



Sygn. akt I NSK 105/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2020 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Leszek Bosek (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marcin Łochowski

SSN Adam Redzik

Protokolant Joanna Karolak

w sprawie z powództwa P. S.A. z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w
dniu 22 stycznia 2020 r.
skargi kasacyjnej powoda od wyroku Sądu Apelacyjnego (...).
z dnia 29 maja 2018 r., sygn. akt VII AGa (...),

1. oddala skargę kasacyjną;

2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

UZASADNIENIE

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

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

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

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

2) umorzył postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej w stosunku do P. Spółki z o.o. z siedzibą w W.;

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

Od tej decyzji P. S.A. (dalej: P. S.A., powód) wniosła odwołanie, zaskarżając pkt 1 i 3 decyzji. Wyrokiem z 21 marca 2017 r., XVII AmA (...) Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

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

W toku postępowania antymonopolowego, pismem z 29 kwietnia 2013 r. P. S.A. wystąpiła do Prezesa UOKiK z wnioskiem o wydanie na podstawie art. 12 u.o.k.k. decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia ewentualnym naruszeniom prawa poprzez wyeliminowanie postanowień umów łączących P. S.A. z kontrahentami, które mogą ograniczać konkurencję.

Decyzją nr (...) z 31 grudnia 2013 r. Prezes UOKiK na podstawie art. 12 ust. 1 u.o.k.k. nałożył na P. S.A. obowiązek wykonania zaproponowanych przez przedsiębiorcę zobowiązań, w brzmieniu opisanym powyżej. Zobowiązanie miało zostać wykonane w terminie 4 miesięcy od uprawomocnienia się decyzji. P. S.A. nie wniosła odwołania od tej decyzji, która stała się ostateczna w dniu 23 stycznia 2014 r., a więc termin na wykonanie przedmiotowego obowiązku upłynął w dniu 23 maja 2014 r.

W związku z obowiązkiem przewidzianym w punkcie I.4 decyzji zobowiązującej, do dnia 23 maja 2013 r. P. S.A. przedstawił odbiorcom paliwa gazowego oferty zmiany zawartych umów sprzedaży tego paliwa, przy czym

propozycje te zostały złożone zarówno odbiorcom, którzy po wyodrębnieniu P. Obrót Detaliczny Spółki z o.o. stali się z mocy prawa jej kontrahentami, jak i odbiorcom, którzy pozostali kontrahentami P. S.A. Termin na przyjęcie ofert upłynął w dniu 23 listopada 2014 r.

Jednakże w ofertach skierowanych do kontrahentów P. S.A., oprócz wskazanych wyżej propozycji zmian umów odpowiadających zobowiązaniu z punktu l).4) sentencji decyzji zobowiązującej, znalazły się także nieprzewidziane w tej decyzji postanowienia, które wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę *take or pay* („bierz lub płać”). Zgodnie z tą klauzulą, odbiorca paliwa gazowego zobowiązuje się odebrać określoną procentowo część zamówienia składanego na dany rok gazowy (tzw. minimalną ilość roczną), a w sytuacji, gdy odbierze paliwo w ilości mniejszej niż minimalna ilość roczna, zobowiązany jest do dokonania zapłaty na rzecz dostawcy kary umownej z tytułu nieodebranego paliwa w ramach minimalnej ilości rocznej. Przy tym, w następnych latach odbiorca ma prawo do odebrania tej ilości paliwa gazowego, której nie odebrał w roku bazowym, a za którą zapłacił. W ofertach przedstawionych odbiorcom paliw P. S.A.: w 12 umowach, w których nie przewidziano dotychczas klauzul typu „bierz lub płać”, spółka zaproponowała wprowadzenie tego rodzaju regulacji; w 25 umowach, w których przewidziano już klauzulę typu „bierz lub płać”, zaproponowała jej zmianę polegającą na wprowadzeniu innego sposobu obliczania minimalnych ilości rocznych paliwa gazowego, którą dany odbiorca zobowiązany jest odebrać; w 5 umowach nie zaproponowało zmian w postanowieniach umownych regulujących minimalne ilości roczne i odbiorcy z tej grupy umów mieli pozostać przy dotychczasowej formule „bierz lub płać”.

W konsekwencji, w stosunku do 42 umów, których stroną pozostała P. S.A., 5 odbiorców przyjęło oferty zmiany umowy, natomiast treść pozostałych 37 umów pozostała niezmieniona.

Sąd I instancji stwierdził, że spór w niniejszej sprawie dotyczy kwestii, czy powód mógł dodać do treści ofert zmiany umów tego rodzaju postanowienia, a co za tym idzie, czy ich uwzględnienie w treści ofert stanowiło wykonanie obowiązku przewidzianego w decyzji zobowiązującej. W ocenie SOKiK powodowa spółka nie była uprawniona do wprowadzenia do treści przedmiotowych ofert

postanowień, które nie wynikały z treści decyzji zobowiązującej. Prawidłowe wykonanie zobowiązania polegało bowiem na tym, że powód powinien był uczynić tylko to, co wprost wynikało z decyzji, bez dokonywania jakichkolwiek modyfikacji w zakresie nałożonego na niego obowiązku. Słusznie zatem przyjął Prezes UOKiK, że czyniąc to, przedsiębiorca *de facto* nie wykonał obowiązku przewidzianego w I).4) decyzji zobowiązującej.

Od tego wyroku powód wniósł apelację.

Wyrokiem z 29 maja 2018 r., VII AGa (...) Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację powoda.

Sąd Apelacyjny zauważył, że podniesione przez powoda w apelacji zarzuty stanowią merytorycznie powtórzenie zarzutów sformułowanych przez niego uprzednio w odwołaniu, z tym, że odnoszą się do zaskarżonego wyroku, a nie bezpośrednio do zaskarżonej decyzji. Sąd Apelacyjny w pełni podzielił wywody poczynione przez Sąd I instancji w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu, a powtórzonych w apelacji.

W ocenie Sądu II instancji treść punktu I.4 decyzji zobowiązującej jest jasna, precyzyjna i nie pozostawia wątpliwości co do sposobu jej wykonania. Powód również nie powinien mieć wątpliwości co do sposobu jej wykonania, skoro: po pierwsze - sam zaproponował i sformułował treść zobowiązań, jakie następnie organ antymonopolowy nałożył na niego w decyzji zobowiązującej, a po drugie - w toku postępowania powód zwrócił się do organu antymonopolowego o wyjaśnienie, czy może wykonać decyzję dodatkowo wprowadzając lub modyfikując klauzulę „bierz i płać” i w tym zakresie uzyskał odpowiedź negatywną.

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny, powód częściowo nie wykonał punktu I.4 decyzji zobowiązującej, skoro nie poprzestał na zaoferowaniu kontrahentom usunięcia lub modyfikacji postanowień zakwestionowanych przez organ antymonopolowy, lecz oferty te powiązał z wprowadzeniem lub modyfikacją formuły „bierz i płać”, które to dodatkowe zmiany nie mogły zostać odrzucone przy jednoczesnym przyjęciu klauzul, o których mowa wprost w decyzji zobowiązującej. A przy tym zaoferowane dodatkowo klauzule wywoływały skutek zbliżony do tego, jaki wynikał z zakwestionowanych postanowień umów.

Zdaniem Sądu II instancji przyjęty przez powoda sposób wykonania decyzji zobowiązującej prowadził do częściowego zniwelowania jej skutków poprzez pozostawienie w mocy częściowych ograniczeń odbiorców paliw gazowych w zakresie zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej. Nie jest w ocenie Sądu Apelacyjnego trafny pogląd powoda, że był on uprawniony do wykonania decyzji zobowiązującej w powyższy sposób, skoro w jej treści wyraźnie nie zakazano wprowadzenia innych klauzul, niż wskazane wprost w decyzji. Trudno bowiem założyć, że organ antymonopolowy powinien przewidzieć, jakie inne klauzule powód chciałby wprowadzić do umów i niejako „prewencyjnie” zakazać podjęcia próby ich wprowadzenia. Według Sądu II instancji wymaganie takie byłoby: po pierwsze - niewykonalne, gdyż przewidzenie możliwych wariantów ewentualnych klauzul nie jest możliwe, a po drugie - nie znajduje podstawy w obowiązujących przepisach prawa.

Od tego wyroku powód wniósł skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego, podnosząc zarzuty:

1) naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 378 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie rozważenia przez Sąd Apelacyjny zarzutu nr 1 apelacji oraz naruszenie art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. poprzez zaniechanie ustosunkowania się w uzasadnieniu wyroku do argumentacji leżącej u podstaw tego zarzutu - co miało istotny wpływ na wynik sprawy bowiem skutkowało oddaleniem apelacji;

2) naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 385 oraz art. 386 § 1 w zw. z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. oraz w zw. z art. 12 ust. 1 i art. 107 u.o.k.k. w zw. z art. 107 § 1 w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez oddalenie apelacji i zaniechanie zmiany wyroku SOKiK w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I).4) decyzji Prezesa UOKiK nr (...) z 31 grudnia 2013 r., pomimo że rozstrzygnięcie zawarte w tym punkcie jest nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na P. S.A., a przez to jest niewykonalne, co miało istotny wpływ na wynik sprawy;

3) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. poprzez zaniechanie uzasadnienia ustaleń, jakoby klauzule „bierz lub

pląć” wprowadzone do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I).4) decyzji zobowiązującej wywoływały „skutek zbliżony do tego, jaki wynikał z zakwestionowanych postanowień umów” - co miało istotny wpływ na wynik sprawy bowiem skutkowało oddaleniem apelacji;

4) naruszenie przepisów postępowania, tj. naruszenie art. 382 w zw. z art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie przez Sąd Apelacyjny istotnych okoliczności i dowodów:

(i) uzasadniających przyjęty przez P. S.A. sposób wykonania punktu I).4) decyzji zobowiązującej, w tym wskazujących, że przyjęty sposób wykonania tego punktu jest zgodny z interesem publicznym oraz obiektywnie uzasadniony, a także wskazujących, że P. S.A. nie ponosi winy w zarzucanym niewykonaniu punktu I.4 decyzji zobowiązującej,

(ii) wskazujących, że P. S.A. nie posiadała pozycji dominującej w okresie, za który wymierzono P. S.A. karę pieniężną za niewykonanie punktu I.4 decyzji zobowiązującej, pomimo, że okoliczności te i dowody miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - co miało istotny wpływ na wynik sprawy bowiem skutkowało oddaleniem apelacji;

5) naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 382 k.p.c. przez orzeczenie na podstawie materiału, który nie został zebrany, ani przed sądem I instancji, ani w postępowaniu apelacyjnym, tj. w oparciu o decyzję nr (...)/2004 z dnia 29 września 2004 r. wskazaną przez pozwanego w odpowiedzi na apelację, pomimo że decyzja ta nie była przedmiotem postępowania dowodowego i Sąd Apelacyjny nie poczynił żadnych ustaleń faktycznych co do tej decyzji, a także naruszenie art. 328 § 2 w zw. z art. 391 zd. 1 k.p.c. poprzez zaniechanie uzasadnienia wyroku w zakresie ustalenia, że decyzja nr (...)/2004 może stanowić podstawę przypisania P. S.A. recydywy antymonopolowej, w tym brak wskazania jakichkolwiek ustaleń faktycznych i dowodów w tym zakresie - co miało istotny wpływ na wynik sprawy bowiem skutkowało przypisaniem powodowi recydywy antymonopolowej i oddaleniem apelacji;

6) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 w zw. z art. 12 ust. 1 u.o.k.k. poprzez błędną wykładnię tych przepisów polegającą na przyjęciu, że niewykonanie decyzji zobowiązującej może polegać na podjęciu działań, które nie były w ogóle

objęte rozstrzygnięciem tej decyzji (tzn. nie zostały ani nakazane ani zakazane), takich jak wprowadzenie klauzul „bierz lub płać” do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I).4) decyzji zobowiązującej, podczas gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że:

(i) niewykonanie decyzji może polegać wyłącznie na działaniu sprzecznym z rozstrzygnięciem tej decyzji,

(ii) w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie decyzji nie określa sposobu wykonania zobowiązania, przedsiębiorca korzysta z luzu decyzyjnego w tym zakresie,

(iii) ze względu na represyjny charakter kary pieniężnej nakładanej za niewykonanie decyzji, obowiązki nałożone w rozstrzygnięciu tej decyzji należy interpretować ściśle;

7) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 1 ust. 1 w zw. z art. 107 w zw. z u.o.k.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie (niezastosowanie) art. 1 ust. 1 u.o.k.k. i pominięcie przesłanki interesu publicznego skutkujące błędną wykładnią art. 107 u.o.k.k. polegającą na przyjęciu, że dla oceny zasadności nałożenia kary pieniężnej nie ma znaczenia, czy przyjęty przez przedsiębiorcę sposób wykonania decyzji jest zgodny z interesem publicznym, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 107 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. prowadzi do wniosku, że przesłanka interesu publicznego powinna być brana pod uwagę przy ocenie zasadności nałożenia kary;

8) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 w zw. z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla oceny zasadności nałożenia kary pieniężnej nie ma znaczenia, czy przyjęty przez przedsiębiorcę sposób wykonania decyzji jest zgodny z zasadami prawa ochrony konkurencji, w tym jest obiektywnie uzasadniony, podczas gdy okoliczności te mają istotne znaczenie dla oceny zasadności nałożenia kary za jej niewykonanie;

9) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 u.o.k.k. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że „w postępowaniu o nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 107 u.o.k.k., przedmiotem badania są dwie okoliczności: po pierwsze - fakt uprzedniego wydania orzeczenia przez Prezesa UOKiK lub sąd, zaś po drugie - wykazanie, że przedsiębiorca faktycznie nie wykonał danego orzeczenia”, podczas gdy prawidłowa interpretacja tego przepisu wskazuje,

że w takim postępowaniu przedmiotem badania powinny być również okoliczności wyłączające odpowiedzialność z tytułu kary pieniężnej, takie jak stan wyższej konieczności;

10) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 w zw. z art. 111 w zw. z art. 12 ust. 1 u.o.k.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przy nakładaniu kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej, „uprzednie naruszenie przepisów ustawy” w rozumieniu art. 111 u.o.k.k. może oznaczać dowolne naruszenie, a nie jedynie analogiczne uprzednie uchybienie przepisom u.o.k.k., które narusza to samo dobro chronione prawem;

11) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 w zw. z art. 111 u.o.k.k. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że przy nakładaniu kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej, okolicznością obciążającą, przemawiającą za zwiększeniem stawki dziennej kary, może stanowić długotrwałość zwłoki, podczas gdy długotrwałość zwłoki wpływa na zwiększenie wymiaru kary ze względu na sposób kalkulacji kary pieniężnej i nie powinna dodatkowo stanowić okoliczności obciążającej;

12) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 107 w zw. z art. 12 ust. 6 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. oraz w zw. z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej (art. 107 u.o.k.k.) nie jest konieczne badanie, czy zachodzą podstawy do uchylenia takiej decyzji na podstawie art. 12 ust. 6 u.o.k.k., podczas gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że w razie zgłoszenia przez przedsiębiorcę zarzutu, że decyzja zobowiązująca powinna zostać uchylona ze względu na zmianę okoliczności mających istotny wpływ na jej wydanie, Prezes UOKiK, a w postępowaniu odwoławczym - sąd, powinien rozważyć zasadność uchylenia decyzji zobowiązującej, jako negatywną przesłankę nałożenia kary pieniężnej.

Powołując się na powyższe zarzuty, powód wniósł o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i uchylenie wyroku SOKiK w całości oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania SOKiK, w obu przypadkach zaś o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu

kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Prezes UOKiK wniósł o jej oddalenie, a także zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym, według norm przepisanych.

Postanowieniem z 24 września 2019 r., I NSK 105/18 Sąd Najwyższy przyjął skargę kasacyjną do rozpoznania na rozprawie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie ma uzasadnionych podstaw.

Przed szczegółowym odniesieniem się do zarzutów skargi kasacyjnej, poczynić należy ogólniejszą, porządkującą obserwację prawną, istotną dla oceny szczegółowych zarzutów skargi kasacyjnej. P. S.A. jest spółką o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa energetycznego państwa. Wynika to m.in. z umieszczenia jej w wykazie spółek o istotnym znaczeniu dla gospodarki, dołączonym do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 13 stycznia 2017 r. (Dz.U. poz. 95). Chroniąc pozycję państwa w strategicznych sektorach gospodarki, ustawodawca ograniczył swobodę organów spółek wymienionych we wspomnianym rozporządzeniu w zakresie wykonywania praw z akcji oraz obsadzania organów nadzorczych (art. 32-33 ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, Dz.U. 2019, poz. 1302 ze zm.).

Bezpieczeństwo energetyczne, rozumiane jako stabilne dostawy energii elektrycznej, ciepłej i gazowej dla krajowych odbiorców przemysłowych i domowych oraz krajowych instytucji publicznych, jest bez wątpienia wartością konstytucyjną, ponieważ stanowi jedną z gwarancji niepodległości państwa oraz bezpieczeństwa obywateli (art. 5 Konstytucji RP). Zagrożenie dla bezpieczeństwa energetycznego wymaga więc zawsze dogłębnej analizy organów antymonopolowych i sądów.

W tym kontekście zrozumiałe są więc obszerne wyjaśnienia strony powodowej, że umieszczenie klauzul „bierz lub płać” w umowach z odbiorcami krajowymi mogło przysłużyć się lepszemu wywiązaniu się przez P. S.A.

z zobowiązań wynikających z łączącego ją z zagranicznym dostawcą kontraktu. Podkreślić jednak należy, że okoliczności pozostające w związku z bezpieczeństwem energetycznym państwa nie mogą być analizowane w izolacji od formalnych uwarunkowań i konstrukcyjnych założeń polskiego porządku prawnego. W szczególności podnoszona przez powoda okoliczność nie może być uznana za samodzielną i nadzwyczajną okoliczność zwalniającą z odpowiedzialności za niewywiązanie się z akceptowanego przez samego powoda obowiązku nałożonego na niego na podstawie art. 12 ust. 1 u.o.k.k. Okoliczności związane z łączącymi powoda z jego kontrahentami umowami były mu znane na wiele lat przed wydaniem przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązującej. Powinien on być więc je uwzględnić zawierając umowy ze swoimi kontrahentami, a także przedstawiając organowi antymonopolowemu propozycje dokonania w nich zmian. W związku z tym argument zagrożenia dla bezpieczeństwa energetycznego nie może sam w sobie wystarczyć do uwzględnienia skargi kasacyjnej.

Przechodząc do szczegółowej oceny zarzutów skargi kasacyjnej, należy stwierdzić, że nietrafny jest zarzut naruszenia art. 378 § 1, art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. przez nierozważenie przez Sąd Apelacyjny zarzutu nr 1 w apelacji powoda i zaniechanie ustosunkowania się w uzasadnieniu wyroku do argumentacji leżącej u podstaw tego zarzutu.

Powód w zarzucie nr 1 apelacji wskazał na naruszenie przez SOKiK art. 479^{3la} § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 12 ust. 1 i art. 107 u.o.k.k. poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy decyzja podlegała uchyleniu w zaskarżonej części, ponieważ nakładała karę pieniężną za zwłokę w wykonaniu punktu I).4) decyzji zobowiązującej, pomimo że rozstrzygnięcie zawarte w tym punkcie jest nieprecyzyjne w stopniu uniemożliwiającym ustalenie zakresu obowiązków nałożonych na P., a przez to jest niewykonalne, co miało skutkować nieważnością decyzji i niemożnością nałożenia kary. Sąd Apelacyjny odniósł się do tego zarzutu na s. 28-29 uzasadnienia, wskazując między innymi, że „treść punktu I).4) decyzji zobowiązującej jest jasna, precyzyjna i nie pozostawia wątpliwości co do sposobu jej wykonania.”. Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że „powód również nie powinien mieć wątpliwości co do sposobu jej wykonania, skoro: po pierwsze - sam zaproponował i sformułował treść zobowiązań, jakie następnie organ antymonopolowy nałożył na

niego w decyzji zobowiązującej, a po drugie - w toku postępowania powód zwrócił się do organu antymonopolowego o wyjaśnienie, czy może wykonać decyzję dodatkowo wprowadzając lub modyfikując klauzulę »bierz i płać« i w tym zakresie uzyskał odpowiedź negatywną. Wobec powyższych okoliczności, zarzut pozostawiania przez P. w niepewności co do wymaganego sposobu wykonania decyzji zobowiązującej, należy uznać za chybiony. W konsekwencji nie ma podstaw do formułowania twierdzeń o częściowej nieważności decyzji zobowiązującej jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa i niewykonalnej (art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k.), bądź o braku podstaw do uznania, że decyzja zobowiązująca w części nie została wykonana.”. Wywody Sądu Apelacyjnego są klarowne, wyczerpujące i prawidłowe, w pełni realizują one obowiązek odniesienia się do wszystkich zarzutów apelacyjnych wynikający z art. 378 § 1 k.p.c., a także spełniają wymagania stawiane uzasadnieniu wyroku określone w art. 328 § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 6 listopada 2019 r.

Nietrafne są też zarzuty naruszenia art. 385, art. 386 § 1 w zw. z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. i art. 12 ust. 1 i art. 107 u.o.k.k. w zw. z art. 107 § 1 i art. 156 § 1 pkt 2 i 5 k.p.a. w zw. z art. 83 u.o.k.k. poprzez oddalenie apelacji i zaniechanie zmiany wyroku SOKiK. Kształt zobowiązania określony w decyzji Prezesa UOKiK odpowiadał propozycjom powodowej spółki wyrażonym w piśmie z 29 kwietnia 2013 r. oraz doprecyzowanym w pismach z 27 maja 2013 r., 5 sierpnia 2013 r., 4 października 2013 r. i 22 listopada 2013 r. Skoro powód mimo to nadal miał poważne wątpliwości co do sposobu rozumienia obowiązku - prowadzące wręcz do konkluzji o niewykonalności i nieważności decyzji - to powinien był zaskarżyć ją do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (co stanowiło jedyny tryb umożliwiający obalenie domniemania ważności decyzji Prezesa UOKiK) albo wystąpić do Prezesa UOKiK o wyjaśnienie wątpliwości co do treści decyzji na podstawie art. 113 § 2 k.p.a. Tego jednak powód nie uczynił.

W postępowaniu kasacyjnym nie może domagać się ochrony prawnej ten, kto sam wcześniej świadomie zrezygnował z przewidzianych ustawą środków zaskarżenia mających na celu właśnie zapewnienie mu ochrony jego praw i interesów. W postępowaniu cywilnym pierwszorzędną rolę odgrywa staranność stron, które powinny ponosić konsekwencje swoich zaniechań, zgodnie z rzymską

paremią *ius civile vigilantibus scriptum est, nec stultis solere succurri* (analogicznie w wyrokach Sądu Najwyższego z 15 stycznia 2019 r., I NO 1/18 oraz z 19 listopada 2019 r., I NSK 90/18).

Niezależnie od tego, należy zauważyć, że powodowej spółce znane było stanowisko organu antymonopolowego co do sposobu wykonania nałożonego obowiązku. W odpowiedzi na zapytanie P. S.A., Prezes UOKiK w piśmie z 16 września 2013 r. wyjaśnił, iż „realizacja powyższego zobowiązania powinna prowadzić tylko do wyeliminowania elementu umowy, który wprowadza kwestionowane w niniejszym postępowaniu ograniczenie w prawie odbiorcy do zmniejszania ilości lub mocy na następne lata gazowe. Realizacja tych zobowiązań nie powinna natomiast prowadzić do modyfikacji elementów nieobjętych niniejszym postępowaniem antymonopolowym”. Tymczasem - wbrew jednoznacznemu stanowisku organu - powód umieścił w treści ofert skierowanych do odbiorców także postanowienia, które nie były przedmiotem postępowania antymonopolowego i wprowadzały lub modyfikowały tzw. klauzulę „bierz lub płać”.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 k.p.c. poprzez zaniechanie uzasadnienia ustaleń, jakoby klauzule „bierz lub płać” wprowadzone do ofert zmiany umowy składanych w wykonaniu punktu I).4) decyzji zobowiązującej wywoływały „skutek zbliżony do tego, jaki wynikał z zakwestionowanych postanowień umów”. O naruszeniu art. 328 § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 6 listopada 2019 r. można mówić wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia zawiera oczywiste braki, polegające na tym, że sąd w ogóle nie wskazał podstawy prawnej rozstrzygnięcia bądź wcale nie odniósł się do zarzutów mających znaczenie dla oceny kwestii stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia (postanowienia Sądu Najwyższego z: 13 lipca 2017 r., I CZ 74/17; 14 lutego 2013 r., II CZ 185/12; 12 października 2012 r., IV CZ 70/12; 2 grudnia 2011 r., II PZ 30/11; 25 lutego 2010 r., V CZ 7/10). Zgodnie z wieloletnim, ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może zostać podniesiony w skardze kasacyjnej tylko w ekstremalnych przypadkach, gdy wady uzasadnienia uniemożliwiają dokonanie kontroli kasacyjnej z uwagi na jego sporządzenie w sposób niepozwalający na zorientowanie się w przyczynach natury faktycznej i prawnej, które legły u podstaw rozstrzygnięcia

(wyroki Sądu Najwyższego z: 24 czerwca 2019 r., III CSK 269/17; 26 kwietnia 2019 r.; V CSK 104/18; 22 marca 2019 r., I CSK 257/18; 20 grudnia 2018 r., II CSK 745/17; 15 kwietnia 2016 r., I CSK 278/15; 18 lutego 2005 r., V CK 469/04; 14 listopada 2000 r., V CKN 1211/00; 11 maja 2000 r., I CKN 272/00; 13 maja 1997 r. II CKN 112/97).

Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszym przypadku. Sąd Apelacyjny wskazał podstawy prawne swojego wyroku oraz wyczerpująco przedstawił motywy, którymi się kierował. Stwierdzenie, że klauzule „bierz i płać” wywoływały „skutek zbliżony do tego, jaki wynikał z zakwestionowanych postanowień umów”, było w świetle ustaleń Prezesa UOKiK oczywiste. Sąd Apelacyjny trafnie wskazał w uzasadnieniu, że „przyjęty przez powoda sposób wykonania decyzji zobowiązującej prowadził do częściowego zniwelowania jej skutków, poprzez pozostawienie w mocy częściowych ograniczeń odbiorców paliw gazowych w zakresie zmniejszania zamawianych na kolejne lata ilości paliwa gazowego oraz mocy umownej.”

Szersza argumentacja potwierdzająca podobieństwo skutków wywoływanych przez klauzule „bierz i płać” do postanowień zakwestionowanych wcześniej w decyzji zobowiązaniowej została przedstawiona w decyzji Prezesa UOKiK o nałożeniu kary na powoda. Trafnie stwierdził tam Prezes UOKiK, że konstruowanie ofert, jak zaproponowane przez P. S.A., utrwała związanie odbiorców z tym przedsiębiorcą na poziomie wolumenów gazu, zamówionych na rok gazowy 2014. Tym samym w niektórych przypadkach miałyby one jeszcze bardziej niekorzystny skutek dla odbiorców, niż postanowienia kwestionowane w punkcie I).4) sentencji decyzji nr (...). Dla przykładu odbiorcy, którzy mogli z roku na rok zmniejszać zamówienie na paliwo gazowe jedynie o określony w umowie procent, mieli jednak możliwość stopniowego zmniejszania tego zamówienia w kolejnych latach, w efekcie mogli zamawiać w kolejnych latach coraz większe wolumeny od konkurentów zasiedzialego dostawcy, a w końcu nawet doprowadzić do całkowitego wygaszenia współpracy z powodową spółką P. S.A. W przypadku natomiast przyjęcia oferty P. S.A., w każdym roku trwającej współpracy odbiorcy musieliby odbierać stałą ilość gazu na poziomie ilości z roku gazowego 2014, mogąc zwiększać zakupy u konkurentów dominanta tylko przy założeniu, że będzie się zwiększało ich zapotrzebowanie. Powyższe wzmacniało efekt związania

największych odbiorców z powodową spółką, podczas gdy celem postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem decyzji (...), było nadanie tym odbiorcom uprawnienia do dywersyfikacji źródeł dostaw gazu (pkt 72 decyzji). Odbiorcy z grupy 42 umów, którym P. S.A. zaproponował w ofertach taki typ klauzuli „bierz lub płać”, są największymi odbiorcami paliwa gazowego, a więc stanowią najbardziej atrakcyjną grupę klientów z punktu widzenia konkurentów P. S.A. Tym samym Prezes UOKiK słusznie uznał, że zaproponowane przez P. S.A. postanowienia umowne mogłyby odnosić tożsamy skutek do postanowień zakwestionowanych w decyzji nr (...) w postaci przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji. Skutkiem tym byłoby ograniczanie odbiorcom możliwości zmniejszenia ilości paliwa gazowego zamawianego od P. S.A., a tym samym dokonania częściowej zmiany sprzedawcy paliwa gazowego (pkt 73 decyzji). Należy się więc zgodzić ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, że sformułowana przez P. S.A. oferta, w której zniesienie zakwestionowanych ograniczeń połączone zostało z wprowadzeniem nowych, odnosiła ten sam skutek w postaci ograniczenia odbiorcom możliwości zmniejszania zamówienia na paliwo gazowe, co postanowienia umowne zakwestionowane w punkcie I).4) sentencji decyzji zobowiązującej (pkt 74 decyzji).

Nietrafny jest też zarzut naruszenia art. 382 w zw. z art. 217 § 2 i 3 w zw. z art. 227 i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieuzasadnione pominięcie przez Sąd Apelacyjny istotnych okoliczności i dowodów. Stosownie do treści art. 382 k.p.c., sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z przepisu tego nie wynika, aby sąd apelacyjny obowiązany był przeprowadzać dalsze dowody, bez względu na stan wyjaśnienia sprawy, bądź aby ciążył na nim obowiązek uwzględnienia każdego wniosku dowodowego zgłoszonego w postępowaniu apelacyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z 20 lipca 2000 r., V CKN 102/00).

Powodowa spółka w uzasadnieniu skargi kasacyjnej zwraca uwagę na pominięcie przez Sąd II instancji następujących dowodów, o których przeprowadzenie wnosiła: 1) dokumentu „Uzasadnienie sposobu wykonania przez spółkę P. S.A. zobowiązania określonego w pkt I).4) Prezesa UOKiK z dnia 31.12.2013 r. nr (...)” wraz z aneksami i aktualizacją; 2) prywatnej opinii (ekspertyzy)

sporządzonej przez zespół ekspertów ekonomicznych pod kierownictwem prof. Zarzeckiego; 3) zeznań świadków; 4) opinii biegłego. W ocenie powodowej spółki pominięte okoliczności i dowody wykazywały w szczególności, że przyjęty przez P. sposób wykonania punktu 1).4) jest zgodny z interesem publicznym (bezpieczeństwem energetycznym), a oczekiwany przez Prezesa sposób wykonania zobowiązania narusza ten interes. Pominięte okoliczności i dowody miały też potwierdzać, że przyjęty przez P. S.A. sposób wykonania zobowiązania jest zgodny z prawem konkurencji, w szczególności jest obiektywnie uzasadniony. Ponadto wskazane okoliczności i dowody miały też potwierdzić brak pozycji dominującej P. S.A. na rynku.

Sąd Apelacyjny miał prawo uznać, że wniesione wnioski dowodowe nie dotyczą faktów o istotnym znaczeniu dla sprawy (art. 227 k.p.c.). Mając na względzie, że podstawą do nałożenia kary z art. 107 u.o.k.k. (o czym będzie jeszcze mowa poniżej), jest wyłącznie fakt niewykonania przez przedsiębiorcę decyzji Prezesa UOKiK, przeprowadzanie dowodów na okoliczności dotyczące pozycji dominującej powodowej spółki oraz jej roli dla bezpieczeństwa energetycznego kraju byłoby całkowicie bezcelowe.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. poprzez orzeczenie na podstawie materiału, który nie został zebrany, ani przed sądem pierwszej instancji, ani w postępowaniu apelacyjnym, a także zarzut naruszenia art. 328 § 2 w zw. z art. 391 zd. 1 k.p.c. poprzez zaniechanie uzasadnienia wyroku w zakresie ustalenia, że decyzja nr (...)/2004 może stanowić podstawę przypisania P. recydywy antymonopolowej. Decyzja nr (...)/2004 z 29 września 2004 r., na którą powołał się Prezes UOKiK w odpowiedzi na apelację, a w ślad za nim Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu swego wyroku, musiała być znana powodowi, skoro był jej adresatem. Decyzja była ostateczna, a poczynione w niej ustalenia co do kwalifikacji prawnej czynu powodowej spółki są wiążące dla stron i dla sądu, nie było więc potrzeby potwierdzania ich poprzez dodatkowe ustalenia faktyczne i przeprowadzanie dodatkowych dowodów.

Nietrafny był też zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 12 ust. 1 u.o.k.k. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że niewykonanie decyzji zobowiązującej może polegać na podjęciu działań, które nie były wprost objęte

rozstrzygnięciem tej decyzji. Przez niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK, o której mowa w art. 107 u.o.k.k., należy rozumieć działania i zaniechania, które stoją w sprzeczności z zakazami i nakazami określonymi w sentencji danej decyzji. Sprzeczność zachowania przedsiębiorcy z wytycznymi zawartymi w sentencji decyzji może przybrać postać sprzeczności logicznej (gdy przedsiębiorca w ogóle nie wykonuje zobowiązania lub podejmuje działania odmienne od działań opisanych w decyzji) albo niezgodności prakseologicznej (gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które w całości lub w części unicestwiają zamierzony skutek decyzji). Także w doktrynie prawa konkurencji wskazuje się, że o niewykonaniu decyzji Prezesa UOKiK można mówić nie tylko wtedy, gdy przedsiębiorca w ogóle nie wypełnia zobowiązania, ale także wtedy, gdy nałożony obowiązek wypełnił jedynie w części lub wypełnił w sposób niewłaściwy, wybiórczy (K. Kohutek, uwaga nr 2 do art. 107, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX; C. Banasiński, E. Piontek, uwaga nr 5 do art. 107, w: C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, LEX).

Zachowanie powodowej spółki przybrało postać niezgodności prakseologicznej z wzorcem określonym w decyzji zobowiązującej z 2013 r. Odbiorcy P. S.A. nie mogli przyjąć oferty zmiany umowy jedynie w zakresie, w jakim stanowiła ona wykonanie decyzji zobowiązującej z 2013 r., tylko musieli zdecydować się na ewentualne równoczesne przyjęcie dodatkowego postanowienia, które nie wynikało z decyzji. Zmienione klauzule przewidywały, że podstawą obliczania minimalnych ilości rocznych, które odbiorcy są zobowiązani odebrać, będzie poziom zamówień ilości paliwa gazowego na rok gazowy 2014. Jak trafnie wskazał Prezes UOKiK w decyzji nakładającej karę, skutkiem takiego sformułowania klauzul „bierz lub płać” był faktyczny brak możliwości zmniejszenia przez odbiorców zamówień poniżej określonego procentu zamówienia złożonego przez odbiorcę na rok gazowy 2014. Formalnie każdy z odbiorców miałby możliwość zamówienia na kolejne lata gazowe mniejszej ilości paliwa gazowego niż minimalna ilość roczna wyznaczona w oparciu o ilość zamówioną na rok gazowy 2014. Niemniej jednak, gdyby te zamówienia były niższe niż minimalna ilość roczna,

za różnicę pomiędzy tymi wartościami odbiorca musiałby zapłacić (określoną część ceny nieodebranego paliwa gazowego) lub odebrać tę ilość w kolejnych latach.

Nietrafny był również zarzut naruszenia art. 1 ust. 1 w zw. z art. 107 w zw. z u.o.k.k. poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 1 ust. 1 u.o.k.k. i pominięcie przesłanki interesu publicznego. Nie ulega wątpliwości, że Prezes UOKiK powinien wykonywać wszystkie przysługujące mu kompetencje z uwzględnieniem interesu publicznego, a zatem w zgodzie z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. Trudno jednak wyobrazić sobie, aby niewykonanie ostatecznej decyzji Prezesa UOKiK przez przedsiębiorcę mogło w jakichkolwiek okolicznościach zostać uznane za realizację interesu publicznego uzasadniającą odstąpienie od nałożenia kary za uchybienie obowiązkowi określonego w decyzji. Trafnie pozwany w odpowiedzi na skargę kasacyjną podnosi, że interes publiczny leżący u podstaw nałożenia kary za niewykonanie decyzji polega na przeciwdziałaniu samowolnemu uchylaniu się adresatów ostatecznych decyzji od ich wykonania, natomiast powód błędnie sugeruje, że przesłanką zaniechania interwencji organu może być interes ekonomiczny przedsiębiorcy.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla oceny zasadności nałożenia kary pieniężnej nie ma znaczenia, czy przyjęty przez przedsiębiorcę sposób wykonania decyzji jest zgodny z zasadami prawa ochrony konkurencji. Jak zostało to już powiedziane, i jak zostanie to jeszcze uzasadnione szerzej poniżej, podstawą oceny zasadności nałożenia kary na podstawie art. 107 u.o.k.k. jest to, czy przedsiębiorca nie wykonał w terminie decyzji Prezesa UOKiK.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 107 u.o.k.k. poprzez nieuwzględnienie przez organ stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność za niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK. Stosownie do art. 107 u.o.k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 stycznia 2015 r., na podstawie którego organ antymonopolowy wydał decyzję w niniejszej sprawie, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorców, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 10.000 euro za „każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji” wydanych na podstawie przepisów

wskazanych w tym artykule, w tym m.in. w oparciu o art. 12 ust. 1 u.o.k.k. mówiącego o decyzji zobowiązującej przedsiębiorcę do podjęcia określonych w niej działań. Wykładnia językowa tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że podstawową przesłanką nałożenia kary na podstawie art. 107 u.o.k.k. jest co najmniej 1-dniowa zwłoka w wykonaniu decyzji organu antymonopolowego. Stanowisko Sądu Apelacyjnego, mówiące o tylko dwóch istotnych okolicznościach dla nałożenia kary (uprzednie wydanie decyzji oraz niewykonanie tej decyzji przez przedsiębiorcę), jest spójne z rezultatami wykładni językowej, a także z poglądami doktryny (K. Kohutek, uwaga nr 2 do art. 107, K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, LEX). Brak negatywnego wpływu uchybienia przedsiębiorcy na konkurencję czy interesy konsumentów nie wyłącza możliwości nałożenia kary pieniężnej (A. Stawicki, P. Komorowska, uwaga nr 4 do art. 107, w: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX).

Brak jest podstaw do stanowiska, że stan wyższej konieczności jest okolicznością wyłączającą odpowiedzialność za niewykonanie decyzji Prezesa UOKiK z tytułu art. 107 u.o.k.k. Nawet uznając, że w postępowaniu antymonopolowym wobec przedsiębiorcy stosuje się w drodze analogii standardy obowiązujące w postępowaniu karnym, to stan wyższej konieczności może mieć znaczenie wyłącznie na etapie wydawania decyzji w przedmiocie kwalifikacji czynu przedsiębiorcy (w tym wypadku: decyzji z 2013 r. stwierdzającej uprawdopodobnienie nadużycia przez P. pozycji dominującej i zobowiązującej do zaproponowania kontrahentom zmian w umowach). Stan wyższej konieczności jest bowiem kontratypem, czyli okolicznością wyłączającą bezprawność czynu zabronionego, powodującą, że dany czyn nie może zostać uznany za przestępstwo. Od kontratypu należy odróżnić okoliczności wyłączające karalność czynu, które - jak sama nazwa wskazuje - wyłączają karalność czynu, który jednak nadal pozostaje przestępstwem w rozumieniu prawa karnego. Stosując zatem w drodze analogii kontratyp stanu wyższej konieczności do postępowania antymonopolowego, może on spowodować, że dany czyn przedsiębiorcy nie zostanie uznany za praktykę antykonkurencyjną, jeśli naruszenie prawa konkurencji było wymuszone ochroną dobra wyższego rzędu. P. S.A. mogło zatem powoływać

się na stan wyższej konieczności w stosunku do decyzji wydanej na podstawie art. 12 ust. 1 u.o.k.k., która stwierdzała uprawdopodobnienie nadużycia przezeń pozycji dominującej. Powodowa spółka nie skorzystała jednak z możliwości zakwestionowania ustaleń Prezesa UOKiK, rezygnując z wniesienia odwołania, wskutek czego decyzja stała się ostateczna. Obowiązek wykonania ostatecznej decyzji organu, likwidującej skutki antykonkurencyjnego deliktu przedsiębiorcy, nie może zostać wyłączony z powodu stanu wyższej konieczności. Analogicznie w prawie karnym osoba skazana prawomocnym wyrokiem sądu nie może uchylić się od poddania karze, powołując się na stan wyższej konieczności.

Obszerne rozważania powodowej spółki uzasadniające niewykonanie decyzji „działaniem bezpośrednio w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego bezpieczeństwu energetycznemu” należy uznać więc za całkowicie nieadekwatne do niniejszego stanu faktycznego. Na marginesie warto zauważyć, że powodowa spółka nie wskazała żadnych konkretnych okoliczności, które świadczyłyby o pojawieniu się zagrożenia dla bezpieczeństwa energetycznego państwa już po wydaniu decyzji zobowiązującej z 2013 r., a które jeszcze nie istniało w momencie wydania tej decyzji. Gdyby takie zagrożenie rzeczywiście istniało, racjonalnie działająca spółka podniosłaby taką samą argumentację w odwołaniu od decyzji zobowiązującej, ale jak zostało to już powiedziane, powód w ogóle zrezygnował z zaskarżenia tego rozstrzygnięcia.

Niezasadny jest też zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 111 w zw. z art. 12 ust. 1 u.o.k.k. przez przyjęcie, że „uprzednie naruszenie przepisów ustawy” w rozumieniu art. 111 u.o.k.k. może oznaczać dowolne naruszenie. Słusznie wskazuje powód, czego pozwany notabene nie kwestionuje, że „uprzednie naruszenie ustawy” oznacza jedynie analogiczne uprzednie uchybienie przepisom u.o.k.k., które narusza to samo dobro chronione prawem. Należy się jednak zgodzić z pozwanym, że taka sytuacja ma właśnie miejsce w niniejszej sprawie, albowiem przywołana przez pozwanego w odpowiedzi na apelację, a następnie w odpowiedzi na skargą kasacyjną, decyzja Prezesa UOKiK nr (...)/2004 z 29 września 2004 r., dotyczy tego samego dobra chronionego, a mianowicie ochrony konkurencji. Istotne jest bowiem to, że decyzja nakładająca karę pieniężną za częściowe niewykonanie uprzedniej decyzji zobowiązującej zmierza do wyegzekwowania

obowiązku realizacji zobowiązania przedsiębiorcy złożonego celem podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia prawa konkurencji lub usunięcia jego skutków, a przedmiotowe naruszenie było analogiczne jak stwierdzone w decyzji nr (...)/2004 z 29 września 2004 r., gdyż dotyczyło nadużywania pozycji dominującej przez P. S.A.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 111 u.o.k.k. przez przyjęcie, że okolicznością obciążającą przy nakładaniu kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej może być długotrwałość zwłoki. Nie można się zgodzić z twierdzeniami powoda, że skoro przesłanka długotrwałości naruszenia przepisów u.o.k.k. w sprawach o niewykonanie decyzji jest już uwzględniana przez sam fakt nakładania kary pieniężnej za każdy dzień naruszenia, to nie można przypisywać zasadniczego znaczenia długości okresu zwłoki dla określania dziennej stawki kary.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że powód nie wykonał zaadresowanej do niego decyzji Prezesa UOKiK zobowiązującej go do zaproponowania kontrahentom ściśle określonych zmian w łączących ich kontraktach gazowych, pomimo obowiązku prawnego ciążącego na nim na mocy art. 12 ust. 1 u.o.k.k.

W tym miejscu trzeba przypomnieć, że przestrzeganie prawa jest konstytucyjnym obowiązkiem „każdego”, a zatem nie tylko obywateli, ale także cudzoziemców, nie tylko osób fizycznych, lecz także osób prawnych oraz wszelkich innych podmiotów pozostających pod jurysdykcją Rzeczypospolitej Polskiej (art. 83 Konstytucji RP).

Obowiązkowi poszanowania porządku prawnego uchybia każdy, kto narusza przepis powszechnie obowiązującego prawa, niezależnie od tego, czy treść normy była mu faktycznie znana (domniemanie powszechnej znajomości prawa). Nawet jednokrotny, odosobniony przypadek naruszenia przepisu prawa stanowi uchybienie obowiązkowi poszanowania porządku prawnego i może - jeśli taka jest wola ustawodawcy - pociągać za sobą stosowną sankcję. Z kolei wielokrotne naruszenie przepisu prawa przez ten sam podmiot stanowi kwalifikowane pogwałcenie obowiązku poszanowania porządku prawnego i tym bardziej powinno ono wiązać się z odpowiednio surowszą sankcją. Liczba przypadków naruszenia

przepisu prawa przez ten sam podmiot jest bez wątpienia relewantną okolicznością pozwalającą ocenić wagę naruszenia, a co za tym idzie, wymierzyć adekwatną sankcję. Oczywiście jest bowiem, że każde naruszenie przepisu prawa uderza w prawa i interesy chronione daną normą, jak również podważa autorytet samego prawa, które musi być powszechnie przestrzegane, aby cieszyło się powszechnym szacunkiem.

Korelatem obowiązku przestrzegania prawa przez wszystkich jego adresatów jest kompetencja ustawodawcy do ustanowienia proporcjonalnych, a zarazem odstraszających sankcji za jego naruszenie. Jak słusznie zauważa się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, racjonalny ustawodawca, dążąc do zakładanego celu, musi tak konstruować przepisy prawne, by odtwarzane z nich normy nakazujące określone zachowania były następnie realizowane. Dlatego też tam, gdzie przepisy nakładają na osoby fizyczne, osoby prawne i inne jednostki organizacyjne obowiązki, winien się również znaleźć przepis określający konsekwencję niespełnienia obowiązku. Brak stosownej sankcji powoduje, iż przepis staje się martwy, a niespełnianie obowiązku nagminne (wyroki TK z: 21 października 2015 r., P 32/12; 12 marca 2014 r., P 27/13; 4 września 2007 r., P 43/06; 30 listopada 2004 r., SK 31/04; 18 kwietnia 2000 r., K 23/99; 12 stycznia 1999 r., P 2/98). Stosowne sankcje za naruszenie prawa są gwarancją urzeczywistnienia zasady państwa prawnego, która oznacza, że prawo ma nie tylko formalną moc obowiązującą, ale jest realnie przestrzegane przez wszystkich jego adresatów. Sankcje służą również realizacji konstytucyjnej zasady sprawności i rzetelności działania instytucji publicznych. Organy władzy wykonawczej mogą bowiem skutecznie wyegzekwować przestrzeganie prawa tylko wtedy, gdy mają do dyspozycji kompetencje do nakładania odpowiednich sankcji.

Mając na względzie powyższe, trzeba odnotować, że stosownie do art. 111 u.o.k.k. w brzmieniu obowiązującym do 17 stycznia 2015 r., przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108, należało uwzględnić w szczególności „okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy”. Okres naruszenia art. 107 u.o.k.k., a zatem długotrwałość zwłoki w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK, bez wątpienia stanowiła w tym czasie okoliczność obciążającą. Nie zmienia tego konstrukcja art.

107, który przewiduje miarkowanie wysokości kary w zależności od liczby dni, w trakcie których decyzja pozostaje niewykonana. Dla oceny wagi deliktu przedsiębiorcy, a co za tym idzie, dla wymierzenia mu adekwatnej kary, fundamentalne znaczenie ma okoliczność, czy ów przedsiębiorca naruszał prawo przez 1 dzień, 100 dni, czy - jak w niniejszej sprawie - przez 490 dni. Długość zwłoki sama w sobie świadczy bowiem o postawie przedsiębiorcy wobec obowiązujących przepisów prawa oraz wynikających z nich obowiązków. Im dłużej przedsiębiorca zwleka z wywiązaniem się z jego prawnych obowiązków, tym wyraźniej świadczy to o jego niesubordynacji i tym surowsza powinna być sankcja za ich naruszenie.

Nieadekwatny jest też zarzut naruszenia art. 107 w zw. z art. 12 ust. 6 w zw. z art. 1 ust. 1 u.o.k.k. oraz w zw. z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji poprzez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że w sprawie o nałożenie kary pieniężnej za niewykonanie decyzji zobowiązującej nie jest konieczne badanie, czy zachodzą podstawy do uchylenia takiej decyzji na podstawie art. 12 ust. 6 u.o.k.k. Przedmiotem niniejszego postępowania jest legalność wyroku Sądu Apelacyjnego oddalającego apelację od wyroku SOKiK, który dotyczył decyzji Prezesa UOKiK z 2015 r. nakładającej karę na przedsiębiorcę na podstawie art. 107 u.o.k.k. Tymczasem zarzut dotyczy decyzji zobowiązaniowej z 2013 r. wydanej na podstawie art. 12 ust. 1 u.o.k.k., której - jak zostało to już wspomniane - powodowa spółka nie zaskarżyła odwołaniem do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Kwestionowanie zasadności nieskorzystania przez Prezesa UOKiK z kompetencji do uchylenia własnej decyzji na podstawie art. 12 ust. 6 u.o.k.k. jest możliwe wyłącznie w ramach postępowania odwoławczego wszczętego odwołaniem od tej właśnie decyzji. Nie jest to możliwe w ramach niniejszego postępowania, które dotyczy odrębnej decyzji wydanej w późniejszym terminie. Ocena zasadności niewydania przez Prezesa UOKiK decyzji na podstawie art. 12 ust. 6 u.o.k.k. nie mieści się więc w przedmiocie niniejszego postępowania. Nie ma racji powód, twierdząc, że odwołanie od decyzji nakładającej karę pieniężną jest jedynym środkiem prawnym, w którym przedsiębiorca może zakwestionować odmowę uchylenia decyzji zobowiązującej. Takim środkiem jest odwołanie od decyzji poprzedzającej nałożenie kary pieniężnej, a w przypadku niniejszej sprawy -

decyzji zobowiązującej wydanej na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy. W tym kontekście bezzasadny jest również zarzut naruszenia prawa do sądu i zasady państwa prawnego, ponieważ powód miał zapewnioną możliwość wniesienia odwołania od decyzji zobowiązującej i podniesienia w nim zarzutu naruszenia art. 12 ust. 6 u.o.k.k.

Niezależnie od tego należy zauważyć, że przedstawione przez powoda zagadnienie ma charakter hipotetyczny. W uzasadnieniu skargi kasacyjnej powód nie przedstawił bowiem żadnych konkretnych okoliczności, które miały istotny wpływ na decyzję zobowiązaniową z 2013 r., a uległy zmianie po jej wydaniu.

Mając na względzie powyższe, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. orzekł, jak w sentencji. O kosztach orzeczono na podstawie § 10 ust. 4 pkt 2 i § 14 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2018, poz. 265).