



Sygn. akt I CSK 252/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Marta Romańska (przewodniczący)

SSN Józef Frąckowiak (sprawozdawca)

SSN Agnieszka Piotrowska

Protokolant Beata Rogalska

w sprawie z powództwa M. spółki z o.o. z siedzibą w M.

przeciwko Miastu W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 26 stycznia 2017 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.

z dnia 4 grudnia 2014 r., sygn. akt I ACa .../14,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu w W. do ponownego rozpoznania
i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 czerwca 2011 r. powód M. sp. z o.o. w M. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Miasta W. kwoty 41 460 000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia doręczenia pozwu jako odszkodowania za szkodę spowodowaną deliktem pozwanego, polegającym na bezprawnym uniemożliwieniu powodowi w latach 2004 - 2010 czerpania korzyści (wynagrodzenia za usługi transportowe) z części W. rynku przewozu osób, który zdaniem powoda, bezprzetargowo i za zawyżonym wynagrodzeniem powierzony został [...] Zakładowi Autobusowemu sp. z o.o. w W..

Rozpoznający powództwo Sąd Okręgowy w W. ustalił między innymi, że Zakłady Autobusowe sp. z o.o. w W. (ZA) były jednostką organizacyjną pozwanego (zakładem budżetowym, który został przekształcony w jednoosobową spółkę Miasta W.. ZA od 2002 r. świadczy usługi zbiorowego transportu autobusowego w W. na podstawie umów zawieranych z pozwanym Miastem, bez ogłaszania przetargu. Ostatnia umowa z dnia 2 grudnia 2009 r., która obowiązuje do 2017 r. – przewidywała wynagrodzeniem wg stawki 7,41 zł za tzw. wozokilometr. Poprzednio pozwane Miasto oraz ZA łączyła umowa z 2005 r., a wcześniej - z dnia 27 grudnia 2002 r.

ZA nie jest jedynym przewoźnikiem obsługującym w. komunikację autobusową. Pozwany zawarł umowy o świadczenie takich usług także z powodem i dwoma innymi przewoźnikami, w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Również w tych umowach wynagrodzenie za usługi obliczane jest na podstawie stawki za wozokilometr wynoszącej – w wypadku powoda - od 3,43 zł do 5,44 zł. Stawka za wozokilometr płacona przez pozwane Miasto na rzecz ZA była zawsze wyższa niż otrzymywana przez przewoźników wyłonionych w wyniku przetargu i wynosiła w roku 2007 - 6,36 zł, a w roku 2008 - 6,99 zł za wozokilometr.

Przychody od pasażerów zasilają budżet pozwanego i nie są powiązane ze stawką płaconą za wozokilometr. ZA obsługuje około 70% linii autobusowych, zaś powód i pozostali przewoźnicy około 30%.

Wyrokiem z dnia 23 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w W. oddalił powództwo. Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia 14 grudnia 2012 r. oddalił apelację powoda. W wyniku uwzględnienia skargi kasacyjnej wniesionej przez powoda, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2014 r. uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał temu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania.

Ponownie rozpoznający apelację Sąd II instancji uznał, że nie zasługiwała ona na uwzględnienie ze względu na brak podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego. Powód zarzucał Sądowi Okręgowemu nierozpoznanie istoty sprawy, przez zaniechanie zbadania przesłanek warunkujących zgodność powierzenia bezpośrednio przez pozwanego zadań transportowych na rzecz ZA, to jest zaniechanie zbadania czy rekompensata została ustalona zgodnie z przepisami unijnymi.

Sąd Apelacyjny uznał, że powód, trafnie zarzucił Sądowi Okręgowemu zaniechanie dokonania takiej oceny. Nie jest to jednak uchybienie, które skutkowałoby koniecznością wydania wyroku kasatoryjnego. Już w toku postępowania przed Sądem *ad quem* pozwany podnosił, że ocena zgodności określonych środków pomocowych ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego. Pozwany słusznie powoływał się w tym zakresie na wyrok ETS z 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03. Wyłączna kompetencja Komisji do stwierdzenia zgodności przyznanej pomocy z prawem unijnym wynika wprost z art. 108 TFUE. W orzeczeniu *Flamino Costa* przeciwko E.N.E.L. (wyrok ETS z 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/65) ETS uznał, że poprzez wyrażne zobowiązanie się do informowania Komisji „w odpowiednim terminie” o wszelkiej projektowanej pomocy oraz przez zaakceptowanie procedury określonej w art. 108, państwa zaciągnęły wyrażne zobowiązanie względem Unii, a do zagwarantowania wynikających z tego zobowiązania praw indywidualnych powołane są sądy krajowe w odniesieniu do art. 108 ust. 3 TFUE.

Jednakże, jak wyraźnie wskazuje zarówno orzecznictwo, jak i doktryna - podział kompetencji między sądy krajowe a Komisję jest wyraźny. Komisja i sądy krajowe mają w dziedzinie pomocy państwa do spełnienia odrębne, ale

komplementarne role. Szczególna procedura przewidziana przez art. 108 TFUE ma na celu zapewnienie stałego badania pomocy państwa przez Komisję, która winna brać pod uwagę złożone czynniki gospodarcze ulegające szybkim zmianom. Komisja posiada wyłączną kompetencję do oceny zgodności pomocy z zasadami rynku wewnętrznego. Dlatego też zainteresowane strony nie mogą przed sądem krajowym kwestionować zgodności pomocy lub środków ją finansujących, natomiast mogą domagać się wyciągnięcia przez sąd konsekwencji z niedopełnienia obowiązku notyfikacyjnego.

Zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, w zakresie niezgodności kwestionowanej pomocy publicznej z prawem, spoczywał on na powodzie (art. 6 k.c.). Powód nie zgłosił żadnych środków dowodowych zmierzających do wykazania, że rekompensata przyznana ZA została przez Komisję uznana za niezgodną z prawem. Wręcz przeciwnie, domagał się stwierdzenia tej okoliczności przez sąd krajowy i w braku jej ustalenia przez Sąd Okręgowy dopatrywał się uchybienia w jego postępowaniu.

Tym samym, okoliczność niezgodności z prawem przyznanej ZA pomocy publicznej należało uznać za niewykazaną przez powoda, bez dokonywania analizy zgodności rekompensaty z przepisami rozporządzeń 1191/69 i 1370/07, gdyż w tym zakresie wyłącznie kompetentna pozostawała Komisja Europejska. Na marginesie warto wskazać, że brak kompetencji sądu krajowego do ustalenia zgodności rekompensaty za świadczenie usług transportu publicznego w W. z prawem dostrzega także sam powód, wnosząc o zadanie w tym zakresie pytania prawnego do Trybunału Sprawiedliwości UE. Sąd Apelacyjny nie podziela wszakże wątpliwości skarżącego, z podanych już przyczyn.

Powód dopatrywał się także nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd Okręgowy w zaniechaniu zbadania, czy przy dokonywaniu powierzenia usług transportowych na rzecz ZA pozwany dopuścił się nadużycia pozycji dominującej. Powód domagał się dokonania oceny warunków powierzenia wykonania usługi z zakresu lokalnego transportu zbiorowego. Należy podkreślić, że powód nie kwestionował prawidłowej oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, iż bezpośrednie powierzenie wykonywania zadań własnych jednostce budżetowej jest

zgodne z prawem. Zdaniem powoda, to warunki powierzenia, a ściślej - wysokość rekompensaty czyniły powierzenie bezprawnym z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 102 i 106 ust. 1 TFUE oraz art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - dalej: o.k.k.).

W niniejszej sprawie bezsporne między stronami było, że ZA posiada pozycję dominującą na w. rynku transportu autobusowego. Jednocześnie, pozwany słusznie zwracał uwagę, że samo posiadanie pozycji dominującej na rynku nie oznacza naruszenia zakazu wynikającego z art. 9 ust. 1 o.k.k. Zdaniem powoda, powierzenie świadczenia usług ZA stanowiło nadużycie pozycji dominującej w postaci dyskryminacji (art. 9 ust. 2 pkt 3 o.k.k.) i dławienia rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 o.k.k.) z uwagi na wysokość przyznanej rekompensaty.

Poglądu tego nie sposób podzielić. Dławienie rozwoju konkurencji polega na stosowaniu praktyk, które przeciwdziałają powstaniu lub rozwojowi konkurencji. Wśród przykładów występujących w praktyce Prezesa UOKiK wskazuje się np. na wprowadzanie określonych parametrów pojemników na nieczystości, które były zbieżne jedynie z pojemnikami stosowanymi przez monopolistę, czy wprowadzenie limitów na świadczone usługi, które nie dotyczą podmiotu posiadającego pozycję dominującą.

W niniejszej sprawie strony nie wskazywały na odgórne kryteria, które promowałyby ZA dławiąc konkurencję wśród podmiotów prywatnych. Kryterium takim nie może być cena, skoro została ona ustalona na podstawie oferty złożonej przez samego powoda, dysponującego wiedzą o wysokości rekompensaty stosowanej w umowie z ZA. Ponadto pozwany uniemożliwił ZA udział w przetargach dotyczących 30% rynku, niejako eliminując z nich monopolistę, co nie tylko nie dławiło konkurencji, lecz wręcz sprzyjało jej rozwojowi wśród przedsiębiorców nie posiadających pozycji dominującej.

Zakaz dyskryminacji wiąże się z obowiązkiem stosowania jednolitych wymogów wobec kontrahentów, bez różnicowania warunków stawianych im w przetargach. Przykładem dyskryminacji jest stworzenie odmiennych warunków przystąpienia do przetargów. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca,

gdyż powierzenie usług ZA następowało w trybie bezprzetargowym. Bezsporny między stronami był fakt, że z uwagi na sposób powierzenia usług ZA (zastrzeżone 70 % rynku), podmiot ten nie ma możliwości uczestniczenia w przetargach dotyczących realizacji usług transportu publicznego w zakresie 30 % rynku przekazanego dla prywatnych przewoźników.

Tym samym, nie sposób przyjąć, że ZA mogłoby wpłynąć na udziały podmiotów prywatnych w rynku. Wbrew twierdzeniom powoda, wysokość rekompensaty przyznanej ZA nie ogranicza możliwości zarobkowych podmiotów prywatnych. Przeciwnie, wyższa stawka rekompensaty uzasadnia ekonomicznie możliwość zaoferowania wyższej rekompensaty również przez podmiot prywatny w ofercie przetargowej.

Przesądzający co do tej kwestii był jednak fakt odmiennej procedury zawierania umów z ZA i z powodem. Rekompensata przyznana ZA wynikała z wynegocjowanej umowy. Powód zaś, podobnie jak inni przewoźnicy prywatni, brał udział w przetargu w zakresie realizacji usług przewozowych. W przetargu tym zaoferował określoną cenę, która, zakładając racjonalność ekonomiczną powoda, w jego przekonaniu musiała stanowić ekwiwalent świadczonej usługi z uwzględnieniem zysku.

Jak wskazał Sąd Najwyższy, powód dysponował, a co najmniej mógł dysponować wiedzą w zakresie kwoty rekompensaty przyznanej ZA, a zatem składając ofertę powinien był uwzględnić ten czynnik. Powód jest podmiotem profesjonalnym, tym bardziej więc, zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria* nie może kwestionować umowy zawartej z nim na podstawie zaproponowanych przez niego warunków przedstawionych w ofercie.

Powód w apelacji przeprowadził następujące rozumowanie: (1) rekompensata przyznana ZA stanowi niedozwoloną pomoc publiczną, zatem (2) rekompensata jest zbyt wysoka, co powoduje nieuzasadniony zysk po stronie ZA, zatem (3) ZA świadczy usługi na zbyt dużej części rynku, co stanowi (4) nadużycie pozycji dominującej.

Rozumowanie to obarczone jest błędem już w pierwszym założeniu, gdyż powód nie wykazał, aby rekompensata przyznana ZA stanowiła niedozwoloną

pomoc publiczną, na co Sąd Apelacyjny wskazał w pierwszej części uzasadnienia. Już i sama ta okoliczność wskazuje na wadliwość przyjętej przez powoda argumentacji. Na marginesie zatem jedynie należy zgodzić się z pozwanym, że okoliczność nieuzasadnionego zysku po stronie ZA, który miałby prowadzić do zajmowania przez niego takiej części rynku, jakiej nie mógłby obsłużyć, gdyby rekompensata była niższa, została podniesiona dopiero w apelacji.

W toku całego postępowania przed Sądem I instancji, powód wskazywał jedynie, że rekompensata jest niezgodna z orzeczeniem *Altmark* i z przepisami rozporządzeń 1191/69 i 1370/07, a tym samym stanowi niedozwoloną pomoc publiczną, zaś Miasto nie miało kompetencji do powierzenia części rynku podmiotowi wewnętrznemu w sposób arbitralny.

Powód podnosi w apelacji, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, iż Miasto miało prawo powierzyć podmiotom prywatnym jedynie 30 % rynku, ale wskazuje, że możliwość obsłużenia części rynku zagwarantowanej dla ZA byłaby niemożliwa, gdyby rekompensata była niższa. Powyższe stanowi zdaniem apelującego nadużycie pozycji dominującej. Rozumowanie powoda opiera się zatem na błędnym założeniu, iż kwota rekompensaty przyznana ZA jest bezprawna.

Brak bezprawności zdarzenia powodującego szkodę przesądza o braku winy pozwanego, co czyni nieuzasadnionym zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 416 k.c.

Wobec powyższego bezzasadne okazały się zarzuty naruszenia przepisów postępowania, które w ocenie skarżącego miało mieć wpływ na wynik sprawy. Zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c. po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Skarżący dopatruje się naruszenia tego przepisu przez „nieustalenie podstawy faktycznej orzekania.” Zarzut ten jest chybiony. Sąd Okręgowy wydał wyrok w niniejszej sprawie biorąc za podstawę ustalenia faktyczne wskazane w uzasadnieniu.

Pozwany ma rację, że część dowodów nie została przeprowadzona przez Sąd Okręgowy, ale nie miało to wpływu na prawidłowe ustalenia faktyczne w zakresie, jaki był potrzebny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Podobnie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. Należy podkreślić, że nie mogły

zostać uwzględnione wnioski dowodowe zgłoszone na okoliczność przekroczenia przez rekompensatę przyznaną ZA wysokości dozwolonej rozporządzeniami 1191/69 i 1370/07, gdyż jak to wykazano, materia ta należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej. Powód nie składał natomiast wniosków dowodowych mających na celu wykazanie, że pozwany uchybił obowiązkowi notyfikacyjnemu, które to wnioski mógłby rozpoznać według swej kompetencji sąd krajowy.

Nadto zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są okoliczności faktyczne. Natomiast wnioskowany dowód na okoliczność stwierdzenia niezgodności rekompensaty z rozporządzeniami 1191/69 i 1370/07 zmierzał do wykazania okoliczności prawnej (tj. prawnego lub bezprawnego charakteru rekompensaty).

Należy także zauważyć, że wnioski dowodowe powoda zmierzające do wykazania wielkości uszczerbku powoda spowodowanego „zamknięciem W. rynku transportu autobusowego dla wolnej konkurencji” nie mogły zostać dopuszczone wobec uprzedniego stwierdzenia przez Sąd, że okoliczność z której powód wywodzi szkodę, nie miała miejsca (nie doszło do nadużycia pozycji dominującej przez zamknięcie w. rynku transportu autobusowego dla wolnej konkurencji).

Powód w skardze kasacyjnej zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 108 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) przez jego błędne zastosowanie w zw. z art. 416 k.c. w zw. z art. 102 TFUE i art. 106 ust. 2 TFUE oraz art. 6 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu („Rozporządzenie 1/2003), a także art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („u.o.k.i.k.”), naruszonymi przez ich niewłaściwe niezastosowanie, przejawiające się w przyjęciu, że działanie bezprawne zarzucane przez powodów polega na przyznaniu przez Miasto W. niedozwolonej pomocy publicznej, z czego Sąd Apelacyjny wywiódł konieczność oceny ww. przesłanki w ramach prejudycjalnej decyzji Komisji Europejskiej w sprawie niedozwolonej pomocy

publicznej; podczas gdy w rzeczywistości powodowie opierali zarzut bezprawności działania pozwanego na zorganizowaniu rynku przewozów autobusowych w W. wbrew zasadom konkurencji i z nadużyciem pozycji dominującej;

2) art. 416 k.c. w zw. z art. 106 ust. 2 TFUE, art. 102 TFUE, art. 6 Rozporządzenia 1/2003, art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 u.o.k.i.k., oraz art. 6 i załącznika (w szczególności pkt 7 załącznika) do Rozporządzenia (WE) Nr 1370/07 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1191/69 i (EWG) Nr 1107/70 (dalej „Rozporządzenie 1370/07”) jak również art. 3 i art. 12 Rozporządzenia Rady (EWG) Nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania Państw Członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (dalej: „Rozporządzenie 1191/69”), polegającym na nieprawidłowym niezastosowaniu ww. przepisów, w zw. z art. 108 ust. 2 TFUE, błędnie zastosowanym, przejawiające się w przyjęciu, że konsekwencje prawne przyznania na rzecz przedsiębiorcy wynagrodzenia (tzw. rekompensaty) przez podmiot publiczny w sposób sprzeczny z przepisami prawa podlegają ocenie wyłącznie z perspektywy przyznania niedozwolonej pomocy publicznej, podlegającej stwierdzeniu jedynie w postępowaniu przed Komisją Europejską; podczas gdy w rzeczywistości taki stan faktyczny może stanowić - równolegle i niezależnie - podstawę zarzutu bezprawności działania podmiotu publicznego jako przesłankę roszczenia odszkodowawczego, dochodzonego przed sądem cywilnym, który kwestię zgodności wynagrodzenia (rekompensaty) z prawem rozstrzyga przesłankowo bez potrzeby otrzymania z Komisji Europejskiej prejudycjalnej decyzji w sprawie niedozwolonej pomocy publicznej;

3) art. 6 k.c. w zw. z art. 108 ust. 2 TFUE przez ich błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu, że:

a) w sprawie o zapłatę odszkodowania, jeżeli zarzut bezprawności opiera się na niezgodności z prawem przyznania na rzecz przedsiębiorcy wynagrodzenia (tzw. rekompensaty) przez podmiot publiczny, to na powodzie spoczywa ciężar

dowodu, iż Komisja Europejska uznała tę rekompensatę za niezgodną z prawem, pod rygorem oddalenia powództwa;

b) powód miał obowiązek przedstawienia dowodu na bezprawność pomocy publicznej udzielonej przez m. W. na rzecz ZA, ze wskazaniem, że powinien to być dowód zmierzający do wykazania, „że rekompensata przyznana ZA została przez Komisję uznana za niezgodną z prawem”, jednakże ani na podstawie art. 108 TFUE ani na podstawie Rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („Rozporządzenie nr 659/1999”) powód nie mógł wszcząć postępowania zmierzającego do wydania takiej decyzji, a tym samym Sąd nałożył na powoda obowiązek przedstawienia dowodu niemożliwego;

4) art. 9 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. oraz art. 9 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k. przez ich błędną wykładnię, prowadzącą też do nieuzasadnionego niezastosowania ww. przepisów, a w konsekwencji do błędnego przyjęcia, że:

a) podział rynku właściwego przez podmiot dominujący - organizatora rynku publicznych usług transportowych - nie wchodzi w zakres regulacji art. 9 ust. 1 u.o.k.i.k., w szczególności w postaci tzw. dławienia rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k.), jeżeli organizator zapewnia na wydzielonej (mniejszej) części rynku swobodną konkurencję i jeśli tym samym oddziela od mniejszych przedsiębiorców przedsiębiorcę dominującego, powodując, że mniejsi przedsiębiorcy nie muszą konkurować z podmiotem dominującym na wydzielonej (mniejszej) części rynku;

b) podział rynku publicznych usług transportowych poprzez wybór podmiotu wewnętrznego, któremu organizator rynku powierza świadczenie znacznej części usług, nie wypełnia znamion nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 1 u.o.k.i.k., jeżeli podmiot niedominujący, konkurujący o przyznanie mu zamówienia na świadczenie usług na wydzielonej (mniejszej) części usług, dobrowolnie zgadza się na warunki cenowe świadczenia swoich usług; a w konsekwencji, że możliwość konkurencyjnego kształtowania ceny usług na mniejszej części rynku powoduje, że sam podział rynku nie wypełnia znamion nadużycia pozycji dominującej;

c) nie stanowi nadużycia pozycji dominującej w postaci dyskryminacji w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 3 u.o.k.i.k. podział rynku polegający na udzieleniu zamówienia na świadczenie części usług publicznego transportu miejskiego w trybie bezprzetargowym, z pozostawieniem pozostałej części tych usług do przyznania konkurentom w trybie przetargu, co Sąd Apelacyjny wywodzi z błędnego poglądu, jakoby w sytuacji powierzenia części usług w trybie bezprzetargowym i części w trybie bezprzetargowym między przedsiębiorcami otrzymującymi zlecenie w różnych trybach nie dochodziło do dyskryminacji, a dyskryminacją byłoby jedynie różnicowanie warunków przetargu między przedsiębiorcami uczestniczącymi w przetargach;

- przy czym ww. wady w wykładni i zastosowaniu powołanych przepisów są skutkiem zbyt wąskiej wykładni art. 9 u.o.k.i.k., a w szczególności pominięcia, że postacie nadużycia pozycji dominującej wymienione w art. 9 ust. 2 u.o.k.i.k. mają charakter jedynie przykładowy, co doprowadziło Sąd Apelacyjny do oceny działania pozwanego jedynie z perspektywy przykładowo wyliczonych form tegoż nadużycia; Sąd Apelacyjny zaniechał zaś syntetycznego sformułowania przesłanek naruszenia art. 9 u.o.k.i.k. na tle których oceniałby zachowanie pozwanego;

5. art. 416 k.c. przez jego nieprawidłowe niezastosowanie, przejawiające się w przyjęciu, że pozwany nie ponosi winy, a to w konsekwencji ustalenia przez Sąd Apelacyjny, jakoby zachowanie pozwanego nie było bezprawne; pogląd o braku bezprawności działania Miasta W. jest jednak w niniejszej sprawie błędny (powód zwalcza go w ramach wcześniejszych podstaw kasacyjnych), nie stanowi zatem przeszkody do zakwalifikowania działania pozwanego jako zawinionego, co Sąd winien był uczynić w okolicznościach niniejszej sprawy;

6) art. 361 § 1 i § 2 k.c. przez ich nieprawidłowe niezastosowanie, a to w konsekwencji ustalenia przez Sąd Apelacyjny, jakoby zachowanie pozwanego nie było bezprawne, a więc odnoszenie się do kwestii szkody oraz granic kompensacji jest zbędne; pogląd o braku bezprawności działania Miasta W. jest jednak w niniejszej sprawie błędny (powód zwalcza go w ramach wcześniejszych podstaw kasacyjnych), nie stanowi zatem przeszkody do przyjęcia, że powód

poniósł szkodę podlegającą indemnizacji, co Sąd winien był uczynić w okolicznościach niniejszej sprawy;

II. Powód zarzucił ponadto naruszenie przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy:

1) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. będące wynikiem błędnego ustalenia istoty sprawy wskutek naruszenia prawa materialnego w postaci art. 6 k.c., art. 102 TFUE, art. 106 ust. 2 TFUE, art. 108 TFUE i art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 u.o.k.i.k., a także art. 6 i załącznika (w szczególności pkt 7 załącznika) do Rozporządzenia 1370/07 i art. 3 i art. 12 Rozporządzenia 1191/69 - polegające na:

a) wydaniu wyroku II instancji w oparciu o stan faktyczny ustalony przez sąd I instancji w sytuacji, gdy sąd ów oddalił kluczowe wnioski dowodowe oraz zaniechanie dokonywania ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza przejawiające się w oddaleniu wniosków dowodowych powoda, w szczególności z opinii biegłego, zmierzających do udowodnienia, że rekompensata przyznana na rzecz ZA przez m. W. nie spełniała warunków określonych w art. 6 i w załączniku (w szczególności w pkt 7 załącznika) do Rozporządzenia 1370/07 i w art. 3 i 12 Rozporządzenia 1191/69; przy czym ww. uchybienia procesowe Sądu Apelacyjnego wynikały z błędnego poglądu prawnego, tj. przyjęcia, że sądy obu instancji nie mogły samodzielnie badać przesłanki bezprawności nadużycia pozycji dominującej wskutek wyłącznej kompetencji Komisji Europejskiej w zakresie zbadania zgodności rekompensaty udzielonej na rzecz ZA przez m. W.,

b) uznaniu, że dowód na okoliczność „stwierdzenia niezgodności rekompensaty z rozporządzeniami 1191/69 i 1370/07 zmierzał do wykazania okoliczności prawnej (tj. prawnego lub bezprawnego charakteru rekompensaty) (s. 15 wyroku)”, w sytuacji, gdy ustalenie ww. okoliczności prawnej jest kwestią subsumpcji, a nie postępowania dowodowego, zaś ustalenie wysokości rekompensaty dotyczy okoliczności faktycznej, stanowiącej podstawę tej subsumpcji;

- przy czym dopuszczając się ww. naruszenia przepisów, Sąd Apelacyjny wykroczył tym samym przeciw obowiązującej w procesie cywilnym zasadzie apelacji pełnej, nakładającej na niego obowiązek całościowego rozstrzygnięcia sprawy i samodzielnego dokonania ustaleń faktycznych;

- co w konsekwencji miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż Sąd Apelacyjny wydał wyrok II instancji mimo nieustalenia podstawy faktycznej niezbędnej do jej rozstrzygnięcia, co doprowadziło do błędnego oddalenia apelacji;

3) naruszeniu art. 381 k.p.c. w zw. z art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. wskutek przyjęcia, że „okoliczność nieuzasadnionego zysku po stronie ZA, który miałby prowadzić do zajmowania przez niego takiej części, jakiej nie mógłby obsłużyć, gdyby rekompensata była niższa, została podniesiona dopiero w apelacji (s. 13 wyroku)” podczas gdy w rzeczywistości powód takowe twierdzenia faktyczne i 14 dowodów na takie okoliczności zgłosił w replice z dnia 21 października 2011 r., w pkt 66 do 72 tego pisma (na s. 16 - 17);

- co w konsekwencji miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż Sąd Apelacyjny winien był uwzględnić powyższe twierdzenia i dowody przy rozstrzyganiu sprawy, co winno przyczynić się do zmiany orzeczenia I instancji oraz zasądzenia roszczeń powoda.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Sąd Apelacyjny, ponownie rozpoznając sprawę, nie odniósł się do problemu, na który zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 kwietnia 2014 r. I CSK 291/13 i nie dokonał oceny stopnia prawdopodobieństwa zaistnienia szkody wykazywanej przez powoda, jako utraconych przez niego korzyści, lecz oddalił apelację wskazując, na brak podstaw prawnych do żądania przez powoda dochodzonego roszczenia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, powód swoje roszczenie o naprawienie szkody oparł na dwóch podstawach prawnych. Wiele uwagi, w trakcie procesu poświęcił wykazaniu, że działanie pozwanego miasta jest niedozwoloną pomocą publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Ponadto powód dowodził, że sposób powierzenia świadczenia usług transportowych przez pozwanego i wysokość przyznawanej rekompensaty za świadczenie usług ZA (spółce z o.o., w której

powód jest jednoosobowym wspólnikiem) w porównaniu z innymi przedsiębiorcami stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów unijnych, a także krajowych.

Oceniając pierwszą z tych podstaw odpowiedzialności Sąd Apelacyjny przyznał rację powodowi, że w świetle ustalonych, w orzeczeniu ETS z dnia 24 lipca 2003 r., C-280/00 w sprawie Altmark (Legalis nr 154052), przesłanek uznawania pomocy za niedozwoloną pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, rekompensata (wozokilometry) otrzymywane przez zależną od pozwanego spółkę ZA, może być uznana za niedozwoloną pomoc publiczną. Zwrócił jednak uwagę, że sam ten fakt nie ma decydującego znaczenia dla stwierdzenia, że pozwany odpowiada z tego tytułu wobec powoda. Sąd Apelacyjny podkreślił, że o uznaniu określonego świadczenia ze strony państwa (w tym organów jego samorządu) za pomoc publiczną decyduje Komisja Europejska. Powód nie przedstawił żadnego dokumentu, który świadczyłby o tym, że Komisja zajęła stanowisko w tym względzie. Brak wobec tego podstaw, mając na uwadze przewidziany w art. 6 k.c. rozkład ciężaru dowodu, aby uznać jego roszczenie za uzasadnione. Taka ocena Sądu Apelacyjnego jest, co do zasady poprawna, ale nasuwa ona dwa zasadnicze zastrzeżenia. Po pierwsze, powód dochodzi wyrównania szkody od pozwanego, a nie zwrotu bezprawnie uzyskanej pomocy publicznej od jej beneficjenta, czyli ZA. Po drugie, pomimo eksponowania problemu pomocy publicznej, powód wskazał ostatecznie, że jego roszczenie o zapłatę odszkodowania oparte jest na wykazywaniu, że zachowanie pozwanego narusza przepisu o ochronie konkurencji.

Sąd Apelacyjny dostrzegł wprawdzie, że powód jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia wskazywał także przepisy o ochronie konkurencji, ale uznał, iż nie znajdują one zastosowania w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy. Z jednej strony Sąd Apelacyjny trafnie stwierdza, że powód i ZA świadczą usługi, w tym samym miejscu, dla tych samych odbiorców, operują tymi samymi środkami i korzystają z tej samej infrastruktury miejskiej, czyli działają na tym samym rynku. Pomimo takiego pojmowania rynku usług transportu autobusowego w W., ocenę zachowania pozwanego, z punktu widzenia regulacji dotyczących ochrony konkurencji, ograniczył do tej części tego rynku, która została powierzona

na zasadzie przetargu innym przedsiębiorcom niż WZA. Podstawowym argumentem, przemawiającym za takim ograniczeniem jest wynikające z prawa unijnego i prawa polskiego uprawnienie pozwanego miasta do powierzania świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej, jakim niewątpliwie są usługi transportowe na rynku warszawskim, własnej jednostce organizacyjnej, czy spółce w pełni zależnej od siebie, nawet na całym rynku. Płyne z tego wniosek, że tym bardziej może to uczynić w odniesieniu tylko do części tego rynku. Ponownie należy stwierdzić, że co do zasady jest to stanowisko poprawne. Brak jednak podstaw do tego, aby uznać, tak jak przyjął to Sąd Apelacyjny, że skoro pozwany może powierzyć nawet na całym rynku świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej przedsiębiorcy od siebie zależnemu, to jego zachowanie polegające na powierzeniu części tego rynku innym przedsiębiorcom, nie podlega ocenie z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji.

Swoboda w organizowaniu i wykonywaniu usług transportu publicznego przez jednostkę samorządu terytorialnego wynika z przepisów zarówno prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Przepis art. 5 ust. 2 rozporządzenia nr 137/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urzędowy Unii Europejskiej z 3. 12. 2007 r.) stanowi, że każdy właściwy organ lokalny, świadczący usługi w zakresie zintegrowanego transportu pasażerskiego, jeżeli nie zabrania mu tego prawo krajowe – może zdecydować, że będzie samodzielnie świadczyć usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego lub zawierać umowy w tym zakresie bezpośrednio z podmiotem wewnętrznym. Przez podmiot wewnętrzny, zgodnie z art. 2 j powołanego rozporządzenia należy zaś rozumieć odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego.

Prawo polskie nie tylko zaś nie ogranicza uprawnienia organu lokalnego do organizowania i świadczenia usług w zakresie publicznego transportu pasażerskiego, ale również wyraźnie gwarantuje takie uprawnienie. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (jedn. tekst Dz. U. z 2016, poz. 446 ze zm.) sprawy z zakresu lokalnego transportu zbiorowego

należą do zadań własnych gminy. W celu wykonania tych zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne oraz zawierać umowy z innymi podmiotami (art. 9 ust. 1). Wykonywanie lokalnego transportu zbiorowego jest usługą o charakterze użyteczności publicznej, gdy służy bieżącemu i nieprzerwanemu zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 9 ust. 4). Regulacje te wskazują, że organizowanie i wykonywanie usług w zakresie transportu autobusowego w W. należy do zadań własnych pozwanego miasta, które ma prawo organizowania rynku autobusowego oraz świadczenia na nim usług przez własne jednostki organizacyjne, ewentualnie przez podmioty wewnętrzne w rozumieniu powołanego wyżej rozporządzenia unijnego. Nie ulega zaś wątpliwości, że miasto W. jest gminą (art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 15 marca 2002 r. o ustroju miasta W., jedn. tekst Dz. U. z 2015 r., poz. 1438). Uprawnienie pozwanego do swobody w organizowaniu i świadczeniu usług na rynku autobusowym dodatkowo podkreślają przepisy ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (jedn. tekst Dz. U. 2016 r. poz. 573 ze zm.). Gospodarką komunalną jest wykonywanie przez gminę jej zadań własnych w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, a gmina decyduje o sposobie i formach prowadzenia tej gospodarki oraz o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej. Nie ulega więc najmniejszej wątpliwości, że pozwane miasto ma zagwarantowaną, przez przepisy krajowe i unijne, swobodę w organizowaniu rynku usług autobusowych oraz decydowania o tym kto i na jakich warunkach będzie świadczył usługi na tym rynku. Nie ma więc przeszkód, aby powierzało ono wykonywanie usług przewozu autobusami na rynku warszawskim tylko własnej jednostce organizacyjnej, jaką było ZA do czasu reorganizacji, albo spółce z o.o., w której pozwane miasto ma wszystkie udziały. Na pierwszy rzut oka wydaje się więc w pełni uzasadniony wniosek, że tym bardziej może powierzyć ZA tylko część W. rynku przewozów autobusowych, a na pozostałej części dopuścić do świadczenia usług przez innych przedsiębiorców.

Poczynione wyżej ustalenia nie upoważniają jednak do wniosku, który wyciągnął Sąd Apelacyjny, że wobec tego ocenę działalności pozwanego miasta z punktu widzenia przepisów dotyczących ochrony konkurencji można odnieść

tylko do tej części rynku, na której usługi transportowe świadczą inni niż ZA przedsiębiorcy wyłonieni w drodze przetargu. Taki wniosek nie znajduje żadnego uzasadnienia na tle krajowych i unijnych regulacji dotyczących ochrony konkurencji.

Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1 a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jedn. tekst Dz. U. z 2015, poz. 184 ze zm., dalej powołana jako u.o.k.i.k.). Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorcą do którego stosuje się przepisy tej ustawy. W związku z tym podział rynku tych usług podlega ocenie między innymi z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 u.o.k.i.k. Przepis ten zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym każdemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom działającym na rynku właściwym. Przez rynek właściwy art. 4 pkt 9 w związku z art. 4 pkt 7 u.o.k.i.k. rozumie zaś rynek usług, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Jak wynika z powołanych przepisów rynkiem, na którym należy badać czy pozwane miasto nie nadużywa pozycji dominującej jest cały w. rynek usług autobusowych, gdyż co podkreślił także Sąd Apelacyjny, powód i ZA świadczą usługi, w tym samym miejscu, dla tych samych odbiorców, operują tymi samymi środkami i korzystają z tej samej infrastruktury miejskiej. Dla oceny czy pozwany dopuścił się nadużycia pozycji dominującej należy zbadać jego zachowanie biorąc pod uwagę, co przepis art. 9 u.o.k.i.k. rozumie przez nadużycie pozycji dominującej. W szczególności wymaga zbadania czy podział rynku w proporcji 70% dla ZA i 30% dla pozostałych przedsiębiorców jest uzasadniony. W tym kontekście należy podkreślić, że uprawnienie pozwanego do organizowania rynku usług autobusowych nie

przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności czy nie jest przypadek tzw. dławienia konkurencji. Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji. Tym bardziej jest to dozwolone w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy.

Wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania, tego zaś Sąd Apelacyjny nie uczynił, co jest zrozumiałe bo takich przepisów nie ma. Wyłączenia pozwanego miasta spod działania przepisów o ochronie konkurencji można także poszukiwać w przepisach unijnych. Jak wynika z art. 106 ust. 2 TFUE przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym podlegają regułom konkurencji przewidzianym w Traktacie w granicach w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu zadań im powierzonych. Prawo unijne, podobnie jak nasze przepisy o ochronie konkurencji wskazuje więc, że co do zasady taki przedsiębiorca jak pozwane miasto podlega regułom konkurencji. Wyłączenie spod działania tych reguł jest możliwe tylko wtedy, gdyby ich stosowanie stanowiło przeszkodę w wykonywaniu zadań powierzonych pozwanemu.

Dokonana analiza przepisów unijnych i krajowych wskazuje, że Sąd Apelacyjny, oceniając podstawy roszczenia odszkodowawczego sformułowane w pozwie nie mógł poprzestać tylko na ocenie czy rekompensata udzielana przez pozwane miasto jest niedozwoloną pomocą publiczną, gdyż rozważania w tym zakresie mogą być brane pod uwagę, tylko w kontekście oceny czy zachowanie pozwanego narusza przepisy o ochronie konkurencji. Uzasadniony jest więc zarzut naruszenia art. 108 TFUE poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji art. 6 k.c. Uzasadnione są także dalsze zarzuty naruszenia prawa materialnego. Skoro zachowanie pozwanego miasta może być oceniane z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji w odniesieniu do całego W. rynku usług transportu autobusowego, to sprowadzenie tej oceny tylko do części tego rynku na którym zlecono świadczenie tych usług ZA nie znajduje żadnego

uzasadnienia. W konsekwencji dokonując takiej uproszczonej oceny Sąd Apelacyjny naruszył zarówno przepisy prawa unijnego art. 106 ust. 2 i art. 102 TFUE oraz przepisy powołanego wyżej Rozporządzenie Nr 1370/07 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r., a także przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym zarzucony w skardze kasacyjnej art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5. Upraszczając, w zaskarżonym wyroku, w sposób nieuzasadniony ocenę roszczeń powoda, Sąd Apelacyjny naruszył także przepisy postępowania: art. 227 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 382 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych powoda oraz zaniechanie dokonywania ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności z opinii biegłego.

Mając na względzie, że zarzuty skargi kasacyjnej okazały się uzasadnione zaskarżony wyrok należało uchylić. Sąd Apelacyjny, na podstawie wskazywanych przez powoda przepisów unijnych oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinien rozważyć, czy zachowanie pozwanego miasta polegające na powierzeniu świadczenia usług transportu autobusowego innym niż ZA przedsiębiorcom tylko na części w. rynku usług przewozów autobusowych i stosowanie dla tych przedsiębiorców niższych niż dla ZA rekompensat nie jest nadużyciem pozycji dominującej. Ocena ta powinna uwzględniać porównanie zarówno samego taboru, którym dysponuje ZA oraz powód, jak i jakości świadczonych usług oraz wszystkich tych czynników, które mogą mieć wpływ na to, że konsumenci tych usług uzyskać mogą za tę samą cenę usługę lepszą. Należy także wziąć pod uwagę, czy z punktu widzenia interesu publicznego, nie zachodzą na warszawskim rynku usług transportu autobusowego, przesłanki do wyłączenia lub ograniczenia stosowania reguł ochrony konkurencji. Takiej oceny można dokonać tylko poprzez wskazanie wyspecjalizowanemu zespołowi biegłych zakresu opinii, która dostarczając sądowi niezbędnych specjalistycznych informacji, umożliwi mu dokonanie oceny, czy zachowanie pozwanego miasta, w rozważanym stanie faktycznym, naruszyło przepisy o ochronie konkurencji. Dopiero pozytywna odpowiedź na to pytanie otworzy drogę do oceny, czy takie zachowanie doprowadziło do utraty przez powoda wskazywanych przez niego korzyści i czy utrata ta pozostaje w normalnym związku przyczynowym z zachowaniem

pozwanego. Ze względu na zależność takiej oceny od potrzeby rozważenia wielu czynników, wymagających fachowej wiedzy, konieczne wydaje się i w tym zakresie skorzystania z opinii wyspecjalizowanych biegłych, na co zwrócił już uwagę Sąd Najwyższy w swoim poprzednim wyroku.

Mając na względzie, że zarzuty skargi kasacyjnej okazały się uzasadnione Sąd Najwyższy, na podstawie art. 398¹⁵ k.p.c., orzekł jak w sentencji wyroku.

aj

kc