

**Wyrok z dnia 18 lutego 2010 r.**

**III SK 24/09**

**Ceną nadmiernie wygórowaną jest cena, która obiektywnie jest istotnie za wysoka dla danego towaru w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w ustalonych w konkretnej sprawie warunkach rynkowych.**

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Małgorzata Wrębiakowska-Marzec, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2010 r. sprawy z powództwa Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w T. SA przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanej Gminy L. o ochronę konkurencji i karę pieniężną, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 listopada 2008 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od strony powodowej na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

### **U z a s a d n i e n i e**

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 7 marca 2007 r. [...] wydaną na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako ustawa) uznał za ograniczającą konkurencję praktykę Rejonowego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w T. SA (powódka) polegającą na bezpośrednim narzucaniu odbiorcom z terenu gminy L. nadmiernie wygórowanej ceny za dostarczoną wodę oraz na narzu-

caniu uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę poprzez obciążanie odbiorców w cenie za dostarczaną wodę kosztami nadmiernych ubytków wody na sieci przesyłowej. Za stwierdzone wyżej naruszenia na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Prezes Urzędu nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 150.000 zł.

Wyrokiem z dnia 28 grudnia 2007 r. [...] Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Sąd pierwszej instancji) oddalił wniesione przez powódkę odwołanie od powyższej decyzji. Rozstrzygając sprawę Sąd pierwszej instancji uznał prawidłowość i bezsporność ustalonego w zaskarżonej decyzji stanu faktycznego, w szczególności w zakresie rynku właściwego, siły rynkowej powódki, szerokiego kręgu odbiorców dotkniętych skutkami jej działań, treści wiążących strony warunków umowy i okresu ich obowiązywania. Sąd pierwszej instancji za właściwą uznał również ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zdaniem Sądu, kumulatywnie spełnione zostały wszystkie przesłanki stwierdzonych praktyk z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 i 6 ustawy. Sąd nie uwzględnił argumentacji powódki, która powołując się na treść art. 24 ust. 8 i 9 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę próbowała uwolnić się od odpowiedzialności za narzucanie cen bądź warunków umowy z uwagi na ustawowy tryb wprowadzania taryf. Zdaniem Sądu postanowienia umów zawieranych przez powódkę z odbiorcami wody odsyłały w zakresie ceny wody do treści taryfy, przy zastrzeżeniu możliwości jej zmiany bez konieczności stosownej modyfikacji umowy. Powoduje to, że narzucanie odbiorcom ceny wody jest równoznaczne z narzucaniem warunków umowy o jej dostawę. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne może uwzględniać przy kalkulacji taryfy ubytki wody, stosownie do postanowień art. 20 ust. 2 i 4 i art. 23 ust. 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, jednakże niedopuszczalne jest wliczanie w koszty zakupu wody ubytków nadmiernych. Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę nie upoważnia bowiem przedsiębiorcy do ujmowania w kalkulacji opłaty za usługę dostawy wody dowolnej ilości strat surowca. Zdaniem Sądu ubytki wody na poziomie 50%, utrzymujące się w działalności powódki nieprzerwanie od lat, sprzeciwiają się uznaniu, że prowadząc działalność powódka dochowuje obowiązujących ją reguł należytej staranności, co w konsekwencji nakazuje przyjąć za niedopuszczalne, by całość ponoszonego przez nią kosztu zakupu wody mogła wpływać na prawidłowe kształtowanie ceny usługi. Zdaniem Sądu pierwszej instancji ocena całości kształtu zachowania powódki prowadzi do konkluzji, że przyjęła ona niedopuszczalną

koncepcję prowadzenia działalności, polegającą na obciążaniu nabywców kosztami wszelkich ubytków. Nadmierny poziom strat wody wliczany w koszty jej zakupu oznacza rażąco zawyżenie ceny wobec wartości usługi dostawy wody, dając w konsekwencji podstawę do uznania tej opłaty za nadmiernie wygórowaną. Próba przeliczenia na odbiorców zbyt wysokiego ciężaru finansowego podyktowanego ubytkami wody nie mogłaby bowiem mieć miejsca w warunkach konkurencji rynkowej, gdzie wybór oferentów umożliwiłby odbiorcom odrzucenie takich uciążliwości. Ocenę tę potwierdziła analiza porównawcza w zakresie stosowanych przez inne gminy górnicze cen wody oraz poziomu strat surowca wliczanych w koszty, gdzie ubytki wody przerzucane na odbiorców w ramach opłat za usługę są zdecydowanie niższe niż w działalności powódki. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, analiza oparta na kryteriach górniczego charakteru gminy i liczby mieszkańców jest miarodajna i rzetelna, bowiem zastosowano kryteria najwięzsze z możliwych przy założeniu ich obiektywizmu i konieczności wyłonienia przy ich pomocy grupy podmiotów, nie zaś pojedynczego podobnego przypadku. Stąd też analiza porównawcza przeprowadzona przez Prezesa Urzędu uwzględniała przedsiębiorstwa borykające się ze zbliżonymi warunkami działania, tak co do zapotrzebowania jak i prawdopodobieństwa wystąpienia szkód górniczych. Dane z przywołanej przez powódkę analizy porównawczej innej grupy gmin górniczych z liczbą 10-35 tys. mieszkańców, przeprowadzonej w ramach innego postępowania antymonopolowego pozostają dla sprawy bez znaczenia, podobnie jak rzeczywiste straty wody innych przedsiębiorców oraz przyczyny niewliczania ich w koszty przez dwie spośród analizowanych gminy. Przedmiot niniejszej sprawy stanowi ocena praktyki powódki, a nie innych przedsiębiorców, zaś z zestawienia pozostałych danych wynika, że reszta gmin wlicza w koszty całość ponoszonych strat. Poziom ubytków uwzględnianych w kosztach przez powódkę pozostaje w dalszym ciągu nieporównywalnie wyższy od średniej wielkości strat wliczanej w innych gminach. Sąd pierwszej instancji uznał, iż skutkiem nieefektywnych działań powódki w kwestii zwalczania ubytków wody i braku należytej staranności w tym zakresie jest utrzymywanie się strat na poziomie aż 50% nieprzerwanie od 2002 r. oraz brak zauważalnych efektów działań powódki dla jej odbiorców. Sąd stwierdził, że procentowe ujęcie wyników strat wody w sytuacji spadku jej sprzedaży obrazuje tę wartość w sposób najbardziej obiektywny. Podzielił również stanowisko Prezesa Urzędu co do obciążającej powódkę bierności w kwestii braku wyegzekwowania od 1994 r. orzeczeń Okręgowej Komisji do spraw Szkód Górniczych, które dotyczyły znacząco-

go odcinka około 3.740 m sieci, podczas gdy długości remontowanego przez powódkę od 2003 r. wodociągu wahały się od 181 do 2.369 m. Sąd wskazał również, że zatwierdzenie planu modernizacji sieci przez gminę, zgodnie z art. 21 ust. 3 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, nie zwalnia powódki z odpowiedzialności za stan wodociągu, bowiem odpowiada ona nadal za zakres planu i jego kształt, a zwłaszcza priorytety remontów i ich rezultaty; powinna była zatem przedstawić skuteczniejszy plan działania po szybkiej analizie braku efektów prac realizowanych na podstawie uprzednio wdrożonych założeń modernizacyjnych. Odnosząc się natomiast do argumentu braku środków finansowych, Sąd podkreślił, że niedostatek kapitału możliwy był do zrekompensowania w drodze zaciągnięcia kredytów, których koszty niewątpliwie stanowiłyby wówczas uzasadniony element kalkulacji ceny wody. Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił wniosku powódki o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na jego zbyt późne zgłoszenie - dopiero w kolejnym piśmie procesowym, a nie odwołaniu, gdzie kwestie, co do których wypowiedzieć miał się biegły, pierwotnie podważono - oraz nieprzydatność ponownej analizy porównawczej przeprowadzonej w oparciu o zaproponowane przez powódkę kryteria dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, słusznie przychód uzyskany z tytułu zawyżonej ceny wody, pozwalający uniknąć nadmiernych strat w działalności, uznany został za przejaw nieuzasadnionych korzyści. Odnosząc się zaś do kwestii zasadności i wymiaru kary Sąd wskazał, że wystarczającą przesłanką jej nałożenia jest choćby nieumyślne naruszenie zakazu ustawy, wysokość obciążającej powódkę sankcji nie stanowi przy tym nadmiernej dolegliwości z racji stosunkowo niskiej jej wysokości, przy właściwym rozważeniu przez Prezesa Urzędu dodatkowych przesłanek warunkujących wymiar kary, w tym jej celowości.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyła apelacją powódka, zarzucając naruszenie: 1) art. 8 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy, poprzez uznanie pobieranej przez nią ceny za nadmiernie wygórowaną; 2) art. 8 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy, polegające na uznaniu obciążania odbiorców w cenie wody kosztami nadmiernych ubytków wody w sieci przesyłowej za praktykę narzucania uciążliwych warunków umów, przynoszących nieuzasadnione korzyści; 3) art. 316 k.p.c. w związku z art. 9 ustawy, poprzez utrzymanie w mocy decyzji, pomimo braku sprecyzowania w nim zakazanej praktyki; 4) art. 233 § 1 k.p.c., przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i błędną ich ocenę oraz sprzeczność istotnych ustaleń z zebranymi w sprawie dowodami, czego konsekwencją było uznanie stosowanej ceny wody za nadmiernie wygórowaną oraz za przejaw

praktyki narzucania uciążliwych warunków umów, przynoszących powódce nieuzasadnione korzyści; 5) art. 232 k.p.c., poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego w okolicznościach uzasadniających jego powołanie oraz 6) art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c., poprzez oddalenie odwołania przy podstawach do jego uwzględnienia. Apelująca zarzuciła również naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy, polegające na obciążeniu powódki karą pieniężną w nadmiernej wysokości w stosunku do stwierdzonych naruszeń i stopnia odpowiedzialności za przypisane jej praktyki.

Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 20 listopada 2008 r. [...] oddalił apelację powódki. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zaliczanie przez powódkę do cen wody kosztów jej nabycia uwzględniających straty wody na utrzymującym się systematycznie od kilku lat poziomie 50% nie może zasługiwać na aprobatę z punktu widzenia uzasadnionych interesów kontrahentów powódki. Nie ulega wątpliwości, że w specyfikę zbiorowego dostarczania wody w naturalny sposób wpisane są koszty wynikające z jej utraty, które wpływają na wysokość opłaty za usługę, jednakże w kategorii powyższych „strat naturalnych” nie można umieszczać dowolnego poziomu ubytków wody, a zwłaszcza przekraczającego wielkość strat, która rodzi uzasadnione podejrzenia co do prawidłowości zarządzania wykorzystywanym w celach gospodarczych majątkiem. Zdaniem Sądu Apelacyjnego działania powódki są zdecydowanie niewspółmierne do wielkości ubytków wody. Zdaniem Sądu Apelacyjnego „naturalnym stratom” podczas dostaw wody oraz pozycji monopolisty sieciowego powódki powinna odpowiadać szczególna staranność w zakresie zabezpieczenia wodociągu przed rażącoymi wyciekami z instalacji, której efektywność ograniczona być może jedynie względami technicznymi oraz ekonomicznymi, z zastrzeżeniem stosowania szerokiego wachlarza możliwości pozyskania kapitału zewnętrznego. Według Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości, że procentowe ujęcie ubytków wody w sieci powódki najbardziej adekwatnie obrazuje to zjawisko, skoro bowiem straty powstają przy przesyłce wody to jedynie zestawienie poziomu ubytków z wielkością sprzedaży pozwala oddać stopień nieuszczelności instalacji, o czym nie dają wyobrażenia dane przedstawione w liczbach bezwzględnych. Natomiast poziom generowanych przez powódkę ubytków wody jednoznacznie wskazuje, że jej działania nie zmierzały do minimalizacji kosztów działalności, gdyż ze względu na brak dostatecznych bodźców ekonomicznych, nie była zainteresowana optymalizacją rezultatów podjętych inwestycji remontowych oraz pełnym wykorzystaniem posiadanych w tym zakresie możliwości. W ocenie Sądu Apelacyjnego w sprawie prawidłowo prze-

prowadzona została również analiza porównawcza gmin górniczych. Do wyselekcjonowania badanych podmiotów zasadnie użyto kryteriów pozwalających na stworzenie grupy przedsiębiorstw charakteryzujących się zbliżonymi wyjściowymi warunkami prowadzonej działalności. Zestawieniu Prezesa Urzędu powódka nie trafnie zarzuca przy tym zbytnią ogólnikowość zastosowanych parametrów, celem selekcji było bowiem wyodrębnienie podmiotów podobnych, a nie identycznych, co zdaniem Sądu Apelacyjnego zrealizowano prawidłowo. Wskazywane przez powódkę jako kryteria podstawowe niuanse związane z metodami kalkulacji opłaty za wodę nie mogą być czynnikiem dyskwalifikującym podmiot w toku weryfikacji, zaś rola pozostałych możliwych kryteriów nie wydaje się na tyle ważąca, by istotnie wpłynąć na wyniki badania. Stąd też, zdaniem Sądu Apelacyjnego, dane uzyskane w efekcie przeprowadzonej analizy porównawczej przedsiębiorstw wodno-kanalizacyjnych działających na terenie gmin o zbliżonej do L. liczbie mieszkańców i objętych, jak powódka, pracami górniczymi jednoznacznie wskazują na zdecydowane zawyżenie przez powódkę parametru uzasadnionych kosztów w postaci uszczerbku z tytułu strat wody oraz na narzucanie przez powódkę zapisu umowy o dostawę wody, który o tej kwestii traktował. Odnosząc się do twierdzenia o konieczności dopuszczenia w okolicznościach sprawy dowodu z opinii biegłego, pomimo braku stosownego i terminowo zgłoszonego wniosku strony, uznał za bezzasadne z racji dostatecznego naświetlenia niezbędnych do rozstrzygnięcia sporu kwestii w materiale dowodowym organu antymonopolowego oraz zarezerwowanie dla Sądu oceny zagadnień prawnych, które sprostawały się do nadania pojęciu „uzasadnionych kosztów” właściwego zakresu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego prawidłowo zważono w aspekcie nakładanej sankcji przesłanki obciążające, jak i łagodzące, a określając wysokość kary w dolnych granicach ustawowego zagrożenia zasadnie obciążenie karą podwyższono z uwagi na eksploacyjny charakter praktyk powódki wymierzonych w najsłabszych uczestników rynku, kosztem których powódka niwelowała straty wywołane brakiem należytej staranności działania, uciekając w politykę cenową przed odpowiedzialnością za rezultaty niedostatecznych czynności zarządczych.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjną skargą kasacyjną w całości, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy do rozstrzygnięcia Sądowi pierwszej instancji, ewentu-

alnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie w przedmiocie stwierdzenia niestosowania przez powódkę praktyki ograniczającej konkurencję.

W zakresie podstawy obejmującej naruszenie prawa materialnego, powódka zarzuciła Sądowi Apelacyjnemu naruszenie: 1) art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 6 ustawy w związku z art. 20 ust. 4 w związku z art. 6 ust. 1a ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i art. 487 § 2 k.c.; 2) art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 pkt 1 oraz art. 8 ust. 2 pkt 6 i art. 101 ust. 1 pkt 1. W zakresie podstawy obejmującej naruszenie przepisów prawa procesowego, powódka podniosła zarzuty naruszenia art. 236 w związku z art. 227 i w związku z art. 382 k.p.c. oraz art. 233 § 1 i 232 w związku z art. 382 k.p.c. Powódka wniosła o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego oraz Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do rozpoznania, alternatywnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego i wydanie orzeczenia co do istoty sprawy. Zdaniem powódki naruszenie art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 6 ustawy w związku z art. 20 ust. 4 w związku z art. 6 ust. 1a ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i art. 487 § 2 k.c. polega na błędnym zastosowaniu i uznaniu, że wliczenie przez powódkę wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi narusza zasadę ekwiwalentności świadczeń i stanowi praktykę nadużycia pozycji dominującej w sytuacji, gdy ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i przepisy wykonawcze określają zasady kształtowania ceny za wodę. Według powódki przepis art. 6 ust. 1a ustawy o zaopatrzeniu w wodę określa bowiem, że przepisy Kodeksu cywilnego „stosuje wyłącznie do zakupu wody przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, nieposiadającej własnych ujęć wody”, zatem „analiza prawidłowości ceny pobieranej przez przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne, a także jej ekwiwalentności, powinna być dokonywana w świetle zasad, o których mowa w art. 20 ust. 4 ustawy o zbiorowym zaopatrywaniu w wodę”, gdyż wolą ustawodawcy było odniesienie ekwiwalentności świadczeń do opłat ustalanych na podstawie tych zasad. Zatem, zdaniem powódki, wolą ustawodawcy cena ustalona w oparciu o wymienione zasady jest ceną ekwiwalentną. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy, przez błędną wykładnię powódka uzasadniła dwojako. Po pierwsze, wskazała, że wadliwa jest wykładnia tego przepisu polegająca na uznaniu w oparciu o porównanie cen stosowanych na rynkach podobnych, że cena stosowana przez powódkę jest nadmiernie wygórowana. Zdaniem powódki stosowanie me-

tody porównawczej jest wątpliwe z uwagi na zróżnicowane warunki działania przedsiębiorców. Stosowanie metody porównawcza kwestionowane jest w doktrynie europejskiej i krajowej, sprzeczne z tendencją odwrotu od abstrakcyjnej oceny zachowania przedsiębiorcy w świetle przepisów prawa konkurencji na rzecz oceny przez pryzmat warunków, w których przedsiębiorca funkcjonuje, zwłaszcza w kontekście sytuacji gospodarczej oraz struktury rynku. Dlatego konieczna jest dokładna, indywidualna analiza ekonomiczna działalności przedsiębiorcy, z uwzględnieniem ponoszonych przez niego kosztów. Zdaniem powódki rynek usług dostawy wody jest rynkiem specyficznym, ponieważ działające na poszczególnych rynkach geograficznych przedsiębiorstwa nie uwzględniają w kalkulacji cen i stawkach taryfowych wszystkich realnie ponoszonych kosztów. Zatem zastosowanie testu porównawczego nie jest miarodajne, ponieważ prowadzi do porównania cen stosowanych przez przedsiębiorców prowadzących rzetelną kalkulację taryf oraz przedsiębiorców, których ceny są rażąco niskie z uwagi na pominięcie w kalkulacji taryfy obligatoryjnych elementów. Zdaniem powódki analogiczne zasady dotyczą uwzględniania strat wody w kalkulacjach stosowanych przez innych przedsiębiorców. Wreszcie, zdaniem powódki zastosowanie metody porównawczej nie może opierać się tylko na kryteriach związanych z usytuowaniem sieci wodociągowej oraz gęstości zaludnienia (jak w niniejszej sprawie), a bez uwzględnienie kosztów i warunków eksploatacji porównywanych sieci, w tym wieku i długości sieci wodociągowej, materiału z którego jest ona wykonana, wielkości odpisów amortyzacyjnych, procesów technologicznych, zdolności przepustowych, itp. Po drugie, naruszenia tego przepisu przez błędną wykładnię powódka upatruje w uznaniu, że pobierała cenę nadmiernie wygórowaną z uwagi na niedochowanie należytej staranności. Uznanie, że miarodajnym kryterium pozwalającym na uznanie, że zachowanie powódki nosi znamiona praktyki ograniczającej konkurencję jest brak należytej staranności w dążeniu do zmniejszenia strat wody, stoi w sprzeczności z obowiązującym prawem konkurencji, które opiera się na założeniu, zgodnie z którym nadużycie pozycji dominującej jest zachowaniem o charakterze obiektywnym, niezależnym od stopnia zawinienia. Ponadto, o naruszeniu art. 8 ustawy świadczy uznanie przez Sąd, że o niedochowaniu należytej staranności świadczyć może fakt nieobniżenia strat wody w ujęciu procentowym, w sytuacji, gdy nastąpiło rzeczywiste zmniejszenie ich (w ujęciu ilościowym), zaś brak obniżenia ich w ujęciu procentowym wynikał jedynie z ogólnego spadku sprzedaży wody. Naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 ustawy polega na uznaniu, że stosowana



przez powódkę cena wody nie była obiektywnie uzasadniona. Zdaniem powódki pomimo ogólnego charakteru zakazu nadużywania pozycji dominującej, przyjmuje się, że niektóre zachowania przedsiębiorców nie stanowią nadużycia, jeżeli można dla nich znaleźć obiektywne uzasadnienie. W tym zakresie powódka powołuje się na wyroki Trybunału Sprawiedliwości oraz projekt Wytycznych Komisji dotyczących stosowania art. 82 TWE, wskazując, że „w tym kontekście od przedsiębiorstwa oczekuje się wykazania, że działanie uznane za praktykę polegającą na nadużyciu pozycji dominującej, dostarczy (zagwarantuje) korzyści w postaci wzrostu efektywności, działanie to jest konieczne dla osiągnięcia tych korzyści, prawdopodobne korzyści w postaci wzrostu efektywności przeważają nad negatywnymi skutkami dla konkurencji, oraz działanie nie przyczynia się do stłumienia skutecznej konkurencji, poprzez eliminację wszystkich lub większości źródeł faktycznej lub potencjalnej konkurencji”. Zdaniem powódki powyższe warunki zostały spełnione w okolicznościach faktycznych sprawy, ponieważ gdyby powódka zastosowała się do orzeczenia organu antymonopolowego, jej działalność byłaby nierentowna oraz nie zapewniałaby pokrycia ponoszonych kosztów związanych ze świadczoną usługą. Natomiast pobieranie cen w wysokości uwzględniającej wszystkie ponoszone koszty, pozwoliło powódce zakładać działanie na granicy rentowności, prowadzić inwestycje pozwalające na dalsze obniżenie strat wody w przyszłości. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy powódka podniosła, że cena nie może zostać uznana za przynoszącą nieuzasadnione korzyści, jeżeli pokrywa koszty i gwarantuje godziwy zysk. Dlatego sprzedaż usługi po cenie gwarantującej pokrycie kosztów uznać należy za działanie zgodne z zasadą racjonalności ekonomicznej i nie może zostać uznana za przynoszącą przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Zarzut naruszenia art. 236 w związku z art. 227 i art. 382 k.p.c. polega na nieprzeprowadzeniu wnioskowanego przez nią dowodu z opinii biegłego „w celu ustalenia zasadności wysokości ceny pobieranej przez Powoda za świadczoną usługę dostawy wody”. Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i art. 232 k.p.c. w związku z art. 382 k.p.c. powódka upatruje w niedokonaniu przez Sąd Apelacyjny „własnych ustaleń dotyczących wysokości ceny, w kontekście wystąpienia przesłanki należytej staranności, oraz bez poczynienia ustaleń dotyczących wpływu zachowań Powoda na wysokość ustalonej ceny, a w rezultacie naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów oraz sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, przez uznanie, że cena pobierana przez Powoda jest ceną nadmiernie wygórowaną, z uwagi na

niedochowanie należytej staranności przez Powoda”. Powódka argumentuje, że Sąd Apelacyjny „przyjął działania Powoda za zdecydowanie niewspółmierne do wielkości ubytków wody”, podczas gdy zdaniem powódki w latach 2003-2005 straty wody uległy zmniejszeniu z 521.162 m<sup>3</sup> do 482.969 m<sup>3</sup>, a ponadto w okresie tym powódka zrealizowała plan rozwoju i modernizacji urządzeń, zaś poniesione na ten cel wydatki przekroczyły o 77% plan. Ponadto, powódka zarzuca że Sąd Apelacyjny nieprawidłowo przyjął, że „efektywność przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnego w zabezpieczeniu wodociągu przed wyciekami z instalacji, może być ograniczona względami ekonomicznymi, skoro w niniejszej sprawie właśnie względy ekonomiczne były okolicznością bezpośrednio wpływającą na wysokość strat wody”. Ponadto powódka zarzuca, że Sąd Apelacyjny ocenił sytuację ekonomiczną powódki „w świetle możliwości pozyskania kapitału zewnętrznego, nie odnosząc się, w jakim zakresie skorzystanie przez powoda z kredytu wpłynie na podniesienie wysokości ceny za dostarczaną wodę oraz czy w sytuacji stosowania cen nieprzynoszących zysku [...] możliwym jest uzyskanie bankowego finansowania zewnętrznego”.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powódki, Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zasadnicze zarzuty procesowe, jak i materialne, przedstawione w skardze kasacyjnej dotyczą zakwalifikowania zachowania powódki w ustalonym w sprawie stanie faktycznym, jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać narzucania nadmiernie wygórowanej ceny. Stan faktyczny sprawy nie jest kwestionowany przez strony postępowania. Sporne jest natomiast, czy w świetle zgromadzonych w sprawie dowodów Sąd Apelacyjny prawidłowo zastosował przepisy prawa materialnego, innymi słowy, czy zebrany materiał uzasadnia przeprowadzenie zgodnego z obowiązującym w sprawach z zakresu ochrony konkurencji standardem dowodowym rozumowania prowadzącego do konkluzji, że przepisy art. 8 ust. 2 pkt 1 i 6 ustawy zostały przez przedsiębiorcę naruszone.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie podtrzymuje wyrażone w dotychczasowym orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym zarzut dotyczący naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może stanowić przedmiotu rozważań Sądu Najwyższego ze względu na jego uzasadnienie. Przepis art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. stanowi wyrażnie, że pod-

stawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Skarga kasacyjna jest nadzwyczajnym środkiem odwoławczym służącym od prawomocnego orzeczenia sądu drugiej instancji, w ramach którego Sąd Najwyższy kontroluje wyłącznie stosowanie prawa, a nie ustalenia faktyczne. Dlatego sformułowanie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jest skazane na niepowodzenie, gdy zarzut ten odnosi się wprost do oceny dowodów dokonanej przez Sąd drugiej instancji. Jednakże, nie każdy zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. unika kontroli Sądu Najwyższego, gdyż przepis art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c., jako przepis szczególny, wprowadzający wyjątek od ogólnej zasady zaskarżalności kasacyjnej naruszenia przepisów postępowania, zasady zawartej w art. 398<sup>3</sup> § 1 k.p.c., powinien być wykładany ściśle (wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2008 r., III CSK 17/06, niepublikowany), jako dotyczący oceny ustaleń dokonanych przez Sąd drugiej instancji (wniosków wynikających z oceny poszczególnych dowodów lub ich syntezy w postaci „ustalenia faktów”), a nie dokonywania samych ustaleń (reguł budowy podstawy faktycznej) potrzebnych dla zastosowania przepisu prawa materialnego (wyrok Sądu Najwyższego z 1 lutego 2006 r., V CSK 86/05, niepublikowany). Zdaniem Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i 232 w związku z art. 382 k.p.c., odnosi się do podważenia oceny ustaleń faktycznych, na których oparto zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego, a nie istoty samych ustaleń niezbędnych dla zastosowanie określonej normy prawa materialnego, której naruszenie podlega ocenie Sądu Najwyższego - działającego jako sąd prawa - w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej (wyrok Sądu Najwyższego z 16 marca 2008 r., III CSK 17/06, niepublikowany). Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia art. 236 w związku z art. 227 i art. 382 k.p.c.

Podstawa procesowa skargi kasacyjna okazała się zatem nieuzasadniona, zaś Sąd Najwyższy związany jest ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Przechodząc do rozpoznania zarzutów składających się na podstawę kasacyjną dotyczącą prawa materialnego należy stwierdzić, że stan faktyczny niniejszej sprawy podlegał kognicji Prezesa Urzędu, ponieważ Rada Gminy L. nie zatwierdziła taryfy powódki. Ponieważ powódka stosowała samodzielnie opracowaną taryfę, Prezes Urzędu może badać, czy ustalony w niej poziom cen nie narusza zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 8 ust. 2 pkt 1 lub 6 ustawy.

Podniesiony w skardze kasacyjnej powódki zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 pkt 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy jest nieuzasadniony. W niniejszej sprawie przed-

siębiorcy zarzucono stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na stosowaniu ceny nadmiernie wygórowanej wskutek uwzględnienia w kalkulacji stosowanych cen zbyt wysokiego poziomu ubytku zakupionej wody oraz narzucaniu nabywcom uciążliwego warunku umowy przynoszącego przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści, polegającego na obciążaniu odbiorców w cenie za dostarczaną wodę kosztami nadmiernych ubytków wody na sieci przesyłowej. Ceną nadmiernie wygórowaną jest cena, która obiektywnie jest istotnie za wysoka dla danego towaru w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy w ustalonych w konkretnej sprawie warunkach rynkowych. Nie można natomiast łączyć ceny nadmiernie wygórowanej z samym naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, ponieważ każda cena wygórowana nie jest ceną ekwiwalentną. Przepis art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy uznaje zaś za praktykę ograniczającą konkurencję stosowanie ceny nadmiernie wygórowanej, a nie ceny wygórowanej. Pojęcia ceny nadmiernie wygórowanej nie należy również utożsamiać z samą wysokością marży zysku, czy też rentownością stosującego ją podmiotu, gdyż - podobnie jak w niniejszej sprawie - ceną taką może być cena zapewniająca niewielki zysk, jeżeli jej kalkulacja będzie uwzględniała zbyt wysoki poziom kosztów.

Wykazanie w konkretnych okolicznościach faktycznych, że stosowana cena jest nadmiernie wygórowana, napotyka na wiele trudności, wspólnych dla wszystkich praktyk antykonkurencyjnych o charakterze cenowym. Nie może bowiem prowadzić do kwalifikowania jako ograniczającego konkurencję stosowania cen wyższych od cen stosowanych przez konkurentów. Sąd Najwyższy podziela przyjęte w dotychczasowym orzecznictwie, w tym wyrokach Sądów obu instancji w niniejszej sprawie, stanowisko, zgodnie z którym oceniając, czy stosowana cena jest nadmiernie wygórowana uwzględnia się łącznie metodę kosztową (pozwalającą zestawić stosowaną cenę z kosztami wytworzenia towaru w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy) oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji ceny uwzględniono rozsądne koszty). Szczegółowy zakres wymaganych analiz przeprowadzanych przy użyciu obu wyżej wymienionych metod może różnić się w zależności od rynku, na którym praktyka ograniczająca ma być stwierdzona. Dotyczy to również doboru materiału do badań porównawczych. Zdaniem Sądu Najwyższego w warunkach gospodarki rynkowej stosowanie praktyki polegającej na narzucaniu cen nadmiernie wygórowanych można stwierdzać wyjątkowo, w szczególności w przypadku praktyk przedsiębiorstw działających w warunkach monopolu sieciowego. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu zarzucił stosowanie takiej praktyki podmiotowi będącemu mono-

polistą na rynku lokalnym. Przedmiotem porównania były ceny stosowane przez przedsiębiorców działających na takich samych rynkach produktowych, w podobnych warunkach (gminy górnicze) oraz stosujących analogiczne zasady kalkulacji taryf. Tym samym Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw do przyjęcia, że przeprowadzona w niniejszej sprawie analiza porównawcza wraz ze stosownym wywoodem Sądu Apelacyjnego dotyczącym poszczególnych, wynikających z niej wniosków, jest niewystarczająca do stwierdzenia, że powódka dopuściła się praktyki opisanej w sentencji decyzji Prezesa Urzędu.

Z tych samych względów niezasadny jest zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy, gdyż zastosowanie tego przepisu w okolicznościach faktycznych sprawy oparte było na - podtrzymanym w świetle powyższego wywoodu - założeniu, zgodnie z którym cena stosowana przez powódkę była ceną nadmiernie wygórowaną. Narzucony przez powódkę warunek umowy dostawy wody był uciążliwy i przynosił jej nieuzasadnione korzyści w postaci zbyt wysokiego udziału kosztów związanych z ubytkiem wody w cenie towaru.

Nieuzasadniony jest także zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 6 ustawy w związku z art. 20 ust. 4 w związku z art. 6 ust. 1a ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i art. 487 § 2 k.c., ponieważ z art. 6 ust. 1a ustawy nie wynika, by tylko w zakresie wskazanym w treści tego przepisu do umów o zaopatrzenie w wodę stosowano przepisy Kodeksu cywilnego. Przepisy ustawy nie regulują wyczerpująco treści umowy, na co wskazuje chociażby użycie zwrotu „w szczególności” w art. 6 ust. 3 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Ponadto, konkluzji takiej nie można wyprowadzić zarówno z treści art. 6 ust. 1a ustawy, jak i intencji ustawodawcy. Okoliczność, że w art. 6 ust. 1a ustawy przesądzono wprost, że „do zakupu wody lub wprowadzania przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne ścieków do urządzeń kanalizacyjnych niebędących w jego posiadaniu stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego”, nie oznacza, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do umów o zaopatrzenie w wodę lub umów o odprowadzanie ścieków. Jak wynika to z uzasadnienia projektu rządowego przepis ten wprowadzono do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków celem uregulowania sytuacji szczególnych, gdy wodę kupuje przedsiębiorstwo nie posiadające własnych ujęć wody lub własnej oczyszczalni.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy przez wadliwą wykładnię tego przepisu polegająca na odwołaniu się do kryterium należytej staranności. Jak wynika to z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego koncepcja nadużycia pozycji dominującej ma charakter obiektywny, podobnie jak cel porozumienia ograniczającego konkurencję (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07, OSNP 2009 nr 1-2, poz. 31; z 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 265; z dnia 14 stycznia 2009 r., III SK 26/08, OSNP 2010 nr 13-14, poz. 179). Nie oznacza to, że element subiektywny nie może być brany pod uwagę przy kwalifikowaniu zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję. Jego stwierdzenie nie jest jednak konieczne do przypisania przedsiębiorcy celu lub skutku w postaci ograniczenia konkurencji, zwłaszcza w przypadku praktyk o charakterze eksploatacyjnym. Nadto zdaniem Sądu Najwyższego kontekst, w jakim brak należytej staranności został uwzględniony przez Sąd Apelacyjny wskazuje, że miało to miejsce na etapie oceny, czy zachowanie powódki może zostać uznane za obiektywnie uzasadnione, a nie na etapie kwalifikacji zachowania powódki jako praktyki ograniczającej konkurencję.

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

=====