



Sygn. akt III SK 4/08

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2008 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Jerzy Kwaśniewski (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

Protokolant Ewa Wolna
w sprawie z powództwa Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o ochronę konkurencji,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 5 listopada 2008 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 17 października 2007 r.,

- 1) oddala skargę kasacyjną,**
- 2) zasądza od Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.**

Uzasadnienie

Decyzją z dnia 5 stycznia 2004 r. Prezes UOKiK uznał uchylanie się przez Telekomunikację Polską S.A. (powódkę) od zawarcia z operatorami telekomunikacyjnymi uprawnionymi do świadczenia usług wdzwanianego dostępu do internetu umów o współpracy międzyoperatorskiej, których postanowienia stwarzałyby równoprawne warunki świadczenia usług komutowanego dostępu do internetu, za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm., dalej uokik), nakazał zaniechania praktyki i nadał decyzji w tej części rygor natychmiastowej wykonalności oraz nałożył na powódkę karę w wysokości 20.000.000 zł.

Według ustaleń Prezesa UOKiK (stanowiących także podstawy wyroków obu instancji sądowych rozpoznających sprawę) w okresie od 1996 r. do 26 kwietnia 2002 r. 21 przedsiębiorców świadczących usługi wdzwanianego dostępu do internetu (dalej jako ISP - Internet Service Provider) złożyło do powodowej spółki wnioski o zawarcie umów o współpracy międzyoperatorskiej. Tylko 3 z tych wniosków nie spełniało wymogów formalnych. Do dnia 5 stycznia 2004 r. powódka nie zawarła umów międzyoperatorskich z żadnym z wnioskodawców. Odpowiednie umowy zawarła jedynie z P&W R. S.C. oraz E. P. Sp. z o.o. Oba podmioty posiadały zezwolenie na eksploatację publicznej sieci stacjonarnej. W toku rozmów z operatorami ISP powódka nie podważała kompletności wniosków. Z niektórymi operatorami nie zawarła umów międzyoperatorskich pomimo wydania przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty decyzji o połączeniu sieci. Wnioski innych operatorów ISP pozostawiano bez rozpoznania, albo rozpoczynano negocjacje, a następnie przedłużano je za pomocą różnych pretekstów (jak reorganizacja, terminy, zaginięcia wniosku, wnioski o uzupełnienie dokumentacji, wnioski o uaktualnienie dokumentacji, itp.).

Prezes UOKiK ustalił, że w okresie objętym postępowaniem, rynkiem właściwym był rynek połączeń międzyoperatorskich w zakresie komutowanego (wdzwianego) dostępu do internetu na terytorium Polski. Powódka kontroluje 93% rynku właściwego, ponieważ 93% abonentów operatorów publicznej sieci

stacjonarnej, którzy mogą korzystać z komutowanego dostępu do internetu, jest jednocześnie abonentami powódki, mającej pozycję dominującą na rynku właściwym. Prezes UOKiK uznał, że w sprawie został naruszony interes publiczny, ponieważ bezzasadne uchylanie się od zawarcia umów o współpracy międzyoperatorskiej oddziaływało nie tylko na interesy poszczególnych ISP, ale także na cały rynek wdzwanianego dostępu do internetu. Przyczynami, które spowodowały, że stosowne umowy o współpracy nie zostały zawarte były: długotrwały lub całkowity brak reakcji na wnioski o zawarcie umowy, przesuwanie terminów spotkań z ISP, żądania uaktualniania dokumentacji spowodowane przesunięciami terminów spotkań przez powódkę, zagubienie dokumentacji przez powódkę. Prezes UOKiK uznał takie zachowanie powódki za celowe zmierzanie do możliwie długiego zwlekania z zawarciem umów regulujących kwestię wzajemnych rozliczeń.

W uzasadnieniu wysokości wymierzonej kary pieniężnej powołano okoliczności zakwestionowanej praktyki ograniczającej konkurencję, jej czas, wpływ na użytkowników końcowych oraz straty finansowe operatorów ISP. Wymierzona kara miała odzwierciedlać rażące nadużycie pozycji rynkowej oraz zniechęcać powódkę do dalszego nadużywania pozycji dominującej na rozwijających się rynkach.

Od powyższej decyzji odwołała się powódka wnosząc o zmianę jej w całości przez stwierdzenie niestosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Zarzuciła naruszenie: 1) art. 1 ust. 1 w związku z art. 46 ust. 1, art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83-84 Prawa telekomunikacyjnego, przez przyjęcie, że powódka była zobowiązana do zawarcia z operatorami telekomunikacyjnymi uprawnionymi do świadczenia usług dostępu do internetu (ISP), umów o współpracy międzyoperatorskiej o określonej treści; 2) art. 1 ust. 1 UOKiK, przez błędną kwalifikację działań powódki i przyjęcie, że w niniejszej sprawie naruszony lub zagrożony został interes publiczny; 3) art. 7 i 77 k.p.a. przez niezbranie i niewłaściwe rozpatrzenie materiału dowodowego sprawy w zakresie: ustalenia rynku właściwego i zajmowania przez powódkę pozycji dominującej na tym rynku; 4) art. 8 ust. 2 pkt 5 UOKiK przez błędne przyjęcie, że działania powódki w stosunku do operatorów ISP stanowią nadużycie pozycji dominującej polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 5) art. 62 ust. 1

UOKiK przez ograniczenie powódce prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy w zakresie szerszym niż niezbędny, przez co powódka została pozbawiona możliwości wypowiedzenia się w kwestiach rzutuujących na rozstrzygnięcie sprawy; 6) art. 101 UOKiK przez nałożenie kary niewspółmiernej do stopnia zawinienia powódki; 7) art. 90 UOKiK przez przyjęcie, że ochrona konkurencji lub ważny interes konsumentów wymaga nadania przedmiotowej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2005 r. Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w W. oddalił odwołanie wobec jego bezzasadności. W uzasadnieniu wyroku wskazał, że zarzuty odwołania pomijają istotę praktyki, która polega na maksymalnym odwlekaniu zawarcia umowy przez negowanie rzeczy oczywistych i powoływanie się na trzeciorzędne przeszkody formalne. Nie chodzi o to, że powódka miała obowiązek zawarcia umowy z konkretnym podmiotem ale brak woli zawarcia umów z jakimkolwiek z niezależnych ISP. Ustosunkowując się do zarzutu błędnego wyznaczenia rynku właściwego, Sąd stwierdził, że nawet jeżeli pozwany Prezes UOKiK błędnie nie uwzględnił w rynku właściwym dostępu do sieci za pośrednictwem telefonii radiowej, to i tak udział powódki w poszerzonym w rynku przekraczał 40%, co stanowi podstawę domniemania posiadania pozycji dominującej; domniemanie to nie zostało obalone. Sąd uznał również, że działanie powódki miało na celu ograniczenie konkurencji, zaś nałożona na nią kara nie była wygórowana z uwagi na „ciężar gatunkowy” naruszenia reguł konkurencji.

Powódka zaskarżyła powyższy wyrok apelacją.

Wyrokiem z dnia 14 marca 2006 r. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uchylił decyzję Prezesa UOKiK. Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja jest zasadna jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 83-85 w związku z art. 46 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, ponieważ w świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 (OSNP 2006 nr 7-8, poz. 124), przepisy Prawa telekomunikacyjnego mają charakter regulacji ustawowej szczególnej wobec przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na tej podstawie Sąd Apelacyjny przyjął, że przedwczesne jest wszczęcie przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego, gdy celem tego postępowania ma być stwierdzenie, że operator publicznej sieci telekomunikacyjnej nadużywa pozycji

dominującej przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji w wyniku odmowy zawarcia z innym operatorem umowy o dostępie telekomunikacyjnym lub w wyniku niewywiązywania się z obowiązków określonych w tej umowie, w sytuacji gdy umowa taka nie została zawarta lub gdy między stronami istnieje spór co do jej treści lub sposobu realizacji, który nie został rozstrzygnięty przez Prezesa URTiP. Do czasu rozstrzygnięcia tych kwestii przez Prezesa URTiP postępowanie antymonopolowe powinno zostać zawieszona. Sąd Apelacyjny nie analizował w tym wyroku innych okoliczności sprawy, uznając że stwierdzenie braku właściwości Prezesa UOKiK, czyni dokonywanie innych ustaleń i oceny prawnej zachowania powódki bezprzedmiotowym.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł Prezes UOKiK, domagając się uchylenia w całości wyroku i wydania orzeczenia co do istoty sprawy przez oddalenie apelacji, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 19 października 2006 r. III SK 15/06 Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ze względu na nieprawidłowe określenie w zaskarżonym wyroku relacji między przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a przepisami Prawa telekomunikacyjnego (z 2000 r.), tj. błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 46 w związku z art. 83-85 i w konsekwencji niezwyfikowanie poprawności ustaleń faktycznych i ich oceny prawnej dokonanych w wyroku Sądu pierwszej instancji.

Wyjaśniając w uzasadnieniu tego wyroku zakresy obu ustaw i wynikającą z nich kwestię rozgraniczenia właściwości Prezesa URTiP oraz Prezesa UOKiK Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że Prawo telekomunikacyjne jest instrumentem za pomocą którego organy państwa mogą stworzyć odpowiednie warunki, które umożliwiają równoprawną i efektywną konkurencję na rynku. Natomiast celem UOKiK jest ochrona konkurencji przed zniekształceniem mającym swe źródło w zachowaniu przedsiębiorstw działających na rynku. Oznacza to, że przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz uokik, a tym samym odpowiednie organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie, zajmują się konkurencją na rynkach telekomunikacyjnych z

innej perspektywy. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego wprowadzają pewne restrykcje i ograniczenia swobody działania operatorów telekomunikacyjnych, które umożliwiają dalej idącą ingerencję organu regulacyjnego w funkcjonowanie rynku telekomunikacyjnego. Pozwalają nakładać różne obowiązki na niektórych uczestników rynku telekomunikacyjnego. Upoważniają regulatora do wydawania rozstrzygnięć kształtujących rynek telekomunikacyjny. Regulator działa *ex ante*, natomiast Prezes UOKiK działa *ex post*. Prawo telekomunikacyjne z 2000 r. nie zawierało przepisu, który w sposób generalny określałby relacje między przepisami ustawy a przepisami uokik. Regulacja wzajemnych relacji miała charakter szcążtkowy (por. art. 13 ust. 1 i 3, art. 60 ust. 1 i art. 5). W braku przepisu dotyczącego relacji ustawy do przepisów uokik, wzajemny stosunek między postanowieniami Prawa telekomunikacyjnego a przepisami uokik należy ustalić na podstawie art. 3 uokik. Zgodnie z art. 3 pkt 1 uokik przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Z powyższego przepisu wynika ogólna zasada, zgodnie z którą przepisy uokik znajdują zastosowanie do wszystkich rynków, w tym do rynku telekomunikacyjnego, chyba że ustawa szczególna wyłącza w sposób generalny zastosowanie przepisów uokik lub nakazuje zachowania, które z punktu widzenia przepisów uokik należałoby uznać za praktyki ograniczające konkurencję. Oznacza to, że Prezes UOKiK nie może uznać za praktykę ograniczającą konkurencję zachowania, które jest nakazane przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego. Natomiast przepisy prawa antymonopolowego znajdują zastosowanie do działalności przedsiębiorstw objętych regulacją we wszystkich tych przypadkach, w których przepisy regulacyjne pozostawiają im margines swobody działania (decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Deutsche Telekom, Dz.Urz. UE z 2003 r., L 263/9). Zastosowanie reguł konkurencji zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy wskutek interwencji państwa reprezentowanego przez regulatora rynkowego przedsiębiorstwa działające na określonym rynku nie mają żadnej innej możliwości zachowania się, poza sposobem narzuconym im przez regulatora. Zgodnie z art. 1 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne z 2004 r. „przepisy ustawy nie naruszają przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”, co – bez nowości normatywnej – potwierdza dopuszczalność równoległego

stosowania przepisów obu ustaw do tego samego stanu faktycznego (S.Piątek: Prawo telekomunikacyjne – komentarz, Warszawa 2005, s. 22; A.Krasucki: Prawo telekomunikacyjne – komentarz, Warszawa 2005, s.22). Wychodząc z powyższych założeń Sąd Najwyższy w powołanym wyroku z 19 października 2006 r. nie podzielił stanowiska Sądu Apelacyjnego, opartego na uchwale Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 (OSNP 2006 nr 7-8, poz. 124) oraz zbieżnego ze stanowiskiem wyrażonym między innymi przez Sąd Najwyższy USA w sprawie Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. (540 U.S. 398 (2004) – stanowisko to podtrzymano w wyrokach SN USA w sprawach BellSouth Corp. v. Covad Communications Co., 540 U.S. 1147, 124 S.Ct. 1143 (Mem) oraz Qwest Corp. v. MetroNet Services Corp., 540 U.S. 1147, 124 S.Ct. 1144 (Mem)) – zgodnie z którym przepisy Prawa telekomunikacyjnego stanowią w całości *lex specialis* w stosunku do przepisów UOKiK, skutkiem czego zastosowanie przepisów UOKiK jest wyłączone w sprawach dotyczących dostępu do sieci telekomunikacyjnej. Zdaniem Sądu Najwyższego, Sąd Apelacyjny błędnie przyjął, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zastosowanie znajduje zasada sformułowana w powołanej powyżej uchwale Sądu Najwyższego. W przedmiotowej sprawie nie chodzi bowiem o spór kompetencyjny między dwoma organami administracji. Przedmiotem postępowania nie jest także odwołanie od decyzji organu antymonopolowego rozstrzygającego spór między operatorami. Przedmiotem postępowania przed Sądem Apelacyjnym była ocena w świetle art. 8 uokik praktyki polegającej nie na odmowie zawarcia przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą umowy z konkretnym operatorem, lecz na „braku woli zawarcia umowy z jakimkolwiek operatorem”, czyli praktyka polegająca na blokowaniu innym przedsiębiorcom możliwości wejścia na dany rynek. Powołane w apelacji oraz uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie znajdują zastosowania do tak określonej praktyki. Przepisy te – art. 46 oraz art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego – normują zasady negocjowania i zawierania umów dostępu do sieci między poszczególnymi operatorami. Określają przedmiot negocjacji, sposób prowadzenia oraz wprowadzają możliwość ingerencji regulatora w ich przebieg. Normują procedurę, która w przypadku fiaska negocjacji może doprowadzić do zawarcia umowy i

dopuszczenia konkurencyjnych operatorów do rynku telekomunikacyjnego, poprzez wydanie rozstrzygnięcia administracyjnego zastępującego umowę operatorów. Podobnych możliwości nie dają Prezesowi UOKiK przepisy uokik. Jednocześnie, fakt unormowania procedury negocjacji i zawierania umów przez operatorów nie oznacza, iż odmowa zawarcia umowy lub podjęcia negocjacji nie może zostać uznana za praktykę monopolistyczną. Odmowa zawarcia umowy uniemożliwia wejście na rynek, co może ograniczać konkurencję. Ponadto ingeruje w strukturę rynku. Sprzyja zachowaniu pozycji rynkowej dotychczasowych uczestników. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie zajmują się skutkami odmowy zawarcia umowy. Nie przewidują sankcji z tytułu niedopuszczenia konkurentów do rynku, lecz jedynie z tytułu niezastosowania się do decyzji wydanych przez Prezesa URTiP (art. 124). W zakresie objętym przedmiotem normowania przepisów uokik, postanowienia art. 46 oraz art. 79, art. 81 pkt 4 oraz art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego mają tylko takie znaczenie - co wynika z uchwały SN z dnia 7 grudnia 2005 r., III SZP 3/05 – że wyłączają możliwość podniesienia zarzutu nadużycia pozycji dominującej poprzez uniemożliwienie konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do tzw. infrastruktury kluczowej (essential facility). Skoro bowiem przewidują możliwość uzyskania dostępu do sieci w drodze interwencji Prezesa URTiP, nie zachodzi jedna z niezbędnych przesłanek skutecznego powołania się na tę instytucję, jaką jest brak możliwości uzyskania dostępu do infrastruktury (zob. wyrok SN USA w sprawie Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. (540 U.S. 398 (2004))). Nie wyłącza to jednak możliwości zastosowania art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Zachowanie powódki dotyczyło bowiem szerokiego kręgu uczestników rynku, uniemożliwiając podjęcie działalności praktycznie wszystkim potencjalnym konkurentom oraz godząc w interesy konsumentów. Z powyższego wynika, iż zachowanie operatora telekomunikacyjnego polegające na blokowaniu wejścia na rynek niezależnych dostawców usług wdzwanianego dostępu do internetu, może być oceniane przez pryzmat przepisów uokik. Podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 46 w związku z art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego oraz niezastosowanie art. 1 uokik okazały się więc nieuzasadnione. Odnosząc się do

zarzutu niezastosowania art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik Sąd Najwyższy przedstawił wykładnię tych przepisów zwracając uwagę na to, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zapewnia istnienie mechanizmu konkurencji na rynku, jako optymalnego sposobu podziału dóbr między członków społeczeństwa. Konkurencja jest zjawiskiem ze wszech miar pozytywnym. Prowadzi do podniesienia efektywności całej gospodarki. Wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii, itp. Dlatego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni mechanizm konkurencji przed wszelkiego rodzaju próbami jego ograniczenia, eliminacji lub zniekształcenia przez jedną z grup uczestników rynku – przedsiębiorców. Pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów (w sprawie znaczenia dobrobytu konsumentów w prawie antymonopolowym zob. wyrok SPI z dnia 27 września 2006 r., T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited przeciwko Komisji, pkt 118, LexPolonica nr 1138753). Zachowania przedsiębiorstw, które prowadzą do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego oraz poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu wyboru dostępnego konsumentom należy oceniać pozytywnie, jako służące realizacji postulatu najpełniejszego zaspokojenia potrzeb konsumentów przez działających w ten sposób wolny od ingerencji organów państwa przedsiębiorców. Ograniczenie konkurencji pojawia się wówczas, gdy zachowanie przedsiębiorców prowadzi lub może prowadzić do wywołania odmiennych skutków, jak np. obniżenia wielkości produkcji lub sprzedaży, podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru z jakiego korzysta konsument. Tego rodzaju zachowania godzą w dobrobyt konsumenta i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być zakazane i surowo ukarane. Sąd Najwyższy niw akceptował i nie będzie akceptował w swoim orzecznictwie praktyk monopolistycznych prowadzących do podniesienia cen wskutek nadużywania siły rynkowej, jakie konsumenci muszą płacić za towary lub usługi. Dotyczy to również praktyk, które uniemożliwiają lub spowalniają obniżenia cen na rynku, pozbawiając konsumentów tej podstawowej korzyści z konkurencji, jaką są niższe ceny (wyrok SPI z dnia 27 września 2006 r., T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited

przeciwko Komisji, pkt 182). Zachowanie, które uniemożliwia obniżkę cen na rynku poprzez eliminację lub utrudnianie wejścia na rynek nowym konkurentom, prowadzi w rzeczywistości do zawyżenia cen na rynku. Konsumenci płacą bowiem wyższe stawki niż stawki obowiązujące na konkurencyjnym rynku. Sąd Apelacyjny powinien rozważyć, czy w świetle przedstawionych powyżej zasad zachowanie powódki ogranicza konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, wpływając na poziom cen na rynku lub zakres wyboru ofert, z jakich mogą korzystać konsumenci.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 17 października 2007 r. oddalił apelację Telekomunikacji Polskiej S.A. od wyroku Sądu Okręgowego – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny przedstawił jego podstawy w wyjaśnieniu przyczyn uznania apelacji za bezzasadną (art. 385 k.p.c.) wobec odpowiedniej zgodności między ustalonym przez Sąd pierwszej instancji stanem faktycznym (praktyką ograniczającą konkurencję) a zastosowanymi przepisami art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, rozumianymi zgodnie z wykładnią dokonaną w sprawie przez Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 19 października 2006 r. Przedstawiając stanowisko co do zasadności poszczególnych zarzutów apelacji Sąd drugiej instancji zajął się między innymi kwestią rynku właściwego oraz kwestią nieposiadania przez przedsiębiorstwa ISP systemu sygnalizacji SS7, co zdaniem apelującej stwarzało obiektywnie uzasadnioną podstawę do odmowy zawarcia umów, o które chodzi w sprawie. Podzielając ustalenia Sądu pierwszej instancji Sąd Apelacyjny podkreślił, że istotę rynku właściwego stanowi komutowany dostęp do internetu. Trafne jest stanowisko Sądu pierwszej instancji, że dla wydzwanianego dostępu do internetu, dla którego wystarczy posiadanie łącza telefonicznego i modemu żadne dodatkowe warunki techniczne nie muszą być spełnione. Pojęcia rynku właściwego nie można rozszerzać na dostęp do internetu o charakterze stałym charakteryzującym się innymi warunkami technicznymi; dotyczy to także dostępu oraz telefonii radiowej.

Jeżeli chodzi o kwestię sygnału SS7, to Sąd Okręgowy uwzględnił, że stanowi on technicznie lepsze rozwiązanie. Niemniej jednak stosowanie sygnału DSS 1 i jego wykorzystywanie jest także technicznie możliwe i dopuszczalne. To,

że technicznie lepszym rozwiązaniem jest wykorzystanie sygnału SS7 nie może powodować, uchylania się przez powódkę od zawierania umów o współpracy w komutowanym dostępie do internetu. Przeszkoda ta jest bowiem przeszkodą pozorną. W toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji oraz w toku postępowania przed Prezesem UOKiK jak również w toku prowadzonych negocjacji powódka nie przedstawiła swojego stanowiska w sposób jednoznaczny i pozwalający wnioskować, że zawrze umowę, gdy kontrahent zastosuje sygnał SS7, nie określiła także warunków okresu przejściowego dla zmiany sygnałów. Według Sądu drugiej instancji takie postępowanie należy uznać za postępowanie uniemożliwiające wejście na rynek innym operatorom, a tym samym jest ono postępowaniem ograniczającym konkurencję. Argumenty apelującej, że przy wykorzystywaniu sygnału DSS 1 zdarzały się nadużycia nie może stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy zawarcia umowy, bez uwzględnienia możliwości wzmocnienia odpowiedniego nadzoru.

Sąd drugiej instancji podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że na skutek uchylania się od zawierania umów o współpracy ilość konkurentów w zakresie usług ISP realizowanych w systemie komutowanym jest znacznie mniejsza. Powódka bowiem ograniczając dostęp zwiększa wykorzystanie eksploatowanych sieci i przyłączy uzyskując także dodatkowy dochód. Niemożność korzystania przez konkurentów (na skutek braku umowy o współpracy) z sieci powódki zwiększa, zatem znacznie dochód. Takie postępowanie jest ochroną pozycji na rynku ISP. Powódka uniemożliwiając konkurentom dostęp do własnej sieci uzyskuje wyższe dochody.

Według Sądu drugiej instancji okoliczność, że powód na rynku właściwym posiada pozycję dominującą nie była kwestionowana i ustalenia w tym zakresie są prawidłowe. Rozważając, że zgodnie z „wytycznymi” Sądu Najwyższego, czy postępowanie powódki polegające na uchylaniu się od zawierania umów o współpracy między operatorskiej można uznać za działanie zmierzające do przeciwdziałaniu się w ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania lub rozwoju konkurencji. Sąd drugiej instancji wskazał na ustalone okoliczności działań powódki prowadzących do znacznego ograniczenia ilości podmiotów działających na rynku właściwym, a z drugiej strony – zwiększenia wykorzystania

eksploatowanych przez powódkę sieci i przyłączy. Działanie polegające na uchylaniu się od zawierania umów o współpracy międzyoperatorskiej powoduje nie tylko ograniczenie ilości podmiotów, przedsiębiorców biorących udział w rynku we współzawodnictwie, ale zwiększenie dochodów powódki z tej przyczyny. Nie bez znaczenia jest fakt, że w sytuacji, gdy na skutek podejmowania przez operatorów określonego działania dojdzie do „otwarcia wykorzystania sieci i przyłączy”, to z uwagi na czas potencjalni kontrahenci, w stosunku, do których powódka uchylała się od zawarcia umów, mogą nie stać się konkurencyjnymi – wobec tego, że środki, które musieliby wydatkować mogły okazać się zbyt wysokie. Według Sądu drugiej instancji zachowanie powódki w sposób istotny ogranicza poziom konkurencji na rynku. Działanie to przeciwdziała rozwojowi konkurencji na rynku komutowanego dostępu pomiędzy powódką a operatorami. Powódka, bowiem swoim postępowaniem uniemożliwia po stronie operatorów obniżenie kosztów związanych z działalnością gospodarczą, obniżenie opłat za dostęp do Internetu, kształtowanie elastycznej polityki taryfowej. Ponadto po stronie odbiorców usług – konsumentów działanie powódki uniemożliwia dokonywanie określonych wyborów dostawców usług według kryteriów założonych przez konsumenta np. w zakresie ceny, czasu, dostępności. Wskazuje to na to, że konsument traci możliwości wyboru, skoro inny operator nie może korzystać z sieci powódki. Konkurencja doznaje ograniczenia w wyborze operatora, a to może dotyczyć także braku konkurencyjności ceny za usługę. Postępowanie powódki z punktu widzenia jej pozycji dominującej na rynku stanowi o nadużywaniu tej pozycji, bowiem przeciwdziała kształtowaniu się warunków rozwoju konkurencji. Spełnione, zatem zostały przesłanki określone w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik.

W skardze kasacyjnej wniesionej od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego strona powodowa wniosła o jego zmianę w całości przez stwierdzenie, że w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca praktyka ograniczająca konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz strony skarżącej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi drugiej instancji z

pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za wszystkie instancje.

Skarga kasacyjna ma dwie podstawy. W ramach podstawy dotyczącej naruszenia przepisów prawa materialnego skarżąca zarzuciła:

- a) naruszenie przepisów art. 83 – 85 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 73, poz. 852 ze zm.) przez ich niezastosowanie, a w rezultacie naruszenie kompetencji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (obecnie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej) do rozstrzygania spraw w przedmiocie dostępu do sieci;
- b) naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że nadużyciem pozycji dominującej była odmowa zawarcia przez powódkę umów z operatorami ISP, którzy odmawiali wprowadzenia systemu sygnalizacji kompatybilnego z systemem powoda.

W ramach podstawy naruszenia przepisów prawa procesowego skarżąca zarzuciła naruszenie art. 382 k.p.c. w związku z art. 378 § 1 k.p.c. przez ich niezastosowanie i pominięcie w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy zarzutu powódki zgłoszonego na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 lutego 2006 r. (załącznik powódki do protokołu rozprawy z dnia 15 lutego 2006 r. złożony w dniu 20 lutego 2006 r.).

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 83 – 85 Prawa telekomunikacyjnego podniesiono, że decyzja Prezesa UOKiK uznająca uchylanie się przez powódkę od zawarcia umów o współpracy międzyoperatorskiej z operatorami ISP, wobec uprawnień przysługujących Prezesowi UKE, była decyzją przedwczesną. W przekonaniu powódki tego rodzaju sprawy (gdzie istnieje potencjalna możliwość ingerencji dwóch regulatorów) powinny być rozstrzygane – co najmniej – przy ich współdziałaniu. Taka dyrektywa nakazywałaby zawieszenie postępowania przez Prezesa UOKiK i wskazanie Prezesowi możliwości działania. Dopiero brak lub nieskuteczność dla konkurencji

działań regulatora telekomunikacyjnego nakazywałoby dalsze działanie Prezesa UOKiK.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów skarżąca podniosła, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego jakoby żądanie dostosowania systemów sygnalizacji (SS7 i DSS1) było jedynie pozorną przeszkodą, a zarazem powodem do uchylania się od zawierania umów międzyoperatorskich. Według skarżącej nie sposób również zgodzić się z tezą Sądu Apelacyjnego, że podmiot zobowiązany był do wzmacniania nadzoru, tylko dlatego by podpisując niekorzystną dla siebie umowę nie zostać posądzonym o praktyki monopolistyczne.

Odnośnie zarzutów naruszenia przepisów art. 382 k.p.c. w związku z art. 378 § 1 k.p.c. skarżąca podniosła, że Sąd Apelacyjny ani w wyroku z dnia 17 października 2007 r., ani w jego uzasadnieniu nie odniósł się do podniesionego przez powódkę na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 lutego 2006 r. zarzutu naruszenia przepisów art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego. Wskazane przepisy stanowią jedno z dwóch kluczowych zagadnień prawnych w niniejszej sprawie. To bowiem interpretacja tych przepisów Prawa telekomunikacyjnego decydować może o wyłączeniu lub „zawieszeniu” kompetencji Prezesa UOKiK z zakresu działań regulatora w kwestii dostępu do sieci, zaś pominięcie problematyki regulacji art. 83–85 Prawa telekomunikacyjnego w sposób znaczący może wpływać na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o nieprzyjęcie skargi do rozpoznania, a w przypadku jej przyjęcia o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania przed Sądem Najwyższym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Obie podstawy skargi kasacyjnej dotyczą w pierwszym rzędzie zagadnienia niezastosowania do stanu faktycznego sprawy wskazanych przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne. Dokładnie takie samo zagadnienie zostało już w

sprawie niniejszej rozpatrzone przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2006 r. III SK 15/06. W wyroku tym Sąd Najwyższy, po rozważeniu zakresów obu wchodzących w rachubę ustaw na tle ustalonego stanu faktycznego sprawy, przedstawił – co wyżej obszernie przytoczono – wykładnię systemową obu regulacji, oraz wykładnię przepisów art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego, stwierdzając jednoznacznie iż w świetle wyjaśnionej (zinterpretowanej) treści tych przepisów, nie znajduje ona zastosowania do „praktyki”, będącej przedmiotem sprawy.

Wobec tego, że wykładnia wskazanych w skardze kasacyjnej art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego i wyjaśnienie przyczyn dla których przepisy te nie mogły być zastosowane do przedmiotu sprawy zostały wystarczająco przedstawione w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, i wobec tego, że Sąd Apelacyjny po ponownym rozpoznaniu sprawy w zaskarżonym skargą wyroku oparł się na dokonanej przez Sąd Najwyższy w tej sprawie wykładni, należy stwierdzić, że zarzuty skargi z tą wykładnią pozostają w wyraźnej sprzeczności. Zawarte we wskazanych przepisach Prawa telekomunikacyjnego procedury negocjacji, zawierania umów i związanej z tym właściwości organu regulacyjnego nie wyłączają właściwości Prezesa UOKiK w sprawie – jak sprawa niniejsza – dotyczącej czego innego, bo zakazanej praktyki monopolistycznej ograniczającej konkurencję. Właściwość obu organów (Prezesa UOKiK oraz organu regulacyjnego w zakresie telekomunikacji) odnosi się do odrębnych przedmiotów. W sprawie nie chodziło ani o spór kompetencyjny między tymi organami ani o spór między operatorami, ani o odmowę zawarcia przez przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą umowy z konkretnym operatorem ale o brak woli zawarcia umowy z jakimkolwiek operatorem czyli o zakazaną praktykę ograniczającą konkurencję polegającą na blokowaniu innym przedsiębiorcom możliwości wejście na dany rynek.

Powoływanie się przez skarżącego na naruszenie kompetencji Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (obecnie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej) jest bezpodstawne ze względu na przedmiot rozpatrywanej sprawy i jest niedopuszczalne w świetle art. 398²⁰ k.p.c., stosownie do którego (por. zdanie drugie) nie można oprzeć skargi kasacyjnej od orzeczenia wydanego po

ponownym rozpoznaniu sprawy na podstawach sprzecznych z wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Powyższe odnosi się także do „procesowej” podstawy skargi, skoro jej zarzut sprowadza się do tego, że Sąd Apelacyjny nie odniósł się do zarzutu niezastosowania art. 83-85 Prawa telekomunikacyjnego. Zarzut ten jest także bezzasadny, gdyż Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku przedstawił swe stanowisko co do niezastosowania w sprawie wskazanych przepisów Prawa telekomunikacyjnego z powodu wykładni prawa dokonanej w tym zakresie przez Sąd Najwyższy, którą Sąd Apelacyjny był związany (art. 398²⁰ zdanie pierwsze k.p.c.).

Chybiony jest także zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na skutek błędnej wykładni polegającej na uznaniu, że nadużyciem pozycji dominującej była odmowa zawarcia przez powoda umów z operatorami ISP, którzy odmawiali wprowadzenia systemu sygnalizacji (SS7) kompatybilnego z systemem powoda.

Wbrew temu zarzutowi – zarzuconej w nim wykładni – nie można Sądowi Apelacyjnemu przypisać. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie stwarza podstawy do wnioskowania, że Sąd Apelacyjny kierował się sugerowanym w skardze poglądem o takim jego sensie, że stwierdzono praktykę ograniczającą konkurencję w zachowaniu powódki polegającym na odmowie zawarcia umowy z przyczyn obiektywnych – wobec niedysponowania przez operatorów ISP systemu sygnalizacji ISP. Przedstawiona w skardze sugestia pozostaje w sprzeczności z ustalonymi w sprawie okolicznościami faktycznymi (por. art. 398¹³ § 2 k.p.c.), które stanowiły subsumcyjną podstawę do oceny w zakresie zastosowania wskazanych w skardze przepisów. Mianowicie sprzecznie z argumentacją przedstawionego w skardze zarzutu, Sąd Apelacyjny ustalił, że kwestia sygnalizacji SS7 nie była przyczyną odmowy zawarcia umowy. Przyczyny były zupełnie inne, natomiast powódka wykorzystała tą kwestię wyłącznie dla pozorowania obiektywnej przeszkody zawarcia umowy. Wynika to w szczególności z okoliczności postępowania w sprawie i poprzedzającego go trybu negocjacji, w którym nie było tak ażeby powódka uzależniała zawarcie umowy od tego czy zgłaszający się kontrahenci zastosują sygnał SS7, nie było też mowy o warunkach okresu przejściowego dla zmiany sygnałów.

Z powyższych przyczyn uznając bezzasadność podstaw skargi kasacyjnej Sąd Najwyższy orzekł w myśl art. 398¹⁴ k.p.c.