

Sygn. akt VIA Ca 539/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Urszula Wiercińska

Sędzia SA – Jacek Sadowski

Sędzia SO (del.) – Jolanta Pyżlak (spr.)

Protokolant: – sekr. sąd. Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 17 marca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa Gminy Miejskiej S.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nadużycie pozycji dominującej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt XVII AmA 5/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od Gminy Miejskiej S. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 539/14

UZASADNIENIE

Decyzją z 25 września 2012 roku nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu przeciwko Gminie Miasta S. - Zakładowi (...):

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 z późn. zm. - zwaną dalej uokik) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 uokik uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 uokik, stosowaną przez Gminę Miasta S. - Zakład (...), praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Gminy w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie zasobów mieszkaniowych Gminy celem rozpoczęcia prac instalacyjnych, co uniemożliwia innym przedsiębiorcom świadczenie usługi stałego dostępu do Internetu mieszkańcom w/w zasobów mieszkaniowych i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 24 lutego 2012 roku;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt. 1 uokik i stosownie do art. 33 ust. 6 uokik nałożył na Gminę Miasta S. - Zakład (...) karę pieniężną w wysokości 9 632 zł za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 uokik, w zakresie opisanym w pkt. I decyzji;

III. na podstawie art. 77 ust. 1 uokik i art. 80 uokik oraz art. 263 § 1 k.p.a. i art. 264 § 1 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik i stosownie do art. 33 ust. 6 uokik obciążył Gminę Miasta S. - Zakład (...) kosztami postępowania w sprawie nadużywania pozycji dominującej i zobowiązał tą Gminę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w kwocie 16,95 zł w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji.

Od powyższej decyzji Gmina Miasta S. - Zakład (...) w S. wniosła odwołanie, wnosząc o jej zmianę poprzez orzeczenie, że nie stwierdza się naruszenia przez Gminę zakazu z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik oraz uchylenia nałożonej kary i obowiązku zwrotu kosztów postępowania. Skarżący zarzucił zaskarżonej decyzji: naruszenie art. 1 ust. 1 uokik poprzez uznanie, że wszczęcie postępowania było w interesie publicznym, naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt. 5 uokik poprzez uznanie, że działanie Gminy w zakresie udostępnienia jej zasobów mieszkaniowych do rozpoczęcia prac instalacyjnych celem świadczenia usług stałego dostępu do Internetu mieszkańcom tego zasobu są praktyką ograniczającą konkurencję i praktyką polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na tym rynku, naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik poprzez całkowicie arbitralną i dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego, naruszenie art. 106 ust. 1 pkt. 1 uokik przez nałożenie kary mimo braku podstaw do jej nałożenia.

Pozwany Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 14 stycznia 2014r. Sąd Okręgowy w sprawie XVII AmA 5/13 w pkt I zmienił punkt 2 decyzji numer (...) z 25 września 2012r. w ten sposób, iż obniżył nałożoną karę do kwoty 7 960,11zł, w pkt II w pozostałym zakresie powództwo oddalił, w pkt III zasądził od Gminy Miejskiej S. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 288 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

M. D. prowadzi działalność telekomunikacyjną pod firmą (...) M. D.. M. D. wystąpiła do Gminy Miejskiej S. w dniu 16 listopada 2010r. z pisemną prośbą o udostępnienie nieruchomości przy ul. (...) w S. w celu wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej. Przedsiębiorca powołał się przy tym na fakt, że dwie osoby zamieszkujące budynek zgłosiły chęć korzystania z usług dostępu do internetu. Przedsiębiorca poprosił o zgodę na zamontowanie na dachu anteny odbiorczej z uwagi na zmianę technologii z przewodowej na bezprzewodową oraz zadeklarował poprowadzenie okablowania w istniejących kanałach technicznych lub w listwach ściennych. W dniu 26 listopada 2010r. Burmistrz S. poinformowała przedsiębiorcę, że budynek objęty jest pięcioletnią gwarancją i wykonanie instalacji naruszyłoby warunki gwarancji. Wobec powyższego zaproponowano kontakt z wykonawcą budynku oraz z Zakładem (...) jako administratorem budynku w celu ustalenia zasad udostępnienia nieruchomości. Przedsiębiorca powołując się na przepisy prawa telekomunikacyjnego poinformował, że to właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości zobowiązany jest zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do budynku. Dopiero po uzyskaniu zgody odpowiedniego podmiotu możliwe jest uzgadnianie szczegółów technicznych z wykonawcą budynku. W odpowiedzi na to pismo, co miało miejsce w dniu 10 stycznia 2011r. M. D. została powiadomiona o możliwości spotkania i omówienia szczegółów umowy o dostęp telekomunikacyjny. W toku spotkania ustalono, że szczegóły zostaną uzgodnione pocztą elektroniczną. Następnie strony wymieniły się projektami umów: przedsiębiorca przesłała swoją propozycję umowy zaś (...) odesłał umowę z poprawkami. Wymiana korespondencji elektronicznej miała miejsce w dniu 13 stycznia 2011 r. Następnego dnia M. D. powiadomiła (...), że akceptuje umowę z poprawkami z wyjątkiem brzmienia § 3 dotyczącego opłat za energię elektryczną wykorzystywaną przez urządzenia zamontowane przez przedsiębiorcę. (...) zaproponował własne brzmienie § 3 umowy. W dniu 17 stycznia 2011r. Urząd Miejski S. przekazał sprawę do Zakładu (...) ten zaś w dniu 26 stycznia 2011r. przesłał nowy projekt umowy z licznymi poprawkami. Jedną z poprawek dotyczyła zawężenia wykonania instalacji wyłącznie do lokali nr (...). Przedsiębiorca zakwestionował poprawki naniesione przez (...) i przesłał swoją wersję umowy, co miało miejsce w dniu 28 stycznia 2011r. W piśmie z dnia 2 lutego 2011r. (...) powiadomił przedsiębiorcę, że zmiana umowy w zakresie kręgu osób, do których kierowana jest usługa wymaga złożenia nowego wniosku. (...) powiadomił nadto, iż jest to ostateczna wersja umowy. Strony korespondowały w sprawie treści umowy i spotykały się, jednak bez skutku. W szczególności (...) na spotkaniu z dnia 5 września 2011r. potwierdził po raz kolejny, że w przypadku wystąpienia nowych osób o przyłączenie do sieci (...) będzie musiał wystąpić o nową zgodę do (...). W toku dalszych spotkań (...) występowała z nowymi

żądaniami odnośnie warunków jakie winien spełnić przedsiębiorca. W dniu 7 marca 2011r. M. D. zawiadomiła Prezesa UOKiK o odmowie wyrażenia zgody przez Gminę S. na udostępnienie nieruchomości w celu świadczenia usług stałego dostępu do internetu. W dniu 1 października 2011r. (...) oświadczył (...), że wstrzymuje się w sprawie podpisania umowy do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez UOKiK. W piśmie z dnia 24 lutego 2012r. (...) przesłała nowy projekt umowy, w którym wycofała się z poprzednio stawianych warunków.

Gmina Miejska S. zarządza 67 budynkami mieszkalnymi, w których znajduje się 347 lokali mieszkalnych. Gmina S. nie jest jedynym administratorem budynków na terenie gminy, oprócz niej lokalami administruje Spółdzielnia Mieszkaniowa (...), Towarzystwo Budownictwa (...) sp. z o.o. (...), Wspólnoty Mieszkaniowe.

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania administracyjnego. Wskazał, iż oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka K. S., bowiem świadek miał zeznawać na okoliczność przebiegu negocjacji oraz żądanej dokumentacji zaś okoliczności te w wystarczającym stopniu dokumentowane były przez prowadzoną przez strony korespondencję. Strona powodowa nie sprecyzowała jakie inne okoliczności poza wynikającymi z dokumentów miałyby być wykazane zeznaniami świadka. Sąd Okręgowy oddalił też wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron. Stronami w tym postępowaniu jest Gmina Miejska S., za którą zeznania może składać Burmistrz oraz Prezes UOKiK. Oba te podmioty nie mają szczególowej wiedzy na temat przebiegu negocjacji między (...) a (...) bowiem bezpośrednio w rozmowach nie uczestniczyły. Na mocy zaś art. 207 §6 k.p.c. pominięto wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka J. W. jako zgłoszony zbyt późno. Nadto dowód ten miał być przeprowadzony na te same okoliczności co zeznania K. Ż. —..

Sąd Okręgowy wskazał, iż podstawowym kryterium oceny zasadności interwencji Prezesa UOKiK jest ochrona interesu publicznego. Zasadniczym celem ustawy jest zapewnienie instrumentów dbałości o zachowanie konkurencji na rynku. Konkurencja nie jest dobrem samym w sobie, lecz w istocie pośrednio służy innym celom takim jak choćby obniżenie cen, poprawa jakości towarów i usług, rozwój nowych technologii oraz ich rozpowszechnianie. Choć więc powszechnie przyjmuje się, że interes publiczny winien być rozumiany jako interes ogólnospołeczny nie związany z interesem określonego przedsiębiorcy, konsumenta czy ich określonej grupy to jednak niekiedy uzasadnione jest wąskie ujmowanie tego pojęcia. Wąskie ujęcie uzasadnione jest właśnie potrzebą wspierania wartości wyżej przykładowo wymienionych, a które są wspierane instrumentem konkurencji na rynku. W przedmiotowym przypadku interwencja Prezesa UOKiK dotyczy jednego przedsiębiorcy i warunków świadczenia przez niego usług dostępu do Internetu w jednym budynku komunalnym w S.. Przy szerokiej interpretacji pojęcia interesu publicznego, w tym przypadku nie można by się doszukać jego naruszenia. Jednakże jak wskazano uprzednio ochrona konkurencji nie jest celem samym w sobie, lecz służy innym wartościom, zatem zasadnym jest wąskie ujęcie. Warto w tej mierze przywołać orzeczenia Sądu Najwyższego, jak choćby to z dnia 5 czerwca 2008r. (sygn. akt III SK 40/07). W przedmiotowym przypadku trudności stawiane przez Gminę S. przedsiębiorcy świadczącemu usługi dostępu do Internetu godzą w wartość jaką jest dostęp do nowych technologii. Państwo wspiera rozwój Internetu i poszerzanie dostępu do niego. Działania Gminy S. nie sprzyjało rozwojowi konkurencji na tym rynku i tym samym poprawie jakości usług dostępu do sieci. W ocenie Sądu Prezes UOKiK miał uprawnienie do wkroczenia w stosunki o charakterze prywatnoprawnym w imię ochrony interesu publicznego a działania te miały również skutek prewencyjny, mający zapobiegać utrwalaniu negatywnych zjawisk rynkowych. W tym przypadku działanie Prezesa UOKiK służyło temu, aby obstrukcyjne działania powodowej Gminy przy udostępnianiu zasobów komunalnych nie powtarzały się w przyszłości.

Sąd Okręgowy wskazał, iż kolejnym problemem jaki wyłania się na tle rozpoznawanej sprawy jest określenie rynku właściwego celem ustalenia czy Gmina S. posiada pozycję dominującą na rynku. Ustawa w art. 4 pkt 9 definiuje pojęcie rynku właściwego jako rynek towarów, które ze względu na przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość jest uznawane za przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji. Przy wyznaczeniu rynku właściwego konieczne jest wyznaczenie rynku produktowego oraz rynku geograficznego. W przypadku rynku produktowego mamy do czynienia z rynkami powiązаныmi tj. rynkiem lokali mieszkalnych udostępnianych przedsiębiorcom świadczącym usługi telekomunikacyjne i rynkiem usług internetowych. Rynki te są powiązane ze sobą, gdyż dla świadczenia usług

dostępu do Internetu konieczne jest zbudowanie infrastruktura, ta zaś wymaga udostępnienia budynku. Zgodnie z art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnej (dalej wrust), w wersji obowiązującej od dnia 16 lipca 2010r. do dnia 16 grudnia 2012r. dysponent nieruchomości zobowiązany był na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do udostępniania nieruchomości w celu zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych. W tym kontekście pojawia się problem w zakresie rynku lokali mieszkalnych w S. tj. czy winny to być lokale należące do różnych przedsiębiorców, czy też wyłącznie do Gminy S.. Na marginesie należy wskazać, że działalność Gminy polegająca na wynajmie lokali komunalnych stanowi działalność gospodarczą. Znow bardzo szerokie ujęcie rynku właściwego zaburza percepcję zagadnienia. Gmina S. na tak rozumianym rynku nie ma pozycji dominującej, bowiem jest jednym z wielu zarządców lokali mieszkalnych w S.. Jednocześnie to działania Gminy w administrowanych przez nią budynkach wpływają na konkurencję i dostęp usług internetowych dla mieszkańców lokali komunalnych a pozostają obojętne dla mieszkańców innych budynków nie zarządzanych przez Gminę.

Zdaniem Sądu Okręgowego zdefiniowanie rynku właściwego na potrzeby niniejszego postępowania pozwala na ustalenie czy Gmina S. posiada lub nie pozycję dominującą a tym samym, czy spełniona jest jedna z przesłanek z art. 9 ust.2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Bez wątplenia Gmina S. jako jedyny dysponent gminnego zasobu mieszkań posiada 100% udział w tym rynku, zatem ma pozycję dominującą pozwalającą jej na swobodne działanie na tym rynku niezależnie od konkurentów i konsumentów. Jak wskazano uprzednio działania Gminy są raczej obojętne dla zachowania administratorów i sytuacji lokatorów innych zasobów mieszkaniowych.

Ustaliwszy pozycję dominującą przedsiębiorcy - tu Gminy S. w dalszej kolejności, zdaniem Sądu Okręgowego, konieczna jest ocena czy doszło do nadużycia tejże pozycji. Zgodnie z art. 33 ust. 3 wrust właściciel, użytkownik wieczysty, administrator nieruchomości zobowiązany jest na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do zawarcia umowy o udostępnienie nieruchomości. Warunki udostępnienia nieruchomości określa umowa, zawarta w ciągu 30 dni od złożenia wniosku. Tymczasem w tym przypadku od momentu złożenia stosownego wniosku do momentu, w którym możliwe byłoby zawarcie stosowanej umowy upłynęło 15 miesięcy. Mimo, że Gmina miała obowiązek prawny zawrzeć stosowaną umowę przeciągała negocjacje stawiając nieuzasadnione warunki. Jednym z nieuzasadnionych warunków było ograniczenie umowy do zainstalowania niezbędnych urządzeń wyłącznie w celu świadczenia usług na rzecz dwóch lokatorów; jeśliby z wnioskiem o dostęp do internetu wystąpiły kolejne osoby konieczne byłoby zawarcie nowej umowy. Ostatecznie swoimi działaniami powód doprowadził do tego, że przedsiębiorca zmuszony był rozpocząć świadczenie usług bez zawartej umowy. W ocenie Sądu Okręgowego Gmina S. posiadająca pozycję dominującą na rynku lokali komunalnych nadużyła tej pozycji i ograniczyła konkurencję na rynku powiązanym dostępem do internetu.

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów możliwe jest nałożenie na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie przekraczającej 10% przychodu osiągniętego w roku poprzedzającym wydanie decyzji. Przychód Gminy osiągniany przez Zakład (...), który bezpośrednio zajmuje się administrowaniem zasobami lokalowymi wyniósł w 2011 r. 4.422.284,99 zł. W tym kontekście maksymalna kara jaką można wymierzyć wynosi 442.284,99 zł. W ocenie Sądu Okręgowego powodowej Gminie nie można przypisać umyślności, lecz raczej rażące niedbalstwo. Gmina podejmowała działania w celu zawarcia umowy z (...) i ostatecznie, choć po długim czasie przygotowała umowę, którą przedsiębiorca był w stanie zaakceptować. Warunki stawiane początkowo przez Gminę były wyrazem pewnej „nadgorliwości” w dbałości o nowy budynek wybudowany ze środków publicznych. Działania Zakładu (...) były nadmiarowe i spowodowały w istocie naruszenie art. 33 wrust. Opieszałość i stawianie nieuzasadnionych warunków doprowadziło też do stanu, kiedy to w lepszej sytuacji znalazł się przedsiębiorca, który świadczy usługi bez porozumienia z dysponentem budynku aniżeli ten, który chce świadczyć usługi na podstawie stosownej umowy. Nie mniej jednak przez cały okres 15 miesięcy trwały negocjacje co do treści umowy i w ocenie Sądu nie można stwierdzić, że Gmina umyślnie przedłużała negocjacje w celu zniechęcenia przedsiębiorcy. Nie bez znaczenia pozostaje również skala naruszenia: umowa miała dotyczyć warunków świadczenia usług w jednym budynku a brak dowodów na to, aby Gmina w podobny sposób nadużywała pozycji dominującej w stosunku do innych przedsiębiorców czy też w innych budynkach.

Zdaniem Sądu Okręgowego wskazane wyżej okoliczności sprawiają, że nałożona przez Prezesa UOKiK kara jest zbyt surowa. Samo wszczęcie postępowania o nadużycie pozycji dominującej i wymierzenie kary powinno mieć skutek prewencyjny. Działalność Gminy polegająca na zarządzaniu mieszkaniami komunalnymi nie jest działalnością dochodową, lecz jest wykonywaniem przez gminę zadań publicznych. Sąd pierwszej instancji wobec tego uwzględnił argumentację powoda, że wymierzona kara stanowi dużą dolegliwość dla powoda. Uznając ten i wyżej wymienione względy Sąd zdecydował o obniżeniu wysokości nałożonej kary do kwoty 7 960,11 zł.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w części w jakiej oddalono odwołanie i co do orzeczenia o kosztach. Podniesiono następujące zarzuty:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny dowodów w sposób dowolny i nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania – poprzez przyjęcie przez sąd jako dowiedzione, że doszło do zaburzenia konkurencji na skutek działań powoda, gdy tymczasem Sąd sam ustalił, że przedsiębiorca rozpoczął świadczenie usług bez zawartej umowy, co powoduje, że nie nastąpił w wyniku działań powoda zarzucany skutek w postaci nadużycia pozycji dominującej i ograniczenia konkurencji,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię a to:

a) art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji (Dz. U. Nr 50, poz.331 z późn. zm.) przez uznanie, że wszczęcie postępowania zakończonego decyzją było w interesie publicznym,

b) art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie, że działanie Gminy Miejskiej S. - Zakład (...) w zakresie udostępniania zasobów mieszkaniowych Gminy celem rozpoczęcia prac instalacyjnych w celu świadczenia usług stałego dostępu do Internetu mieszkańcom tego zasobu jest praktyką ograniczającą konkurencję i praktyką polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na tym rynku;

c) art. 106 ust.1 pkt I ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez nałożenie kary przez mimo braku podstaw do jej nałożenia.

W konsekwencji skarżący wniósł o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w części w jakiej pozostawia nałożoną karę do kwoty 7 960,11 zł i w całości sentencji zawartej w pkt II i III wyroku oraz orzeczenie o uchyleniu w całości decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - Delegatura w B. Nr (...) z dnia 25 września 2012r, i orzeczenie, że nie stwierdza się naruszenia przez Gminę Miejską S. - Zakład (...) zakazu, o którym mowa w art.9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 „r. o ochronie konkurencji i konsumentów / Dz.U. Nr 50, poz.331 z późn.zm./ objętym punktem I decyzji, uchylenie nałożonej kary pieniężnej oraz obowiązku zwrotu kosztów postępowania w zakresie objętym punktami II i III decyzji, oraz zasądzenie od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Gminy S. - Zakład (...) w S. kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest nieuzasadniona. Sąd Apelacyjny podzieliła ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną dokonaną przez Sąd Okręgowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 §1 k.p.c. należy zauważyć, iż zgodnie z treścią tego przepisu sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a zatem z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Ramy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia

życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Podnosząc w apelacji zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. strona musi wykazać jakich dowodów Sąd nie oceni lub ocenił wadliwie, jakie fakty pominął i jaki wpływ pominięcia faktów czy dowodów miało na treść orzeczenia. Tylko ocena rażąco błędna lub sprzeczna z treścią materiału dowodowego, nieodpowiadająca zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c.

W niniejszej sprawie skarżący podnosząc zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie sprecyzował jakiego dowodu zarzut ten dotyczy, ani w czym wyraża się błędna ocena dowodów. Tym samym zarzut ten uznać należy za nieuzasadniony. Należy też zauważyć, iż sam fakt, że przedsiębiorca ostatecznie uzyskał dostęp do nieruchomości, nie oznacza, iż nieprawidłowe jest ustalenie Sądu Okręgowego, iż we wcześniejszym okresie przedsiębiorca był tego dostępu pozbawiony wskutek działań gminy. Także sytuacja, w której przedsiębiorca dokonuje pewnych czynności bez zgody właściciela nieruchomości, gdyż przez wiele miesięcy w sposób zgodny z prawem nie może takiej zgody uzyskać, świadczy o nieprawidłowości działań gminy i blokowaniu dostępu do nieruchomości.

W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów interes publiczny traktowany jest jako przesłanka podstawowa warunkująca ocenę zgodności zachowania przedsiębiorcy z tą ustawą. Koniecznym warunkiem stosowania tej ustawy i sankcji w niej przewidzianych jest ocena czy przedsiębiorca w następstwie stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych narusza interes publiczny w zakresie rozwoju konkurencji, ochrony podmiotów narażonych na stosowanie takich praktyk oraz ich ochrony konsumentów. W dotychczasowym orzecznictwie akcentowano jurysdykcyjne (kompetencyjne) znaczenie przesłanki interesu publicznego. W orzecznictwie dominowały dwa ujęcia interesu publicznego ujmowane jako pojęcie ilościowe (na które to orzecznictwo powołuje się skarżący w apelacji) oraz ujęcie jakościowe. Ostatecznie przeważało stanowisko, zgodnie z którym przesłanka interesu publicznego - rozumiana jako przesłanka kompetencyjna - ma charakter jakościowy, a nie ilościowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., III SK 40/07). W rezultacie kognicji sądowej nie podlega okoliczność, czy zachowanie przedsiębiorcy odpowiadające znamionom praktyki ograniczającej konkurencję lub naruszającej zbiorowe interesy konsumentów w rzeczywistości dotyczyło jednego lub więcej uczestników rynku. Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie podziela ten drugi pogląd. Istnienie interesu publicznoprawnego należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniającego całość negatywnych skutków działań na określonym rynku. Podstawowym celem ustawy jest ochrona konkurencji i ochrona interesu przedsiębiorców i konsumentów, zaś ochrona konkurencji polega na przeciwdziałaniu monopolizacji rynku. Ustawa znajduje zastosowanie wówczas, gdy zostaje naruszony interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Znaczenie przesłanki interesu publicznego nie wyczerpuje się jednak tylko na jurysdykcyjnym umocowaniu Prezesa Urzędu do skorzystania z przysługujących mu kompetencji. Przesłanka interesu publicznego może i powinna pełnić funkcję korygującą, która pozwalałaby na uelastycznienie wszelkiego rodzaju "sztywnych" zakazów przewidzianych w ustawie oraz umożliwiałaby racjonalną sądową weryfikację, czy interwencja Prezesa Urzędu rzeczywiście podyktowana jest potrzebą ochrony interesu publicznego i czy faktycznie służy interesowi konsumentów. Naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku, ale także, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska. Badana praktyka oddziałuje i narusza samo zjawisko konkurencji, nawet jeśli ten negatywny wpływ jest rezultatem działań skierowanych przeciwko jednemu lub niewielkiej licznie konkurującym (por. wyrok SA w Warszawie z 29 czerwca 2007r. VI Aca 1222/06 , wyrok SA w Warszawie z 15 maja 2012r. VI Aca 1270/11 LEX Nr 1168141). Każde działanie wymierzone w mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny w rozumieniu art. 1 ww. ustawy (tak SN w wyroku z 5 czerwca 2008r. III SK 40/07 OSNC 2009/19-20/272).

W niniejszej sprawie działania gminy do momentu zaniechania praktyki stanowiły zagrożenie dla interesów konsumentów i przedsiębiorców: dostęp do nieruchomości gminy przez ponad rok był blokowany, a konsumenci nie mogli skorzystać z pełnej oferty nowego operatora. Zgodnie z art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. Nr 106, poz. 675) właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest

obowiązany umożliwić operatorom instalowanie na nieruchomości urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Taką zgodę gmina wyraziła dopiero po 15 miesięcznym okresie negocjacji. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Okręgowego, iż warunki jakie stawiała gmina przed datą udostępnienia nieruchomości przyczyniły się do długiego blokowania dostępu do nieruchomości operatorowi telekomunikacyjnemu i były w świetle art. 33 ww. ustawy warunkami obiektywnie nieuzasadnionymi. Warunki te zaburzały mechanizm konkurencji, a to szkodziło ekonomicznym interesom konsumentów.

Dla stwierdzenia zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: stosujący praktykę jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym pozycję dominującą, nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Dla zastosowania przepisu art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów jest wystarczające stwierdzenie ustanowienia takich barier wejścia na rynek, iż warunki powstania lub rozwoju skutecznej konkurencji będą wyeliminowane lub istotnie ograniczone. Z przeciwdziałaniem warunkom do powstania lub rozwoju konkurencji mamy do czynienia, gdy dominujący przedsiębiorca swoim zachowaniem, które może polegać albo na działaniu albo na zaniechaniu wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku. Przy czym działanie to nie musi być celowe tzn. nie musi mieć świadomego charakteru a więc nie zależy ani od intencji przedsiębiorcy dominującego, ani od tego, czy miał on świadomość naruszenia. Dodatkowo przyjmuje się w orzecznictwie, że dla zaistnienia danej zabronionej praktyki nie jest istotne, czy na rynku właściwym rzeczywiście ujawniły się jej niekorzystne dla konkurencji skutki. Wystarczająca jest groźba wystąpienia takich skutków, jeśli ich wystąpienie jest wysoce prawdopodobne. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, iż zaistniała 15 miesięczna zwłoka w udostępnieniu nieruchomości i skutki w postaci ograniczenia konkurencji wystąpiły w tym właśnie okresie. Bez znaczenia dla oceny występowania ograniczenia konkurencji w tym okresie jest fakt, iż ostatecznie przedsiębiorca uzyskał dostęp do nieruchomości. W decyzji stwierdzono bowiem fakt zaniechania praktyki z datą uzyskania przez przedsiębiorcę dostępu do nieruchomości, co nie oznacza, że jej wcześniej nie było. Nieuzasadniona odmowa udostępnienia zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzania linii kablowych na nieruchomości jest działaniem ograniczającym konkurencję, bowiem pozbawia nowych przedsiębiorców możliwości wejścia na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych przeciwdziałając w ten sposób kształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na tym rynku (tak też SA w Warszawie w wyroku z dnia 15 maja 2012r. VI ACa 1270/11 LEX Nr 1168141). Tym samym należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest nieuzasadniony.

Reasumując należy stwierdzić, że w okolicznościach niniejszej sprawy działania gminy godząc w mechanizm konkurencji naruszały interes publiczny i wywierały wpływ na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz na konsumentów. Działania te z jednej strony utrzymywały pozycję dotychczasowych dostawców usług telekomunikacyjnych na terenie zasobów mieszkaniowych gminy, a z drugiej pozbawiały odbiorców tych usług konkurencyjnej oferty kolejnego operatora telekomunikacyjnego.

Także orzeczenie o karze pieniężnej nałożonej na powodową Gminę znajduje uzasadnienie w przepisach prawa, a jej wysokość jest adekwatna do stwierdzonego nadużycia pozycji dominującej. W myśl art. 106 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę można nałożyć na przedsiębiorcę, jeżeli chociażby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 tej ustawy w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przy ustalaniu wysokości kary należy zgodnie z art. 111 powołanej ustawy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów, a także uprzednie naruszenia przepisów. W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd pierwszej instancji prawidłowo określił okoliczności, które należało wziąć pod uwagę przy wymierzaniu kary, w tym wagę stwierdzonych praktyk, okres ich trwania, skalę naruszenia, fakt, iż działanie gminy nie wyłączyło konkurencji a jedynie ją ograniczyło, zaniechanie praktyki, stopień winy. Biorąc pod uwagę fakt, iż działalność gminy polegająca na zarządzaniu mieszkaniem

komunalnymi nie jest działalnością dochodową Sąd pierwszej instancji dodatkowo obniżył karę wymierzoną w zaskarżonej decyzji. Wprawdzie wymierzenie kary ma charakter fakultatywny, jednak powinna spełniać zamierzone przez ustawę funkcje. Zasadnie Sąd Okręgowy wskazał, iż kara wymierzana na podstawie tego przepisu powinna mieć skutek prewencyjny. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż gmina dosyć długo trwała przy swoim stanowisku pomimo wyjaśniania przez przedsiębiorcę podstaw prawnych obowiązków właściciela nieruchomości w tym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego wymierzona kara nie jest zbyt dolegliwa, gdyż kwota kary 7 960,11 zł stanowi zaledwie ok. 0,18 % przychodu będącego podstawą obliczenia kary. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak orzeczona kara spełni swą rolę zarówno represyjną, wychowawczą, jak i prewencyjną zapobiegając w przyszłości dopuszczaniu się takich praktyk przez powoda. Brak jest natomiast podstaw do zupełnego odstąpienia od zastosowania tej kary. Odstąpienie od nałożenia kary może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy nawet wymierzenie kary w wysokości symbolicznej stanowiłoby dla przedsiębiorcy znaczącą dolegliwość, pozostającą w rażącej sprzeczności ze stopniem winy przedsiębiorcy oraz szkodliwością stwierdzonej praktyki dla interesów konsumentów (por. wyrok S.A. z 26 kwietnia 2013r. VI ACa 1539/12 LEX nr 1369418). W niniejszej sprawie takie okoliczności nie występują, stopień naruszenia interesów konsumentów uzasadniał nałożenie na powoda kary pieniężnej z tytułu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 §12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013 poz.490).