

*Sygn. akt VII AGa 872/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 8 marca 2018 r.*

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

*Przewodniczący: SSA Jolanta de Heij-Kaplińska*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)*

*SO del. Tomasz Wojciechowski.*

*Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 8 marca 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o nadużywanie pozycji dominującej*

*na skutek apelacji powódki*

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

*z dnia 27 września 2016 r., sygn. akt XVII AmA 61/14*

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu następującą treść:**

**1. uchyla decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (...) z dnia 24 grudnia 2013 r. stwierdzając, że nie została ona wydana bez podstawy prawnej, ani z rażącym naruszeniem prawa;**

**2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ma rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. kwotę 1 377 zł (jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**II. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ma rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w S. kwotę 1 540 zł (jeden tysiąc pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VII AGa 872/18*

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, pozwany), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, decyzją z dnia 24 grudnia 2013 r. nr (...), na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.; dalej: uokik) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez Spółdzielnię Mieszkaniową (...) w S. (dalej: S.M. H.,

Spółdzielnia, powódka) pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia przez innych przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych, poprzez uniemożliwienie B. D. (1), prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) w S., świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach Spółdzielni, tj. za praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach i nakazał zaniechanie jej stosowania. Jednocześnie, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik na S.M. H. nałożona została kara pieniężna w wysokości 42 294 zł. Pozwany obciążył również Spółdzielnię kosztami przeprowadzonego postępowania.

Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w S., w złożonym odwołaniu, zaskarżyła ww. decyzję Prezesa UOKiK w całości.

Zaskarżonej decyzji powódka zarzuciła naruszenie:

1. przepisu prawa materialnego, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez przyjęcie, że powódka stosowała wobec B. D. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...), praktykę ograniczającą konkurencję poprzez uniemożliwienie temu przedsiębiorcy świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni;

1. przepisów postępowania, tj.:

- art. 7 k.p.a. poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i brak wyczerpującego

zbadania wszystkich okoliczności sprawy, w tym zgromadzonych dowodów;

- art. 77 § 1 k.p.a. i art. 80 k.p.a. poprzez niewłaściwą oceną zebranego materiału dowodowego i dokonanie błędnych ustaleń faktycznych, polegających na przyjęciu, iż powódka nadużyła swojej pozycji dominującej, podczas gdy działała ona w granicach określonych przez prawo, wynikających z art. 30 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. 2010, Nr 106, poz. 675; dalej: ustawa o rozwoju usług i sieci) oraz realizując wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasadę swobody umów.

Wskazując na powyższe, powódka wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości; ewentualnie o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez stwierdzenie, że skarżąca nie stosuje i nie stosowała praktyki ograniczającej konkurencję, o jakiej mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik i uchylenie zaskarżonej decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej; ewentualnie o obniżenie nałożonej kary pieniężnej. Jednocześnie powódka wniosła o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Prezes UOKiK, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 27 września 2016 r., Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od Spółdzielni na rzecz Prezesa UOKiK kwotę 720 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w S. jest podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem (...). Zasoby mieszkaniowe Spółdzielni obejmują 110 budynków. W dacie wydania zaskarżonej decyzji na terenie zarządzanym przez Spółdzielnię usługi telekomunikacyjne świadczyło ośmiu przedsiębiorców. Z tej grupy pięciu przedsiębiorców obejmuje swoją działalnością całość zasobów mieszkaniowych Spółdzielni.

B. D. (1) prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej pod nazwą Zakład (...) w S.. Jest wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu (...) Elektronicznej. Ponadto, B. D. (1) jest prezesem zarządu (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., która również występowała do Spółdzielni o zawarcie umowy o dostępie w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Pismem z dnia 29 listopada 2011 r., Zakład (...) B. D. (1) wystąpił do S.M. H. z propozycją podpisania umowy na budowę sieci światłowodowej dostępu do usług szerokopasmowych w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni. W piśmie wskazano, że przedsiębiorca zbadał możliwości techniczne i jest gotowy do wykonania instalacji i wdrożenia sieci. Do pisma dołączony był projekt umowy o odstępie do budynków, spis adresów budynków z wykazem działek z ewidencji gruntów, wypis skrócony z rejestru gruntów z komentarzem, wydany przez Wydział Geodezji i Kartografii Urzędu Miasta w S., stanowiący załącznik do mapy do celów projektowych, zaświadczenie o wpisie (...) do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz dokumentacja techniczna wykonania sieci z kartami katalogowymi instalowanych urządzeń.

W odpowiedzi z dnia 21 grudnia 2011 r. Spółdzielnia wskazała, iż przedstawiony plan instalacji nie jest zgodny z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, wezwwała (...) do uzupełnienia złożonej dokumentacji i poinformowała, że do czasu uzupełnienia wniosku wstrzymuje jego dalsze rozpatrywanie. Ponadto, w dniu 26 stycznia 2012 r., pracownik S.M. H. A. K. w rozmowie telefonicznej z firmą (...) przekazała informację o konieczności uzupełnienia wniosku z 29 listopada 2011 r. przez złożenie projektu instalacji teletechnicznej, zgodnej z wymaganiami Prawa budowlanego.

W dniu 15 lutego 2012 r. przedsiębiorca Zakład (...) B. D. (1) skierował do Prezesa UOKiK zawiadomienie o zaistniałej sytuacji. Pismami z 1 marca 2012 r., Prezes UOKiK wezwał Spółdzielnię i (...) do złożenia wyjaśnień. W piśmie z dnia 13 marca 2012 r. Spółdzielnia złożyła wymagane dokumenty i wyjaśnienia dotyczące obowiązujących w Spółdzielni zasad udostępniania jej zasobów operatorom telekomunikacyjnym, przedsiębiorców będących operatorami telekomunikacyjnymi, którzy w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 29 lutego 2012 r. zwracali się do Spółdzielni o wyrażenie zgody na świadczenie w jej zasobach usług telekomunikacyjnych i zawarcie umowy w tym zakresie, trybu, w jakim został wyłoniony przedsiębiorca, z którym Spółdzielnia zawarła w ostatnim czasie umowę na świadczenie usług telekomunikacyjnych oraz przedstawiła informacje dotyczące budynków mieszkalnych Spółdzielni i operatorów telekomunikacyjnych, którzy w tych budynkach świadczą usługi telekomunikacyjne. Spółdzielnia poinformowała o sporze zaistniałym pomiędzy nią a (...) spółką z o.o. w S., której prezesem zarządu jest B. D. (1) i przedstawiła kopie pism, z których wynika, że w dniu 14 marca 2011 r. (...) spółka z o.o. w S. wystąpiła do S.M. H. z propozycją zawarcia umowy współpracy w zakresie budowy sieci światłowodowej. Spółdzielnia oświadczyła, że oferta nawiązania współpracy, złożona przez Zakład (...) w piśmie z 29 listopada 2011 r., jest analizowana przez pracowników jej działu remontów i inwestycji.

Odpowiadając na wezwanie Prezesa UOKiK z 1 marca 2012 r., (...) w piśmie z 12 marca 2012 r. oświadczył, że Spółdzielnia nie udzieliła przedsiębiorcy żadnej odpowiedzi na propozycję zawarcia umowy, złożoną w piśmie z 29 listopada 2011 r. W rozmowie telefonicznej przedsiębiorca uzyskał informację, że jego oferta zaginęła. Przedsiębiorca poinformował, że nie wystąpił do starosty z wnioskiem o ograniczenie sposobu korzystania przez Spółdzielnię z jej nieruchomości, ponieważ uzyskał w Urzędzie Miasta S. informację, że S.M. H. prowadzi działalność na zasadzie własnego rozrachunku i nie podlega pod zakres działań Urzędu Miasta.

Pismem z dnia 29 marca 2012 r. (...), powołując się na art. 33 ust. 3 ustawy o rozwoju usług i sieci, wezwał Spółdzielnię do odpowiedzi na propozycję zawarcia umowy z dnia 29 listopada 2011 r. W aktach sprawy brak informacji, czy Spółdzielnia udzieliła przedsiębiorcy odpowiedzi na wezwanie.

Prezes UOKiK pismem z 4 października 2012 r. wezwał (...) do wyjaśnienia, czy w związku z ofertą złożoną w piśmie z 29 listopada 2011 r. przedsiębiorca otrzymał pismo Spółdzielni z 21 grudnia 2011 r., zawierające odpowiedź na ofertę i wezwanie do uzupełnienia złożonej dokumentacji. Przedsiębiorca poinformował, że nie otrzymał pisma Spółdzielni z dnia 21 grudnia 2011 r. dotyczącego uzupełnienia dokumentacji i przedstawienia planu technicznego w budynku przy ulicy (...).

W dniu 8 października 2012 r. (...) ponownie skierował do Spółdzielni propozycję zawarcia umowy świadczenia usług telekomunikacyjnych. W odpowiedzi do przedsiębiorcy z dnia 8 listopada 2012 r., Spółdzielnia wezwała (...) do złożenia pełnomocnictwa dla osoby, która w jego imieniu podpisała pismo, sprecyzowania, czy pismo stanowi wniosek

o wszczęcie negocjacji w sprawie zawarcia umowy o dostęp do wskazanego w załączniku budynku w rozumieniu art. 30 ust. 5 ustawy o rozwoju usług i sieci, wykazania, że wnioskodawca posiada status przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz wykazania, że przedsiębiorca doprowadził sieć telekomunikacyjną do nieruchomości.

Pełnomocnik przedsiębiorcy pismem z 28 grudnia 2012 r., powołując się na znowelizowane przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, wezwał Spółdzielnię do zakończenia negocjacji i zawarcia umowy. Wskazał, że zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy o rozwoju usług i sieci budynek powinien spełniać wymagania techniczne określone w przepisach dotyczących warunków techniczno-budowlanych, wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo budowlane, oraz na ciążyący na właścicielu obowiązek zapewnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do nieruchomości i miejsca, w którym budynku zbiegają się kable i przewody telekomunikacyjne doprowadzone do lokali w budynku. Powołał się na decyzję Prezesa UOKiK (...) 74/O8 dotyczącą dostępu do nieruchomości i zakazu nadużywania pozycji dominującej, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

W dalszych skierowanych do (...) pismach Spółdzielnia podniosła, że zgodnie z art. 30 ust. 3b ustawy o rozwoju usług i sieci przedsiębiorca telekomunikacyjny ma obowiązek ponosić koszty doprowadzenia i utrzymania sieci, w tym koszty energii elektrycznej i najmu powierzchni. W związku z tym zwróciła się o przedstawienie stawek rozliczeń i złożenie kaucji zabezpieczającej na pokrycie ewentualnych szkód powstałych przy wykonywaniu prac instalacyjnych i konserwacji sieci.

Na podstawie uzyskanych informacji, Prezes UOKiK postanowieniem z dnia 12 lutego 2013 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez S. M. H. pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, powiadomił strony o zaliczeniu do materiału dowodowego informacji i dokumentów zebranych w postępowaniu wyjaśniającym.

W piśmie z dnia 20 maja 2013 r., (...) wyjaśnił, że ubiega się o dostęp do wszystkich zasobów mieszkaniowych S.M. H. i zgodził się na ponoszenie kosztów zużycia energii elektrycznej. Wskazał jednak, że w związku ze stosowaną technologią nie ma potrzeby wynajmowania pomieszczeń do przechowywania serwerów, a z uwagi na niskie zużycie energii elektrycznej nieuzasadnione jest montowanie osobnych liczników.

W odpowiedzi z dnia 17 czerwca 2013 r., Spółdzielnia wyjaśniła, że ze względu na znaczną ilość budynków i różnorodność jej zasobów w sensie infrastruktury technicznej i struktury własnościowej, prowadzenie negocjacji dotyczących jednocześnie całych zasobów mieszkalnych nie jest możliwe i zaproponowała prowadzenie odrębnej analizy poszczególnych nieruchomości. Powołała się na przepisy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Podkreśliła, że dla każdej nieruchomości prowadzona jest odrębna księga wieczysta. Przychyliła się do propozycji zorganizowania spotkania z (...) i wyjaśniła, że nie ma zamiaru pobierania kaucji od budynków, w których nie będzie montowana instalacja.

W piśmie z 8 października 2013 r., przedsiębiorca (...) poinformował Prezesa UOKiK o przesłaniu do S.M. H. pisma z dnia 26 września 2013 r., zawierającego propozycję spotkania w dniu 9 października 2013 r., przedstawił kopię wymienionego pisma i oświadczył, że do dnia sporządzenia informacji nie otrzymał od Spółdzielni odpowiedzi w sprawie spotkania.

Z informacji Spółdzielni, złożonej Prezesowi UOKiK w piśmie z dnia 6 listopada 2013 r., wynika, że nie ona otrzymała pisma pełnomocnika (...) z dnia 26 września 2013 r., zawierającego propozycję spotkania z przedstawicielami Spółdzielni w dniu 9 października 2013 r. w celu zakończenia negocjacji. Spółdzielnia oświadczyła, że ostatnie pismo od (...) pochodziło z dnia 20 maja 2013 r. Ponadto, Spółdzielnia przedstawiła notatki służbowe jej pracowników z 30 sierpnia i 17 września 2013 r., z których wynika, że podejmowane przez Spółdzielnię próby nawiązania kontaktu z przedsiębiorcą w celu ustalenia terminu spotkania były bezskuteczne. Na wezwanie Prezesa UOKiK, Spółdzielnia złożyła również rachunek zysków i strat za 2012 r., z którego wynika, iż w 2012 r. uzyskała przychód w wysokości 58 255 598, 88 zł.

W piśmie z 18 listopada 2013 r., które wpłynęło do Prezesa UOKiK w dniu 20 listopada 2013 r., Spółdzielnia powiadomiła, że po przeprowadzeniu rozmowy telefonicznej w dniu 8 listopada 2013 r. przesała do pełnomocnika przedsiębiorcy B. D. (1) w piśmie z tej samej daty zaproszenie na spotkanie w dniu 26 listopada 2013 r., w siedzibie Spółdzielni, o godzinie 12:30.

Pismem z dnia 21 listopada 2013 r. Prezes UOKiK zawiadomił pełnomocnika Spółdzielni o zakończeniu zbierania materiału dowodowego w sprawie i o możliwości zapoznania się z zebrany materiał w terminie 7 dni od doręczenia zawiadomienia.

Pełnomocnik Spółdzielni zapoznał się z aktami postępowania administracyjnego w dniu 29 listopada 2013 r. i nie zgłosili uwag, wniosków ani zastrzeżeń do dnia wydania decyzji w sprawie przez Prezesa UOKiK.

Sąd Okręgowy zważył, iż przedmiotem oceny w niniejszej sprawie były działania Spółdzielni podejmowane w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który na podstawie przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych domagał się zawarcia z S.M. H. umowy o dostępie do należących do niej budynków mieszkalnych w celu świadczenia na tym terenie usług telekomunikacyjnych.

Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SK 2/04), Sąd pierwszej instancji zważył, iż naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego, zbiorowego interesu, jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują skutki na terytorium RP.

W świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, iż działania Spółdzielni jako podmiotu wyłącznie uprawnionego do podejmowania decyzji o zawarciu umowy o dostępie do zarządzanej przez nią substancji mieszkaniowej, dotyczące jednego przedsiębiorcy, godziły w mechanizm konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych i wywierały skutki dla osób mieszkających w budynkach Spółdzielni, będących potencjalnymi konsumentami usług świadczonych przez tego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. W ocenie Sądu pierwszej instancji, podejmowane przez Spółdzielnię działania przyczyniały się do utrwalenia pozycji dotychczasowych dostawców usług telekomunikacyjnych na terenie jej zasobów mieszkaniowych, a ponadto, pozbawiały mieszkańców, odbiorców usług telekomunikacyjnych, możliwości wyboru oferty kolejnego operatora telekomunikacyjnego, poprawy jakości usług świadczonych przez działających na rynku przedsiębiorców lub obniżenia ceny tych usług.

Wobec tego, że działania Spółdzielni, dotyczące bezpośrednio konkurencji oraz interesów przedsiębiorców i konsumentów, stanowiły potencjalne zagrożenie interesu publicznego, podjęcie interwencji przez Prezesa UOKiK w celu ochrony tego interesu, zdaniem Sądu Okręgowego, było uzasadnione.

Sąd pierwszej instancji zważył, iż dokonane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu antymonopolowym ustalenia dotyczące wyznaczenia w sprawie rynku właściwego, jako rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych S.M. H. w celu świadczenia na tym terenie przez przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych oraz fakt, że S.M. H. jest przedsiębiorcą i zajmuje na wyznaczonym w sprawie rynku właściwym pozycję dominującą, nie były w złożonym odwołaniu przez powódkę kwestionowane. Z tych też przyczyn Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 230 k.p.c. okoliczności te uznał za przyznane.

Sąd Okręgowy podniósł jednocześnie, iż na kanwie niniejszej sprawy powódka nie zaprzeczała również, że z uwagi na przedmiot i formę prawną, w jakiej prowadzi działalność gospodarczą, nie spełnia ona przesłanek przedsiębiorcy, określonych w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów. Z tych też przyczyn zdaniem Sądu, zbędnym było analizowanie okoliczności, czy działanie powódki winno podlegać ocenie na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Sądu pierwszej instancji w warunkach posiadania pozycji dominującej na określonym w sprawie rynku właściwym, powódka poprzez działania dotyczące przedsiębiorców ubiegających się o prawo do świadczenia usług telekomunikacyjnych na terenie budynków zarządzanych przez S.M. H., to jest na rynku zależnym od Spółdzielni, może wywierać wpływ na stosunki konkurencyjne występujące na tym rynku. Sąd Okręgowy zważył przy tym, iż jeżeli podmiot posiadający na danym rynku pozycję dominującą poprzez swoje działania utrudnia, bądź uniemożliwia innym podmiotom wejście na ten lub inny, powiązany z nim, rynek konkurencyjny, to należy uznać, że jego działanie narusza zakaz, określony w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

Zdaniem Sądu Okręgowego, z zebranego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynikało, że wzajemne kontakty pomiędzy Spółdzielnią (...) a przedsiębiorcą B. D. (1) (...), trwające od dnia 30 listopada 2011 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji, nie zostały zakończone zawarciem umowy. Bezspornym w przekonaniu Sądu pozostawał również fakt, że S.M. H. miała prawo dążyć do ukształtowania wzajemnych relacji z przedsiębiorcą ubiegającym się o uzyskanie dostępu do jej budynków w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i gwarantujący w wystarczającym stopniu ochronę interesów mieszkańców Spółdzielni. Niemniej jednak Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że działania powódki w celu ochrony interesu swoich mieszkańców mogą być podejmowane jedynie w granicach dopuszczonych prawem i nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla działania lub zaniechania naruszającego przepisy bezwzględnie obowiązującego prawa.

Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, iż pismo B. D. (1), zawierające wniosek o podpisanie umowy o dostęp do substancji mieszkaniowej powódki, złożone w Spółdzielni w dniu 30 listopada 2011 r., było prawidłowo podpisane przez przedsiębiorcę, skoro do pisma dołączony był projekt umowy, zaświadczenie o wpisie Zakładu (...) w S. do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, wykaz nieruchomości, których dotyczył wniosek oraz dokumentacja projektowa i techniczna planowanej instalacji, wykonana w sposób pozwalający Spółdzielni na orientację co do rodzaju inwestycji i planowanych rozwiązań technicznych. W sytuacji, gdy przedsiębiorca oświadczył, że nie otrzymał od Spółdzielni żadnej odpowiedzi na złożony wniosek, a powódka nie przedstawiła dowodu, że jej pismo z dnia 21 grudnia 2011 r. zostało doręczone przedsiębiorcy, uznać zdaniem Sądu należało, że Spółdzielnia nie dołożyła należytej staranności w kontaktach z przedsiębiorcą, występującym do niej z wnioskiem o zawarcie umowy dostępu. Sąd Okręgowy podkreślił, że od kwietnia 2011 r. o zawarcie umowy dostępu do budynków Spółdzielni ubiegał się już przedsiębiorca pod firmą (...) sp. z o.o., której prezesem zarządu był B. D. (1). Mimo znacznego upływu czasu, do dnia złożenia przez (...) w dniu 30 listopada 2011 r. osobnej propozycji, nie doszło jednak do zawarcia umowy pomiędzy powódką, a (...) sp. z o.o.

W ocenie Sądu pierwszej instancji zachowanie Spółdzielni, polegające na nieudzielaniu przedsiębiorcy niezwłocznie odpowiedzi na jego pisma lub wzywaniu do przedstawienia wyjaśnień, sprecyzowania informacji podanych w kolejnych pismach lub złożenia dokumentów, które nie były konieczne w związku z prowadzonymi pertraktacjami albo zostały już złożone, należało uznać za nieuzasadnione. Sąd Okręgowy zważył, iż trwające od 30 listopada 2011 r. działania Spółdzielni w stosunku do przedsiębiorcy (...), które do dnia wydania zaskarżonej decyzji nie zakończyły się podpisaniem przez strony umowy, stanowiły naruszenie przepisu art. 140 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd pierwszej instancji podzielił argumentację pozwanego, iż w świetle obowiązujących w okresie trwania pertraktacji stron przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, w brzmieniu przed i po nowelizacji, działanie S.M. H., polegające na wzywaniu do złożenia wyjaśnień i dokumentów oraz spełnienia dodatkowych warunków było bezpodstawne. Jednocześnie Sąd Okręgowy jako chybione uznał wywody Spółdzielni, iż na podstawie złożonych dokumentów nie była ona w stanie stwierdzić, jaka jest podstawa prawna wniosku przedsiębiorcy, lub których nieruchomości dotyczy wniosek. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że Spółdzielnia jest profesjonalistą i w ramach prowadzonej działalności zawarła już z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi szereg analogicznych umów. Podnoszona przez powódkę okoliczność ograniczonego zaufania do przedsiębiorcy w związku z konfliktem powstałym na tle kontaktów (...) sp. z o.o. - którego prezesem zarządu był B. D. (1) - z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, także nie mogła, w ocenie Sądu, stanowić uzasadnienia dla działań powódki w stosunkach z innym podmiotem gospodarczym. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w okolicznościach istnienia sporu takie zachowanie Spółdzielni w odniesieniu do przedsiębiorcy, który wystąpił z nowym wnioskiem o zawarcie umowy, może być tym bardziej

uznane za umyślne przedłużanie pertraktacji pisemnych w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W przekonaniu Sądu Okręgowego, podejmowanie przez powódkę działań opóźniających zawarcie porozumienia, szczególnie w sytuacji, gdy Spółdzielnia była świadoma, że ciąży na niej, wynikający z ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, obowiązek udostępnienia swoich budynków przedsiębiorcy, który wystąpił z wnioskiem o zawarcie umowy dostępu, należało uznać za nieuzasadnione i nie mające podstaw w przepisach powołanej ustawy. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, należało bowiem zgodzić się z Prezesem UOKiK, że działanie, którego Spółdzielnia nie mogłaby podjąć, gdyby znajdowała się w warunkach konkurencyjnych, świadczyło o wykorzystywaniu i nadużywaniu przez ten podmiot posiadanej pozycji dominującej na określonym w sprawie rynku właściwym.

Jednocześnie Sąd Okręgowy zanegował argumentację powódki, że w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni działa już wystarczająca ilość przedsiębiorców świadczących usługi telekomunikacyjne. Sąd pierwszej instancji miał tu na uwadze, że obowiązujące od dnia 17 lipca 2010 r. przepisy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nakładają na podmioty zarządzające nieruchomościami, bez względu na rodzaj posiadanego tytułu prawnego, bezwzględny obowiązek umożliwienia wszystkim przedsiębiorcom, na równych warunkach, wejścia na rynek i prowadzenia działalności gospodarczej. Jednocześnie Sąd Okręgowy podniósł, iż powódka w odwołaniu nie powoływała się na okoliczność braku możliwości technicznych lub istnienie innych obiektywnych okoliczności uniemożliwiających dopuszczenie do prowadzenia działalności na rynku usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych S.M. H. nowego operatora telekomunikacyjnego. W szczególności nie twierdziła, że rozpoczęcie działalności przez nowego operatora uniemożliwiłoby mieszkańcom racjonalne korzystanie z budynków Spółdzielni lub z usług świadczonych przez działających już na tym terenie operatorów telekomunikacyjnych.

Podobnie należało, zdaniem Sądu pierwszej instancji, ocenić twierdzenie powódki, że z uwagi na zróżnicowane stosunki własnościowe konieczne jest zawarcie umowy odrębnie w odniesieniu do każdego ze 110 budynków znajdujących się w zasobach Spółdzielni. Sąd Okręgowy zważył, iż domaganie się przez powódkę uprzedniego ustalenia przebiegu instalacji uzbrojenia sieci w sposób bezkolizyjny w stosunku do istniejącej sieci uzbrojenia terenu przed zawarciem umowy również prowadziło do sztucznego wydłużania negocjacji. Zdaniem Sądu, uzgodnienia w tym zakresie należało prowadzić już po podpisaniu umowy dostępu. Jak bowiem wskazał Sąd pierwszej instancji, wobec braku pewności co do końcowego wyniku negocjacji, dokonywanie uzgodnień w tej sprawie przed zawarciem umowy z pewnością przyczynia się do ich wydłużenia i może okazać się zbędną stratą czasu. Ponadto – jak podniósł Sąd pierwszej instancji - utrzymywanie przedsiębiorcy ubiegającego się o uzyskanie dostępu do budynków Spółdzielni w stanie niepewności co do zawarcia umowy stawiało go w sytuacji przymusowej, jako słabszej strony negocjacji, świadczyło o braku woli Spółdzielni zawarcia umowy z firmą (...) i było kolejnym przejawem nadużywania przez powódkę posiadanej pozycji dominującej w stosunku do przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Mając na uwadze, że pismo złożone przez (...) w dniu 8 października 2012 r. było identyczne w formie i treści z pismem tego przedsiębiorcy, które wpłynęło do Spółdzielni w dniu 30 listopada 2011 r., wzywaniu przedsiębiorcy do złożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej pismo, zdaniem Sądu Okręgowego, było jedynie skutkiem niewłaściwego podejścia powódki i zagubienia złożonego wcześniej wniosku.

Wobec powyższego jako nietrafny Sąd pierwszej instancji ocenił postawiony przez powódkę w odwołaniu zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

Zdaniem Sądu Okręgowego, również zawarte w decyzji rozstrzygnięcie o nałożeniu na S.M. H. kary pieniężnej znajduje uzasadnienie w przepisach prawa, a jej wysokość jest adekwatna do stwierdzonego naruszenia konkurencji, polegającego na nadużywaniu przez powódkę posiadanej pozycji dominującej.

Sąd pierwszej instancji zważył, iż na podstawie art. 106 ust. 1 uokik Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli ten przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 uokik. Sąd Okręgowy zwrócił jednocześnie uwagę, iż 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 pierwszej instancji, Prezes UOKiK prawidłowo określił okoliczności, które należało wziąć pod uwagę przy wymierzaniu kary, w szczególności wagę stwierdzonych praktyk, długotrwałość i umyślność podejmowanych działań.

Sąd pierwszej instancji podzielił argumentację Prezesa UOKiK, że za podwyższeniem kary przemawiał poważny charakter naruszenia prawa konkurencji. Zasadnie również, w ocenie Sądu Okręgowego, Prezes UOKiK jako okoliczność obciążającą uznał długotrwałość stosowania przez Spółdzielnię praktyk ograniczających konkurencję. Zdaniem Sądu, w należyty sposób pozwany uwzględnił także wymienione w uzasadnieniu decyzji okoliczności łagodzące. W tym stanie rzeczy Sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że wymierzona decyzją kara pieniężna nie jest nadmiernie dolegliwa i pozwoli jednocześnie na zrealizowanie ustawowych funkcji kary. Zdaniem Sądu wymierzona kara nie jest również zbyt dolegliwa, skoro kwota 42 294 zł stanowi zaledwie 0,00726 % przychodu Spółdzielni, będącego podstawą obliczenia kary.

Odnosząc się w kolei do zarzutów naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, Sąd pierwszej instancji podniósł, iż z uwagi na szczególnie charakter postępowania prowadzonego przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na skutek wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, tego rodzaju zarzuty, o ile nie prowadzą do stwierdzenia nieważności decyzji, nie mogą stanowić podstawy do jej uchylecia lub zmiany i nie mają wpływu na obniżenie nałożonej decyzją kary pieniężnej.

Z uwagi na przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. oddalił odwołanie powódki jako bezzasadne.

Kosztami postępowania Sąd pierwszej instancji, na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., stosownie do wyniku sporu obciążył przy tym w całości powódkę.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła powódka, zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu wyrokowi powódka zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez przyjęcie, iż powódka bezprawnie nadużywała pozycji dominującej i stosowała wobec B. D. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) B. D. (1), praktykę ograniczającą konkurencję, poprzez uniemożliwienie B. D. (1) świadczenia usług telekomunikacyjnych i tym samym przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach powódki, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy prowadzi do przeciwnego wniosku;

2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 30 ust. 1 i 4 ustawy szerokopasmowej (w brzmieniu z dnia wydania decyzji Prezesa UOKiK) i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż bezwzględny obowiązek udostępnienia nieruchomości na cele związane z zapewnieniem telekomunikacji mieszkańcom budynku usytuowanego na tej nieruchomości oznacza, że dysponent nieruchomości nie może żądać sprecyzowania wniosku o dostęp, składania wyjaśnień oraz przedkładania dokumentów (projektów technicznych - wykonawczych), które są obiektywnie i prawnie uzasadnione, zmierzają do ochrony mieszkańców budynków oraz potwierdzają spełnienie się przesłanek uzyskania dostępu, nawet jeżeli prowadzi to do przedłużenia negocjacji, a w konsekwencji przyjęcie, że doszło do naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik;

3. naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5, art. 33 ust. 7 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. Nr 106, poz. 675, dalej: ustawa szerokopasmowa) w brzmieniu z dnia wydania decyzji Prezesa UOKiK oraz art. 139 ust. 1, 2 i 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800) w brzmieniu z dnia wydania decyzji Prezesa UOKiK,



poprzez przyjęcie, że działania powódki przeciwdziałały ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji, podczas gdy w niniejszej sprawie nie została spełniona przesłanka niezbędności, albowiem B. D. (1) mógł alternatywnie uzyskać dostęp do nieruchomości na mocy decyzji Prezesa Urzędu (...) Elektronicznej (art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy szerokopasmowej), decyzji właściwego starosty (art. 33 ust. 7 ustawy szerokopasmowej) lub umów z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi korzystającymi z nieruchomości (art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne), a w razie potrzeby również na mocy decyzji Prezesa (...), wydanej w trybie art. 139 ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne;

4. naruszenie przepisów postępowania, mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 236 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c. i art. 233 k.p.c., poprzez brak wydania postanowień dopuszczających dowody zebrane w toku postępowania przed pozwanym i przeprowadzenia tych dowodów zgodnie z formalistycznymi zasadami k.p.c., co skutkowało nieprawidłowym ustaleniem stanu faktycznego i niewłaściwą oceną zebranego materiału dowodowego;

5. naruszenie przepisów postępowania, mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., polegające na przekroczeniu granicy swobodnej oceny dowodów i dowolnej oraz wybiórczej ocenie dowodów ujawnionych w toku postępowania przed pozwanym, w tym brak analizy merytorycznej powoływanych przez powódkę w toku postępowania administracyjnego i w odwołaniu przyczyn żądania sprecyzowania wniosku o dostęp, składania wyjaśnień oraz przedkładania dokumentów (projektów technicznych - wykonawczych) oraz racjonalności i dopuszczalności takiego zachowania powódki, w konsekwencji uznanie, że działania powódki miały charakter umyślny i były nadużywaniem pozycji dominującej, zakłócającym mechanizmy konkurencji;

6. naruszenie przepisów postępowania, mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 479<sup>31a</sup> § 1 i § 3 k.p.c., poprzez oddalenie odwołania powódki w sytuacji braku dostatecznego zbadania, czy były podstawy do jego uwzględnienia, szczególnie, czy zachowanie powódki było obiektywnie uzasadnione i racjonalne;

7. naruszenie przepisów postępowania, mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez brak dostatecznego uzasadnienia, dlaczego Sąd uznał, że działania powódki nie są obiektywnie uzasadnione i racjonalne oraz zakłócają rozwój konkurencji na lokalnym rynku w sposób naruszający przepisy prawa, w tym nie odniesienie się do istotnych okoliczności sprawy podniesionych w odwołaniu, dotyczących przetargu na obsługę sieci w budynkach powódki;

8. błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia,

polegający na przyjęciu, że Spółdzielnia umyślnie nadużywała pozycji dominującej, podczas gdy działania Spółdzielni były obiektywnie uzasadnione i wynikały z określonych przepisów prawa i nie miały na celu utrudniania dostępu dla kolejnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego;

9. w konsekwencji powyższych naruszeń proceduralnych, brak rozpoznania istoty sprawy, w tym niedokonanie oceny wszystkich zarzutów i argumentacji zawartych w odwołaniu oraz zbadania dopuszczalności uzasadnionych i racjonalnych działań powódki, zmierzających do zabezpieczenia interesów powódki i mieszkańców budynków, po wcześniejszym przeprowadzeniu postępowania dowodowego zgodnie z zasadami k.p.c.;

10. naruszenie § 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 pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349 ze zm.) oraz § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804) i wewnętrzna sprzeczność sentencji wyroku i jego uzasadnienia, poprzez zasądzenie od powódki zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 720 zł, podczas gdy koszty wynosiły 360 zł;

11. naruszenie art. 111 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. d uokik poprzez ustalenie wysokości kary z pominięciem kryteriów wskazanych w przywołanych przepisach, co skutkowało utrzymaniem w mocy kary w rażąco wygórowanej wysokości. W ocenie powódki nawet gdyby przyjąć, że dopuściła się ona nadużywania pozycji dominującej (co nie zostało

potwierdzone w toku przeprowadzonego postępowania), wysokość ewentualnej kary powinna wynosić maksymalnie 10.000 zł.

Wskazując na powyższe, powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uchylenie zaskarżonej decyzji; ewentualnie o jej zmianę poprzez obniżenie kary do 10.000 zł i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje.**

Apelacja okazała się zasadna.

Sąd I instancji dokonał prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, w zakresie mającym znaczenie dla niniejszego orzeczenia, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Analizę niniejszej sprawy rozpocząć należy od wskazania, że nie każde naruszenie, wynikające z sektorowych unormowań regulacyjnych, obowiązku udostępnienia dóbr o węzłowym znaczeniu gospodarczym stanowi jednocześnie naruszenie analogicznego obowiązku antymonopolowego. Zasadniczym celem objęcia określonej sfery życia gospodarczego zakresem zastosowania sektorowych przepisów regulacyjnych jest często zwiększenie ograniczeń swobody umów i prawa własności przedsiębiorców w stosunku do ogólnego standardu wynikającego z prawa konkurencji. Obowiązek zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, który wynika z relewantnych przepisów regulacyjnych (prawa telekomunikacyjnego, ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych) idzie dalej aniżeli analogiczny obowiązek, który wywieść można z norm antymonopolowych. Nie ma w związku z tym podstaw do stwierdzenia naruszenia prawa antymonopolowego w przypadku, gdy przedsiębiorca uchybi obowiązkowi regulacyjnemu, ale jego zachowania nie można zakwalifikować jako nadużycia pozycji dominującej lub uczestniczenia w porozumieniu ograniczającym konkurencję.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK stwierdził, iż powodowa Spółdzielnia dopuściła się nadużycia pozycji dominującej „na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia przez innych przedsiębiorców usług telekomunikacyjnych, poprzez uniemożliwienie Panu B. D. (1) prowadzącemu działalność gospodarczą jako (...) w S., świadczenia usług telekomunikacyjnych w jej zasobach”.

Charakteryzując treść obowiązku, którego naruszenia miał dopuścić się powód, Prezes Urzędu odwołał się do norm regulacyjnych. Podniósł on m. in., że „za uzasadnioną należy uznać zmianę stanowiska (...) w toku negocjacji, iż wnosi o dostęp do budynków Spółdzielni na podstawie art. 30 uowrust, a nie art. 33 tej ustawy. Należy ponadto wskazać, iż również Prezes (...) w decyzji, z dnia 29.08.2013r. uznał, iż przedsiębiorca wnosił o dostęp do budynków SM (...) na podstawie art. 30 uowrust” (s. 19 decyzji).

Rozważania Prezesa Urzędu, które przedstawione zostały w uzasadnieniu decyzji i w jego pismach procesowych zmierzają do wykazania, iż nie zaistniały określone unormowaniami sektorowymi przesłanki zwolnienia się powoda z regulacyjnego obowiązku udostępnienia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym relewantnych dóbr. Nie wskazują one natomiast na to, że na powodzie ciążył obowiązek ich udostępnienia, który wynika również z norm prawa antymonopolowego.

Z punktu widzenia metodologii stosowania prawa konkurencji na płaszczyznach poddanych regulacji sektorowej wiodące znaczenie w skali globalnej ma wyrok federalnego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie V. v. T., 540 U.S. 398 (2004). Myślą przewodnią tego orzeczenia jest to, że unormowania regulacyjne, które ograniczają swobodę kontraktową przedsiębiorców w większym zakresie niż prawo antymonopolowe w żadnym razie nie mogą być podstawą dla stwierdzenia naruszenia prawa antymonopolowego. Podkreślić należy, iż w analizowanej amerykańskiej

sprawie do zachowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego równoległe zastosowanie znajdowały unormowania regulacyjne i antymonopolowe. Zasada, iż w takich przypadkach niedopuszczalne jest dowolne mieszanie tych systemów interwencji publicznoprawnej znajduje zastosowanie również w prawie polskim.

Zakres obowiązku udostępnienia węzłowej infrastruktury, który wywieść można z zakazu nadużywania pozycji dominującej jest znacznie mniejszy niż ograniczenia wskazane przez Prezesa Urzędu. Podkreślić należy w szczególności, iż nie może być mowy o naruszeniu norm antymonopolowych, jeżeli infrastruktura, o udostępnienie której ubiegają się przedsiębiorcy nie na cechy niezbędności.

W analizach dotyczących zagrożenia nadużycia pozycji dominującej w postaci odmowy współpracy gospodarczej należy brać pod uwagę możliwość skorzystania przez przedsiębiorców z instrumentów przysługujących im na podstawie unormowań regulacyjnych. Dla stwierdzenia, że doszło do nadużycia pozycji dominującej niezbędne jest wykazanie, że przedsiębiorca miał możliwość zachować się w sposób niezależny od konkurentów i konsumentów. W niniejszej sprawie został on tej możliwości pozbawiony poprzez dopuszczalność wykorzystania instrumentów regulacyjnych. Ustalenie, iż nie doszło do nadużycia pozycji dominującej przez powoda wynika z analizy antymonopolowej, a nie jest konsekwencją przyjęcia poglądu, że w przedmiotowej sferze zastosowanie prawa antymonopolowego jest wyłączone.

Na tej płaszczyźnie wyraźną luką w analizach przedstawionych przez Prezesa Urzędu jest nie zbadanie możliwości skorzystania przez B. D. (2) z usług przedsiębiorców, którzy dostęp do przedmiotowej infrastruktury powódki uzyskali. W decyzji zwrócono uwagę, że << wyjaśnien Spółdzielni wynika, iż w okresie od 01.01.2011r. do 29.02.2012r. wniosek o zawarcie umowy w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych złożyło 6 przedsiębiorców w tym (...) oraz (...) Sp. z o.o. w S.. Z dwoma ostatnimi przedsiębiorcami nie zostały jednak zawarte stosowne umowy. Wniosek taki złożył również p. M. (...). POLnet z K. (zwany dalej: POLnet), z którym ostatecznie po przeprowadzeniu konkursu została w lutym 2012r. zawarta umowa w ramach realizacji programu: (...). Powyższa umowa przewiduje świadczenie takich usług jak: Internet, telewizja, telefon, instalacja domofonowa, monitoring oraz montaż samozamykaczy i elektrozaczepów w drzwiach wejściowych>> (s. 3). Z załącznika nr 1 do pisma powódki z 13 marca 2012 r. wynika, że na dzień złożenia tego pisma, dostęp do wszystkich lokali mieszkalnych znajdujących się w jej zasobach miało pięciu operatorów telekomunikacyjnych (k. 10 akt adm.).

Podsumowując, stwierdzić należy, że Prezes Urzędu nie wykazał ani tego, że powód zajmował pozycję dominującą ani nawet tego, że gdyby można byłoby stwierdzić, iż tak rzeczywiście było, to uprawnionym byłoby przypisanie mu zarzutu nadużycia pozycji dominującej.

Podniesiony w apelacji zarzut naruszenia przez zaskarżone orzeczenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik okazał się trafny, co przesądziło o konieczności uchylecia zaskarżonej decyzji. W tej sytuacji odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji jest zbędne. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie ma przy tym podstaw do przyjęcia, że przedmiotowa decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa lub bez podstawy prawnej. Zagadnienia, które mają charakter centralny dla treści niniejszego orzeczenia są szczególnie złożone i stanowią przedmiot uprawnionej debaty.

Ze wskazanych wyżej względów, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. w 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. orzekł jak w sentencji. O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 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 pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu oraz § 14 ust. 2 pkt 1 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015.