

Sygn. akt VIA Ca 334/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 sierpnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Anna Orłowska

Sędzia SA– Wanda Lasocka

Sędzia SO del.– Jolanta Pyźlak (spr.)

Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 2 sierpnia 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt XVII AmA 9/10

I oddala apelację;

II zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 334/12

UZASADNIENIE

Decyzją (...) z dnia 25 listopada 2009r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez (...) Spółkę z o.o. w W. pozycji dominującej na rynkach usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych znajdujących się w W. przy ul. (...), ul. (...) i ul. (...), poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji na rynku usług pogrzebowych, w drodze ograniczenia przedsiębiorcom możliwości wykonywania na terenie tych cmentarzy usług kopania grobu, co stanowi naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) i nakazał zaniechanie jej stosowania. Ponadto na podstawie art. 106 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 4 ww. ustawy Prezes UOKiK nałożył na (...) Sp. z o.o. w W. karę pieniężną w wysokości 38 641,97 zł płatną do budżetu Skarbu Państwa.

Powyższą decyzję oparto na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) jest spółką, której jedynym udziałowcem jest Gmina W.. Przedmiotem działalności spółki jest prowadzenie działalności usługowej związanej z zagospodarowaniem terenów zielonych, działalność usługowa związana z leśnictwem, wykonywanie robót murarskich, pogrzeby i działalność pokrewna, usługi w zakresie zarządzania nieruchomościami świadczone na zlecenie i inne. (...) na podstawie umowy zawartej w dniu 6 lutego 2009r. z Gminą W. wykonuje kompleksowe usługi komunalne w zakresie utrzymania i pielęgnacji parków i zieleńców, utrzymania lasów komunalnych, utrzymania cmentarzy i prosektorium. Usługi w zakresie utrzymania i administrowania cmentarzami (...) prowadzi na trzech cmentarzach komunalnych w W. położonych przy ul. (...). Jednocześnie (...) posiada własny zakład pogrzebowy. Od 2006r. usługi kopania grobów na cmentarzach komunalnych wykonuje wyłącznie (...), o czym świadczy fakt, iż w okresie od 1 stycznia 2006r. do 1 marca 2009r. (...) wykonało na ww. cmentarzach 1997 na 1998 wykonanych ogółem usług kopania grobów. Potwierdzają to również informacje pochodzące od właścicieli innych zakładów pogrzebowych, że (...) nie udzielił im zezwolenia na wykonanie tych usług na administrowanych przez niego cmentarzach. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy Prezes Urzędu wskazał, iż działanie przedsiębiorcy narusza interes publiczny poprzez odmowę wykonywania na cmentarzach komunalnych w W. usługi kopania grobów przedsiębiorcom pogrzebowym i zlecenie ich wykonania zatrudnionym przez siebie grabarzom, czym może naruszać interesy zarówno przedsiębiorców, jak i klientów. Prezes Urzędu ustalił rynek właściwy, wyróżniając w zakresie usług związanych z chowaniem zmarłych dwa rynki: rynek usług cmentarnych i rynek usług pogrzebowych oraz uznał, iż przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą na trzech rynkach usług cmentarnych (trzy cmentarze), na którą składają się czynności w zakresie utrzymania i administrowania cmentarzami. Jednocześnie jako właściciel zakładu pogrzebowego wykonujący usługi pogrzebowe przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą na współzależnym lokalnym rynku usług pogrzebowych. Przedsiębiorca wykorzystując pozycję administratora wpływa na konkurencję na lokalnym rynku usług pogrzebowych. Rynkiem właściwym będzie w ujęciu produktowym rynek usług cmentarnych. Rynek usług cmentarnych w wymiarze geograficznym ma charakter lokalny i jest ograniczony do terenu cmentarza. W niniejszej sprawie w ujęciu geograficznym są to trzy rynki usług cmentarnych, związane z cmentarzami administrowanymi przez przedsiębiorcę.

Prezes UOKiK wskazał, iż zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 z zm.) poprzez pozycję dominującą należy rozumieć pozycję przedsiębiorcy, która umożliwi mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Z mocy przepisów ustawy z 31 stycznia 1969r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. 2000 Nr 23 poz. 295 ze zm.) przedsiębiorca podpisując umowę z gminą zajął pozycję monopolistyczną na rynku usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych. Rynek ten nie jest otwarty dla konkurencji. Na tak zakreślonych rynkach właściwych przedsiębiorca ma pozycję dominującą. Przedsiębiorca ten jednocześnie prowadzi działalność na drugim z rynków związanych z chowaniem zmarłych – rynku usług pogrzebowych. Współzależność obu rynków powoduje, że podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku usług cmentarnych na administrowanych przez siebie cmentarzach komunalnych może przenosić swoją władzę rynkową i wywierać wpływ na funkcjonowanie drugiego rynku – rynku usług pogrzebowych. Może bowiem określać warunki funkcjonowania i prowadzenia działalności gospodarczej innych przedsiębiorców pogrzebowych na zdominowanym przez niego cmentarzu. Prezes Urzędu wskazał także, iż zgodnie z pkt 8 c obowiązującego Regulaminu korzystania z cmentarzy komunalnych przedsiębiorcy pogrzebowi muszą uzyskać zgodę administratora cmentarza na wykonanie usługi pogrzebowej na terenie cmentarza. Odmawiając innym przedsiębiorcom świadczenia usługi kopania grobów na cmentarzu komunalnym przedsiębiorca nadużył pozycji dominującej, jaką posiada na rynku usług cmentarnych, a przez to ograniczył konkurencję pomiędzy podmiotami świadczącymi tego typu usługi, dając jednocześnie przewagę własnemu zakładowi pogrzebowemu. Takim działaniem przedsiębiorca pozbawił również konsumentów swobodnego wyboru przedsiębiorcy, który mógłby wykonać na ich zlecenie tego rodzaju usługi.

Jako podstawę obliczenia kary przyjęto dochód osiągnięty przez przedsiębiorcę za rok 2008. Prezes UOKiK zaliczył opisaną praktykę przedsiębiorcy do poważnych naruszeń prawa antymonopolowego i ustalił karę wyjściową na 0,7% przychodu przedsiębiorcy. Mając na uwadze, że bezpośredni skutek zarzuczanych praktyk był odczuwalny zarówno

dla konkurujących zakładów pogrzebowych, jak i konsumentów oraz doprowadził do zaburzenia reguł konkurencji na rynku zwiększono kwotę wyjściową kary o 5%, a mając na uwadze fakt dwuletniego trwania praktyki o dalsze 10%. Za okoliczność obciążającą przyjęto umyślność naruszenia, a za łagodzącą dobrą współpracę przedsiębiorcy z urzędem, obniżając wymiar kary o 5%. Z uwagi na powyższe okoliczności Prezes Urzędu uznał, iż kara w wysokości 38 641,97 zł będzie karą stosowną i prawidłową.

(...) Spółka z o.o. wniosła odwołanie od powyższej decyzji do Sądu, wnosząc o zmianę pkt I ww. decyzji i stwierdzenie, iż Spółka nie prowadzi praktyki ograniczającej konkurencję i że brak jest podstaw do nakazania stronie powodowej zaniechanie takiej praktyki oraz zmianę pkt II ww. decyzji i oddalenie żądania nałożenia na stronę powodową kary pieniężnej. W odwołaniu podniesiono zarzuty, że pozwany Prezes UOKiK nie wskazał jaką pozycję wykorzystuje powodowa spółka, która to pozycja pozwoliłaby na ustalenie, że w tym zakresie jest to pozycja dominująca. Podniesiono, że ustalenie, iż spółka zajmuje pozycję monopolistyczną na rynku usług cmentarnych jest sprzeczne z treścią art. 185 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. 2010 Nr 102 poz. 651) oraz sprzeczne z umową zawartą między gminą a przedsiębiorcą. Zakwestionowano ustalenie, iż powodowej spółce powierzono administrowanie cmentarzami komunalnymi, gdyż w umowie brak jest takiego zapisu, a spółka nie otrzymała od gminy wynagrodzenia za administrowanie cmentarzami, lecz za wykonywanie umówionych czynności. Powód te czynności wykonywał w imieniu gminy, a nie własnym, a zatem brak jest podstaw faktycznych i prawnych do przyjęcia, że powodowa spółka świadczy usługi cmentarne na cmentarzach komunalnych położonych w W. i związku z tym posiada pozycję dominującą na tych rynkach. Brak jest również podstaw do nałożenia kary pieniężnej, skoro nie ma podstaw do stwierdzenia, że przedsiębiorca dopuścił się takiego naruszenia. Zakwestionowano również ustalenie, iż spółka ogranicza przedsiębiorcom pogrzebowym możliwości świadczenia usług kopania grobów na cmentarzach, bowiem przedsiębiorcy ci nie wykonują takich usług z przyczyn technicznych i ekonomicznych.

W toku procesu przed Sądem pierwszej instancji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2011r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie XVII AmA 9/10 oddalił odwołanie (...) Spółki z o.o. w W. i zasądził od powodowej spółki na rzecz pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Sąd Okręgowy podzielił ustalenia faktyczne i rozważania prawne Prezesa UOKiK. Wskazał, iż zarzuty strony powodowej są nieuzasadnione, bowiem faktycznie wykonuje ona czynności związane z utrzymaniem i zarządzaniem cmentarzami komunalnymi w zakresie powierzonym jej przez gminę w zawartej umowie. Podzielił argumentację Prezesa UOKiK co do ustalenia rynku właściwego, jak i pozycji dominującej strony. Wskazał, iż powodowa spółka nie przedstawiła żadnego dowodu, który mógłby obalić twierdzenia zawarte w informacjach pochodzących od przedsiębiorców, którzy wskazali na odmowę dopuszczenia ich do wykonania usługi kopania grobów. Uznał, iż niewiarygodne jest, aby wszyscy przedsiębiorcy dobrowolnie rezygnowali z usług, które mogą stanowić dla nich źródło dochodu. Jako podstawę prawną swojego orzeczenia Sąd wskazał art. 479^{31a}§1 k.p.c.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. stawiając następujące zarzuty:

1. naruszenie prawa materialnego przez jego niewłaściwe zastosowanie, to jest naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 w zw. z art. 4 pkt 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.) polegające na zastosowaniu powyższych przepisów do określenia pozycji strony powodowej na rynku usług cmentarnych miasta W. i przyjęciu, iż jest to pozycja dominująca, podczas gdy strona powodowa nie zajmowała pozycji dominującej na rynku usług cmentarnych na cmentarzach komunalnych w W., gmina W. nie przekazała stronie powodowej żadnego władztwa nad cmentarzami, strona powodowa nim nie zarządzała i nie administrowała w okresie objętym orzeczeniem, a zatem nie miała możliwości skutecznego zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym,

2. naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie, to jest naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy polegające na zastosowaniu tego przepisu i nałożeniu kary pieniężnej mimo braku podstaw do przyjęcia, że naruszyła ona zakaz określony w art. 9 tej ustawy,

3. dokonanie oceny dowodów w postaci oświadczeń osób prowadzących zakłady pogrzebowe, świadczących usługi na terenie cmentarzy komunalnych, z naruszeniem zasad wynikających z art. 233§1 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodne niekorzystnych dla strony powodowej oświadczeń przedsiębiorców, natomiast oświadczeń korzystnych dla strony powodowej za niewiarygodne, gdyż w ocenie Sądu niewiarygodna jest sytuacja, że na cmentarzach komunalnych w W. przedsiębiorcy dobrowolnie rezygnują z usługi kopania grobu i niosącego ją dochodu; – dowodna ocena Sądu I Instancji jest sprzeczna z treścią oświadczeń co najmniej 5 zakładów pogrzebowych,

4. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego polegającą na dowolnym przyjęciu, iż :

a) z treści umowy zawartej przez Gminę W. ze stroną powodową w dniu 6 lutego 2009r. wynika, iż strona powodowa przejęła od gminy W. obowiązki zarządzania i administrowania cmentarzami komunalnymi w W. wchodząc w tym zakresie w obowiązki gminy i fakt ten, w ocenie sądu I instancji jest bezsporny, chociaż z żadnego z postanowienia powyższej umowy nie wynika, aby jej przedmiotem było powierzenie stronie powodowej zarządzania bądź administrowania cmentarzami, a strona powodowa od początku postępowania podnosiła, iż nie zarządza i nie administruje cmentarzami komunalnymi, a zatem nie świadczy usług cmentarnych i fakt ten był sporny między stronami,

b) powód nie zaprzeczył prawdziwości dokumentów, z których wynika fakt wykonywania czynności administrowania na cmentarzach komunalnych w W., podczas gdy strona powodowa nie przyznała tego faktu, a wręcz przeciwnie od początku postępowania podnosiła i dowodziła, iż nie wykonuje czynności administratora na cmentarzach komunalnych,

c) powód nie kwestionował faktu, iż jego działalność w obrębie usług cmentarnych może prowadzić do naruszenia interesu publicznego, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, że strona powodowa podnosiła, że nie świadczy usług cmentarnych, a tym bardziej nie świadczy usług cmentarnych w taki sposób, aby mogło to prowadzić do naruszenia interesu publicznoprawnego, nie ogranicza możliwości wykonywania usług pogrzebowych innym przedsiębiorcom,

d) strona powodowa jest administratorem cmentarzy komunalnych w W. i wykorzystuje tę funkcję na wpływanie na konkurencję na lokalnym rynku usług pogrzebowych, choć strona powodowa nie będąc administratorem cmentarzy nie mogła wpływać na rynek usług pogrzebowych,

e) powód nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby obalić twierdzenia zawarte w informacjach uzyskanych przez Urząd, choć wnosząc odwołanie od decyzji z dnia 25 listopada 2009r. Prezesa Urzędu ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we W. strona powodowa wniosła o dopuszczenie szeregu dowodów wymienionych w odwołaniu i do niego dołączonych, zwłaszcza dwóch oświadczeń z dnia 9 grudnia 2009r. to jest Zakładu (...) oraz Zakładu (...) na okoliczność przyczyn braku samodzielnego kopania grobów na cmentarzach komunalnych w W. oraz wymienionych dowodów z akt postępowania administracyjnego przed Urzędem z 8 oświadczeń właścicieli zakładów pogrzebowych świadczących usługi pogrzebowe na cmentarzach komunalnych w W., przy czym strona powoda wskazuje, że pismem z dnia 8 sierpnia 2011r. Sąd wezwał ją do ponownego przedłożenia załączników do odwołania, co strona powodowa uczyniła doręczając sądowi paczkę z dokumentami w dniu 25 sierpnia 2011r.

Prezes UOKiK wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Zarzuty apelacji nie są zasadne. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. 2000 Nr 23 poz. 295 ze zm.) utrzymanie cmentarzy komunalnych i zarządzanie nimi należy do właściwych wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), na których terenie cmentarz jest położony. Również jak wynika z art. 1 ust. 1 tej ustawy zakładanie i rozszerzanie cmentarzy komunalnych należy do zadań własnych gminy. Przepisy te precyzują iż zarządzanie cmentarzami w sensie działań organizacyjno - prawnych należy do zadań gminy. Administrowanie nieruchomościami wchodzi w zakres zarządzania nieruchomościami, ale jest pojęciem węższym, obejmuje ono tylko bieżące czynności mające zapewnić niezakłócone funkcjonowanie nieruchomości (por. SN z 19 stycznia 2006r. IV CK 343/05 LEX nr 191167). Ustawa o cmentarzach nakłada na zarządców cmentarzy obowiązki o charakterze administracyjno - prawnym oraz cywilno - prawnym, do których należy zawieranie umów z osobami uprawnionymi do pochowania zwłok (por. „Prawo do grobu” Stanisław Rudnicki Zakamycze 1999 str. 76). Zarządzanie cmentarzem obejmuje m.in. wykonywanie usług cmentarnych na rzecz użytkowników cmentarzy, do których należy m.in. przyjmowanie zwłok do pochowania i zawieranie umów o miejsce do urządzenia grobu, przyjmowanie opłat cmentarnych, prowadzenie ewidencji grobów, utrzymywanie porządku, dróg pojazdowych i urządzeń niezbędnych do korzystania z cmentarza, zakładanie i utrzymywanie roślinności i zieleni itp. Zarząd cmentarza może zlecić wykonywanie obowiązków wynikających z ustawy o cmentarzach na podstawie art. 3 ustawy z 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. 1997 nr 9 poz. 43 ze zm.) osobom fizycznym lub prawnym. Jak się podkreśla w literaturze, podmiot, który zawarł z jednostką samorządu terytorialnego umowę określoną w art. 3 ust. 1 ustawy wykonuje gospodarkę komunalną w znaczeniu ustawowym, choć oczywiście gospodarkę tę wykonuje jedynie w tym zakresie, w jakim czyni to na podstawie zawartej umowy (por. Marek Szyszko „Komentarz do ustawy o gospodarce komunalnej” LEX). Z umowy zawartej przez powodową spółkę z gminą wynika, iż powierzono jej szereg czynności, w tym prowadzenie ksiąg cmentarnych, prowadzenie gospodarki miejscami, pobieranie opłat i prowadzenie ich ewidencji, ustalanie terminów i warunków pogrzebów, pełnienie nadzoru nad innymi podmiotami wykonującymi usługi pogrzebowe na terenie cmentarzy, bieżące utrzymanie czystości, domów przedpogrzebowych i innych obiektów znajdujących się na terenie cmentarzy, utrzymanie porządku, utrzymanie zieleni, konserwacja, utrzymanie prosektoriów itp. (k. 130 – 131). W istocie w umowie przekazano powodowej spółce obowiązki wyczerpujące pojęcie administrowania istniejącymi cmentarzami i pełnego zakresu usług cmentarnych należących do obowiązków gminy poza decyzjami o zakładaniu, poszerzaniu czy likwidacji cmentarzy. Nie sposób zatem podważyć ustalenia Sądu, iż powodowa spółka wykonywała w okresie objętym niniejszym postępowaniem czynności z zakresu zarządzania i administrowania cmentarzami komunalnymi. Potwierdza to również pismo Urzędu Miejskiego w W. z dnia 15 października 2009r. (k. 162 akt adm.), z którego wynika, iż wykonywanie czynności związanych z administrowaniem oraz utrzymaniem cmentarzy komunalnych Gmina W. powierzyła(...) Sp. z o.o. w W., jak również §25 ust. 1 „Regulaminu określającego zasady korzystania z usług publicznych świadczonych przez (...) spółkę z o.o. oraz obowiązki spółki wobec odbiorców usług” (k. 169). Umowa, jaką spółka zawarła z gminą, daje jej również uprawnienie do ustalania terminów i warunków pogrzebów oraz pełnienie nadzoru nad podmiotami wykonującymi usługi pogrzebowe na terenie cmentarzy i ich obiektów. Powodowej spółce powierzono wykonywanie usług cmentarnych obciążających gminę na zasadzie monopolu: nikt inny nie mógł wykonywać tych obowiązków. Wykonywanie usług cmentarnych na zasadzie monopolu jest zgodne z przepisami. Istotne jest jednak, aby to wykonywanie nie ograniczało konkurencji na rynku usług pogrzebowych, które nie są już objęte tym monopolem. Powodowa spółka może wykonywać również usługi pogrzebowe, jednakże na tym rynku nie może nadużywać swojej pozycji wynikającej z zakresu obowiązków powierzonego jej przez gminę. Konsumentom mają prawo wyboru podmiotu, który wykonana dla nich usługę pogrzebową. W orzecznictwie zalicza do usług pogrzebowych także usługę kopania grobów (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z 2 października 1996r. XVII Amr 37/96 Wokanda 1997/11/52). Wprawdzie niekiedy w literaturze usługę kopania grobów zalicza się również do usług cmentarnych (por. Stanisław Rudnicki „Prawo do grobu” Zakamycze 1999 str. 84), ale usługa ta nie jest objęta monopolem ustawowym gminy wynikającym z ww. ustawy o cmentarzach, w istocie zatem jest to usługa na rynku usług pogrzebowych. Nie było sporne w niniejszym postępowaniu, iż niemal 100% tego rodzaju usług na ustalonych rynkach właściwych wykonywała powodowa spółka. Samo to sprawia, iż aktualnie staje się tu domniemanie, iż spółka posiada pozycję dominującą. Wprawdzie strona wykazała, iż niektórzy przedsiębiorcy pogrzebowi nie świadczą tej usługi na zarządzanych przez spółkę cmentarzach komunalnych z powodów technicznych i ekonomicznych, ale nie oznacza to automatycznie,

że tak samo jest w innych przypadkach. Apelacja nie podważa ustalenia Sądu I instancji, iż niektórym innym przedsiębiorcom utrudniano wykonanie takiej usługi, choć chcieli ją świadczyć. Nie zakwestionowano w szczególności oświadczenia W. W. z Przedsiębiorstwa (...) (k. 156 akt administracyjnych), oświadczenia I. S. z firmy (...) (k. 148 akt adm.), oświadczenia S. K. z Zakładu (...) (k. 137 akt adm.), oświadczenia J. W. (k. 110 akt adm.), oświadczenia M. A. z (...) (k. 132 akt adm.). Strona powodowa nie wykazała, aby ci przedsiębiorcy nie byli zainteresowani wykonywaniem usługi kopania grobu na cmentarzach komunalnych i tego dotyczy stwierdzenie Sądu I instancji, iż strona nie zakwestionowała faktów wskazanych przez te osoby.

Nie można też uznać, by to gmina ograniczała możliwość wykonywania usługi kopania grobów na cmentarzach komunalnych, bowiem nic takiego nie wynika z umowy zawartej przez Spółkę z gminą, a sam Regulamin określający zasady korzystania z usług publicznych świadczonych przez (...) spółkę z o.o. oraz obowiązki spółki wobec odbiorców usług ustalony przez organy gminy wskazuje na to, że co do zasady przewidziano wykonywanie usługi kopania grobów przez inne przedsiębiorstwa pogrzebowe, bowiem ustalono opłatę za nadzór nad kopaniem grobu przez inne podmioty (k. 83, 87 akt adm.). Tym samym prawidłowe jest ustalenie Sądu, iż spółka mogła przeciwdziałać ograniczaniu konkurencji na rynku usług kopania grobów dopuszczając inne podmioty do wykonywania tej usługi, ale tego nie robiła, faktycznie ograniczając niektórym przedsiębiorcom możliwość wykonania takiej usługi. Nie oznacza to zaprzeczenia, że niektórzy inni przedsiębiorcy nie skorzystali z takiej możliwości, bo było to dla nich nieopłacalne. Z uzasadnienia Sądu I instancji nie wynika, aby uznał on za niewiarygodne te oświadczenia przedsiębiorców pogrzebowych, które wskazują, iż przyczyną niewykonywania przez nich tej usługi były względy natury technicznej czy ekonomicznej. Sąd jedynie wskazał, iż ich oświadczenia świadczą o tym, że ci konkretni przedsiębiorcy nie byli zainteresowani wykonaniem tej usługi na cmentarzach komunalnych, a nie o tym, że pozostali przedsiębiorcy też nie byli tym zainteresowani (k. 507 str. 12 uzasadnienia wyroku). Takie rozumowanie Sądu jest zgodne z art. 245 k.p.c. i nie narusza w żaden sposób art. 233§1 k.p.c. Należy też zauważyć, iż strona powodowa nie kwestionowała oświadczeń złożonych przez wskazanych wcześniej przedsiębiorców, np. oświadczenia J. W., iż wykonał jako jedyny przed wszczęciem postępowania usługę kopania grobu na cmentarzu komunalnym dopiero po „wyklóceniu się” o to z pracownikami powodowej spółki. Powodowa spółka nie zakwestionowała skutecznie faktu objętego tym oświadczeniem. Słusznie też Sąd I instancji uznał, iż powodowa spółka nie zakwestionowała dokumentu, jakim jest umowa zawarta z Gminą; czym innym są natomiast wnioski płynące z tego dokumentu. Wprawdzie ma rację strona wskazując iż niezasadnie Sąd I instancji uznał, iż powód nie kwestionował faktu, że jego działalność w obrębie usług cmentarnych może doprowadzić do naruszenia interesu publicznoprawnego. Jednakże nie ma to wpływu na wnioski wynikające z pozostałego materiału dowodowego.

Należy podkreślić, iż nikt inny poza powodową spółką nie wykonywał obowiązków wynikających z umowy, jaką zawarła z Gminą W., a są to obowiązki w zakresie usług cmentarnych, objętych monopolem ustawowym. Spółka ta posiadając własny zakład pogrzebowy wykonywała w okresie objętym postępowaniem również usługi pogrzebowe, w tym niemal w 100% usługę kopania grobu. Usługę tę mogła wykonywać niezależnie od jakichkolwiek konkurentów czy kontrahentów. Z uwagi na fakt, iż to ona faktycznie decydowała, kto może taką usługę wykonać na cmentarzach objętych umową z gminą, należy uznać, iż zostały spełnione przesłanki uznania, iż posiadała pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Samo posiadanie pozycji dominującej nie jest działaniem zakazanym w prawie. Zakazane jest natomiast nadużywanie takiej pozycji przez odmowę kontraktowania przez dominanta. W orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, iż zarządca działając w sferze usług cmentarnych i posiadając na zajmowanym rynku pozycję uprzywilejowaną, może oddziaływać na sferę usług, w której działają przedsiębiorcy świadczący usługi na terenie cmentarzy, zastrzegając wyłącznie dla siebie prawo do wykonywania pewnych usług, przez co ogranicza konkurencję (por. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 stycznia 2006r. XVII Ama 105/04 Dz.Urz.UOKiK.2006/2/28). Postępowanie dowodowe wykazało, iż odmawiając niektórym podmiotom prawa wykonania usługi kopania grobów na cmentarzach, jakie jej powierzono w umowie, spółka naruszała zakaz wynikający z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ww. ustawy. Tym samym należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci ww. przepisu jest niezasadny. Sąd I instancji prawidłowo zastosował powyższy przepis, jak również dokonał jego prawidłowej wykładni.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis ten wobec stwierdzenia naruszenia przez powoda zakazu wynikającego z art. 9 ww. ustawy został prawidłowo zastosowany. Apelacja kwestionuje w istocie jedynie przesłankę nałożenia kary pieniężnej, jaką jest naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej, a przesłanka ta zdaniem Sądu Apelacyjnego została prawidłowo ustalona przez Sąd I instancji.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji. O kosztach orzeczono na podstawie art. 98§1 w zw. z art. 108§1 k.p.c.