



Sygn. akt III SK 5/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 marca 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Piotr Prusinowski (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Joanna Porowska

w sprawie z powództwa Gminy S.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nadużywanie pozycji dominującej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 20 marca 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.
z dnia 21 października 2016 r., sygn. akt VI ACa/15,

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

UZASADNIENIE

Decyzją z 30 grudnia 2013 r., nr RKR-46/2013 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 pkt 1

ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik), działania Gminy S. (powód) polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków pochodzących z gmin ościennych M. i S. (gminy zainteresowane) w związku z bezpośrednim narzucaniem nieuczciwych cen za usługę przyjęcia ścieków z urzędzeń kanalizacyjnych gmin ościennych i ich oczyszczenia, w następstwie stosowania dla dostawców hurtowych ceny za tę usługę w wysokości odpowiadającej cenie określonej w taryfie za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzania ścieków obowiązującej odbiorców powoda, sporządzonej w oparciu o kalkulację obejmującą koszty związane z eksploatacją i utrzymaniem oczyszczalni i całej sieci kanalizacyjnej na terenie powodowej gminy przez co narzucane ceny: uwzględniają całkowite koszty oczyszczenia wód przypadkowych i infiltracyjnych z terenu powodowej gminy oraz uwzględniają koszty utrzymania i eksploatacji całej sieci kanalizacyjnej na terenie powodowej gminy i nakazał zaniechania stosowania ww. praktyki oraz nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 8.690 zł.

Odwołanie od powyższej decyzji wniósł powód.

Wyrokiem z 13 kwietnia 2015 r., XVII AmA .../14 Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda i obciążył go kosztami postępowania.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozycję powoda na rynku właściwym wyznacza należąca do gminnego zakładu komunalnego sieć kanalizacyjna oraz brak możliwości prowadzenia działalności polegającej na odprowadzaniu ścieków poza rynkiem właściwym ze względu na brak alternatywnej oczyszczalni spełniającej wymóg natychmiastowej dostępności bez ponoszenia nakładów inwestycyjnych. Technologia odprowadzania ścieków ogranicza bowiem rynek w aspekcie geograficznym do istniejącej sieci kanalizacyjnej. W ocenie Sądu Okręgowego niespornym był fakt, że nie istnieje oczyszczalnia, która mogłaby być natychmiast dostępna celem oczyszczania ścieków z gmin zainteresowanych. Nie pozwala na to także brak odpowiedniej lokalizacji dla takiego obiektu. Zdaniem Sądu Okręgowego powód w przedmiotowej sprawie stosował nieuczciwe ceny, gdyż w ich ramach przypisywał dostawcom hurtowym koszty oczyszczania wód

przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na całej jej długości, które okresowo stanowią ponad 50% wszystkich ścieków napływających, gdy aż 83% sieci znajdowało się na terenie powodowej gminy. Zdaniem Sądu Okręgowego ceny hurtowego świadczenia usługi uznać należy za nieuczciwe, gdyż nie uwzględniały rzeczywistych kosztów związanych z usługą dla poszczególnych odbiorców hurtowych, uwzględniając przy tym koszty, które nie były ponoszone w związku ze świadczeniem dla nich usługi.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając go w całości.

Wyrokiem z 21 października 2016 r., Sąd Apelacyjny w W. zmienił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego, w ten sposób, że uchylił w całości decyzję Prezesa Urzędu z 30 grudnia 2013 r. i obciążył go kosztami postępowania oraz stwierdził, że decyzja nie została wydana bez podstawy prawnej, ani z rażącym naruszeniem prawa w rozumieniu art. 479^{31a} k.p.c.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że w ocenie Prezesa Urzędu powód dopuścił się praktyk eksploatacyjnych, które jego zdaniem polegają na tym, że „wykorzystując pozycję rynkową przedsiębiorca czerpie korzyści, których uzyskanie nie byłoby możliwe w warunkach konkurencyjnego rynku”. Stanowisko to budzi jednak zastrzeżenia, gdyż z faktu ustalenia przez podmiot dominujący cen na poziomie wyższym niż ten, na którym zostałyby one określone w warunkach konkurencyjnych nie wynika jeszcze, że miało miejsce nadużycie pozycji dominującej. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że zarówno w prawie Stanów Zjednoczonych, jak i w systemach prawnych większości państw nienależących do Unii Europejskiej, pobierania cen nadmiernie wygórowanych nie traktuje się jako nadużycia pozycji dominującej. Mimo różnic między amerykańskim i europejskim systemem prawa antymonopolowego stanowisko federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Trinko* (wyrok federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 13 stycznia 2004 r. w sprawie *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004)) jest aktualne również na gruncie prawa polskiego. Nie można zasadnie zarzucać przedsiębiorcy nadużycia pozycji dominującej tylko dlatego, że oczekuje za swoje towary lub usługi zapłaty w wysokości wyższej niż kwota, która ustalona zostałaby na rynku o

pluralistycznej strukturze. Perspektywa zdobycia pozycji dominującej i uzyskania możliwości pobierania cen monopolistycznych stanowi bardzo ważną zachętę do podejmowania przez przedsiębiorców trudu i ryzyka przeprowadzania inwestycji. Przykładowo można wskazać na budowę infrastruktury kanalizacyjnej na obszarze, który jest jej pozbawiony w sytuacji, gdy realizacja takiej inwestycji byłaby nieopłacalna, jeżeli po jej przeprowadzeniu przedsiębiorca mógłby uzyskiwać ceny na poziomie nie wyższym niż taki, który ukształtowałby się w konkurencyjnym otoczeniu rynkowym. Sąd Apelacyjny zauważył ponadto, że do ostrożności w zakresie egzekwowania zakazu stosowania cen nadmiernie wygórowanych skłania to, że nawet monopolista działający na rynku o bardzo wysokich barierach wejścia musi liczyć się z tym, iż im wyższa cena tym niższy popyt na oferowane przez niego dobra. Sam fakt, że podmiot dominujący ustalił cenę na poziomie wyższym od tego, na którym zostałyby one określone na rynku konkurencyjnym nie przesądza o nadużyciu pozycji dominującej w postaci stosowania cen nieuczciwych.

Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że w doktrynie podnosi się, że pierwszym elementem analizy antymonopolowej dotyczącej stosowania cen nadmiernie wygórowanych powinno być zbadanie tego, czy istnieją trudne do pokonania bariery wejścia na rynek relewantny. W przypadku niewystępowania takich barier ceny nie mogą być uznane za nadmiernie wygórowane. Analizy przeprowadzone przez Prezesa Urzędu w tym zakresie budzą pewne zastrzeżenia. Specyfika rynku właściwego w niniejszej sprawie uzasadniała przypuszczenie, że rozpoczęcie działalności na nim jest rzeczywiście trudne. Prezes Urzędu powinien był jednak zbadać tę kwestię dokładniej. W uzasadnieniu decyzji stwierdza on, iż powód posiada pozycję dominującą na rynku „hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków z miejscowości położonych na terenie gmin ościennych M. i S. ponieważ, nie istnieje inna, alternatywna oczyszczalnia, która mogłaby przyjmować wszystkie ścieki z terenu gmin ościennych”. Brak jest uzasadnienia dla całkowitego pomijania w analizie rynku właściwego i barier wejścia na niego możliwości budowy alternatywnej infrastruktury przez kontrahentów podmiotu dominującego. Gdyby zaś istniała możliwość zaspokojenia przedmiotowych potrzeb przez przeprowadzenie w krótkim czasie inwestycji, która byłaby ekonomicznie

racjonalna, to powód musiałby liczyć się z tym zagrożeniem kształtując swoją politykę cenową. Zdaniem Sądu Apelacyjnego argumenty przytoczone przez Sąd Okręgowy i Prezesa Urzędu nie potwierdzają słuszności stwierdzenia, iż przedmiotowe ceny mają charakter nieuczciwy. Cytowane wywody Sądu Okręgowego i Prezesa Urzędu dotyczą jedynie niektórych elementów wpływających na cenę, w rozumieniu prawa antymonopolowego. Nie zbadano natomiast tego, czy ewentualne zawyżenie wskazanej pozycji nie zostało skompensowane przez zaniżenie innych. W apelacji powód słusznie podnosił, że „ocenie powinna podlegać cena jako wartość, którą płaci nabywca towaru lub usługi; za niezasadne należy uznać ograniczenie się przez organ orzekający do oceny jednej pozycji kalkulacyjnej, z pominięciem metody kalkulacji ceny jako całości i analizy, czy poziom ceny”. Powód podnosił również, „że z dowodów zgromadzonych w sprawie wynika, że ceny hurtowe pobierane przez powoda nie zawierały pełnej amortyzacji oraz pełnych kosztów trwałego zarządu”. Za przekonujący uznał Sąd Apelacyjny, znajdujący się w apelacji wywód, iż „dla oceny, czy cena jest nieuczciwa, nie jest wystarczające uznanie, że jeden element kalkulacyjny jest niewłaściwy, bowiem wartość tego elementu nie musi mieć bezpośredniego przełożenia na cenę, jeżeli inne elementy kalkulacyjne normalnie uwzględniane w kalkulacji cen są zaniżone lub pominięte”.

W ocenie Sądu Apelacyjnego skutecznej obrony tezy o nieuczciwym charakterze przedmiotowych cen nie umożliwia też porównanie ich z cenami taryfowymi, którego dokonał Prezes Urzędu w zaskarżonej decyzji. Jak słusznie zauważa powód, na poziom cen taryfowych wpływ wywiera czynnik społeczny, co prowadzi do tego, że często są one „zaniżane w stosunku do ponoszonych kosztów”. Przy ocenie uczciwości cen hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków należy brać pod uwagę kryteria wynikające z prawa antymonopolowego, które odbiegają od reguł stosowanych przy ustalaniu cen taryfowych. Traktowanie cen taryfowych jako zasadniczego punktu odniesienia dla oceny uczciwości cen hurtowych jest więc nieuprawnione. Ewentualne ustalenie, że zyski uzyskiwane przez powoda były bardzo wysokie, znacznie wyższe niż zyski, które uzyskiwałby w konkurencyjnym otoczeniu rynkowym, nie przesądzałoby o tym, że dopuścił się on nadużycia pozycji dominującej. Jak zauważył Sąd Apelacyjny prawo konkurencji

ma sprzyjać właściwemu wykorzystaniu zasobów, a nie zniechęcać do podejmowania pożądaných społecznie działań inwestycyjnych.

W obliczu powyższych okoliczności Sąd Apelacyjny uznał, że Prezes Urzędu nie udowodnił, że powód w niniejszej sprawie dopuścił się nadużycia pozycji dominującej.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł Prezes Urzędu, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach temu Sądowi, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy, przez oddalenie apelacji w całości.

Prezes Urzędu zarzucił: naruszeniu przepisów postępowania: art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. przez lakoniczne odniesienie się przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku do istotnych okoliczności podnoszonych przez Prezesa Urzędu, w szczególności dotyczących uwzględnienia przez powoda w procesie kalkulacji ceny odbioru ścieków z gmin ościennych kosztów, które nie zostały poniesione w związku ze świadczeniem usługi dla każdej z gmin ościennych (czyli całych kosztów oczyszczania wód przypadkowych i infiltracyjnych napływających do sieci na terenie Gminy S. oraz kosztów, utrzymania i eksploatacji całej sieci kanalizacyjnej na terenie Gminy S.), co doprowadziło do uznania, że tak ustalona cena nie była ceną nieuczciwą, a co za tym idzie zachowanie powoda nie stanowiło praktyki ograniczającej konkurencję, oraz naruszenie przepisów prawa materialnego: a) art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik polegające na przyjęciu, że powód nie dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję, bo nie zostało wykazane, że wysokość osiągniętych przez niego zysków na podstawie ustalonych przez niego cen usług jest znaczna, podczas gdy do ustalenia nadużywania pozycji dominującej wystarczające jest ustalenie narzucania cen o charakterze nieuczciwym, czyli takich, które uwzględniają koszty, które nie zostały przez przedsiębiorcę poniesione w związku ze świadczeniem danej usługi na rzecz konkretnego kontrahenta, przy czym nie ma znaczenia, że w taki sposób skalkulowana cena nie jest nadmiernie wygórowana; b) art. 4 pkt 10 w zw. z art. 9 ust. 1 uokik polegające na uznaniu, że przy ustalaniu pozycji dominującej przedsiębiorcy prowadzącego działalność o charakterze sieciowym brak jest podstaw do całkowitego pomijania w analizie rynku

właściwego i barier wejścia na niego możliwości budowy alternatywnej infrastruktury przez kontrahentów podmiotu dominującego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezesa Urzędu powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu okazała się zasadna.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do założeń aksjologicznych, na których oparty został wyrok Sądu Apelacyjnego w W.. Z jego uzasadnienia, w którym zawarte zostały liczne odesłania do prawa antytrustowego Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, wynika wyraźnie, że zasadniczym motywem uchylenia decyzji Prezesa Urzędu było nie tyle przekonanie co do niedostatku ustaleń faktycznych decyzji organu z punktu widzenia przesłanek zastosowania art. 4 pkt 10 oraz art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik, co zakwestionowanie interwencji organu z aksjologicznego punktu widzenia. Świadczą o tym w szczególności nawiązania do wyroku w sprawie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Trinko*. Uprawniają one Sąd Najwyższy do stwierdzenia, że zaskarżony wyrok opiera się na założeniu aksjologicznym leżącym u podstaw tak zwanych neoliberalnych doktryn ekonomicznych, zgodnie z którymi „chciwość jest dobra” dla społeczeństwa. W ujęciu zaprezentowanym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wspomniana „chciwość” stanowi źródło i motor napędowy wszelkich decyzji biznesowych, podejmowanych przez każdego przedsiębiorcę, na każdym rynku. Idąc dalej tokiem rozumowania przyjętym w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia należałoby przyjąć, że jako „smar” dla mechanizmu konkurencji „chciwość” ta podlega wręcz ochronie prawnej w tym znaczeniu, że organy ochrony konkurencji nie powinny interweniować wobec praktyk opartych na wykorzystywaniu przez przedsiębiorcę dominującej pozycji na rynku, uzyskanej wskutek podjęcia motywowanego „chciwością” ryzyka inwestycyjnego i zaangażowania zasobów w budowę infrastruktury służącej zaspokajaniu popytu.

Tego rodzaju założenia aksjologiczne nie znajdują akceptacji Sądu Najwyższego, przynajmniej w jego dotychczasowym składzie. W pierwszej

kolejności należy zwrócić uwagę, że założenia tego rodzaju z oczywistych względów nie przystają do systemu konstytucyjnego opartego na społecznej gospodarce rynkowej. Prawo, w tym prawo ochrony konkurencji, jest instrumentem kształtowania stosunków gospodarczo-społecznych odzwierciedlających pewną wizję ustawodawcy konstytucyjnego, uszczegóławianą przez sąd konstytucyjny. Okoliczność, że sąd konstytucyjny Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej dokonał określonego aksjologicznego wyboru w przedmiocie naczelnych wartości jakimi należy kierować się przy egzekwowaniu reguł konkurencji, nie oznacza adekwatności i automatycznej przenoszalności tego wyboru na grunt innych porządków konstytucyjnych. W dalszej kolejności należy mieć na względzie, że tego rodzaju koncepcje jak wyartykułowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku są całkowicie nieadekwatne dla rynku właściwego w niniejszej sprawie oraz dla motywacji leżącej u podstaw decyzji biznesowych powoda. Jak już podkreślano to wielokrotnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w państwie o społecznej gospodarce rynkowej pewne usługi, określane umownie usługami publicznymi z racji zaspokajania podstawowych współcześnie potrzeb, nie powinny być świadczone w oparciu o założenia biznesowe charakterystyczne dla ryzykownych działań innowacyjnych, napędzanych przez nadwyżki dostępnego kapitału. Świadczenie usług z zakresu odprowadzania i oczyszczania ścieków ma w sobie istotny komponent publiczny (ochrona środowiska i poprawa jego jakości, por. uchwała Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2017 r., III SZP 2/16, OSNP 2018 nr 1, poz. 10), niezależnie od tego, czy odbywa się na rzecz mieszkańców gminy i innych przynależnych jej podmiotów, czy też odbywa się na rzecz gmin sąsiednich (i ich mieszkańców). Ponadto, z ustaleń postępowania wynika, że budowa infrastruktury kanalizacyjnej odbywała się z udziałem gmin ościennych, zaś gmina powodowa oraz gminy sąsiednie funkcjonowały w ramach aglomeracji. Te wszystkie okoliczności czynią nieadekwatnymi założenia aksjologiczne leżące u podstaw zaskarżonego wyroku i sposobu zastosowania przepisów prawa materialnego, co już z tego powodu uzasadnia jego uchylenie.

Wreszcie, przy przejmowaniu założeń aksjologicznych prawa antytrustowego do stosowania reguł ochrony konkurencji w Polsce nie można abstrahować od narastającej krytyki tych założeń ekonomicznych i prawnych, które sprowadzają się

do gloryfikacji hasła „chciwość jest dobra”. Zdaniem Sądu Najwyższego, realizacja tych założeń w praktyce wypaczyła sposób funkcjonowania współczesnej gospodarki, która stała się w dużej mierze gospodarką opartą na dyktacie przeczuć rynków kapitałowych (a *de facto* indywidualnych i krótkoterminowych interesów kadry zarządzającej), co z kolei zaowocowało jednym z najpoważniejszych kryzysów gospodarczych w historii, przyczyniło się do narastania nierówności społecznych a przez to coraz poważniejszych napięć społecznych, co finalnie zagraża ustrojowi demokracji liberalnej. Powyższe nie oznacza całkowitego odrzucenia przez Sąd Najwyższy przyjętych przez Sąd drugiej instancji założeń aksjologicznych w innych sprawach antymonopolowych, w szczególności zaś dotyczących innych rynków właściwych. Sugeruje jednak potrzebę zachowania większego poziomu sceptycyzmu wobec recepcji koncepcji wypracowanych i wdrożonych w systemie prawnym państwa o gospodarce rynkowej i niebywale rozwiniętym rynku kapitałowym, lecz o odmiennych rozwiązaniach konstytucyjnych w zakresie ustroju gospodarczego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 4 pkt 10 uokik, Sąd Najwyższy stwierdza, że nie w każdym przypadku nadużycia pozycji dominującej na etapie jej ustalania konieczne jest przeprowadzenie złożonych analiz antymonopolowych, obejmujących weryfikację kontrfaktycznych scenariuszy, jak przyjął to Sąd drugiej instancji w tej sprawie. Gdy zarzut nadużycia pozycji dominującej adresowany jest do podmiotu takiego jak gmina, działającego na rynku infrastrukturalnym w zakresie usług użyteczności publicznej i motywowanego koniecznością zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców, ustalenia oczekiwane przez Sąd drugiej instancji nie są konieczne dla zastosowania art. 4 pkt 10 uokik, zwłaszcza gdy uwzględni się, że decyzja Prezesa Urzędu oraz wyrok Sądu pierwszej instancji oparte zostały na ustaleniach faktycznych, zgodnie z którymi: 1) sąsiednie gminy nie posiadają nieruchomości, na której możliwe byłoby wybudowanie oczyszczalni ścieków pochodzących z gmin ościennych; 2) sąsiednie gminy partycypowały w ramach wspólnego projektu w budowie infrastruktury koniecznej do świadczenia usług, o które chodzi w niniejszej sprawie. Ustalenia oczekiwane w niniejszej sprawie przez Sąd Apelacyjny W. mogą natomiast być konieczne dla przypisania przedsiębiorcy nazwanej praktyki ograniczającej konkurencję (zamiast wielu zob.

wyroki Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2009 r., III SK 24/08, OSNP 2010 nr 13-14, poz. 178 oraz z 31 maja 2017 r., III SK 36/16, niepubl.).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik, uwagę zwraca, że decyzja Prezesa Urzędu opiera się na założeniu, zgodnie z którym ceną nieuczciwą jest cena nierzetelnie skalkulowana. O nierzetelności kalkulacji świadczy zaś - w myśl decyzji - ustalenie ceny w oparciu o koszty, które nie są rzeczywistymi kosztami świadczenia usług na rzecz każdej z ościennych gmin, oraz uwzględnienie w kalkulacji kosztów, które nie zostały poniesione w związku ze świadczeniem usługi dla każdej z ościennych gmin. U podstaw stanowiska Prezesa Urzędu leży przekonanie, że taryfowe ceny ustalane są w oparciu o pełne koszty prowadzenia działalności (w kategoriach dopuszczalnych przez rozporządzenie taryfowe), natomiast ceny hurtowe powinny być ustalane w oparciu o koszty w wysokościach uwzględnionych przy kalkulacji taryfy, lecz tylko i wyłącznie w zakresie (rozmiarze) w jakim dotyczą działań podejmowanych w związku ze świadczeniem usługi dla konkretnego odbiorcy hurtowego. W rezultacie ceny hurtowe powinny być niższe od cen taryfowych. Natomiast zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w W. opiera się na założeniu, zgodnie z którym ceny taryfowe są cenami zaniżonymi ze względów społecznych, zatem nie obejmują pełnych kosztów świadczenia usługi odbioru i oczyszczania ścieków. W rezultacie oparcie się na cenach taryfowych przy kalkulacji cen hurtowych nie oznacza, że doszło do narzucenia nieuczciwej ceny, ponieważ nierzetelnie skalkulowana cena hurtowa w oparciu o koszty wyliczone na użytek taryfy może okazać się ceną niższą od ceny hurtowej wyliczonej w oparciu o wszystkie koszty alokowane dla usługi świadczonej dla danego odbiorcy hurtowego.

Wynikająca z przedstawionego zestawienia rozbieżność stanowisk nie daje się jednoznacznie rozstrzygnąć w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo w przedmiocie pojęcia nieuczciwej ceny. Przypomnieć należy, że w wyroku Sądu Najwyższego z 25 maja 2004 r., III SK 50/04 (OSNP 2005 nr 11, poz. 166) przyjęto, że cena jest nieuczciwa, gdy jej kalkulacja opiera się na kosztach, których przedsiębiorca nie ponosi świadcząc daną usługę. Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tej sprawie przemawia za uwzględnieniem skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu, gdyż zgodnie z jego treścią do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej

przez narzucanie nieuczciwych cen wystarczyłoby ustalenie, że cena została nierzetelnie skalkulowana. Nie ma wówczas znaczenia, czy poziom nierzetelnie skalkulowanej ceny można byłoby uznać za ekwiwalentny, gdyby obliczyć rzeczywisty koszt świadczenia usługi i zbadać, czy stosowana cena ma oparcie w tym prawdziwym koszcie a nie w koszcie wirtualnym i przedstawionym wcześniej jako uzasadnienie ceny. Natomiast w świetle wyroku Sądu Najwyższego z 13 lipca 2012 r., III SK 44/11 (OSNP 2013 nr 13-14, poz. 167) można argumentować, że Prezes Urzędu powinien kierować się właśnie taką metodologią przy stosowaniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik, skoro w sprawie tej nacisk położono na ekwiwalentność ceny za świadczoną usługę (ustalaną na podstawie modelowej transakcji referencyjnej). Wówczas ceną nieuczciwą byłaby cena nieekwiwalentna a nie tylko cena nierzetelnie skalkulowana.

Rozstrzygnięcie powyższego problemu prawnego napotyka na klasyczną w sprawach z zakresu ochrony konkurencji trudność, widoczną zwłaszcza na etapie postępowania kasacyjnego, wynikającą z nieudolności i nieumiejętności organu ochrony konkurencji w rekonstrukcji zasad funkcjonowania rynku właściwego, w tym także właściwego odczytania kontekstu prawnego oddziałującego na te zasady. Ustalenia w tym zakresie oparta są bowiem z reguły na wyobrażeniach organu co do zasad funkcjonowania rynku (wyroki Sądu Najwyższego z 5 listopada 2015 r., III SK 7/15 oraz z 10 stycznia 2017 r., III SK 61/15). Kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie ma bowiem kwestia, czy ceny taryfowe powoda stanowią punkt odniesienia dla cen hurtowych dla kontrahentów takich jak gminy ościenne w niniejszej sprawie, czy też ceny hurtowe dla podmiotów nie będących „przynależnymi” gminy S. są cenami rynkowymi niezależnymi od cen taryfowych przyjętych dla usługobiorców zlokalizowanych na obszarze tej gminy. Odnotować należy, że w decyzji przywołano stanowiska ministerstwa właściwego w sprawach budownictwa, z których wynikało, że co prawda ceny dla hurtowych dostawców ścieków nie są cenami określanymi w taryfie ale taryfa powinna stanowić podstawę dla ich określenia, ponieważ zidentyfikowano w niej koszty świadczenia usług przesyłu i oczyszczania ścieków. Stanowisko takie nie oznacza jednak żadną miarą, że rynek i jego otoczenie prawne funkcjonuje w taki sposób. Tymczasem zagadnienie to ma zasadnicze znaczenie. Jeżeli bowiem rynek działa w taki

sposób, że to taryfy stanowią odniesienie dla cen hurtowych, to skalkulowanie ceny w oparciu o koszty z taryfy błędnie alokowane na użytek ustalenie ceny dla konkretnego dostawcy hurtowego można uznać za cenę nieuczciwą. Jeżeli natomiast rynek działa w taki sposób, że dla dostawców hurtowych określa się cenę umowną bez związku z taryfami, to rację należałoby przyznać powodowi, że samo nierzetelne skalkulowanie ceny przez zastosowanie stawki z taryfy nie wystarcza do uznania ceny za nieuczciwą. Wówczas powód mógłby się bronić, argumentując, że mimo zawyżenia pewnych elementów składowych ceny (przez uwzględnienie stawek z taryfy), cena ostatecznie nie była nieuczciwa mimo nierzetelnej kalkulacji, ponieważ nie uwzględniono albo zaniżono inne elementy składowe ceny na rynku hurtowym. Przy okazji zanegować jednak należy stanowisko Sądu drugiej instancji co do „socjalnego” kalkulowania cen taryfowych. Z rozporządzenia taryfowego nie wynika bowiem, by taryfy można było kalkulować z pominięciem niezbędnych kosztów, skoro mają zapewnić samofinansowanie oraz zysk dla przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnych.

Podstawa skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu zmusza Sąd Najwyższy do rozstrzygnięcia powyższego dylematu wyłącznie w ramach art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik oraz ustaleń faktycznych tego postępowania. Te zaś uzasadniają uwzględnienie zarzutu naruszenia powołanego przepisu uokik w oparciu o zasadę *venire contra factum proprium*: skoro cena dla usługobiorcy hurtowego takiego jak ościenne gminy została określona przez powoda w umowie w drodze odesłania do ceny taryfowej dla określonej kategorii odbiorców, to tym samym powód uczynił cenę taryfową ceną referencyjną, której poziom może podlegać ocenie organu ochrony konkurencji z punktu widzenia jej nieuczciwego charakteru w oparciu o kalkulację kosztową stanowiącą podstawę kalkulacji cen taryfowych. Z ustaleń postępowania sądowego wynika, że powód rozliczał się z kontrahentami na podstawie umów, w których cena za świadczone usługi jest taka sama jak obowiązująca na terenie powoda cena za zbiorowe odprowadzanie ścieków wprowadzona w danym roku taryfą za zbiorowe odprowadzenie ścieków i podlegała modyfikacjom w ślad za zmianami taryf. To ustalenie oznacza, że powód powiązał cenę za usługi hurtowe, świadczone dla odbiorcy nieobjętego taryfą, z cenami ustalonymi w taryfie. Ta cena została uznana przez niego za cenę ekwiwalentną dla usługi hurtowego odbioru i

oczyszczania ścieków. Stanowi miarę („benchmark”) według którego ocenia się, czy cena jest nieuczciwa. Prezes Urzędu zweryfikował ten benchmark sprawdzając, jakie koszty składają się na cenę określoną w taryfie a jakie koszty wiążą się ze świadczeniem usługi hurtowego odbioru i oczyszczania ścieków. Z przeprowadzonych na użytek postępowania administracyjnego analiz wynikało, że koszty te różnią się, zatem „benchmark” nie jest ekwiwalentny. Kalkulacja cen, na których opiera się cena umowna okazała się w rezultacie nierzetelna. Innymi słowy, skoro wolą powoda ceną właściwą w rozliczaniach z kontrahentami jest cena wynikająca z zatwierdzonej dla powoda taryfy, sporządzonej w oparciu o przygotowaną przez niego kalkulację kosztów, to powód nie może bronić się za pomocą argumentu, zgodnie z którym cena uznana przez niego samego za ekwiwalentną kosztowo i marżowo została wadliwie skalkulowana, gdyż nie obejmuje kosztów, które powód mógłby uwzględnić na wolnym rynku. Gdyby natomiast w umowach była określona cena, choćby i powielana z ceny taryfowej ale bez odesłania do taryfy jako cennika opartego na określonej kalkulacji, powód mógłby się bronić, że cena ta jest ekwiwalentna, gdyż składają się na nią koszty, których nie uwzględnił w taryfie, o ile na rynku świadczenia usług hurtowych nie obowiązuje w ogóle zasada związania dostawcy usług kalkulacjami kosztowymi leżącymi u podstaw taryfy.

Bezzasadny jest natomiast zarzut naruszenia art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., ponieważ uzasadnienie zaskarżonego wyroku poddaje się kontroli kasacyjnej, gdyż zawiera wszystkie motywy jakimi kierował się Sąd drugiej instancji, stosując przepisy prawa materialnego w określony sposób.

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