



Sygn. akt II CSK 544/06

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 26 kwietnia 2007 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Krzysztof Pietrzykowski (przewodniczący,  
sprawozdawca)

SSN Krzysztof Strzelczyk

SSA Marta Romańska

w sprawie z powództwa G. - Spółki Akcyjnej w P.

przeciwko P. -

Spółce Akcyjnej z siedzibą w W. Oddział w Z.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej

w dniu 26 kwietnia 2007 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 9 sierpnia 2006 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną;**
- 2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset) tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

## Uzasadnienie

Powódka P. S.A. (obecnie G. S.A.) wniosła o zasądzenie od pozwanej P. S.A. kwoty 428.550 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 2 grudnia 2002 r. oraz ustalenie, że § 7 umowy zawartej przez strony w dniu 10 czerwca 2002 r. jest sprzeczny z prawem energetycznym i nie może stanowić podstawy do wystawienia przez pozwaną not księgowych za nieodebrany gaz. Powódka wniosła o zasądzenie od pozwanej kosztów procesu. Powódka zgłosiła też żądanie ewentualne miarkowania kary umownej przy uwzględnieniu tego, że bez własnej winy nie odebrała zamówionego u pozwanej gazu. Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i obciążenie powódki kosztami procesu.

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2005 r. Sąd Okręgowy w Z. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 428.550 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 2 grudnia 2004 r., a w pozostałym zakresie oddalił powództwo, obciążając pozwaną kosztami procesu. Sąd Okręgowy ustalił, że dnia 10 czerwca 2002 r. strony zawarły umowę sprzedaży gazu. W § 7 tej umowy powódka zobowiązała się do odbioru minimum 1 mln m<sup>3</sup> gazu w 2002 r., 3 mln m<sup>3</sup> gazu w 2003 r., 7 mln m<sup>3</sup> gazu w 2004 r., a w przypadku nieodebrania wymienionych ilości gazu strony ustaliły, że będą stosować tzw. formułę *take or pay* („bierz lub płać”) w wysokości półrocznej należności za gaz zgodnej z programem zakupu od 2003 r. W 2002 r. pozwana posiadała dominującą pozycję na rynku gazowym w Polsce, a powódka mogła zrealizować swoją inwestycję wyłącznie przy udziale pozwanej lub którejs z zależnych od niej spółek. Całość inwestycji związanej z realizacją umowy spoczywała na powódce, która miała zbudować gazociąg potrzebny do odbioru gazu z kopalni należącej do pozwanej. Gaz dostarczany na podstawie umowy pochodził z krajowego złoża należącego do pozwanej i nie był poddawany żadnym procesom technologicznym. Pozwana zobowiązała się do podłączenia powódki do już istniejącej infrastruktury gazociągowej. Powódka nie była i nie miała być jedynym odbiorcą gazu z kopalni. W okresie letnim w 2002 r. powódka rozpoczęła budowę gazociągu przesyłowego wysokiego ciśnienia oraz sieci gazowych na terenie poszczególnych miejscowości. Z uwagi na niedotrzymanie przez

producenta rur wymagań jakościowych prace uległy znacznemu opóźnieniu. W związku z nieukończeniem budowy gazociągu w terminie powódka nie była w stanie odebrać ustalonej ilości gazu. W dniu 17 marca 2004 r. pozwana wezwała powódkę do zapłaty kwoty 428.550 zł wynikającej z noty obciążeniowej z dnia 19 lutego 2004 r. z tytułu nieodebrania umówionych ilości gazu z kopalni określonych w § 7 umowy. W dniu 22 października 2004 r. pozwana poinformowała powódkę, że dostawy gazu w r. 2004 będą możliwe dopiero po uregulowaniu przez powódkę noty księgowej z dnia 19 lutego 2004 r. Ponieważ powódka odmawiała spełnienia świadczenia, pozwana zabezpieczyła gazociąg przez jego zamknięcie i zaplombowanie w sposób uniemożliwiający pobieranie gazu przez powódkę. Na początku listopada 2004 r. pozwana zdjęła plomby i umożliwiła odbiór gazu, jednak poinformowała powódkę, że do czasu zapłaty żądanej kwoty wszelki pobór gazu będzie uważany za nielegalny. Od dnia 25 listopada 2004 r. powódka była gotowa do odbioru gazu od pozwanej. W dniu 2 grudnia 2004 r. powódka zapłaciła żądaną przez pozwaną kwotę z zastrzeżeniem zwrotu, podając jednocześnie, że jej zdaniem jest to świadczenie nienależne. Od tego też dnia rozpoczęła pobór gazu od pozwanej.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał roszczenie powódki dotyczące zapłaty za w pełni zasadne. Zdaniem Sądu Okręgowego, klauzula *take or pay* zawarta w § 7 umowy stron jest w istocie uregulowaną w Kodeksie cywilnym karą umowną, którą powódka zobowiązała się zapłacić pozwanej w razie nieodebrania gazu w ilości określonej w umowie, ale postanowienie to należy uznać za abuzywne, a więc takie, które narusza równość stron. Takie postanowienie umowne jest objęte domniemaniem sprzeczności z prawem i dotyczy zwłaszcza umów konsumenckich, jednakże występuje również w obrocie, w którym jedna ze stron umowy ma monopolistyczną pozycję w danej dziedzinie na rynku. Wykorzystywanie przewagi monopolisty w umowach z innymi podmiotami wyraża się w narzucaniu abuzywnych klauzul umownych. Postanowienie zamieszczone w § 7 umowy jest, zdaniem Sądu Okręgowego, całkowicie oderwane od kosztów, które strony muszą ponieść w wypadku realizacji inwestycji, bowiem pozwana nie poniosła przy jej realizacji żadnych kosztów, a poza tym brak jest ekonomicznego uzasadnienia takiego postanowienia, które zostaje zastosowane

wyłącznie z uwagi na silną pozycję pozwanej na rynku. Żądanie zapłaty przez pozwaną kwoty 428.550 zł jest więc w pełni uzasadnione, a pobrane przez pozwaną świadczenie jest nienależne. Zdaniem Sądu, rozumienie § 7 umowy jako postanowienia o karze umownej również nie daje podstaw do uznania, że świadczenie było należne, bowiem powódka nie ponosi winy za niewykonanie zobowiązania, a pozwana w wyniku niewykonania zobowiązania nie poniosła żadnej szkody, co stanowi wystarczającą podstawę do zwolnienia powódki z obowiązku zapłaty kary umownej. Sąd Okręgowy wskazał ponadto, że nie podziela stanowiska wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03. Powódka w sposób należyty wykazała, że pozwana nie poniosła szkody w wyniku niewykonania zobowiązania, a całość kosztów związanych z realizacją umowy spoczywał na powódce. Pozwana nie poniosła też żadnych kosztów będących następstwem nieodebrania przez powódkę zakontraktowanego gazu. Sąd Okręgowy oddalił powództwo o ustalenie, że § 7 umowy jest sprzeczny z prawem energetycznym. uznając je w tym zakresie za bezzasadne. Zgodnie bowiem z ustalonym orzecznictwem, jeżeli postanowienie umowy stanowi podstawę do uwzględnienia powództwa, to nie ma potrzeby ustalania, że jest ono sprzeczne z prawem.

Pozwana wniosła apelację od wyroku Sądu Okręgowego w części dotyczącej zasądzenia kwoty 428.550 zł oraz kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2006 r. Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu Okręgowego w punkcie I i powództwo oddalił oraz w punkcie III i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, a ponadto zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 28.427,50 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. W uzasadnieniu podkreślił, że Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych na podstawie niespornych twierdzeń stron i te ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął jako własne na podstawie art. 382 k.p.c. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, nietrafny jest pogląd wyrażony przez sąd Okręgowy, że zastrzeżenie w umowie między przedsiębiorcami kary umownej, której funkcję niewątpliwie pełniła w rozpatrywanej sprawie klauzula *take or pay*, jest sprzeczne z prawem, gdyż stanowi niedopuszczalną klauzulę umowną (abuzywną) wykraczającą poza granice

swobody umów. Sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego jest stanowisko, że warunkiem skuteczności zastrzeżenia kary umownej jest jej ekwiwalentność, symetryczność i uzasadnienie ekonomiczne oraz że kara umowna przysługuje uprawnionemu tylko wówczas, gdy poniósł szkodę. Stwierdzenie abuzywności klauzuli *take or pay* zawartej w umowie stron nie znajduje zastosowania w stosunkach między przedsiębiorcami. Sąd powszechny może uznać, że stosunek prawny między przedsiębiorcami jest sprzeczny z ustawą, gdyż stanowi przejaw nadużycia pozycji dominującej, tylko wówczas, gdy stan stwierdzający taką okoliczność wynika z ostatecznej decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub orzeczenia sądu antymonopolowego. Analiza zebranych w sprawie dowodów nie daje podstaw do uznania, że zastrzeżenie w § 7 umowy z dnia 10 czerwca 2002 r. kary umownej stanowiło naruszenie zasady swobody umów, bowiem powódka nie żadnych okoliczności choćby uprawdopodobniających jej twierdzenie, że klauzula ta została jej narzucona przez pozwaną przy wykorzystaniu przez nią monopolistycznej pozycji na rynku. Jest to typowa umowa sprzedaży gazu zawarta między jego dostawcą a dystrybutorem, który, zobowiązując się do odbioru we wskazanych okresach konkretnych ilości gazu, zaakceptował stosowanie klauzuli *take or pay*. Chybione jest przyjęcie założenia, że pozwana, wykorzystując swoją monopolistyczną pozycję w regionie w zakresie dostaw gazu, doprowadziła do zawarcia przez powódkę umowy na niekorzystnych dla niej warunkach. Obwarowanie wykonania obowiązku niepieniężnego karą umowną jest wyłącznie przejawem dbałości ze strony pozwanej o zabezpieczenie swoich interesów, czego nie można stwierdzić w odniesieniu do zachowań powódki.

Według Sądu Apelacyjnego, brak jest podstaw do uznania, że powódka w porównaniu do pozwanej była podmiotem występującym niejako „ze słabszej pozycji”. Sąd Okręgowy nie badał kondycji finansowej obu podmiotów, zaś podjęte decyzje inwestycyjne i planowany rozmiar dystrybucji gazu zamówionego u pozwanej pozwalają na stwierdzenie, że w chwili zawierania umowy powódka była dobrze prosperującym przedsiębiorstwem. Pozwana nie miała żadnego wpływu na decyzje powódki o wyborze miejsca rozpoczęcia inwestycji, jej kosztach oraz dostawcy gazu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, sensem ekonomicznym kary umownej jest zabezpieczenie się przed skutkami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez kontrahenta. Kara umowna ze swej istoty nie zawiera elementu ekwiwalentności świadczenia, gdyż obowiązkowi zapłaty kary umownej nie towarzyszy wzajemny obowiązek świadczenia strony przeciwnej. Wywody Sądu Okręgowego w tym zakresie pozostają w sprzeczności z art. 483 k.c. Pogląd Sądu Okręgowego, że kara umowna należy się stronie wyłącznie w przypadku, jeżeli poniosła szkodę, jest sprzeczny z uchwałą Sądu Najwyższego dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, według której zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu uchwały stwierdzono, że kwestia nieistnienia w ogóle szkody lub jej nieznacznego rozmiaru może być brana pod uwagę dopiero w związku z rozważeniem miarkowania wysokości kary umownej. Powódka nie wykazała, aby podjęła jakiegokolwiek starania w kierunku obniżenia wysokości kary umownej. Nie podjęła też żadnych czynności mających na celu wykazanie, że pozwana nie poniosła szkody wskutek nieodebrania przez nią zamówionego gazu.

Całkowicie dowolne jest, w ocenie Sądu Apelacyjnego, stwierdzenie przez Sąd Okręgowy braku szkody po stronie pozwanej z tej tylko przyczyny, iż nie ponosiła ona kosztów budowy gazociągu. Przede wszystkim budowa ta była inwestycją powódki, do uczestniczenia w której pozwana nigdy nie była zobowiązana, stąd niezrozumiałe jest, z jakich przyczyn miałyby partycypować w kosztach z nią związanych, a w związku z tym brak jest logicznego uzasadnienia twierdzenia, iż fakt nieponoszenia przez pozwaną kosztów budowy gazociągu realizowanego przez powódkę jest równoznaczny z brakiem szkody po stronie pozwanej.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że żądanie miarkowania kary umownej w sytuacji, kiedy kara ta została przez powódkę w całości zapłacona, a przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest żądanie zwrotu całej kwoty jako świadczenia nienależnego, jest niezrozumiałe. Decyzja w zakresie dotyczącym wartości dochodzonego roszczenia należała do powódki, a zatem gdyby przyjąć,

że powódka nie kwestionuje co do zasady obowiązku zapłaty kary umownej, to wyłącznie w jej gestii pozostawało uznanie, do jakiej kwoty uznaje obowiązek zapłaty kary umownej i w zależności od tego sformułowanie odpowiednio żądania zapłaty przez pozwaną część, która według powódki jest nienależna.

Powódka w skardze kasacyjnej zarzuciła naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie art. 483 k.c., uznanie, że do klauzuli *take or pay* nie stosuje się zasady ekwiwalentności świadczeń, niezastosowanie art. 365 i 471 k.c., a także naruszenie prawa procesowego przez pominięcie żądania miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 k.c. i dowodu w postaci opracowania Ministerstwa Środowiska „Bilans zasobów kopalnianych i wód podziemnych w Polsce”.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zarzuty naruszenia prawa procesowego nie mogą być uwzględnione z powodu ich niesprecyzowania. Nie może być uznane za wystarczające takie wskazanie podstawy skargi kasacyjnej, w której mowa o „naruszeniu prawa procesowego” z całkowitym pominięciem wskazania przepisów, których naruszenie miałyby nastąpić. Tak sformułowana podstawa skargi kasacyjnej nie może być merytorycznie oceniona przez Sąd, ponieważ to do strony, a nie do Sądu należy określenie przepisów postępowania, których naruszenie jest przedmiotem skargi kasacyjnej i ma być poddane kontroli Sądu Najwyższego.

Nie może być merytorycznie rozważony zarzut skargi kasacyjnej sprowadzający się do uznania, że do klauzuli *take or pay* nie stosuje się zasady ekwiwalentności świadczeń, z tego powodu, iż nie wskazano przepisu, który miałby być naruszony.

Zarzut naruszenia art. 483 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie nie może być rozważony przez Sąd Najwyższy, skoro naruszenie to jest uzasadniane powołaniem się na sprzeczność stosowania art. 483 k.c. z ogólnie powołanymi postanowieniami Dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE, a także przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne w zakresie, w jakim ustawa ta wdraża

wskazane powyżej dyrektywy, poprzez nieuzasadnione zakwalifikowanie klauzuli *take or pay* funkcjonującej w międzynarodowych kontraktach obrotu gazem ziemnym, a także wprowadzonej do umowy obowiązującej pomiędzy stronami jako kary umownej w rozumieniu art. 483 k.c. Należy w związku z tym zauważyć, że umowa stron została zawarta w 2002 r., natomiast dyrektywa, która w art. 21 i 27 stanowi o zobowiązaniach *take or pay*, pochodzi z 2003 r. Jest zaś oczywiście niedopuszczalne powoływanie się na późniejsze akty normatywne do oceny wcześniej zawartej umowy.

Klauzula *take or pay*, stosowana w umowach sprzedaży gazu, może być w stosunkach między przedsiębiorcami krajowymi traktowana jako kara umowna, jeżeli taki charakter przypisały jej strony umowy. W każdym wypadku ocena charakteru i skutków stosowania tej klauzuli powinna być dokonywana z uwzględnieniem treści stosownego postanowienia umowy. W niniejszej sprawie strony stwierdziły w § 7 umowy, że dystrybutor zobowiązuje się do odbioru minimum 1 mln m<sup>3</sup> gazu w r. 2002, 3 mln m<sup>3</sup> gazu w r. 2003, 7 mln m<sup>3</sup> gazu w r. 2004. Strony stosować będą formułę „*take or pay*” w wysokości 0,5 rocznej należności za gaz zgodnej z programem zakupu gazu od r. 2003. Użycie oryginalnej formuły angielskiej oraz fakt jej zastosowania w profesjonalnych stosunkach obrotu gazem ziemnym przemawiają za związaniem z tym postanowieniem takiego znaczenia, jakie jest przyjęte w tej dziedzinie. Zresztą zastosowana w okolicznościach sprawy klauzula *take or pay* jest w swoim działaniu bardziej rygorystyczna niż kara umowna. Stanowi ona wyraz rygorystycznie rozumianej zasady *pacta sunt sen/anda* oraz zasady realnego wykonania zobowiązań. Zakłada bowiem powstanie obowiązku zapłaty już w związku ze zgodnym z umową zaoferowaniem spełnienia świadczenia przez kontrahenta, tzn. w związku z faktem gotowości spełnienia świadczenia. Jeżeli druga strona nie odbierze świadczenia, to i tak powstaje po jej stronie obowiązek zapłaty kwoty ustalonej w umowie. Wbrew twierdzeniom skarżącej, do powstania obowiązku zapłaty nie mają znaczenia przyczyny nieodebrania zaoferowanego świadczenia. Nawet jeżeli następuje to z powodu okoliczności, za które kontrahent nie ponosi odpowiedzialności, nie zwalnia go to z obowiązku spełnienia swojego świadczenia pieniężnego. W odróżnieniu od kary umownej, nie działa tu mechanizm



miarkowania, klauzula jest bowiem zastrzegana przez strony w umowie, a nie - jak w wypadku miarkowania - w przepisach Kodeksu cywilnego. Przyczyny i mechanizm obniżenia z jakichś przyczyn należnej kwoty musiałyby być zatem przewidziane w umowie. Z tego punktu widzenia starania skarżącej o uznanie klauzuli *take or pay* za klauzulę odmienną od kary umownej niewątpliwie prowadzą do pogorszenia sytuacji prawnej tej strony. Twierdzenia zaś skarżącej o ekwiwalentnym charakterze obowiązków wynikających z klauzuli *take or pay* przeczą idei tej klauzuli i w żaden sposób nie mogą być podzielone.

Na nieporozumieniu polega zarzut naruszenia art. 471 k.c. Zarzut ten nie może być uwzględniony już z tej choćby przyczyny, że wykonanie zobowiązania powódki w zakresie zapłaty kwoty należnej zgodnie z § 7 umowy, czyli w związku z omawianą klauzulą *take or pay*, już nastąpiło. Powódka bowiem zapłaciła to, do czego zobowiązała się w umowie, obawiając się odmowy świadczenia gazu przez stronę pozwaną. Ponadto trudno byłoby uznać, że brak zapłaty w terminie (bo ostatecznie zapłata miała miejsce) nastąpił wskutek okoliczności, za które powódka nie ponosi odpowiedzialności. Poza tym art. 471 k.c. reguluje zasadę odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej, tymczasem obowiązek zapłaty kwoty określonej w § 7 umowy był związany z wykonaniem, nie zaś niewykonaniem umowy.

Zarzut naruszenia art. 365 k.c. przez jego niezastosowanie jest bezprzedmiotowy. Uznanie obowiązków określonych w § 7 umowy jako pozostających w konstrukcji zobowiązania przemiennego nie zmienia oceny prawnej żądania pozwu. Powódka, będąca dłużnikiem pozwanego w zakresie obowiązku odbioru gazu albo zapłaty kwoty ustalonej w umowie, była obowiązana odebrać uzgodnioną ilość gazu i zapłacić za odebrany gaz albo zapłacić sumę ustaloną w umowie mimo nieodebrania gazu. Inaczej mówiąc, nieodebranie gazu nie zwalniało powódki z obowiązku zapłaty. Takie znaczenie należy przypisać użytej przez strony formule, a uznanie jej za odzwierciedlającą konstrukcję zobowiązania przemiennego czy też inną konstrukcję wykorzystywaną w obrocie nie powoduje zmiany zakresu obowiązków powódki wynikających z umowy. Należy ponadto podnieść, że strona pozwana nie mogłaby być uprawniona do dokonania wyboru, o którym mowa w art. 365 § 3 k.c. Trudno sobie wyobrazić,

że pozwana dokonuje wyboru i decyduje, że powódka jest obowiązana do rzeczywistego odbioru zamówionego gazu. Przeciwnie, z klauzuli *take or pay* należy wywieść, że w razie nieodebrania gazu w terminie, mimo gotowości jego świadczenia przez pozwaną, po stronie powódki powstawał jedynie obowiązek zapłaty kwoty zgodnie z § 7 ustawy. Uprawnienie do wyboru nie przechodziło natomiast na stronę pozwaną. Nie można ponadto formuły *take or pay* traktować jako określającej świadczenia w stosunku zobowiązaniowym w ten sposób, że wykonanie zobowiązania może nastąpić przez spełnienie jednego z kilku świadczeń. Odebranie przez powódkę gazu nie zwalniało jej przecież z obowiązku zapłaty za odebrany gaz. Obowiązki stron, będących w tej umowie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami, pozostawały natomiast w ścisłej zależności.

Z przedstawionych powodów Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c. orzekł jak w sentencji.