

**Wyrok z dnia 15 lipca 2009 r.**

**III SK 34/08**

**1. Stopniowe wprowadzanie zasady dostępu stron trzecich do sieci przesyłu paliw gazowych zwięża spektrum praktyk ograniczających konkurencję, jakich może dopuścić się przedsiębiorstwo sieciowe, zaś określenie przez ustawodawcę harmonogramu zapewnienia dostępu do sieci przesyłowej kolejnym kategoriom podmiotów umożliwia obronę przed zarzutem nadużycia pozycji dominującej przez odmowę świadczenia usług przesyłowych.**

**2. Brak utrwalonej linii orzeczniczej w przedmiocie kwalifikowania określonego zachowania jako praktyki ograniczającej konkurencję nie stanowi przeszkody do nakładania kar pieniężnych z tytułu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję.**

**3. Zaprzestanie praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na odmowie świadczenia usług przesyłowych gazu ziemnego wydobywanego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, następuje dopiero z chwilą rozpoczęcia świadczenia usług przesyłowych.**

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Małgorzata Gersdorf, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2009 r. sprawy z powództwa Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa SA w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanego Przedsiębiorstwa Handlu Zagranicznego B. SA w W. o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 marca 2008 r. [...]

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego.

## Uzasadnienie

Decyzją z dnia 9 sierpnia 2005 r. [...] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako Prezes Urzędu) uznał, że Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA z siedzibą w W. (dalej jako powódka) nadużyło pozycji dominującej na krajowym rynku przesyłu gazu ziemnego w sposób opisany w art. 8 ust. 2 pkt 2 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, dalej jako ustawa) poprzez odmowę świadczenia na rzecz Przedsiębiorstwa Handlu Zagranicznego B. SA z siedzibą w W. (dalej jako zainteresowany) usług przesyłowych gazu ziemnego, wydobytego poza granicami Polski i stwierdził, że praktyka ta przestała być stosowana z dniem 2 czerwca 2003 r. oraz na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 2.000.000 zł.

W odwołaniu powódka zarzuciła naruszenie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. Nr 54, poz. 348 ze zm.); art. 8 ust. 2 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy; art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy; art. 3 ust. 1; art. 233 k.p.c.; art. 77 § 1 k.p.a.; art. 19 k.p.a. w związku z art. 8 ust. 1 i art. 56 ust. 1 pkt 4 Prawa energetycznego; art. 2 i art. 7 Konstytucji RP oraz art. 104 ustawy oraz art. 6 i art. 8 k.p.c., przez nałożenie na skarżącego niewspółmiernie wysokiej kary, która nie pozostaje we właściwej relacji do stopnia rzekomego zagrożenia interesu publicznego oraz rzekomej winy powódki.

Wyrokiem z dnia 31 stycznia 2007 r. [...] Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił częściowo decyzję Prezesa Urzędu w ten sposób, że obniżył wymierzoną temu podmiotowi karę pieniężną z kwoty 2.000.000 zł do kwoty 500.000 zł, a w pozostałym zakresie odwołanie oddalił. Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 93 ustawy, przyjmując, że odmowa świadczenia usług przesyłowych miała charakter ciągły i trwała aż do dnia 2 czerwca 2003 r., ponieważ wcześniej w żadnym z pism kierowanych do tego podmiotu nie precyzowała, jakie informacje są jej niezbędne do oceny technicznych oraz ekonomicznych możliwości realizacji postulowanego przesyłu gazu. Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego oraz art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy, uznając, że art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego nie zakazywał przesyłu gazu pochodzącego z zagranicy. Zdaniem Sądu Okręgowego powódka nie posiadała monopolu na świadczenie usług przesyłu

gazu wydobywanego za granicą. Ustawodawca nie wprowadził bowiem zakazu świadczenia tego rodzaju usług, a możliwość odmowy zawarcia umowy w tym przedmiocie dopuścił w przypadkach uzasadnionych względami technicznymi i ekonomicznymi i to pod warunkiem, że odmowa nie będzie stanowiła nadużycia pozycji dominującej. Sąd Okręgowy uznał też za chybiony zarzut odwołania, że Prezes Urzędu naruszył przepis art. 3 ustawy z uwagi na art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego, albowiem wyłączenie stosowania przepisów ustawy antymonopolowej musiałoby wynikać wprost z brzmienia danej regulacji, a takiej treści nie zawiera powołany wyżej przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego. Sąd Okręgowy wskazał również, że nie doszło do naruszenia art. 233 k.p.c. w związku z art. 81 ustawy antymonopolowej, zaś uznając kompetencję Prezesa Urzędu do zbadania przedmiotowego zagadnienia Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie doszło do naruszenia art. 19 k.p.a., ponieważ w niniejszej sprawie Prawo energetyczne nie stanowi *lex specialis* wobec ustawy antymonopolowej.

Powódka wniosła apelację od wyroku Sądu Okręgowego, w której podniosła zarzut naruszenia art. 93 ustawy; art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego oraz art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy; art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy; art. 3 pkt 1 ustawy; art. 2 i art. 7 Konstytucji RP oraz art. 104 ustawy, poprzez nałożenie na powódkę kary pieniężnej w sytuacji, gdy jej działania oparte były o jedną z możliwych wykładni prawa.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2008 r. [...] Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił zaskarżony wyrok w punkcie dotyczącym wysokości kary pieniężnej w ten sposób, że oddalił odwołanie w tej części oraz oddalił apelację powódki i zasądził od niej na rzecz pozwanego i zainteresowanego koszty zastępstwa procesowego i postępowania apelacyjnego. Sąd Apelacyjny uznał za chybiony zarzut naruszenia art. 93 ustawy, bowiem praktyka, której dopuściła się powódka poprzez prezentowanie niezmiennego stanowiska w kwestii możliwości świadczenia usług przesyłowych gazu na rzecz zainteresowanego w okresie od września 2000 r. do dnia 2 czerwca 2003 r. bez jakiegokolwiek uzasadnienia tego stanowiska istnieniem przeszkód natury technicznej bądź ekonomicznej stwarzała sytuację, w której utrzymywał się permanentnie stan sprzeczny z zakazami określonymi w art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy. Odnosząc się do kwestii istnienia obowiązku powódki zawarcia umowy o przesył gazu należącego do zainteresowanego, Sąd Apelacyjny przyjął, że zainteresowanemu nie przysługiwało roszczenie o zawarcie umowy na podstawie Prawa energetycznego. Jednakże

Sąd Apelacyjny nie zgodził się z argumentacją powódki, jakoby ustawodawca, wyłączając możliwość importu gazu do kraju przez podmioty inne niż powódka, ponieważ zakaz importu przez podmioty inne niż powódka nie wynika z przepisów Prawa energetycznego. Dlatego zdaniem Sądu Apelacyjnego nie została wyłączona możliwość oceny postępowania powódki w oparciu o przepisy ustawy antymonopolowej. Sąd Apelacyjny orzekł również, że nie doszło do naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy poprzez przyjęcie, iż do ograniczeń konkurencji wynikających z przepisów odrębnych nie można zaliczać uregulowań, jakie obowiązywały w art. 4 ust. 2 i 3 Prawa energetycznego, wprowadzających uprzywilejowanie w dostępie do sieci przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się wydobywaniem lub wytwarzaniem w kraju paliw i energii. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kwestia dostępu podmiotów importujących gaz z zagranicy do będącej w dyspozycji powódki sieci przesyłowej, nie została uregulowana w ówczesnie obowiązującym Prawie energetycznym, co nie oznacza, że powódka mogła postępować w sposób zupełnie dowolny. Nie można także przyjąć, że „mamy tu do czynienia z autonomiczną i kompleksową regulacją dopuszczającą określone zachowanie monopolistycznego przedsiębiorstwa, które jako dozwolone na podstawie Prawa energetycznego, nie mogą stanowić zakazanej praktyki na podstawie innej ustawy (w tym ustawy antymonopolowej)”, gdyż tego rodzaju wyłączenie powinno być *expressis verbis* zawarte w ustawie Prawo energetyczne. Sąd nie zgodził się również z zarzutem, że brak statusu odbiorcy uprawnionego uniemożliwił zawarcie umowy przesyłowej z zainteresowanym. Za nie do przyjęcia uznał argumentację powódki, że wnioskodawca mógł sam określić zakres informacji niezbędnych powódce do podjęcia decyzji w sprawie zawarcia umowy przesyłowej, ponieważ takie zachowanie świadczy o nierównomiernym traktowaniu podmiotów pragnących nawiązać współpracę z powódką. Przeciwno akceptacji argumentacji powódki w zakresie dotyczącym relacji między Prawem energetycznym a ustawą w przedmiocie odmowy świadczenia usług przesyłowych przemawiała także zmiana stanowiska, wyrażona w piśmie powódki do zainteresowanego z dnia 2 czerwca 2003 r., która nie wynikała ze zmiany stanu prawnego. Sąd Apelacyjny uznał również, że nie doszło do naruszenia art. 104 ustawy oraz Konstytucji RP, gdyż powódka długotrwale i uporczywie nieprofesjonalnie odnosiła się do wielokrotnie składanych wniosków zainteresowanego, zaś powódka zmieniła swoje stanowisko w czasie, gdy nadal jeszcze obowiązywał dotychczasowy stan prawny przewidujący obowiązek tego podmiotu udostępniania sieci przesyłowej tylko krajowym wytwórcom paliw i energii.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, opierając ją na zarzutach naruszenia prawa materialnego, to jest 1) art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 w związku z art. 3 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego, poprzez przyjęcie, że przepisy prawa energetycznego nie regulowały zagadnień związanych ze świadczeniem usług przesyłowych na rzecz odbiorców nieuprawnionych oraz świadczenia tychże usług w odniesieniu do importu gazu z zagranicy, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że odmowa działań sprzecznych z przepisami prawa energetycznego mogła stanowić praktykę ograniczającą konkurencję; 2) art. 93 ustawy, poprzez przyjęcie, że odmowa świadczenia usługi przesyłowej ma charakter ciągły, a postępowanie antymonopolowe nie zostało wszczęte z naruszeniem art. 93 ustawy; 3) art. 104 w związku z art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji, poprzez podtrzymanie kary pieniężnej nałożonej na powódkę w sytuacji, w której działania powódki oparte były o jedną z możliwych interpretacji prawa.

Prezes Urzędu i zainteresowany wnieśli odpowiedzi na skargę kasacyjną powódki wnosząc o jej oddalenie. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 oraz art. 3 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego, Prezes Urzędu podnosi, że przepisy Prawa energetycznego nie zakazują świadczenia usług przesyłowych na rzecz takich podmiotów jak zainteresowany, które nie posiadają statusu odbiorców uprawnionych do korzystania z zasady dostępu stron trzecich do sieci przesyłowej powódki, powódka zaś błędnie przyjmuje, że przysługuje jej prawo do bezwarunkowej odmowy świadczenia usług przesyłowych na rzecz zainteresowanego. Z kolei w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ustawy, Prezes Urzędu wskazuje, że ustalenie okresu trwania praktyki zależy od okoliczności konkretnego przypadku, zaś Sądy orzekające w niniejszej sprawie słusznie uznały ciągłość zarzucanej praktyki, polegającej na odmowie świadczenia usług przesyłowych (do 2 czerwca 2003 r.). W zakresie dotyczącym naruszenia art. 104 ustawy, Prezes Urzędu uznał wyrok Sądu Apelacyjnego za słuszny, wskazując dodatkowo że nałożona kara pieniężna stanowiła w przybliżeniu 1/10 maksymalnego wymiaru, zaś kara w mniejszej wysokości nie spełniłaby swojego celu represyjnego, a w szczególności prewencyjnego.

Zainteresowany podnosił, że ustawodawca nie przyznał powódce monopolu ani nadzwyczajnej pozycji rynkowej, w tym wyłączności w świadczeniu usług przesyłu gazu ziemnego wydobywanego poza granicami kraju. Dlatego odmowa świadczenia usługi przesyłowej w zakresie wykraczającym poza obowiązek wynikający z

art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego mogła być oceniana z punktu widzenia zgodności z ustawą. Zdaniem zainteresowanego z art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego nie wynika zakaz świadczenia usług przesyłowej gazu ziemnego wydobywanego poza granicami Polski. Wskazał ponadto, że sama powódka w swoich pismach kierowanych do zainteresowanego podnosiła, że ma prawo świadczenia usług przesyłowej w odniesieniu do gazu pochodzącego z importu. Także Prezes URE w piśmie z 26 sierpnia 2004 r. stwierdził, że art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego nie zakazuje przesyłu gazu z zagranicy. Na tej podstawie zainteresowany podnosi, że nakaz świadczenia usług na rzecz określonego kręgu odbiorców nie może być utożsamiany z zakazem świadczenia usług na rzecz pozostałych odbiorców, jeżeli zakazu takiego nie przewidział wprost ustawodawca. Ponadto, argumentacja powódki nie uwzględnia tego, że art. 32 Prawa energetycznego w ówczesnym brzmieniu przewidywał udzielanie koncesji na prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą. W zakresie dotyczącym art. 93 ustawy zainteresowany argumentował, że określenie momentu, w którym powódka zaprzestała stosowania praktyk ograniczających konkurencję jest niemożliwe, ponieważ działanie powódki „było procesem permanentnym”, zaś dopiero pismo z 2 czerwca 2003 r. było pierwszym, w którym powódka merytorycznie odniosła się do wniosku zainteresowanego, zatem moment ten zasadnie zakwalifikowano jako moment zaprzestania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. W zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia art. 104 ustawy zainteresowany podniósł, że działania powódki miały charakter przemyślany, a co za tym idzie umyślny.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powódki jest uzasadniona, choć nie wszystkie podniesione w niej zarzuty zasługują na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy rozpoznać zarzut naruszenia art. 93 ustawy, gdyż jego uwzględnienie determinuje możliwość prowadzenia postępowania w niniejszej sprawie, a zatem także potrzebę weryfikacji pozostałych zarzutów naruszenia prawa materialnego. Zgodnie z art. 93 ustawy „nie wszczynają się postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok”. *Ratio legis* tego przepisu polega na określeniu terminu, którego upływ czyni wszczęcie postępowania antymonopolowego bezprzedmiotowym, gdyż nawet stwierdzenie na-

ruszenia przepisów ustawy i zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, nie będzie miało znaczenia dla realizacji interesu publicznego, z uwagi na upływ czasu od chwili zakończenia naruszenia przepisów ustawy. Ochrona przed praktykami ograniczającymi konkurencję musi być w odpowiedni sposób równoważona z zasadą pewności obrotu (wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2003 r., I KKN 79/01, OSNC 2004 nr 5, poz. 83).

Zdaniem powódki praktyka polegająca na odmowie dostępu do sieci zostaje zaniechana w dacie odmowy, ponieważ nie ma charakteru ciągłego. Natomiast Prezes Urzędu, a wraz z nim Sądy orzekające w niniejszej sprawie, przyjął na podstawie analizy korespondencji zainteresowanego i powódki, że praktyka miała charakter ciągły a jej zaniechanie nastąpiło z dniem 2 czerwca 2003 r. Ustalenie, od kiedy można mówić o zaprzestaniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję uzależnione jest od istoty praktyki i formy praktyki (wyrok SN z 5 stycznia 2007 r., III SK 17/06, niepublikowany). W przypadku praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej, które związane są z zawieraniem umów, zaprzestanie stosowania praktyki może polegać zarówno na zaniechaniu zawierania umów o określonej treści, jak i zawarciu odpowiedniej umowy. Należy przy tym rozróżnić między zaprzestaniem praktyk ograniczających konkurencję, które mają charakter incydentalny, jednostkowy, a zaprzestaniem praktyk, które mają charakter trwały, powtarzalny. W niniejszej sprawie, za praktykę ograniczającą konkurencję uznano odmowę świadczenia usług przesyłowych gazu ziemnego wydobywanego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Przy tak zdefiniowanej praktyce należy przyjąć, że zostanie ona zaprzestana dopiero z chwilą, gdy rozpocznie się świadczenie usług przesyłowych. Zatem zarzut naruszenia art. 93 ustawy okazał się nieuzasadniony.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 w związku z art. 3 ustawy w związku z art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego, aczkolwiek tylko w części oraz z innych powodów niż wskazane w uzasadnieniu skargi kasacyjnej powódki. Przedstawione w skardze kasacyjnej uzasadnienie zarzutu naruszenia powołanych wyżej przepisów opiera się na założeniu, zgodnie z którym Prawo energetyczne jako *lex specialis* upoważniało powódkę do bezwarunkowej odmowy świadczenia usługi przesyłowej na rzecz zainteresowanego, ponieważ usługa ta miałaby dotyczyć gazu pochodzącego z importu, a dodatkowo zainteresowany nie miał statusu odbiorcy uprawnionego. Powódka podnosi, że jej zachowanie nie naruszało przepisów ustawy, ponieważ z przepisów regulacji szczególnej, za jaką uważa Prawo ener-

tyczne, wynikał zakaz świadczenia usług przesyłowych na rzecz odbiorców nieuprawnionych oraz w odniesieniu do gazu z importu, zaś stosowanie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie może prowadzić do zmuszania przedsiębiorców do podejmowania działań sprzecznych z przepisami innych ustaw.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie nie podziela tej argumentacji z następujących powodów. W pierwotnym brzmieniu przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego nakładał na przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłaniem i dystrybucją paliw gazowych obowiązek zapewnienia wszystkim podmiotom „świadczenie usług polegających na przesyłaniu paliw wydobywanych w kraju, z uwzględnieniem warunków technicznych i ekonomicznych, na warunkach uzgodnionych przez strony w drodze umowy”. Harmonogram liberalizacji rynku gazu i energii elektrycznej w zakresie dotyczącym uzyskiwania przez poszczególne grupy odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych, o których mowa w art. 4 ust. 2, określały przepisy rozporządzeń wydawane na podstawie art. 65, a następnie art. 4b Prawa energetycznego. Oba przepisy upoważniały Ministra Gospodarki do określenia harmonogramu dostępu dla usług przesyłowych wyłącznie dla odbiorców. Pierwszym aktem wykonawczym dotyczącym tej materii było rozporządzenie Ministra Gospodarki z 6 sierpnia 1998 r. w sprawie harmonogramu uzyskiwania przez poszczególne grupy odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych (Dz.U. Nr 107, poz. 671), w którym uzyskanie prawa do przesyłu przez poszczególne kategorie odbiorców paliw gazowych uzależnione zostało od „wielkości dokonywanych rocznych zakupów paliw gazowych”. W myśl tego rozporządzenia prawo takie uzyskiwali stopniowo „odbiorcy paliw”, a zatem podmioty dokonujące zakupów paliw gazowych, przy czym z przepisu tego nie wynikało jednoznacznie, że adresowany jest on wyłącznie do odbiorców finalnych, gdyż rozporządzenie mówi o „odbiorcach dokonujących rocznych zakupów”. Jednocześnie prawo do korzystania z usług przesyłowych przysługiwało tylko w odniesieniu do paliw wydobywanych w kraju. Przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego został zmieniony na mocy ustawy z 24 lipca 2002 r. (Dz.U. Nr 135, poz. 1144, dalej jako ustawa z 24 lipca 2002 r.), z tym, że zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy nowelizującej do dnia uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego w nowym brzmieniu stosuje się „w zakresie dotyczącym usług przesyłowych polegających na przesyłaniu paliw gazowych, które są wydobywane [...] wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Ustawodawca opóźnił w ten sposób dostosowanie przepisów Prawa energetycznego do wymogów

prawa wspólnotowego. W okresie od 1 stycznia 2003 r. do 30 kwietnia 2004 r. przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego należało więc interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo sieciowe było obowiązane zapewniać wszystkim podmiotom, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenie usług przesyłowych polegających na przesyłaniu paliw gazowych, które są wydobywane na terytorium Polski, od wybranego przez te podmioty dostawcy paliw gazowych, na zasadach i w zakresie określonych w ustawie. Kolejnym aktem wykonawczym dotyczącym materii dostępu stron trzecich do sieci przesyłu gazu było rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 20 stycznia 2003 r. w sprawie harmonogramu uzyskiwania przez odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych (Dz.U. Nr 17, poz. 158), które zgodnie z § 1 określało harmonogram uzyskiwania przez odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych polegających na przesyłaniu zakupionych przez tych odbiorców od wybranych dostawców paliw gazowych. Z przepisu tego wynika wprost, że odbiorcami uprawnionymi były podmioty kupujące paliwo gazowe na własne potrzeby. Odbiorcom przysługiwało prawo do korzystania z usług polegających na samym przesyśle paliwa gazowego nabytego u dostawcy, dowolnie wybranego przez uprawnionego odbiorcę. Zakres podmiotowy pojęcia „uprawniony odbiorca” rozszerzał § 4 przedmiotowego rozporządzenia, zgodnie z którym odbiorcami uprawnionymi na użytek przepisów dotyczących prawa do korzystania z usług przesyłowych, stały się także przedsiębiorstwa zajmujące się obrotem lub dystrybucją paliw gazowych. Z dniem wejścia w życie przedmiotowego rozporządzenia, podmioty handlujące gazem zyskały zatem skuteczne względem przedsiębiorstwa sieciowego prawo do domagania się zawarcia umowy przesyłowej, przy czym w przypadku gazu z importu skuteczność tego prawa została zawieszona - na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy nowelizującej - do dnia uzyskania członkostwa w Unii Europejskiej, zatem do dnia 1 maja 2004 r. Ze skutkiem od dnia 1 maja 2004 r. przedsiębiorstwa sieciowe zostały zobowiązane do świadczenia usług przesyłowych na rzecz wszystkich odbiorców, niezależnie od źródła pochodzenia gazu, chyba że w państwie skąd sprowadzany był gaz nie nałożono obowiązku świadczenia usług przesyłowych (to ostatnie ograniczenie zasady dostępu stron trzecich do sieci przesyłowej, wynikające z art. 4 ust. 4, uchylono z dniem 3 maja 2005 r.).

Zasada dostępu stron trzecich do sieci przesyłowej gazu ziemnego obejmowała początkowo tylko odbiorców paliw gazowych i tylko w odniesieniu do gazu wydobywanego w Polsce. Następnie, na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra

Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 20 stycznia 2003 r. w sprawie harmonogramu uzyskiwania przez odbiorców prawa do korzystania z usług przesyłowych, rozszerzono ją na podmioty zajmujące się obrotem paliwem gazowym. Dopiero od 1 maja 2004 r. roszczenie takie objęło przesył gazu importowanego z innych państw (do 3 maja 2005 r. z ograniczeniami wynikającymi z negatywnej zasady wzajemności). Zatem w okresie istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, przedsiębiorstwu energetycznemu posiadającemu koncesję na obrót gazem z zagranicą, w tym na import gazu oraz koncesję na obrót gazem w Polsce, nie przysługiwało na podstawie Prawa energetycznego roszczenie o zawarcie umowy świadczenia usług przesyłowych, zarówno w odniesieniu do gazu wydobywanego w kraju, jak i gazu importowanego.

Powódka błędnie jednak przyjmuje, że zasada dostępu stron trzecich, nakładając obowiązek udostępnienia posiadanej infrastruktury innym podmiotom, zakazuje udostępnienia tej infrastruktury przez właściciela w okolicznościach innych niż wskazane w przepisach ustanawiających tę zasadę, a tym samym że wyłączone jest zastosowanie przepisów o ochronie konkurencji do zachowania przedsiębiorcy sieciowego, polegającego na odmowie świadczenia usług przesyłowych. Potwierdza to stanowisko części doktryny, która wskazywała, że przepis art. 4 ust. 2 nie zakazuje świadczenia usług przesyłowych w odniesieniu do paliw lub energii wytwarzanych za granicą. Jedynym skutkiem częściowej regulacji zasady dostępu stron trzecich jest niemożność dochodzenia dostępu do sieci - w trybie przewidzianym w Prawie energetycznym - przez przedsiębiorców zainteresowanych przesyłem gazu z importu gazociągami powódki. Powyższe wskazuje na brak kompleksowej regulacji zagadnienia dostępu do sieci przesyłowej w Prawie energetycznym, zatem w zakresie dotyczącym przesyłu gazu z importu Prawo energetyczne nie stanowiło *lex specialis* wobec ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Skoro bowiem - jak przyjmuje doktryna, w tym także jej przedstawiciele reprezentujący w niniejszej sprawie powódkę - powódka mogła dobrowolnie (a więc poza zakresem zasady dostępu stron trzecich) zawierać umowy przesyłu importowanego gazu, powódka, jako przedsiębiorca sieciowy posiadający pozycję monopolistyczną podlega rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy stwierdza, że Sąd Apelacyjny prawidłowo zastosował art. 3 ustawy, wskazując na brak przepisu ustawowego, z którego wynikałoby „ograniczenie konkurencji”. Ponadto, wbrew twierdzeniom po-

wódki, zakwalifikowanie jako praktyki ograniczającej konkurencję odmowy świadczenia usług przesyłowych na rzecz przedsiębiorcy legitymującego się stosownymi koncesjami na import i obrót gazem nie zmusza powódki do podjęcia czynności sprzecznych z Prawem energetycznym. Przepis art. 4 ust. 2 Prawa energetycznego w brzmieniu sprzed wejścia w życie nowelizacji z 24 lipca 2002 r. należy interpretować w ten sposób, że nakładał on obowiązek zawierania umów przesyłowych wyłącznie w odniesieniu do przesyłu gazu krajowego. Z kolei z przepisów wykonawczych wynikało, że prawo zawierania umów przesyłowych przyznawano, zgodnie z określonym harmonogramem, poszczególnym kategoriom odbiorców. Powódka trafnie więc argumentuje, że poza zakresem wynikającym z unormowań dotyczących zasady dostępu stron trzecich, przedsiębiorstwa sieciowe nie mają obowiązku udostępniania sieci na podstawie regulacji sektorowej. Nie oznacza to jednak, że zawarcie umowy przesyłu gazu z importu lub zawarcie umowy przesyłu gazu krajowego z podmiotem, któremu jeszcze nie przysługiwało prawo do zawarcia umowy przesyłowej, były sprzeczne z Prawem energetycznym.

Stopniowe wprowadzanie zasady dostępu stron trzecich wywołuje jednak skutek w obszarze stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji. Polega on na zawężeniu spektrum praktyk ograniczających konkurencję, jakich może dopuścić się powódka. Skoro bowiem ustawodawca zdecydował się na określony harmonogram zapewnienia dostępu do sieci przesyłowej powódki, może ona skutecznie bronić się przed zarzutem nadużycia pozycji dominującej ochroną własnych interesów ekonomicznych (wyrok Sądu Najwyższego z 16 października 2008 r., III SK 2/08). Ograniczenie zasady dostępu stron trzecich tylko do przesyłu gazu wydobywanego w kraju podyktowane było koniecznością ochrony rodzimego sektora paliwowo-energetycznego (zob. uzasadnienie do projektu ustawy z 24 lipca 2002 r., s. 5 oraz uzasadnienie do projektu rozporządzenia wykonawczego do znowelizowanego Prawa energetycznego). W sytuacji, gdy w relewantnym okresie około 70% zapotrzebowania na gaz pokrywane było importem z Rosji, na podstawie długoterminowej umowy, określającej niekorzystnie zasady rozliczeń z tytułu „pozostawionego do dyspozycji” gazu, w połączeniu z zakazem reeksportu niesprzedanych w kraju nadwyżek, ustawodawca chciał uniknąć sytuacji, w której powódka musi odbierać i płacić za gaz, mimo iż nie może znaleźć na niego nabywców (z uwagi na konkurencję ze strony przedsiębiorców energetycznych zajmujących się obrotem gazem importowanym). Ustawodawca nie był jednak konsekwentny w realizacji tego zamierzenia, ponieważ nie za-

gwarantował powódce w drodze ustawowej monopolu na przesył gazu z importu, ani nie uregulował w szczególności sposobu zasad obrotu gazem ziemnym z importu. Tak więc z jednej strony przepisy Prawa energetycznego zapewniały dostęp do sieci przesyłowej powódki w zakresie przesyłu gazu krajowego, nakładając na powódkę obowiązek udostępnienia sieci, a zatem zawarcia umowy świadczenia stosownych usług, z drugiej zaś strony milczały w sprawie przesyłu gazu ziemnego z importu przez podmiot posiadający koncesję na import gazu oraz obrót gazem na terenie kraju.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy jest uzasadniony, ale wyłącznie w zakresie, w jakim zachowanie powódki uznano za praktykę ograniczającą konkurencję bez uwzględnienia, czy odmowa świadczenia usług przesyłowych na rzecz zainteresowanego była uzasadniona ochroną interesów ekonomicznych powódki. Jest to konsekwencją wadliwości decyzji Prezesa Urzędu polegającej na nieprzedstawieniu zasad funkcjonowania rynku gazu w Polsce w relewantnym w niniejszej sprawie okresie, co ma kluczowe znaczenie dla oceny, w jaki sposób zachowania uczestników rynku oddziałują na konkurencję.

Zakładając racjonalność ustawodawcy w dążeniu do osiągnięcia celu, jakim jest przygotowanie krajowego sektora gazowego do konkurencji w warunkach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej oraz mając na względzie zawieszenie - w zakresie dotyczącym gazu pochodzącego z importu - zasady dostępu osób trzecich do sieci przesyłu gazu powódki do daty akcesji, jak i harmonogram rozszerzania zasady dostępu stron trzecich o kolejne kategorie uprawnionych odbiorców, należało zatem rozważyć, czy zachowanie powódki nie było obiektywnie uzasadnione ochroną jej interesów gospodarczych, zaś odmowa świadczenia usług przesyłowych na rzecz zainteresowanego nie stanowiła racjonalnego i proporcjonalnego środka ochrony tych interesów. Pomimo wskazanej powyżej dopuszczalności zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do odmowy świadczenia usług przesyłowych importowanego gazu w niniejszej sprawie, za nieracjonalne należy bowiem uznać stanowisko, zgodnie z którym każda odmowa świadczenia usług przesyłowych importowanego gazu - przed dniem 1 maja 2004 r. - stanowi nadużycie pozycji dominującej. Nawet w braku ustawowo zagwarantowanego monopolu na obrót gazem pochodzącym z importu, powódka - nie naruszając przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - mogła do dnia 1 maja 2004 r. odmawiać świadczenia usług przesyłowych zainteresowanym przedsiębiorcom. Do naruszenia

art. 8 ust. 2 pkt 2 ustawy mogło zaś dojść w tym okresie w przypadku odmowy zawarcia umowy świadczenia usług przesyłowych z zainteresowanym, jeżeli wcześniej powódka zawarła taką umowę choćby z jednym przedsiębiorcą posiadającym koncesję na import gazu lub obrót gazem na terytorium Polski, gdyż wówczas doszłoby do naruszenia spoczywającego na podmiocie posiadającym pozycję dominującą obowiązku równego traktowania kontrahentów (potencjalnych kontrahentów). W braku podniesienia w skardze kasacyjnej odpowiednich zarzutów naruszenia przepisów postępowania, do Sądu Apelacyjnego należy ocena, czy z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika, że powódka selektywnie udostępniała własną sieć przesyłową - poza zakresem wynikającym z zasady dostępu stron trzecich - przedsiębiorcom zajmującym się obrotem gazem. Odmowa świadczenia usługi przesyłowej na rzecz zainteresowanego mogłaby również stanowić nadużycie posiadanej pozycji dominującej w sposób odpowiadający przesłankom art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyby świadczenie tej usługi zarówno z uwagi na ilość gazu z importu, jaki miał być przesyłany siecią powódki, jak i nabywców, którym gaz ten miał być dostarczany, nie stanowiło zagrożenia dla realizacji wskazanych powyżej zamierzeń ustawodawcy oraz działalności powódki. Natomiast dla oceny zgodności zachowania powódki z art. 8 ust. 2 pkt 2 i 5 ustawy nieistotna jest okoliczność, że powódka kupowała paliwo gazowe od zainteresowanego, a następnie przesyłała to paliwo własnymi gazociągami.

Sąd Najwyższy uznał również za zasadny zarzut naruszenia art. 104 ustawy w związku z art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji RP, poprzez podtrzymanie kary pieniężnej nałożonej na powódkę w sytuacji, w której działania powódki oparte były o jedną z możliwych interpretacji prawa. Zdaniem Sądu Najwyższego brak utrwalonej linii orzeczniczej w przedmiocie kwalifikowania określonego zachowania jako praktyki ograniczającej konkurencji nie może stanowić przeszkody dla nałożenia kary pieniężnej. W niniejszej sprawie decydujące znaczenie dla uznania tego zarzutu za zasadny ma okoliczność, iż z akt sprawy jednoznacznie wynika, że organ ochrony konkurencji miał wątpliwości, czy w ówczesnie obowiązującym stanie prawnym zachowanie powódki mogło zostać uznane za sprzeczne z ustawą, zaś z dołączonego do akt stanowiska Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, przygotowanego w odpowiedzi na zapytanie Prezesa UOKiK, wynika, że przepisy Prawa energetycznego powinny być interpretowane w sposób wskazywany przez powódkę. W tych okolicznościach, ze względu na sprzeczne stanowiska organów państwa, należy rozważyć - wyłącznie w przypadku przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że powódka nadużyła pozycji dominu-

jącej w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 2 lub 5 ustawy - czy błędne przekonanie powódki o zakresie przysługujących jej uprawnień do odmowy świadczenia usług przesyłowych gazu z importu nie było uzasadnione działaniem w zaufaniu do stanowiska organu państwa - regulatora rynku, oraz czy w takim wypadku Prezes Urzędu nie powinien poprzestać na nałożeniu na powódkę sankcji o charakterze stricte administracyjnym. Natomiast podjęcie przez powódkę rozmów z zainteresowanym w 2003 r. można wyjaśnić zmianą stanu prawnego polegającą na zaliczeniu przedsiębiorców posiadających koncesję na obrót gazem do kategorii odbiorców uprawnionych do korzystania z zasady dostępu stron trzecich (na mocy rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 20 stycznia 2003 r.), przygotowaniem do pełnego otwarcia rynku gazu z dniem uzyskania członkostwa w Unii Europejskiej, a także ustaniem zagrożenia ewentualnego przesyłu gazu zainteresowanego dla zasługujących na ochronę interesów ekonomicznych powódki.

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

=====