



Sygn. akt III SK 67/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 października 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

Protokolant Grażyna Grabowska
w sprawie z powództwa PKP Cargo Spółki Akcyjnej z siedzibą w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z udziałem zainteresowanego C. Logistics Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w W.

o ochronę konkurencji,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 3 października 2013 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 20 marca 2012 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok oraz poprzedzający go wyrok Sądu
Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z dnia 9 maja 2011 r. i przekazuje sprawę temu sądowi do
ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach
postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 7 lipca 2009 r. DOK-3/2009 uznał za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako uokik z 2000 r.) nadużywanie przez PKP Cargo S.A. (powód) pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji przez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej powoda i nakazał jej zaniechanie. Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w kwocie 60.362.071,69 zł.

Powód zaskarżył powyższą decyzję odwołaniem w całości. Zaskarżonej decyzji zarzucił naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj. art. 107 § 1 k.p.a.; art. 7, 10 i 107 § 3 k.p.a. poprzez doręczenie powodowi egzemplarza decyzji nie zawierającego informacji stanowiących integralną część jej uzasadnienia; art. 107 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 uokik z 2000 r.; art. 7 k.p.a. oraz art. 233 k.p.c.; art. 4 pkt 10 uokik z 2000 r.; art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., art. 90 uokik z 2000 r. w związku z art. 108 § 1 k.p.a.; art. 7 k.p.a.; art. 101 ust. 1 pkt 1 i art. 104 uokik z 2000 r. poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów uokik.

Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 9 maja 2011 r., oddalił odwołanie powoda, opierając się na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej.

Powód świadczy usługi przewozu koleją. Na dzień 31 października 2008 r. licencje na dokonywanie przewozów ładunków koleją posiadało 77 przedsiębiorców, zaś 45 przewoźników faktycznie wykonywało taką działalność. Powód świadczy usługi na podstawie Regulaminu sprzedaży, który obowiązuje od 1 lipca 2008 r., a wcześniej na podstawie „Zasad sprzedaży usług przewozów

towarowych. Na rynku zdefiniowanym jako krajowy rynek kolejowych przewozów towarowych w 2008 r. powód przewoził 48,48% ładunków, zaś uwzględniając odległość, tzw. tona-kilometry – 70,52%. W roku 2007 udział powoda wynosił odpowiednio 49,282% oraz 75,396%. W Zasadach sprzedaży w wersji obowiązującej od 1 maja 2006 r. i w kolejnych obowiązujących od 1 lipca 2007 r. powód oferował realizację usług przewozowych na zasadach ogólnych, 2) z zastosowaniem umów specjalnych oraz 3) z zastosowaniem umów wieloletnich. Usługi realizowane na zasadach ogólnych są najdroższe. Do 31 grudnia 2008 r. powód przy umowach zawieranych na zasadach ogólnych stosował upust stały w wysokości 25% od opłaty określonej w Zasadach. Usługi realizowane w ramach umów specjalnych miały na celu ukształtowanie stabilnych i stałych zasad świadczenia usług z kontrahentami w okresie od 3 do 12 miesięcy. Usługi te świadczone były przy zastosowaniu upustów określonych w Zasadach sprzedaży. Umowy specjalne zawierano z klientami zlecającymi do przewozu określoną ilościowo masę towarów w poszczególnych kwartałach. W usługach tych przyznawane upusty podstawowe oraz dodatkowe. Podstawowe ustalono od opłaty z tytułu przewoźnego z uwzględnieniem sumy masy rzeczywistej towaru przewiezionego w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych. Upust podstawowy był taki sam przez cały okres obowiązywania umowy specjalnej. Upust dodatkowy uzależniono od wielkości zadeklarowanej masy towaru w stosunku do masy faktycznie przewiezionego w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Jego wysokość wynosiła od 2 do 6%. W ramach umowy specjalnej klient zobowiązywał się do zlecenia do przewozu powodowi w okresie trwania umowy ilości masy towarów w rozbiu na kwartały, przesyłania miesięcznych harmonogramów przewozów całopociągowych w określonym terminie oraz dokonywania ewentualnej korekty harmonogramów przewozów z odpowiednim wyprzedzeniem. Upusty i inne warunki handlowe określano w wyniku negocjacji, po uwzględnieniu szeregu czynników. Powód wielokrotnie zmieniał Zasady sprzedaży. Na skutek zmiany wprowadzonej od dnia 1 lipca 2007 r. umowy wieloletnie i specjalne zastąpiono umowami handlowymi, w ramach których powód świadczy usługi na zasadach szczególnych. Z dniem 1 lipca 2008 r. Zasady sprzedaży zostały zastąpione przez Regulamin sprzedaży. Mimo tych zmian Zasady sprzedaży zawierały niezmiennie postanowienie dotyczące

zasad współpracy powoda z przewoźnikiem uznanym za konkurenta – wszelkie przewozy dla kontrahenta mającego status konkurenta mogły być świadczone wyłącznie na zasadach ogólnych z wyłączeniem towarów nieprzewożonych przez konkurenta oraz z możliwością wypowiedzenia umów wieloletnich i handlowych.

Uznając odwołanie za bezzasadne, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego przeprowadzenie postępowania administracyjnego jest warunkiem dopuszczalności drogi sądowej. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć się przy rozpoznawaniu sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzanie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór powstały po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia strony możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad k.p.c. W ocenie Sądu Okręgowego, gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Okręgowy ma za zadanie zbadać wszechstronnie wszystkie istotne okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym.

Sąd Okręgowy uznał, że powód w odwołaniu nie przedstawił żadnych konkretnych faktów istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych. Sąd Okręgowy uznał także, że brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., poprzez uznanie, że działanie powoda polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. Dyskryminacyjne działanie polegającej na odmowie zawierania umów na zasadach szczególnych znacząco pogarsza

możliwość rozwoju konkurencji. Konkurenci nie mają możliwości uzyskania upustów, mimo że spełniają wszystkie warunki jak podmioty nie będące konkurentami powoda. Skoro w określonych warunkach powód ma mniejsze koszty świadczenia usługi, uzasadnia niższe oczekiwania cenowe, to nie ma znaczenia, czy podmiot zlecający usługę jest konkurentem powoda, czy nie. Odmowa przyznania analogicznych upustów zmierza do stworzenia konkurentom istotnie gorszych warunków działalności, co w konsekwencji tworzy barierę dla rozwoju konkurencji, a przez to narusza art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.

Odnosząc się do wysokości kary pieniężnej Sąd Okręgowy uznał z kolei, że wymierzona kara stanowi 11,1% jej maksymalnego ustawowego wymiaru, zatem należy uznać, że została wymierzona w dolnych granicach zagrożenia ustawowego. Dwuletni okres stosowania niedozwolonej praktyki należy uznać za znaczny. Powód jest profesjonalistą, dlatego niepodobna uznać, że nie miał świadomości skutków swojego działania. Zasady Regulaminu sprzedaży jednoznacznie wskazują, że świadomym celem powoda było tworzenie istotnie gorszych warunków korzystania z usług powoda podmiotom uznanym za konkurentów.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie art. 9 § 1 w związku z art. 479 § 1 i 2 k.p.c., poprzez przyjęcie, że powodowi można było nie doręczyć załącznika nr 2 do decyzji DOK-3/2009, co skutkuje nieważnością postępowania w wyniku pozbawienia powoda możliwości obrony swoich praw; art. 236 w związku z art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., przez wydanie zaskarżonego wyroku na podstawie twierdzeń Prezesa Urzędu zawartych w decyzji DOK-3/2009, co do których Prezes Urzędu nie zgłosił odpowiednich wniosków dowodowych, a Sąd Okręgowy nie wydał żadnego postanowienia o przeprowadzeniu dowodu; art. 210 § 3 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.a.; art. 328 § 2 k.p.c., poprzez brak ustalenia istotnych dla wyniku postępowania faktów, niewskazanie dowodów, na których Sąd Okręgowy oparł rozstrzygnięcie, braku jednoznacznego wyjaśnienia, czy wyrok został wydany na podstawie przepisów uokik 2000 czy uokik 2007; art. 479^{31a} § 1 k.p.c. poprzez zastosowanie zamiast art. 479^{31a} § 3 k.p.c., poprzez oddalenie odwołania w sytuacji, gdy zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania jest niedopuszczalna; art. 104 uokik z

2000 r., poprzez przyjęcie, że dopuszczalne jest utrzymanie kary pieniężnej w wysokości określonej w decyzji Prezesa Urzędu przy jednoczesnym ustaleniu znacznie krótszego okresu trwania zakazanej praktyki; art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.; art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r., art. 4 pkt 9 uokik z 2000 r., art. 101 ust. 1 pkt 1 oraz art. 104 uokik z 2000 r., poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 20 marca 2012 r., oddalił apelację powoda, podzielając stanowisko Sądu Okręgowego, zarówno co do ustaleń faktycznych, jak i oceny prawnej materiału dowodowego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 § 1 w zw. z art. 479³³ § 1-2 k.p.c. i art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r., Sąd Apelacyjny podniósł, że na podstawie art. 62 uokik z 2000 r. Prezes Urzędu mógł ograniczyć powodowi wgląd do materiału dowodowego sprawy. W niniejszej sprawie w decyzji Prezesa Urzędu wskazano, że załączniki nr 1 i 2 do decyzji zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Powodowi udostępniono wersję jawną załącznika nr 1. Informacje ujęte w załącznikach pochodziły z materiału dowodowego objętego ograniczeniem udostępniania go. Wobec tego należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że zawarcie tych informacji w załączniku do decyzji nie zmienia ich charakteru jako niejawnych dla powoda. Powód nie kwestionował ponadto zastosowania art. 62 uokik z 2000 r., nie można zatem zgodzić się z powodem, że nieprzesłanie mu wraz z decyzją załączników pozbawiło go prawa do obrony.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 479¹⁴ § 2 w związku z art. 236 k.p.c., Sąd Apelacyjny uznał z kolei, że w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w toku postępowania administracyjnego. Dowody zebrane w toku postępowania, wraz z ewentualnymi dowodami przeprowadzonymi przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, podlegają ocenie, która to ocena znajduje wyraz w wyroku sądu. Dlatego też powód nie może skutecznie podnosić zarzutu, że Prezes Urzędu rozstrzygnął sprawę niniejszą jedynie na podstawie twierdzeń Prezesa Urzędu bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, bowiem pozwany w odpowiedzi na odwołanie nie zawnioskował o przeprowadzenie jakichkolwiek dowodów.

Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał zaś zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c., poprzez jego niezastosowanie ze względu na nieuchylenie decyzji Prezesa Urzędu z powodu zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego rację ma Prezes Urzędu, twierdząc, że brak wyraźnego zakazu wydawania przez organ postanowienia zmieniającego postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego.

Odwołując się do stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r., III SK 44/04, Sąd drugiej instancji przyjął, że do sądu należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego na podstawie wyjaśnienia podstawy faktycznej. Apelujący nie może zasadnie powoływać się na ewentualne błędy proceduralne postępowania administracyjnego. Ponadto odesłanie w art. 126 k.p.a. do odpowiedniego stosowania przepisów k.p.a. dotyczących decyzji do postanowień, na które przysługuje zażalenie, oznacza dopuszczalność wznowienia postępowania w sprawach zakończonych takimi postanowieniami oraz stwierdzenia ich nieważności. Z odesłania tego wynika, że nie jest możliwa zmiana lub uchylene takich postanowień na podstawie art. 154, 155 i 161 k.p.a.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r., Sąd Apelacyjny stwierdził, że przepis ten ma charakter ogólny, a jednocześnie stanowi swego rodzaju klauzulę generalną zakazującą stosowania praktyk godzących w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji. Przepis ten daje więc swobodę w dokonaniu oceny i uznaniu innych, poza wymienionymi w art. 8 uokik z 2000 r., praktyk jako nadużycia pozycji dominującej. Negatywne oddziaływanie na rynek spedycji w niniejszej sprawie ma miejsce zarówno wówczas, gdy działania powoda prowadzą wprost do wyeliminowania z rynku określonych spedytorów, jak i wtedy gdy przewoźnik czyni to pośrednio oferując warunki nie do przyjęcia dla spedytora. W ocenie Sądu Apelacyjnego, nie budzi wątpliwości, że stosowana przez powoda praktyka w stosunku do jego konkurentów spełnia przesłanki art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. Nie można uznać za uzasadnioną argumentacji powoda, jakoby sprawą decydującą dla udzielenia upustów były koszty związane z realizacją zlecenia przewozów. Gdyby takie kryterium wchodziło w grę, powód nie posługiwałby się pojęciem konkurenta. Skoro jednak powód odmawiał udzielenia

upustów swoim konkurentom, to przyjąć należy, że w tym zakresie wykorzystywał swoją pozycję dominującą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 101 oraz 104 uokik z 2000 r. Sąd Apelacyjny wskazał na funkcję represyjną, prewencyjną oraz wychowawczą kary pieniężnej. Podkreślił przy tym, iż Prezes Urzędu, prowadząc określoną politykę karania, wskazuje uczestnikom rynku, jakie działania uznaje za niepożądane, a jakie budzą jego aprobatę. Gdy organ w toku postępowania stwierdzi, że przedsiębiorca nadużył pozycji dominującej, to taka sytuacja będzie podstawą do nałożenia kary pieniężnej. Kara może być nałożona zarówno w sytuacji, gdy przedsiębiorca kontynuuje bezprawne działania, jak i w sytuacji w której praktyka zostaje zaniechana. Kara pieniężna orzekana na podstawie art. 101 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r. ma charakter kary dodatkowej w tym znaczeniu, że zwiększa dolegliwość kary zasadniczej, to jest nakazu zaniechania stosowania praktyki. Dlatego uchylenie decyzji w tym zakresie może nastąpić w przypadku dojścia przez Sąd Okręgowy do przekonania, że nie zachodzą powody do zastosowania art. 101 uokik z 2000 r., bądź że w świetle materiału dowodowego byłoby niecelowe nakładanie takich kar dla wzmocnienia dolegliwości kary zasadniczej.

Naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej może nastąpić nieumyślnie. Kara także może zostać nałożona w przypadku nieumyślnego naruszenia. Brak winy naruszcyciela, rozumianej jako zamiar działania niezgodnego z przepisami ustawy stanowi okoliczność, która ma wpływ na wymiar kary, w szczególności na ustalenie jej wysokości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, postanowienie zawarte w Regulaminie sprzedaży wskazuje jednoznacznie, że świadomym celem powoda było stworzenie gorszych warunków korzystania z usług powoda podmiotom uznanym za konkurentów. Powód działał w obronie własnej pozycji rynkowej. Okoliczność ta winna mieć wpływ na wymiar kary pieniężnej. Biorąc pod uwagę pozycję rynkową powoda, wysokość dochodów, określenie wysokości kary na poziomie 11% maksymalnego ustawowego zagrożenie nie sposób uznać kary za nadmiernie wygórowaną.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości i wniósł o jego uchylenie w całości wraz z wyrokiem Sądu Okręgowego w W. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu wraz z

pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania kasacyjnego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania kasacyjnego.

W ramach procesowej podstawy skargi powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1) art. 9 § 1 w zw. z art. 479³³ § 1-2 k.p.c. i art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r., poprzez przyjęcie, że powodowi można było nie doręczyć lub uniemożliwić wgląd do załącznika nr 2 do decyzji DOK-3/2009, gdy załącznik ten stanowi integralną część uzasadnienia zaskarżonej decyzji, a nie materiał dowodowy w sprawie; 2) art. 479¹⁴ § 2 w związku z art. 382 i 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie, że odpowiedź Prezesa Urzędu na odwołanie od decyzji administracyjnej nie podlega rygorom przewidzianym dla odpowiedzi na pozew i w rezultacie oparcie rozstrzygnięcia na dowodach (bez wskazania jakich), które były objęte prekluzją dowodową; 3) art. 236 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie, że twierdzenia Prezesa Urzędu w sprawie z zakresu ochrony konkurencji nie podlegają ogólnym zasadom postępowania dowodowego w zakresie formalnego dopuszczenia dowodów i w rezultacie wydanie zaskarżonego wyroku w oparciu o twierdzenia Prezesa Urzędu zawarte w decyzji i odwołujące się do znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego dokumentów, co do których nie zostało wydane żadne postanowienie o przeprowadzeniu dowodu i które nie zostały w ogóle przywołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku; 4) art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie dopuszczalności niewskazania dowodów, na jakich Sąd Apelacyjny oparł zaskarżone rozstrzygnięcie, braku jednoznacznego wyjaśnienia w jakim zakresie zaskarżone orzeczenie zostało wydane w oparciu o normy materialne zawarte w starej ustawie; 5) art. 385 k.p.c., przez oddalenie apelacji powoda, pomimo naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. wskutek przyjęcia błędnej wykładni art. 110 k.p.a. w związku z art. 44 ust. 1 i art. 84 ust. 3 uokik z 2000 r. oraz art. 126 k.p.a., poprzez uznanie, że dopuszczalna jest zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego na wniosek jednej z jego stron i tym samym zmiana zakresu przedmiotowego postępowania już po jego wszczęciu i zawiadomieniu o tym stron, co wpłynęło na zakres kognicji Sądów obu instancji; 6) art. 385 k.p.c., poprzez jego

zastosowanie zamiast art. 386 § 4 k.p.c., pomimo naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 479^{31a} § 1 i 3 k.p.c. wskutek błędnej wykładni art. 84 ust. 1 i art. 86 uokik z 2000 r. przez przyjęcie, że skoro do postępowań wszczętych na podstawie starej ustawy i niezakończonych do dnia wejścia w życie nowej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, to wniosek C. Logistics Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2008 r. mógł być potraktowany jako wniosek o wszczęcie postępowania, ewentualnie jego zmianę, a nie jako zawiadomienie o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, w wyniku czego wyrok został wydany w sprawie, która częściowo nie mogła być objęta postępowaniem antymonopolowym wszczętym przez Prezesa Urzędu w dniu 15 grudnia 2006 r., w stosunku do podmiotu, który nie mógł posiadać statusu strony postępowania; 7) art. 321 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., poprzez orzeczenie o innej praktyce, niż zarzuca w skarżonej decyzji (rynek spedycji zamiast rynku przewozu towarów koleją oraz „niestosowanie wobec wszystkich kontrahentów niższych cen pomimo ponoszenia mniejszych kosztów świadczenia usług” zamiast „przeciwdziałanie przez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych”); 8) art. 217 § 2 k.p.c. i art. 227 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c., poprzez przyjęcie dopuszczalności wydania wyroku bez przeprowadzenia postępowania dowodowego i pominięcie wniosków dowodowych na okoliczność braku winy umyślnej powoda w naruszeniu przepisów uokik z 2000 r.

Prezes Urzędu i zainteresowany wnieśli o oddalenie skargi kasacyjnej powoda.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Skarga kasacyjna powoda opiera się na obu wskazanych w art. 398³ § 1 pkt 1-2 k.p.c. podstawach zaskarżenia, dlatego w pierwszej kolejności należy zbadać, czy zasadne są zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisów prawa procesowego.

Na wstępie wypada przypomnieć, że w postępowaniu kasacyjnym rolą Sądu Najwyższego jest dokonanie w interesie publicznym kontroli prawidłowości wykładni

i stosowania przepisów postępowania przez Sąd drugiej instancji. W sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie jest możliwe dokonanie przez Sąd Najwyższy, rozpoznający merytorycznie skargę kasacyjną, bezpośredniej oceny prawidłowości zastosowania przepisów postępowania przez Prezesa Urzędu oraz Sąd Okręgowy w W. – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Ocena taka możliwa jest jedynie pośrednio, poprzez weryfikację procesu wykładni i stosowania przepisów proceduralnych stosowanych przez Sąd drugiej instancji. Ponadto, zgodnie z unormowaniem wynikającym z art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., uwzględnieniu przez Sąd Najwyższy mogą podlegać jedynie takie zarzuty naruszenia przepisów postępowania przez Sąd drugiej instancji, które miały istotny wpływ na wynik sprawy.

Procesowe zarzuty skargi powoda koncentrują się na dwóch zasadniczych problemach prawnych dotyczących podstaw funkcjonowania sądowego modelu kontroli działalności Prezesa Urzędu, a mianowicie zakresu kognicji sądów orzekających w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu w odniesieniu do zarzutów naruszenia przez organ antymonopolowy przepisów postępowania administracyjnego oraz zasad postępowania dowodowego w ramach kontradyktoryjnego postępowania sądowego w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu. Dodatkowo obejmują kwestie intertemporalne wynikłe w związku z wejściem w życie w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu, zakończonego zaskarżoną w niniejszej sprawie decyzją, przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, dalej jako uokik z 2007 r.).

Począwszy od odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu, inicjującego postępowanie sądowe w niniejszej sprawie, zasadnicza część argumentacji stron postępowania oraz Sądów obu instancji odnosiła się do zagadnienia, czy sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu mogą, kierując się zarzutami odwołania i kolejnych środków zaskarżenia, weryfikować prawidłowość procedowania przez Prezesa Urzędu na etapie postępowania administracyjnego poprzedzającego wydanie decyzji i przeniesienie sprawy na drogę sądową skutkiem wniesienia odwołania. U podstaw zaskarżonego wyroku, podobnie jak u podstaw orzeczenia Sądu Okręgowego w W., leży założenie – mające oparcie w

orzecznictwie Sądu Najwyższego – co do pierwszoinstancyjnego charakteru postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który jako sąd merytoryczny nie uwzględnia zarzutów proceduralnych formułowanych w odniesieniu do postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu. Ta linia orzecznicza, podsumowana w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, od pewnego czasu krytykowana jest w doktrynie. Wskazuje się tam, że traktowanie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako sądu merytorycznego nie powinno wykluczać uwzględniania przez ten Sąd zarzutów o charakterze proceduralnym. Przedmiotem merytorycznej oceny Sądu powszechnego powinny być bowiem dowody zgromadzone i ustalenia poczynione w prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu antymonopolowym. Ponadto, przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowania sądowego w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie wyłączają w żaden sposób możliwości weryfikacji respektowania przez Prezesa Urzędu standardów proceduralnych. Wreszcie, naruszenia proceduralne uwzględniane są przez Sądy obu instancji orzekające w identycznych rodzajowo sprawach z odwołania od decyzji regulatorów rynku komunikacji elektronicznej oraz rynku energetycznego.

Odnosząc się do powyższego problemu, Sąd Najwyższy w obecnym składzie stwierdza, że orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu regulacji, ukształtowanym po wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 i w nawiązaniu do wyrażonych w nim poglądów co do potrzeby merytorycznej oceny przynajmniej niektórych zarzutów o charakterze proceduralnym, została ugruntowana bardzo wyraźna linia orzecznicza, znajdująca już potwierdzenie w licznych wyrokach Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którą zakresem sądowej kontroli w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji objęte są także zarzuty proceduralne odnoszące się do administracyjnego etapu postępowania. Prezentując pokrótce tę linię orzeczniczą, i ograniczając się w tym zakresie jedynie do orzeczeń Sądu Najwyższego, należy przypomnieć, że w wyroku z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10, kontrola postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej polegała na tym, że uwzględniono wpływ funkcjonowania w Prawie telekomunikacyjnym różnych trybów procedowania przez Prezesa Urzędu na

możliwość korzystania przez regulatora z przysługujących mu kompetencji do nakładania kar pieniężnych. Z kolei w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r., III SK 20/10, uwzględniono, że decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki została wydana w warunkach skutkujących jej nieważnością w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a. (podobnie w wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r., III SK 34/10). W wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., III SK 18/10, uwzględniono z kolei wadliwość decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej polegającą na nieprzeprowadzeniu postępowania konsolidacyjnego przed jej wydaniem. Wreszcie, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10, uwzględniono wpływ uprzedniego wszczęcia postępowania kontrolnego na możliwość następczego wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej za to samo zachowanie. Uwzględniono także, że postępowanie w sprawie nałożenia kary za niewykonanie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wszczęto w lutym, a karę nałożono za niewykonanie decyzji tego organu wydanej w kwietniu (a zatem za zachowanie, które nastąpiło po wszczęciu postępowania w sprawie ukarania przedsiębiorcy). Z kolei w wyroku z dnia 24 stycznia 2012 r., III SK 23/11, oceniano, czy decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej została wydana z poszanowaniem art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 106 § 1 k.p.a., to jest w trybie porozumienia między organami. Następnie, w wyroku z dnia 12 kwietnia 2013 r., III SK 26/12, weryfikowano prawidłowość określenia strony postępowania przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki.

W pełnej zgodności z powyższą linią orzecniczą Sądu Najwyższego w praktyce Sądu Apelacyjnego w W. ukształtowała się stabilna linia orzecnicza, zgodnie z którą nieprzeprowadzenie przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej postępowania konsolidacyjnego, bądź też wadliwe przeprowadzenie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej bez wyczerpania trybu postępowania kontrolnego stanowi tego rodzaju naruszenie prawa, które skutkuje uchynieniem decyzji regulatora rynku komunikacji elektronicznej. Niekiedy zaś Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokonuje kontroli proceduralnych aspektów działania Prezesa Urzędu, uchylając przykładowo decyzję Prezesa Urzędu tylko z tego powodu, że jej sentencja nie zawierała precyzyjnie określonego czynu, za

który nakładana jest kara pieniężna (por. wyrok SOKiK z dnia 15 października 2012 r., XVII AmA 17/11, iKAR 2013/1).

W przekonaniu Sądu Najwyższego w obecnym składzie, powyższa linia orzecznicza winna znajdować zastosowanie także w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Jest to uzasadnione zwłaszcza wtedy, gdy decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej naruszenie zakazów przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów towarzyszy nałożenie kary pieniężnej, co dodatkowo wzmacnia potrzebę dochowania najwyższych standardów proceduralnych. Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2012 r., III SK 37/11, merytoryczny charakter postępowania sądowego i nadzoru nad działalnością Prezesa Urzędu nie oznacza, że z zakresu kognicji Sądu Okręgowego (lub Sądu Apelacyjnego orzekającego jako sąd odwoławczy) wyłączone są zarzuty dotyczące przepisów odnoszących się do postępowania, jakie poprzedzało wydanie samej decyzji. W myśl przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz Kodeksu postępowania cywilnego przedsiębiorca wnosi odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu do Sądu Okręgowego. Przedmiotem zainicjowanego wniesieniem odwołania postępowania sądowego jest rozstrzygnięcie sporu między przedsiębiorcą a Prezesem Urzędu w zakresie wyznaczonym przez zakres odwołania od decyzji i jego zarzuty. Z art. 479^{31a} § 1-3 k.p.c. wynika zaś, że sąd rozpoznaje odwołanie, czyli weryfikuje zasadność zarzutów sformułowanych w odwołaniu w odniesieniu do decyzji Prezesa Urzędu. Jeżeli podstawy, na których oparto odwołanie, nie zostaną uwzględnione przez sąd, wówczas odwołanie zostaje oddalone. Przepisy prawa odnoszące się do instytucji odwołania od decyzji Prezesa Urzędu nie różnicują między zarzutami procesowymi i materialnoprawnymi. Odwołujący się przedsiębiorca może podnosić wszelkiego rodzaju zarzuty względem skarżonej decyzji. Rolą sądu rozpatrującego odwołanie jest natomiast dokonanie oceny ich zasadności pod kątem wystąpienia podstaw do uwzględnienia odwołania.

Jednocześnie, co podkreślano w powołanych powyżej orzeczeniach w ślad za poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, i co podtrzymuje Sąd Najwyższy w obecnym składzie, nie wszystkie zarzuty odnoszące się do przepisów dotyczących postępowania przed Prezesem

Urzędu rzutują bezpośrednio, w przypadku ich uwzględnienia przez Sąd, na ocenę zasadności samego odwołania. W szczególności, w przypadku formułowania w odwołaniu zarzutów dotyczących ustaleń faktycznych, środków dowodowych, oceny dowodów, niektórych wad formalnych samej decyzji, stwierdzenie przez Sąd Okręgowy ewentualnych uchybień w tym zakresie w postępowaniu przed Prezesem Urzędu nie stwarza potrzeby uchylecia decyzji. Poczynienie stosownych ustaleń, ocena środków dowodowych, uzupełnienie materiału dowodowego nie jest bowiem zastrzeżone do wyłącznej kompetencji Prezesa Urzędu, ponieważ po przekazaniu sprawy na drogę sądową – należy do sądu. Odmienne jest w przypadku uwzględniania przez sąd sformułowanych w odwołaniu zarzutów dotyczących niezachowania przez Prezesa Urzędu trybu postępowania, który jest konieczny, ażeby przysługujące Prezesowi Urzędu kompetencje mogły zostać zastosowane zgodnie z obowiązującym go prawem. Uwzględnienie takich zarzutów oznacza, że zaskarżona decyzja dotknięta jest wadą, której nie można konwalidować (zastąpić) w postępowaniu sądowym.

Z powyższego wynika, że Sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, rozstrzygając spór pomiędzy przedsiębiorcą a organem antymonopolowym, którego zakres wskazany w odwołaniu obejmuje także naruszenie przez organ antymonopolowy nałożonych na niego obowiązków proceduralnych, podyktowanych potrzebą ochrony słuszych interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony, mogą dokonywać merytorycznej oceny zarzutów odnoszących się do postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu. W zależności zaś od rodzaju i wagi tych zarzutów ich uwzględnienie może prowadzić do uznania odwołania za zasadne i uchylenia zaskarżonej decyzji bez jednoczesnego rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu.

Odnosząc powyższe zapatrywania do skargi kasacyjnej powoda, Sąd Najwyższy uznaje za zasadny zarzut dotyczący dopuszczalności zmiany, w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu, postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, które to postępowanie zostało uruchomione na wniosek (art. 44 w związku z art. 84 uokik z 2000 r.), jeżeli zmiana ta polega na rozszerzeniu zakresu przedmiotowego postępowania.

Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że przepisy uokik z 2000 r. nie przewidywały możliwości zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu, działającego zarówno na wniosek, jak i z urzędu. Postanowienie o wszczęciu postępowania odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję odpowiednich gwarancji proceduralnych. W piśmiennictwie przyjmuje się co prawda, że sama zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania, nawet gdy prowadzi do rozszerzenia zarzutów, nie narusza formułowanych w doktrynie wymogów sprawiedliwości proceduralnej postępowania przed Prezesem Urzędu, nie mniej doktryna zwraca równocześnie uwagę na brak normatywnych podstaw dla akceptacji praktyki Prezesa Urzędu polegającej na zmienianiu w toku postępowania właściwego (antymonopolowego) postanowienia o jego wszczęciu. Zgodnie z ogólnymi regułami postępowania administracyjnego postanowienie, w braku przepisów szczególnych, może podlegać zmianie tylko i wyłącznie na zasadach określonych w k.p.a. Organ administracji jest zaś związany postanowieniem jako aktem kształtującym sytuację prawnoproceduralną adresatów.

Postępowanie antymonopolowe wszczęto w niniejszej sprawie postanowieniem Prezesa Urzędu z dnia 15 grudnia 2006 r. Postępowanie dotyczyło nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży”, a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6-10, który uprawnia powoda do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży” za konkurentów powoda, co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. Następnie postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie z dnia 15 grudnia 2006 r. w ten sposób, że nadał mu następujące brzmienie: „Działając na podstawie art. 44 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 20890 ze zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanawia, na wniosek C. Logistics S.A. z siedzibą w W., wszcząć postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez PKP Cargo S.A. z/s w W. pozycji dominującej na krajowym

rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, tj. w drodze zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej PKP Cargo S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”.

Przedmiotem postępowania w zakresie wyznaczonym przez postanowienie o wszczęciu postępowania z dnia z dnia 15 grudnia 2006 r. było zatem ustalenie przez organ antymonopolowy, czy powód nadużył pozycji dominującej tylko i wyłącznie poprzez odmowę świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych przy wykorzystaniu opisanych w postanowieniu Zasad sprzedaży. Po zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania, dokonanej postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r., przedmiotem postępowania było natomiast ustalenie negatywnego oddziaływania na konkurencję zachowania powoda polegającego na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych. W obu przypadkach istota zachowania powoda, które kwestionował Prezes Urzędu, była co prawda taka sama (odmowa świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych), ale zgodnie z postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r., ewentualne naruszenie reguł konkurencji polegało jedynie na odmowie świadczenia usług w oparciu o odpowiednie postanowienia Zasad sprzedaży, podczas gdy w myśl postanowienia o wszczęciu postępowania w brzmieniu nadanym postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2008 r. postępowanie dotyczyło już generalnie nadużycia pozycji dominującej przez dowolne zachowanie powoda polegające na odmowie świadczenia usług kolejowego przewozu towarów swoim konkurentom na zasadach szczególnych, niezależnie od tego, czy odmowa taka dokonywana była w oparciu o odpowiednio sformułowane i obowiązujące w określonym przedziale czasu postanowienia Zasad sprzedaży. Po wszczęciu postępowania postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. powód mógł, kierując się treścią zarzutu, podejmować działania zmierzające do minimalizacji ryzyka oraz dolegliwości ewentualnych sankcji dodatkowych, jakie Prezes Urzędu może

zastosować niezależnie od uznania zachowania za antykonkurencyjne i nakazania zaniechania stosowania praktyki (stwierdzenia jej zaniechania). Zmiana kwestionowanych przez Prezesa Urzędu „Zasad sprzedaży...” skutkowałaby zaniechaniem stosowania praktyki objętej zakresem postępowania.

Zdaniem Sądu Najwyższego, w sprawach z zakresu ochrony konkurencji brak podstaw do posłużenia się wnioskowaniem analogicznym do rozumowania przedstawionego w uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych w sprawach z zakresu kontroli skarbowej (wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 28 marca 2008 r., I SA/Rz 699/07; wyrok WSA w Opolu z dnia 24 listopada 2010 r., I SA/Op 219/10). Prezes Urzędu przed wszczęciem postępowania właściwego w sprawie antymonopolowej, uruchamianego pod rządami uokik 2000 na wniosek, mógł bowiem – na podstawie art. 43 tej ustawy i oczywiście w zakresie w nim uregulowanym – wszcząć postępowanie wyjaśniające. Celem postępowania wyjaśniającego było zaś wstępne ustalenie, czy istnieją podstawy do podjęcie interwencji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie wyjaśniające służyło zatem także zebraniu odpowiednich informacji pozwalających na określenie w postanowieniu o wszczęciu postępowania jego przedmiotu. Skoro zatem Prezes Urzędu dysponuje i dysponował możliwością wszczęcia postępowania wyjaśniającego celem ustalenia (wstępnego) sytuacji na rynku oraz potwierdzenia antymonopolowego charakteru sprawy z wniosku podmiotu legitymowanego na podstawie art. 84 ust. 1 uokik z 2000 r., to nie można mówić o występowaniu potrzeby zapewnienia Prezesowi Urzędu elastyczności działania poprzez modyfikowanie postanowienia o wszczęciu postępowaniu w toku postępowania, w sytuacji gdy art. 126 k.p.a. w związku z 110 k.p.a. wiąże z wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania określone skutki dla organu. Postępowanie antymonopolowe nie służy zgromadzeniu dowodów pozwalających na zakwestionowanie przez Prezesa Urzędu dowolnego zachowania przedsiębiorcy, lecz polega na rozstrzygnięciu o zasadności podejrzenia naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania.

Mając powyższe na względzie, należy zatem uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c., poprzez nieudzielenie ochrony prawnej powodowi w sytuacji, gdy przepisy uokik z 2000 r. w związku z art. 126 k.p.a. i art. 110 k.p.a.

nie upoważniały Prezesa Urzędu do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania zakończonego wydaniem decyzji zaskarżonej w niniejszej sprawie, a która to wada nie podlegała konwalidacji w postępowaniu sądowym.

Niezależnie od wyżej przedstawionego stanowiska Sąd Najwyższy ma na względzie i to, że w niniejszej sprawie Prezes Urzędu pod rządami uokik z 2007 r. zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania, wydane pod rządami uokik z 2000 r. Sąd Najwyższy stwierdza w związku z tym, że art. 131 ust. 1 uokik z 2007 r. wykluczał możliwość uwzględniania po wejściu w życie uokik z 2007 r. wniosków o zmianę postanowienia o wszczęciu postępowania. Jak wynika z tego przepisu, stosowanie „przepisów dotychczasowych” dotyczy postępowań wszczętych pod rządami uokik z 2000 r. W okresie obowiązywania tej ustawy postępowania uruchamiane przez Prezesa Urzędu wszczynano w drodze postanowienia o wszczęciu postępowania. Zatem dopiero od wydania takiego postanowienia można mówić o postępowaniu wszczętym i niezakończonym w rozumieniu art. 131 uokik z 2007 r. i tylko do czynności podejmowanych w ramach takiego postępowania stosuje się przepisy dotychczasowe.

Podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia 479^{31a} § 3 k.p.c. jest też zasadny z dodatkowego powodu. Decyzją DOK-3/2009 Prezes Urzędu uznał bowiem za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. zachowanie powoda opisane w postanowieniu o wszczęciu postępowania w brzmieniu nadanym mu przez postanowienie z dnia 12 sierpnia 2008 r. Z powyższego wynika, że Prezes Urzędu - w okresie obowiązywania uokik z 2000 r. a następnie uokik z 2007 r. - prowadził na podstawie przepisów uokik z 2000 r. postępowanie w sprawie uznania za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu uokik z 2000 r. zachowania przedsiębiorcy, które rozpoczęło się pod rządami uokik z 2000 r. i było kontynuowane po wejściu w życie uokik z 2007 r. i pod rządami uokik 2007 uległo zmianie. Zgodnie z poglądami doktryny w prawie administracyjnym materialnym obowiązuje zasada *tempus regit actum*. O ile więc ustawodawca nie postanowi inaczej, do oceny prawnej zdarzeń zaszłych pod rządami dawnego prawa należy stosować przepisy prawa materialnego obowiązujące w dacie ziszczenia się przesłanek zastosowania wynikającej z nich normy prawa materialnego.

W niniejszej sprawie podstawę prawną dla dalszego stosowania przez Prezesa Urzędu przepisów uokik z 2000 r. stanowił, jak wynika to z uzasadnienia decyzji oraz wydawanych w toku postępowania postanowień, art. 131 ust. 1 z uokik 2007 r. Zgodnie z art. 131 ust. 1 uokik z 2007 r. „Do postępowań wszczętych na podstawie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”. W ocenie Prezesa Urzędu, przepis art. 131 uokik z 2007 r. zawiera także materialnoprawną regulację intertemporalną, w konsekwencji czego w postępowaniach wszczętych pod rządami uokik z 2000 r. Prezes Urzędu po 21 kwietnia 2007 r. stosował przepisy uokik z 2000 r. na użytek prawnej kwalifikacji zachowań przedsiębiorców. W piśmiennictwie poświęconym *stricte* problematyce zmiany materialnego prawa administracyjnego wskazuje się jednak, przekonywująco dla Sądu Najwyższego, że używane w przepisach przejściowych sformułowanie „do postępowań wszczętych” ma jedynie wydźwięk proceduralny i oznacza tylko i wyłącznie możliwość dalszego stosowania przez organ administracji publicznej przepisów procesowych. Nie można zatem z art. 131 ust. 1 uokik z 2007 r. wywodzić dla Prezesa Urzędu uprawnienia do orzekania pod rządami uokik z 2007 r. na podstawie przepisów uokik z 2000 r. w odniesieniu do zachowań przedsiębiorców, które miały miejsce po dniu wejścia w życie uokik z 2007 r. Tymczasem w niniejszej sprawie Prezes Urzędu objął zakresem decyzji, wydanej na podstawie uokik z 2000 r., zachowania powoda sprzed wejścia w życie uokik z 2007 r. i po wejściu w życie tej ustawy.

Kontynuując po 21 kwietnia 2007 r. postępowanie wszczęte w dniu 15 grudnia 2006 r., Prezes Urzędu mógł stosować materialne przepisy uokik 2000 tylko w odniesieniu do zachowania powoda z okresu poprzedzającego wejście w życie uokik 2007. Po wejściu w życie uokik 2007 zachowanie powoda, które miało miejsce po 21 kwietnia 2007 r., powinno zaś podlegać ocenie na podstawie przepisów uokik 2007. Sąd Najwyższy jest wprawdzie zdania, że wskazanie w uzasadnieniu decyzji wadliwej podstawy prawnej nie stanowi wady skutkującej uchynieniem decyzji, jeżeli organ miał kompetencję do wydania decyzji o takiej treści na podstawie obowiązujących przepisów (por. wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2013 r., II OSK 527/12). Rozumowanie to jest adekwatne w niniejszej sprawie - nie zmieniły

się bowiem przesłanki zakazu nadużywania pozycji, zaś treść praktyki przypisanej powodowi na podstawie art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik 2000 jest taka sama w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik 2007. Norma wynikająca z przepisów „starych” i „nowych” jest w konsekwencji taka sama. Jednakże rozumowanie to odnosi się tylko do ewentualnego „rozciągnięcia” w czasie zastosowania przepisów uokik 2000 do tego samego zachowania powoda, które miało miejsce w okresie obowiązywania uokik 2000, a następnie było kontynuowane po wejściu w życie uokik 2007. Ponieważ, jak wskazano powyżej, skutkiem zmiany zachowania powoda pod rządami uokik 2007 oraz zmiany postanowienia Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania było objęcie zakresem rozstrzygnięcia decyzji DOK-3/2009 różnych zachowań powoda, podejmowanych w okresie obowiązywania uokik 2000 oraz uokik 2007, decyzja Prezesa Urzędu wydana w niniejszej sprawie dotknięta jest taką wadą, która nie może być konwalidowana na etapie postępowania sądowego. Mając powyższe na względzie należy uznać za zasadny również zarzut naruszenia art. 479^{31a} § 3 k.p.c., poprzez nieudzielenie ochrony prawnej powodowi w sytuacji, gdy art. 131 uokik 2007 nie upoważniał Prezesa Urzędu do stosowania przepisów materialnych uokik z 2000 r. do oceny zachowania powoda mającego miejsce po wejściu w życie uokik 2007.

Nie można natomiast uznać za zasadny zarzutu naruszenia art. 385 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji powoda. Zgodnie z treścią tego przepisu sąd drugiej instancji oddala apelację, jeżeli jest ona bezzasadna. Jest on adresowany do sądu drugiej instancji i wskazuje, w jaki sposób sąd ten ma rozstrzygnąć sprawę, jeżeli stwierdzi, że apelacja jest bezzasadna. Dlatego o jego naruszeniu może być mowa jedynie wtedy, gdy sąd drugiej instancji stwierdza, że apelacja jest zasadna, a jej nie uwzględnia. Sąd drugiej instancji nie narusza natomiast art. 385 k.p.c., jeżeli uwzględni apelację na podstawie oceny, że jest ona zasadna, niezależnie od twierdzenia strony przeciwnej, iż była bezzasadna i odwrotnie, kiedy nie uwzględni apelacji, uznając ją za bezzasadną, w sytuacji gdy strona skarżąca twierdziła inaczej (por. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 27 sierpnia 2008 r., II UK 79/08, LEX nr 785530 i z dnia 16 grudnia 2008 r., I PK 96/08, LEX nr 529754 oraz wyrok z dnia 27 czerwca 2011 r., I UK 400/10, LEX nr 1043986). Z tych samych

przyczyn nie może być uznany za zasadny także sformułowany w skardze kasacyjnej powoda zarzut naruszenia art. 386 § 4 k.p.c.

Sąd Najwyższy nie uznaje również za zasadny zarzutu naruszenia art. 9 § 1 w zw. z art. 479³³ § 1-2 k.p.c. i art. 62 ust. 1 pkt 1 uokik z 2000 r. Naruszenia tych przepisów powód upatruje w stanowisku Sądu Apelacyjnego zawartym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym powodowi można było nie doręczyć lub uniemożliwić wgląd do załącznika nr 2 do decyzji DOK-3/2009, gdy załącznik ten stanowi integralną część uzasadnienia zaskarżonej decyzji, a nie materiał dowodowy w sprawie. Zarzut ten stanowi powtórzenie tak samo sformułowanego i uzasadnionego zarzutu apelacyjnego, który z kolei stanowił modyfikację zarzutu zawartego w odwołaniu. Powyższy zarzut skargi powoda jest *de facto* wymierzony w praktykę Prezesa Urzędu polegającą na tym, że organ antymonopolowy najpierw na podstawie art. 62 uokik z 2000 r. ograniczył prawo wglądu do materiału dowodowego, a następnie wydawał decyzję, której uzasadnienie nawiązywało do informacji chronionych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wówczas informacje te były pomijane w treści uzasadnienia i zamieszczano je w dołączonym do decyzji załączniku. Art. 62 uokik z 2000 r. upoważniał Prezesa Urzędu do ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego. Powód słusznie podnosi, że zakres normowania tego przepisu nie rozciąga się na decyzję i jej uzasadnienia. Przepisy k.p.a. także nie pozwalają na wyłączenie jawności – dla strony – treści decyzji. Zgodnie zaś z utrwalonym orzecznictwem sądów administracyjnych załącznik do decyzji stanowi jej integralną część. Brak zatem podstaw dla uznania za dopuszczalne doręczenia powodowi decyzji, której uzasadnienie odwołuje się do załącznika, którego powód nie otrzymał. Prezes Urzędu, powołując się w uzasadnieniu decyzji na informacje, które są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa i do których dostęp został stronie ograniczony na podstawie art. 62 uokik z 2000 r., powinien więc poprzestać na odesłaniu do odpowiednich kart akt postępowania administracyjnego.

Jednakże, mimo iż dla opisanej powyżej praktyki Prezes Urzędu w odniesieniu do umieszczania w załącznikach do decyzji informacji i dowodów objętych postanowieniem z art. 62 uokik z 2000 r. nie ma umocowania w obowiązujących przepisach, powołane w podstawie prawnej tego zarzutu przepisy

prawa nie dotyczą tego problemu, ani czynności podejmowanych przez Sąd drugiej instancji w związku z rozpoznawaniem apelacji powoda. Przepis art. 62 uokik z 2000 r. dotyczy ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy – przepis ten niewątpliwie nie był stosowany w niniejszej sprawie po to, by ograniczyć powodowi prawo wglądu do załączników do decyzji. Nie mógł zostać więc naruszony przez Sąd Apelacyjny. Także art. 479³³ § 1-2 k.p.c. nie zostały naruszone, ponieważ Sąd Apelacyjny nie ograniczył na podstawie tego przepisu wglądu do akt sprawy. Nie odmówił również, na podstawie tego przepisu, wglądu do załącznika do decyzji.

W ocenie Sądu Najwyższego, brak także podstaw do uznania, że niedoręczenie powodowi decyzji Prezesa Urzędu wraz z załącznikami prowadzi do nieważności postępowania w niniejszej sprawie w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. ze względu na pozbawienie powoda prawa do obrony. W odpowiedzi na apelację powoda zawarto przekonywujący dla Sądu Najwyższego wywód Prezesa Urzędu co do charakteru i źródeł danych, do których powód nie miał dostępu, a które zawarto w załączniku nr 2 do decyzji. Dane zawarte w pominiętych w decyzji wykresach nie są, w zestawieniu z pozostałymi danymi i tabelami zawartymi w decyzji, takimi danymi, do których brak dostępu można byłoby uznać za pozbawienie powoda możliwości obrony swoich praw na etapie postępowania sądowego.

Sąd Najwyższy nie znajduje także podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Orzeczenie o innej praktyce miałyby miejsce, gdyby Sąd Apelacyjny zmienił decyzję Prezesa Urzędu. Tymczasem wyrok Sądu Apelacyjnego nie zmienia decyzji Prezesa Urzędu w ten sposób, że przypisuje powodowi inne zachowanie, niż to, które zostało określone w decyzji Prezesa Urzędu.

Brak również podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Wyrok Sądu Apelacyjnego, który został wydany w oparciu o ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, podzielone w całości przez Sąd drugiej instancji, poddaje się kontroli kasacyjnej Sądu Najwyższego co do podstaw faktycznych, prawnych i argumentacyjnych wydanego orzeczenia.

Pozostałe zarzuty procesowe skargi kasacyjnej powoda odnoszą się do kolejnego zagadnienia prawnego niniejszej sprawy, a mianowicie zasad postępowania dowodowego w ramach kontradyktoryjnego postępowania sądowego w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego na etapie postępowania sądowego ciężar dowodu w zakresie naruszenia przepisów prawa spoczywa na Prezesie Urzędu (w sprawach z zakresu ochrony konkurencji wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP z 2011 r., Nr 9-10, poz. 144; wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09, LEX nr 585839; w sprawach z zakresu regulacji energetyki wyrok SN z dnia 21 września 2010 r., III SK 12/10, niepubl.; w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji wyrok SN z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10). Dlatego w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10, podkreślono, że zasady sądowego postępowania dowodowego zostały ukształtowane tak, aby zapewnić stronom postępowania możliwość wyrażania stanowiska odnośnie do podstaw rekonstrukcji faktycznej podstawy rozstrzygnięcia sprawy. Postanowienie dowodowe umożliwia określenie wobec stron zakresu poddanych w sprawie wyjaśnieniu faktów i środków, które będą wzięte pod uwagę. Zapewnienie stronom możliwości przedstawienia stanowiska odnośnie do każdego z przeprowadzonych dowodów jest konieczne dla wyrobienia sobie przez sąd przekonania, że określone istotne fakty zostają stwierdzone w sposób wiarygodny. Powyższe aspekty postępowania dowodowego uzyskują jeszcze większe znaczenie w sprawach, takich jak niniejsza, w których chodzi o weryfikację podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, gdyż ukarany w postępowaniu administracyjnym powinien mieć zapewnione efektywne środki „wysłuchania”. Przedsiębiorca wnoszący odwołanie powinien wskazać dowody, nowe lub znajdujące się w aktach postępowania, przemawiające za uwzględnieniem odwołania. Prezes Urzędu powinien zaś wskazać Sądowi orzekającemu w sprawie z odwołania dowody, z których wywiódł naruszenie przesłanek zakazu nadużywania pozycji dominującej. Jest to tym bardziej istotne, gdy w decyzji Prezesa Urzędu brak odwołań do konkretnych dowodów (i kart postępowania administracyjnego), na podstawie których poczynione zostały ustalenia faktyczne leżące u podstaw prawnej kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy oraz w oparciu o które organ

antymonopolowy czynił użytek z przysługujących mu uprawnień, w szczególności zaś tych o uznaniowym charakterze. Odnotować także należy, że ustalenia poczynione w niniejszej sprawie przez Sądy ograniczały się do udziału powoda w rynku kolejowych przewozów towarowych oraz zasad świadczenia usług przewozowych przyjętych przez powoda i ich ewolucji.

Mając jednakże na względzie, że skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna ze względu na naruszenie przez Sąd drugiej instancji przepisów postępowania w wyniku nieudzielenia powodowi żądanej przez niego ochrony prawnej, poprzez weryfikację respektowania przez Prezesa Urzędu wymogów proceduralnych obowiązujących na etapie postępowania administracyjnego, odniesienie powyższych założeń do zarzutów skargi kasacyjnej powoda dotyczących art. 479¹⁴ § 2 w związku z art. 382 i 391 § 1 k.p.c.; art. 236 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 217 § 2 k.p.c. i art. 227 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. jest, zdaniem Sądu Najwyższego, na tym etapie postępowania przedwczesne.

Analogiczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego. Na marginesie należy jedynie wskazać, że zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Sądu Najwyższego, art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r. nie stanowi emanacji ogólnego zakazu nadużywania pozycji dominującej, lecz egzemplifikację szczególnej praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 uokik z 2000 r., która posiada własne, konkretne i restrykcyjnie określone przez ustawodawcę przesłanki zastosowania.

Kierując się przedstawionymi motywami oraz opierając się na treści art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a także mając na uwadze fakt, iż nie zostały spełnione przesłanki stosowania art. 398¹⁶ k.p.c., Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego zostało wydane na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c.