

Wyrok z dnia 3 września 2009 r.

III SK 9/09

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) obejmuje tylko takie porozumienia zawierane między niekonkurentami, które są porozumieniami dystrybucyjnymi. Pojęcie usług użyteczności publicznej w tej ustawie ma charakter autonomiczny i należy je interpretować z uwzględnieniem kryterium istnienia rynku i wpływu działań jednostek samorządu terytorialnego na rynek.

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Zbigniew Korzeniowski, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. sprawy z powództwa Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych SA z siedzibą w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanych - Miasta B. i Powiatu N. o ochronę konkurencji i karę pieniężną, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18 lipca 2008 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e

Decyzją z dnia 24 lipca 2006 r. [...] Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako ustawa) i „nakazał zaniechanie jej stosowania praktykę Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych SA z siedzibą w W. (powódka) oraz Miasta B. (zaintereso-

wany I) i Powiatu N. (zainteresowany II) polegającą na zawarciu porozumienia, którego celem i skutkiem było naruszenie konkurencji na b. oraz n. rynku usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych poprzez zawarcie umów, w których zainteresowany I oraz zainteresowany II zobowiązali się do maksymalnego wykorzystania przekazanych im przez powódkę stanowisk do nieodpłatnego wykonywania zdjęć cyfrowych wszystkim petentom składającym wnioski o wydanie prawa jazdy lub świadectwa kwalifikacji, co ograniczało dostęp do rynku i eliminowało z niego przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem”. Ponadto, na powódkę nałożono karę pieniężną w wysokości 595.711 zł.

Powódka wniosła odwołanie, zaskarżając decyzję Prezesa Urzędu w całości. Zaskarżonej decyzji zarzuciła naruszenie: 1) art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez błędne ustalenie, że dopuściła się zarzucanej praktyki poprzez zawarcie z zainteresowanymi porozumienia ograniczającego dostęp do rynku i eliminującego z rynku nieobjętych porozumieniem przedsiębiorców; 2) art. 4 pkt 1 ustawy, poprzez błędne przyjęcie, że zainteresowani są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy; 3) art. 4 pkt 8 ustawy, przez błędne określenie rynków właściwych w sprawie; 4) art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez błędne jego zastosowanie; 5) art. 1 ust. 1 ustawy, przez błędne ustalenie, że powód narusza interesy konsumenta; 6) art. 6 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy oraz art. 7 i 77 k.p.a. z związku z art. 80 ustawy, poprzez obrazę obowiązku działania na podstawie przepisów prawa oraz przez niedostateczne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy; 7) art. 32 Konstytucji w związku z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez naruszenie zasady równości. Powódka wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez stwierdzenie, że nie dopuściła się praktyk ograniczających konkurencję i nie zachodzą przesłanki do nałożenia kary pieniężnej. Pozwany Prezes Urzędu wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania. Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu podtrzymywał w całości swoje stanowisko zawarte w zaskarżonej decyzji.

Wyrokiem z dnia 18 września 2007 r. [...] Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną decyzję i nie stwierdził stosowania przez powódkę i zainteresowanych praktyki ograniczającej konkurencję i naruszającej zakaz, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy. Z ustaleń Sądu pierwszej instancji wynika, że na mocy zawartej w dniu 22 grudnia 1998 r. między Ministerstwem Transportu i Gospodarki Morskiej a powódką umowy, powódka jest jedynym w kraju wytwórcą wypełnionych blankietów dokumentów komunikacyjnych

(praw jazdy). W oparciu o powyższą umowę powódka zawarła w czerwcu 1999 r. z właściwymi organami administracji terenowej umowy dotyczące wykonywania czynności związanych z przyjmowaniem stosownych wniosków od obywateli, przekazywaniem ich powódce wraz ze zdjęciem i wydaniem dokumentu prawa jazdy. Zdaniem Sądu Okręgowego Ministerstwo podjęło w 2003 r. inicjatywę zmierzającą do usprawnienia istniejących zasad wydawania dokumentów prawa jazdy w ramach funkcjonującego od 2001 r. w urzędach systemu „kierowca”. W tym celu powódka zawarła z 16 starostwami i miastami na prawach powiatu w miesiącach października i listopadzie 2003 r. aneksy do łączących strony umów z czerwca 1999 r. Na mocy aneksów od stycznia 2004 r. rozpoczęto w wybranych urzędach pilotaż wykonywania zdjęć cyfrowych do praw jazdy. System pilotażowy opierał się na bezpłatnym wykonywaniu zdjęć w urzędach, przy pomocy dostarczonego przez powódkę sprzętu wszystkim osobom występującym o wydanie dokumentu prawa jazdy. Docelowo system miał być w przyszłości, na podstawie stosownych regulacji prawnych, wprowadzony w całym kraju.

Odwołując się do literalnego brzmienia art. 5 ust. 6 ustawy, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że analizowane w sprawie porozumienie dotyczyło przeprowadzenia programu pilotażowego, którego czas trwania był ściśle określony. Faktu tego nie zmienia nawet kilkakrotne przesuwanie tego terminu w drodze kolejnych zawieranych przez strony aneksów. O tymczasowości działań podjętych wskutek zawarcia porozumień świadczy również treść pisma Ministerstwa Infrastruktury skierowanego do Prezesa Urzędu z dnia 7 marca 2005 r., z którego wynika, że po zakończeniu pilotażu powódka miała przedstawić kierownictwu resortu ocenę i opinie dotyczące przeprowadzonych działań. Dopiero po analizie tego materiału miała zostać podjęta decyzja co do kierunku i celowości dalszych działań, przy uwzględnieniu konsekwencji wprowadzania systemu pozyskiwania zdjęć w urzędach dla krajowego rynku usług fotograficznych. Sąd pierwszej instancji uznał więc, iż w zaistniałej sytuacji nie można stawiać powódce i zainteresowanym zarzutu zawarcia porozumień o charakterze antykonkurencyjnym, ponieważ przyjęte przez powódkę zasady prowadzenia pilotażu, takie jak bezpłatność i maksymalizacja działania, miały jedynie służyć uzyskaniu jasnych wyników sondażu. Nadto, decyzja o wprowadzeniu odpłatności za wykonanie zdjęcia nie należała do powódki, lecz do właściwych organów państwowych, a wydawanie stosownych przepisów na etapie pilotażu było niecelowe. To pilotaż miał pomóc w określeniu wysokości opłaty, a ponadto pozwolił na dokonanie

uzgodnień ze środowiskiem fotografów i wypracowanie rozwiązania uwzględniającego interesy tej grupy przedsiębiorców poprzez wprowadzenie ich do uczestnictwa w zmodernizowanym systemie. Z zebranego w postępowaniu administracyjnym materiału dowodowego jednoznacznie - zdaniem Sądu pierwszej instancji - wynika, że określona w pierwotnym brzmieniu aneksów zawieranych z zainteresowanymi w § 4 zasada maksymalnego wykorzystania stanowiska, tak naprawdę nie była nigdy skrupulatnie realizowana. Urzędy bowiem nie miały możliwości zmuszania petentów do wykonywania zdjęć przy użyciu aparatury dostarczonej przez powódkę i nie mogły odmawiać podjęcia czynności związanych z wydaniem dokumentu w przypadku dołączenia do wniosku zdjęcia wykonanego w zakładzie fotograficznym. W późniejszym zaś etapie realizacji pilotażu odstąpiono od zasady maksymalizacji i rozważano wprowadzenie opłat za wykonanie zdjęcia. Brak jest natomiast w aktach administracyjnych informacji wskazujących, że wskutek zawarcia kwestionowanych przez Prezesa Urzędu porozumień doszło do likwidacji na określonym w sprawie rynku właściwym choćby jednego zakładu fotograficznego.

Odnosząc się do raportu z badania rynku usług fotograficznych sporządzonego przez pracowników pozwanego, Sąd pierwszej instancji podniósł, iż w raporcie tym stwierdzono, że pochodzące od przedsiębiorców informacje dotyczące ilości wykonywanych zdjęć do dokumentów były nieścisłe. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że wyrażone przez fotografów opinie dotyczące konkurencji ze strony powódki są subiektywne i niemiarodajne. Zdaniem Sądu Okręgowego, raport zawiera nadto stwierdzenie, że konkurencja ze strony kabin do wykonywania zdjęć zamontowanych w siedzibach urzędów nie była w żadnym przypadku przyczyną zamknięcia zakładu fotograficznego. W ocenie Sądu Okręgowego, zebrane w raporcie informacje nie stanowią wystarczającej podstawy do wydania decyzji stwierdzającej stosowanie przez powódkę oraz zainteresowanych niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że brak jest podstaw do twierdzenia, że powódka i zainteresowani naruszyli zakaz określony w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy i w związku z tym zmienił w całości zaskarżoną decyzję stwierdzając, że skarżący nie dopuścił się zarzucanych mu praktyk antykonkurencyjnych.

Prezes Urzędu zaskarżył apelacją wyrok Sądu Okręgowego w całości, zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie: 1) art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, iż w hipotezie tego przepisu mieszczą się jedynie praktyki ograniczające konkurencję, które mają cha-

rakter trwały, to jest czas ich trwania nie jest ściśle oznaczony; że w hipotezie tego przepisu nie mieszczą się praktyki ograniczające konkurencję, o ile jednym z celów jest sondaż co do antykonkurencyjnych skutków takich praktyk i ich zakresu; że konieczną przesłanką uznania porozumień za ograniczające konkurencję w rozumieniu tego przepisu jest wystąpienie ich antykonkurencyjnego skutku, co w niniejszej sprawie wymagałoby skrupulatnej realizacji zasady maksymalizacji wykonywania zdjęć w urzędach oraz ustalenie, iż skutkiem działań powódki była likwidacja zakładów fotograficznych, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie tego przepisu - jego niezastosowanie do praktyki powódki błędnie uznanej za obojętną dla ukształtowania się warunków konkurencji na rynku właściwym; 2) art. 2 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach oraz art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów w stanie faktycznym sprawy, polegające na uznaniu, iż ceny usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych mają charakter cen urzędowych, a decyzja o ich wprowadzeniu nie należała do powódki, lecz właściwych organów państwowych, co uniemożliwia postawienie jej zarzutu, którego istotą jest świadczenie nieodpłatnych usług, a także naruszenie przepisów prawa procesowego: 1) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego znajdującego się w aktach postępowania administracyjnego i jego błędną ocenę - w szczególności co do korespondencji prowadzonej pomiędzy powódką a Ministrem Infrastruktury, co oznaczało błędne ustalenie, że inicjatywa przeprowadzenia pilotażu wykonywania zdjęć cyfrowych w urzędach, należała do Ministerstwa, a nie do powódki i została podjęta dopiero w 2003 r., kiedy Ministerstwo zwróciło się do powódki o przeprowadzenie pilotażu; 2) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez błędną ocenę materiału dowodowego znajdującego się w aktach postępowania administracyjnego, co oznaczało błędne ustalenie, że istniały regulacje prawne, ewentualnie ich projekty, na podstawie których system wykonywania zdjęć cyfrowych w urzędach miał być wprowadzony na terenie całego kraju; 3) art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy, na skutek naruszenia zasad logicznego rozumowania, poprzez wyciągnięcie z faktu prowadzenia przez pozwanego postępowania antymonopolowego nieuzasadnionego i nielogicznego wniosku, iż kwestionowana w tym postępowaniu praktyka powódki nie spełniała przesłanek z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż jej z góry założonym celem było jedynie ustalenie, czy spełnia ona te przesłanki, co pozwoliło zapobiec jej rozszerzeniu na teren całego kraju; 4) art. 233 § k.p.c. w związku z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez

błędną ocenę materiału dowodowego oraz naruszenie zasad logicznego rozumowania, polegające na uznaniu, że świadczenie nieodpłatnych usług wykonywania zdjęć do dokumentów prawa jazdy nie stanowi bariery dostępu do rynku przedsiębiorców zamierzających podjąć działalność na rynku właściwym; 5) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez błędną ocenę wiarygodności i mocy dowodowej „Raportu z badania rynku usług fotograficznych” polegającą na uznaniu, iż dane jakie on zawiera są subiektywne i nieściśle oraz oznaczając błędne ustalenie, że raport ten zawiera stwierdzenie, że konkurencja ze strony kabin do wykonywania zdjęć zamontowanych w siedzibach urzędów nie była w żadnym przypadku przyczyną zamknięcia zakładu fotograficznego; 6) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez błędną ocenę okoliczności dotyczących zawarcia porozumienia z dnia 13 grudnia 2005 r. pomiędzy powódką i Związkiem Rzemiosła Polskiego i dokonanie na tej podstawie błędnych ustaleń co do tego, że celem powódki nie było wywołanie antykonkurencyjnych skutków na rynkach właściwych. Powódka w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie.

Wyrokiem z dnia 18 lipca 2008 r. [...] Sąd Apelacyjny uwzględnił apelację Prezesa Urzędu i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddalił odwołanie powódki od decyzji Prezesa Urzędu. Sąd Apelacyjny wskazał, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy za niedozwolone uznawane jest porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na danym rynku właściwym w szczególności poprzez ograniczenie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku nieobjętych takim porozumieniem przedsiębiorców. Przedmiotem badania organu antymonopolowego nie jest więc sposób działania przedsiębiorców prowadzący do osiągnięcia określonego celu lub skutku, ale czy cel lub skutek objęty zakazem został osiągnięty. Każde więc porozumienie, które skierowane jest przeciwko osobom trzecim niebędącym stroną porozumienia może prowadzić do ograniczenia konkurencji, jeżeli taki był cel zawartego porozumienia. Do ustalenia natomiast, jaki był cel zawartego porozumienia wystarczające jest stwierdzenie, że uczestnicy porozumienia ograniczyli swoją swobodę w stosunkach z osobami trzecimi na podstawie wspólnego uzgodnienia. Dlatego za uzasadniony uznał zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy przez powódkę polegający na zawarciu zakazanych porozumień z Miastem B. i Powiatem N., których celem i skutkiem było naruszenie konkurencji na lokalnych rynkach świadczenia usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych. Według Sądu Apelacyjnego już sam fakt świadczenia usług fotograficznych nieodpłatnie, a zatem bezkonkurencyjnie,

ograniczał możliwości wykonywania tych usług przez lokalnych fotografów na ich rynkach geograficznych, ale także w dłuższym czasie mógł spowodować zamknięcie dla nich dostępu do ich wykonywania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego celem wprowadzenia przez powoda tego rodzaju praktyk ograniczających konkurencję było doprowadzenie do rozszerzenia wykonywania zdjęć do praw jazdy w wydziałach komunikacji powiatów uczestniczących w pilotażu na teren całego kraju, a w przyszłości również do innych dokumentów personalizowanych, których parametry zdjęć są tożsame ze zdjęciami do praw jazdy i mogłyby być wykorzystywane zamiennie. Skutkiem tego rodzaju działań byłoby pozyskanie przez powoda nowego rynku produktowego w zakresie wykonywania tego rodzaju usług. Wdrożenie i realizacja programu pilotażowego miała więc na celu osiągnięcie przez powoda trwałej pozycji na rynku usług fotograficznych oraz osiągnięcie w przyszłości dodatkowych zysków związanych z podwyżką opłat za wydanie praw jazdy, w której to opłacie niewątpliwie mieściłaby się usługa wykonywania zdjęć do dokumentów personalizowanych. Za błędne Sąd Apelacyjny uznał utożsamianie opłaty za wydanie dokumentu prawa jazdy z opłatą za wykonanie zdjęcia, które stanowi załącznik do wniosku o wydanie dokumentu prawa jazdy. Opłata za wydanie dokumentu ma charakter urzędowy, co wynika z § 6 pkt 21 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości opłat i stawek wynagrodzenia za sprawdzenie kwalifikacji oraz za wydanie dokumentów w tych sprawach. Natomiast opłata za wykonanie zdjęcia nie podlega żadnym regulacjom, a jej wysokość uzależniona jest od popytu i podaży na konkretnym rynku usług fotograficznych.

Powódka miała świadomość, iż program pilotażowy może zostać uznany za praktykę ograniczającą konkurencję, bowiem już na etapie analizy założeń programu powódka przewidywała, iż skutkiem jej działań może być opór ze strony fotografów. Skutek, jaki wywoła bezpłatne wykonywanie zdjęć w urzędach wszystkim petentom był przewidywalny i obliczony na eliminację potencjalnych konkurentów - fotografów z rynku. Gdyby istotnie celem działania uczestników porozumienia była ocena skutków rynkowych prowadzonej praktyki, biorąc pod uwagę przyszłe rozwiązania planowane z Ministerstwem Infrastruktury, to wprowadzając program pilotażowy należało przewidzieć dostęp fotografów poprzez stworzenie petentom możliwości składania zdjęć w formie cyfrowej na nośnikach informatycznych oraz odpłatność zdjęć w urzędach. Tylko tak przeprowadzony sondaż dałby możliwość uzyskania jasnych wyników. Te zaś stworzyłyby podstawę do wyboru takiego wariantu, który zapewniłby

z jednej strony jakość i aktualność zdjęć do praw jazdy i wysoki poziom obsługi patentów w urzędach miast oraz stworzyłby warunki niezbędne dla rozwoju konkurencji na rynku usług fotograficznych, ewentualnie stanowiłby podstawę do podjęcia (na szczeblu rządowym) decyzji o powierzeniu wykonywania zdjęć do dokumentów powódce lub urzędom.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego za chybione należy uznać stanowisko Sądu pierwszej instancji, iż warunkiem uznania praktyki za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 6 jest jej trwały charakter, a także, iż pilotażowo-sondażowe praktyki z uwagi na ich tymczasowość nie mieszczą się w hipotezie tego przepisu. Gdyby intencją ustawodawcy było wyłączenie spod zakazu ograniczającego konkurencję pilotażowo-sondażowych praktyk, to niewątpliwie tego rodzaju ujęcie w normatywnej treści przepisu znalazłoby swoje miejsce. Zatem uznać należy, iż zamiarem racjonalnego ustawodawcy jest objęcie hipotezą tego przepisu wszelkiego rodzaju porozumień, także o charakterze sondażowo-pilotażowym, jeżeli ich celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Ustawodawca nie wskazuje, czy stosowanie tego rodzaju praktyk ograniczających konkurencję ma mieć krótkotrwały - czasowy, długotrwały czy trwały charakter. W razie stwierdzenia stosowania tego rodzaju praktyk, których czas trwania jest ograniczony czasowo, długotrwały lub trwały to ta okoliczność faktyczna ma, w ocenie Sądu, w świetle art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy jedynie skutek w postaci zróżnicowania wysokości nałożonej kary pieniężnej z uwzględnieniem skutków, jakie wywarło zakazane porozumienie na rynku właściwym.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nałożona na powoda kara w kwocie 595.711,00 zł spełnia swoją prewencyjno-wychowawczą rolę. Jest adekwatna do stopnia zawinienia, uwzględnia wszystkie okoliczności mające wpływ na jej wysokość, zarówno negatywne, jak i pozytywne. Na wysokość nałożonej na powoda kary miała wpływ długość stosowanej praktyki ograniczającej konkurencję - ponad 2,5 roku, rola powoda jako inicjatora zawartych porozumień, skutek, jaki zawarte porozumienia w sposób istotny ograniczyły konkurencję na rynkach właściwych w zakresie rynku produktowego wykonywania zdjęć do dokumentów personalizowanych: praw jazdy i świadectw kwalifikacyjnych oraz blokowanie dostępu do tych rynków innym przedsiębiorcom co uznawane jest za jedną z najbardziej niedozwolonych praktyk oraz umyślność działania powoda, który miał pełną świadomość anty-konkurencyjnych skutków swojej praktyki. Te okoliczności stanowiły podstawę do zwiększenia wymia-

ru kary. Natomiast brak bezpośrednich korzyści majątkowych w czasie trwania pilotażu (bezpłatność usługi wykonywania zdjęć) oraz współdziałanie z Prezesem Urzędu w toku postępowania administracyjnego przemawiały za zmniejszeniem kary. Zdaniem Sądu drugiej instancji zarzut powoda, iż pozwany nałożył karę pieniężną jedynie na powoda z pominięciem Miasta B. i Powiatu N. naruszając konstytucyjną zasadę równości określoną w art. 32 Konstytucji RP jest nieuprawniony. Sąd pierwszej instancji nie dokonywał takiej oceny i czynić tego nie miał obowiązku z racji tego, iż zakres rozpoznania i orzeczenia Sądu określa treść wydanej przez pozwanego decyzji, której osnowa zawiera rozstrzygnięcie w kwestii naruszenia przez powoda oraz Miasto B. i Powiat N. zakazu określonego art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz nakazuje zaniechania stosowania przez te podmioty praktyki ograniczającej konkurencję na b. i n. rynku usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych oraz nakłada tylko na powoda karę pieniężną, co oznacza, że Sąd pierwszej instancji związany jest zakresem przedmiotowym decyzji i ma obowiązek orzekania w jej granicach. Sąd zatem ocenia jedynie zasadność i wysokość nałożonej wyłącznie na powoda kary pieniężnej za naruszenie zakazu określonego w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Sąd Apelacyjny uznał za trafne stanowisko pozwanego zawarte w uzasadnieniu decyzji, dotyczące wyznaczenia na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy rynku właściwego, a zatem n. i b. rynku (rynek geograficzny) świadczenia usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych (rynek produktowy). Tożsamość parametrów zdjęć do praw jazdy i dowodów osobistych sprawia, iż usługi wykonywania tych zdjęć stanowią jeden rynek produktowy. Możliwe jest bowiem zamienne przeznaczenie zdjęcia na potrzeby wydania obu tych dokumentów. Jest to rynek, który wyróżnia się istotnymi cechami związanymi z przeznaczeniem tych zdjęć od innych usług fotograficznych (zdjęcia okolicznościowe, plenerowe, reklamowe itp.). Ograniczenie rynku właściwego do wykonywania zdjęć do dokumentów personalizowanych było więc właściwe.

Podstawą zawartych przez powoda z Miastem B. i Powiatem N. antykonkurencyjnych porozumień była pozycja uczestników tych porozumień na rynkach powiązanych (przedsiębiorcy występujący na różnych szczeblach obrotu), a nie ich siła rynkowa na lokalnych rynkach świadczenia usług w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych praw jazdy. Powód działając na krajowym rynku produkcji dokumentów ma pozycję monopolisty posiadając wyłączność na produkcję dokumentów

praw jazdy i świadectw kwalifikacyjnych. Powiązany z tym rynkiem jest rynek lokalny udostępniania infrastruktury i zasobów Wydziału Uprawnień Komunikacyjnych Urzędu i Dróg Miasta B. i lokalny rynek udostępniania infrastruktury i zasobów Wydziału Komunikacji Starostwa Powiatowego w N. Działając na tak określonym rynku jednostki samorządu terytorialnego zadysponowały mieniem komunalnym świadcząc na rzecz powoda usługę nieodpłatnego użyczenia pomieszczeń, pracowników, a także zapewniły warunki techniczno-organizacyjnego zainstalowania kabiny lub kolumn (stanowisk) do wykonywania zdjęć do dokumentów personalizowanych. Monopolistyczna pozycja uczestników porozumienia na powiązanych rynkach, umożliwia im ingerencję w zależny rynek usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych. Stwierdzić należy - wbrew twierdzeniom powoda - iż Miasto B. oraz Powiat N. są przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy. O legitymacji Miasta B. i Powiatu N. do występowania w postępowaniu antymonopolowym w charakterze strony przesądza charakter działań, jakie podmioty te podejmują na rynku. Miasto B. i Powiat N. będąc podmiotami publicznymi posiadającymi osobowość prawną są profesjonalnymi uczestnikami rynku wyposażonymi w mienie komunalne, którym zarządzają w celach komercyjnych. Udostępniając powodowi pomieszczenia i pracowników na potrzeby wykonywania zdjęć do dokumentów Miasto B. i Powiat N. posiadały status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej (art. 4 pkt 1 lit. a ustawy). Za taką usługę można, zdaniem Sądu, uznać usługę wykonywania dokumentów personalizowanych na rzecz ludności, która jest usługą powszechną wykonywaną na rzecz tych osób, które posługują się dokumentami personalizowanymi. Za usługę o charakterze użyteczności publicznej uznaje się, jak słusznie podnosi pozwany, wszelkiego rodzaju aktywność państwa, bądź jednostek samorządu terytorialnego, polegającą na zaspokajaniu określonych potrzeb społeczeństwa. Słuszne jest stanowisko pozwanego, iż wykonując dokumenty personalizowane powód świadczy na rzecz społeczeństwa usługi użyteczności publicznej zlecone przez Państwo na podstawie umowy zawartej z Ministrem Transportu oraz umów wykonawczych (technicznych) zawieranych z powiatami.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego w całości skargą kasacyjną, opierając ją na podstawie naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest: 1) art. 5 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez błędne zastosowanie, wskutek przyjęcia, że do porozumień zawartych przez powódkę z zainteresowanymi nie ma zastosowania wyłączenie spod zakazu zawierania antykonkurencyjnych po-

rozumień oraz 2) art. 5 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 4 pkt 1 ustawy, poprzez przyjęcie, że zainteresowani mają status przedsiębiorców, a tym samym mogą zostać uznani za strony porozumień, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ustawy. W uzasadnieniu podstaw skargi kasacyjnej powódka wskazała, że porozumienia zawarte z zainteresowanymi nie należą do porozumień bezwzględnie zakazanych, dlatego można stosować do nich zasadę *de minimis*. Zdaniem powódki Sąd Apelacyjny błędnie zaś uznał, że udział w rynkach, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie dotyczy rynku właściwego w sprawie to jest lokalnego rynku usług fotograficznych w sektorze zdjęć do dokumentów personalizowanych, ale poszczególnych rynków, na których działają strony postępowania antymonopolowego, to jest rynku produkcji dokumentów praw jazdy oraz lokalnego rynku udostępniania infrastruktury i zasobów wydziałów komunikacji w celu świadczenia usługi wykonywania zdjęć do praw jazdy. Ponadto, zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy do tych rynków, a nie do rynku właściwego w sprawie, to jest rynku dotkniętego skutkami porozumienia między powódką a zainteresowanymi, jest błędne. Sąd Apelacyjny błędnie zsumował udziały rynkowe stron porozumienia w celu zastosowania reguły *de minimis*. Sumowanie objęło bowiem zarówno rynki właściwe w sprawie, jak i rynki, na których działają strony porozumienia. W przypadku przedsiębiorców działających na różnych rynkach, w tym na różnych szczeblach obrotu, sumowanie udziałów rynkowych jest niewykonalne, ponieważ nie istnieje wspólny rynek, na którym udziały rynków mogłyby ulec zsumowaniu. Powódka twierdzi również, że zainteresowani nie organizowali usług użyteczności publicznej zawierając z powódką porozumienie kwestionowane przez Prezesa Urzędu. Udostępniania w sposób nieodpłatny swojego mienia nie można bowiem kwalifikować jako usługi wchodzącej w zakres usług użyteczności publicznej. Podnosi, że w świetle art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zadania użyteczności publicznej obejmują tylko zadania własne gminy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Także ustawa o gospodarce komunalnej określa jako zadania użyteczności publicznej zadania, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zdaniem powódki powiązanie pojęcia gospodarki komunalnej z zakresem zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego oznacza, że inne zadania publiczne wykonywane przez te jednostki nie należą do kategorii gospodarki komunalnej. W odniesieniu do powiatu, działalność użyteczno-

ści publicznej oznacza wykonywanie zadań własnych powiatu w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty. Działania zainteresowanych w zakresie przyjmowania wniosków o wydawanie dokumentów prawa jazdy i związana z tym obsługa petentów nie są zadaniami własnymi o takim charakterze. Ponadto, wykonywanie zdjęć do praw jazdy przez pracowników urzędu miasta i urzędu powiatowego za pomocą sprzętu dostarczonego przez powódkę, a także udostępnienie części budynku dla tego sprzętu służyło usprawnieniu procesu przyjmowania wniosków i wydawania dokumentów prawa jazdy. Zdaniem powódki na brak powszechności świadczenia usług wskazuje porównanie „udostępnienia części swojego mienia i pracowników urzędów w celu nieodpłatnego wykonywania zdjęć fotograficznych do prawa jazdy” z zadaniami w zakresie ochrony zdrowia, porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, pomocy społecznej, transportu publicznego. Ponadto działania zainteresowanych ograniczone były do stosunkowo niewielkiego kręgu petentów. Powódka odwołała się także do orzecznictwa wspólnotowego w zakresie *public bodies exception*.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powódki nie ma uzasadnionych podstaw. W pierwszej kolejności należy rozpoznać zarzut naruszenia art. 4 pkt 1 ustawy, ponieważ brak podmiotowości antymonopolowej jednej ze stron porozumienia determinuje możliwość stosowanie przepisów prawa materialnego zawartych w ustawie. Rozstrzygnięcie tej kwestii należy rozpocząć od wskazania przedmiotu porozumienia, a następnie wyjaśnienia, czy zawierając je zainteresowani występowali w charakterze podmiotów organizujących lub świadczących usługi użyteczności publicznej w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ustawy, bowiem gdy przedmiotem porozumienia jest wykonywanie zadań z zakresu administracji publicznej, nie można jednostki samorządu terytorialnego uznać za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy, a w konsekwencji zawarte przez zainteresowane z powódką porozumienie nie podlega zakazowi porozumień ograniczających konkurencję. Nie ulega też wątpliwości, że przyjmowanie wniosków oraz wydawanie praw jazdy przez starostów (miasta na prawach powiatu) jest zadaniem z zakresu administracji publicznej i jako takie nie podlega rygorom prawa ochrony konkurencji. Nie oznacza to jednak, że wszystkie działania podejmowane przez zainteresowanych przy wykonywaniu zadań z zakresu administracji publicznej nie mają gospodarczego znaczenia i nie podlegają rygorom ustawy.

W umowie, która została zakwalifikowana jako porozumienie ograniczające konkurencję, zainteresowani zobowiązali się do wyznaczenia pracowników do obsługi stacji pozyskiwania zdjęć i wzorów podpisu oraz maksymalnego wykorzystania stanowiska poprzez wykonywanie zdjęć wszystkim petentom składającym wnioski. Ponadto, powódka deklарowała, że w przypadku niewprowadzenia stosownych zmian legislacyjnych, gotowa jest zawrzeć z zainteresowanymi umowy sprzedaży stacji do wykonywania zdjęć i pozyskiwania wzorów podpisu. Sąd Najwyższy przyjmuje, że w zakresie w jakim zainteresowani zobowiązali się wykonywać zdjęcia do dokumentów personalizowanych na sprzęcie dostarczonym przez powódkę, świadczyli oni usługi użyteczności publicznej na rzecz petentów składających wnioski o wydanie praw jazdy. Usługi te były bowiem świadczone stale i na rzecz każdego ubiegającego się o wydanie prawa jazdy. Wykonywanie zdjęć nie mieści się zaś w publicznoprawnym zadaniu, jakim jest przyjmowanie wniosków i wydawanie dokumentów praw jazdy.

W zakresie dotyczącym pojęcia usług użyteczności publicznej Sąd Najwyższy nie podziela argumentacji powódki, zgodnie z którą usługami takimi mogą być tylko zadania własne gminy lub powiatu. W przeciwieństwie do art. 4 pkt 1 ustawy, który odsyła w kwestii rozumienia pojęcia przedsiębiorcy do przepisów o działalności gospodarczej, art. 4 pkt 1 lit a nie odsyła do innych aktów prawnych w zakresie rozumienia pojęcia „organizowania lub świadczenia usługi o charakterze użyteczności publicznej”. Stanowi to zdaniem Sądu Najwyższego podstawę dla uznania, że pojęcie usług użyteczności publicznej ma znaczenie autonomiczne w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, które należy interpretować z uwzględnieniem kryterium istnienia rynku i oddziaływania działań jednostek samorządu terytorialnego na rynek. Taki tok rozumowania nie jest obcy orzecznictwu Sądu Najwyższego, w którym przyjęto, między innymi, autonomiczną definicję działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego na użytek przepisów o kosztach sądowych, uznając za taką działalność administrowanie przez gminę budynkami (zob. w szczególności uchwała Sądu Najwyższego z 11 października 1996 r., III CZP 110/96, OSNC 1997 nr 2, poz. 17 i cytowane tam orzecznictwo), bazując na funkcjonalnym podejściu zgodnie z którym „o gospodarczym charakterze działalności, polegającej na zarządzaniu budynkami stanowiącymi własność gminy, przesądza jej przedmiot. Prowadzenie wszystkich spraw związanych z komunalnym kompleksem mieszkaniowym składa się na działalność, której nie można odmówić cech działalności gospodarczej

o charakterze profesjonalnym.” Sąd Najwyższy podziela w tym zakresie w pełni pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w wyrokach z 21 czerwca 2007 r., VI ACa 1260/06 (niepublikowany) oraz z 8 stycznia 2008 r., VI ACa 481/07 (niepublikowany), zgodnie z którymi znaczenie pojęcia usług użyteczności publicznej należy rozumieć możliwie najszerzej. W oparciu o powyższe Sąd Najwyższy nie podziela argumentacji przedstawionej w tej kwestii w skardze kasacyjnej i przyjmuje, że obaj zainteresowani - w okolicznościach faktycznych sprawy - mają status przedsiębiorców, ponieważ świadczyli dla ludności usługi użyteczności publicznej polegające na wykonywaniu zdjęć osobom wyrabiającym dokumenty uprawniające do prowadzenia pojazdów samochodowych.

Nieuzasadniony okazał się również zarzut naruszenia art. 5 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przepis art. 6 ustawy wprowadził do polskiego systemu prawnego instytucję porozumień bagatelnych, zwanych także porozumieniami o mniejszym znaczeniu lub porozumieniami mniejszej wagi. Są to takie porozumienia między przedsiębiorcami, których przedmiotem jest co prawda budzące wątpliwości z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji określenie zasad funkcjonowania uczestników rynku, jednakże porozumienia te nie są w stanie wpłynąć negatywnie na poziom konkurencji na rynku z uwagi na brak siły rynkowej ich stron pozwalającej odczuwalnie wpłynąć na funkcjonowanie mechanizmu rynkowego. Porozumienia, które mają status bagatelnych, zostają wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, co oznacza, że ustanowiony w art. 5 zakaz nie znajduje do nich zastosowania. Zważywszy, że art. 6 ustawy ustanawia wyjątek od zakazu porozumień ograniczających konkurencję, musi być on interpretowany restrykcyjnie. W myśl art. 6 ustawy, porozumieniem bagatelnym jest takie porozumienie, które spełnia łącznie określone w tym przepisie kryteria jakościowe i ilościowe. Do kryteriów jakościowych należą istnienie stosunku konkurencji między stronami porozumienia oraz jego przedmiot (treść). Kryterium ilościowe stanowi zaś udział w rynku. Przepis art. 6 ust. 1 wyłącza zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do porozumień zawieranych między konkurentami (art. 6 ust. 1 pkt 1) oraz porozumień zawieranych między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu (art. 6 ust. 1 pkt 2).

Bez wątplenia porozumienie, o które chodzi w niniejszej sprawie, nie zostało zawarte między konkurentami, ponieważ powódka i zainteresowane nie działają na tym samym rynku. Jednocześnie porozumienie zakwestionowane przez Prezesa

Urzędu nie jest również porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy. Porozumieniami między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu są bowiem takie porozumienia, w których strony działają na tym samym rynku produktowym i każda z nich działa na innym poziomie w łańcuchu produkcji i dystrybucji danym towarem. „Szczebel obrotu” to bowiem różne poziomy wymiany towarowej w drodze transakcji kupna - sprzedaży, na których towar przemieszcza się ze sfery produkcji do sfery konsumpcji. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 2 obejmuje zatem porozumienia dystrybucyjne. Natomiast kategoria porozumień między niekonkurentami jest znacznie szersza, ponieważ obejmuje wszelkiego rodzaju porozumienia, nie tylko dystrybucyjne, w których strony nie działają na tym samym rynku produktowym i geograficznym. Taką wykładnię art. 6 ust. 1 pkt 2 przyjęto między innymi w wyroku Sądu Apelacyjnego z 24 listopada 2005 r., VI ACa 361/05 (niepublikowany), w którym trafnie uznano, że uzgodnienie między jednostką samorządu terytorialnego a dystrybutorem prasy bezpłatnej nie spełnia kryteriów zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ strony takiego porozumienia nie są w stosunku do siebie ani konkurentami, ani przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu towarami lub usługami tego samego asortymentu. Nie zachodzi zatem między nimi „relacja sprzedawca I szczebla (producent) - sprzedawca II szczebla (hurtownik) - sprzedawca III szczebla (detalista)”. Taka wąska wykładnia art. 6 ustawy znajduje dodatkowo potwierdzenie w treści art. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. Porozumieniami bagatelnyymi są - w rozumieniu art. 7 ust. 1 pkt 2 - porozumienia zawierane między przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami. Ustawodawca zrezygnował więc z ograniczenia wyłączenia zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję tylko do porozumień między przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano zaś, że „art. 7, co do zasady, stanowi powtórzenie art. 6 obecnie obowiązującej ustawy, został jednak doprecyzowany - dotychczasowy budził trudności interpretacyjne, posługiwał się bowiem pojęciem „przedsiębiorców działających na różnych szczeblach obrotu” (pojęcie to zostało zamienione w projekcie na bardziej precyzyjne: „przedsiębiorcy niebędący konkurentami”), a jednocześnie wynikał z niego obowiązek obliczania udziału tych przedsiębiorców we wspólnym rynku, którego de facto nie ma w przypadku przedsiębiorców niebędących konkurentami”. Gdyby zatem ustawodawca - w okresie obowiązywania ustawy z 2000 r. - zamierzał rzeczywiście objąć wyłączeniem porozumienia zawierane przez przedsiębiorców działających na różnych ryn-

kach produktowych, jak w niniejszej sprawie, przepis art. 6 ust. 1 pkt 2 powinien być zredagowany inaczej.

Sąd Najwyższy nie znajduje również podstaw do dokonania wykładni art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy w sposób zgodny z prawem wspólnotowym. Kwestia ta została już rozstrzygnięta w wyroku Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06 (OSNP 2008 nr 1-2, poz. 25), w którym wyjaśniono, że nie można mówić o obowiązku dokonywania prowsólnotowej wykładni przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów składających się na zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ przepisy te - w przeciwieństwie do przepisów ustawy dotyczących ochrony zbiorowych interesów konsumentów - nie implementują do prawa polskiego postanowień dyrektyw wspólnotowych. Dlatego zarówno niewiążące akty prawa wspólnotowego w postaci Wytucznych Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają konkurencji w sposób odczuwalny w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE 2001, C 268, s. 7), a także wyroki Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich oraz decyzje Komisji dotyczące art. 81 i 82 TWE mogą być wykorzystywane jedynie posiłkowo przy wykładni prawoporównawczej przepisów ustawy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie stosował zaś równolegle przepisów wspólnotowego prawa konkurencji.

Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji wyroku.

=====