



Sygn. akt III SK 44/11

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 lipca 2012 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Zbigniew Hajn

SSN Jerzy Kwaśniewski (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa S. Autostrada Spółki Akcyjnej w M.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o ochronę konkurencji,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 13 lipca 2012 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 31 maja 2011 r.,

- 1. oddala skargę kasacyjną,**
- 2. zasądza od S. Autostrady Spółki Akcyjnej w M. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt) tytułem kosztów postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 25 kwietnia 2008 r. RKT-09/2008 (decyzja) uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, ze zm., dalej jako „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”) praktykę S. Autostrada S.A. z/s w M. (powód) polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 X.-Y. poprzez narzucanie nieuczciwych cen za przejazd płatnym odcinkiem autostrady w wysokości określonej w cenniku opłat w czasie remontu tego odcinka autostrady powodującego znaczne utrudnienia w ruchu pojazdów i nakazał zaniechanie jej stosowania oraz nałożył karę pieniężną w wysokości 1.300.000 zł.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem w całości i wniósł o jej zmianę poprzez stwierdzenie, że nie stosuje opisanej wyżej praktyki ograniczającej konkurencję, względnie o zmianę decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej poprzez jej uchylenie, względnie obniżenie. Zaskarżonej decyzji powód zarzucił naruszenie: 1) art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 13a, 18 ust. 2 pkt 1 i 8 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115, ze zm., dalej jako „ustawa o drogach publicznych”) w związku z art. 37a ust. 1-3a ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz Krajowym Funduszu Drogowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2571, dalej jako „ustawa o autostradach płatnych”); 2) art. 4 pkt 8 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 3) art. 4 pkt 8 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 4) art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 5) art. 4 pkt. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 6) art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 7); art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; 8) art. 7 i 77 k.p.a.; 9) art. 233 § 1 i 2 k.p.c.; 10) art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 10 maja 2010 r., oddalił odwołanie powoda. Wyrok został oparty na następujących ustaleniach. Powód jest koncesjonariuszem płatnej autostrady A-4 na odcinku X.-Y. Wykonuje swoje prawa i obowiązki na

podstawie koncesji udzielonej w dniu 15 marca 1997 r. decyzją Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej oraz umowy koncesyjnej z dnia 19 września 1997 r. (dale jako umowa koncesyjna). W ramach eksploatacji i utrzymania płatnej autostrady, powód zobowiązany jest do zapewnienia w sposób nieprzerwany dostępu do niej i zapewnienia jej przejezdności, z wyłączeniem sytuacji, kiedy ograniczenie dostępu wynika z niezbędnych robót budowlanych (powód zobowiązany jest do dołożenia starań w zakresie zminimalizowania okresu zamknięcia autostrady dla ruchu). Postanowienie § 12.1 umowy koncesyjnej przyznaje powodowi prawo do ustalania oraz zmiany stawek za przejazd zarządzaną autostradą, zgodnie z załącznikiem do umowy koncesyjnej oraz przepisami w sprawie szczegółowych zasad ustalania i pobierania opłat za przejazdy autostradami płatnymi. Załącznik nr 6 umowy koncesyjnej określa maksymalne stawki opłat za przejazd autostradą. W 2007 r. poszczególne odcinki autostrady zarządzanej przez powoda, zarówno pasy ruchu jak i jezdnie, były wyłączone z ruchu z powodu prac utrzymaniowych lub robót budowlanych (karty 466-488 akt adm.). Bezspornym jest również, że w okresie wyłączenia z ruchu poszczególnych odcinków autostrady doszło do wydłużenia czasu przejazdu. Sąd Okręgowy ustalił również, że na odcinku X.-Y. istnieją drogi równoległe, jednakże żadna z tych dróg nie ma parametrów autostrady i nie jest drogą płatną.

Sąd Okręgowy uznał za niezasadny pogląd odwołującego się, że opłata za przejazd autostradą nie jest ceną, lecz daniną publiczną. Opłaty za przejazd autostradą pobrane przez spółkę stanowią jej przychód, a nie przychód państwa lub innych podmiotów prawa publicznego. Opłata jest świadczeniem wzajemnym za usługę umożliwienia przejazdu. Świadczenie tego rodzaju usług stanowi przedmiot działalności gospodarczej powoda. Opłata jest więc ceną w rozumieniu art. 4 pkt 8 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Umowa koncesyjna w załączniku nr 6 określa jedynie maksymalne wysokości pobieranych opłat. Określenie konkretnej stawki opłat należy zatem do wyłącznego uprawnienia powoda, który ma w tym zakresie pełną swobodę.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 4 pkt 9 i 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie, że rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem

autostrady A-4 X.-Y. i przyjęcie, że powód na tak wyznaczonym rynku właściwym ma pozycję dominującą, ponieważ dla odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 X.-Y. nie ma substytutów. Autostrada płatna jest drogą o ściśle zdefiniowanych cechach w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz.U. nr 12, poz. 116). Cechy autostrady jako drogi publicznej odróżniają przejazd autostradą od przejazdu inną drogą publiczną. Dodatkową cechą wskazującą na odrębność autostrad od innych dróg publicznych jest odpłatność za przejazd. Przepis art. 37a ustawy o autostradach płatnych pozwala pobierać opłaty za przejazd autostradą płatną, a więc drogą o parametrach zdefiniowanych ściśle w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 16 stycznia 2002 r. Jeżeli droga nie spełnia tych parametrów nie ma podstaw do pobierania opłat za przejazd taką drogą w pełnej wysokości. Na tej podstawie Sąd Okręgowy uznał, że jeżeli ze względu na konieczność przeprowadzenia remontów lub innych prac związanych z eksploatacją autostrady następuje na poszczególnych odcinkach utrata wskazanych w przepisach obowiązującego prawa cech wyróżniających autostradę spośród innych dróg publicznych, to zgodnie z zasadą ekwiwalentności świadczeń proporcjonalnie powinna zostać obniżona opłata za przejazd tym odcinkiem. Działanie powoda polegające na pobieraniu takich samych opłat za przejazd odcinkami autostrady płatnej w pełnej wysokości, w sytuacji gdy istotne części jej odcinka nie odpowiadają normatywnym cechom autostrady płatnej, stanowi praktykę, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ powód jest przedsiębiorcą koncesjonowanym, a więc dysponuje pełną wiedzą co do własnej sytuacji prawnej oraz przysługujących mu uprawnieniach. Posiadał pełną świadomość, że pobiera opłaty za przejazd odcinkami autostrady, które na znacznych długościach nie posiadały minimalnych cech autostrady płatnej. Powód faktycznie wymuszał na użytkownikach zarządzanej drogi spełnienie świadczenia, także gdy kwestionowali oni jakość świadczenia powoda. Ponadto zarzucana praktyka dotyczyła dużej ilości podmiotów, w tym znacznej liczby konsumentów.

Wymierzoną karę należy w tych okolicznościach uznać za wyjątkowo łagodną w stosunku do stopnia zawinienia, a także skutków stosowanej praktyki.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości apelacją. Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 31 maja 2011 r., oddalił apelację powoda.

Uznając za niezasadny zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 i art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Sąd Apelacyjny potwierdził stanowisko Sądu Okręgowego, że opłata za przejazd autostradą jest ceną w rozumieniu tego przepisu. Nie jest natomiast daniną publiczną. Daniny tego rodzaju nakładane są przymusowo przez korporację publiczną, ich funkcją jest pokrycie publicznych potrzeb finansowych, są świadczeniem wzajemnym na rzecz korporacji publicznoprawnej w zamian za wykonywane przez nią usługi. Opłaty będące daninami publicznymi stanowią źródło budżetowych dochodów o charakterze ubocznym, spełniają funkcje ewidencyjno-porządkową oraz prohibicyjną. W niniejszej sprawie powód jako koncesjonariusz zobowiązany jest do eksploatacji i utrzymania odcinka płatnej autostrady A-4 X.-Y. w tym pobierania opłat za przejazd tym odcinkiem. W sytuacji, gdy opłaty za przejazd pobiera spółka, która zawarła umowę o budowę i eksploatację autostrady, pobierane przez nią opłaty stanowią jej przychód i nie stanowią dochodu budżetu.

Uznając za niezasadny zarzut naruszenia art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 13a, 18 ust. 2 pkt 1 i 8 ustawy o drogach publicznych w związku z art. 37a ust. 1-3a i art. 37b ust. 1 i 2 ustawy o autostradach płatnych, Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że przepis art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi podstawę do wyłączenia spod zakazów wyrażonych w przepisach ustawy tylko takich zachowań przedsiębiorców, które kwalifikują się jako ograniczenia konkurencji, ale są dozwolone na podstawie przepisów innych ustaw. Sąd Apelacyjny nie podzielił poglądu, jakoby pobieranie opłat przez powoda było działaniem w imieniu państwa. Ustawodawca rozróżnia bowiem między przedsiębiorcami, takimi jak powód, a organem państwa uprawnionym do poboru opłat, takim jak Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad. Podczas gdy opłaty pobierane przez powoda stanowią jego przychód, opłaty pobierane przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad stanowią przychód Krajowego Funduszu Drogowego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Sąd Apelacyjny stwierdził, że działalność powoda polega na odpłatnym umożliwieniu przejazdu odcinkiem autostrady A-4 X.-Y., zaś z uwagi na cechy autostrady, odróżniające ją od innego rodzaju dróg publicznych, nie istnieją substytuty dla autostradowego połączenia między tymi dwoma miastami.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił również zarzutu naruszenia art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ na rynku właściwym powód posiada 100% jako jedyny podmiot uprawniony do eksploatacji i administrowania tym odcinkiem autostrady oraz pobierania opłat za przejazd.

Sąd Apelacyjny uznał za nietrafny zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ powód w czasie remontów i modernizacji zarządzanego odcinka autostrady A-4 pobierał za przejazd tym odcinkiem niezmiennie takie same opłaty, które w świetle postanowień umowy koncesyjnej mają charakter stawek maksymalnych. Powód miał możliwość ustalenia opłat na niższym poziomie. Potwierdza to zachowanie powoda, który wprowadzał tzw. godziny promocyjne (*happy hours*) w czasie których pobierana była jedynie część opłaty. Remonty i modernizacje prowadzone przez powoda powodowały, że w tym czasie zarządzana przez niego autostrada nie posiadała cech wyróżniających tego rodzaju drogę spośród innych rodzajów dróg publicznych. Wyłączenie pasa ruchu z użytkowania oraz ograniczenia prędkości powodują, że autostrada nie spełnia swojej roli, zatem nie jest zasadne pobieranie za przejazd nią takich opłat, jak w okresie braku utrudnień spowodowanych remontami. Pełna opłata należna jest wówczas, gdy użytkownik spotyka się z pełną ekwiwalentnością ze strony przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą. Skoro powód nie zapewniał pełnej ekwiwalentności świadczonej usługi, nie miał uprawnienia do pobierania opłaty w pełnej wysokości.

Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu w przedmiocie niewspółmierności kary pieniężnej nałożonej na powoda. Wymierzona kara stanowiła niespełna 10% maksymalnej dopuszczalnej kary, jaką mógł nałożyć Prezes Urzędu. Ponadto, powód nie tylko nie zaprzestał praktyki nadużywania swojej pozycji dominującej, ale także nie dokonywał zwrotu części opłat pomimo stosownych skarg i wniosków zgłoszonych przez użytkowników zarządzanej przez niego drogi.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutów dotyczących prawa procesowego, uznając wnioski dowodowe zgłoszone przez powoda za zgłoszone na okoliczności nieistotne.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie: 1) art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię, ponieważ wyłączne prawo powoda do eksploatacji płatnego odcinka autostrady A-4 obejmuje zgodnie z art. 37d ust. 1 i 2 ustawy o autostradach płatnych obowiązek pobierania opłat za przejazd tym odcinkiem przy jednoczesnym braku prawnej możliwości obniżenia opłaty w wypadku prowadzenia remontów; 2) art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwą wykładnię pojęcia cena wyrażającą się w uznaniu za cenę świadczenia o charakterze daniny publicznej, jakim jest pobierana przez powoda opłata za przejazd płatnym odcinkiem autostrady A-4, podczas gdy zdaniem powoda opłata ta jest świadczeniem przymusowym, narzuconym przez państwo z tytułu zaoferowania przez nie dostępu do urządzeń drogowych; jest przeznaczona na realizację zadania państwa w zakresie budowy i eksploatacji autostrad płatnych; nie jest świadczeniem wzajemnym w rozumieniu prawa cywilnego, lecz stanowi przychód budżetowy; 3) art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwą wykładnię pojęcia rynku właściwego, ponieważ za rynek właściwy należy uznać rynek transportu osobowego w korytarzu komunikacyjnym X.-Y. przy pomocy dostępnych środków komunikacji i dróg; 4) art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że pozycja rynkowa powoda ma charakter pozycji dominującej, w sytuacji gdy na rynku właściwym traktowanym jako odcinek autostrady A-4 X.-Y. nie może istnieć skuteczna konkurencja z uwagi na powierzenie powodowi wyłącznego prawa eksploatacji płatnego odcinka autostrady; 5) art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 354 § 1 i 355 § 1 i 2 k.c. poprzez przyjęcie, że świadczenie powoda polegające na umożliwieniu przejazdu odcinkiem autostrady A-4 w sytuacji prowadzenia prac remontowanych na części odcinka nie było świadczeniem odpowiednim w świetle norm prawa cywilnego i nie stanowiło ekwiwalentu pobieranej opłaty, podczas gdy wysokość opłaty cennikowej została określona w

treści załącznika nr 6 do umowy koncesyjnej z uwzględnieniem kalkulacji kosztów powoda na realizację powierzonych mu przez państwo zadań oraz przy uwzględnieniu zaplanowanych w umowie prac remontowych i ich harmonogramu; użytkownicy byli informowani o utrudnieniach wynikających z prowadzonych remontów; 6) art. 106 ust. 1 pkt 1 i 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej rażąco wygórowanej i w niewspółmiernej do stopnia zawinienia wysokości.

Ponadto powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest: 1) art. 382 w związku z art. 232 k.p.c. poprzez błędne ustalenie rozkładu ciężaru dowodu, gdyż w postępowaniu przed Sądem drugiej instancji oddalono wszystkie wnioski dowodowe powoda, zaś orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest korzystne dla Prezesa Urzędu, mimo iż nie sformułował w sprawie ani jednego wniosku dowodowego na potwierdzenie faktów, z których wywodził skutki prawne; 2) art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 382, 233 oraz 328 k.p.c., ponieważ w uzasadnieniu wyroku Sądu drugiej instancji brak jakiegokolwiek odniesienia do zarzutów apelacji powoda odnoszących się do naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 k.p.c.; nie ma również wyjaśnień Sądu Apelacyjnego odnośnie podstawy faktycznej, pomimo zakwestionowania przez powoda w apelacji ustaleń poczynionych w tym zakresie przez Sąd I instancji; wskazane uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ spowodowało jej nierozpoznanie w należyty sposób w instancji apelacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Przed przedstawieniem oceny poszczególnych zarzutów skargi kasacyjnej należy przypomnieć – wyjaśnione w judykaturze Sądu Najwyższego – relacje pomiędzy podstawami wyroku oraz podstawami skargi kasacyjnej. Badanie, czy prawo materialne zostało właściwie zastosowane przez Sąd drugiej instancji jest możliwe po wykluczeniu uchybień procesowych, które mogłyby istotnie wpłynąć na ustaloną podstawę faktyczną rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 10 lutego 2012 r., II CSK 314/11, LEX nr 1130158), gdy stan faktyczny będący podstawą zaskarżonego wyroku jest niepodważalny (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 marca 1997 r., II CKN 18/97 – OSNC 1997, nr 8, poz. 112; z dnia 20 października 2004 r., IV CK

99/04, niepubl.; z dnia 24 kwietnia 2008 r., IV CSK 48/08, LEX nr 453129). Dlatego oparcie skargi kasacyjnej na podstawie procesowej (art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c.) wymaga nie tylko powołania przepisów postępowania, które zostały naruszone przez Sąd drugiej instancji, ale także wykazania, że następstwa tych naruszeń były tego rodzaju, iż kształtowały lub współkształtowały treść zaskarżonego orzeczenia. Chodzi bowiem nie tyle o sposób naruszenia przepisów postępowania, co o znaczenie naruszenia dla wyniku sprawy (wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 1997 r., I CKN 57/96, OSNC 1997/6-7/82; z dnia 17 marca 2006 r., I CSK 63/05, LEX nr 179971; z dnia 5 grudnia 2007 r., II PK 103/07, LEX nr 863973; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2011 r., I CSK 102/11, LEX nr 1133785).

W skardze brakuje wykazania, że nieustosunkowanie się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do apelacyjnego zarzutu naruszenia art. 328 k.p.c. miało wpływ na wynik sprawy. Ponadto, ponieważ uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego zawiera przedstawienie ustaleń faktycznych oraz tego, na jakich dowodach się one opierają, Sąd Apelacyjny nie miał podstawy do uznania zarzutu naruszenia art. 328 k.p.c. za zasadny. Dlatego nieustosunkowanie się przez ten Sąd w uzasadnieniu wyroku do zarzutu apelacji powoda w zakresie dotyczącym art. 328 k.p.c. nie miało wpływu na rozstrzygnięcie, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy uwzględnienia skargi kasacyjnej. Nie każde naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. wpływa na treść orzeczenia, a brak motywów Sądu Apelacyjnego w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 k.p.c. nie uniemożliwia kontroli kasacyjnej prawidłowości rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2011 r., I CSK 102/11).

Bezzasadny jest też zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. bezpośrednio w wyroku Sądu drugiej instancji. Zgodnie z tym przepisem uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W odniesieniu do wyroku wydanego po rozpoznaniu apelacji, uzasadnienie jego podstawy faktycznej może polegać na ocenie ustaleń Sądu pierwszej instancji.

Podzielający ustalenia Sądu pierwszej instancji Sąd rozpoznający apelację powinien w uzasadnieniu swego wyroku przedstawić stanowisko do tych ustaleń i ocen, które były kwestionowane przez apelującego (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 55/09, LEX nr 677890; z dnia 17 lipca 2009 r., IV CSK 110/09, LEX nr 518138; z dnia 30 września 2009 r., V CSK 95/09, LEX nr 688059). Jednakże, w niniejszej sprawie - z jednej strony - Sąd Apelacyjny nie zakwestionował ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, a - z drugiej - powód nie określił w skardze, jakie z okoliczności ustalonych przez Sąd Okręgowy kwestionował oraz jaki wpływ uwzględnienie konkretnych zastrzeżeń miałoby na zastosowanie przepisów prawa materialnego. Ponadto odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 233 k.p.c. należy zauważyć, że w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przedstawiono przekonywującą argumentację w zakresie oddalenia wniosków dowodowych powoda, jako odnoszących się do kwestii prawnych, a nie okoliczności faktycznych.

Bezasadny jest również zarzut naruszenia art. 382 k.p.c. w związku z art. 232 k.p.c. Sąd pierwszej instancji, a za nim Sąd Apelacyjny opierały się na dokumentacji zgromadzonej w aktach postępowania administracyjnego. Treść tych dokumentów była powodowi znana, stanowiły one podstawę decyzji wydanej w sprawie administracyjnej poddanej regułom postępowania administracyjnego w tym obowiązku zapewnienia stronie czynnego udziału i prawa do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów (art. 10 k.p.a.). Argumentacja skargi kasacyjnej nie odnosi się do dyspozycji wskazanych przepisów poprzestając na ogólnikowych stwierdzeniach o naruszeniu nie tych przepisów, ale ogólnych reguł postępowania. W związku z tak uogólnionym ujęciem zarzutu należy zwrócić uwagę na to, że sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu rozpoznając odwołanie dążyły do wyjaśnienia skonkretyzowanych zarzutów sformułowanych w odwołaniu w odniesieniu do decyzji Prezesa Urzędu (art. 479^{31a} § 1 i § 3 k.p.c.), a te poczynając od odwołania poprzez apelację na skardze kasacyjnej skończywszy odnosiły się niemalże w całości, do wadliwości prawnej oceny ustalonych w sprawie okoliczności faktycznych. Nie jest zasadny zarzut dotyczący zakresu postępowania dowodowego, sformułowany ogólnie, z powołaniem się na zasady procesowe i ciężar dowodu bez wykazania konkretnego znaczenia dla

rozstrzygnięcia sprawy odpowiednio sprecyzowanego zarzutu, np. nieuwzględnienia określonego dowodu.

Procesowe zarzuty skargi kasacyjnej okazały się bezzasadne. Nieuzasadnione okazały się także podniesione w skardze kasacyjnej powoda zarzuty składające się na jej materialną podstawę.

W pierwszej kolejności należy ocenić zasadność zarzutu odnoszącego się do relacji między wskazanymi w skardze przepisami ustawy o autostradach płatnych i wynikającymi z nich obowiązkami powoda, a wskazanymi w skardze przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Uznanie bowiem tego zarzutu za słuszny oznaczałoby, że zachowanie powoda, nie podlega w ogóle ocenie z punktu widzenia zgodności z zakazami wynikającymi z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rozpoznając powyższe zagadnienie należało wyjść od konstatacji zasady „zakresowej”, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje działalność przedsiębiorców na wszystkich dających się zidentyfikować rynkach. Zakres ten może być zawężony wprost przez ustawodawcę, jeżeli wyłącza on zastosowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję w odniesieniu do konkretnego rodzaju działalności gospodarczej lub na konkretnym rynku właściwym. Z judykatury Sądu Najwyższego wynika także, iż zakres zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może być zawężony w sposób dorozumiany, gdy przepisy innej ustawy w szczegółowy sposób normują zasady prowadzenia działalności gospodarczej lub funkcjonowania na danym rynku, narzucając przedsiębiorcom określony sposób postępowania (zob. w szczególności dotyczący zastosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do działalności podmiotów eksploatujących autostradę płatną wyrok Sądu Najwyższego z 25 kwietnia 2007 r., III SK 3/07, LEX nr 365055, a także wyroki z 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007/21-22, poz. 337; z 14 listopada 2008 r., III SK 9/08, LEX nr 479321; z 2 kwietnia 2009 r., III SK 36/08, OSNP 2010/23-24/302).

Bezzasadne jest podstawowe założenie skargi kasacyjnej, jakoby szczególne obowiązki powoda jako przedsiębiorcy zajmującego się eksploatacją autostrady A4 X.-Y. wyłączały go - w zakresie opłat pobieranych za przejazd autostradą - z reżimu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

Okoliczność, że powód uprawniony jest na podstawie przepisów prawa (ustawy o autostradach) do pobierania opłaty za przejazd autostradą nie oznacza, że sposób kształtowania wysokości tej opłaty przez powoda – czego dotyczy niniejsza sprawa – wyłączony jest spod zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wobec ustawowego (art. 37a ustawy o autostradach płatnych) ustanowienia zasady odpłatności za przejazd autostradą, oczywiste jest tylko to, że pobieranie opłaty za przejazd autostradą nie stanowi ograniczenia konkurencji. Podlegający kwalifikacjom według przepisów poświęconych ochronie konkurencji i ochronie konsumentów obowiązek uiszczenia opłaty za przejazd autostradą, nie przesądza jednak o niemożliwości obniżenia opłaty ze względu na szczególne okoliczności. Ustawa o autostradach płatnych nie określa wprost wysokości opłat za przejazd. Odsyła w tym zakresie do postanowień umów koncesyjnych oraz przepisów wykonawczych (art. 37d ust. 1). Normatywna regulacja zasad kształtowania opłat oraz ich zmiany wprowadzona została w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie opłat za przejazd autostradą (Dz.U. nr 102, poz. 1075, dalej jako „rozporządzenie w sprawie opłat”). Nie ma racji skarżący powołując się na rzekome pozbawienie koncesjonariusza autostrady możliwości dostosowania poziomu opłaty do obniżonej jakości świadczonej usługi w drodze jednostronnej decyzji gospodarczej. Przepisy rozporządzenia zawierają bowiem takie ograniczenia, uniemożliwiając jednostronne i samodzielne działanie koncesjonariusza autostrady jedynie w odniesieniu do podniesienia wysokości ustalonej stawki opłaty. Wynika to z § 3 zd. 2 rozporządzenia w sprawie opłat, który pozostawia *expressis verbis* w gestii swobodnego uznania gospodarczego powoda możliwość wprowadzania bonifikat w odniesieniu do opłat jednorazowych, bez potrzeby uzgadniania stosowania bonifikat z Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad oraz – wbrew wywodom skargi kasacyjnej – w oderwaniu od wpływu bonifikaty na poziom ruchu (§ 3 zd. 2 rozporządzenia w sprawie opłat). Przewidziane w § 3 zd. 2 rozporządzenia w sprawie opłat upoważnienie do jednostronnego wprowadzania bonifikat od opłat jednorazowych oznacza, że powód miał prawną możliwość wprowadzenia upustów od uzgodnionych w przewidzianym trybie stawek opłaty za przejazd. Upusty takie były stosowane przez

stronę powodową w celach promocyjnych (promocja zniżkowych godzin w czasie weekendu), tym bardziej ich zastosowania wymagała sytuacja „rekompensaty” niedogodności związanych z korzystaniem z autostrady w okresie uciążliwych remontów wydłużających znacząco czas przejazdu. Znaczenie „bonifikaty”, wyjaśniane przecież za pomocą takich słów jak „rabat, opust, zniżka” odnosi się w szczególności do motywu rekompensowania niedostatków świadczenia, za które pobierana jest cena.

Sąd Apelacyjny mógł zatem przyjąć, że powód miał prawną możliwość obniżenia faktycznie płaconej przez użytkowników stawki opłaty za przejazd autostradą (w stosunku do stawki ustalonej w zwykłej procedurze). Wprowadzenie bonifikaty nie wymagało zgody Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Niezasadny jest zatem argument powoda, zgodnie z którym o niemożności zmniejszenia poziomu faktycznie uiszczanych przez kierowców opłat przesądza brak w umowie koncesyjnej podstawy prawnej do wystąpienia przez powoda do Generalnego Dyrektora z wnioskiem o obniżenie stawek za przejazd w okresie remontu.

Nieuprawniona jest również kwalifikacja opłaty za przejazd autostradą jako daniny publicznej. Wykorzystanie przy realizacji zadania państwa, jakim jest tworzenie infrastruktury drogowej, umowy prawa prywatnego z przedsiębiorcą działającym na zasadzie ryzyka gospodarczego i dążącym do osiągnięcia satysfakcjonującego poziomu zwrotu z zaangażowanych środków finansowych nie zmienia prywatnoprawnej sytuacji zaangażowanego przedsiębiorcy. Na status opłaty za przejazd autostradą jako daniny publicznej nie wpływa to, że obowiązek pobierania opłaty został wprowadzony na mocy ustawy. Przepis art. 37a ust. 1 ustawy o autostradach stanowi tylko o obowiązku uiszczania opłaty przez każdego korzystającego z autostrady (z wyjątkiem normatywnie zwolnionych z tego obowiązku podmiotów). Ustawowo nałożony obowiązek uiszczania opłaty wiąże się z wyodrębnieniem spośród dróg publicznych, dróg o ograniczonej – przez fakt odpłatności – dostępności. Nie przesądza jednakże o tym, jak i przez kogo taka opłata będzie ustalana, pobierana i komu obowiązek jej uiszczania będzie przynosił korzyści ekonomiczne. Nie można również podzielić założenia skargi kasacyjnej, jakoby opłata za przejazd autostradą pobierana przez powoda służyła finansowaniu

publicznych potrzeb finansowych. Przychód z opłat służy pokryciu kosztów, jakie powód ponosi w związku z realizacją przedsięwzięcia gospodarczego na podstawie umowy zawartej z państwem. Opłata pobierana przez powoda na podstawie upoważnienia wynikającego z umowy koncesyjnej w wykonaniu ustawowego obowiązku, o którym mowa w art. 37a ust. 1 ustawy o autostradach przypada powodowi, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie budowy i eksploatacji autostrady i ponosi ryzyko finansowe tej działalności. Wyposażenie powoda w pewne (wymienione w skardze kasacyjnej) kompetencje w zakresie eksploatacji (zarządu) Autostrady nie wpływa na kwalifikację opłat za przejazd autostradą. Jest konieczne do zapewnienia powodowi możliwości realizacji jego zobowiązania określonego w umowie koncesyjnej co do udostępnienia drogi publicznej o określonych parametrach. Wykonywanie zadania publicznego przez podmiot prawa prywatnego na podstawie umowy nie powoduje, że samo zadanie przestaje mieć publiczny charakter; z drugiej strony nie oznacza transformacji przedsiębiorcy do sektora podmiotów prawa publicznego. Jednym z motywów prywatyzacji zadań publicznych, wskazywanym w piśmiennictwie, jest urynkowanie różnych dziedzin (z uwagi na synergii między interesem publicznym i prywatnym), podniesienie efektywności świadczenia usług dla ogółu czy też poszerzenie sfery, w której może być prowadzona działalność gospodarcza.

Zupełnie nieprzekonywujące są argumenty skargi wyprowadzane z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w zakresie pojęcia danin publicznych. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 września 2004 r., K 2/03 (OTK-A z 2004 r., nr 8, poz. 83) odnosi się do opłat o innym charakterze, niż opłaty za przejazd autostradą pobierane przez przedsiębiorcę celem sfinansowania projektu infrastrukturalnego. Z kolei w myśl wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 10 grudnia 2002 r., P 6/02 (OTK-A z 2002 r., nr 7, poz. 91) za daninę publiczną można uznać tylko opłatę za usługi świadczone przed podmiot prawa publicznego. W relewantnym dla sprawy stanie prawnym powód niewątpliwie nie posiadał takiego statusu. Nieuprawnione są zawarte w skardze kasacyjnej porównania przedmiotowych opłat z opłatami abonamentowymi operatora pocztowego, ponieważ operator pobiera te opłaty w imieniu i na rzecz Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w zamian za prowizję będącą jego wynagrodzeniem umownym za samą

usługę pobrania opłaty, a nie za „świadczenia” na rzecz ludności (nadawanie programów RTV), zapewniane dzięki środkom finansowym uzyskanym z opłat abonamentowych. Same zaś opłaty abonamentowe nie są określane przez nadawców publicznych, lecz przez Parlament w odpowiedniej ustawie.

Rozpoznając pozostałe zarzuty skargi kasacyjnej dotyczące prawa materialnego należało mieć na uwadze – co skarżący zdaje się ignorować – że przy zastosowaniu tych przepisów nie można odrywać się od ustaleń faktycznych stanowiących podstawę zaskarżonego orzeczenia (por. art. 398¹³ § 2 k.p.c.) oraz, że punktem wyjścia do zastosowania instytucji określonych w ustawie w zakresie zakazu praktyk ograniczających konkurencję jest kwalifikacja ustaleń faktycznych według tych przepisów (art. 9 ust. 2 pkt 1) z uwzględnieniem zawartych w ustawie definicji rynku właściwego (art. 4 pkt 9) i pozycji dominującej przedsiębiorcy (art. 4 pkt 10).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należało mieć na uwadze, że materialna podstawa skargi kasacyjnej nie powinna wykraczać poza granice prawnej kwalifikacji poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych.

Za rynek właściwy uznano w niniejszej sprawie rynek odpłatnego umożliwiania przejazdu odcinkiem autostrady A-4 X.-Y. Rynek ten ustalono w oparciu o analizę cech charakterystycznych autostrady (dwa pasy ruchu, bezkolizyjne skrzyżowania, prędkość maksymalna, odpłatność), odróżniających ten rodzaj od innych dróg publicznych. Uwzględniono również rodzaj i zakres terytorialny działalności prowadzonej przez powoda. Mając powyższe na względzie nie można zarzucić Sądowi Apelacyjnemu popełnienia błędu przy wykładni pojęcia rynku właściwego z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku prawidłowo przyjęto konieczność uwzględnienia wymiaru produktowego i geograficznego rynku właściwego z uwzględnieniem takich kryteriów jak właściwość towaru oraz cena. Nie jest natomiast przekonująca kwalifikacja rynku właściwego – według skarżącego – wyłącznie według kryterium przeznaczenia (celu) przedmiotowej usługi. Sugerowane w skardze rozszerzenie rynku właściwego na drogi równoległe, połączenia kolejowe oraz połączenia autobusowe wskazuje na okoliczności, które dotyczyłyby rynku właściwego dla

usług transportowych i konkurencji w tego rodzaju usługach, a nie rozstrzygnięciu kwestii, odnoszącej się do autostrady płatnej jako szczególnego środka takich usług, specyficznego w tym, że chodzi o usługę udostępnienia przejazdu autostradą. Nie ulega zaś wątpliwości, że dla takiej usługi nie ma substytutu na rynku, ponieważ między X. i Y. brak zarówno alternatywnej płatnej drogi, jak i drogi o parametrach zbliżonych do autostrady.

W powołanych przez powoda decyzjach Komisji Europejskiej nie wypowiedziano się autorytatywnie w kwestii wyznaczania rynku właściwego w takich sprawach jak niniejsza. Wskazano jedynie na potrzebę każdorazowej analizy, czy inne możliwości przemieszczania się (transportu) między dwoma punktami, stanowią substytut względem drogi płatnej. W tym zakresie należy odnotować, że w praktyce obcej przyjmuje się, że substytutem drogi płatnej jest inna droga płatna o takich samych lub zbliżonych parametrach, którą można się przemieścić w to samo miejsce. I tak za substytuty uznano autostrady płatne (decyzja portugalskiego organu ochrony konkurencji DOPC-22/2005, *Via Oeste (Brisa)-Auto-Estradas do Oeste/Auto-Estradas do Atlântico* z 10 kwietnia 2006 r.) czy też odpłatne drogi ekspresowe z przeprawami mostowymi łączące Chicago z Indianą (*Endsley III v. City of Chicago*, 30 F.3d 276). Powyższe sugeruje, że odpłatność za korzystanie z autostrady w połączeniu ze znaczącą różnicą w standardzie autostrady oraz „konkurencyjnych” dróg krajowych, stanowią dostateczne kryteria różnicujące pozwalające na zakwalifikowanie płatnej autostrady do odrębnego rynku właściwego. Należy również zauważyć, że uwzględnienie argumentacji powoda w zakresie zaliczenia alternatywnych nieodpłatnych dróg publicznych do rynku właściwego w niniejszej sprawie prowadziłoby do uwzględnienia w ramach jednego rynku właściwego „towaru” oferowanego na komercyjnych zasadach (autostrada płatna zarządzana przez przedsiębiorcę) z towarem oferowanym przez państwo w oderwaniu od zasad rynkowych.

Konsekwencją oddalenie zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest uznanie zarzutu naruszenia art. 4 pkt 9 tej ustawy za bezzasadny. S. Autostrada S.A. jest wyłącznym koncesjonariuszem płatnej autostrady A-4 na odcinku X.-Y., w związku z czym na rynku właściwym

umożliwiania przejazdu tą autostradą nie może działać żaden konkurent i wyłączone są z tego powodu mechanizmy konkurencji na tym rynku. Wyłączenie powoda na działalność na wyznaczonym w niniejszej sprawie rynku właściwym jest konsekwencją rozstrzygnięć w wyniku postępowania koncesyjnego zapadłych na rynku ubiegania się o świadczenie usług zarządzania autostradą płatną. W niniejszej sprawie nie zarzuca się powodowi podjęcia działań godzących w aktualnych lub potencjalnych konkurentów, lecz czerpanie nieuzasadnionych korzyści z posiadanej pozycji rynkowej.

Bezpodstawny okazał się także zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. U podstaw zaskarżonego wyroku znajduje się założenie, zgodnie z którym pobierana przez powoda opłata w czasie remontów i modernizacji odcinka autostrady A-4 była nieuczciwa, ponieważ nie była opłatą ekwiwalentną do jakości świadczonej przez powoda usługi. Przez cały uwzględniony w wydanej przez Prezesa Urzędu decyzji okres powód pobierał bowiem opłatę za przejazd autostradą w jednakowej wysokości, niezależnie od tego czy na całej długości eksploatowanego przez powoda odcinka autostrady A-4 X.-Y. oferowano użytkownikom możliwość przejazdu po drodze spełniającej parametry przewidziane w odpowiednich przepisach prawa dla autostrad, czy też okresowo na krótszych lub dłuższych odcinkach eksploatowanej przez powoda autostrady obowiązywały różnego rodzaju utrudnienia i ograniczenia w ruchu spowodowane prowadzonymi pracami remontowymi, a w szczególności zaś ich skalą.

W modelowych warunkach stanu konkurencji wolnej od zakłóceń można przyjąć, że mechanizm rynkowy zakłada dobrowolność zawierania transakcji, zatem żaden z uczestników rynku po stronie podaży nie może zmusić innego uczestnika rynku po stronie popytu do zawarcia umowy na warunkach nieakceptowalnych dla tego ostatniego. Klient nabędzie tylko taki towar, którego cena (ewentualnie jakość lub inne istotne dla nabywcy parametry) odpowiada warunkom brzegowym, na jakich jest on skłonny zawrzeć umowę. Odnosząc powyższe założenie do rynku właściwego w niniejszej sprawie, jeżeli klient decyduje się na skorzystanie z usługi udostępnienia przejazdu autostradą płatną, oznacza to, że akceptuje poziom odpłatności za przejazd z uwagi na korzyści, jakie

przynosi mu możliwość przemieszczenia się między X. a Y. po drodze o określonych parametrach jakościowych. Korzyściami tymi w przypadku przejazdu autostradą są niewątpliwie wyższy komfort podróży (dwa pasy jezdni, łatwość wyprzedzania, bezkolizyjne skrzyżowania, wyższy poziom bezpieczeństwa, płynniejsza jazda) oraz – z założenia – krótszy czas podróży. W sytuacji, gdy z powodów leżących po stronie podmiotu eksploatującego autostradę płatną dochodzi do znacznego ograniczenia, a nawet eliminacji tych modelowych korzyści nabywców usługi, pojawia się kwestia uczciwego charakteru ceny pobieranej przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku właściwym udostępniania możliwości przejazdu autostradą płatną.

Argumentacja zawarta w skardze kasacyjnej w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opiera się na założeniu, zgodnie z którym jeżeli konsument usługi świadczonej przez powoda posiada w momencie podejmowania decyzji o skorzystaniu z tej usługi informacje o warunkach jej świadczenia (w niniejszej sprawie byłyby to informacje o utrudnieniach spowodowanych remontem), a mimo to decyduje się na skorzystanie z usługi powoda, wówczas dobrowolnie godzi się na uiszczenie opłaty w zamian za możliwość przejazdu autostradą, mimo iż odnosi mniejsze korzyści w porównaniu do warunków przejazdu zarządzaną przez powoda autostradą w okresie wolnym od remontów.

Powyższe założenie nie uwzględnia jednak tego, że prawna instytucja zakazu nadużywania pozycji dominującej poprzez narzucanie nieuczciwych cen służy kontroli zachowań przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą w zakresie polityki cenowej prowadzonej względem klientów. Wówczas zobiektywizowana ocena ekwiwalentności świadczeń obu stron służy weryfikacji, czy przedsiębiorca nie spotykający się z presją konkurentów lub klientów, nie czerpie z posiadanej pozycji rynkowej korzyści gospodarczych, które w modelu społecznej gospodarki rynkowej nie znajdują uzasadnienia. Opłata za przejazd autostradą jest w tym ujęciu ekwiwalentem za wyświadczenie usługi o określonych normatywnie parametrach. O ile nie można uznać, by teoretyczny czas przejazdu autostradą płatną stanowił zawsze oraz sam z siebie właściwy wyznacznik ekwiwalentności świadczenia podmiotu eksploatującego autostradę, o tyle może on

dostarczać wskazówek w przedmiocie oceny poziomu cen powoda z perspektywy naruszenia przez niego art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Mianowicie opłata w pełnej wysokości, jak trafnie przyjął Sąd Apelacyjny, stanowi ustalony przez powoda (w trybie przewidzianym w umowie koncesyjnej, rozporządzeniu w sprawie opłat oraz ustawie o autostradach płatnych) ekwiwalent za świadczoną przez niego usługę. W niniejszej sprawie nie kwestionuje się tego poziomu, czy to z punktu widzenia ceny rażąco wygórowanej czy nieuczciwej. Usługą tą jest umożliwienie przejazdu drogą publiczną mającą nie tylko formalny status autostrady, ale przede wszystkim spełniającą określone parametry jakościowe. Przejazd taką drogą należy traktować jako transakcję referencyjną. Przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą uzyskuje opłaty, które w świetle przeprowadzonej przez niego kalkulacji, zapewniają mu pokrycie kosztów eksploatacji autostrady oraz rokuje możliwość uzyskania satysfakcjonującego poziomu zwrotu z inwestycji. Z kolei użytkownik autostrady uzyskuje w zamian za uiszczoną opłatę wspomniane powyżej korzyści z przemieszczania się po drodze płatnej. Obie strony umowy odnoszą w tej sytuacji korzyści z zawartej transakcji. W takich warunkach cena (opłata za przejazd) stosowana przez podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku udostępniania możliwości przejazdu autostradą płatną jest uczciwa.

Odnosząc powyższe założenia co do sposobu ustalania, czy cena stosowana przez powoda była uczciwa w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należy podkreślić, że aczkolwiek w okresie remontu autostrada nie traci statusu autostrady, jednakże remont autostrady płatnej, w zależności od organizacji i intensywności prac może powodować (w zależności od skali prac), że powód nie będzie świadczył użytkownikom usługi pozwalającej im odnieść korzyści, jakie należy łączyć z korzystaniem z płatnej autostrady w transakcji referencyjnej. Wówczas dochodzi do zaburzenia wspomnianego powyżej, modelowego rozkładu korzyści odnoszonych przez obie strony transakcji. W rezultacie cena pobierana przez przedsiębiorcę takiego jak powód, może zostać uznana za obiektywnie nieuczciwą. Nie zapewnia bowiem użytkownikom takiego poziomu korzyści, jak w „zwykłych” warunkach świadczenia usługi, to jest gdy na autostradzie nie są prowadzone uciążliwe prace remontowe.

W konsekwencji należy uznać za nieuczciwe pobieranie opłaty za świadczone usługi w takiej samej wysokości od wszystkich usługobiorców niezależnie od jakości świadczonej usługi. Nieuczciwość ta odnosi się przy tym wyłącznie do tych usługobiorców, którzy uiszcili „standardową” opłatę w okresie świadczenia przez powoda usługi o gorszych parametrach. Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny zasadnie uznał zachowanie powoda za praktykę polegającą na narzucaniu nieuczciwych cen z art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do wysokości nałożonej kary Sąd Apelacyjny uwzględnił nie tylko to, że kara ta odpowiada niespełna 1% przychodu powoda, ale uwzględnił także okoliczności sankcjonowanego naruszenia prawa oraz fakt nie zaprzestania stosowania zawyżonej opłaty pomimo skarg konsumentów. Zarzuty skargi dotyczące art. 106 w związku z art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie odnoszą się do powyższych przesłanek zastosowania w sprawie wskazanych przepisów. Skarżący upatruje natomiast niewłaściwego zastosowania tych przepisów ze względu na „bezcelowość ukarania”. Bezcelowości ukarania upatruje się w: 1) pominięciu przez Sąd Apelacyjny przesłanki winy; 2) uzasadnionych wątpliwości przedsiębiorcy, czy jego zachowanie stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. Ponadto, powołuje się na występowanie w sprawie okoliczności uzasadniających obniżenie kary pieniężnej w postaci 1) konieczności ponoszenia wysokich nakładów stałych na realizację umowy koncesyjnej; 2) orzecznictwo Sądu Apelacyjnego, który karę w wysokości 42 milionów złotych, stanowiącą 0,05% przychodu przedsiębiorcy uznał za karę wygórowaną z uwagi na lokalny charakter stosowanej przez ukaranego praktyki.

Nieprzekonywująca jest argumentacja skargi, jakoby przedsiębiorca korzystający ze specjalnego statusu na rynku właściwym prowadził działalność w usprawiedliwionym przekonaniu, że nie podlega rygorom ustawy antymonopolowej z racji uregulowań prawnych odnoszących się do działalności gospodarczej polegającej na budowie i eksploatacji autostrady płatnej. Podobnie nieprzekonywujące jest powołanie się na inną sprawę, rozstrzygniętą w odniesieniu do zdecydowanie innych okoliczności faktycznych. Nie mogło odnieść skutku powołanie się, zresztą ogólnikowe, na nieobjętą podstawą faktyczną zaskarżonego

wyroku (por. art. 398¹³ § 1 i 2 k.p.c.) okoliczność dotyczącą „rentowności” działalności gospodarczej strony powodowej.

Mając powyższe na względzie, wobec bezzasadności podstaw skargi kasacyjnej, Sąd Najwyższy - zgodnie z art. 398¹⁴ k.p.c. - orzekł jak w sentencji.