

**Wyrok z dnia 19 października 2006 r.**

**III SK 15/06**

**1. Zachowanie operatora telekomunikacyjnego polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług „wdzwanianego dostępu do internetu” może być oceniane na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.), a nie wyłącznie na podstawie przepisów ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 73, poz. 852 ze zm.).**

**2. Ograniczenie konkurencji występuje wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia wyboru, z jakiego korzysta konsument. Zachowanie, które uniemożliwia obniżenie cen na rynku poprzez eliminację lub utrudnianie wejścia na rynek nowym konkurentom, prowadzi w rzeczywistości do zawyżenia cen na rynku.**

Przewodniczący SSN Jerzy Kwaśniewski, Sędziowie SN: Józef Iwulski, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2006 r. sprawy z powództwa Telekomunikacji Polskiej SA z siedzibą w Warszawie przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 marca 2006 r. [...]

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

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

Według ustaleń Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), podtrzymanych przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sąd

Apelacyjny w Warszawie, w okresie od 1996 r. do 26 kwietnia 2002 r. 21 przedsiębiorców świadczących usługi wdzwanianego dostępu do internetu (dalej jako ISP - internet service provider) złożyło do powodowej spółki wnioski o zawarcie umów o współpracy międzyoperatorskiej. Tylko 3 wnioski z 21 nie spełniały wymogów formalnych. Do dnia 5 stycznia 2004 r. powódka nie zawarła umów międzyoperatorskich z żadnym z wnioskodawców. Odpowiednie umowy zawarła jedynie z P&W Radiokomunikacja S.C. oraz Energis Polska Sp. z o.o. Oba podmioty posiadały zezwolenie na eksploatację publicznej sieci stacjonarnej. W toku rozmów z operatorami ISP powódka nie podważała kompletności wniosków. Z niektórymi operatorami nie zawarła umów międzyoperatorskich pomimo wydania przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty decyzji o połączeniu sieci. Wnioski innych operatorów ISP pozostawiano bez rozpoznania. W innych sprawach rozpoczynano negocjacje, a następnie przedłużano je za pomocą różnych pretekstów (jak reorganizacja, terminy, zaginięcie wniosku, wnioski o uzupełnienie dokumentacji, wnioski o uaktualnienie dokumentacji, itp.).

Decyzją z 5 stycznia 2004 r. Prezes UOKiK uznał uchylanie się przez powódkę od zawarcia z operatorami telekomunikacyjnymi uprawnionymi do świadczenia usług wdzwanianego dostępu do internetu umów o współpracy międzyoperatorskiej, których postanowienia stwarzałyby równoprawne warunki świadczenia usług komutowanego dostępu do internetu, za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt. 5 z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm., dalej uokik), nakazał zaniechania praktyki i nadał decyzji w tej części rygor natychmiastowej wykonalności oraz nałożył na powódkę karę w wysokości 20.000.000 zł. Prezes UOKiK uznał, że w okresie będącym przedmiotem badania w toku postępowania, rynkiem właściwym był rynek połączeń międzyoperatorskich w zakresie komutowanego (wdzwianego) dostępu do internetu na terytorium Polski. Prezes UOKiK uznał, że powódka kontroluje 93% rynku właściwego, ponieważ 93% abonentów operatorów publicznej sieci stacjonarnej, którzy mogą korzystać z komutowanego dostępu do internetu, jest jednocześnie abonentami powódki. Na tej podstawie Prezes UOKiK przyjął, że powódka ma pozycję dominującą na rynku właściwym. Prezes UOKiK uznał, że w sprawie został naruszony interes publiczny, ponieważ uchylanie się przez powódkę od zawarcia umów o współpracy międzyoperatorskiej oddziaływało nie tylko na interesy poszczególnych ISP, ale także na cały rynek wdzwaniane-

go dostępu do internetu. Uchylenie się od zawarcia umów z ISP uznano za nadużycie pozycji dominującej, ponieważ wynikająca z przedłużanych lub niepodejmowanych negocjacji odmowa zawarcia umów umożliwiających ISP świadczenia usług wdzwanianego dostępu do internetu, nie była obiektywnie uzasadniona. Przyczynami, które spowodowały, że stosowne umowy o współpracy nie zostały zawarte były: długotrwały lub całkowity brak reakcji na wnioski o zawarcie umowy, przesuwanie terminów spotkań z ISP, żądania uaktualniania dokumentacji spowodowane przesunięciami terminów spotkań przez powódkę, zagubienie dokumentacji przez powódkę. Prezes UOKiK uznał takie zachowanie powódki za celowe zmierzanie do możliwie długiego zwlekania z zawarciem umów regulujących kwestię wzajemnych rozliczeń. Prezes UOKiK nie uznał argumentów powódki co do braku jednoznacznych uregulowań dotyczących statutu operatorów ISP z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 73, poz. 852 ze zm., dalej jako Prawo telekomunikacyjne) oraz braku przepisów wykonawczych do Prawa telekomunikacyjnego. Prezes UOKiK nie zaakceptował również argumentu, iż umowy o współpracy nie mogły zostać zawarte z przyczyn technicznych.

Ustalając wymiar kary Prezes UOKiK miał na względzie, iż praktyka powódki miała wymiar antykonkurencyjny, czas naruszenia, wpływ na użytkowników końcowych oraz straty finansowe operatorów ISP. Wymiar kary nałożonej przez Prezesa UOKiK miał odzwierciedlać fakt rażącego nadużycia pozycji rynkowej oraz zniechęcać powódkę do dalszego nadużywania pozycji dominującej na rynkach rozwijających się.

Powódka odwołała się od powyższej decyzji wnosząc o zmianę jej w całości przez stwierdzenie niestosowania praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt. 5 uokik. Powódka zarzuciła decyzji Prezesa UOKiK naruszenie: 1) art. 1 ust. 1 w związku z art. 46 ust. 1, art. 79, art. 81 pkt. 4 oraz art. 83-84 Prawa telekomunikacyjnego, przez przyjęcie, że powódka była zobowiązana do zawarcia z operatorami telekomunikacyjnymi uprawnionymi do świadczenia usług dostępu do internetu (ISP), umów o współpracy międzyoperatorskiej o określonej treści; 2) art. 1 ust. 1 uokik, przez błędną kwalifikację działań powódki i przyjęcie, że w niniejszej sprawie naruszony lub zagrożony został interes publiczny; 3) art. 7 i 77 k.p.a., poprzez niezebrawienie i niewłaściwe rozpatrzenie materiału dowodowego sprawy w zakresie: ustalenia rynku właściwego i zajmowania przez powódkę pozycji dominującej na tym rynku; 4) art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, poprzez błędne przyjęcie, że działania po-

wódki w stosunku do operatorów ISP stanowią nadużycie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 5) art. 62 ust. 1 uokik, poprzez ograniczenie powódce prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy w zakresie szerszym niż niezbędny, przez co powódka została pozbawiona możliwości wypowiedzenia się w kwestiach rzutujących na rozstrzygnięcie sprawy; 6) art. 101 uokik, poprzez nałożenie kary niewspółmiernej do stopnia zawinienia powódki; 7) art. 90 uokik, poprzez przyjęcie, że ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów wymaga nadania przedmiotowej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2005 r. Sąd Okręgowy-Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie oddalił odwołanie jako bezzasadne. W uzasadnieniu wyroku wskazał, iż zarzuty odwołania pomijają istotę praktyki, która polega na maksymalnym odwlekaniu zawarcia umowy poprzez negowanie rzeczy oczywistych i powoływanie się na trzeciorzędne przeszkody formalne. Sąd przyjął, iż wbrew zarzutom powódki, Prezes UOKiK nie dokonał ustalenia, że powódka miała obowiązek zawarcia umowy z ISP. W zaskarżonej decyzji „za praktykę” uznano nie odmowę zawarcia umowy z konkretnym operatorem, ale brak woli zawarcia umów z jakimkolwiek z niezależnych ISP. Ustosunkowując się do zarzutu błędnego wyznaczenia rynku właściwego, Sąd stwierdził, iż nawet jeżeli pozwany Prezes UOKiK błędnie wyznaczył rynek właściwy nie uwzględniając rynku obejmującego dostęp do sieci za pośrednictwem telefonii radiowej, to i tak udział w rynku powódki przekraczał próg 40%, co pozwala przyjąć domniemanie posiadania pozycji dominującej, które nie zostało obalone przez powódkę. Sąd uznał również, iż działanie powódki miało na celu ograniczenie konkurencji, zaś nałożona na nią kara nie była wygórowana z uwagi na ciężar gatunkowy naruszenia reguł konkurencji.

Powódka zaskarżyła przedmiotowy wyrok apelacją. Wyrokiem z dnia 14 marca 2006 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa UOKiK. Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja jest zasadna jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 83-85 w związku z art. 46 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ w świetle uchwały SN z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 (OSNP 2006 nr 7-8, poz. 124), przepisy Prawa telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej wobec przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny przyjął, iż przedwczesne jest wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego, gdy celem tego

postępowania ma być stwierdzenie, że operator publicznej sieci telekomunikacyjnej nadużywa pozycji dominującej przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji w wyniku odmowy zawarcia z innym operatorem umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub w wyniku niewywiązywania się z obowiązków określonych w tej umowie, w sytuacji gdy umowa taka nie została zawarta lub gdy między stronami istnieje spór co do jej treści lub sposobu realizacji, który nie został rozstrzygnięty przez Prezesa URTiP. Do czasu rozstrzygnięcia tych kwestii przez Prezesa URTiP postępowanie antymonopolowe powinno zostać zawieszane. Sąd Apelacyjny nie analizował innych okoliczności sprawy, uznając że stwierdzenie braku właściwości Prezesa UOKiK w przedmiotowej sprawie, czyni dokonywanie innych ustaleń i oceny prawnej zachowania powódki bezprzedmiotowym.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł Prezes UOKiK, domagając się uchylenia w całości wyroku i wydania orzeczenia co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych. Zaskarżonemu wyrokowi Prezes UOKiK zarzucił: 1) błędną wykładnię art. 1 ust. 1 uokik, przez uznanie, że w sprawie nie istnieje potrzeba ochrony interesu publicznego na podstawie uokik, a organem właściwym jest Prezes URTiP; 2) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego, przez przyjęcie, że w sprawie zastosowanie mają te przepisy i uznanie, że właściwy jest Prezes URTiP w sytuacji, gdy żadna ze stron nie wystąpiła do Prezesa URTiP z wnioskiem o „połączenie sieci”; 3) błędną wykładnię art. 3 uokik; 4) niezastosowanie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik; 5) niezastosowanie art. 101 uokik; 6) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c.; 7) naruszenie art. 390 § 2 k.p.c., poprzez uznanie za wiążącą w niniejszej sprawie uchwały SN z 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 oraz 8) naruszenie art. 382 k.p.c. w związku z art. 233 k.p.c.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powódka wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Powódka nie zgodziła się z zarzutem naruszenia art. 1 uokik podnosząc, iż zarówno Prezes UOKiK jak i Prezes URTiP działają w interesie publicznym. Odrzuciła również zarzut naruszenia art. 3 uokik, stwierdzając, iż w niektórych sytuacjach ustawodawca zezwala na ograniczenie konkurencji. Argumentuje ponadto, iż w niniejszej sprawie nie doszło do podważenia przez Prezesa UOKiK zachowania po-

wódki zaakceptowanego przez Prezesa URTiP, ponieważ Prezes URTiP niczego nie uregulował, a tylko w takim przypadku należałoby rozważyć zastosowanie art. 3 uokik. Powódka podtrzymała wcześniejsze stanowisko, zgodnie z którym w przedmiotowym stanie faktycznie zastosowanie winny znaleźć - jak orzekł Sąd Apelacyjny - przepisy art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego. Przepisy te nie tylko zawierały uprawnienie dla Prezesa URTiP do ustalenia terminu zakończenia negocjacji, ale także wydania decyzji zastępującej umowę między operatorem a ISP. Tym samym Prezes URTiP dysponował możliwością ingerencji w negocjacje prowadzone przez ISP z powódką. Powódka podniosła również, iż Prezes UOKiK nie dokonał indywidualnej oceny, czy odmowa zawarcia umów przez powódkę była w każdym indywidualnym przypadku uzasadniona, co należałoby do kompetencji Prezesa URTiP. Powódka uznała również za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 i art. 101 uokik, ponieważ Sąd Apelacyjny nie rozstrzygał sprawy na podstawie tych przepisów.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna okazała się zasadna ze względu na nieprawidłowe określenie w zaskarżonym wyroku relacji między przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a przepisami prawa telekomunikacyjnego, tj. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego. Skutkiem tego, Sąd Apelacyjny nie zweryfikował poprawności ustaleń faktycznych i ich oceny prawnej przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznając, że „wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania, którego celem ma być stwierdzenie, że operator publicznej sieci telekomunikacyjnej nadużywa pozycji dominującej przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w wyniku odmowy zawarcia z innym operatorem umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub w wyniku nie wywiązania się z obowiązków określonych w tej umowie, w sytuacji gdy umowa taka nie została jeszcze zawarta lub pomiędzy stronami umowy istnieje spór dotyczących treści lub sposobu realizacji, który nie został rozstrzygnięty w postępowaniu administracyjnym”. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny orzekł, że wszczęcie postępowania przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt. 5 uokik było przedwczesne.

Problematyka relacji między przepisami prawa antymonopolowego, na które w polskim systemie prawnym składają się przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a przepisami tzw. ustaw regulacyjnych, do których zalicza się Prawo telekomunikacyjne, należy do jednego z najtrudniejszych współcześnie zagadnień szeroko rozumianego prawa konkurencji (J. Baehr, A. Stawicki: *Prawo energetyczne jako *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* [w:] red. C. Banasiński: *Prawo konkurencji - stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, Warszawa 2006, s. 137). Jest to spowodowane częściowym nakładaniem się na siebie zakresu normowania prawa antymonopolowego i ustaw regulacyjnych oraz niekonsekwencją ustawodawcy. W okresie poprzedzającym uchwalenie Prawa telekomunikacyjnego, zastosowanie przepisów prawa antymonopolowego do działalności operatorów telekomunikacyjnych nie budziło bowiem żadnych wątpliwości (zob. między innymi wyroki Sądu Wojewódzkiego-Sądu Antymonopolowego w Warszawie z dnia 20 maja 1998 r., XVII Ama 4/98 - dominujący na rynku operator sieci telekomunikacyjnej użytku publicznego może wypowiedzieć drugiemu operatorowi umowę w sprawie rozliczeń z tytułu prowadzenia rozmów telefonicznych za pośrednictwem sieci obu operatorów celem wynegocjowania umowy na nowych warunkach, o ile wypowiedzeniu umowy nie towarzyszy odcięcie sieci innego operatora lub inne przejawy niedozwolonej presji na kontrahenta w celu wymuszenia na nim przyjęcia proponowanych warunków umowy, jeżeli jednocześnie z wypowiedzeniem umowy nie wiąże się stosowanie praktyk monopolistycznych, a w szczególności dyskryminacyjnego odmawiania zawarcia umowy, czy też uprzywilejowania innego operatora; z dnia 31 grudnia 1997 r., XVII Ama 45/97 - stanowi przejaw praktyki monopolistycznej dominującego operatora telekomunikacyjnego odmowa przyznania kontrahentowi o statusie prawnym operatora części wpływów z tytułu współpracy sieci obu operatorów przy realizacji połączeń telefonicznych; z dnia 5 lutego 1997 r., XVII Ama 70/96 - przejawem praktyk monopolistycznych z art. 5 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym ze strony operatora posiadającego pozycję dominującą na rynku jest odmowa zawarcia z innym operatorem umowy określającej warunki współpracy i rozliczeń w związku z przyłączeniem do jego sieci innego operatora, na zasadach określonych w art. 38 ustawy z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności i § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 26 października 1995 r. w sprawie ogólnych warunków przyłączenia sieci telekomunikacyjnych oraz zasad rozliczeń, jeżeli tym sposobem doszło do na-

rzucenia drugiemu operatorowi uciążliwych warunków umowy, które mogą go wyeliminować z rynku usług telekomunikacyjnych).

Przedmiotowa sprawa dotyczy decyzji Prezesa UOKiK wydanej w okresie obowiązywania przepisów Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r. Ustawa ta miała na celu stworzenie warunków dla: 1) zapewnienia powszechnego dostępu na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do usług telekomunikacyjnych; 2) ochrony interesów użytkowników telekomunikacji; 3) wspierania równoprawnej i efektywnej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych; 4) rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, integrującej usługi telekomunikacyjne, informacyjne i audiowizualne, umożliwiającej dostęp do ogólnoeuropejskich oraz światowych sieci i usług telekomunikacyjnych; 5) zapewnienia ładu w gospodarce zasobami: numeracji, widma częstotliwości fal radiowych oraz orbitalnymi; 6) ochrony interesu państwa w zakresie obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego. Z przytoczonego powyżej katalogu celów ustawy wynika, iż ochrona konkurencji jako mechanizmu regulującego zasady funkcjonowania na rynku przedsiębiorców nie była celem Prawa telekomunikacyjnego. Prawo telekomunikacyjne jest instrumentem za pomocą którego organy państwa mogą stworzyć odpowiednie warunki, które umożliwią równoprawną i efektywną konkurencję na rynku. Innymi słowy, prawo telekomunikacyjne ma kreować konkurencję. Natomiast celem uokik jest ochrona konkurencji przed zniekształceniami mającymi swe źródło w zachowaniu przedsiębiorstw działających na rynku. Oznacza to, że przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz uokik, a tym samym odpowiednie organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie, zajmują się konkurencją na rynkach telekomunikacyjnych z innej perspektywy. Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy w niniejszym składzie, nie uznaje, by wzajemna relacja między przepisami uokik, a przepisami innych ustaw, odpowiadała klasycznej regule *lex specialis derogat legi generali*. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie zakazują przedsiębiorcom zawierania porozumień ograniczających konkurencję, ani nadużywania pozycji dominującej. Wprowadzają jedynie dodatkowe restrykcje i ograniczenia swobody działania operatorów telekomunikacyjnych, które wykraczają poza możliwości oddziaływania na zachowania przedsiębiorców działających na rynku telekomunikacyjnym, jakimi dysponuje Prezes UOKiK. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego umożliwiają dalej idącą ingerencję organu regulacyjnego w funkcjonowanie rynku telekomunikacyjnego. Pozwalają nakładać różne obowiązki na niektórych uczestników rynku telekomunikacyjnego. Upo-



ważnią regulatora do wydawania rozstrzygnięć kształtujących rynek telekomunikacyjny. Regulator działa *ex ante*, natomiast Prezes UOKiK działa *ex post*. Działania regulatora mogą nie mieć nic wspólnego z rzeczywistością rynkową, ponieważ często podejmowane są zanim dany przedsiębiorca zacznie faktycznie funkcjonować na rynku w charakterze operatora. Pewną ideą leżącą u podstaw prawa telekomunikacyjnego na świecie jest bowiem założenie, że regulacja *ex ante* doprowadzi do wykreowania konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego. Uzasadnia to nałożenie na przedsiębiorstwa poddane regulacji szeregu obowiązków, którym nie podlegają podmioty działające na wyłączonych z regulacji, z założenia konkurencyjnych rynkach (np. art. 58 ust. 5 - operator zajmujący pozycję dominującą w zakresie świadczenia usług powszechnych jest obowiązany do zawierania umów o świadczenie tych usług, na warunkach nie gorszych, dla drugiej strony umowy, od określonych we wzorach umów nie objętych sprzeciwem Prezesa URTiP; art. 59 ust. 2 - operatorzy zajmujący pozycję dominującą w zakresie świadczenia usług powszechnych lub w zakresie świadczenia usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych są obowiązani do prowadzenia kalkulacji kosztów odrębnie dla 1) każdej z usług, w których zajmują pozycję dominującą, 2) rozliczeń wynikających z umów o połączeniu sieci, zawartych z innymi operatorami; art. 62 - operator, zajmujący pozycję dominującą w zakresie świadczenia usług powszechnych lub usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, jest obowiązany do zapewnienia innemu operatorowi dostępu do swojej sieci w każdym technicznie uzasadnionym jej punkcie, nie będącym zakończeniem sieci, chyba że istnieją inne, alternatywne pod względem technicznym i ekonomicznym możliwości wykonania dostępu albo gdy spełnienie żądania wiąże się z niewspółmiernie wysokimi nakładami; art. 77 ust. 3 - przy łączeniu sieci telekomunikacyjnych operator zajmujący pozycję dominującą jest obowiązany do spełniania wszystkich uzasadnionych żądań związanych z dostępem do jego sieci, włącznie z żądaniem zapewnienia dostępu do swojej sieci w każdym technicznie uzasadnionym jej punkcie nie będącym zakończeniem sieci; art. 79 ust. 1 - operator, zajmujący pozycję dominującą w zakresie świadczenia usług powszechnych lub w zakresie świadczenia usługi dzierżawy łączy telekomunikacyjnych, jest obowiązany do opracowania ofert określających ramowe warunki umów o połączeniu sieci z operatorami).

W przeciwieństwie do obowiązującej obecnie ustawy - Prawo telekomunikacyjne z 2004 r., ustawa - Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. nie zawierała przepisu, który w sposób generalny określałby relacje między przepisami ustawy a przepisami

uokik. Regulacja wzajemnych relacji miała charakter szczątkowy. Tytułem przykładu, art. 13 ust. 1 upoważniał Prezesa URTiP do nałożenia na operatora obowiązku każdorazowego zgłaszania Prezesowi URTiP przypadków wejścia w posiadanie przez jednego akcjonariusza prawa do ponad 10%, 30%, 50% głosów na walnym zgromadzeniu, w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości w tej sprawie. Obowiązek ten był, stosownie do art. 13 ust. 3 niezależny od obowiązku notyfikacji operacji koncentracji kapitału Prezesowi UOKiK. Z kolei art. 60 ust. 1 nakładał na operatora o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług powszechnych obowiązek przedkładania Prezesowi URTiP projektu cennika usług powszechnych lub jego zmian, przy czym Prezes URTiP mógł zgłosić sprzeciw wobec projektu cennika lub jego zmiany. Stosownie do art. 60 ust. 5 nie naruszało to przepisów uokik, co oznaczało, że dopuszczalne jest jej stosowania także do cenników zatwierdzonych przez Prezesa URTiP. W braku przepisu dotyczącego relacji ustawy do przepisów uokik, wzajemny stosunek między postanowieniami Prawa telekomunikacyjnego a przepisami uokik należy ustalić na podstawie art. 3 uokik. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uokik przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Z powyższego przepisu wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy uokik znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów uokik lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia przepisów uokik należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. W braku wyraźnych uregulowań w przepisach ustawowych, stosowanie przepisów uokik nie jest wyłączone, jeżeli przepisy innej ustawy normują zachowania przedsiębiorców lub ustanawiają określone procedury dla rozpoznawania sporów. W myśl art. 3 przepisy ustawy nie znajdują zastosowania tylko do ograniczeń konkurencji przewidzianych w innych ustawach, co oznacza, że Prezes UOKiK nie może uznać za praktykę ograniczającą konkurencję zachowania, które jest nakazane przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Najwyższy podziela w pełni pogląd, zgodnie z którym przepisy prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają im margines swobody działania (decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Deutsche Telekom, Dz.Urz. UE z 2003 r., L 263/9). Zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy skutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie

mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym im przez regulatora. Przedstawione powyżej stanowisko w przedmiocie relacji między przepisami prawa telekomunikacyjnego a prawem ochrony konkurencji potwierdza treść aktualnie obowiązującej ustawy Prawo telekomunikacyjne z 2004 r. Zgodnie z art. 1 ust. 3 tej ustawy „przepisy ustawy nie naruszają przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”. Z treści tego przepisu doktryna jednogłośnie wywodzi zasadę - którą Sąd Najwyższy w niniejszym składzie akceptuje w całej rozciągłości - dopuszczalności równoległego stosowania przepisów obu ustaw do tego samego stanu faktycznego (S. Piątek: Prawo telekomunikacyjne - komentarz, Warszawa 2005, s. 22; A. Krasucki: Prawo telekomunikacyjne - komentarz, Warszawa 2005, s. 22).

Mając powyższe na względzie Sąd Najwyższy w niniejszym składzie nie podziela stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie, opartego na uchwale Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 (OSNP 2006 nr 7-8, poz. 124) oraz zbieżnego ze stanowiskiem wyrażonym między innymi przez Sąd Najwyższy USA w sprawie Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. (540 U.S. 398 (2004) - stanowisko to podtrzymano w wyrokach SN USA w sprawach Bell-South Corp. v. Covad Communications Co., 540 U.S. 1147, 124 S.Ct. 1143 (Mem) oraz Qwest Corp. v. MetroNet Services Corp., 540 U.S. 1147, 124 S.Ct. 1144 (Mem)) - zgodnie z którym przepisy prawa telekomunikacyjnego stanowią w całości *lex specialis* w stosunku do przepisów *uokik*, skutkiem czego zastosowanie przepisów *uokik* jest wyłączone w sprawach dotyczących dostępu do sieci telekomunikacyjnej. Zdaniem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zastosowanie znajduje zasada sformułowana w powołanej powyżej uchwale Sądu Najwyższego. W przedmiotowej sprawie nie chodzi bowiem o spór kompetencyjny między dwoma organami administracji. Przedmiotem postępowania nie jest także odwołanie od decyzji organu antymonopolowego rozstrzygającego spór między operatorami. Przedmiotem postępowania przed Sądem Apelacyjnym była ocena w świetle art. 8 *uokik* praktyki polegającej nie na odmowie zawarcia przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą umowy z konkretnym operatorem, lecz na „braku woli zawarcia umowy z jakimkolwiek operatorem”, czyli praktyka polegająca na blokowaniu innym przedsiębiorcom możliwości wejścia na dany rynek. Zdaniem Sądu Najwyższego, powołane w apelacji oraz uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego przepisy prawa telekomunikacyjnego nie znajdują zastosowania do tak

określonej praktyki. Przepisy te - art. 46 oraz art. art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego - normują jedynie zasady negocjowania i zawierania umów dostępu do sieci między poszczególnymi operatorami. Określają one przedmiot negocjacji, sposób prowadzenia oraz wprowadzają możliwość ingerencji regulatora w ich przebieg. Normują procedurę, która w przypadku fiaska negocjacji może doprowadzić do zawarcia umowy i dopuszczenia konkurencyjnych operatorów do rynku telekomunikacyjnego, poprzez wydanie rozstrzygnięcia administracyjnego zastępującego umowę operatorów. Podobnych możliwości nie dają Prezesowi UOKiK przepisy uokik. Jednocześnie, fakt unormowania procedury negocjacji i zawierania umów przez operatorów nie oznacza, iż odmowa zawarcia umowy lub podjęcia negocjacji nie może zostać uznana za praktykę monopolistyczną. Odmowa zawarcia umowy uniemożliwia wejście na rynek, co może ograniczać konkurencję. Ponadto ingeruje w strukturę rynku. Sprzyja zachowaniu pozycji rynkowej dotychczasowych uczestników. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie zajmują się skutkami odmowy zawarcia umowy. Nie przewidują sankcji z tytułu nieniedopuszczenia konkurentów do rynku, lecz jedynie z tytułu niezastosowania się do decyzji wydanych przez Prezesa URTiP (art. 124).

W zakresie objętym przedmiotem normowania przepisów uokik, postanowienia art. 46 oraz art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego mają tylko takie znaczenie - co wynika z uchwały SN z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 - że wyłączają możliwość podniesienia zarzutu nadużycia pozycji dominującej poprzez uniemożliwienie konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do tzw. infrastruktury kluczowej (*essential facility*). Skoro bowiem przewidują możliwość uzyskania dostępu do sieci w drodze interwencji Prezesa URTiP, nie zachodzi jedna z niezbędnych przesłanek skutecznego powołania się na tę instytucję, jaką jest brak możliwości uzyskania dostępu do infrastruktury (zob. wyrok SN USA w sprawie Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. (540 U.S. 398 (2004))). Nie wyłącza to jednak możliwości zastosowania art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt. 5 uokik do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Jak wskazano powyżej, za praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji uznano bowiem „uchylanie się przez powoda od zawarcia umów o współpracy międzyoperatorskiej” (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 5 stycznia 2004 r. [...]). Zachowanie powódki dotyczyło szerokiego kręgu uczestników rynku, uniemożliwiając podjęcie działalności praktycznie wszystkim potencjalnym konku-

rentom oraz godząc w interesy konsumentów. Odróżnia to stan faktyczny niniejszej sprawy, od stanu faktycznego do którego odnosiła się uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05. Z powyższego wynika, iż zachowanie operatora telekomunikacyjnego polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług wdzwanianego dostępu do internetu, może być oceniane przez pryzmat przepisów uokik. Podniesiony w skardze kasacyjnej zarzuty błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego oraz niezastosowania art. 1 uokik okazały się więc uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu niezastosowania art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik należy stwierdzić, co następuje. Niezastosowanie przez Sąd Apelacyjny art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik jest konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego. Oceniając zasadność apelacji powódki, Sąd Apelacyjny winien zwrócić uwagę na następujące okoliczności. Po pierwsze, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zapewnia istnienie mechanizmu konkurencji na rynku, jako optymalnego sposobu podziału dóbr między członków społeczeństwa. Konkurencja jest zjawiskiem ze wszech miar pozytywnym. Prowadzi do podniesienia efektywności całej gospodarki. Wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii, itp. Dlatego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni mechanizm konkurencji przed wszelkiego rodzaju próbami jego ograniczenia, eliminacji lub zniekształcenia przez jedną z grup uczestników rynku - przedsiębiorców. Po drugie, pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów (w sprawie znaczenia dobrobytu konsumentów w prawie antymonopolowym zob. wyrok SPI z dnia 27 września 2006 r., T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, pkt 118). Zachowania przedsiębiorstw, które prowadzą do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego oraz poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu wyboru dostępnego konsumentom należy oceniać pozytywnie, jako służące realizacji postulatu najpełniejszego zaspokojenia potrzeb konsumentów przez działających w sposób wolny od ingerencji organów państwa przedsiębiorców. Ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do wywołania odmiennych skutków, jak np. obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru z jakiego

korzysta konsument. Tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane i surowo ukarane. Sąd Najwyższy nie akceptował i nie będzie akceptował w swoim orzecznictwie praktyk monopolistycznych prowadzących do podniesienia cen wskutek nadużywania siły rynkowej, jakie konsumenci muszą płacić za towary lub usługi. Dotyczy to również praktyk, które uniemożliwiają lub spowalniają obniżenie cen na rynku, pozbawiając konsumentów tej podstawowej korzyści z konkurencji, jaką są niższe ceny (wyrok SPI z dnia 27 września 2006 r., T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji*, pkt. 182). Zachowanie, które uniemożliwia obniżkę cen na rynku poprzez eliminację lub utrudnianie wejścia na rynek nowym konkurentom, prowadzi w rzeczywistości do zawyżenia cen na rynku. Konsumenci płacą bowiem wyższe stawki niż stawki obowiązujące na konkurencyjnym rynku. Po trzecie, dyrektywa uwzględniania wpływu zachowań przedsiębiorców na poziom dobrobytu konsumentów wymaga dokonania przez organy antymonopolowe oraz sądy stosujące przepisy ustawy (zarówno w trybie kontroli nad działalnością Prezesa UOKiK, jak i w trybie egzekwowania przestrzegania przepisów ustawy na drodze prywatnoprawnej - zob. wyrok SN z 2 marca 2006 r., I CSK 83/05, którego zapatrywania prawne co do możliwości stosowania przepisów ustawy przez każdy sąd powszechny bez względu na to, czy przed Prezesem UOKiK toczy się postępowania antymonopolowe lub z jakim skutkiem zostało ono zakończone, Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela w całej rozciągłości) oceny badanego wpływu zachowania na interesy ekonomiczne tej grupy uczestników rynku jaką są konsumenci (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 listopada 2005 r., XVII Ama 97/04, Dz.Urz.UOKiK z 2006 r. Nr 1, poz. 16). Prawo antymonopolowe dąży bowiem do zapewnienia realizacji założeń modelu konkurencji skutecznej, korygując poprzez interwencję organu antymonopolowego występujące w rzeczywistości nieprawidłowości i odstępstwa od modelowego rozwiązania. W tym celu prawo antymonopolowe zapobiega zarówno praktykom antykonkurencyjnym jak i eksploatacyjnym. Sąd Apelacyjny powinien zatem rozważyć, czy w świetle przedstawionych powyżej zasad zachowanie powódki ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, wpływając na poziom cen na rynku lub zakres wyboru ofert, z jakich mogą korzystać konsumenci.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 101 uokik należy stwierdzić, że niezastosowanie przez Sąd Apelacyjny art. 101 uokik jest konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyj-

nego. Stosując ten przepis Sąd Apelacyjny powinien mieć na uwadze, iż przewidziana w art. 101 uokik możliwość nałożenia kar pieniężnych stanowi istotny instrument zapewniający skuteczność ustawy. Wymusza przestrzegania obowiązującego porządku prawnego. Zniechęca do naruszeń prawa antymonopolowego. Zachęca do wykonywania decyzji organu antymonopolowego. Kary pieniężne pełnią zatem funkcję prewencyjną, egzekucyjną oraz represyjną (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 20 września 1995 r., XVII Amr 15/95, Wokanda 1996 nr 8, s. 57 oraz wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 793/98, niepublikowany). Sąd Apelacyjny powinien zatem rozważyć, czy w świetle przedstawionych powyżej kryteriów oraz zasady proporcjonalności, wysokość kary grzywny wymierzonej przez Prezesa UOKiK jest uzasadniona.

W świetle przedstawionych powyżej rozważań zarzut naruszenia art. 328 § 2 oraz art. 382 k.p.c. w związku z art. 233 k.p.c. jest zasadny. Sąd Apelacyjny wskutek błędnej interpretacji i zastosowania art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego, nie wyjaśnił podstawy prawnej rozstrzygnięcia oraz nie dokonał oceny czy w świetle zgromadzonego materiału dowodowego zachowanie powódki można zakwalifikować jako „uchylanie się od zawarcia umów z operatorami ISP”.

Jednocześnie Sąd Najwyższy uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 390 § 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny nie uznał bowiem, że uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05, jest wiążąca w niniejszej sprawie, lecz jedynie podzielił zapatrywania prawne przyjęte w tej uchwale w przedmiocie relacji między przepisami Prawa telekomunikacyjnego a uokik. Zważywszy na autorytet uchwał Sądu Najwyższego, których praktyczne znaczenie wykracza poza sprawę, w której udzielono odpowiedzi na pytanie prawne sądu drugiej instancji, Sąd Apelacyjny miał prawo powołać się na przedmiotową uchwałę i uwzględnić przyjętą w niej argumentację.

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

=====