

Wyrok z dnia 17 marca 2010 r.

III SK 40/09

1. Sąd rozpoznający sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów musi uwzględnić, w jaki sposób wydana w toku tego postępowania decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej wpływa na możliwość przypisania przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu praktyki ograniczającej konkurencję, zarzucanej przez organ ochrony konkurencji i konsumentów.

2. Ciężar dowodu w zakresie prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego spoczywa na Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Przewodniczący SSN Jerzy Kwaśniewski, Sędziowie SN: Bogusław Cudowski, Andrzej Wróbel (sprawozdawca)

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2010 r. sprawy z powództwa Telekomunikacji Polskiej SA w Warszawie przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 maja 2009 r. [...]

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 24 maja 2004 r. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 1 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) praktykę polegającą na nadużywaniu przez Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie (dalej jako powódka) pozycji domi-

nującej na lokalnych rynkach udostępniania (wyzierżawiania) kanalizacji teletechnicznej w Polsce, poprzez narzucanie dzierżawcom nieuczciwych cen dzierżawy, których wysokość została ustalona w drodze ujednoczenia cen stosowanych w skali kraju, z pominięciem lokalnych warunków budowy i eksploatacji oraz stopnia wykorzystania tej kanalizacji przez sieci samej powódki oraz innych dzierżawców i nakazał zaniechanie jej stosowania oraz nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 14.150.000 zł.

Powódka zaskarżyła decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem, które zostało oddalone wyrokiem Sądu Okręgowego-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 23 kwietnia 2008 r. [...]. Sąd Okręgowy za rynek właściwy uznał rynek udostępniania kanalizacji teletechnicznej przeznaczonej do prowadzenia kabli transmisyjnych służących do przesyłu sygnałów różnego rodzaju (rynek produktowy). Zdaniem Sądu Okręgowego prowadzenie kabli w inny sposób jest ze względów technicznych i ekonomicznych utrudnione i nieopłacalne, natomiast budowa własnej kanalizacji teletechnicznej wymaga dużo czasu i wiąże się z poniesieniem znacznych nakładów. Z tych względów Sąd Okręgowy uznał kanalizację teletechniczną za infrastrukturę kluczową dla możliwości rozwoju konkurencji na funkcjonującym przy jej użyciu rynku usług telekomunikacyjnych, ponieważ infrastruktura ta nie ma zamiennika i nie można jej odpowiednio duplikować. Sąd Okręgowy uznał za niezasadne zarzuty powódki dotyczące niewłaściwego wyznaczenia granic geograficznych rynku właściwego wskazując, że decyzja organu antymonopolowego dotyczy lokalnych rynków udostępniania kanalizacji teletechnicznej w Polsce, korzystanie z tej kanalizacji ma bowiem ograniczony zasięg. Lokalny charakter rynków dzierżawy wynika z różnorodności uwarunkowań technicznych, topograficznych i ekonomicznych. Takich rynków jest w Polsce tysiące i każdego z nich dotyczy zarzucana powódce praktyka, polegająca na ujednoczeniu cen dzierżawy na takich samych warunkach niezależnie od odrębności tych rynków lokalnych. Zdaniem Sądu Okręgowego niecelowe jest badanie każdego rynku lokalnego, a wyznaczenie go w sposób przyjęty w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości co do zakresu rynku oraz pozwala objąć decyzją wszystkich potencjalnych dzierżawców kanalizacji teletechnicznej działających na wszystkich lokalnych rynkach na terenie Polski.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego apelacją, która została częściowo uwzględniona - w zakresie dotyczącym wysokości kary pieniężnej nałożonej na powódkę. Pozostałe zarzuty nie znalazły uznania Sądu Apelacyjnego, którego

zdaniem rynek właściwy może być rynkiem krajowym, a ten może się składać z poszczególnych rynków lokalnych (miejskich, dzielnicowych, osiedlowych, a nawet wiejskich). Różniące się terytorialnie i rozproszone na terenie całej Polski rynki lokalne nie tworzą sztucznego konglomeratu. Według Sądu Apelacyjnego ich odrębność geograficzna, ale określona granicami Polski, łączy wspólny rynek produktowy udostępniania kanalizacji teletechnicznej. Nie było potrzeby ustalania, czy powódka zobowiązana jest do dzielenia się swoją własnością, ponieważ istotą sporu nie jest kwestia udostępniania kanalizacji teletechnicznej przez powódkę, lecz zasady tej praktyki. Sąd Apelacyjny nie uznał również, że na korzyść powódki przemawia decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 30 czerwca 2006 r., ponieważ regulator rynku zakwestionował w niej prawidłowość praktyki powódki polegającej na ryczałtowym sposobie ustalania opłaty miesięcznej.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, zarzucając naruszenie art. 316 k.p.c., art. 4 pkt 8 ustawy oraz art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy i wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, ewentualnie o uchylenie i orzeczenie co do istoty sprawy przez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu. Powódka upatruje naruszenia art. 316 k.p.c. w nieuwzględnieniu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 30 czerwca 2006 r. (dalej jako decyzja Prezesa UKE) w sprawie będącej jednocześnie przedmiotem decyzji Prezesa Urzędu, której dotyczy niniejsza sprawa. Według powódki decyzja Prezesa Urzędu w sposób negatywny określa zgodny z prawem sposób działania przedsiębiorcy, zatem stosując się do decyzji Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie, powódka powinna uwzględniać lokalne warunki budowy i eksploatacji kanalizacji teletechnicznej oraz stopień wykorzystania kanalizacji i ustalać opłaty za dzierżawę odrębnie dla każdego z lokalnych rynków udostępniania kanalizacji teletechnicznej przeznaczonej do prowadzenia w niej kabli transmisyjnych, służących do przesyłu sygnałów telefonicznych, telewizyjnych, radiowych, Internetu itp., przy czym wedle kryterium geograficznego lokalne rynki określone są jako „konkretne miasto lub jego część” (s. 11 decyzji Prezesa Urzędu), a nawet jako „jedna ulica, osiedle, dzielnica bądź cała aglomeracja” (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego). Tymczasem w decyzji Prezesa UKE wysokość opłaty za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej zróżnicowano w zależności od liczności mieszkańców w danej miejscowości, a zatem nie odrębnie dla każdego z rynków, lecz z podziałem rynków lokalnych na kategorie, dla których stawki wyznaczone są w

oparciu o jednakowy współczynnik. Ponadto, w decyzji Prezesa UKE wprowadzono zasadę, że opłatę miesięczną za dzierżawę kanalizacji operatorzy ponoszą w wysokości nie niższej niż opłatę za 100 m kanalizacji w przypadku dzierżawy odcinków nieprzekraczających 100 m, zaś w przypadku odcinków o łącznej długości przekraczającej 100 m, rozliczenie będzie dokonywane z dokładnością do jednego metra. Powódka wskazuje, że między zachowaniem składającym się na zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję stwierdzonej decyzją Prezesa Urzędu i podtrzymanej wyrokami Sądów orzekających w niniejszej sprawie, a zachowaniem do którego powódka została zobowiązana na mocy decyzji Prezesa UKE, zachodzi rozbieżność. O ile zgodne z decyzją Prezesa UKE będzie stosowanie przez powódkę jednolitej opłaty miesięcznej za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej w ramach jednej kategorii miejscowości, o tyle takie ujednoczenie nadal może zostać uznane przez Prezesa Urzędu za niewykonanie decyzji wydanej w niniejszej sprawie. Z kolei konsekwencją niezastosowania się do kryteriów ustalania opłat miesięcznych za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej wyznaczonych przez Prezesa UKE może być również nałożenie kary pieniężnej. Zdaniem powódki Sąd Okręgowy, a za nim Sąd Apelacyjny powinien uwzględnić zgłaszane przez strony nowe dowody lub okoliczności, a taką okolicznością jest wydanie przez organ regulacyjny decyzji administracyjnej, której przedmiot jest według powódki tożsamy z przedmiotem objętym niniejszym postępowaniem cywilnym. Decyzja Prezesa UKE bezsprzecznie rzutowała na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia, ponieważ kształtowała te obowiązki strony postępowania, które jednocześnie były przedmiotem sporu. Sąd merytorycznie rozpoznający spór powstały na gruncie decyzji Prezesa Urzędu bada bowiem nie tylko okoliczności tkwiące w samej decyzji, ale także okoliczności późniejsze, bezwzględnie wpływające na obowiązki powoda. Sąd Apelacyjny miał zatem obowiązek ostatecznie ustalić obowiązki powódki z uwzględnieniem decyzji Prezesa UKE i dopiero z tej perspektywy dokonać oceny decyzji Prezesa Urzędu.

Zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy polega na błędnej wykładni poprzez przyjęcie, że w ramach definicji jednego rynku właściwego może równocześnie występować wiele różnorodnych, niezidentyfikowanych geograficznie rynków właściwych wyodrębnionych ze względu na panujące na nich różne warunki konkurencji. Zdaniem powódki art. 4 pkt 8 ustawy nie dopuszcza definicji rynku właściwego w postaci wyodrębnienia obszaru składającego się z pomniejszych, niejednorodnych pod względem warunków konkurencji obszarów, czy też tworzenia konglomeratu obsza-

rów na których panują różnorodne warunki konkurencji, podczas gdy taką definicję rynku właściwego przyjął Sąd Apelacyjny uznając, że „rynek właściwy może być rynkiem krajowym (w Polsce), a ten może się składać z poszczególnych rynków lokalnych (miejskich, dzielnicowych, osiedlowych, a nawet wiejskich)”. Według powódki dozwolone jest definiowanie kategorii rynków lokalnych, na których panują zbliżone warunki konkurencji, takich jak „rynek detaliczny świadczenia usług X świadczonych w miastach powyżej 100.000 mieszkańców”. Jednakże w niniejszej sprawie stworzono zbiór rynków lokalnych cechujących się różnorodnymi warunkami konkurencji. Zdaniem powódki niewystarczające jest - do przyjęcia takiego rozumienia rynku właściwego - odwołanie się do konieczności praktycznej, podyktowanej przez zarzut nadużycia pozycji dominującej poprzez stosowanie opłat za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej z pominięciem lokalnych warunków budowy i eksploatacji. Zdaniem powódki Sąd Apelacyjny ustalił rynek właściwy z pominięciem kluczowego kryterium definicji rynku w ujęciu geograficznym, czyli kryterium zbliżonych warunków konkurencji i przyjął, iż w ramach definicji jednego rynku właściwego może jednocześnie występować wiele różnorodnych rynków geograficznych wyodrębnionych ze względu na panujące na nich różne warunki konkurencji. W toku niniejszego postępowania pozycja dominująca powódki została oznaczona jedynie w odniesieniu do trzech rynków lokalnych: w Warszawie, Poznaniu i Słubicach. Natomiast z sentencji decyzji Prezesa Urzędu wynika, że postawiony powódce zarzut nadużycia pozycji dominującej nie odnosił się do żadnego z tych rynków, lecz do „lokalnych rynków udostępniania (wydzierżawiania) kanalizacji teletechnicznej w Polsce”. Powódka zarzuca również naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy w związku z art. 6 k.c. poprzez błędne zastosowanie i stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym wobec braku wykazania rzeczywistych lub potencjalnych antykonkurencyjnych skutków zarzucanej praktyki. Podnosi, że w toku postępowania argumentowała, że przedsiębiorcy będący jej kontrahentami konkurują ze sobą wyłącznie w ramach jednego lokalnego rynku właściwego, stanowiącego jedną przestrzeń konkurencyjną. Pomiędzy podmiotami działającymi na różnych lokalnych rynkach geograficznych nie ma rywalizacji, a zarzucane powódce nierówne traktowanie kontrahentów musi dotyczyć działania w obrębie jednego rynku i nie może być utożsamiane z samym faktem istnienia różnic pomiędzy rynkami lokalnymi. W sprawie w sposób sztuczny został stworzony „jeden” rynek, co do którego sformułowano wobec powódki zarzut niejednolitego traktowania kontrahentów. Zdaniem powódki Sąd Apelacyjny naruszył prze-

pis art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy, gdyż błędnie uznał za praktykę ograniczającą konkurencję sam fakt stosowania jednolitych opłat w odniesieniu do różnorodnych rynków lokalnych, nie stwierdzając jednocześnie praktyki ograniczającej konkurencję na konkretnym, prawidłowo zdefiniowanym rynku właściwym. W szczególności, w postępowaniu sądowym nie przeprowadzono analizy uwarunkowań na rynkach lokalnych, z perspektywy których należałoby oceniać zasadność zaproponowanego przez powódkę rodzaju i pułapu opłat. Ponadto, nie przeprowadzono oceny rzeczywistego lub potencjalnego wpływu działań powódki na konkurujących przedsiębiorców, nie określono nawet, na jakim rynku (rynkach) miałyby ujawnić się antykonkurencyjny efekt zachowania powódki. Według skarżącej w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej wymagane jest wykazanie, poprzez przeprowadzenie stosownej analizy, opartej na porównaniu stanu konkurencji z uwzględnieniem zarzucanego działania przedsiębiorcy i w braku kwestionowanego działania, że zachowanie przedsiębiorcy dominującego wywołuje lub może wywoływać antykonkurencyjne, szkodliwe dla konsumentów skutki. Brak takiej analizy powoduje, iż przedsiębiorcy nie można przypisać nadużycia pozycji dominującej. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej nie wynikało z odniesienia opłat stosowanych przez powódkę do lokalnych uwarunkowań budowy i eksploatacji kanalizacji teletechnicznej na rynku właściwym oraz z wykazania pogorszenia (lub możliwości pogorszenia) warunków konkurencji dla klientów powódki, lecz ze stwierdzenia faktu występowania różnic pomiędzy lokalnymi rynkami właściwymi, w czym Prezes Urzędu upatrywał elementu „nieuczciwości”.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powódki Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 316 k.p.c. Prezes Urzędu wskazał, że do sądu należy merytoryczna ocena poddanej jego rozstrzygnięciu decyzji, zaś zdarzenia zaszłe po jej wydaniu nie mają znaczenia dla dokonania takiej oceny. Mogą być brane pod uwagę jedynie na etapie ewentualnej kontroli wykonania decyzji Prezesa Urzędu. Fakt wydania decyzji przez Prezesa UAE nie wpływa zatem na rozstrzygnięcie sprawy. Z kolei zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy jest zdaniem Prezesa Urzędu niezasadny, ponieważ korzystanie z kanalizacji technicznej ma charakter lokalny, rynki takie umiejscowione są w całej Polsce, każdego z tych rynków dotyczą działania powódki polegające na ujednoczeniu cen dzierżawy. Zdaniem Prezesa Urzędu nie ulega wątpliwości, że na lokalnych rynkach udostępniania kanalizacji powódka posiada pozycję dominującą, zaś przedstawione bliżej w toku postępowania

trzy rynki lokalne mają jedynie charakter przykładowy, ilustrujący przewagę powódki. Natomiast ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy, Prezes Urzędu stwierdził, że nie ma potrzeby szerszego analizowania, w jaki sposób praktyka powódki wpływa na konkurencję na rynku właściwym, ponieważ praktyka stwierdzona w niniejszej sprawie ma charakter eksploatacyjny, którego istota polega na uzyskaniu nieuzasadnionych ekonomicznie korzyści kosztem innych podmiotów.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powódki ma uzasadnione podstawy. Uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 316 k.p.c., mimo iż Sąd Apelacyjny ustosunkował się w uzasadnieniu wyroku do argumentacji powódki, zgodnie z którą należało wziąć pod uwagę przy ocenie, czy dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję, decyzję Prezesa UKE z 2006 r. Sąd Apelacyjny przyjął, że przedmiotowa decyzja nie wpływa na prawidłowość oceny zachowania powódki w stanie faktycznym sprawy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny rozpoznają sprawę merytorycznie, zatem muszą brać pod uwagę stan faktyczny i prawny istniejący w chwili orzekania. Decyzja Prezesa UKE - zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego z wyroku z dnia 15 października 2006 r., III SK 15/06 (OSNP 2007 nr 21-22, poz. 337), ustalająca w wiążący dla przedsiębiorcy sposób zachowania na rynku wpływa na zakres zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do zachowań przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jeżeli po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu, w toku postępowania sądowego, zostanie wydana decyzja regulatora rynku, taka jak w niniejszej sprawie decyzja Prezesa UKE, Sąd rozpoznający sprawę musi uwzględnić w jaki sposób przedmiotowa decyzja wpływa na możliwość przypisania przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu praktyki zarzucanej mu przez Prezesa Urzędu. Jeżeli z decyzji Prezesa UKE wynika, że przedsiębiorca ma zachowywać się w sposób sprzeczny z wynikającym z decyzji Prezesa Urzędu obowiązkiem zaniechania stosowania praktyki, decyzja Prezesa UKE wywołuje ten skutek, że zachowanie przedsiębiorcy uznane przez Prezesa Urzędu za praktykę ograniczającą konkurencję staje się ograniczeniem konkurencji dozwolonym na mocy ustawy w rozumieniu art. 3 ustawy. Z perspektywy postępowania sądowego oznacza to, że konieczna jest zmiana decyzji Prezesa Urzędu z uznającej praktykę za ograniczającą konkurencję i nakazującej jej zaniechanie na uznają-

czą praktykę za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą jej zaniechanie. Późniejsza decyzja Prezesa UKE nie wpływa natomiast na samą kwalifikację zachowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego jako praktyki ograniczającej konkurencję.

Zasadny jest również zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy. Jak powódka trafnie wskazała w jego uzasadnieniu, w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się fundamentalne znaczenie prawidłowego zdefiniowania w sprawie rynku właściwego (wyroki Sądu Najwyższego: z 9 marca 2004 r., III SK 13/04, OSNP 2004 nr 23, poz. 412; z 1 kwietnia 2004 r., III SK 25/04, Dz.Urz. UOKiK 2004 nr 4, poz. 327). Z uwagi na specyfikę postępowania w sprawach ochrony konkurencji, ustalenia w tym przedmiocie należą do Sądu Okręgowego oraz Sądu Apelacyjnego, zaś ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Prezesie Urzędu, który w tym celu powinien wykorzystać - przede wszystkim - instrumenty dostępne w toku postępowania administracyjnego (wyjaśniającego i właściwego). Jako rynek właściwy w niniejszej sprawie - dla potrzeb ustalenia, czy powódka posiada pozycję dominującą - wyznaczono pod względem produktowym rynek usług udostępniania kanalizacji teletechnicznej przeznaczonej do prowadzenia kabli transmisyjnych, służących do przesyłu sygnałów telefonicznych, telewizyjnych, radiowych, Internetu. Natomiast pod względem geograficznym, za rynek właściwy Sąd Apelacyjny przyjął rynek krajowy (terytorium Polski), złożony „z poszczególnych rynków lokalnych, złączonych we wspólny rynek produktowy udostępniania kanalizacji teletechnicznej”, zaś w decyzji Prezesa jako rynek właściwy wskazano „lokalne rynki udostępniania kanalizacji teletechnicznej w Polsce”. Takie wyznaczenie rynku podyktowane było ujednoczeniem przez powódkę stawek za dzierżawę kanalizacji teletechnicznej w skali całego kraju oraz dysponowaniem przez powódkę kanalizacją teletechniczną na terenie całego kraju. Tym samym rynek właściwy został zdeteminowany przez przyjętą przez Prezesa Urzędu koncepcję ograniczenia konkurencji w niniejszej sprawie. Takie podejście metodologiczne jest zdaniem Sądu Najwyższego nieuprawnione i to nawet w sprawach, w których chodzi o stosowanie praktyk o charakterze eksploatacyjnym, jak w niniejszej sprawie. Prezes Urzędu nie posiada bowiem kompetencji do interweniowania - z wyjątkiem kontroli koncentracji kapitału - *ex ante*, a jedynie *ex post* - po stwierdzeniu, że dane zachowanie wywołuje skutek w postaci ograniczenia konkurencji albo - w odniesieniu do zachowań, które ze swej istoty mają na celu ograniczenie konkurencji, ponieważ w przypadku ich wdrożenia nieuchronnie doprowadzą do wywołania antykonkurencyjnego skutku - ma na celu ograniczenie konkurencji. Zachowania takie

muszą ujawniać się na określonej arenie, jaką jest rynek właściwy, na którym działają zidentyfikowane przez Prezesa Urzędu podmioty, dotknięte negatywnymi skutkami działań dominanta (relewantnymi z punktu widzenia celów prawa ochrony konkurencji), występujące bądź w charakterze konkurentów przedsiębiorcy ograniczającego konkurencję (w przypadku praktyk wykluczających), bądź jego kontrahentów (w przypadku praktyk eksploatacyjnych). W przeciwieństwie do regulatora rynku, jakim jest Prezes UKE, Prezes Urzędu nie ma kompetencji do określenia sposobu, w jaki przedsiębiorca działający w skali całego kraju, lecz na różnych geograficznie wyodrębnionych rynkach właściwych, prowadzi swoją politykę cenową. Z powyższego wynika, że nie został spełniony wstępny warunek zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, jakim jest prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego, na którym ujawniają się lub mogą ujawniać antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorcy.

Powyższe stanowisko Sądu Najwyższego nie wyklucza możliwości przyjęcia koncepcji rynku właściwego jako konglomeratu rynków lokalnych w innych sprawach prowadzonych przez organ antymonopolowy. Jednakże zdaniem Sądu Najwyższego w niniejszej sprawie rynkiem właściwym powinien być krajowy rynek udostępniania kanalizacji teletechnicznej ze względu na następujące okoliczności: 1) działalność powódki na terytorium całego kraju i posiadania kanalizacji teletechnicznej na terenie całego kraju; 2) udostępnianie kanalizacji teletechnicznej na terenie całego kraju; 3) ujednoczenie zasad naliczania czynszu z tytułu dzierżawy kanalizacji teletechnicznej. Z tych samych względów zachowanie powódki oddziałuje na warunki dzierżawy kanalizacji teletechnicznej - a tym samym interesy ekonomiczne dzierżawców - na terytorium całego kraju, aczkolwiek w zróżnicowany sposób.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy w niniejszej sprawie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zdaniem Sądu Najwyższego w okolicznościach ustalonych w niniejszej sprawie nie można traktować zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą i działającego na rynku krajowym, polegającego na ujednoczeniu zasad ustalania cen za przejaw narzucania cen nieuczciwych. Przedsiębiorca działający na tak zdefiniowanym geograficznie rynku właściwym (terytorium całego kraju) nie ma obowiązku dostosowywania struktury cen swoich towarów do kosztów ponoszonych na rynkach lokalnych oraz uwzględniania w każdym przypadku sytuacji konkurencyjnej na rynku lokalnym lub regionalnym.

Ponadto, w zależności od tego, do świadczenia jakich usług kontrahenci wykorzystują dzierżawioną kanalizację, będącą własnością przedsiębiorcy posiadającego

pozycję dominującą, warunki dzierżawy mogą wyczerpywać znamiona praktyki ograniczającej konkurencję z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o różnym charakterze. Gdy kanalizacja powódki dzierżawiona jest celem świadczenia usług teleinformatycznych konkurencyjnych wobec usług powódki, zasady udostępniania tej kanalizacji mogą mieć charakter wykluczający (antykonkurencyjny). Natomiast gdy kanalizacja udostępniana jest do świadczenia usług innego rodzaju, niż oferowane - przy jej wykorzystaniu - przez powódkę, zasady udostępniania przedmiotowej kanalizacji będą miały charakter eksploatacyjny. Powyższe rozróżnienie ma podstawowe znaczenie, z uwagi na zróżnicowanie przesłanek, jakie wykazać ma organ antymonopolowy, aby skutecznie zarzucić przedsiębiorcy nadużycie pozycji dominującej.

W zakresie, w jakim zachowanie powódki polega na uzyskiwaniu wygórowanych świadczeń od kontrahentów, jakimi są podmioty dzierżawiące kanalizację teletechniczną powódki, niebędące jednocześnie jej konkurentami, nie ma potrzeby wykazywania, w jaki sposób przedmiotowa praktyka wyklucza konkurencję. Nie ma wówczas również potrzeby stosowania wypracowanych w praktyce i doktrynie obcej testów na okoliczność dostępu do infrastruktury kluczowej. Gdyby przyjąć, że zachowanie powódki ma charakter eksploatacyjny, zaś rynkiem pozycji dominującej i rynkiem dotkniętym jest rynek krajowy, nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy może polegać jedynie na wprowadzeniu stawek z tytułu dzierżawy pozwalających powódce uzyskiwać wyższe wpływy niż wynikające z faktycznego poziomu „zajęcia” kanalizacji teletechnicznej przez inny podmiot. Praktyką jest zatem nie stosowanie określonych cen, ale zasad kalkulacji oderwanych od faktycznego poziomu wykorzystania przez dzierżawców kanalizacji teletechnicznej powódki. Jako właściciel infrastruktury wykorzystywanej do świadczenia usług telekomunikacyjnych powódka ma uzasadniony interes ekonomiczny w udziale dzierżawców w pokrywaniu kosztów związanych z budową i utrzymaniem przedmiotowej infrastruktury, ale udział ten powinien odpowiadać stopniowi wykorzystania tej infrastruktury przez inne podmioty.

W zakresie w jakim zachowania powódki wymierzone są w dzierżawców oferujących, przy wykorzystaniu należącej do niej kanalizacji teletechnicznej, usługi konkurencyjne względem jej usług, należy podzielić stanowisko Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym kanalizacja teletechniczna może być urządzeniem kluczowym. Jednakże kwestia takiego statusu przedmiotowej kanalizacji oraz wynikających z niego ograniczeń w korzystaniu przez powódkę z przysługujących jej praw majątko-

wych uzależniona jest ściśle od specyfiki lokalnej; rodzaju działalności przedsiębiorcy, któremu kanalizacja jest udostępniana; faktycznej i prawnej możliwości budowy niezależnej infrastruktury oraz związanych z tym kosztów i ich wpływu na możliwość skutecznego konkurowania z powódką (zob. również wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2009 r., III SK 24/08, OSNP 2010 nr 13-14, poz. 178). Ustaleń koniecznych do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej o takim charakterze nie da się jednak przeprowadzić w ramach abstrakcyjnej analizy rynku właściwego, złożonego z konglomeratu rynków lokalnych, bądź rynku właściwego w postaci krajowego rynku udostępniania kanalizacji teletechnicznej.

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

=====