



Sygn. akt III SK 36/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Prezes SN Józef Iwulski (przewodniczący)
SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)
SSN Krzysztof Rączka

w sprawie z powództwa Towarzystwa Budownictwa Społecznego W. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością [...]
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o nadużywanie pozycji dominującej i nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 31 maja 2017 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 10 lutego 2016 r., sygn. akt VI ACa .../15,

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

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z 10 lutego 2016 r., oddalił apelację Towarzystwa Budownictwa Społecznego W. Sp. z o.o. [...] (powód) od wyroku Sądu

Okręgowego w [...] – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 21 października 2014 r., w sprawie z odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes UOKiK) z dnia 29 marca 2013 r. RWR-411-6/12/ZK/26.

Powołaną decyzją Prezes UOKiK uznał za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik) działanie powoda polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej na terenie miasta W. przez uzależnienie zawarcia umowy z Te. Spółka z o.o. z siedzibą [...] od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac.

Oddalając apelację powoda, Sąd Apelacyjny w [...] kierował się następującą argumentacją w zakresie naruszenia przez powoda art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Po pierwsze, skarżący stawiając nowemu operatorowi warunki wejścia na rynek częściowo niezgodne z prawem, a częściowo niemożliwe do zaakceptowania przez niego oraz mniej korzystane od zaoferowanych pozostałym kontrahentom, stworzył barierę dla świadczenia przez nowego operatora usług internetowych w należących do niego zasobach mieszkaniowych, uniemożliwiając zainteresowanemu wejście na ten rynek. Po drugie, stan faktyczny sprawy jest podobny do przypadków odmowy dostępu do urządzeń kluczowych z tą różnicą, że powód sam nie użytkuje należącej do niego infrastruktury w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Spełnione jednak zostały wszystkie przesłanki tzw. testu Bronnera. Jeżeli chodzi o przesłankę eliminacji konkurencji to na skutek odmowy kontraktowania powód pozbawił operatora możliwości świadczenia na terenie obejmującym jego zasoby mieszkaniowe usług internetowych na zasadach konkurencyjnych wobec usług dostarczanych przez dotychczasowych usługodawców. Jeżeli chodzi o przesłankę niezbędności, to bez zgody powoda zainteresowany nie mógł okablować budynku. Jeżeli chodzi o przesłankę braku obiektywnego uzasadnienia, to powód nie wykazał, by odmowa dostępu do budynku była obiektywnie uzasadniona oraz niedyskryminująca. W dalszej kolejności Sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, że obowiązek powoda kontraktowania z zainteresowanym wynika z przepisów ustawy

z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (jednolity tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 880 ze zm., dalej jako ustawa o wspieraniu rozwoju). Za nietrafny Sąd Apelacyjny uznał jednak zarzut naruszenia przepisów tej ustawy przez zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, ponieważ przepisy ustaw szczególnych nie wyłączają zastosowania uokik. Zdaniem Sądu drugiej instancji proponowany przez powoda warunek umowy, przewidujący przejście okablowania na własność powoda nie mógł być zaakceptowany przez operatora zważywszy na koszty instalacji tego okablowania, poniesione przez operatora. Z kolei żądanie niezwłocznego zdemontowania okablowania było nieadekwatne, ponieważ zmuszało operatora do natychmiastowego zakończenia świadczenia usług internetowych dla najemców lokali w zasobach powoda. Z kolei żądanie natychmiastowego usunięcia instalacji, bez uprzedniego wypowiedzenia umowy o współpracy, było niedopuszczane. Stawiając wymienione warunki, powód stwarzał barierę w wejściu na rynek właściwy, mimo iż konkurenci zainteresowanego nie doznawali wcześniej takich barier. Zdaniem Sądu drugiej instancji powód, niezasadnie i wbrew treści ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, domagał się od zainteresowanego odpłatności za korzystanie z nieruchomości. Sam fakt żądania opłaty nienależnych, a także dyskryminujących zainteresowanego w relacji z pozostałymi konkurentami na rynku właściwym, należało uznać za barierę wejścia na rynek właściwy. Bariera ta została usunięta dopiero z dniem 29 czerwca 2012 r., w skutek ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r., poz. 1256, dalej jako nowelizacja). Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego: 1) art. 64 ust. 3 w związku z art. 7 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w związku z art. 1 ust. 1 i 2 uokik przez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu przez Sąd Apelacyjny, iż uokik znajduje zastosowanie do zachowania właściciela obejmującego realizację uprawnień wynikających z prawa własności, a w konsekwencji uznanie, iż uokik, której celem jest ograniczanie wolności prowadzonej działalności gospodarczej jest jednocześnie ustawą, w oparciu o którą Prezes UOKiK może ograniczać prawo własności; 2) art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik w

związku z art. 30 ust. 1 i 5 ustawy o wspieraniu rozwoju w brzmieniu nadanym nowelizacją, przez niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu przez Sąd Apelacyjny, że powód dopuścił się wskazywanej w tym przepisie praktyki monopolistycznej pomimo, że w sytuacji, kiedy przedsiębiorca telekomunikacyjny ma prawną możliwość uzyskania dostępu do nieruchomości w drodze decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, nie można było przyjąć tak, jak Sąd Apelacyjny, że zasób nieruchomości powoda jest, w świetle przyjmowanego tak w orzecznictwie jak i doktrynie tzw. testu Bronnera, infrastrukturą kluczową (ani też, że sytuacja, która w niniejszej sprawie wystąpiła jest podobna do odmowy dostępu do urządzeń kluczowych, z tą jedynie różnicą, że powód sam nie użytkuje należącej do niego Infrastruktury), a w konsekwencji, że odmowa przez powoda zawarcia umowy o dostęp do nieruchomości na warunkach żądanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego spełnia wszystkie przesłanki ww. testu Bronnera, a przede wszystkim przesłankę niezbędności dostępu.

Prezes UOKiK w odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna okazała się zasadna, ponieważ zaskarżony wyrok narusza art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik na kilka sposobów.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że jak wynika to z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik nie jest tzw. małą klauzulą generalną zakazu nadużywania pozycji dominującej. Jest to przepis, z którego należy odkodowywać normę, zgodnie z którą nadużyciem pozycji dominującej jest zachowanie odpowiadające przesłankom wynikającym z treści tej jednostki redakcyjnej art. 9 uokik. Do zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik do przypadków odmowy (*sensu largo*) zawarcia umowy z dominantem na rynku udostępniania infrastruktury konieczne jest stwierdzenie, że dostęp do tej infrastruktury jest niezbędny dla innego przedsiębiorcy do prowadzenia (skutecznego) działalności gospodarczej na danym rynku właściwym. Ponieważ prawo ochrony konkurencji nie jest ani najlepszym, ani właściwym rodzajem prawa do kreowania obowiązku

zawierania umów i przymuszania dominantów do kontraktowania z innymi podmiotami, bądź zawierania umów na warunkach oczekiwanych przez potencjalnych kontrahentów, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wypracowano już dawno stanowisko, zgodnie z którym nie można mówić o spełnieniu przesłanek zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, gdy przedsiębiorca żądający udostępnienia infrastruktury może uzyskać możliwość korzystania z niej na podstawie przepisów prawa regulacyjnego. W sytuacji gdy przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju przewidują nie tylko obowiązek udostępniania infrastruktury ale także szczególną drogę prawną dla uzyskania tego dostępu, w przypadku nieskorzystania z niej przez konkretnego przedsiębiorcę żądającego udostępnienia infrastruktury, nie można mówić o spełnieniu przesłanki niezbędności z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (wyrok Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r., III SK 15/06, OSNP 2007 nr 21-22, poz. 337).

W drugiej kolejności Sąd Najwyższy uwzględnił, że w zaskarżonym wyroku (w ślad za decyzją Prezesa UOKiK) uznano, że powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta W., znajdujących się w zarządzie powoda, przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Zdefiniowana przez Prezesa UOKiK praktyka polega zatem na nadużyciu pozycji dominującej na jednym rynku ze skutkami na rynku powiązanym. W tej sytuacji konieczne jest wykazanie, że zachowanie powoda na rynku pozycji dominującej wywołuje (może wywołać) skutki na rynku powiązanym (wyroki Sądu Najwyższego z 19 lutego 2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413; z 14 stycznia 2009 r., III SK 24/08, OSNP 2010 nr 13-14, poz. 178). Stosownego wywodu brak w uzasadnieniu Sądu drugiej instancji zarówno w części poświęconej ustaleniom faktycznym, jak i w części zawierającej argumentację prawną. W przypadku przyjęcia założenia, że rynkiem właściwym dotkniętym praktyką byłby rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez powoda można byłoby przeprowadzić logicznie poprawne i analitycznie uproszczone rozumowanie, zgodnie z którym

zachowania powoda na rynku pozycji dominującej mogą ograniczać konkurencję (w zakresie wyboru dostępnego użytkownikom lokali w zarządzanych przez niego zasobach) na tak zdefiniowanym rynku powiazanym. Natomiast w przypadku wskazania - jak w zaskarżonym wyroku - jako rynku powiazanego „lokalnego rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych”, nie ma żadnych podstaw dla przeprowadzenia rozumowania (bez dodatkowych analiz i opartych na nich ustaleń), zgodnie z którym brak dostępu do infrastruktury mieszkaniowej powoda stanowi tego rodzaju przeszkodę w działaniu na tak zdefiniowanym rynku powiazanym, o jaką chodzi w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych jest bowiem wiele różnych możliwości działania oraz szereg innych zasobów mieszkaniowych, w których takie usługi można świadczyć.

Po trzecie, Sąd Najwyższy stwierdza, że aby możliwe było zastosowanie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, konieczne jest ustalenie, że przedsiębiorca dotknięty skutkami odmowy zawarcia umowy na interesujących go warunkach nie mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych, na konkurencyjnych warunkach, w zasobach zarządzanych przez powoda za pomocą technologii niewymagających wykorzystywania infrastruktury kablowej w budynkach. W przeciwnym razie nie można przyjąć, że spełniona jest przesłanka „niezbędności” z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

Po czwarte, za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik uznano „uzależnienie zawarcia umowy od wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom, zdemontuje okablowanie budynku lub odsprzeda je powodowi za wynegocjowaną cenę” oraz „uzależnienie zawarcia umowy z zainteresowanym od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez niego z pomieszczeń budynków zarządzanych przez powoda”. Niezrozumiałe jest, dlaczego postanowienie projektowanej umowy przewidujące obowiązek zdemontowania okablowania, ewentualnie jego odsprzedaży powodowi za ustaloną przez strony cenę, miałoby stanowić „warunek” przeciwdziałający powstaniu lub ukształtowaniu się konkurencji na rynku powiazanym z rynkiem pozycji dominującej. Nawet gdyby przyjąć, że demontaż okablowania wiąże się z

poniesieniem przez zainteresowanego pewnych kosztów, związanych choćby z przywróceniem stanu sprzed jego zamontowania, to aby można było zastosować art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik konieczne jest dokonanie ustalenia, że są to koszty na takim poziomie, iż racjonalny przedsiębiorca nie zdecyduje się na rozpoczęcie działalności gospodarczej na rynku powiązanym po skalkulowaniu ryzyka poniesienia tych kosztów i ich wpływu na ofertę, jaką mógłby przedstawić potencjalnym klientom. Z kolei wymóg odpłatności za korzystanie przez zainteresowanego z pomieszczeń budynków zarządzanych przez powoda można ewentualnie kwalifikować jako praktykę o charakterze dyskryminacyjnym (przy nieodpłatnym udostępnieniu infrastruktury powoda innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym), a przez to wykluczającym z rynku. Jednakże, stwierdzenie praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, wymaga ustalenia, że odpłatność za korzystanie z infrastruktury powoda została ustalona na takim poziomie, że skuteczne wejście na rynek powiązany z rynkiem pozycji dominującej jest niemożliwe, ponieważ nierealnym będzie stworzenie konkurencyjnej (a jednocześnie opłacalnej) oferty wobec ofert dotychczasowych usługodawców korzystających z tej infrastruktury nieodpłatnie.

Natomiast oczywiście bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 64 ust. 3 w związku z art. 7 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w związku z art. 1 ust. 1 i 2 uokik. W demokratycznym państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, którego ustroj gospodarczy opiera się na modelu społecznej gospodarki rynkowej, zapewnieniu wolności gospodarczej, własności prywatnej oraz ochronie konsumentów, prawo ochrony konkurencji jest jednym z najważniejszych, a jednocześnie mniej inwazyjnych od prawa regulacyjnego, instrumentów prawnych służących zapewnieniu realizacji wymienionych powyżej podstaw ustroju ekonomicznego. Prawo to jest również instrumentem, które oddziałuje na sposób korzystania przez uprawnionego z konstytucyjnie chronionego prawa własności. Prawo to, z reguły (pomijając wyjątkowe przypadki aktów jego indywidualnego zastosowania), nie godzi w istotę prawa własności, zaś wspomniane na wstępie podstawowe reguły stosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik dodatkowo zapewniają respektowanie w praktyce organu ochrony konkurencji wymogów, jakie wynikają z relewantnych postanowień Konstytucji RP.

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

kc