

*Sygn. akt VII ACa 1348/17*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 7 listopada 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Tomasz Szanciło*

*Sędziowie: SA Marcin Łochowski (spr.)*

*SO del. Paweł Iwaniuk*

*Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2017 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Towarzystwa Budownictwa (...) sp. z o.o. we W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o nadużywanie pozycji dominującej i nałożenie kary pieniężnej*

*na skutek apelacji powoda*

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

*z dnia 21 października 2014 r., sygn. akt XVII AmA 98/13*

*I. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że:*

- 1) uchyła punkt pierwszy i drugi zaskarżonego wyroku,*
- 2) w punkcie trzecim uchyła decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 marca 2013 r., Nr (...) w części, tj. w punkcie drugim, trzecim i czwartym,*
- 3) w punkcie czwartym zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Towarzystwa Budownictwa (...) sp. z o.o. we W. kwotę 1377 zł (jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;*

*II. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Towarzystwa Budownictwa (...) sp. z o.o. we W. kwotę 2990 zł (dwa tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.*

*Sygn. akt VII ACa 1348/17*

## UZASADNIENIE

Decyzją Nr (...) z dnia 29 marca 2013r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: 1) umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe wszczęte z urzędu w sprawie stosowania przez Towarzystwo Budownictwa (...) sp. z o.o. we W. praktyki, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta W., znajdujących się w zarządzie TBS W., przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych

do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) sp. z o.o. we W. od wybudowania przez ww. przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego, co mogło stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 229 ze zm. – dalej, jako: „u.o.k.k.”); 2) uznał za ograniczającą konkurencję praktykę TBS W., polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta W. – znajdujących się w zarządzie TBS W., przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) sp. z o.o. od wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda TBS W. za wynegocjowaną cenę, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 29 czerwca 2012 r.; 3) uznał za ograniczającą konkurencję praktykę TBS W., polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta W. – znajdujących się w zarządzie TBS W., przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) sp. z o.o. od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez ww. przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. i nakazał zaniechanie jej stosowania; 4) nałożył na TBS W. karę pieniężną w wysokości 17.383,34 zł.

Od tej decyzji powód złożył odwołanie, zaskarżając decyzję w pkt II., III. i IV. Powód wniósł w odwołaniu o zmianę decyzji w części przez orzeczenie, iż nie stwierdza się stosowania i zaniechania stosowania od 29 czerwca 2012 r. przez TBS praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k., określonej w pkt II. III. zaskarżonej decyzji oraz uchyla się karę, względnie – w wypadku uwzględnienia odwołania w części – obniża się karę pieniężną.

Powód zarzucił zaskarżonej decyzji:

- nieprawidłowe ustalenia faktyczne dotyczące rynku właściwego zdefiniowanego w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. przez jego ograniczenie do zasobów mieszkaniowych powoda oraz dokonanie błędnej oceny barier dostępu do tego rynku przez bezzasadne oddalenie zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych;
- naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. przez niewłaściwe zastosowanie doktryny urządzeń kluczowych;
- dokonanie błędnej wykładni art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 2062 ze zm. – dalej, jako: „u.w.r.u.s.t.”), w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r. w zakresie pojęcia „osoby posiadającej inny tytuł do nieruchomości”;
- niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. w zw. z art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. u.w.r.u.s.t. przez przyjęcie przez Prezesa UOKiK, iż zastrzeżenie przez powoda odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac, stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, pomimo zmiany stanu prawnego, w rezultacie czego żądanie przez powoda odpłatności za korzystanie z pomieszczeń jest zgodne z przepisem art. 30 ust. 3b pkt 2 u.w.r.u.s.t. w brzmieniu obowiązującym na dzień wydania decyzji;
- dokonanie błędnej wykładni przepisów art. 33 u.w.r.u.s.t. w zakresie obowiązku właściciela nieruchomości, polegającej na uznaniu przez Prezesa UOKiK, iż na właściciela nieruchomości ciąży obowiązek dalszego, tj. „przez pewien okres”, znoszenia ograniczenia jego prawa własności w sytuacji, gdy w wyniku rozwiązania umów z odbiorcami końcowymi, sieć przestaje służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 21 października 2014 r. zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że w pkt III. zamiast nakazania zaniechania stosowania wymienionej w tym punkcie praktyki stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 16 grudnia 2012 r., a w pkt IV. obniżył nałożoną w nim karę pieniężną z kwoty 17.383,34 zł do kwoty 15.645 zł oraz oddalił odwołanie w pozostałej części i obciążył powoda kosztami procesu.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Prezesa UOKiK wyrażone w zaskarżonej decyzji co do kwalifikacji zachowania powoda jako niedozwolonej praktyki, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej zlokalizowanych na obszarze miasta W. – znajdujących się w zarządzie (...) sp. z o.o., przez przeciwdziałanie ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) sp. z o.o. od wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy ww. przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom /zostaną rozwiązane wszystkie umowy/ przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku, lub odsprzeda TBS W. za wynegocjowaną cenę oraz od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez Telekomunikację Internetową z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac, z tym, że w ocenie Sądu pierwszej instancji, obydwie praktyki zostały zakończone.

Dla stwierdzenia zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: 1) stosujący praktykę jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym pozycję dominującą, 2) nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że przedmiotem badania w niniejszej sprawie jest kwestia uzależniania przez TBS W. zawarcia umowy umożliwiającej (...) sp. z o.o. dostępu do budynków przy ul. (...) we W. celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej od wypełnienia przez operatora warunków związanych z dostępem. Jako usługę w tym wypadku należy więc traktować udostępnianie nieruchomości, które pozwala na zainstalowanie sieci telekomunikacyjnej, a w konsekwencji umożliwia świadczenie usług w oparciu o tą sieć. Zatem rynkiem właściwym produktowo będzie rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych. Granice rynku właściwego w wymiarze geograficznym wyznaczone są przez zasoby mieszkaniowe pozostające w zarządzie TBS W., znajdujące się na lokalnym rynku miasta W.. Możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej jest bowiem na tym obszarze uzależniona od zgody TBS W.. Granic tego rynku nie można natomiast ustalać z punktu widzenia odbiorcy końcowego, który nie jest uczestnikiem właściwego rynku produktowego w sprawie.

Sąd pierwszej instancji, uznał także, że powodowa spółka posiada na rynku udostępniania swoich zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz najemców, pozycję dominującą. Powód posiada na tym rynku 100% udziałów, gdyż zarządza nieruchomościami stanowiącymi jego własność, z racji czego może samodzielnie decydować o udostępnieniu zasobów mieszkaniowych i jest jedynym podmiotem mogącym udzielić zgody na instalowanie sieci telekomunikacyjnych w należących do niego budynkach.

Sąd Okręgowy stwierdził, że dla zastosowania przepisu art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. wystarczy stwierdzenie ustanowienia takich barier wejścia na rynek, iż warunki powstania lub rozwoju skutecznej konkurencji będą wyeliminowane lub istotnie ograniczone. Istotą praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy jest bowiem takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji objawia stawianiem przez TBS W. warunków operatorowi telekomunikacyjnemu, od których wypełnienia powodowa spółka uzależnia zawarcie umowy o udostępnienie nieruchomości celem zainstalowania sieci telekomunikacyjnej. Takie zachowanie powoda skutkuje przecież niemożnością świadczenia

usług telekomunikacyjnych przez (...) sp. z o.o. w zasobach TBS W.. Negatywne konsekwencje pojawiają się więc na rynku usług telekomunikacyjnych, powiązanych z rynkiem właściwym.

Uzależnianie przez TBS W. dostępu do budynków od odpłatności za korzystanie przez (...) sp. z o.o. z pomieszczeń po wykonaniu prac instalacji sieci oraz od zgody na demontaż okablowania budynku lub odsprzedania go powodowi za wynegocjowaną cenę jest dyskryminujące, albowiem takie warunki dostępu są dla (...) sp. z o.o. niekorzystne, a jak wynika ze zgromadzonego materiału, nie zostały postawione żadnemu innemu przedsiębiorcy ubiegającemu się o dostęp do zasobów mieszkaniowych TBS W. w celu zainstalowania sieci telekomunikacyjnych.

Nowelizacja dokonana ustawą 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) wprowadziła uregulowanie, iż korzystanie z nieruchomości, o których mowa w ust. 1, jest odpłatne, chyba że strony umowy wskazanej w ust. 3 postanowią inaczej. Podobnie odpłatność wprowadził od 16 grudnia 2012 r. przepis art. 30 ust. 3b tej ustawy. Wobec tego należało przyjąć, że od dnia 16 grudnia 2012 r. TBS W. nie naruszał ww. przepisów prawa. Jego zachowanie od tej daty nie może być uznane za nadużywanie pozycji dominującej, a ponadto praktykę ograniczającą konkurencję, gdyż było zgodne z prawem.

Warunek wskazujący, iż w sytuacji zaprzestania świadczenia usług przez operatora telekomunikacyjnego okablowanie przejdzie na własność właściciela nieruchomości z oczywistych powodów nie mógł być zaakceptowany przez (...) sp. z o.o. jako właściciela okablowania, które miało zostać zainstalowane. Zaś później wprowadzone w takim wypadku żądanie zdemontowania okablowania jest żądaniem nieadekwatnym, gdyż przedwcześnie zmusza przedsiębiorcę do zakończenia działalności w postaci świadczenia usługi (...) dla najemców lokali na obszarze ul. (...), gdy TI utraci wszystkich abonentów. Tak wyrażona sankcja byłaby uzasadniona dopiero w razie przedłużającego się braku wykorzystywania przez TI sieci w celu świadczenia usług odbiorcom końcowym. Co prawda, gdy sieć przestaje służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych wygasa po stronie właściciela nieruchomości obowiązek znoszenia ograniczenia jego prawa własności w myśl art. 33 u.w.r.u.s.t. Tym niemniej, skoro przepisy tej ustawy zezwalają operatorom telekomunikacyjnym na zainstalowanie sieci telekomunikacyjnej na nieruchomości niezależnie od liczby konsumentów chcących korzystać z usług danego operatora, konieczność natychmiastowej deinstalacji sieci jest nieuzasadniona.

Praktyka ta została wyeliminowana, gdy przy piśmie z dnia 29 czerwca 2012r. TBS W. przedstawił TI nowe „Warunki dostępu do budynku, budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej przy ul. (...) we W.” oraz projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych”, zawierające postanowienia umożliwiające powodowi wypowiedzenie umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku, w którym operator utraci ostatniego abonenta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim. Prezes UOKiK słusznie zatem, uznając daną praktykę za ograniczającą konkurencję, stwierdził jej zaniechanie z dniem 29 czerwca 2012 r.

Wobec tego, że w postępowaniu ustalone zostało stosowanie przez powoda dwóch niedozwolonych praktyk, zastosowanie miał art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli ten chociażby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 u.o.k.k., w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Przy ustalaniu wysokości kary należy zgodnie z art. 111 u.o.k.k. uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów, a także uprzednie naruszenia przepisów.

Sąd Okręgowy wziął jednak pod uwagę, że powód wycofał się z bezprawnie stawianego warunku opisanego w pkt II. decyzji, aczkolwiek dopiero w toku postępowania antymonopolowego. Z kolei druga z praktyk, określona w pkt III. decyzji, została zakończona nie w związku z samodzielnym wyeliminowaniem jej przez TBS W., ale wobec zmiany przepisów u.w.r.u.s.t. Tym niemniej, wobec zaistnienia tej obiektywnej okoliczności, której Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę podczas miarkowania kary, należało karę ustaloną za obydwie praktyki stosownie obniżyć.

O kosztach zastępstwa procesowego rozstrzygnięto w oparciu o art. 100 k.p.c. Sąd pierwszej instancji zasądził je od TBS W. na rzecz Prezesa UOKiK, uznając, iż ten ostatni uległ tylko co do nieznaczej części swego żądania.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, zaskarżając orzeczenie w całości i zarzucając mu:

- nierozpoznanie istoty sprawy przez pominięcie merytorycznych zarzutów powoda podniesionych w pozwie (odwołaniu);
- sprzeczność dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego;
- naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez brak ustaleń faktycznych w opisanym w apelacji zakresie;
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów;
- naruszenie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. w zw. z art. 6 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu, pomimo braku dowodów, iż Prezes UOKiK wykazał w postępowaniu dowodowym, że rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostępu do nieruchomości powoda, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 4 pkt 10 u.o.k.k. przez stwierdzenie posiadania przez powoda pozycji dominującej na tym rynku;
- naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. w zw. z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu przez Sąd Okręgowy, iż dla ustalenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. wystarczające jest ustalenie narzucania warunków nieuzasadnionych przez podmiot posiadający pozycję dominującą, a nie jest koniecznym ustalenie nadużywania pozycji dominującej;
- naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. w związku z art. 33 ust. 1 i 2 pkt 4 u.w.r.u.s.t., w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r., przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie przez Sąd Okręgowy, że działanie powoda polegające na zastrzeżeniu odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac przez przedsiębiorcę, ograniczało konkurencję;
- naruszenie art. 33 ust. 2 pkt 4 u.w.r.u.s.t. w brzmieniu przed 16 grudnia 2012 r. przez błędną wykładnię pojęcia „osoba posiadająca inny tytuł do nieruchomości”, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 u.o.k.k. w zw. z art. 33 ust. 2 pkt 4 u.o.k.k.;
- naruszenie art. 33 ust. 1 u.w.r.u.s.t. w brzmieniu sprzed dnia 16 grudnia 2012 r. przez błędną wykładnię i uznanie, iż obowiązek właściciela nieruchomości określony powyższym przepisem rozciąga się także „na pewien czas” po zaprzestaniu przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego świadczenia usług;
- naruszenie art. 64 ust. 3 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz w związku z art. 1 u.o.k.k. przez przyjęcie, iż u.o.k.k. znajduje zastosowanie do zachowania właściciela obejmującego realizację uprawnień wynikających z prawa własności, a w konsekwencji uznanie, iż u.o.k.k., której celem jest ograniczanie wolności prowadzonej działalności gospodarczej jest jednocześnie ustawą, w oparciu o którą Prezes UOKiK może ograniczać prawo własności,
- naruszenie art. 140 k.c. w związku z art. 33 ust. 1 i 2 pkt 4 u.w.r.u.s.t., w brzmieniu sprzed dnia 16 grudnia 2012 r. i art. 64 Konstytucji poprzez błędną wykładnię prowadzącą do ograniczenia prawa własności powoda w zakresie wykraczającym poza granice wynikające z przepisów ww. ustawy;
- naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. w zw. z art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji przez podtrzymanie kary pieniężnej nałożonej na powoda w sytuacji, w której działania powodowa oparte były o właściwą interpretację prawa.

W konsekwencji, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu (odwołania), a także zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za pierwszą i drugą instancję.

Wyrokiem z dnia 10 lutego 2016 r. Sąd Apelacyjny oddalił apelację i obciążył powoda kosztami postępowania apelacyjnego. Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i przyjął je za własne. Zgodził się też w większości z dokonaną przez Sąd Okręgowy oceną prawną ustalonych faktów.

Na skutek skargi kasacyjnej powoda, Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 31 maja 2017 r., III SK 36/16 uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy wskazał, że zaskarżony wyrok narusza art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. na kilka sposobów. Po pierwsze, jak wynika to z utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. 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 u.o.k.k. Do zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. 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 u.o.k.k., 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 również 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 u.o.k.k. (wyrok Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r., III SK 15/06).

Po drugie, w zaskarżonym wyroku 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 powiązanim. W tej sytuacji konieczne jest wykazanie, że zachowanie powoda na rynku pozycji dominującej wywołuje (może wywołać) skutki na rynku powiązanim (wyroki Sądu Najwyższego z 19 lutego 2009 r., III SK 31/08; z 14 stycznia 2009 r., III SK 24/08). 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 powiązanim. Natomiast w przypadku wskazania – jak w zaskarżonym wyroku – jako rynku powiązanego „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 powiązanim, o jaką chodzi w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. 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 stwierdził, że aby możliwe było zastosowanie art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., 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 u.o.k.k.

Po czwarte, za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. 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, miałyby stanowić „warunek” przeciwdziałający powstaniu lub ukształtowaniu się konkurencji na rynku powiązany 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 u.o.k.k. konieczne jest dokonanie ustalenia, że są to koszty na takim poziomie, iż racjonalny przedsiębiorca nie zdecyduje się na rozpoczęcie działalności gospodarczej na rynku powiązany 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 u.o.k.k., 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.

Sąd Apelacyjny po ponownym rozpoznaniu sprawy ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest zasadna, chociaż w przeważającej mierze niezależnie od zarzutów w niej sformułowanych.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku – w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – i przyjmuje je za własne. Nie ma bowiem sporu co do faktów składających się na zarzucane powodowi zachowanie – tj. treści postanowień umowy, od zaakceptowania których powód uzależnił udostępnienie swoich budynków spółce (...).

Zgodnie z art. 398<sup>20</sup> k.p.c. sąd, któremu sprawa została przekazana, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Nie można oprzeć skargi kasacyjnej od orzeczenia wydanego po ponownym rozpoznaniu sprawy na podstawach sprzecznych z wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy.

Sąd Apelacyjny jest zatem związany wykładnią art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. dokonaną przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 maja 2017 r. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Jednak, według Sądu Najwyższego, „... nie można mówić o spełnieniu przesłanek zastosowania art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., 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 u.o.k.k. (wyrok Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r., III SK 15/06).”.

Trzeba wskazać, że zgodnie z art. 30 ust. 1 u.w.r.u.s.t. właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu

dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku. Na powódzie ciąży więc obowiązek udostępnienia spółce (...) dostępu do spornych budynków. Warunki dostępu powinna określać umowa zawarta między powodem a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (art. 30 ust. 4 u.w.r.u.s.t.). Zgodnie z art. 21 ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 5 u.w.r.u.s.t. w przypadku niepodjęcia negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostępie do nieruchomości, odmowy udzielenia tego dostępu lub niezawarcia umowy o dostępie w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku o taki dostęp każda ze stron może zwrócić się do Prezesa (...) z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do nieruchomości. Prezes (...) wydaje decyzję w sprawie dostępu do nieruchomości w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu (art. 22 ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 5 u.w.r.u.s.t.). Spółka (...) mogła wobec tego zwrócić się do Prezesa (...) o wydanie decyzji o dostępie do nieruchomości. Innymi słowy, spółka ta mogła uzyskać dostęp do nieruchomości niezależnie od stanowiska powoda w tym przedmiocie. Zatem – zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego – zachowanie powoda nie mogło zostać w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. uznane za przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Nawet bowiem odmowa udostępnienia nieruchomości przez powoda, nie mogłaby zostać uznana za przeciwdziałanie wytworzeniu warunków niezbędnych dla rozwoju konkurencji, skoro warunki te (dostęp do budynków) i tak mogłyby być zapewnione w drodze decyzji Prezesa (...). W takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka „niezbędności”, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.

Już tylko ta okoliczność wskazuje, że zaskarżona decyzja nie znajduje oparcia w treści art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. W tym stanie rzeczy odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji jest zbędne, ponieważ odwołanie i tak jest w całości zasadne.

Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że w oparciu o art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. uchylił punkt pierwszy i drugi zaskarżonego wyroku, a w punkcie trzecim uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 marca 2013 r., Nr (...) w części, tj. w punkcie drugim, trzecim i czwartym, a na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) w punkcie czwartym wyroku zasądził od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Towarzystwa Budownictwa (...) sp. z o.o. we W. kwotę 1.377 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Nadto, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 pkt i § 12 ust. 4 pkt 2 w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia zasądził od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz Towarzystwa Budownictwa (...) sp. z o.o. we W. kwotę 2.990 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.