



Sygn. akt III SK 61/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Piotr Prusinowski

Protokolant Ewa Wolna

w sprawie z powództwa P. Spółki Akcyjnej w [...] przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o nadużycie pozycji dominującej, po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 10 stycznia 2017 r., skarg kasacyjnych strony powodowej i strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 29 maja 2015 r., sygn. akt VI ACa .../14,

- 1. uchyla zaskarżony wyrok ze skargi kasacyjnej powoda i przekazuje sprawę w tym zakresie Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego,**
- 2. oddala skargę kasacyjną pozwanego,**
- 3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Decyzją z 5 lipca 2012 r., nr DOK-.../2012 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu):

- I. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik) 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 P. S.A. w [...] (powód), polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez ograniczenie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów przez odmowę sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. N. Sp. z o.o. w [...] oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.,
- II. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 uokik 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 powoda polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego wskutek odmowy sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, tj. N. Sp. z o.o. w [...] oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 30 listopada 2010 r.
- III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt. 1 uokik nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 60.016.474,40 zł za naruszenie zakazów, o których mowa w pkt I i II sentencji decyzji.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu w całości.

Wyrokiem z 12 maja 2014 r., XVII AmA .../13 Sąd Okręgowy w [...] - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód jest największym w kraju sprzedawcą gazu ziemnego wprowadzanego do systemu przesyłowego i dystrybucyjnego, a głównymi klientami powoda w zakresie wolumenu sprzedanego gazu są odbiorcy reprezentujący przemysł chemiczny, hutnictwo i energetykę. Z kolei najliczniejszą grupę odbiorców stanowią gospodarstwa domowe. Powód jest także największym importerem gazu ziemnego w Polsce. N. Sp. z o.o. w [...] (zainteresowany) jest przedsiębiorcą zajmującym się sprzedażą gazu odbiorcom końcowym. Nie dysponuje własnymi gazociągami. Zmuszony jest korzystać z prawa dostępu do infrastruktury gazowej przesyłowej i dystrybucyjnej, by móc realizować dostawy gazu dla klientów obsługiwanych przez spółki posiadające status Operatora Systemu Dystrybucyjnego (OSD).

Pismem z 14 stycznia 2010 r. zainteresowany wystąpił do powoda z zapytaniem o zawarcie umowy sprzedaży i dostawy gazu ziemnego na określony punkt wyjścia z systemu przesyłowego (do systemu dystrybucyjnego) na warunkach umowy kompleksowej. Zainteresowany wyjaśnił, że zamierza dostarczać paliwo zakupione od powoda klientom końcowym obsługiwanych przez O., tj. [...] Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. (dalej S.G.). W trakcie spotkania z powodem zainteresowany wyraził chęć, by strumień gazu dostarczany do jego klientów był rozliczany tak samo jak w przypadku powoda, to jest na podstawie danych pomiarowych i sposobu alokacji ustalonego przez S.G.. Zainteresowany podkreślił, że jako spółka obrotu gazem pragnie nawiązać współpracę na zasadach umowy kompleksowej na stacji I stopnia, to jest na punkcie wyjścia z systemu przesyłowego, tak by przy wykorzystaniu systemu dystrybucyjnego dostarczać paliwo gazowe do swoich klientów. Zainteresowany odrzucił propozycję powoda sprzedaży paliwa na punkcie wyjścia z systemu dystrybucyjnego. Powód zaznaczył w toku negocjacji, że nie ma możliwości rozliczania dostarczanej zainteresowanemu ilości paliwa na stacji I stopnia. S.G. jako O. stwierdziła, że nie dostrzega problemów natury technicznej w rozliczaniu gazu pobieranego na stacji I stopnia przez zainteresowanego i dostarczanego do klientów końcowych. S.G. wskazała, że zasady alokacji będą wynikały z umowy kompleksowej między powodem i zainteresowanym, natomiast rozliczanie usług dystrybucji będzie odbywało się w oparciu o odczyty układu pomiarowego oraz metodologię opisaną w

kartach aktualizacji Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (I.), co do których toczyło się wówczas postępowanie administracyjne przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki (Prezes URE). S.G. wskazała, że możliwe jest zawarcie trójstronnego porozumienia pomiędzy S.G., powodem i zainteresowanym, określającego zasady podziału ilości gazu oraz mocy umownej w rozpatrywanym punkcie wejścia oraz wskazała alternatywną metodę opartą na składanych przez zainteresowanego nominacjach w ramach umowy kompleksowej. Powód poinformował zainteresowanego, że zasady alokacji opisane w I. S.G. uniemożliwiają prawidłowe rozliczanie sprzedaży gazu dla zainteresowanego, gdyż zapisy I. są opracowane dla jednego Zlecającego Usługę Dystrybucji (ZUD) w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego. Powód zwrócił uwagę, iż w przedmiotowej sprawie ZUD nie jest jednocześnie Zlecającym Usługę Przesyłu (ZUP), a w I. brak jest mechanizmów, które pozwoliłyby na dokonanie rozliczenia i alokacji w sieci S.G.. Powód zaznaczył w piśmie, że do momentu ustalenia dokładnych zapisów regulujących te kwestie nie może zawrzeć umowy z zainteresowanym. Powód zwrócił się do S.G. z prośbą o przedstawienie sposobu rozliczeń dla zainteresowanego. W odpowiedzi S.G. wyjaśniła, że powód jako sprzedawca gazu powinien w ramach negocjacji umowy kompleksowej wypracować reguły akceptowalne dla kontrahenta w zakresie ilości oraz mocy paliwa gazowego, jakie gotowy jest sprzedać w punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej. S.G. uwzględni zaś ustalone zasady dla prowadzenia bilansowania handlowego systemu dystrybucyjnego w ramach zawartych umów o świadczenie usług dystrybucji gazu z powodem i zainteresowanym.

Decyzją z 22 czerwca 2010 r. Prezes URE odmówił dokonania zmian w I. S.G., mających dotyczyć zasad bilansowania paliwa gazowego w systemie dystrybucyjnym S.G.. W trakcie kolejnego spotkania powoda z zainteresowanym 30 listopada 2010 r. powód wyjaśnił, że istnieje możliwość rozliczania wolumenów gazu na stacjach I stopnia. Rozliczenia ilości paliwa odbywałyby się na podstawie proporcji składanych przez zainteresowanego nominacji w stosunku do rzeczywistego przepływu przez stację I stopnia, natomiast rozliczenia zamawianej mocy odbywałyby się w oparciu o raporty handlowe OG. S.A. i byłyby rozliczane proporcjonalnie do mocy zamawianej przez zainteresowanego w stosunku do całej

mocy zamawianej przez powoda. Na spotkaniu 24 stycznia 2011 r. propozycja powoda została doprecyzowana i strony umówiły się, że powód do 3 lutego 2011 r. przygotuje projekt umowy kompleksowej dla zainteresowanego. E. poinformowała powoda, że z uwagi na zastrzeżenia co do wiarygodności finansowej zainteresowanego to ona będzie stroną umowy kompleksowej. W dniu 31 maja 2011 r. doszło do zawarcia umowy kompleksowej pomiędzy powodem i E. oraz „Porozumienia określającego zasady alokacji paliwa gazowego w punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego” pomiędzy E., powodem i S.G..

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd Okręgowy uznał, że odwołanie jest niezasadne. W ocenie Sądu pierwszej instancji ograniczenie zbytu towarów, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik może przejawiać się także w odmowie zawarcia umowy sprzedaży danego towaru z innymi przedsiębiorcami czy też w odmowie dostawy towaru. Odmowa może zostać wyrażona wprost albo być wynikiem zachowania dominanta, który uchyla się od zawarcia umowy przez swoje bierne zachowanie lub prowadzi negocjacje w taki sposób, że do zawarcia umowy nie dochodzi. Zdaniem Sądu Okręgowego Prezes Urzędu prawidłowo ustalił, że powód odmawiał zainteresowanemu zawarcia umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej. Powód bowiem już 22 lutego 2010 r. posiadał komplet danych niezbędnych do nawiązania współpracy, jednakże do zawarcia umowy doszło dopiero 31 maja 2011 r. W toku negocjacji powód jako przeszkodę w zawarciu umowy wskazywał niedoprecyzowanie zasad rozliczeń za pobrane paliwo. Na spotkaniu 19 marca 2010 r. powód przedstawił własną propozycję rozwiązania tej kwestii, którą zaakceptował zarówno zainteresowany, jak i S.G.. Mimo to, 22 kwietnia 2010 r. powód przedstawił zainteresowanemu swoje stanowisko, z którego wynikało, że do momentu ustalenia zapisów w kwestii rozliczeń i alokacji w sieci S.G. nie może on zawrzeć z zainteresowanym umowy sprzedaży paliwa gazowego, co stanowiło wyrażoną wprost odmowę zawarcia umowy. Po 19 marca 2010 r. powód nie przedstawił żadnych konkretnych propozycji dotyczących rozwiązania zgłaszanych problemów, ograniczając się do kontestowania I. z 2009 r. Działania powoda między 19 marca a 30 listopada 2010 r. odznaczały się małą intensywnością, gdyż w okresie ponad 8 miesięcy wystąpił on z trzema pismami i uczestniczył w dwóch spotkaniach negocjacyjnych. Co więcej, w ocenie Sądu

Okręgowego, kwestia związana z I. była w sprawie irrelevantne. Instrukcja ta stanowi część umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji lub umowy kompleksowej, co rozstrzyga o jej charakterze prawnym. Ewentualne braki czy niedostateczna szczegółowość I. były możliwe do usunięcia przez zawarcie dwu- lub trójstronnej umowy, od czego nie uchylał się ani zainteresowany, ani S.G.. Powód zawarł ostatecznie umowę przed zatwierdzeniem i wejściem w życie I. z 2012 r., co przeczy wywodom, że treść I. z 2009 r. stanowiła przeszkodę w zawarciu umowy i uzasadniała działania powoda. Dlatego Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił zarzutu pominięcia przez Prezesa Urzędu okoliczności, że zatwierdzenie przez Prezesa URE nowej I. oznaczało wadliwość wcześniejszej instrukcji. Obowiązujące przepisy prawa w żaden sposób nie ograniczają możliwości dokonywania zmian I., co oznacza, że operator systemu może dokonywać zmiany instrukcji każdorazowo, gdy uzna to za potrzebne, np. z uwagi na zmianę technicznych lub organizacyjnych warunków funkcjonowania systemu. Nie znaczy to jednak, że dotychczasowa instrukcja była wadliwa.

Uchylenie się przez powoda od zawarcia z zainteresowanym umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej naruszało art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Odmowa to spowodowała ograniczenie zbytu ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów. Ograniczenie to pozbawiło zainteresowanego możliwości działania na rynku detalicznym sprzedaży gazu, zaś konsumentów pozbawiło korzyści będących następstwem wolnej konkurencji. Działanie powoda przeciwdziałało także ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na rynku detalicznym sprzedaży gazu. Dotyczyło ono rynku, na którym istniał tylko jeden podmiot i wejście na rynek zainteresowanego oznaczało złamanie monopolu, które jest działaniem istotnym dla rozwoju konkurencji, gdyż wyznacza drogę do wejścia na rynek innym podmiotom, nawet jeśli podmiot wchodzący na rynek działać będzie w znikomej skali.

Sąd Okręgowy stwierdził ponadto, że doszło do błędnego ustalenia czasu trwania niedozwolonych praktyk, ponieważ momentem zaniechania stosowania zarzucanych niedozwolonych praktyk było podpisanie umowy, co nie nastąpiło 30 listopada 2010 r. jak ustalił Prezes Urzędu, lecz dopiero 31 maja 2011 r. Zmiana

zaskarżonej decyzji polegająca na wskazaniu późniejszej daty zaniechania stosowania praktyki naruszałaby jednak zakaz *reformationis in peius*.

Odnosząc się do zarzutu wymierzenia kary pieniężnej w nadmiernej wysokości Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powód nie wykazał, by Prezes Urzędu przy określaniu wysokości kary przekroczył granice uznania administracyjnego. Kara wymierzona w wysokości 2,4% jej maksymalnego wymiaru właściwie uwzględniała fakt zaniechania stosowania praktyki przez powoda. Na wymiar kary nie wpłynął natomiast jej precedensowy charakter. Swobodny dostęp podmiotów gospodarczych do sieci niebędącej ich własnością, co uniemożliwia odbiorcom zakup energii elektrycznej lub gazowej bezpośrednio u wytwórcy i korzystanie z usług przesyłowych przedsiębiorstwa „sieciowego”, powszechnie znane jako zasada TPA (Third Part Access, czyli dostęp strony trzeciej) wynika z dyrektywy 98/30/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 czerwca 1998 r. dotycząca wspólnych zasad wewnętrznego rynku gazu ziemnego (Dz. U. UE L 204, 1-12, dalej jako dyrektywa 98/30) recypowanej do art. 4 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (jednolity tekst: Dz.U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 ze zm., dalej jako Prawo energetyczne lub PE). Powód miał więc ponad 10 lat na przygotowanie się technicznie i organizacyjnie do sytuacji, w której kontrahent zwróci się o zawarcie umowy sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej. Skoro powód nie kwestionuje faktu odnoszenia korzyści ekonomicznych z zawartej umowy, to uchylene się od jej zawarcia i nieuzasadnione wydłużanie negocjacji musiało wynikać z chęci ochrony korzyści wynikających z zahamowania rozwoju konkurencji. Racjonalny przedsiębiorca mając możliwość zawarcia umowy przynoszącej mu korzyści dąży do jej najszybszego zawarcia, gdyż zwiększa to jego przychody. Odmienne działanie powoda nie mogło wynikać z jego nieświadomości. Powód ma dominującą pozycję na rynku sprzedaży gazu ziemnego zarówno detalicznym, jak i hurtowym i działa na tych rynkach przez bardzo długi czas. Nie jest zatem możliwe aby działanie powoda, stanowiące przedmiot zarzucanej praktyki nie miało charakteru umyślnego, o czym świadczy dodatkowo długi, bo trwający ponad 280 dni, czas trwania zarzucanej praktyki.

Bez znaczenie dla wymiaru kary jest natomiast fakt, że wartość gazu, który chciał nabyć zainteresowany nie przekraczała 100.000 euro rocznie, gdyż kara nie pełni tylko funkcji kompensacyjnej lecz stanowi formę represji za bezprawne działanie godzące w funkcjonowanie rynku.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 29 maja 2015 r., VI ACa .../14 Sąd Apelacyjny w [...] zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w ten sposób, że zmienił decyzję Prezesa Urzędu, przez obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej z 60.016.474,40 zł do 5.508.581 zł, w pozostałej części oddalił apelację powoda i rozstrzygnął o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i ich oceny w zakresie naruszenia przez powoda normy z art. 9 ust. 1, art. 9 ust. 2 pkt 2 i pkt 5 uokik.

Zdaniem Sądu drugiej instancji, Sąd Okręgowy słusznie przyjął, że S.G. już w trakcie spotkania 19 marca 2010 r. wskazała sposób rozliczania gazu pobranego na stacji I stopnia przez zainteresowanego i dostarczanego klientom końcowym analogicznie, jak miało to miejsce wobec powoda. Następnie S.G. wyjaśniła, że zasady alokacji będą wynikały z umowy kompleksowej pomiędzy powodem i zainteresowanym (nowym ZUD), zaś rozliczenie usługi będzie się odbywało w oparciu o odczyty układu pomiarowego oraz metodologię już opisaną w kartach aktualizacji I.. W kolejnych pismach S.G. ustosunkowała się do dalszych wątpliwości i wskazała konieczność ustalenia zasad dotyczących rozliczeń, w sytuacji różnych ilości paliwa gazowego wprowadzanego i odebranego z systemu dystrybucyjnego, w umowie o świadczenie usług dystrybucji z konkretnym ZUD. Wnioski Sądu pierwszej instancji, że zachowanie S.G. zmierzało do przedstawienia możliwych rozwiązań wzajemnych rozliczeń, zaś działanie powoda kwestionujące I. było nieuprawnione, są prawidłowe. I. nie stanowiła przeszkody w rozliczaniu ZUD w sytuacji, gdy w danym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego gaz był wprowadzony przez dwa podmioty o statusie ZUD.

Nieuzasadniony jest zarzut, że Sąd Okręgowy pominął istotny dla sprawy materiał dowodowy, w tym Analizę Instytutu Studiów Energetycznych z 31 stycznia 2011 r., gdyż była ona częścią materiały dowodowego zgromadzonego w

postępowaniu administracyjnym, który został w całości przekazany Sądowi pierwszej instancji. Wyżej wymieniona analiza dotyczyła jedynie kwestii możliwości zakupu gazu ziemnego w latach 2010-2011 od konkurencji powoda oraz transportu gazu sieciami przesyłowymi O. S. P. do sieci dystrybucyjnej S.G. w celu dalszej sprzedaży lub użycia w celach bilansowych. Nie każda hipotetyczna możliwość alternatywnych źródeł zaopatrzenia powoduje skuteczne zakwestionowanie przesłanki niezbędności dla kontrahenta i znosi charakter nadużycia pozycji dominującej. Z powołanej analizy nie wynika, że istniała inna możliwość zakupu gazu ziemnego w konkretnym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego S.G., który jest jednocześnie punktem wyjścia z systemu przesyłowego, niż w ramach umowy kompleksowej z powodem.

Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadny zarzut naruszenia prawa materialnego przez uznanie, że powód dopuścił się nadużycia pozycji dominującej mimo braku przesłanek do zakwalifikowania opisanego w decyzji zdarzenia jako nadużycia. Przedmiotem zakazu z art. 9 ust. 1 uokik jest nadużycie pozycji dominującej, które skutkuje bezpośrednim wpływem na stan lub rozwój konkurencji. Dla stwierdzenia praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 2 niezbędne jest ziszczenie się dwóch przesłanek: 1) zaistnienie np. ograniczenia zbytu oraz 2) wystąpienie szkody u kontrahenta lub konsumentów. W niniejszej sprawie wystąpiło skrajne ograniczenie zbytu przez odmowę kontraktowania, co wypełniło także przesłankę wykluczenia konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Problem determinujący czas i przebieg negocjacji, tj. sposób rozliczania i alokacji w sytuacji, gdy w jednym punkcie wejścia do systemu dystrybucyjnego, paliwo gazowe będzie przekazywane przez S.G. do innych obok powoda podmiotów, mógł zostać rozwiązany w ramach umowy kompleksowej powoda i podmiotów działających na rynku sprzedaży detalicznej gazu oraz stosownego porozumienia tego podmiotu z S.G., przy wykorzystaniu postanowień, lecz bez aktualizacji I. z 2009 r., a w konsekwencji oczekiwanie na aktualizację I. z 2009 r. nie może stanowić usprawiedliwienia dla zachowania powoda.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, Sąd Apelacyjny uznał, że praktyką, wypełniającą dyspozycję tego przepisu jest zarówno stwarzanie barier wejścia na rynek, podejmowanie działań zniechęcających innych przedsiębiorców do ekspansji rynkowej, na którym działają lub zamierzają działać i

w konsekwencji również eliminowanie potencjalnej możliwości powstania konkurencji na danym rynku. W ocenie Sądu drugiej instancji, stan faktyczny w przedmiotowej sprawie pozwala na subsumpcję zachowań negocjacyjnych w postaci odmowy zawarcia umowy przez powoda, jako blokujących powstanie konkurencji na rynku detalicznej sprzedaży paliwa gazowego (w postaci trudności rozpoczęcia na nim działalności przez nowy podmiot), które były wymierzone w potencjalnego konkurenta i których celem było wzmocnienie własnej pozycji dominującej. Praktyka powoda wygenerowała więc co najmniej groźbę wystąpienia negatywnych skutków dla konkurencji. Odmowa zawarcia przez powoda kompleksowej umowy sprzedaży gazu wypełniła także dodatkowy warunek, tj. niezbędności dla kontrahenta przedmiotowej umowy do prowadzenia działalności na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom końcowym, a doprecyzowując podłączonym do sieci S.G.. Warunek ten nie jest spełniony, jeżeli na rynku są inne źródła zaopatrzenia, bowiem nawet dominant nie ma obowiązku rozwijania konkurencji. Ma jednak obowiązek niegodzenia w konkurencję swoim działaniem lub zaniechaniem. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie czy w realiach sprzedaży hurtowej paliwa gazowego w 2010-2011 istniały alternatywne źródła zaopatrzenia. Stanowiąca część materiału dowodowego Analiza Instytutu Studiów Energetycznych wskazywała, że istniała możliwość zakupu gazu ziemnego od konkurencji powoda, jednak celem analizy było zbadanie możliwości zakupu gazu ziemnego od podmiotu innego niż powód i transport paliwa sieciami przesyłowymi do sieci O., co wymagałoby dodatkowo, oprócz umowy dystrybucyjnej z S.G., zawarcia chociażby umowy o świadczenie usług przesyłowych z OG. celem dostarczenia gazu od sieci O.. Tym samym byłyby to inne warunki prowadzenia działalności niż wynikające z umowy kompleksowej z powodem, której przedmiotem były dostawy gazu wraz z bilansem, magazynowaniem i przesyłem do punktu odbioru. Z wyżej wymienionej analizy nie wynika by gaz ziemny zakupiony od wymienionych w opracowaniu podmiotów mógł być dostarczany do punktu wejścia do sieci S.G., w którym zainteresowany chciał je do tej sieci wprowadzić. W konsekwencji analiza nie uprawnia wniosku o istnieniu alternatywnych źródeł zaopatrzenia. W ocenie Sądu Apelacyjnego, dla skutecznego zakwestionowania wypełnienia przesłanki niezbędności dla kontrahenta zawarcia

umowy do prowadzenia działalności na danym rynku nie wystarcza wskazanie jakichkolwiek, chociażby hipotetycznych, alternatywnych źródeł zaopatrzenia, ale takich, które umożliwiają tę działalność nie powodując barier, które czyniłyby ją ponad miarę uzasadnioną okolicznościami towarzyszącymi podjęciu i kontynuowaniu konkretnej działalności, utrudnioną do tego stopnia, że wejście na dany rynek nowego podmiotu byłoby traktowane jako podjęcie działań irracjonalnych gospodarczo i bez znaczenia dla konkurencji na danym rynku.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że precedensowy charakter niniejszej sprawy nie uprawniał zachowań kontraktowych powoda, który, jak to trafnie zauważył Sąd Okręgowy, miał ponad 10 lat od recypowania dyrektywy 98/30 do Prawa energetycznego na przygotowanie się technicznie i organizacyjnie do sytuacji, w której kontrahent zwróci się do niego o zawarcie umowy kompleksowej. Sąd drugiej instancji zaakceptował także w pełni wymienione w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji przesłanki nałożenia kary pieniężnej, wpływające na jej wysokość. Trafnie stwierdzono, że działania powoda były umyślne i stanowiły poważne naruszenia prawa antymonopolowego. Przy określaniu wysokości kary uwzględniono także uprzednie naruszenie przepisów uokik i czas trwania naruszenia, który nie wpłynął jednak na podwyższenie kary, zaś za okoliczność łagodzącą uznano zaniechanie praktyki. O zakwalifikowaniu praktyki stosowanej przez powoda jako poważnego naruszenia zdecydował fakt, iż praktyka opisana w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik wymierzona jest wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji. Za przypisaniem powodowi umyślność w stosowaniu przez niego zakwestionowanej praktyki przemawia w ocenie Sądu Apelacyjnego fakt, iż powód funkcjonuje na rynku hurtowej i detalicznej sprzedaży gazu i posiada w tych dwóch sferach pozycję dominującą. Sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, iż w przeważających poglądach doktryny вина umyślna polega na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z regułą czy regułami postępowania, bądź to na powstrzymaniu się od działania, mimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się. Należy rozumieć, że sprawca przewiduje naruszenie wyżej wymienionej reguły i skutki w postaci szkody oraz chce by nastąpiły, albo co najmniej z tym się godzi. Winą umyślną zostaje zatem objęta także sytuacja, gdy sprawca nie chce, lecz godzi się na nastąpienie szkody,

tw. *dolus eventualis*. W ocenie Sądu Apelacyjnego stan faktyczny przedmiotowej sprawy uprawnia przypisanie powodowi co najmniej winy w postaci *dolus eventualis*.

Sąd drugiej instancji stwierdził, że powodem częściowej zmiany zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego było pominięcie przez ten Sąd, przy ocenie wymiaru kary, zasady proporcjonalności, która uwzględnia kryterium wielkości przychodu z działalności prowadzonej w „segmencie rynkowym”. Ma to istotne znaczenia dla przedmiotowego postępowania, gdyż powód przeciwdziałał warunkom niezbędnym do rozwoju konkurencji, próbując zneutralizować poczynania kontrahenta na początkowym etapie działalności tego przedsiębiorstwa na rynku detalicznej sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom przyłączonym do sieci dystrybucyjnej na obszarze województwa mazowieckiego, przy wykorzystaniu dostępu do infrastruktury O.-S.G.. W konsekwencji zarzucane powodowi praktyki wygenerowały negatywne skutki dla konkurencji i konsumentów, których geograficzny zasięg był ograniczony do województwa mazowieckiego.

Sąd Apelacyjny potwierdził sposób wyliczenia kary pieniężnej przyjęty w zaskarżonej decyzji, jednakże za podstawę do jej wyliczenia przyjął kwotę 2.295.242.000 zł, tj. wysokość przychodów powoda osiągniętych ze sprzedaży gazu przez [...] Oddział Obrotu Gazem PG. S.A. w obszarze działania S.G.. W ocenie Sądu Apelacyjnego kara pieniężna uwzględniająca zasadę proporcjonalności spełnia wymóg adekwatności nałożonej sankcji do wagi naruszenia prawa antymonopolowego oraz w stopniu wystarczającym realizuje funkcje dyscyplinującą i prewencyjną wobec powoda.

Sąd Apelacyjny zauważył, że oceniając wysokość nałożonej na powoda kary pieniężnej Sąd Okręgowy nie uwzględnił zasady proporcjonalności, wobec tego pominął dowód na okoliczność przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży gazu przez powoda na terenie działania S.G. w 2011 r.

Powód i Prezes Urzędu zaskarżyli wyrok Sądu Apelacyjnego skargami kasacyjnymi.

Powód zaskarżył wyrok w całości, zarzucając naruszenie: 1) art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 uokik; 2) art. 6 k.c., art. 232 zd. 1 k.p.c., w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik oraz art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz) i art. 48

Karty Praw Podstawowych (KPP); 3) art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 uokik w związku z art. 9g ust. 12 PE.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w części obejmującej obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, zarzucając naruszenie art. 106 ust. 1 uokik.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna, choć nie wszystkie przedstawione w niej zarzuty zasługiwały na uwzględnienia, natomiast skarga kasacyjna Prezesa Urzędu okazała się niezasadna.

Za zasadny Sąd Najwyższy uznał zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 uokik przez niewłaściwe zastosowanie przejawiające się w przyjęciu, że nadużyciem pozycji dominującej jest odmowa sprzedaży gazu ziemnego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży, gdy: 1) istnieją alternatywne źródła dostaw; 2) alternatywne dostawy byłyby możliwe na warunkach innych niż warunki umowy kompleksowej; 3) nie wykazano, że odmienne warunki powodują, że dokonywanie odsprzedaży gazu ziemnego nie byłoby możliwe lub byłoby nieopłacalne. Wyliczone powyżej w punktach 1 i 2 okoliczności były niesporne w toku postępowania, zaś z uzasadnienia zaskarżonego wyroku (a także decyzji Prezesa Urzędu) nie wynika, by ustalono niemożność działania N. Sp. z o.o. na rynku sprzedaży gazu ziemnego odbiorcom detalicznym przyłączonym do sieci S.G. w przypadku zakupu gazu ziemnego od innych podmiotów oraz na innych warunkach niż umowa kompleksowa.

Stanowisko Sądu Apelacyjnego w [...], zajęte w zaskarżonym wyroku w przedmiocie spełnienia przesłanek pozwalających zakwalifikować przypisane powodowi zachowanie jako praktykę ograniczającą konkurencję przez odmowę zawarcia umowy, oparte jest na założeniu, zgodnie z którym skoro powód kontroluje 97% rynku sprzedaży gazu, a ponadto jest jedynym podmiotem mogącym dostarczać gaz ziemny alternatywnym dystrybutorom na podstawie umowy kompleksowej, to dla każdego przypadku próby wejścia na rynek

dystrybucji gazu ziemnego spełniona jest przesłanka niezbędności zawarcia przez nowego kontrahenta umowy dostaw gazu z powodem na zasadach umowy kompleksowej. Takie założenie jest dopuszczalne, jeżeli ma oparcie w ustalonych w sprawie zasadach funkcjonowania rynku gazu. Tymczasem jeszcze na etapie postępowania administracyjnego Prezes Urzędu nie poczynił stosownych ustaleń, poprzestając na opartym na skrócie myślowym przekonaniu (a jak wynika z przebiegu rozprawy przed Sądem Najwyższym – zawierzeniu w oświadczenia podmiotu ubiegającego się o zawarcie umowy z powodem), że 97% udział powoda w rynku uzasadnia wykreowania domniemania, że N. Sp. z o.o. nie miał alternatywnych możliwości skutecznego wejścia na rynek sprzedaży gazu obiorcom detalicznym podłączonym do sieci S.G. w inny sposób, jak przez zawarcie umowy kompleksowej. W sprawie nie ustalono, jakie znaczenie dla parametrów konkurencji z powodem na rynku sprzedaży detalicznej miała możliwość pozyskania gazu od powoda na zasadach umowy kompleksowej. Nie wyjaśniono, czy pozyskanie takich ilości gazu, na jakie opiewało zamówienie N. Sp. z o.o. (pozwalające na pokrycie rocznego zapotrzebowania ok 40-50 gospodarstw domowych) było pod względem prawnym i faktycznym możliwe w 2010 r. w inny sposób, z innych źródeł, przy użyciu innych dostawców, innymi sposobami dostawy (wykorzystania linii przesyłowych na zasadach TPA), innymi punktami wejścia do systemu dystrybucyjnego S.G.. Innymi słowy, brak kluczowego, z punktu widzenia prawidłowego ustalenia i zrozumienia mechanizmów rynkowych pozwalających na zastosowanie reguł konkurencji, wyjaśnienia, czym pod względem ekonomicznym różniły się warunki konkurencji z powodem dzięki dostawom na podstawie umowy kompleksowej oraz na podstawie odrębnych umów zawieranych z O. lub innymi dostawcami gazu. Gdyby z ustaleń faktycznych wynikało, że N. Sp. z o.o. spotkał się z odmową zawarcia umowy dostaw gazu ziemnego ze strony innych podmiotów działających na hurtowym rynku gazu ziemnego w Polsce, bądź gdyby okazało się, że przepustowość sieci przesyłowej objęta była rezerwacjami uniemożliwiającymi dostarczenie gazu ziemnego na rzecz N. Sp. z o.o., bądź gdyby uzależnienie wejścia na rynek detaliczny od wejścia na rynek hurtowy wiązało się ze spełnieniem takich obowiązków i uiszczeniem takich opłat, że czyniłoby taką aktywność nieopłacalną, bądź w sposób istotny opóźniałoby możliwość pojawienia

się nowego konkurenta na rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego na obszarze działania sieci S.G., wówczas byłyby podstawy do stwierdzenia niezbędności zawarcia umowy dostaw gazu na zasadach umowy kompleksowej. Bez takich ustaleń, zastosowanie art. 9 uokik do zachowania powoda opiera się jedynie na wyobrażeniach organu ochrony konkurencji co do realiów rynkowych, co w sprawach antymonopolowych nie powinno mieć miejsca (por. wyrok Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2016 r., III SK 8/15, LEX nr 1997965).

Przesłanka niezbędności i jej znaczenie dla kwalifikacji odmowy zawarcia umowy jako przejawu nadużycia pozycji dominującej jest powszechnie akceptowana w polskim i zagranicznym piśmiennictwie, które według wiedzy Sądu Najwyższego jednolicie postrzega zastosowanie reguł konkurencji do przypadków odmowy zawarcia umowy (innych niż odmowa dostępu do infrastruktury kluczowej) jako zdarzenie o charakterze wyjątkowym. Wspomniana „wyjątkowość” wymaga wykazania przez organ ochrony konkurencji, że dostęp do towaru (rzeczy lub usługi), ma być rzeczywiście niezbędny (a nie jedynie korzystny, dogodny – zob. M. Kolasiński, *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 187 i s. 195; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w sprawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 163; A. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II. Wolters Kluwer, 2016, s. 396; T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 502; E. D. Sage, *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd. (ITP) v. komisja Wspólnot Europejskich* [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007, s. 634; M. Surdek, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, [w:] A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Warszawa 2007 s. 671; M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo konkurencji*, Warszawa 2014, t. 15, s. 1005; R. Whish, *Competition law*, London 2001, s. 621; M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2004, s. 67; D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Microsoft- studium przypadku. Prawo konkurencji na*

rynkach nowych technologii, Warszawa 2008, s. 62; R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2013, t. 8B, s. 646). Jeżeli podmiot ubiegający się o zawarcie umowy ma dostępne alternatywne źródła dostaw, to nie dochodzi do ograniczenia konkurencji, gdy korzystając z nich może skutecznie konkurować z dominantem (C. Mosso, S. Ryan, S. Albaeck, M. Centella [w:] J. Faull, A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford 2007, s. 355; A. Jones, *A dominant firm's duty to deal: EC and US antitrust law compared* [w:] P. Marsen (red.) *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Cheltenham 2006, s. 260; M.A. Utton, *Market Dominance and Antitrust policy*, Cheltenham 2003, s. 245; A. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 395-396).

Wymóg niezbędności produktu przewija się także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE/Trybunał), samodzielnie bądź w kontekście przesłanki „eliminacji całej konkurencji”. W sprawie 6/73 i 7/73 *Commercial Solvents* (EU:C:1974:18) Trybunał stwierdził, że przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą w zakresie produkcji surowców nie może zaprzestać dostaw do aktualnych klientów, którzy wytwarzają produkty pochodne z wykorzystaniem tych surowców, tylko dlatego, że zdecydowało się rozpocząć własną produkcję i dąży do wyeliminowania wcześniejszego klienta z rynku. W sprawie C-311/84 *CBEM v. CLT i IPB* (EU:C:1985:394) Trybunał przyjął, że do naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej dochodzi, gdy przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na określonym rynku zastrzega dla siebie dodatkową działalność, która może być realizowana przez inne przedsiębiorstwo jako część jego działalności na sąsiednim ale oddzielnym rynku, co umożliwia wyeliminowanie całej konkurencji takiego przedsiębiorstwa. W sprawie C-241/91 P i C-242/91 P *RTE i ITP* (EU:C:1995:98) Trybunał stwierdził, że nadużycie pozycji dominującej polegało na odmowie udzielenia licencji na prawa autorskie do programów, gdyż uniemożliwiło publikowanie przez osoby trzecie tygodniowych, zbiorczych przewodników telewizyjnych, które konkurowałyby z przewodnikami telewizyjnymi publikowanymi przez każdego nadawcę. Natomiast w sprawie T-504/93 *Tierce Ladbroke* (EU:T:1997:84) nie dopatrzono się naruszenia reguł konkurencji, ponieważ odmowa udzielenia licencji na transmisję z wyścigów

nie była niezbędna do prowadzenia działalności na rynku przyjmowania zakładów na te wyścigi. Także w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner* (EU:C:1998:569) TSUE wyjaśnił, że odmowa świadczenia usługi może być kwalifikowana jako nadużycie, gdy na rynku nie ma dostępnych alternatyw, a bez dostępu do towarów lub usług dominanta inne przedsiębiorstwo nie może z nim konkurować na rynku powiązanym z rynkiem pozycji dominującej.

Skoro zatem niezbędność towaru dostarczanego przez dominanta polega na tym, że bez uzyskania dostępu do tego towaru nie jest możliwe prowadzenie działalności gospodarczej na rynku powiązanym z rynkiem pozycji dominującej, to – jak jeszcze raz należy podkreślić – konieczne jest ustalenie, że bez zawarcia umowy kompleksowej przewidującej dostarczanie gazu ziemnego na określony punkt wejścia do systemu dystrybucyjnego S.G., powód nie może skutecznie oferować gazu ziemnego odbiorcom końcowym na obszarze sieci dystrybucyjnej S.G.. Takiego ustalenia w zaskarżonym wyroku nie ma, zatem zastosowanie art. 9 ust. 2 pkt 1 i 5 uokik jest nieuprawnione.

Za niezasadny Sąd Najwyższy uznał natomiast zarzut naruszenia art. 6 k.c., art. 232 zd. 1 k.p.c., w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik oraz art. 6 ust. 2 EKPCz i art. 48 KPP, gdyż w tej podstawie skargi kasacyjnej połączono w sposób nieuprawniony przepisy procesowe i przepisy prawa materialnego, a ponadto przywołano art. 48 KPP, który nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ ta nie ma charakteru sprawy unijnej. Zgodnie zaś z art. 51 KPP znajduje ona zastosowanie tylko w zakresie prawa unijnego.

Sąd Najwyższy nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 uokik w związku z art. 9g ust. 12 PE w zakresie tak zwanego obiektywnego uzasadnienia ewentualnego nadużycia pozycji dominującej. Powód przyjmuje, że w sytuacji gdy I. O. (S.G.) nie zawierała postanowień odnoszących się wprost do sytuacji, w której w jednym punkcie wejścia do sieci dystrybucyjnej dostarczano gaz dla dwóch ZUD, w sytuacji gdy ZUP był tylko jeden z tych podmiotów, do zawarcia umowy kompleksowej na warunkach oczekiwanych przez N. Sp. z o.o. konieczne było wprowadzenie stosownych zmian do I.. Sąd Najwyższy podziela jednak w pełni stanowisko Sądu Apelacyjnego w [...], zgodnie z którym I., jako część umowy o świadczenie usług dystrybucji paliw gazowych lub umowy kompleksowej, może

być uzupełniana przez postanowienia umowne dotyczące sytuacji faktycznych, które nie zostały przewidziane w treści tej Instrukcji. Jak wynika to z ustaleń faktycznych, O. nie stwarzał żadnych przeszkód, a wręcz przeciwnie – wyrażał gotowość do uregulowania kwestii dotyczących de facto rozliczeń między powodem a N. Sp. z o.o. w sytuacji, w której odbiorcy gazu ziemnego zakontraktowani przez ten ostatni podmiot pobraliby z sieci S.G. większą ilość gazu, niż N. Sp. z o.o. zakontraktował na podstawie umowy kompleksowej z powodem oraz zlecił do dystrybucji regionalnemu O.. Okoliczność, że O. ma obowiązek stosować I. oraz nie może dyskryminować kontrahentów, nie stała na przeszkodzie uregulowaniu w umowie między powodem a N. Sp. z o.o. wspomnianych wyżej zasad rozliczeń, czy też zawarcia trójstronnego porozumienia z udziałem S.G..

Sąd Najwyższy uznał także, że niezasadna jest skarga kasacyjna Prezesa Urzędu, na której podstawę składał się przepis art. 106 ust. 1 uokik. Naruszenia tego przepisu Prezes Urzędu upatrywał w błędnej wykładni ww. przepisu polegającej na przyjęciu, że podstawą obliczenia kary pieniężnej nałożonej na powoda nie jest przychód osiągnięty przez niego w 2011 r., ale przychód osiągnięty zaledwie przez jeden z oddziałów powoda, tj. [...] Oddział Obrotu Gazem PG. S.A.

Przypomnieć należy, że w wyroku z 19 sierpnia 2009 r., w sprawie III SK 5/09 (OSNP 2011 nr 9-10, poz. 144) Sąd Najwyższy wskazał, że można jedynie rozważyć, czy wysokość kary grzywny spełniała wymogi wynikające z zasady proporcjonalności, gdy podstawę wymiaru kary stanowił przychód przedsiębiorcy uzyskiwany ze sprzedaży różnych tytułów, a praktyka ograniczająca konkurencję miała miejsce na rynku właściwym obejmującym tylko jeden z tytułów prasowych wydawanych przez tego przedsiębiorcę. Zasada proporcjonalności sugerowała, w ocenie Sądu Najwyższego, zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży dziennika, którego sprzedaż była źródłem pozycji dominującej w tej sprawie. Z kolei w wyroku z 21 kwietnia 2011 r. w sprawie III SK 45/10 (LEX nr 901645) Sąd Najwyższy wskazał, że sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nakładającej karę pieniężną nie mogą poprzestać na procentowej ocenie relacji między wymierzoną karą a przychodami przedsiębiorcy, gdyż o represyjności nakładanej kary nie decyduje tylko jej procentowy stosunek do przychodów przedsiębiorcy. W wyroku z

4 marca 2014 r., III SK 34/13 (LEX nr 1463897) Sąd Najwyższy przyjął natomiast, że po uwzględnieniu skali działalności przedsiębiorcy, dla której miarodajną wielkością jest uzyskiwany przychód w ogóle (a nie z rynku praktyki) i poziom rentowności, w połączeniu z koniecznością realizacji funkcji kar pieniężnych, może dojść do przesunięcia w górę progu kary pieniężnej, w przypadku którego naruszenie zasady proporcjonalności byłoby na tyle widoczne, że zasadne byłoby uchylenie wyroku Sądu drugiej instancji wyłącznie ze względu na utrzymanie kary pieniężnej w nieproporcjonalnej wysokości. Jak wyjaśniono w wyroku Sądu Najwyższego z 15 maja 2014 r., III SK 54/13 (OSNP 2015, nr 11, poz. 156), nie każda kara pieniężna w wysokości przekraczającej poziom przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka jest nieproporcjonalna. Linia orzecznicza zapoczątkowana sprawami III SK 5/09 oraz III SK 45/10 nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku ustalania przychodu przedsiębiorcy ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka, którego naruszenie skutkowałby koniecznością uchylenia decyzji, bądź orzeczenia Sądu. Orzecznictwo to daje przedsiębiorcy oraz sądom orzekającym w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa podstawę dla zmiany wysokości kary pieniężnej, gdy z okoliczności faktycznych sprawy będzie wynikało, że kara pieniężna mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 uokik jest jednak nieproporcjonalna z uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka. W podobny sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14 (LEX nr 1747354).

Jak wynika to z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny w [...] uznał, po rozważeniu okoliczności faktycznych sprawy, że kara pieniężna nałożona przez Prezesa Urzędu w decyzji w wysokości przeszło 60 milionów złotych jest karą nieproporcjonalną z uwagi na to, że skutki praktyki ograniczały się do rynku regionalnego, na który miał wejść N. Sp. z o.o. Dlatego Sąd drugiej instancji uznał za zasadne dokonanie relatywizacji wysokości wymierzonej kary przez zastosowanie sposobu obliczenia wysokości kary pieniężnej przyjętego w decyzji Prezesa Urzędu, lecz z uwzględnieniem przychodów powoda z rynku regionalnego, jako punktu wyjścia dla wyliczenia kary. Działanie takie nie narusza art. 106 ust. 1 uokik, gdyż przepis ten, po pierwsze, jest przepisem kompetencyjnym (upoważnia Prezesa Urzędu do nałożenia kary pieniężnej), po drugie, normuje zachowania

przedsiębiorców sankcjonowane karą pieniężną, po trzecie, określa górną granice kary (nie więcej niż 10% przychodu, obecnie obrotu, osiągniętego w roku rozliczeniowym, obecnie obrotowym, poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie można naruszyć tego przepisu przez zmianę wysokości kary pieniężnej nałożonej w decyzji lub przez zastosowanie innego sposobu obliczenia jej wysokości, czy uwzględnienie niższego przychodu jako podstawy jej wyliczenia.

Podstawa skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu nie obejmuje art. 111 uokik, a to w ramach tego przepisu można zastanawiać się czy dokonane przez Sąd drugiej instancji miarkowanie wysokości kary nie podważa funkcji kar pieniężnej (zwłaszcza funkcji represyjnej i odstraszającej). Wyrok Sądu Apelacyjnego w [...] może budzić w tym zakresie wątpliwości, jeżeli zważy się, że utrzymano – zaskakującą w świetle ustaleń faktycznych – konstrukcję rynków właściwych pozycji dominującej oraz jej nadużycia w wymiarze geograficznym. W obu przypadkach jest to rynek krajowy, podczas gdy odmowa zawarcia umowy wywoływała skutki jedynie dla konkurencji na rynku detalicznym o charakterze regionalnym. Gdyby Sąd drugiej instancji zmodyfikował zakres przypisanej powodowi praktyki w taki sposób, zastosowany przez niego sposób ustalenia wysokości kary pieniężnej poprzez zastąpienie przychodu ogólnego powoda, przychodami uzyskanymi z działalności na rynku regionalnym, byłby usprawiedliwiony. Z uwagi na podstawy skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu, nie jest możliwe dokonanie kontroli wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z punktu widzenia prawidłowego wyważenia między zasadą proporcjonalności a funkcjami kar pieniężnych nakładanych przez organ ochrony konkurencji.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji.