

*Sygn. akt VI ACa 77/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 lutego 2016 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – SSA – Małgorzata Borkowska*

*Sędzia SA – Ewa Stefańska (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Aleksandra Kempczyńska*

*Protokolant: st. sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz*

*po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2016 r. w Warszawie*

*sprawy z powództwa Towarzystwa (...) 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. oddala apelację;**

**II. zasądza od Towarzystwa (...) Sp. z o.o. we W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VI ACa 77/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 29 marca 2013 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”) umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe wszczęte z urzędu w sprawie stosowania przez Towarzystwo (...) spółkę z o.o. z siedzibą 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 Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) spółką z o.o. z siedzibą we W. od wybudowania przez tego 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 o ochronie konkurencji i konsumentów;

II. na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za ograniczającą konkurencję praktykę Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we 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 Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) spółką z o.o. z siedzibą we W. od wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), przedsiębiorca ten zdemontuje okablowanie budynku lub odsprzeda je Towarzystwu (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. za wynegocjowaną cenę, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 29 czerwca 2012 r.;

III. na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za ograniczającą konkurencję praktykę Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we 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 Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) spółką z o.o. z siedzibą we W. od zastrzeżenia odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac, co stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania;

IV. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na Towarzystwo (...) spółkę z o.o. z siedzibą we W. karę pieniężną w wysokości 17.383,34 zł płatną do budżetu państwa za stosowanie praktyk opisanych w punktach II i III decyzji.

Powód Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. wniósł odwołanie, zaskarżając decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w części obejmującej punkty II, III i IV oraz wnosząc o zmianę zaskarżonej decyzji poprzez orzeczenie, że: nie stwierdza się stosowania przez powoda i zaniechania stosowania z dniem 29 czerwca 2012 r. praktyki opisanej w punkcie II decyzji, nie stwierdza się stosowania przez powoda i uchyla się nakaz zaniechania stosowania praktyki opisanej w punkcie III decyzji, a także uchyla się karę pieniężną nałożoną na powoda w punkcie IV decyzji. W odwołaniu powód zrzucił:

1) naruszenie art. 227 k.p.c. w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych mających na celu wykazanie istotnych okoliczności oraz dokonanie nieprawidłowych ustaleń faktycznych dotyczących rynku właściwego zdefiniowanego w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który został ograniczony do zasobów mieszkaniowych powoda, oraz dokonanie błędnej oceny barier dostępu do tego rynku;

2) błędną wykładnię art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez niewłaściwe zastosowanie doktryny urządzeń kluczowych;

3) wykroczenie poza zakres przedmiotowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

4) błędną wykładnię art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 880 ze zm., zwanej dalej „ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci

telekomunikacyjnych”) - w brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r. - w zakresie pojęcia: „osoby posiadającej inny tytuł do nieruchomości”;

5) niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r.), poprzez przyjęcie, że zastrzeżenie przez 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 art. 30 ust. 3b pkt 2 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym na dzień wydania decyzji) nakładającym na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązek ponoszenia kosztów najmu powierzchni, co jako zgodne z prawem nie może stanowić praktyki ograniczającej konkurencję;

6) błędną wykładnię art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych polegającą na uznaniu, że na właścicielu 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.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 21 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję w punkcie III w ten sposób, że stwierdził zaniechanie stosowania opisanej w nim praktyki z dniem 16 grudnia 2012 r. i w punkcie IV w ten sposób, że obniżył nałożoną na powoda karę pieniężną do kwoty 15.645 zł oraz oddalił odwołanie w pozostałej części.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

(...) spółka z o.o. z siedzibą we W. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie m.in. radiokomunikacji, telewizji kablowej, telekomunikacji, transmisji danych, telefonii stacjonarnej. Jest podmiotem wpisanym do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Natomiast (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie m.in. realizacji projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków, a także wynajmu i zarządzania nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi.

Zasób mieszkaniowy powoda obejmuje 2.244 mieszkań. Należy do niego także nieruchomość położona we W. przy ul. (...), w której są 142 lokale zamieszkałe przez 310 osób. Nieruchomość ta została oddana do użytku w marcu 2004 r. Lokale mieszkalne położone w powyższym budynku są przedmiotem umów najmu zawieranych na podstawie ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1070 ze zm.). Zgodnie z ich treścią najemcy oraz osoby uprawnione do zamieszkiwania w lokalu mają prawo do korzystania z pomieszczeń wspólnego użytku usytuowanych w klatce schodowej.

Usługi telekomunikacyjne dla mieszkańców budynku położonego we W. przy ul. (...) świadczą przedsiębiorcy S. O. Telewizja (...) (w oparciu częściowo o instalację własną i częściowo o instalację powoda) oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) (w oparciu o własną instalację wewnętrzną). Umowa ze S. O. została zawarta w dniu 4 stycznia 2008 r., a z R. G. w dniu 31 marca 2006 r. W umowach określających warunki udostępnienia zasobów mieszkaniowych położonych we W. przy ul. (...) brak jest postanowień zastrzegających odpłatność korzystania z pomieszczeń po wykonaniu prac przez przedsiębiorców. Nie ma w nich również uregulowań nakładających na przedsiębiorców obowiązków zdemontowania okablowania budynku lub odsprzedania go powodowi za wynegocjowaną cenę, w przypadku, gdy przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy). Zawarta z R. G. umowa z dnia 31 marca 2006 r. dotyczy instalacji sieci telekomunikacyjnej celem świadczenia

usługi dostępu do sieci Internet, zaś zawarta ze S. O. umowa z dnia 4 stycznia 2008 r. dotyczy instalacji sieci telekomunikacyjnej w celu świadczenia usługi telewizji kablowej.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2010 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. wystąpiła do Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W. z wnioskiem o zgodę na budowę sieci telekomunikacyjnej w budynku położonym we W. przy ul. (...), powołując się na wyrażoną przez mieszkańców chęć korzystania z oferowanych przez spółkę usług internetowych. W piśmie wskazano, że prace związane z budową sieci zostaną wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i na koszt operatora. W odpowiedzi pismem z dnia 7 września 2010 r. powód poinformował spółkę, że budowa sieci telekomunikacyjnej będzie możliwa po spełnieniu określonych warunków, tj. budowa sieci telekomunikacyjnej powinna obejmować: wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym, wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali, eksploatację i konserwację całej sieci telekomunikacyjnej (internetowej, telefonicznej i telewizyjnej). Ponadto zastrzegł, że w przypadku, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy) okablowanie budynków stanie się własnością powoda.

W dniu 19 stycznia 2011 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. skierowała do Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W. ostateczne wezwanie do podjęcia rokowań w przedmiocie zawarcia umowy dotyczącej budowy sieci telekomunikacyjnej na nieruchomości położonej we W. przy ul. (...), załączając do pisma projekt umowy. W odpowiedzi pismem z dnia 28 stycznia 2011 r. powód poinformował spółkę, że warunki budowy sieci zostały już przez niego określone w piśmie z dnia 7 września 2010 r. W piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. wskazała, że jej wniosek o podjęcie negocjacji dotyczył wyłącznie wykonania sieci internetowej, gdyż spółka nie świadczy usługi telewizji kablowej. Ponadto nie wyraziła zgody na przejście własności sieci na powoda w wypadku zaprzestania świadczenia usług na terenie budynku. Nie wykluczyła natomiast rokowań w sprawie odpłatnego zbycia sieci w przypadku braku klientów w tej lokalizacji. Pismo to zostało pozostawione przez powoda bez odpowiedzi.

W piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r., wniesionym do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji, powód wskazał, że nie odmówił (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. stworzenia możliwości świadczenia usługi internetowej, albowiem pismem z dnia 7 września 2010 r. określił warunki podpisania umowy o współpracy. Wyjaśnił, że po wniesieniu zastrzeżeń przez operatora zlecił sporządzenie opinii prawnej, która zaginęła wraz z korespondencją prowadzoną w sprawie. Dlatego pismem z dnia 13 grudnia 2011 r. zwrócił się do operatora o udostępnienie tej korespondencji.

Ponadto powód wyjaśnił, że w budynkach zrealizowanych począwszy od 2009 r. zostały zastosowane nowe rozwiązania techniczne polegające na wykonaniu wewnętrznych instalacji teletechnicznych, sprowadzonych do jednego pomieszczenia w budynku i zakończonych multiswitchami. Operatorzy doprowadzają swoje sieci do tego pomieszczenia, zaś najemcy poprzez układ multiswitchy mogą korzystać z usług multimedialnych dowolnego operatora. Do czasu wprowadzenia zmian w budynkach wcześniej zaprojektowanych, do których zalicza się nieruchomość położona we W. przy ul. (...), powód warunkuje udzielenie zgody na wykonanie wewnętrznej sieci telekomunikacyjnej od tego, aby sieć umożliwiała przesyłanie sygnału telewizyjnego, internetowego i telefonicznego, z uwagi na istniejące liczne okablowania budynku. Dlatego powód chciał, aby jeden operator dostarczał cały pakiet usług multimedialnych. Powód wskazał ponadto, że po wygaśnięciu wszystkich umów i zaprzestaniu działalności przez operatora instalacja pozostałaby w budynku i po negocjacjach zostałaby przejęta przez właściciela.

W załączeniu do pisma z dnia 19 kwietnia 2012 r. Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. przekazała (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. nowe „Warunki budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. (...) we W.”, w których zastrzeżono, że: budowa sieci telekomunikacji i internetowej powinna obejmować: wykonanie doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym, wykonanie instalacji w budynku dla 100% lokali, eksploatację i konserwację całej wybudowanej sieci. Ponadto stwierdzono, że w przypadku, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy) operator sieci zdemontuje okablowanie budynku lub odsprzeda je powodowi za wynegocjowaną cenę. Po akceptacji przedłożonych warunków operator sieci zawrze z powodem stosowną umowę na wykonanie przedmiotowych prac oraz odpłatne korzystanie z pomieszczeń budynku.

W odpowiedzi pismem z dnia 27 kwietnia 2012 r. operator wskazał, że jest zainteresowany położeniem w budynku sieci umożliwiającej mieszkańcom korzystanie z Internetu, z wyłączeniem oddzielnej sieci telefonicznej lub telewizyjnej. Także pozostałe warunki nie zostały zaakceptowane, albowiem operator stwierdził, że wykonanie sieci podtyrkowej uniemożliwi jej późniejszy demontaż, zaś korzystanie z nieruchomości powinno być nieodpłatnie. W piśmie z dnia 2 czerwca 2012 r. powód oświadczył, że dostęp do znajdujących się w jego zasobach budynków mieszkalnych jest otwarty dla wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych i nie jest zamknięty dla przedsiębiorców oferujących wyłącznie jeden rodzaj usługi.

Postanowieniem nr (...) z dnia 14 czerwca 2012 r., zmienionym postanowieniem nr (...) z dnia 13 grudnia 2012 r., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął z urzędu przeciwko Towarzystwu (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania za ograniczającą konkurencję i nakazania zaniechania stosowania 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 powoda, przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) spółką z o.o. z siedzibą we W. od: wybudowania przez przedsiębiorcę sieci teleinformatycznej służącej dostarczaniu zarówno sygnału telefonicznego, telewizyjnego oraz internetowego; zastrzeżenia odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac; wprowadzenia do przyszłej umowy postanowienia, zgodnie z którym w każdej sytuacji, gdy przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy) przedsiębiorca zdemontuje okablowanie budynku lub odsprzeda je powodowi za wynegocjowaną cenę - co może stanowić praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W toku postępowania administracyjnego, w załączeniu do pisma z dnia 29 czerwca 2012 r. Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. przekazała (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. kolejne „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”. W warunkach tych przewidziano, że budowa sieci telekomunikacyjnej przez operatora obejmuje: wykonanie przyłącza telekomunikacyjnego na terenie nieruchomości należącej do powoda i doprowadzenia sygnału do budynku kablem światłowodowym lub sygnałem radiowym w zależności od warunków technicznych; wykonanie instalacji wewnętrznej telekomunikacyjnej w budynku uwzględniając wszystkie lokale znajdujące się w budynku; eksploatację, konserwację, modernizację i rozbudowę całej wybudowanej sieci.

Powód zastrzegł również, że w umowie o dostępie do budynku i świadczeniu usług telekomunikacyjnych będzie zapis, iż w przypadku gdy operator utraci ostatniego klienta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy licząc od chwili rozwiązania umowy z ostatnim klientem, może nastąpić rozwiązanie umowy z trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia, z jednoczesnym prawem demontażu sieci telekomunikacyjnej na koszt operatora, jeżeli nie uczyni tego wcześniej operator lub prawo do pobierania opłaty od operatora w wysokości określonej w umowie do czasu podpisania przez operatora umowy z pierwszym klientem, będącym najemcą przedmiotowego budynku.

W projekcie umowy zamieszczono postanowienie, że powód zobowiązuje się do udostępnienia operatorowi nieodpłatnie budynek oraz nieruchomości gruntowej, na której jest on posadowiony, w celu zapewnienia Internetu w budynku. Ponadto wskaże operatorowi istniejące pomieszczenie w piwnicy budynku, w którym możliwy będzie montaż niezbędnych urządzeń na potrzeby funkcjonowania sieci. Udostępnienie tego pomieszczenia nastąpi na podstawie odrębnej umowy (§ 2 ust. 2 lit. F projektu umowy). Zastrzeżono również, że powód ma prawo wypowiedzieć umowę z trzymiesięcznym okresem 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 abonentem albo prawo pobierania miesięcznej opłaty w wysokości 1.000 zł za każdy kolejny rozpoczęty miesiąc, począwszy od 180 dnia licząc od dnia, w którym operator utracił ostatniego abonenta do czasu zawarcia kolejnej umowy (§ 8 ust. 6 projektu umowy).

W piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. operator zgłosił do zaproponowanych warunków liczne zastrzeżenia. Nie zgodził się na uprawnienie powoda do wypowiedzenia umowy lub naliczenia rażąco wysokiej kary umownej za korzystanie z nieruchomości, wskazując, że nie byłoby to uzasadnione przesłankami ekonomicznymi. W przypadku istnienia sieci wybudowanej na potrzeby mieszkańców, po utracie wszystkich abonentów relacje między właścicielem a operatorem określają bowiem art. 222 k.c. i nast. oraz 305<sup>1</sup> k.c. i nast.

Uwzględniając część uwag zgłoszonych przez operatora, w załączeniu do pisma z dnia 1 października 2012 r. Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. przekazała (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. nowy projekt „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych”. Jednakże postanowienia zawarte w § 1 ust. 14, § 2 ust. 2 lit. F oraz § 7 ust. 6 (poprzednio § 8 ust. 6) tego projektu były tożsame z postanowieniami projektu umowy załączonego do pisma powoda z dnia 29 czerwca 2012 r.

W 2012 r. z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W. osiągnęła przychód w wysokości 23.944.000 zł.

Sąd Okręgowy podzielił ocenę Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że opisane zachowanie Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W. stanowiło niedozwoloną praktykę polegającą 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 ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na lokalnym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w następstwie uzależnienia zawarcia umowy z (...) spółką z o.o. z siedzibą we W. od wprowadzenia do przyszłej umowy postanowień, zgodnie z którymi: w każdej sytuacji, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), będzie on zobowiązany do zdemontowania okablowania budynku lub odsprzedania go powodowi za wynegocjowaną cenę, a także korzystanie przez operatora z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac będzie odpłatne. Jednakże, w ocenie Sądu pierwszej instancji, powód zaniechał stosowania obydwu tych praktyk.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 ustawy z o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, przy czym w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy jako przykład tego typu zachowania wskazano praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zdaniem Sądu Okręgowego powód jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc możliwe jest zarzucenie mu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Ponadto, według Sądu pierwszej instancji, powód zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. rynku towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są 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. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na występującą w judykaturze tendencję do wąskiego definiowania rynku relewantnego, zarówno w wymiarze produktowym, jak i geograficznym. Jednakże zastrzegł, że stosowanie wąskich kryteriów segmentacji rynku nie może oznaczać wyodrębnienia w każdym przypadku rynku jednego tylko produktu i jednego producenta.

Według Sądu Okręgowego podstawowym kryterium wyróżnienia rynku właściwego produktowo jest wzajemna wymienialność towarów z punktu widzenia nabywcy (substytutywność popytowa). Przy tym, zgodnie z treścią art. 4 ust. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, towarem są także usługi. W niniejszej sprawie analizowaną usługą jest udostępnianie nieruchomości w celu zainstalowania sieci telekomunikacyjnej, a w konsekwencji umożliwienie świadczenia usług w oparciu o tą sieć. Zatem rynkiem właściwym produktowo jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych. Natomiast rynek wyznaczony według kryterium geograficznego to obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na

ustalonym rynku produktowym. Za rynek właściwy geograficznie uznać więc należy podstawowy obszar zbytu towarów (usług) danego przedsiębiorcy.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji w niniejszej sprawie rynek właściwy w ujęciu geograficznym obejmuje zasoby mieszkaniowe na lokalnym rynku miasta W., pozostające w zarządzie Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W.. W tych zasobach możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej jest bowiem uzależniona od zgody powoda. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że rynku tego nie można wyznaczać z punktu widzenia odbiorcy końcowego, który nie jest uczestnikiem rynku właściwego w ujęciu produktowym. Dlatego jako niezasadny ocenił podniesiony przez powoda zarzut wadliwego zdefiniowania rynku właściwego.

Biorąc pod uwagę definicję legalną pozycji dominującej na rynku właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozumianą jako pozycję przedsiębiorcy umożliwiającą mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy istnieniu domniemania, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%, Sąd Okręgowy uznał, że powód ma pozycję dominującą na zdefiniowanym uprzednio rynku właściwym. Wskazał, że powód ma na tym rynku 100% udział, albowiem może samodzielnie decydować o udostępnieniu należących do niego zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania sieci telekomunikacyjnych. Wobec posiadania przez powoda pozycji dominującej na rynku właściwym, Sąd pierwszej instancji uznał, że spełniona została pierwsza z przesłanek niezbędnych do stwierdzenia praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd Okręgowy uznał, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała także druga z przesłanek określonych w powołanym przepisie, albowiem powód nadużywał posiadanej pozycji dominującej w ten sposób, że przeciwdziałal ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Polegało to na ustanowieniu takich barier wejścia na rynek, które skutkowały wyeliminowaniem lub istotnym ograniczeniem warunków powstania lub rozwoju skutecznej konkurencji. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że istotą praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się sytuacji pozwalającej na wejście na rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku. Przy tym, dla zaistnienia zabronionej praktyki hamującej rozwój konkurencji nie jest istotne, czy na rynku właściwym rzeczywiście ujawniły się niekorzystne dla konkurencji skutki. Wystarczające jest zagrożenie wystąpieniem takich skutków, jeżeli jest to wysoce prawdopodobne.

Według Sądu pierwszej instancji przeciwdziałanie przez powoda ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku właściwym przejawiało się oferowaniem operatorowi takich warunków zawarcia umowy o współpracy, które nie mogły zostać przez niego zaakceptowane, co skutkowało niemożnością świadczenia usług przez (...) spółkę z o.o. z siedzibą we W. w zasobach mieszkaniowych Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W.. W tym wypadku negatywne konsekwencje pojawiły się na rynku usług telekomunikacyjnych, powiązanych z rynkiem właściwym. Sąd Okręgowy podkreślił, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie wymaga, aby nadużycie pozycji dominującej wpływało na rynek, na którym przedsiębiorca zajmuje pozycję dominującą. Zakazane jest bowiem nadużywanie pozycji dominującej na rynku, co może wywoływać negatywne skutki zarówno na rynku, na którym działa dominant, jak i na innych rynkach.

Sąd Okręgowy wskazał, że przypadek utrudniania dostępu do świadczenia usług telekomunikacyjnych w budynkach powoda, w zakresie możliwości zainstalowania infrastruktury technicznej niezbędnej do świadczenia tych usług, jest podobny do odmowy przez dominanta dostępu do tzw. urządzeń kluczowych. Przy tym, odmowa dostępu do urządzeń kluczowych jest dopuszczalna tylko wówczas, gdy ma obiektywne uzasadnienie i jest niedyskryminująca. Wystąpienie powyższych przesłanek uchylałoby wobec powoda zarzut nadużywania pozycji dominującej.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji uzależnienie przez powoda dostępu operatora do budynku od ponoszenia przez niego odpłatności za korzystanie z pomieszczeń po wykonaniu prac związanych z instalacją sieci oraz od zgody operatora na demontaż okablowania lub odsprzedaż za wynegocjowaną cenę, w sytuacji, gdy przedsiębiorca

zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy) było dyskryminujące, albowiem takie warunki dostępu były niekorzystne dla (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., przy czym analogiczne warunki nie obowiązują pozostałych przedsiębiorców mających dostęp do zasobów mieszkaniowych powoda. W ocenie Sądu Okręgowego warunki nie tylko nie miały obiektywnego uzasadnienia, lecz także były niezgodne z obowiązującym prawem.

W „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. (...) we W.” z dnia 19 kwietnia 2012 r. oraz w projekcie „Umowy o dostęp do budynku w celu dostarczania publicznej sieci telekomunikacyjnej i świadczenia usług telekomunikacyjnych” z dnia 29 czerwca 2012 r. powód zastrzegł odpłatność za korzystanie przez operatora z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac związanych z instalacją sieci. Tymczasem zgodnie z treścią art. 33 ust. 1 i 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 15 grudnia 2012 r.) właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości byli obowiązani umożliwić m.in. operatorom umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, jeżeli nie uniemożliwiałoby to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadziło do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. Przy tym, korzystanie z nieruchomości miało być odpłatne, chyba że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służyły zapewnianiu telekomunikacji: właścicielowi lub użytkownikowi wieczystemu nieruchomości, osobie, której przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, bądź osobie posiadającej inny tytuł prawny do nieruchomości.

Według Sądu pierwszej instancji w niniejszej sprawie instalacja sieci telekomunikacyjnej i urządzeń telekomunikacyjnych operatora miała służyć zapewnieniu dostępu do Internetu najemcom lokali położonych w budynku usytuowanym we W. przy ul. (...), zaś najemców tych należy traktować jako „osoby posiadające inny tytuł prawny do nieruchomości”. Sąd Okręgowy podkreślił, że lokale nie stanowią odrębnego od nieruchomości budynkowej przedmiotu własności, zaś najemcy mają prawo do korzystania z pomieszczeń wspólnego użytku. Dlatego korzystanie przez (...) spółkę z o.o. z siedzibą we W. z będącej własnością powoda nieruchomości powinno być bezpłatne, w szczególności, że nie uniemożliwi to powodowi racjonalnego korzystania z tej nieruchomości, ani nie doprowadzi do istotnego zmniejszenia jej wartości.

Sąd Okręgowy uznał wyżej opisane zachowanie powoda za sprzeczne z przepisami prawa, nieuzasadnione i dyskryminujące. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 33 ust. 3 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 15 grudnia 2012 r.), warunki korzystania z nieruchomości powinny zostać ustalone w umowie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. Tymczasem wniosek taki został zgłoszony przez operatora w dniu 10 sierpnia 2010 r. Sąd Okręgowy stwierdził, że powyższe zachowanie powoda stanowiło nadużycie pozycji dominującej i praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednocześnie Sąd Okręgowy zauważył, że 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) treść art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych została zmieniona. Począwszy od dnia 16 grudnia 2012 r. przepis ten stanowi, że korzystanie z nieruchomości jest odpłatne, chyba że strony umowy postanowią inaczej. Również z dodanego do art. 30 ustępu 3b ustawy wynika, że w przypadku uzyskania dostępu przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi koszty związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku albo doprowadzenia do budynku przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, a także utrzymania udostępnionego przyłącza, instalacji, całości lub części kabla - w szczególności koszty energii elektrycznej oraz najmu powierzchni.

Dlatego Sąd Okręgowy uznał, że począwszy od dnia 16 grudnia 2012 r. zachowanie powoda nie naruszało już przepisów prawa i od tej daty nie może być uznane za nadużywanie pozycji dominującej oraz praktykę ograniczającą konkurencję. Zmienił więc zaskarżoną decyzję w punkcie trzecim w ten tylko sposób, że zamiast nakazania zaniechania stosowania praktyki, stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 16 grudnia 2012 r.



Ponadto w „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. (...) we W.” z dnia 19 kwietnia 2012 r. powód zawarł warunek, iż w każdej sytuacji, gdy przedsiębiorca zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), przedsiębiorca zdemontuje okablowanie budynku lub odsprzeda je powodowi za wynegocjowaną cenę. W pierwotnej wersji, podanej w piśmie powoda z dnia 7 września 2010 r., warunek ten przewidywał, że w przypadku, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), okablowanie budynków stanie się własnością powoda.

Zdaniem Sądu Okręgowego warunek przewidujący przejście własności okablowania na własność powoda z oczywistych przyczyn nie mógł być zaakceptowany przez operatora, natomiast żądanie zdemontowania okablowania było nieadekwatne, albowiem przedwcześnie zmuszało przedsiębiorcę do zakończenia działalności w postaci świadczenia usługi internetu dla najemców lokali położonych we W. przy ul. (...), gdy tylko utracił on wszystkich abonentów. W ocenie Sądu pierwszej instancji taka sankcja byłaby uzasadniona dopiero w razie przedłużającego się niewykorzystywania sieci przez operatora. Sąd Okręgowy przyznał, że gdy sieć przestaje służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych, zgodnie z treścią art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wygasa obowiązek właściciela nieruchomości znoszenia ograniczenia jego prawa własności, jednakże stwierdził, iż skoro przepisy ustawy zezwalają operatorom telekomunikacyjnym na zainstalowanie sieci na nieruchomości niezależnie od liczby konsumentów zamierzających korzystać z ich usług, konieczność natychmiastowej deinstalacji sieci byłaby nieuzasadniona, gdyż po niedługim czasie przedsiębiorca może znowu pozyskać klientów.

Sąd Okręgowy uznał powyższe zachowanie powoda za nadużycie pozycji dominującej i praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednakże wskazał, że praktyka ta została wyeliminowana z dniem 29 czerwca 2012 r., albowiem przy piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r. powód przedstawił operatorowi 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, gdy operator utraci ostatniego abonenta i nie zawrze kolejnej umowy w terminie trzech miesięcy, albo pobieranie miesięcznej opłaty w wysokości 1.000 zł.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że zachowania powoda godziły w mechanizm konkurencji, naruszając interes publiczny i wywierając wpływ na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz na konsumentów. Zachowania te z jednej strony utrwały pozycję dotychczasowych dostawców usług telekomunikacyjnych do zasobów mieszkaniowych powoda, a z drugiej strony pozbawiły najemców możliwości wyboru konkurencyjnej oferty kolejnego operatora. Przy tym, oprócz potencjalnie poszkodowanych najemców lokali należących do zasobów powoda, naruszeniem mogła zostać objęta nieograniczona liczba podmiotów (np. nowi najemcy lokali). Ponadto nawet naruszenie interesu indywidualnego konsumenta nie wyłącza naruszenia publicznego, zbiorowego interesu konsumentów.

Wobec stosowania przez powoda niedozwolonych praktyk, Sąd Okręgowy uznał, że zasadne było wymierzenie mu przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kary pieniężnej, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis ten stanowi, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli ten chociażby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ustawy, w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zgodnie z treścią art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przy ustalaniu wysokości kary należało uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów, a także uprzednie naruszenia przepisów.

W ocenie Sądu Okręgowego nałożenie na powoda kary pieniężnej było zasadne, wobec wagi stwierdzonych dwóch praktyk i poważnego naruszenia interesu publicznoprawnego. Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód stawiając operatorowi barierę w dostępie do nieruchomości doprowadził do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku powiązanim, na którym inni przedsiębiorcy już świadczyli najemcom usługi telekomunikacyjne. Powód długotrwale, bo na okres około 2 lat, zablokował (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. możliwość wejścia na ten rynek i

konkurowania z pozostałymi przedsiębiorcami, a zatem naruszenie powoda było poważne, także dlatego, iż pośrednio naruszało interesy konsumentów pozbawionych możliwości szerszego wyboru konkurencyjnych ofert operatorów telekomunikacyjnych. Jednocześnie Sąd Okręgowy uwzględnił okoliczność, że skutkami praktyk dotknięty został stosunkowo niewielki krąg konsumentów będących najemcami lokali, albowiem zachowanie powoda dotyczyło niewielkiej części posiadanych zasobów mieszkaniowych. Nie ma też dowodów, aby zachowanie powoda przyniosło mu wymierne korzyści.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji powód jako profesjonalny uczestnik rynku powinien znać przepisy prawa regulujące kwestię korzystania z nieruchomości przez operatora telekomunikacyjnego oraz wiedzieć, że stawiane przez niego warunki nie mają obiektywnych podstaw. Wina powoda polega więc nie tylko na braku należytej staranności, lecz także na braku wiedzy wymaganej od profesjonalisty. Jednakże Sąd Okręgowy uwzględnił okoliczność wycofania się przez powoda już w toku postępowania antymonopolowego z bezprawnie stawianego warunku opisanego w punkcie drugim decyzji. Natomiast praktyka opisana w punkcie trzecim decyzji została zakończona nie w związku z wyeliminowaniem jej przez powoda, lecz wobec zmiany przepisów ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Tym niemniej, wobec zaistnienia tej obiektywnej okoliczności, Sąd Okręgowy obniżył nałożoną na powoda karę pieniężną o 10%, tj. do kwoty 15.645,00 zł. W ocenie Sądu pierwszej instancji orzeczona kara nie jest zbyt dolegliwa, a ponadto spełni wobec powoda rolę wychowawczą, zapobiegając w przyszłości dopuszczaniu się tego rodzaju praktyk.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód Towarzystwo (...) spółka z o.o. z siedzibą we W..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie odwołania. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) nierozpoznanie istoty sprawy przez pomicie merytorycznych zarzutów powoda podniesionych w odwołaniu;
- 2) sprzeczność dokonanych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, iż „zakres działalności gospodarczej wykonywanej przez spółkę obejmuje m.in. realizację projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków oraz wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi i dzierżawionymi” podczas, gdy z aktu założycielskiego wynika, że przedmiotem działania powoda jest budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu (§ 6 ust. 1), spółka może również sprawować, na podstawie umów zlecenia, zarząd budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi niestanowiącymi jej własności (§ 6 ust. 2 pkt 4), co oznacza, iż powód nie zarządza żadnymi nieruchomościami dzierżawionymi, a także, iż powód nie zarządza własnymi nieruchomościami, lecz jedynie niestanowiącymi własności powoda, natomiast w stosunku do własnych wykonuje uprawnienia właścicielskie i nie jest zarządcą w rozumieniu ustawy o własności lokali;
- 3) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak ustaleń faktycznych w zakresie czy: uwarunkowania techniczne i ekonomiczne bezprzewodowej technologii dostarczania Internetu umożliwiają (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. dostarczanie mieszkańcom zasobów powoda Internetu niezależnie od zgody powoda na zainstalowanie okablowania na nieruchomości; zastrzeżenie odpłatności za korzystanie z pomieszczeń po wykonaniu prac przez przedsiębiorcę, a zatem po uzyskaniu dostępu do nieruchomości, jest uzasadnione ze względu na istniejący sposób korzystania z tej nieruchomości (tj. eksploatacja wybudowanego przez powoda domu mieszkalnego na zasadach najmu); zastrzeżenie odpłatności za korzystanie z pomieszczeń po wykonaniu prac przez przedsiębiorcę można uznać, ze względu na wysokość żądanych przez powoda kwot, za stawianie przez powoda aż takich barier wejścia na rynek, które uzasadniają wniosek, że warunki powstania lub rozwoju skutecznej konkurencji będą wyeliminowane lub istotnie ograniczone;
- 4) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w wyniku uznania, iż skoro przepisy ustawy zezwalają operatorowi telekomunikacyjnemu na zainstalowanie sieci niezależnie od liczby konsumentów chcących korzystać z usług danego operatora, to konieczność natychmiastowej deinstalacji sieci jest nieuzasadniona, gdyż „po niedługim czasie” przedsiębiorca może znowu pozyskać klientów, w konsekwencji czego omawiana sankcja byłaby niewspółmierna do kosztów ponownego założenia sieci, a także nie znajdowałaby uzasadnienia z punktu widzenia interesów powoda i najemców, którzy byłiby obciążeni znośnym powtórnej instalacji podczas, gdy z zasad doświadczenia życiowego dotyczących racjonalnego postępowania konsumentów,

którzy mieli już do czynienia z danym dostawcą usług telekomunikacyjnych nie wynika, aby w przypadku utraty wszystkich klientów przedsiębiorca „w niedługim czasie” mógł pozyskać nowych, a wręcz przeciwnie doświadczenie życiowe wskazuje, iż klienci, którzy zrezygnowali z usług danego operatora, rzadko są zainteresowani ponownie jego usługami, a także pomimo nie ustalenia w jakiej sytuacji mogłoby dojść do rezygnacji przez wszystkich najemców z usług operatora i pozyskaniem ich niejako powtórnie przez operatora „w niedługim czasie”, bez sprecyzowania jaki to jest czas;

5) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne uznanie, iż okablowanie stanowi własność przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, pomimo nie wskazania podstaw przyjęcia takiego wniosku;

6) naruszenie art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art 6 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykazał w postępowaniu dowodowym, iż rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostępu do nieruchomości powoda, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez stwierdzenie posiadania przez powoda pozycji dominującej na tym rynku;

7) naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż dla ustalenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wystarczające jest ustalenie narzucania warunków nieuzasadnionych przez podmiot posiadający pozycję dominującą, a nie jest koniecznym ustalenie nadużywania pozycji dominującej zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy polegające na przypisaniu powodowi praktyki wskazanej w tym przepisie pomimo braku wykazania nadużywania pozycji dominującej;

8) naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 33 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r.) przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że działanie powoda polegające na zastrzeżeniu odpłatności korzystania przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac przez przedsiębiorcę, ograniczało konkurencję w sposób właściwy dla praktyki wskazanej w wymienionym powyżej przepisie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w okresie do dnia 15 grudnia 2012 r. pomimo, iż art. 8 ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 1256) zmienił przepisy art. 30 i 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych z mocą wsteczną, stanowiąc, iż stosuje się je w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą do postępowań wszczętych, a nie zakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej;

9) naruszenie art. 33. ust. 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od dnia 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 w związku z art 33 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie, iż korzystanie z pomieszczeń budynku po wykonaniu prac przez przedsiębiorcę służy zapewnieniu komunikacji najemcom lokali jako „osobom posiadającym inny tytuł prawny do nieruchomości” i w związku z tym powinno być nieodpłatne, a skoro powód zastrzegł w umowie odpłatność, to jego działanie ograniczało konkurencję w sposób właściwy dla praktyki wskazanej w powyższym przepisie;

10) naruszenie art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od 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 (lub rozwiązaniu umów z odbiorcami końcowymi), chociaż sieć przestaje służyć świadczeniu usług telekomunikacyjnych, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie art. 9 ust. lit 2 pkt 5 w związku z art. 33 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez uznanie, że skoro powód zastrzegł w umowie żądanie odsprzedaży lub zdemontowania okablowania w przypadku, gdy przedsiębiorca zaprzestanie

świadczenia usług lokatorom (lub zostaną rozwiązane wszystkie umowy), to jego działanie ograniczało konkurencję w sposób właściwy dla praktyki wskazanej w wymienionym powyżej przepisie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;

11) naruszenie art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w związku z art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez przyjęcie, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów znajduje zastosowanie do zachowania właściciela obejmującego realizację uprawnień wynikających z prawa własności, a w konsekwencji uznanie, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, której celem jest ograniczanie wolności prowadzonej działalności gospodarczej jest jednocześnie ustawą, w oparciu o którą Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może ograniczać prawo własności;

12) naruszenie art. 140 k.c. w związku z art 33 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy obowiązującej od dnia 16 grudnia 2012 r.) i art. 64 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię prowadzącą do ograniczenia prawa własności powoda w zakresie wykraczającym poza granice wynikające z przepisów w/w ustawy;

13) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji RP poprzez podtrzymanie kary pieniężnej nałożonej na powoda w sytuacji, w której działania powoda oparte były o właściwą interpretację prawa.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji i przyjmuje je za własne. Również dokonana przez Sąd Okręgowy ocena prawna ustalonych faktów jest w większości prawidłowa.

Nie ma racji skarżący zarzucając Sądowi Okręgowemu w apelacji nierozpoznanie istoty sprawy przez pominięcie merytorycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd pierwszej instancji odniósł się do większości z nich, poza zarzutem „naruszenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów art. 227 k.p.c. w związku z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych mających na celu wykazanie istotnych okoliczności oraz dokonanie nieprawidłowych ustaleń faktycznych dotyczących rynku właściwego zdefiniowanego w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który został ograniczony do zasobów mieszkaniowych powoda, oraz dokonanie błędnej oceny barier dostępu do tego rynku”. Jednakże ponieważ Sąd Apelacyjny jest sądem meriti, może we własnym zakresie ocenić ten zarzut.

W odwołaniu od decyzji powód podniósł zarzut bezzasadnego oddalenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jego wniosków dowodowych w postaci zobowiązania (...) spółki z o.o. z siedzibą we W. do wskazania: rynku geograficznego, na którym działa, w tym wskazania, w jakich zasobach mieszkaniowych we W. (ze szczególnym uwzględnieniem ulicy (...)) oferuje swoje usługi; technologii wykorzystywanej dla dostarczania sygnału internetowego do danego zasobu mieszkaniowego, a jeżeli dostarcza Internet przy wykorzystaniu różnych technologii, wskazania, jaki sposób przeważa i jakie są różnice w zakresie kosztów, dostępności, technologii w stosowanych sposobach dostarczania Internetu do zasobów mieszkaniowych; w przypadku dostarczania Internetu do różnych zasobów mieszkaniowych na terenie W., wskazania występujących różnic, barier w zakresie dostarczania Internetu do poszczególnych zasobów. Zarzucił również bezzasadne pominięcie dalszych wniosków dowodowych w zakresie pozyskania powyższych informacji od dziesięciu wskazanych podmiotów świadczących usługi dostępu do Internetu na terenie W. oraz w zakresie wielkości zasobów mieszkaniowych W., w tym zasobów posiadanych przez gminę W..

Powyższe zarzuty zostały przez powoda podniesione w związku z zarzutem wadliwego ustalenia w decyzji rynku właściwego.

Zdaniem Sądu odwoławczego powyższe wnioski dowodowe nie miały istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i dlatego zostały prawidłowo oddalone. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a następnie Sąd Okręgowy, trafnie przyjęli, że rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych zlokalizowanych na terenie miasta W., znajdujących się w zarządzie Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W., a nie - jak tego chciał powód - rynek lokalny miasta W.. Rynek relewantny w ujęciu geograficznym ustalony zgodnie z postulatem skarżącego nie odpowiadałby bowiem definicji zawartej w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którą rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są 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.

Skoro bowiem tylko powód jest uprawniony do wyrażenia zgody na instalowanie sieci telekomunikacyjnych na terenie swoich nieruchomości, rynkiem właściwym są wyłącznie te właśnie zasoby, a nie budynki należące do innych podmiotów. Także ewentualna możliwość stosowania przez operatora innej technologii w celu dostarczania sygnału internetowego do mieszkań nie może wpłynąć na odmienne określenie rynku relewantnego, albowiem usługa świadczona nabywcom w innej technologii (np. bezprzewodowej) nie byłaby substytutem usługi dostarczania Internetu za pomocą okablowania, z uwagi na inne jej właściwości. Dla nabywcy istotny jest wybór między ofertą usług telekomunikacyjnych świadczonych drogą przewodową i bezprzewodową, przy czym usługi te traktuje jako niebędące pełnymi substytutami.

W konsekwencji nietrafne są również zarzuty naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. przez brak ustaleń faktycznych w zakresie m.in. uwarunkowań technicznych i ekonomicznych bezprzewodowej technologii dostarczania Internetu, a także naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art 6 k.c. przez uznanie za udowodnione, iż rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek dostępu do nieruchomości powoda.

Precyzując rynek właściwy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a następnie Sąd Okręgowy, przyjęli, że powód „ma w zarządzie” stanowiące jego własność nieruchomości. Jednakże określenie to zostało użyte w tym znaczeniu, że wykonuje on w stosunku do posiadanych zasobów uprawnienia właścicielskie, które obejmują m.in. podejmowanie decyzji w sprawie zgody na ich udostępnienie do instalowania sieci telekomunikacyjnych. Dlatego nietrafny jest sformułowany przez skarżącego zarzut sprzeczności dokonanych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego. Powód błędnie bowiem utożsamiał „zarządzanie nieruchomością” z funkcją zarządcy nieruchomości w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1892).

Sąd Okręgowy nie naruszył również art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznając, że powód posiada na rynku właściwym pozycję dominującą. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ma on 100% udział na rynku relewantnym zdefiniowanym jako rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnych zlokalizowanych na terenie miasta W., znajdujących się w zarządzie Towarzystwa (...) spółki z o.o. z siedzibą we W..

Sąd Apelacyjny zgadza się też z oceną, iż skarżący naruszył zakaz wynikający z art. 9 ust. 1 w związku z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem nadużył pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się na nim warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W piśmiennictwie wyjaśniono, że przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji jest równoznaczne z podejmowaniem przez przedsiębiorcę działań, które utrudniają, względnie też nawet całkowicie uniemożliwiają podjęcie lub rozwój działalności gospodarczej konkurentom dominującego przedsiębiorcy, a w konsekwencji prowadzą do - co najmniej prawdopodobnego - wykluczenia konkurentów z rynku

(por. M. Szydło, Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji, Lex el./ 2010). Tymczasem skarżący stawiając nowemu operatorowi warunki wejścia na rynek częściowo niezgodne z prawem, a częściowo niemożliwe do zaakceptowania przez niego oraz mniej korzystne od zaoferowanych pozostałym kontrahentom, stworzył barierę dla świadczenia przez nowego operatora usług internetowych w należących do niego zasobach mieszkaniowych, uniemożliwiając (...) spółce z o.o. z siedzibą we W. wejście na ten rynek.

W literaturze słusznie wskazano, że utrudnianie powstania bądź rozwoju konkurencji wskutek określonych zachowań dominanta może dotyczyć zarówno konkurencji na rynku zdominowanym, jak i na rynkach trzecich (niezdominowanych), przy czym są to wówczas tzw. praktyki lewarujące. Dlatego znamiona zachowania określonego w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów może spełniać odmowa kontraktowania (refusal to deal) przez dominanta, która może polegać m.in. na odmowie dostępu do urządzeń kluczowych (essential facilities) - (por. K. Kohutek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex el./ 2014).

Prawdą jest, że kwalifikacja odmowy kontraktowania przez dominanta jako zakazanego nadużycia powinna być traktowana jako wyjątek. Ogólną zasadą obrotu gospodarczego jest bowiem zasada swobody kontraktowej, wynikająca z art. 353<sup>1</sup> k.c. Jednakże przypadek ten zachodzi w razie odmowy przez dominanta dostępu do tzw. urządzeń kluczowych (essential facilities), a więc urządzeń, instalacji i infrastruktury, którymi dysponuje tylko dominant, a które są niezbędne do świadczenia usług przez konkurentów. Według tzw. doktryny urządzeń kluczowych przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą w zakresie zarządzania dostępem do infrastruktury, bez której nie jest możliwe świadczenie określonego rodzaju usług, dopuszcza się nadużycia pozycji dominującej, jeżeli sam infrastrukturę tę użytkuje oraz bez obiektywnego uzasadnienia odmawia przedsiębiorcom dostępu do tych urządzeń bądź też udziela im takiego dostępu na warunkach mniej korzystnych, niż ustalone dla swych własnych usług. Każde odmienne traktowanie przedsiębiorców w zakresie udostępniania im urządzeń kluczowych musi mieć swoje obiektywne uzasadnienie oraz być niedyskryminujące, albowiem w przeciwnym razie odmowa dostępu przez dominanta stanowi nadużycie jego pozycji dominującej i w przypadku braku istnienia realnego substytutu danego urządzenia przedsiębiorca może zostać zobligowany do umożliwienia innym przedsiębiorcom dostępu do tej infrastruktury.

W piśmiennictwie wskazuje się, że przesłankami, których łączne spełnienie pozwala uznać daną praktykę za odmowę dostępu do urządzeń kluczowych, stanowiącą nadużycie pozycji dominującej (tzw. test B.), są: znaczne prawdopodobieństwo wyeliminowania konkurencji na skutek odmowy dostępu do danego urządzenia (przesłanka eliminacji konkurencji), a także brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy (przesłanka braku obiektywnego uzasadnienia) oraz niezbędność dostępu do danego urządzenia (przesłanka niezbędności) - (por. K. Kohutek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex el./ 2014).

Sytuacja, która wystąpiła w przedmiotowej sprawie, jest podobna do odmowy dostępu do urządzeń kluczowych (essential facilities), z tą różnicą, że powód sam nie użytkuje należącej do niego infrastruktury w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Zachowanie skarżącego polegające na stworzeniu barier dla świadczenia przez nowego operatora usług internetowych w należących do niego zasobach mieszkaniowych, stanowiło nadużycie pozycji dominującej, w szczególności, że zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki tzw. testu B.. Spełniona została przesłanka eliminacji konkurencji, albowiem na skutek odmowy kontraktowania powód pozbawił operatora możliwości świadczenia na terenie jego zasobów mieszkaniowych usług internetowych, na zasadach konkurencyjnych wobec usług dostarczanych przez dotychczasowych usługodawców. Zaistniała przesłanka niezbędności, albowiem bez zgody powoda operator nie mógł okablować budynku i świadczyć jego mieszkańcom usług internetowych w technologii przewodowej. Spełniona została również przesłanka braku obiektywnego uzasadnienia odmowy udostępnienia urządzeń, albowiem - wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. - powód nie wykazał, aby odmowa dostępu do budynku miała obiektywne uzasadnienie oraz była niedyskryminująca.

Podkreślenia wymaga fakt, że obowiązek skarżącego kontraktowania z operatorem wynika z przepisów ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 880 ze zm.). Art. 30 ust. 1 ustawy przewiduje, że właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości

jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku, oraz miejsca w budynku, w którym zbiegają się kable lub przewody telekomunikacyjne doprowadzone do lokalu w tym budynku, polegający m.in. na umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku. Ponadto art. 33 ust. 1 ustawy stanowi, że właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej w celu niezwiązanym z zapewnieniem telekomunikacji w budynku znajdującym się na tej nieruchomości, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości.

Wskazać również należy, że zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 oraz art. 33 ust. 3 ustawy warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która jest zawierana na piśmie w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. Jeżeli w powyższym terminie umowa nie zostanie zawarta, to: w przypadku opisanym w art. 30 ust. 1 ustawy Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej może wydać decyzję w sprawie dostępu (art. 30 ust. 5a-5d ustawy), zaś w przypadku opisanym w art. 33 ust. 1 ustawy możliwe jest wydanie przez starostę decyzji w przedmiocie ograniczenia korzystania z nieruchomości na podstawie art. 124 i art. 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2014 r. poz. 518, ze zm.) - (art. 33 ust. 7 ustawy).

Jednakże nie ma racji skarżący twierdząc, że istnienie w ustawach szczególnych uprawnień innych organów administracji, które mogą zostać wdrożone w wypadku odmowy kontraktowania przez powoda jako właściciela, pozbawia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uprawnienia do zastosowania sankcji wobec powoda jako dominanta, w sytuacji naruszenia przez niego zakazu nadużywania pozycji dominującej. Przepisy te regulują bowiem różne sytuacje i mogą być stosowane równolegle. Nietrafny jest więc sformułowany w apelacji zarzut naruszenia art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w związku z art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego opisane w punktach drugim i trzecim decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zachowania powoda stanowiły zakazane praktyki, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak ustalił Sąd pierwszej instancji, w „Warunkach budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej w budynku przy ul. (...) we W.” z dnia 19 kwietnia 2012 r. powód zawarł warunek, iż w każdej sytuacji, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), będzie on zobligowany do zdemontowania okablowania budynku lub odsprzedania go powodowi za wynegocjowaną cenę. We wcześniejszej wersji z dnia 7 września 2010 r. warunek ten przewidywał, że w przypadku, gdy operator zaprzestanie świadczenia usług lokatorom (zostaną rozwiązane wszystkie umowy), okablowanie budynków stanie się własnością powoda.

Miał rację Sąd Okręgowy uznając, że warunek przewidujący przejście okablowania na własność powoda nie mógł być zaakceptowany przez operatora, zważywszy na poniesione przez niego koszty poniesione na instalację tego okablowania (niezależnie od tego, czyją stanowi ono własność). Słusznie również przyjął, że żądanie niezwłocznego zdemontowania okablowania było nieadekwatne, albowiem zmuszało operatora do natychmiastowego zakończenia świadczenia usług internetowych dla najemców lokali położonych w zasobach powoda. Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego przede wszystkim niedopuszczalne było żądanie od operatora natychmiastowego usunięcia instalacji, bez uprzedniego wypowiedzenia mu umowy o współpracy. Dopóki bowiem strony łączyłaby umowa, domaganie się demontażu instalacji byłoby nieuzasadnione. Powód stawiając taki warunek podjęcia współpracy zarazem tworzył barierę dla nowego operatora w wejściu na rynek właściwy, pomimo, iż jego konkurenci na tym rynku nie doznawali wcześniej takich barier. Bariera ta została usunięta przez powoda dopiero z dniem 29 czerwca 2012 r., albowiem nie przewidywały jej dostarczone operatorowi w tym dniu 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”.

Za niesłuszne należy uznać sformułowane przez skarżącego w apelacji zarzuty naruszenia: art. 233 § 1 k.p.c. przez uznanie konieczności natychmiastowej deinstalacji sieci za nieuzasadnioną, art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju

usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 16 grudnia 2012 r.) przez przyjęcie istnienia obowiązku określonego w tym przepisie także „w pewien czas” po zaprzestaniu świadczenia usług przez operatora, a także art. 140 k.c. w związku z art. 33 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 16 grudnia 2012 r.) i art. 64 Konstytucji RP przez przyjęcie ograniczenia prawa własności powoda w zakresie wykraczającym poza granice wynikające z przepisów powołanej ustawy. Skoro bowiem podstawą korzystania przez operatora z budynku, w którym zainstalowane zostało przez niego okablowanie, jest umowa łącząca go z właścicielem budynku (a nie ustawa), to dopiero rozwiązanie tej umowy może skutkować obowiązkiem usunięcia okablowania z budynku. Zasada ta została uwzględniona przez powoda dopiero w warunkach dostarczonych operatorowi w dniu 29 czerwca 2012 r.

Ponadto instalacja sieci telekomunikacyjnej operatora miała służyć zapewnieniu dostępu do Internetu najemcom lokali położonych w budynku należącym do powoda, zaś najemców tych należało traktować jako „osoby posiadające inny tytuł prawny do nieruchomości”. Mając bowiem na względzie fakt, że wynajmowane przez powoda najemcom lokale wchodziły w skład należący do niego nieruchomości, przysługuje im tytuł prawny do korzystania nie tylko z wynajętych lokali, lecz także z części wspólnych budynku. Tymczasem art. 33 ust. 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 16 grudnia 2012 r.) przewidywał, że korzystanie z nieruchomości jest odpłatne, chyba że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służą zapewnianiu telekomunikacji m.in. osobie posiadającej inny tytuł prawny do nieruchomości. Ponieważ przepis ten nie wymagał, aby osobie tej przysługiwał tytuł prawny do całej nieruchomości, należy przyjąć, że kryteria te spełnia także najemca lokalu w budynku. Niesłuszny jest więc podniesiony przez skarżącego w apelacji zarzut błędnej wykładni art. 33 ust. 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 16 grudnia 2012 r.).

Ponieważ skarżący nie uwzględnił treści powyższego przepisu i niezasadnie domagał się od nowego operatora odpłatnego korzystania z nieruchomości, należało uznać, że stawiając taki warunek podjęcia współpracy zarazem tworzył dla niego barierę w wejściu na rynek właściwy, pomimo, iż jego konkurenci na tym rynku nie doznawali wcześniej takich barier. Bariera ta istniała niezależnie od wysokości kwot, których zapłaty domagał się skarżący, albowiem istotny był sam fakt żądania od nowego operatora zapłaty opłat nienależnych i dyskryminujących go w relacji z pozostałymi konkurentami na rynku właściwym.

Bariera ta została usunięta dopiero z dniem 29 czerwca 2012 r., na skutek zmiany obowiązującego prawa. Na skutek działania ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r., poz. 1256) treść art. 33 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych została zmieniona. Począwszy od dnia 16 grudnia 2012 r. przepis ten stanowi, że korzystanie z nieruchomości jest odpłatne, chyba że strony umowy postanowią inaczej. Również z dodanego do art. 30 ustępu 3b ustawy wynika, że w przypadku uzyskania dostępu przedsiębiorca telekomunikacyjny ponosi koszty związane z udostępnieniem nieruchomości w celu wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku albo doprowadzenia do budynku przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, a także utrzymania udostępnionego przyłącza, instalacji, całości lub części kabla. Dlatego po tej dacie domaganie się przez powoda od operatora odpłatności za korzystanie z budynku nie może być nadal uznawane za nadużycie pozycji dominującej.

Sąd odwoławczy w całości podziela poglądu Sądu pierwszej instancji, że wyżej opisane zachowania powoda godziły w mechanizm konkurencji, naruszając interes publiczny i wywierając wpływ na rynek świadczenia usług internetowych oraz na sytuację konsumentów. Zachowania te utrwały pozycję dotychczasowych dostawców usług telekomunikacyjnych do zasobów mieszkaniowych powoda, pozbawiając najemców możliwości wyboru konkurencyjnej oferty kolejnego operatora.

Nie ma racji skarżący twierdząc w apelacji, że nie naruszył on art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 33 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (w brzmieniu do dnia 16 grudnia 2012 r.), albowiem art. 8 ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o



wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz innych ustaw (Dz.U. z 2012 r. poz. 1256) zmienił przepisy art. 30 i 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych z mocą wsteczną, stanowiąc, iż stosuje się je w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą do postępowań wszczętych, a nie zakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej. Jest to bowiem przepis dotyczący postępowań prowadzonych na podstawie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, a nie postępowań antymonopolowych, w przypadku których czyn jest oceniany na datę jego popełnienia.

Nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji RP poprzez podtrzymanie kary pieniężnej nałożonej na powoda w sytuacji, w której działania powoda oparte były o właściwą interpretację prawa. Prezentowana przez skarżącego interpretacja przepisów prawa okazała się bowiem nietrafna.

Pomimo, iż skarżący w apelacji nie zakwestionował wysokości nałożonej na niego kary pieniężnej, należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ustawy, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8 ustawy, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9 ustawy. W przedmiotowej sprawie powód dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a więc istniała podstawa do nałożenia na niego kary pieniężnej. Wprawdzie kara ta ma charakter fakultatywny, jednakże ponieważ powód w sposób zawiniony dopuścił się poważnego naruszenia ustawy, stosując aż dwie zakazane praktyki, które trwały przez około dwóch lat i blokowały nowemu operatorowi możliwość wejścia na rynek właściwy, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów miał prawo nałożyć na niego karę pieniężną w wysokości określonej w decyzji, skorygowanej następnie zaskarżonym wyrokiem. W ocenie Sądu Apelacyjnego jest to kara spełniająca dyrektywy jej wymiaru określone w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także mieszcząca się w granicach określonych w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, co wynika z obszernego uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego były art. 385 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c.