (...) rozpoczęcie działalności detalicznej sprzedaży gazu odbiorcom końcowym podłączonym do sieci dystrybucyjnej (...). Mając na uwadze, że odmowa zawarcia umowy była bezzasadna, pozwany uznał, iż (...) zastosowała wobec przyszłego konkurenta środki wykluczające go z rynku, które nie miały związku z merytoryczną konkurencją. Prezes UOKiK podtrzymał przyjęte w decyzji stanowisko co do braku alternatywnych źródeł zaopatrzenia w gaz ziemny, co skutkowało brakiem możliwości prowadzenia przez (...) działalności gospodarczej na obszarze własności (...). Podkreślił, iż z przedstawionych przez powoda opinii specjalistów nie wynika, że w momencie składania przez (...) wniosku istniały alternatywne źródła zaopatrzenia w gaz ziemny. Wskazał, że istotą w sprawie była możliwość pewnego sposobu działania na rynku sprzedaży gazu ziemnego, polegającego na dostarczaniu gazu odbiorcom końcowym za pośrednictwem sieci dystrybucyjnej (...), przy wcześniejszym zakupie paliwa od (...) na szczeblu hurtowym w celu dalszej odsprzedaży. W tej sytuacji (...) było jedynym podmiotem, który oferował możliwość zakupu gazu w punkcie wejścia do sieci (...) na zasadach umowy kompleksowej.

Pozwany nie zgodził się z twierdzeniem powoda, że o braku odmowy sprzedaży może świadczyć prowadzona przez niego z (...) i (...) korespondencja oraz spotkania z tymi podmiotami. Twierdzeniu powoda przeczy treść pism (...) z 22 kwietnia 2010 r. do (...) i 3 sierpnia i 29 października 2010 r. do Prezesa UOKiK, z których wyraźnie wynika, że ze względu na wskazane przez (...) braki w IRiESD 2009 wnioskowana przez (...) umowa nie może być zawarta.

Zdaniem Prezesa UOKiK podnoszona w odwołaniu kwestia braku w IRiESD 2009 zasad alokacji w przypadku minimalnego ciśnienia paliwa nie miała znaczenia dla oceny zarzucanych powodowi praktyk antykonkurencyjnych. Pozwany wskazał, że nawet gdyby argumenty te były zasadne, to kwestie alokacji gazu w sytuacji braku minimalnego ciśnienia zostały wyjaśnione w toku dwu i trójstronnych uzgodnień poprzedzających podpisanie stosownych umów.

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 1 uokik przez błędne przyjęcie, że w wyniku działania powoda doszło do naruszenia interesu publicznego pozwany ponownie wskazał, iż działanie (...), jako przedsiębiorcy mającego

niemal monopolistyczną pozycję na rynku hurtowej sprzedaży gazu, ograniczające możliwość zawarcia umowy dostawy gazu ziemnego innemu przedsiębiorcy, zamierzającemu prowadzić działalność gospodarczą polegającą na dalszej odsprzedaży gazu, stanowiącą działanie konkurencyjne względem powoda (monopolisty) mogło wywierać negatywny wpływ na powstanie i rozwój konkurencji. Negatywne działanie (...) nie tylko ograniczało możliwość wejścia na rynek podmiotu konkurencyjnego, ale mogło też skutecznie zniechęcać innych potencjalnych konkurentów dominanta do zamiaru wejścia na ten rynek, blokując przez to powstanie lub rozwój konkurencji na rynku sprzedaży paliwa gazowego. Bez znaczenia była też okoliczność, że odmowa zawarcia umowy miała charakter jednostkowy. Naruszenie wynikało nie tylko z naruszenia interesów kontrahentów, którym ograniczono możliwość wyboru, ale również z naruszenia konkurencji z uwagi na ingerencję w strukturę podmiotową rynku. Pozwany dodał, że działanie powoda stwarzało zagrożenie dla zasad swobodnej konkurencji, ponieważ obok bezpośredniego oddziaływania na konkretnego przedsiębiorcę pośrednio mogła wywierać wpływ na nieoznaczoną liczbę przedsiębiorców potencjalnie zainteresowanych prowadzeniem działalności na tym rynku i pozbawiało odbiorców końcowych gazu na terenie własności (...) możliwości zmiany sprzedawcy.

Odnosnie naruszenia art. 111 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik poprzez nałożenie kary pieniężnej i ustalenie wysokości kary bez należytego uwzględnienia okoliczności mających wpływ na jej wymiar pozwany stwierdził, iż w sprawie brak podstaw do odstąpienia od nałożenia kary z uwagi na precedensowy charakter wniosku (...). Wskazał, iż o nałożeniu kary przesądził umyślny charakter działania powoda i fakt, że stwierdzone praktyki powoda należy do praktyk nazwanych, najbardziej typowych i ewidentnych naruszeń prawa konkurencji. Mając jednak na uwadze precedensowy charakter sprawy obniżył wysokość wyjściową kary do 0,2% przychodu, co stanowi dolną granicę kary w przypadku poważnych naruszeń konkurencji. Za niezasadny uznał zarzut nałożenia wygórowanej kary. Wyjaśnił, że dokonując oceny naruszenia brał pod uwagę pozycję zajmowaną przez powoda na rynku, stopień koncentracji rynku gazowego hurtowego i detalicznego, oraz znaczenie produktu dla odbiorców końcowych. Okoliczność trwania praktyki poniżej jednego roku, zdaniem pozwanego, skutkuje jedynie brakiem podstaw do zwiększenia wymiaru kary, ale nie uzasadnia jej obniżenia. Pozwany nie zgodził się z zarzutem pominięcia kryterium stopnia naruszenia interesu społecznego. Wskazał na treść uzasadnienia decyzji dotyczącą tej kwestii. Zaznaczył, iż powód jako profesjonalny uczestnik rynku, który posiada znaczny potencjał ekonomiczny i funkcjonuje długo na rynku miał możliwość prawidłowego określenia ryzyka prawnego decyzji o odmowie zawarcia umowy kompleksowej. Działanie powoda zahamowało powstanie konkurencji na rynku sprzedaży detalicznej gazu i przeciwdziałało odchodzeniu jego klientów do podmiotu konkurencyjnego. W ocenie pozwanego w tych warunkach brak było podstaw do przyjęcia, że działanie (...) nie miało charakteru umyślnego. Ponadto wobec faktu, że w stosunku do (...) była w 2004 r. wydana już prawomocna decyzja dotycząca stosowania praktyki nadużywania pozycji dominującej, w sprawie istniały również podstawy do uwzględnienia uprzedniego zachowania przedsiębiorcy. Pozwany wyjaśnił, że przy ustalaniu wysokości kary musiał uwzględnić całkowity poziom przychodów (...) osiągniętych w 2011 roku.

Zdaniem Prezesa UOKiK, mając na uwadze, że:

1. zaskarżona decyzja nie dotyczyła cen gazu ziemnego ani uzyskiwanej przez (...) marży,
  2. w sprawie brak związku pomiędzy stwierdzoną praktyką a IRiESD 2012, więc zatwierdzenie nowej Instrukcji nie może mieć znaczenia dla oceny wcześniejszego zachowania powoda,
  3. schemat przebiegu negocjacji pomiędzy powodem, (...) i (...) wskazuje na fakty ustalone w toku postępowania antymonopolowego i opisane w decyzji,
  4. okoliczność, iż powód odmawiając zawarcia umowy kompleksowej z (...), nie naruszył przepisów Prawa energetycznego, pozostawała bez znaczenia dla Prezesa UOKiK, działającego na podstawie przepisów ustawy o ochroni konkurencji i konsumentów i oceniającego legalność zachowania przedsiębiorców w świetle przepisów tej ustawy,
- wniosek dowodowy powoda powinien zostać oddalony.

W piśmie procesowym z dnia 12 maja 2014 r. stanowiącym załącznik do rozprawy powód:

1. zarzucił Prezesowi UOKiK brak wykazania w zaskarżonej decyzji faktycznej lub potencjalnej szkody odbiorców gazu i podniósł, że pozwany nie dokonał nawet szacunkowych wyliczeń wskazujących, że z uwagi na proces zawierania umowy z (...) odbiorcy pozbawieni byli tańszego paliwa gazowego,
2. stwierdził, że nie mógł uzyskać żadnych korzyści z tytułu podwyższenia pobieranej marży, ponieważ stosowane przez (...) ceny są oparte na uzasadnionych kosztach i podlegają kontroli Prezesa URE,
3. wskazał, iż w stosowanych przez (...) wzorcach umownych znajdują się niedozwolone w obrocie z konsumentami klauzule umowne i trudno uznać za uzasadnione założenie o presji konkurencyjnej na (...) w zakresie pozacenowych warunków dostaw paliwa gazowego, jakie miałyby wywierać (...),
4. zarzucił pozwanemu brak wykazania przesłanek warunkujących możliwość uznania odmowy sprzedaży gazu za nadużycie pozycji dominującej w postaci spełnienia kryterium niezbędności lub kryterium wykluczenia, co musi prowadzić do stwierdzenia braku nadużycia w formie odmowy sprzedaży,
5. zauważył, iż w przypadku spełnienia choćby jednej z wymienionych przesłanek o braku nadużycia może zadecydować istnienie obiektywnego uzasadnienia po stronie dominanta,
6. na podstawie powołanych wyroków Sądu Najwyższego wskazał, jak należy rozumieć pojęcie „warunków niezbędnych” dla rozwoju konkurencji w świetle kryteriów niezbędności lub wykluczenia,
7. podniósł, że mimo, iż Prezes UOKiK powinien dążyć do usunięcia wątpliwości dotyczących istnienia alternatywnych możliwości zakupu gazu ziemnego, zaniechał udowodnienia, że inne warunki, których istnieniu nie zaprzeczał, uniemożliwiały (...) konkurowania na rynku i nie interpretował tych wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy, na którego została nałożona kara pieniężna.

#### ***Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:***

(...) S.A. z siedzibą w W. prowadzi działalność gospodarczą polegającą m.in. na wydobywaniu gazu ziemnego, wytwarzaniu i dystrybucji paliw gazowych w systemie sieciowym, sprzedaży detalicznej i hurtowej paliw stałych, ciekłych i gazowych oraz produktów pochodnych. (...) jest największym w kraju sprzedawcą gazu ziemnego, wprowadzanego do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego. Największymi odbiorcami gazu są przedsiębiorstwa z branży chemicznej, hutnictwa i energetyki. Najliczniejszą grupą odbiorców są jednak gospodarstwa domowe. Spółka jest również największym polskim importerem gazu ziemnego, który sprowadza z R., N., C. i U..

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. jest przedsiębiorcą zajmującym się sprzedażą gazu ziemnego odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci dystrybucyjnych na obszarze województwa (...). Poprzez prowadzenie swojej działalności (...) daje swoim odbiorcom możliwość skorzystania z powszechnego uprawnienia do wyboru dostawcy gazu. Przedsiębiorca ten nie dysponuje własnymi gazociągami. Korzysta z prawa dostępu do infrastruktury gazowej przesyłowej i dystrybucyjnej w celu realizacji dostaw gazu do klientów obsługiwanych przez przedsiębiorców posiadających status Operatora Systemu Dystrybucyjnego ((...)).

Pismem z dnia 14 stycznia 2010 r. (k. 12 akt adm.) (...) wystąpił do (...) z zapytaniem o zawarcie umowy sprzedaży i dostawy gazu ziemnego na określony punkt wyjścia systemu przesyłowego na warunkach umowy kompleksowej. (...) wyjaśnił, że zakupione od (...) paliwo zamierza dostarczać klientom końcowym obsługiwanym przez Operatora Systemu Dystrybucyjnego, tj. (...) sp. z o.o. w W. (dalej (...)). Zgodnie z informacją wnioskodawcy w pierwszym roku współpracy (...) miał prowadzić obrót paliwem gazowym do wartości 100 000 euro. (k. 14 akt adm.) Na żądanie (...), w piśmie z dnia 21 lutego 2010 r. (...) przekazał powodowi informacje uzupełniające do złożonego wniosku o zawarcie umowy kompleksowej.

W dniu 23 lutego 2010 r. (...) wystąpiła do Prezesa URE z wnioskiem o zatwierdzenie projektu karty aktualizacji nr 14/09 do IRiESD 2009, dotyczącej zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym (...). We uzasadnieniu wniosku wskazano, że w dotychczasowej wersji Instrukcji brak ustaleń, jakie rozwiązania powinien przyjąć (...) w odniesieniu do bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego.

Na spotkaniu dwustronnym w dniu 15 marca 2010 r., które dotyczyło szczegółów rozliczeń za pobrane paliwo gazowe (...) deklorowało chęć sprzedaży (...) paliwa gazowego, zaznaczając jednak, że nie ma możliwości rozliczenia dostarczonych kontrahentowi ilości paliwa na stacji I stopnia. (...) oświadczył, że chciałby aby strumień gazu dostarczany do jego klientów był tak samo rozliczany jak w przypadku (...), tj. na podstawie danych pomiarowych z (...) i sposobu alokacji ustalonego przez (...), zgodnego z IRiESD 2009. (...) podkreślił przy tym, iż uzyskał informację, że ze strony (...) nie ma żadnych technicznych problemów, uniemożliwiających rozliczenie strumienia gazu odbieranego przez (...) od (...). (...) odrzucił propozycję (...) sprzedaży paliwa na punkcie wyjścia z systemu dystrybucyjnego. Oświadczył, że jest zainteresowany 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 dniu 19 marca 2010 r. odbyło się spotkanie trójstronne z udziałem (...), (...) i (...). (...) oświadczyło, że nie widzi problemów technicznych w rozliczaniu gazu pobieranego przez (...) na stacji I stopnia i dostarczanego do klientów końcowych. (...) wskazał, że w celu takiej realizacji umowy (...) odbierając paliwo na stacji I stopnia powinien przekazywać mu nominacje na planowane ilości paliwa. Oświadczył, że musi w tej sprawie uzyskać opinię prawną. (...) deklorował, że będzie dostarczał (...) informacje na temat wielkości nominacji.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2010 r. (...) zwróciło się do (...) o przedstawienie sposobu realizacji alokacji rozliczeń z (...). W odpowiedzi z 30 kwietnia 2010 r. (...) wyjaśniła, że zasady alokacji będą wynikały z umowy kompleksowej między (...) a (...), a rozliczanie będzie się odbywało na podstawie odczytów układu pomiarowego oraz metodologii opisanej w kartach aktualizacji nr 14 IRiESD 2009, w sprawie których toczy się postępowanie przed Prezesem URE. Pismem z 7 maja 2010 r. (...) wystąpiło do (...) o doprecyzowanie przedstawionych sposobów alokacji i rozliczeń oraz wyjaśnienie zasad opisanych w IRiESD. (...) w piśmie z 18 maja 2010 r. (k. 99 akt ad.) wyjaśniła, że (...) jako sprzedawca gazu powinno w ramach negocjacji umowy kompleksowej wypracować reguły akceptowalne przez kontrahenta w zakresie ilości oraz mocy paliwa gazowego, jakie jest gotowy sprzedać w punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej. W zaistniałej sytuacji rola (...) będzie polegała na uwzględnieniu przyjętych zasad dla prowadzenia bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego w ramach zawartych umów o świadczenie usług dystrybucji gazu z (...) i (...). (...) wskazał także na możliwość zawarcia trójstronnego porozumienia pomiędzy (...), (...) i (...), określającego zasady podziału ilościowego gazu oraz mocy umownej na stacji I stopnia. (...) wskazała również metodę alternatywną, opartą na składanych przez (...) nominacjach w ramach umowy kompleksowej.

Prezes URE decyzją z dnia 22 czerwca 2010 r. odmówił dokonania zmiany w Instrukcji (...) i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej 2009 (...) w zakresie dotyczącym zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym (...).

Wobec niezatwierdzenia karty aktualizacji (...) zwróciło się pismem z dnia 3 sierpnia 2010 r. do (...) o wskazanie źródła i zasad dotyczących rozliczeń gazu w sytuacji różnych ilości paliwa wprowadzonego i odebranego z sieci (...). (...) wyjaśnił, że w zaistniałej sytuacji zasady dotyczące rozliczeń ilości gazu wprowadzonego do systemu dystrybucyjnego będą przedmiotem umowy o świadczenie usług dystrybucji z danym (...)em.

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

W piśmie z dnia 2 listopada 2010 r. (...) wystąpiło do (...) z propozycją spotkania w sprawie zawarcia umowy kompleksowej.

Na spotkaniu z (...) w dniu 30 listopada 2011 r. (...) oświadczyło, iż istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu dostarczanych dla i odbieranych przez (...) na stacjach I stopnia. Rozliczenie ilości paliwa dostarczanych przez (...) odbywałoby się na podstawie proporcji składanych przez (...) nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia. Natomiast rozliczenie zamawianej mocy odbywałoby się w oparciu o raporty handlowe (...) S.A. i byłoby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez (...) w stosunku do całej mocy zamawianej przez (...). Na spotkaniu w dniu 24 stycznia 2011 r. doprecyzowano propozycję (...) i ustalono, że do dnia 3 lutego 2011 r. (...) przygotowuje dla (...) projekt umowy kompleksowej.

Zgodnie z ustaleniami spotkania z dnia 24 stycznia 2011 r. (...), jako spółka matka (...), poinformowała (...), iż to ona będzie stroną wnioskowanej umowy kompleksowej sprzedaży gazu w związku z zastrzeżeniami dotyczącymi wiarygodności finansowej (...).

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

Pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. (k.8 akt adm.) (...) zawiadomił Prezesa UOKiK o podejrzeniu stosowania przez (...) praktyk ograniczających konkurencję. W zawiadomieniu wskazano, że (...) jest prawie 100% monopolistą na krajowym hurtowym rynku gazu i na krajowym rynku (...) nie ma technicznych ani handlowych możliwości zakupu gazu od innych dostawców. Jednocześnie (...) oświadczył, że posiada klienta końcowego, który zainteresowany jest zmianą sprzedawcy i chce od 1 lipca 2010 r. sprzedaż z nowym dostawcą. Dodał, że wielu innych klientów, którym zaproponowano ofertę konkurencyjną dostawy gazu, wyraziło chęć podpisania umowy z (...).

Prezes UOKiK w związku z wnioskiem (...) z 22 kwietnia 2010 r. przeprowadził postępowanie wyjaśniające i na podstawie dokonanych ustaleń, postanowieniem z dnia 28 grudnia 2010 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez (...) pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego. W postanowieniu stwierdzono, że wyjaśnienia przedstawione przez (...) w postępowaniu wyjaśniającym nie pozwalają na przyjęcie, iż kwestionowane działanie Spółki nie stanowi naruszenia konkurencji. Prezes UOKiK wezwał Spółkę do przedstawienia informacji o przebiegu negocjacji dotyczących zawarcia umowy kompleksowej z (...).

W toku postępowania (...) w piśmie z dnia 7 marca 2011 r. (k. 189-192 akt adm.) stwierdziło, że nie jest jedynym podmiotem, od którego (...) może nabywać paliwo gazowe. Wymienił 18 przedsiębiorców, w tym 5 sprzedających paliwo ze złóż, którzy mogliby dostarczać paliwo dla (...). Spółka złożyła również analizę Instytutu Studiów (...) sp. z o.o. dotyczącą możliwości zakupu w latach 2010 – 2011 w Polsce gazu ziemnego od konkurencji (...) oraz transportu go sieciami przesyłowymi OSP do sieci dystrybucyjnej (...) Spółki (...) w celu dalszej sprzedaży lub użycia go w celach bilansowych (k. 858-899 akt adm.).

Na podstawie zebranych informacji Prezes UOKiK uznał, że (...), odmówiła (...) zawarcia umowy sprzedaży paliwa gazowego. W ocenie Prezesa UOKiK działanie Spółki stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję w sposób określony w zaskarżonej decyzji.

Powyższy stan faktyczny, został ustalony na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, nie był między stronami sporny.

### ***Na podstawie dokonanych ustaleń Sąd Okręgowy zważył, co następuje:***

W sporządzonej przez biegłego sądowego z dziedziny gazownictwa dr inż. P. G. opinii, dopuszczonej z urzędu jako dowód w prowadzonym postępowaniu, biegły stwierdził, że:

1. z danych spółki (...) z lipca 2010 r. wynika, że w 2010 r. poza (...) żaden inny uczestnik rynku gazu ziemnego w Polsce nie miał dostępu do istniejących fizycznie wejść do systemu przesyłowego (...), umożliwiających fizyczne dostarczenie paliwa gazowego, żaden uczestnik rynku, poza (...), nie był w stanie zapewnić sobie w 2010 r. technicznych warunków



dostawy gazu ziemnego spółce (...) więc w 2010 r. spółka (...) nie miała żadnych alternatywnych w stosunku do (...) możliwości zakupu gazu ziemnego systemowego w punkcie wyjścia z systemu przesyłowego, stanowiącym jednocześnie punkt wejścia do systemu dystrybucyjnego (...),

2. z pisma (...) do Dyrektora Departamentu Ochrony Konkurencji UOKiK z dnia 23 września 2010 r. wynika, że poza (...) żadna spółka nie przesyła gazu ziemnego wysokometanowego systemem przesyłowym połączonym z systemem dystrybucyjnym (...), więc (...) nie miała żadnych alternatywnych w stosunku do (...) możliwości zakupu gazu ziemnego systemowego w punktach wyjścia z systemu przesyłowego stanowiących zarazem punkty wejścia do systemu dystrybucyjnego (...), jednocześnie w 2010 r. pozyskanie z innych źródeł ilości gazu, o jakiej mowa w zamówieniu (...) nie było możliwe i nie było opłacalne,

3. w 2010 r. wszystkie podmioty kupowały gaz ziemny systemowy od (...), więc gdyby teoretycznie (...) zakupił gaz ziemny od innych niezależnych dostawców, to zakup ten byłby całkowicie nieopłacalny, cena zawierałaby oprócz ceny (...) również marżę dostawcy,

4. umowa kompleksowa pozwala na swobodę zawierania umów z odbiorcami końcowymi bez żadnego nadzoru i kontroli przez (...), w przypadku zawarcia dwóch odrębnych umów konieczne byłoby bardziej czasochłonne i kosztowne negocjowanie dwóch odrębnych kontraktów z (...) oraz (...) i administrowanie nimi,

5. w roku 2010 uzależnienie wejścia na rynek detaliczny od wejścia na rynek hurtowy wiązało się z koniecznością zarezerwowania możliwości transportu określonej objętości i potrzebnej mocy przesyłowej u operatora systemu (...) S.A., dodatkową barierą dla nowych podmiotów wchodzących na rynek gazu ziemnego były obowiązujące w Polsce w 2010 r. taryfy przesyłowe,

6. sytuacja na krajowym rynku hurtowym była jednym z czynników decydujących o „niezbędności” zawarcia przez (...) umowy z (...), istnienie przesłanki niezbędności wynikało bezpośrednio z występowania barier asortymentowych, geograficznych oraz dostępności, ponadto nawet hipotetyczna możliwość zakupu gazu od innych spółek na rynku hurtowym, dysponujących gazem nabytym od (...) byłaby całkowicie nieopłacalna.

Na podstawie treści opinii biegłego, w ocenie Sądu, uznać należało, iż możliwość pozyskania przez (...) od (...) gazu na zasadach umowy kompleksowej miała decydujące znaczenie dla parametrów konkurencji z powodów na rynku sprzedaży detalicznej. Oferowane przez (...) rozwiązanie zawarcia umowy, polegające na kupnie gazu w punkcie wyjścia z systemu dystrybucyjnego nie pozwalałoby (...) na niezależne konkurencje z (...). Zawarcie umowy na warunkach proponowanych przez (...) pozwalałoby jedynie na dostarczanie gazu w konkretnym miejscu, szczegółowo określonym wyjściu z sieci dystrybucyjnej (...) dla konkretnego odbiorcy końcowego, który w danym miejscu jest podłączony do sieci dystrybucyjnej (...). Takie rozwiązanie znacznie ograniczałoby nowe podmioty, które chciałyby rozpocząć działalność na krajowym rynku detalicznym sprzedaży gazu ziemnego, w tym (...). W razie ewentualnego pozyskania nowych odbiorców gazu (...) musiałby negocjować nowe dostawy gazu z kolejnych konkretnych wyjść z sieci dystrybucyjnej (...) dla każdego nowego odbiorcy końcowego, który jest w danym miejscu podłączony do sieci dystrybucyjnej tego (...). Zawarcie umowy kompleksowej pozwalało (...) uniknąć konieczności każdorazowego negocjowania z (...) nowej dostawy do nowego punktu wyjścia z sieci (...). Ponadto zakup gazu w punkcie wyjścia z sieci dystrybucyjnej wymuszałby na (...) konieczność podawania (...) informacji o każdym nowym odbiorcy. Zdobywanie każdego nowego odbiorcy uzależnione byłoby od zgody (...), a jednocześnie (...), znając nowych odbiorców spółki (...) na tym samym rynku właściwym, na którym również prowadziło sprzedaż detaliczną gazu, mogłoby im proponować bardziej korzystne niż (...) warunki sprzedaży gazu. Taka sytuacja całkowicie wykluczałaby prowadzenie działalności na rynku detalicznym w warunkach konkurencyjnych. W 2010 r. moce przesyłowe linii przesyłowych (...) były w całości zarezerwowane i wykorzystywane przez (...), a gaz, który ewentualnie mogli oferować inni dostawcy, był nabywany przez nich od (...), więc jego zakup ze względu na cenę byłby nieopłacalny. Ponadto należy podkreślić, że występujący w sprawie rynek właściwy sprzedaży detalicznej był ograniczony do zasięgu działania sieci dystrybucyjnej (...) na terenie województwa (...). Na tym terenie nie było innych poza wymienionymi wyżej punktów wejścia do sieci dystrybucyjnej (...). Przepustowość tych punktów wejścia była w 100% wykorzystywana przez (...). (...) gazu

z zagranicy wiązał się z koniecznością utrzymywania obowiązkowych zapasów gazu – ustawa z 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (Dz. U. 2007, nr 52, poz. 343). Ponadto zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z 24 października 2000 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu z zagranicy (Dz.U. nr 95, poz. 1042) importerzy musieli przestrzegać zasady zróżnicowania kierunków importu gazu. W okresie objętym niniejszą sprawą, ze względu na istnienie wielu barier prawnych i faktycznych, pozyskanie ilości gazu, na jaki opiewało zamówienie (...) z innych źródeł, przy użyciu innych dostawców, z wykorzystaniem linii przesyłowych na zasadzie TPA i innych punktów wejścia do systemu dystrybucyjnego (...) nie było faktycznie możliwe.

Jak już wyżej wskazano, zawarcie z (...) umowy kompleksowej stawia przedsiębiorcę wchodzącego na rynek sprzedaży detalicznej w pozycji niezależnej od monopolisty i umożliwia swobodny rozwój bez konieczności każdorazowego negocjowania umowy dostawy gazu do nowego punktu wyjścia z sieci dystrybucyjnej (...). Z uwagi na warunki obiektywne, jakie występowały w 2010 r. na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego istniały podstawy do stwierdzenia, że dla powstania warunków do swobodnego konkutowania przez (...) z (...) na rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego, na obszarze działania sieci (...) niezbędne było zawarcie przez (...) umowy dostaw gazu na zasadach kompleksowych. Uzyskanie przez (...) dostępu do towaru (gazu ziemnego) na zasadach umowy kompleksowej, było niezbędne do wejścia na rynek sprzedaży detalicznej na warunkach równorzędnych z tymi, w jakich na tym rynku prowadził działalność gospodarczą dotychczasowy monopolista (...). Z okoliczności sprawy wynika, że poprzez wykorzystanie zajmowanej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu pozycji dominującej (...), proponując (...) zawarcie umowy na innych warunkach, dążył do zachowania kontroli na powiązanim z tym rynkiem, rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego na obszarze działania sieci (...), na którym posiadał dotychczas pozycję dominującą. Gdyby (...) nie zajmował na krajowym rynku hurtowym sprzedaży gazu pozycji dominującej, nie miałby możliwości odmowy występującym do niego przedsiębiorcom zawarcia umowy dostawy gazu na zasadach umowy kompleksowej, lecz dążył do jej zawarcia w celu zwiększenia uzyskiwanego przychodu. Działanie powoda w stosunku do (...), polegające na informowaniu swego kontrahenta o braku możliwości zawarcia umowy na zasadach umowy kompleksowej mimo, że taka możliwość istniała, co zostało potwierdzone poprzez fakt ostatecznego zawarcia przez strony umowy na takich zasadach bez zmiany zasad ustalonych w obowiązującej IRiESD (...) i nosiło znamiona nadużywania posiadanej na danym rynku pozycji dominującej. Stosowana przez powoda praktyka mogła wywierać także negatywny wpływ na działania i decyzje podejmowane przez inne podmioty, które chciałyby podjąć analogiczną działalność i zniechęcała je do podejmowania tego rodzaju działalności gospodarczej. W ten sposób stosowana przez (...) praktyka również przeciwdziałała powstaniu i rozwojowi konkurencji na określonych w sprawie rynkach właściwych. Należy podkreślić, że obowiązek zawarcia przez dominanta umowy na zasadach (...), wynikający z Dyrektywy 98/30/EC (z 22 czerwca 1998 r.), został wprowadzony do krajowego systemu prawnego w art. 4 Prawa energetycznego. Wobec tego powód miał wystarczająco dużo czasu na analizę możliwości prawnych zawarcia umowy dostawy gazu z uwzględnieniem zasady równego dostępu osób trzecich, na zasadach umowy kompleksowej. Powód nie może więc tłumaczyć się precedensowym charakterem wniosku (...) o zawarcie umowy dostawy gazu i brakiem możliwości zawarcia jej ze względu na treść obowiązującej w tym okresie IRiESD (...). Podnoszony przez powoda argument nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach sprawy, z których wynika, że po wystąpieniu przez (...) do (...) z wnioskiem o zawarcie umowy kompleksowej (...) nie widziała problemów w zawarciu umowy na zasadach kompleksowych bez zmiany zapisów IRiESD 2009. Odmowa zawarcia przez (...) umowy z (...) mimo braku występowania nadzwyczajnych przeszkód w tym zakresie doprowadziła do ograniczeniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów, oraz do opóźnienia wejścia na rynek sprzedaży detalicznej nowego podmiotu. Ograniczenie to pozbawiało spółkę (...) możliwości działania na rynku detalicznym sprzedaży gazu, zaś konsumentów pozbawiała korzyści będących następstwem wolnej konkurencji. Działanie powoda przeciwdziałało zatem również ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na rynku detalicznym sprzedaży gazu. Należy mieć bowiem na uwadze, że dotyczyło ono rynku na którym istniał tylko jeden podmiot i wejście na (...) spółki (...) oznaczało złamanie monopolu. W sytuacji, gdy na określonym w sprawie rynku właściwym sprzedaży detalicznej występował jeden sprzedawca, zachowanie powoda przeciwdziałało ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju na tym rynku konkurencji. Niezasadna odmowa (...) niezwłocznego zawarcia z (...) umowy na zasadach kompleksowych pozbawiała również konsumentów możliwości wyboru sprzedawcy gazu i nabycia

towaru po cenie ustalonej w warunkach konkurencyjnych. Ze względu na niższe koszty prowadzenia działalności gospodarczej małego przedsiębiorcy oferowana przez niego cena gazu mogłaby być dla konsumentów korzystniejsza. Brak możliwości nabycia gazu po niższej cenie stanowił wymierną szkodę, jaką ponieśli konsumenci na skutek opóźnienia wejścia na rynek nowego sprzedawcy.

Wyrażona przez (...) w piśmie z dnia 22 kwietnia 2010 r. odmowa sprzedaży dotyczyła produktu niezbędnego do prowadzenia działalności na rynku sąsiednim i powodowała wykluczenie efektywnej konkurencji na rynku sąsiednim. W sprawie zostały więc spełnione, wskazywane przez powoda kryteria niezbędności i wykluczenia, konieczne do zakwalifikowania odmowy sprzedaży jako nadużycia pozycji dominującej. Zachowanie (...) było przejawem nadużycia zajmowanej przez tego przedsiębiorcę na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego pozycji dominującej. W tym stanie podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 uokik nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie poczynienia błędnych ustaleń faktycznych, mających wpływ na zakwalifikowanie opisanego w decyzji zdarzenia jako praktyki antykonkurencyjnej wskazać należy, iż fakt zawarcia przez strony umowy w maju 2011 r., czyli co najmniej na rok przed zatwierdzeniu przez Prezesa URE nowej IRiESD (...) jest w sprawie bezsporny. Oznacza to, że wyrażone w piśmie (...) z dnia 22 kwietnia 2010 r. stanowisko o braku możliwości zawarcia umowy kompleksowej w warunkach obowiązywania poprzedniej IRiESD (...) z 2009 r. było nieprawidłowe, a odmowa zawarcia umowy na zasadach kompleksowych zgodnie z propozycją przedstawioną przez (...) była bezzasadna. Dodatkowym potwierdzeniem zasadności tej oceny jest deklaracja (...) z dnia 19 marca 2010 r., iż (...) nie widzi problemów technicznych w rozliczeniu gazu pobieranego na stacji I stopnia (punkt wejścia do sieci (...), jednocześnie punkt wyjścia z sieci przesyłowej). Brak również podstaw do przyjęcia, że pismo powoda do (...) zostało błędnie zinterpretowane, w okresie od dnia 22 kwietnia 2010 r. strony prowadziły negocjacje, wyrażone przez (...) stanowisko zostało błędnie zinterpretowane, a (...) nie mogło mieć wątpliwości, iż do zawarcia umowy z (...) nie jest konieczna aktualizacja IRiESD 2009. Należy wskazać, że obowiązek zawierania umów na zasadach (...) wynikał z Dyrektywy Unijnej z 1998 r. obowiązującej również krajowych przedsiębiorców. Powód, jako podmiot zajmujący pozycję dominującą na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu, powinien więc być już od dawna przygotowany do zawierania umów z uwzględnieniem zasady (...). Mając na uwadze pozycję (...) na wskazanym wyżej rynku hurtowym uznać należało, że powód powinien być świadomy, iż złożone w dniu 22 kwietnia 2010 r. oświadczenie zostanie odczytane literalnie jako odmowa zawarcia umowy, a nie w inny sposób. Tym bardziej, że od powoda, jako w najwyższym stopniu profesjonalisty należy oczekiwać składania oświadczeń woli w sposób nie budzący wątpliwości co do jego intencji. Z treści oświadczenia (...) nie wynika, że stanowiło ono zaproszenie do dalszych pertraktacji. Również zachowanie powoda w następnych miesiącach nie uzasadniało innej oceny oświadczenia powoda przekazanego (...). Bez znaczenia przy tym są podnoszone przez powoda argumenty dotyczące konieczności zmiany obowiązującej IRiESD 2009, oraz fakt wejścia w życie nowej Instrukcji na kilka dni przed wydaniem zaskarżonej decyzji. Do stosowania zarzucanej praktyki doszło w okresie obowiązywania Instrukcji z 2009 r. Ponadto powód uznając, że obowiązująca Instrukcja nie jest dostosowana do zawierania umów z uwzględnieniem zasady (...), powinien już dawno zwrócić uwagę należącym do jego grupy kapitałowej (...) na konieczność dokonania stosownych zmian w obowiązujących u nich IRiESD. Po wydaniu zaskarżonej decyzji (...) nie może się więc powoływać na przeszkody wynikające z niedostosowania obowiązującej w (...) 2009. Natomiast podnoszony w odwołaniu argument precedensowego charakteru sprawy może mieć w tych warunkach jedynie walor okoliczności łagodzącej, podobnie jak okoliczność zaprzestania stosowania praktyki i zawarcia umowy przed wydaniem zaskarżonej decyzji, mającej wpływ na ocenę zasadności nałożonej decyzją kary pieniężnej. Okoliczności te nie mogą mieć jednak wpływu na ocenę zasadności samej decyzji i nałożenia na powoda kary pieniężnej wobec stwierdzenia stosowania zakazanej praktyki. W tym stanie zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i 5 uokik również należało uznać za nietrafne.

W świetle powyższego stwierdzić należało, iż działanie powoda, spełniające przesłanki zakazanej praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 1 uokik w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 2 i pkt 5 uokik, polegającej na nadużywaniu posiadanej przez (...) na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu pozycji dominującej, oraz naruszeniu konkurencji na

powiązaniem z nim rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego na obszarze działania sieci (...), wywierało wpływ na interesy nieokreślonej liczby konsumentów, którzy w odpowiednio dłuższym okresie czasu zostali pozbawieni możliwości wyboru sprzedawcy gazu na rynku konkurencyjnym i zmuszeni byli do nabywania gazu od jedynej, działającego na rynku detalicznym przedsiębiorcy, po cenach ustalonych w warunkach braku konkurencji (nawet, jeśli stawki taryfowe podlegały zatwierdzeniu przez Prezesa URE). Działanie powoda stanowiło naruszenie interesu publicznego, o którym mowa w art. 1 ust. 1 uokik. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 1 ust. 2 uokik przepisy ustawy mają zastosowanie również w przypadku, gdy zarzucana praktyka wywołuje lub może wywołać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Interes publiczny jest naruszony, gdy zakazane działania ograniczają właściwe warunki funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki funkcjonuje prawidłowo wówczas, gdy zapewniona jest możliwość powstania i rozwoju konkurencji pojmowanej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Zdaniem Sądu w okolicznościach sprawy nie można wykluczyć, że stwierdzona praktyka wywołała lub mogła wywołać skutki w postaci zagrożenia interesów nieokreślonej grupy konsumentów, którzy mogli być nabywcami gazu ziemnego na określonym w sprawie rynkach właściwych, w tym rynku sprzedaży detalicznej. Oznacza to, że wydając zaskarżoną decyzję Prezes UOKiK nie dopuścił się naruszenia art. 1 ust. 1 i 2 uokik. Stwierdzona decyzją praktyka ograniczająca konkurencję dotyczyła bezpośrednio uczestników rynku hurtowego oraz uczestników rynku detalicznego sprzedaży gazu ziemnego jakimi są odbiorcy końcowi – konsumenci. Jednak do wydania zaskarżonej decyzji nie było konieczne wykazanie rozmiarów poniesionej przez nich w rzeczywistości szkody. Wobec tego podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 1 uokik oraz braku wykazania, że w wyniku zarzucanej praktyki powstała jakakolwiek szkoda po stronie uczestników rynku, były niezasadne.

Wobec stwierdzenia, że działanie (...) spełniało przesłanki praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, Prezes UOKiK był uprawniony do nałożenia na Spółkę kary pieniężnej i obciążenia kosztami postępowania antymonopolowego. Przy ponownym rozpoznawaniu sprawy, w kwestii wysokości nałożonej zaskarżoną decyzją na (...) kary pieniężnej Sąd miał na uwadze okoliczności, które uwzględnił Sąd Apelacyjny w Warszawie, obniżając w dotyczącym nin. sprawy wyroku z dnia 29 maja 2015 r. określoną decyzją karę pieniężną. Do okoliczności obciążających zaliczyć należało, że działanie powoda miało charakter winy umyślnej, stanowiło poważne naruszenie zakazu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję poprzez nadużywanie pozycji dominującej, które wywoływało skutek nie tylko na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego ale również na powiązanim z nim krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego poprzez uniemożliwienie wejścia na ten rynek nowego podmiotu, co uniemożliwiło powstanie jakiegokolwiek konkurencji na tym rynku detalicznym i miało negatywny wpływ na decyzje innych podmiotów, które zamierzały podjąć działalność w postaci sprzedaży detalicznej gazu ziemnego na podstawie zawartej z (...) umowy kompleksowej. Jak trafnie w powołanym wyroku wskazał Sąd Apelacyjny, przy określaniu wysokości nałożonej decyzją kary pieniężnej należało mieć na uwadze, że zasięg geograficzny negatywnych skutków wynikających z działania (...), szczególnie w odniesieniu do konsumentów, ograniczony był do zasięgu działania sieci dystrybucyjnej (...), operatora systemu dystrybucyjnego na terenie województwa (...). Z tego względu uzasadnione było zastosowanie w sprawie w odniesieniu do powoda zasady proporcjonalności i zrelatywizowanie wymiaru nałożonej kary do wysokości przychodów (...) osiągniętych w 2011 r. ze sprzedaży gazu ziemnego przez (...) Oddziału (...) na terenie ograniczonym zasięgiem działania (...). Za podstawę ustalenia wymiaru kary Sąd przyjął wysokość przychodu (...) w 2011 r. osiągniętych na ww. terenie. W ocenie Sądu kara pieniężna w wysokości stanowiącej równowartość około (...) przychodu powoda uzyskanego na wskazanym terenie w 2011 r. nie zagraża sytuacji finansowej Spółki i pozwoli na realizację ustawowych funkcji kary. Wysokość będzie proporcjonalna do przychodów powoda uzyskanych na terenie, na którym doszło do stosowania niedozwolonej praktyki naruszającej konkurencję.

Z uwagi na fakt, że informacje wynikające ze sporządzonej przez biegłego opinii, były wystarczające do wydania wyroku w sprawie i nie wymagały dodatkowych wyjaśnień, Sąd oddalił wnioski strony powodowej o zobowiązanie biegłego do przygotowania opinii uzupełniającej lub wezwania biegłego na rozprawę celem złożenia ustnych wyjaśnień, oraz wnioski powoda o dopuszczenie dowodu z dokumentu wskazanego w piśmie z dnia 4 stycznia 2017 r. na okoliczności wymienione we wniosku i oddalił wnioski dowodowe pozwanego zgłoszone w toku postępowania, dotyczące dowodów z wymienionych dokumentów oraz dowodu z zeznań świadka na wymienione w tych wnioskach okoliczności.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. zmienił zaskarżoną decyzję w części i na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. oddalił odwołanie w pozostałej części. Uwzględniając wynik sporu Sąd obciążył obie strony kosztami sporządzenia opinii biegłego, oraz na zasadzie art. 100 k.p.c. zniósł wzajemnie pomiędzy stronami pozostałe koszty postępowania.

Sędzia SO Witold Rękosiewicz.