

Sygn. akt XVII AmA 63/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: st. sekretarz sądowy Ewa Naróg

po rozpoznaniu w dniu 3 października 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) **Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P.**

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o nadużywanie pozycji dominującej i nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w P. z dnia 26 września 2011 r., Nr (...)

1. uchyla zaskarżoną Decyzję,
2. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. kwotę 2.630 zł (dwa tysiące sześćset trzydzieści złotych) tytuł zwrotu kosztów postępowania za obie instancje.

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. Akt XVII AmA 63/15

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 26 września 2011 r., nr (...) na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6

tej ustawy, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez (...) Spółdzielnię Mieszkaniową (...) z siedzibą w P. pozycji dominującej na tynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, poprzez nieuzasadnione nie wydawanie zgody na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych oraz przeprowadzenie linii kablowych celem świadczenia usług telekomunikacyjnych i nakazał zaniechanie jej stosowania. W związku z naruszeniem art. 9 ust. 1 i 2 pkt. 5 ww. ustawy w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt.1 oraz stosowanie do art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nałożył na „ (...) Spółdzielnię Mieszkaniową (...) w P.” z siedzibą w P. karę pieniężną w wysokości 146.466,00 zł (słownie: sto czterdzieści sześć tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych), płatną do budżetu państwa.

Od powyższej decyzji odwołanie złożyła (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w P. zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej decyzji odwołująca zarzuciła:

I. Dokonanie błędnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę decyzji i mających wpływ na jej treść, w zakresie:

1) przyjętej tezy o nieuzasadnionym nie wydawaniu zgody na zawarcie umowy z przedsiębiorcami oferującymi usługi telekomunikacyjne;

2) umyślnego działania Skarżącej w tym zakresie;

3) bezzasadności stanowisk negocjacyjnych Skarżącej wobec propozycji przedsiębiorców; a także:

4) chronologii i przebiegu poszczególnych procesów negocjacji;

5) dokonanie w istocie zbiorczego, błędnego ustalenia, oderwanego od konkretnych okoliczności poszczególnych negocjacji, zgodnie z którym:

(a) przedsiębiorcy składali poprawne, możliwe do zaakceptowania, propozycje,

(b) Skarżąca w zasadzie zgłaszała do ww. propozycji jedynie gołosłowne i nieuzasadnione zastrzeżenia,

6) przyjęcie tezy, że orzeczona kara nie obciąża bezpośrednio członków Spółdzielni - Skarżącej.

II. Nie dokonanie istotnych ustaleń faktycznych, a także oparcie decyzji na nieustalonych przesłankach dorozumianych mających wpływ na jego treść, w szczególności poprzez:

1) brak analizy treści konkretnych stanowisk negocjacyjnych Skarżącej,

2) zastąpienie analizy konkretnych stanowisk negocjacyjnych Skarżącej podkreślaniami fragmentarycznych oraz wyrwanych z kontekstu całej korespondencji cytatów (w tym wyciętych części zdań), sugestywnie wskazujących na bezzasadność stanowisk Skarżącej - w istocie w sposób oczywiście sprzeczny z rzeczywistą treścią tych stanowisk, możliwych do ustalenia i jasnych przy uwzględnieniu pomijanego kontekstu (w tym całości zdań, cytowanych przez UOKiK we fragmentach, całości pism lub korespondencji);

3) całkowity brak analizy stanowisk negocjacyjnych przedsiębiorców składających propozycje Skarżącej i pominięcie oczywistych braków lub rażących wad tych stanowisk, a w sposób oczywisty prowokujących następcze stanowiska (zastrzeżenia) Skarżącej, w tym m. in. pomijanie takich istotnych i wyraźnych okoliczności, jak:

(a) przedkładanie przez przedsiębiorcę projektu innego typu umowy (zlecenia) nie mieszczącego się w zakresie przedmiotu obowiązkowych negocjacji (udostępnienia nieruchomości do korzystania na cele usług telekomunikacyjnych),

(b) ponawiane proponowanie nieodpłatności korzystania z nieruchomości (podczas gdy Skarżąca stała na uprawnionym stanowisku o odpłatności udostępnienia nieruchomości),

(c) proponowanie warunków umownych nie występujących na rynku i rażąco nierówno ważnych (w tym względem postanowień, które stosuje przedsiębiorca we własnych umowach z klientami),

(d) składanie propozycji w zakresie udostępnienia nie istniejących nieruchomości (wskazanych numerycznie budynków na danym osiedlu nie istniejących),

(e) nie przedkładanie lub przedkładanie oczywiście wybrakowanych projektów technicznych stanowiących w istocie essentialia negotii umowy korzystania z nieruchomości określających zakres korzystania z nieruchomości i wskazujących w szczególności konkretny przebieg, miejsce i sposób montażu instalacji i urządzeń;

4) nie ustalenie następujących istotnych okoliczności sprawy:

(a) jakie są essentialia negotii umowy na korzystanie nieruchomości na cele związane ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych, tj. w szczególności, czy istotnym składnikiem takiej umowy jest cena (przy odpłatności umowy) oraz projekt zawierający część graficzną (określający przebieg, miejsca i sposób montażu instalacji i urządzeń),

(b) czy ww. projekt określający przebieg, miejsca i sposób montażu instalacji i urządzeń powinien stanowić załącznik do umowy (stanowiąc jej integralną część) z zachowaniem formy pisemnej wiążącej dla całej umowy,

(c) czy zasadne było stanowisko Skarżącej, zgodnie z którym rzeczowe, „sensowne”, negocjacje (zmierające do finalnego zawarcia umowy) wymagają poczynienia ww. podstawowych ustaleń w zakresie essentialia negotii umowy (tj. ceny oraz konkretnego przebiegu, miejsc i sposobu montażu instalacji i urządzeń),

(d) czy sporządzenie projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości (w tym konkretny przebieg, miejsca i sposób montażu instalacji i urządzeń na terenie nieruchomości Skarżącej) może być czynnikiem kształtującym cenę (warunki odpłatności) z tytułu korzystania z nieruchomości, a jeśli tak to, czy uprawnione było stanowisko Skarżącej zgodnie z którym przedstawienie ww. projektu jest jej niezbędne do określenia warunków odpłatności;

(e) czy sporządzenie projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości (w tym konkretny przebieg, miejsca i sposób montażu instalacji i urządzeń na terenie nieruchomości Skarżącej) może być potrzebne do ustalenia czy planowany zakres i sposób korzystania z nieruchomości nie uniemożliwi lub utrudni racjonalne z niej korzystanie (w tym w zakresie uwzględnienia istniejących uwarunkowań technicznych instalacji energetycznych, gazowych oraz telekomunikacyjnych i nie naruszenia dotychczasowej infrastruktury nieruchomości), a jeśli tak to, czy uprawnione było stanowisko Skarżącej zgodnie z którym przedstawienie ww. projektu jest jej niezbędne do oceny umowy i jej wpływu racjonalne korzystanie z nieruchomości;

(f) czy Skarżąca była uprawniona do domagania się w pierwszej kolejności ww. ustaleń,

(g) czy propozycje przedsiębiorców spełniały wymagania w zakresie essentialia negotii negocjowanych umów i ww. ustaleń,

(h) jak powinny przebiegać negocjacje (jaki jest rozkład obowiązków), tj. w szczególności czy Skarżąca była zobowiązana do przedkładania własnej propozycji umowy;

5) nie przeprowadzenie dowodu z oględzin jak i z opinii biegłego - na okoliczności zasadności/bezzasadności zastrzeżeń Skarżącej (np. projektowania instalacji telekomunikacyjnej w miejscu przebiegu instalacji gazowej);

6) nieustalenie (uporczywe pomijanie przez organ administracji w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji) okoliczności, iż stanowiska Skarżącej zajmowane w toku poszczególnych negocjacji były zarówno przez nią uzasadniane (przy rzetelnym uwzględnianiu stanowisk-wypowiedzi Skarżącej, tj. całości zdań, pism, korespondencji), jak i w istocie zasadne i rzeczowe, nawet jeśli swoich stanowisk Skarżąca nie formułowała w języku prawniczym (z myślą o postępowaniu przed UOKIK);

7) nieustalenie lub pominięcie szeregu okoliczności wprost zaprzeczających tezom przyjętym za podstawę decyzji, a mianowicie:

(a) współpracy Skarżącej podczas negocjacji z przedsiębiorcami oraz działań Skarżącej zmierzających do zawarcia umowy, w tym takich działań jak:

- dopuszczenie i proponowanie wizji lokalnej nieruchomości Skarżącej celem umożliwienia przedsiębiorcy wykonania projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości -wobec braku dokumentacji starych budynków,
- przekazanie przedsiębiorcy dokumentacji technicznej nowego budynku po jej sporządzeniu celem umożliwienia przedsiębiorcy wykonania projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości,
- udział w spotkaniach z przedsiębiorcami (z uwzględnieniem odmowy spotkania jedynie w sytuacji, gdy nie uwzględniono ustaleń poprzedniego spotkania lub nie doszło do ustaleń nie wymagających spotkania),
- wskazywanie w formie pisemnej jak i ustnej konkretnych zastrzeżeń do propozycji przedsiębiorców oraz propozycji zmian umów,
- przedłożenie podczas negocjacji z przedsiębiorcą własnego projektu umowy.

(b) konkurencyjnej oferty Skarżącej, co pośrednio wskazuje na brak podstaw do przypisywania Skarżącej intencji ucieczki przed konkurencją, a w każdym razie uprawdopodobnia przeciwną do przyjętej przez organ administracji tezę o braku determinacji Skarżącej w celu odmawiania wyrażania zgody na udostępnianie swoich zasobów z narażeniem na spór z UOKiK i karę) oraz istnienie spontanicznego przekonania Skarżącej o słuszności zajmowanego przez nią stanowiska.

III. Naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.

1) rażąco naruszenie art. 7, 8 i 11 Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.) w zw. z art. 83 uokik - poprzez dokonywanie ustaleń faktycznych w sposób rażąco sprzeczny z zasadą bezstronności, pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej oraz wyjaśniania zasadności przesłanek, w szczególności poprzez wyjątkowo tendencyjną „analizę” materiału dowodowego:

(a) wyrywanie z kontekstu zdań, pism lub korespondencji fragmentów wypowiedzi Skarżącej sugestywnie i przekonująco ilustrujących bezzasadność i bezprawność stanowiska Skarżącej, podczas gdy przedstawienie całości wypowiedzi Skarżącej wskazywałoby na to, iż stanowisko Skarżącej było uzasadnione i uprawnione, co w konsekwencji doprowadziło do oczywistego zniekształcenia obrazu stanu faktycznego,

(b) podkreślanie w tekście uzasadnienia decyzji wybranych fragmentów podpadających pod przyjętą w sentencji decyzji tezę i j/w sugestywnie ilustrujących bezprawność stanowiska Skarżącej,

(c) pomijanie en bloc istotnych okoliczności korzystnych dla Skarżącej,

(d) brak merytorycznej analizy toku poszczególnych negocjacji, widoczne sformułowanie generalnej oceny pobieżnie, a następnie dobranie fragmentów materiału dowodowego do z góry przyjętej tezy zawartej w sentencji decyzji (o nieuzasadnionym nie wydawaniu zgody na montaż instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych);

(e) tendencyjną wykładnię oświadczeń Skarżącej poprzez interpretowanie pism Skarżącej nie pisanych językiem prawniczym na gruncie reguł języka prawniczego w oderwaniu od konsekwentnie zajmowanego stanowiska Skarżącej ww. zakresie essentialia negotii umowy (w szczególności odnosi się to do sposobu oceny pisma z odpowiedzią Skarżącej na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w jej sprawie);

2) w związku z powyższym naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. oraz 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik - poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i wadliwą ocenę zebranego materiału dowodowego, wbrew zasadom logicznego rozumowania, niezgodnie ze wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego, wyprowadzając z nich wnioski (tj. istotne dla decyzji ustalenia faktyczne i oceny) sprzeczne ze treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego lub nie wyprowadzając wniosków oczywiście z tego materiału wynikających, w szczególności:

- przyjęcie, iż zajmowane przez Skarżącą stanowiska miały charakter pozorny (bez dokonania analizy merytorycznej tych stanowisk),

- pominięcie okoliczności, iż zastrzeżenia i stanowiska Skarżącej w toku poszczególnych negocjacji były rzeczowe i zasadne,

- całkowite pominięcie okoliczności, że propozycje przedsiębiorców w toku poszczególnych negocjacji faktycznie były wybrakowane, wadliwe lub rażąco wadliwe,

- przyjęcie tezy o umyślności działania Skarżącej (nieuzasadnionego nie wydawania zgody) bez dostatecznego oparcia tej tezy w materiale dowodowym sprawy oraz wbrew okolicznościom (działaniom Skarżącej) tej tezie przeczącym,

- przyjęcie negatywnej oceny zbiorczej prowadzonych przez Skarżącą negocjacji, mimo iż oceny wymagały każdorazowo konkretne okoliczności poszczególnych negocjacji - poprzez przyjęcie schematu wnioskowania nie opartego na zasadach logicznego rozumowania, zgodnie z którym z faktu, iż Skarżąca przez długi okres czasu nie zawarła umowy z żadnym przedsiębiorcą, wynika, że Skarżąca bezzasadnie odmawiała zawierania umów;

- w konsekwencji dowolną ocenę materiału dowodowego, a w tym także negatywną ocenę zachowania Skarżącej na podstawie okoliczności w istocie korzystnych dla Skarżącej (m. in. poprzez sztuczne przeciwstawianie oświadczenia Skarżącej w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania z korzystną dla Skarżącej „praktyką” jej postępowania, w sposób sugerujący złą wolę Skarżącej, podczas gdy narzucają się raczej wnioski korzystne dla Skarżącej);

3) art. 107 § 3 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik - poprzez brak uzasadnienia w zakresie przyjętych w sposób dorozumiany ustaleń faktycznych, wskazanych w punkcie II. petitum niniejszego odwołania, w szczególności poprzez:

(a) brak analizy merytorycznej poszczególnych procesów negocjacji, w szczególności konkretnych propozycji przedstawianych przez przedsiębiorców oraz konkretnych zastrzeżeń i stanowisk Skarżącej;

(b) brak analizy zasadności stanowiska Skarżącej w zakresie dotyczącym wymogów stawianych podczas negocjacji a dotyczących składników istotnych umowy z przedsiębiorcą;

(c) brak określenia przez UOKIK w zaskarżonej decyzji granic właściwej zdaniem UOKIK i zgodnej z prawem praktyki prowadzenia negocjacji;

4) art. 89 w zw. z art. 48 ust. 4 uokik - poprzez zaniechanie wydania decyzji zobowiązującej do zaniechania określonej praktyki, przy jednoczesnym znacznym przekroczeniu czasu trwania postępowania wyjaśniającego, co wpłynęło na długość trwania tego postępowania a zarazem długość trwania inkryminowanej praktyki Skarżącej - stanowiącej współczynnik wymiaru kary;

5) art. 51 ust. 1 uokik - poprzez dopuszczenie dowodów z dokumentów niepoświadczonych kserokopii.

IV. Naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, tj.:

1) art. 30 ust. 1-3 oraz art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych z dnia 7 maja 2010 r. (dalej określanej jako „ustawa o sieci”) poprzez nie zastosowanie ww. przepisów ustawy, opisujących zakres obowiązków Skarżącej, do oceny propozycji przedsiębiorców;

2) art. 33 ust. 3 ustawy o sieci w zw. z m. in. z art. 389 § 1 k.c. (oraz art. 305 (1) k.c., art. 145 k.c. per analogiom) poprzez jego nie zastosowanie do oceny propozycji przedsiębiorców w zakresie formy pisemnej, która powinna obejmować wszystkie istotne postanowienia umowy (w tym określenie zakresu korzystania z nieruchomości, miejsc, przebiegu i sposobu montażu instalacji i urządzeń) a nadto winna zostać zaproponowana przez przedsiębiorcę;

3) art. 33 ust. 2 ustawy o sieci poprzez jego nie zastosowanie do oceny propozycji przedsiębiorców w zakresie stawianego przez Skarżącą wymogu odpłatności;

4) art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. U1 uokik - poprzez wymierzenie kary administracyjnej w oparciu o błędne ustalenia faktyczne, w szczególności w zakresie braku zasadności działań Skarżącej, umyślności działań Skarżącej oraz długotrwałości zarzucanej jej praktyki mimo, iż współczynnikiem tej długotrwałości była przewlekłość działania UOKIK, a także nie uwzględnienie przy wymiarze kary faktu - co najmniej - niejasności dotyczącej dopuszczalnych granic i prawidłowych zasad negocjacji umów o udostępnienie nieruchomości (czego nie wyjaśnił również UOKIK w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji);

5) art. 2 Konstytucji RP w zakresie zasady proporcjonalności i minimum interwencji (zgodnie z wytycznymi Trybunału Sprawiedliwości UE zawartymi m. in. w orzeczeniu z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C/227/07) - poprzez nałożenie na Skarżącą kary w sytuacji niejasności stanu prawnego przy braku dokonania wyjaśnienia stanu prawnego (w szczególności w zakresie tego czy, czego i jak Skarżącą może wymagać od przedsiębiorców proponujących zawarcie umowy).

Odwołująca wniosła o:

1) uchylenie zaskarżonej decyzji w całości jako pozbawionej podstaw faktycznych i prawnych;

2) ewentualnie - w przypadku dokonania ustaleń prawnych i faktycznych pozwalających na orzeczenie co do istoty sprawy - wnoszę o zmianę zaskarżonej decyzji w całości poprzez zobowiązanie Skarżącej, zgodnie z zasadą minimum interwencji (proporcjonalności), do określonego działania lub zaniechania zgodnie z ustaleniami Sądu dotyczącymi wymogów, jakim powinny odpowiadać dopuszczalne ramy negocjacji treści umowy o udostępnieniu nieruchomości lub/i infrastruktury w celu instalacji urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzania linii kablowych na nieruchomościach w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w zakresie:

(a) możliwości żądania przez Skarżącą odpłatności za umowę,

(b) sposobu i stopnia precyzji określenia warunków udostępnienia nieruchomości (w tym co do sposobu oznaczania zakresu korzystania z określonych nieruchomości oraz sposobu oznaczenia przebiegu instalacji i urządzeń w projekcie z częścią graficzną);

(c) obowiązku przedkładania przez Skarżącą projektu umowy oraz projektu technicznego (oznaczenia zakresu korzystania z określonych nieruchomości oraz przebiegu instalacji i urządzeń), bez nakładania na Skarżącą kary;

3) ewentualnie, wniosła o zmianę zaskarżonej decyzji w części dotyczącej kary i obniżenie jej z uwzględnieniem przesłanek pominiętych lub błędnie ocenionych przez UOKIK.

Odwołująca wniosła jednocześnie o przeprowadzenie następujących dowodów:

- załączonej opinii biegłego rzeczoznawcy - na okoliczność istotnych wad proponowanych przez przedsiębiorców projektów umów oraz możliwych do spełnienia wymagań wobec tych projektów w zakresie sposobu oznaczania zakresu korzystania z nieruchomości, możliwości i sposobu oznaczenia przebiegu instalacji i urządzeń w projekcie z częścią graficzną, a także na okoliczność zasadności zastrzeżeń i kontr-propozycji zmian lub uzupełnień ze strony Skarżącej;

- przesłuchania Skarżącej w osobie członka zarządu p. J. M. oraz z zeznań świadków w osobach kierownika zakładu (...) p. P. S. oraz zastępcę kierownika administracji os. (...) p. M. G. (adresy jak adres Skarżącej) - na okoliczności wskazane w punktach I. i II. petitum niniejszego odwołania;

- załączonej oferty Skarżącej oraz zestawienia porównawczego - na okoliczność silnej pozycji konkurencyjnej Skarżącej, brak podstaw do przypisywania Skarżącej intencji ucieczki przed konkurencją;

- dowodu z opinii biegłego sądowego - na okoliczność istotnych wad proponowanych przez przedsiębiorców projektów umów oraz możliwych do spełnienia wymagań wobec tych projektów w zakresie sposobu oznaczania zakresu korzystania z nieruchomości, możliwości i sposobu oznaczenia przebiegu instalacji i urządzeń w projekcie z częścią graficzną, a także na okoliczność zaradności zastrzeżeń i kontr-propozycji zmian lub uzupełnień ze strony Skarżącej w tym zakresie.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 18 lutego 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Od powyższego wyroku apelację wniosła powódka zaskarżając go w całości wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania w całości wraz z zasądzeniem kosztów procesu. Ewentualnie, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości w związku z nie rozpoznaniem istoty sprawy w zakresie odwołania powoda oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji wraz z zasądzeniem od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje.

Na skutek zgłoszonych w apelacji szeregu uchybień natury procesowej oraz uchybień w zastosowaniu przepisów prawa materialnego, a także dokonania przez sąd I instancji błędnych w ocenie skarżącej ustaleń faktycznych oraz nie przeprowadzenie zawnioskowanych przez powoda dowodów – Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. Akt VI ACa 904/14 uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny uznał za zasadne jedynie część zarzutów, za chybiony uznał natomiast zarzut nieważności postępowania zgodnie z art. 379 pkt 5 k.p.c., gdyż strona powodowa w niniejszym postępowaniu nie była, w ocenie sądu odwoławczego, pozbawiona możliwości obrony swoich praw w rozumieniu tego przepisu. Również zarzut naruszenia art. 232 zd. 2 k.p.c. nie zasługiwał na uwzględnienie, bowiem sąd I instancji nie wydał w sprawie żadnego postanowienia o dopuszczeniu dowodu z urzędu. Nie został również naruszony zdaniem Sądu Apelacyjnego art. 324 § 1 k.p.c.

Sąd odwoławczy stwierdził natomiast, że w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy, mimo tego, że nie dopuścił żadnego dowodu z urzędu, ani nie dopuścił żadnego dowodu wnioskowanego przez stronę powodową (pozwany w odpowiedzi na odwołanie nie wnioskował o dopuszczenie jakiegokolwiek dowodu), to oparł się, zarówno przy ustalaniu stanu faktycznego, jak również formułując motywy rozstrzygnięcia, na dowodach zebranych w aktach administracyjnych, które formalnie nie zostały jednak przez Sąd I instancji dopuszczone. Zasadny okazał się wobec tego zarzut naruszenia art. 236 k.p.c. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji nie wydał postanowień dowodowych co do dopuszczenia dowodów z akt administracyjnych, co mogło mieć wpływ na wynik sprawy, poprzez dopuszczenie przez Prezesa UOKiK dowodów z niepoświadczonych kserokopii, naruszając art. 51 ust. 1 uokik. Jak stwierdził Sąd Apelacyjny, w szeregu zarzutów postawionych przez powodową Spółdzielnię dotyczących naruszenia m.in.: kodeksu postępowania administracyjnego, tj.: art. 7, 8, 11, art. 106 ust. 1 pkt 1, art. 107 k.p.a., kodeksu postępowania cywilnego, tj. art. 233 § 1 k.p.c, art. 231 k.p.c., ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. art. 83, 89 w zw. z art. 48 ust. 4, 51 ust. 1, kodeksu cywilnego tj. art. 389 k.c., art. 3051 k.c., art. 145 k.c., ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, tj. art. 30 ust. 1-3 i art. 33 ust. 1 i 3 oraz art. 2 Konstytucji RP – Sąd Okręgowy rozważył odwołanie w zakresie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 i art. 106 ust. 1 uokik, które to przepisy powołał w uzasadnieniu rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Apelacyjnego sąd I instancji nie odniósł się również w sposób należyty do zarzutu dokonania przez sąd I instancji błędnych ustaleń faktycznych, stanowiących podstawę zaskarżonego orzeczenia, mogących mieć wpływ na jego treść, podczas gdy skarżąca wskazywała o jakie okoliczności chodzi - tak w odwołaniu, jak i pismach procesowych, sporządzając dodatkowo w tym celu obszerną tabelę. Sąd Apelacyjny uznał dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne za niepełne, dokonane w oparciu o dowody

bez formalnego ich dopuszczenia, pomijając także zgłoszone przez powódkę dowody. Sąd Okręgowy nie odniósł się do tego, czy powodowa spółdzielnia mogła stawiać wymagania przedsiębiorcom w zakresie żądania sporządzenia dokumentacji technicznej oraz żądać konkretnych zapisów w umowie, w szczególności dotyczących odpłatności w okresie od września 2009 r. do lipca 2011 r. Powielony stan faktyczny ustalony przez Prezesa UOKiK został ustalony bez przeprowadzenia postępowania dowodowego oraz dokonano oceny zachowania powodowej spółdzielni jako działanie umyślne (bezpośredni zamiar zamknięcia dostępu do rynku), bez należytego wyjaśnienia tej oceny, mającej znaczenie przy wyznaczaniu wysokości kary pieniężnej. Sąd odwoławczy wskazał również, że powódka wskazała, wbrew twierdzeniu sądu I instancji, argumenty wskazujące na obniżenie kary (pkt. 4 petitum odwołania). Co do wysokości kary, sąd odwoławczy wskazał, iż o represyjności kary nie decyduje jedynie jej procentowy stosunek do przychodów przedsiębiorcy, ale również korzyści jakie mógł odnieść przedsiębiorca w wyniku stosowania zakwestionowanej praktyki. Odniósł się także do kwestii przeciągających się negocjacji, za które odpowiedzialność ponosi nie tylko powód, ale także przedsiębiorcy, wskazując na daty składanych przez nich informacji. Za trafny uznał zarzut naruszenia art. 161 k.p.c. poprzez odmowę przyjęcia załączników do protokołu z głosami końcowymi powoda wobec braku odpisów dla strony przeciwnej. Uznał w konsekwencji, iż Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania bez konieczności odnoszenia się do pozostałych zarzutów odwołania.

Do wyjaśnienia istoty sprawy w ocenie Sądu Apelacyjnego, należało odnieść się do uprawnień spółdzielni jako organu, który może podejmować konkretne działania i stawiać wymogi potencjalnym kontrahentom, mogącego żądać konkretnych zapisów w umowach. Wyjaśnić czy istotnym elementem umowy pomiędzy przedsiębiorcami a spółdzielnią, w świetle przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r., Nr 171, poz.1800) oraz art. 33 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. z 2010 r., Nr 106, poz. 675), była cena, czy w ogóle mieliśmy do czynienia z odpłatnością za udostępnienie nieruchomości. Czy istotne były inne kwestie, których zrealizowania od przedsiębiorców domagała się powodowa spółdzielnia, np. przedłożenia kompletnej dokumentacji teletechnicznej w tym projektu zawierającego część graficzną, określającego przebieg, miejsca i sposób montażu instalacji i urządzeń, oczekiwania na złożenie projektu umowy przez przedsiębiorcę. Koniecznym było także poczynienie ustaleń i rozważań prawnych w kwestii argumentacji strony powodowej dotyczącej tego, że na terenie jej zasobów kontrahenci powódki posiadali alternatywne możliwości świadczenia usług i w związku z tym konieczne było odniesienie się do zarzucanego braku zaistnienia przesłanki z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik w postaci „warunków niezbędnych” w rozumieniu ww. przepisu. Sąd ten dostrzegł wady uzasadnienia rozstrzygnięcia, w rozumieniu art. 328 § 2 k.p.c.

W swych wytycznych Sąd Apelacyjny wskazał, iż przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy ustali czy decyzja wydana przez Prezesa UOKiK w dniu 26 września 2011 r. pozbawiona jest wad, które były zarzucane przez skarżącą w odwołaniu, a które uzasadniałyby jej uchylenie lub zmianę, albo w przekonaniu sądu wady, na które powołał się wnoszący odwołanie w rzeczywistości nie istnieją lub też wnoszący odwołanie nie był w stanie ich wykazać. W tym celu Sąd Okręgowy winien przeprowadzić postępowanie dowodowe celem ustalenia stanu faktycznego, dokonując m. in. formalnego dopuszczenia dowodów z akt postępowania administracyjnego, ponownego rozważenia zasadności wniosków dowodowych przedstawionych przez stronę powodową, w tym wniosków o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków i stron, ze złożonych do akt sprawy dokumentów, dopuszczenia dowodu z opinii biegłego. Sąd weźmie pod uwagę, że prawidłowość przeprowadzenia postępowania dowodowego uzyskuje intensywniejszego znaczenia w sprawach jak niniejsza, w których chodzi o weryfikację podstaw do nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej, gdyż ukarany w postępowaniu administracyjnym powinien mieć zapewnione efektywne środki „wysłuchania” oraz będzie pamiętał, że kwestia winy umyślnej działania strony powodowej, która jest osobą prawną, wymagać będzie ustalenia winy umyślnej jej organu (art. 416 k.c. w zw. z art. 38 k.c.).

Na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. Sąd dopuścił dowód z dokumentów o sygn. akt postępowania wyjaśniającego (...) oraz postępowania antymonopolowego o numerze (...) oraz oddalił wniosek powoda o dopuszczenie opinii biegłego na okoliczności wskazane w odwołaniu z uwagi na brak potrzeby zasięgnięcia informacji specjalnych oraz oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z uwagi na brak potrzeby zasięgnięcia informacji specjalnych oraz z uwagi na fakt, że wniosek nie dotyczy faktów, a ocen o charakterze prawnym.

W piśmie procesowym z dnia 30 listopada 2015 r. (data wpływu do Sądu 4 grudnia 2015 r.) pełnomocnik powoda w wykonaniu zarządzenia Sądu z dnia 23 listopada 2015 r. sprecyzował tezy dowodowe dla osobowych wniosków dowodowych, tj. wniósł o:

1) przesłuchanie świadka P. S. – pracownika powoda na okoliczność

a) chronologii i przebiegu poszczególnych procesów negocjacji, w tym przebiegu spotkań oraz współpracy powódki podczas negocjacji z przedsiębiorcami,

b) inicjatyw powódki zmierzających do zawarcia umowy tym takich działań jak:

- umożliwienie i proponowanie wizji lokalnej nieruchomości powódki celem sporządzenia projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości – wobec braku dokumentacji technicznej nowego budynku po jej sporządzeniu celem umożliwienia przedsiębiorcy sporządzenia projektu określającego zakres korzystania z nieruchomości,

- udziału w spotkaniach z przedsiębiorcami i przebiegu spotkań,

Wskazywanie w formie pisemnej jak i ustnej konkretnych zastrzeżeń do propozycji przedsiębiorców oraz propozycji zmian umów,

- przedłożenie całościowego projektu umowy;

c) uzasadnienia i zasadności stanowisk negocjacyjnych powódki, w tym istotnych dla powódki elementów umów, wobec propozycji przedsiębiorców, wyrażanych na piśmie oraz w trakcie spotkań, w tym przyczyn zajmowanych stanowisk (potrzeb, uwarunkowań działalności powódki);

d) długotrwałych przerw i rzeczywistych przyczyn przedłużających się negocjacji (w szczególności przedkładanie oczywiście niemożliwych do zaakceptowania lub negocjacji projektów umów, m.in. umów zlecenia, umów nie dotyczących nieruchomości powódki lub nie istniejących, wybrakowanych lub wadliwych załączników w zakresie lokalizacji, ilości i sposobu montażu instalacji i urządzeń) oraz rzeczywistych przyczyn nie zawarcia umów (w szczególności w zakresie proponowania warunków umownych nie występujących na rynku lub rażąco nierównoważnych w zakresie odpłatności);

e) istnienia alternatywnych możliwości świadczenia usług przez przedsiębiorców (bez potrzeby zawierania umów z powódką);

f) orzeczona kara obciąża członków spółdzielni – powódki;

g) okoliczności szczegółowo sformułowane w punktach: 12, 35, 36,37,38 wykazu błędnych ustaleń faktycznych w decyzji nr (...)Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, załączonego do pisma powódki z dnia 13 listopada 2013 r.;

2) o przesłuchanie świadka M. G. – pracownika powódki, na okoliczność aktywnej współpracy powódki z (...) S.A. w celu ustalenia warunków dostępu, w tym zakresu żądanego dostępu i zawarcia umowy;

3) o przesłuchanie strony z ograniczeniem do powódki, w osobie Prezesa Zarządu J. M., na okoliczność aktywnej współpracy powódki z przedsiębiorcami w procesach negocjacyjnych zmierzających do ustalenia warunków dostępu i zawarcia umów, a także zwykłych wymagań oraz potrzeb Powódki jako spółdzielni w procesach negocjacyjnych i przy zawieraniu umów z przedsiębiorcami i innymi podmiotami w zakresie korzystania z nieruchomości i budynków spółdzielni oraz na okoliczność obciążenia karą Prezesa UOKiK także członków spółdzielni – powódki.

Na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 r. pełnomocnik powoda oświadczył, że oprócz tego co zostało opisane w decyzji, pominięto w niej część rzeczy mających wpływ na treść. Pełnomocnik powoda podtrzymał wniosek o przesłuchanie

świadka J. M., cofnął wniosek o przesłuchanie świadka M. G., podtrzymał natomiast wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron.

Pełnomocnik pozwanego sprecyzował wniosek o przesłuchanie strony – Prezesa zarządu (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...).

Sąd dopuścił dowód z przesłuchania świadka P. S., na okoliczności wskazane w piśmie powoda z dnia 30 listopada 2015 r.

Na rozprawie w dniu 16 maja 2016 r. pełnomocnik powoda cofnął wniosek o przesłuchanie świadka M. G. oraz podtrzymał wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w P. prowadzi działalność gospodarczą polegającą m. in. na zagospodarowaniu, sprzedaży, zarządzaniu i wynajmie nieruchomości oraz działalności radiowej, telewizyjnej i telekomunikacyjnej.

dowód: odpis KRS powoda (k. 59 - 64 akt post. wyjaśniającego)

Wyodrębnionym zakładem powodowej Spółdzielni jest (...)który świadczy na rzecz konsumentów usługi w zakresie dostarczania programów telewizyjnych, radiowych, zapewnienia dostępu do Internetu oraz usług telekomunikacyjnych. Usługi te świadczone są na obszarze osiedli zarządzanych przez powoda tj. na osiedlach: (...) (...), (...) (...) (...), (...) i przy ul. (...). Na terenie tych osiedli powód posiada ponad (...) udział w rynku świadczenia usług telewizji kablowej.

Dowód: pismo powoda z dnia 5 września 2011 r. (k. 65 akt post. antymonopolowego) tabelaryczne zestawienie danych (k. 66 akt post. antymonopolowego)

W oparciu o zasoby powoda usługi świadczą przedsiębiorcy: (...) S.A., (...) S.A., (...) S.A. oraz (...).

Dowód: pismo powoda z dnia 21 lipca 2010 r. (k. 55 - 56 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 2 czerwca 2011 r. (k. 401 - 402 akt post. wyjaśniającego)

W dniu 18 września 2009 r. M. P. (1) - prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...)- wystąpił do powoda z wnioskiem o udostępnienie nieruchomości w celu zamontowania urządzeń telekomunikacyjnych oraz zawarcia umowy określającej warunki korzystania z nieruchomości. W piśmie tym wskazał m. in., że od kwietnia 2007 r. prowadzi rozmowy z administracją osiedla (...) w przedmiocie wyrażenia zgodny na montaż i przeprowadzenie linii kablowych na terenie tego osiedla.

Dowód: wniosek M. P. (1) z dnia 18 września 2009 r. (k. 184 - 186 akt post. wyjaśniającego)

W odpowiedzi na powyższy wniosek powód zażądał od M. P. (1) przedstawienia pełnej dokumentacji technicznej potwierdzającej istnienie warunków technicznych planowanej inwestycji, propozycji odpłatności za korzystanie z nieruchomości, propozycji kaucji na wypadek nieprzywrócenia nieruchomości do stanu pierwotnego oraz harmonogramu prac gwarantującego minimalne uciążliwości dla mieszkańców.

Dowód: pismo powoda z dnia 23 października 2009 r. (k. 187 - 188 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

Na pismo to przedsiębiorca odpowiedział pismem z dnia 23.11.2009 r. do którego załączył opinię eksperta inż. T. B. oraz projekt umowy. W piśmie tym M. P. wskazał, że budowa sieci teletechnicznej jest możliwa, zaproponował opłatę w

wysokości 5 zł netto od każdego mieszkania w budynku oraz wskazał na możliwość rozliczenia energii elektrycznej przy pomocy podliczników. Zaproponował także, zabezpieczenie w postaci polisy ubezpieczeniowej na kwotę 10 000 zł. Przedstawił również stanowisko, że przed podpisaniem umowy i sporządzeniem projektów nie jest możliwe określenie harmonogramu prac.

Dowód: pismo M. P. (1) z dnia 23 listopada 2009 r. (k. 189 - 190 akt post. wyjaśniającego)

Powód odpowiedział na to pismem z dnia 23.12.2009 r. w której zażądał pełnej dokumentacji technicznej planowanej inwestycji, zaakceptował propozycje rozliczania energii elektrycznej za pomocą podliczników, ponadto stwierdził, że umowa nie określa jakich nieruchomości dotyczy, zaś definicja odpłatności jest dla niego niezrozumiała, ponadto zażądał zabezpieczenia inwestycji w postaci kaucji bankowej lub cesji polisy ubezpieczeniowej. Przedstawił także stanowisko, że niższe budynki nie posiadają pionów technologicznych oraz zapytał o cel udostępnienia przedsiębiorcy połaci dachowych.

pismo powoda z dnia 23 grudnia 2009 r. (k. 194 akt post. wyjaśniającego)

Pismem z dnia 6 stycznia 2010 r. M. P. (1) przesłał poprawiony projekt umowy wraz z propozycją zmian poszczególnych postanowień. W swoim piśmie zaprzeczył stanowisku powoda odnośnie braku pionów technologicznych w mniejszych budynkach, wyraził zgodę na zabezpieczenie w postaci cesji polisy, a także uściślił swoją propozycję co do zasady odpłatności, oraz zakresu budynków których umowa dotyczy. Wyjaśnił ponadto, że przepisy nie wymagają przedstawienia dokumentacji przed podpisaniem umowy i że zostanie ona dostarczona po jej podpisaniu. Powtórzył również stanowisko, że na tym etapie nie może przedstawić ścisłego harmonogramu prac. Zaproponował ponadto spotkanie do dnia 10 stycznia 2010 r.

Dowód: pismo M. P. (1) z dnia 6 stycznia 2010 r. (k. 195 - 196 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

W odpowiedzi powód podniósł, że niezbędna jest pełna dokumentacja techniczna planowanej inwestycji

Dowód: pismo powoda z dnia 3 lutego 2010 r. (k. 199 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

Następnie, pismem z dnia 11 lutego 2010 r. M. P. (1) zwrócił się do powoda o udostępnienie rzutów budynków, na co otrzymał odpowiedź, iż powód nie posiada dokumentacji technicznej, dokumentację taką można wykonać na podstawie inwentaryzacji stanu faktycznego.

Dowód: pismo powoda z dnia 24 marca 2010 r. (k. 201 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

Po przekazaniu w dniu 4.10.2010 r. projektu technicznego wykonanego na podstawie własnej inwentaryzacji, powodowa Spółdzielnia poinformowała, że zawiera on za mało szczegółów i dlatego należy go uzupełnić. Z kolei w odpowiedzi na przesłany aneks do projektu powód podniósł, że uzupełnienie obejmuje jedynie wskazane braki przez powoda braki ale nie jest kompletne, gdyż braki te miały jedynie charakter przykładowy. Ponadto powód wskazał, że przesłany projekt jest niezrozumiały.

Dowód: pismo powoda z dnia 4 października 2010 r. (k. 204 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 18 października 2010 r. (k. 205 - 206 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

Po odbyciu spotkania z powodową Spółdzielnią M. P. (1)przesłał poprawiony projekt umowy oraz podniósł, że wymagania co do projektu zostały w nim uwzględnione. Jednak pismem z dnia 28 stycznia 2011 r. Spółdzielnia wskazała, iż w projekcie nie zastosowano odpowiedniej skali na rysunkach i wniosła o przesłanie jej projektu w formie elektronicznej. Następnie Spółdzielnia stwierdziła, iż wobec faktu, że projekt, po pierwsze, został wykonany w nieodpowiedniej skali, po drugie, odbiega od oczekiwań powoda, przystępuje ona do przygotowania własnej wersji umowy.

Dowód: pismo powoda z dnia 12 listopada 2010 r. (k. 211 - 212 akt post. wyjaśniającego)

pismo M. P. (1) z dnia 22 listopada 2010 r. (k. 216 akt post. wyjaśniającego)

pismo M. P. (1) z dnia 14 stycznia 2011 r. (k. 217 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 28 stycznia 2011 r. (k. 220 - 221 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 8 kwietnia 2011 r. (k. 397 - 398 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

P. Z. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) w zakresie telekomunikacji przewodowej i satelitarnej oraz nadawania programów telewizyjnych.

Dowód: twierdzenia pozwanego o faktach, którym powód nie zaprzeczył i które Sąd uznał za przyznane i udowodnione na zasadzie art. 229 i 230 kp.c. (k 7)

Pismem z dnia 15 stycznia 2010 r. P. Z. złożył do powoda niepodpisany wniosek o wydanie zgody na korzystanie w celach telekomunikacyjnych z nieruchomości położonych na osiedlach: (...), (...), (...) (...) (...) oraz (...), który to wniosek podpisany został ponownie w dniu 11.03.2010 r. W odpowiedzi na ten wniosek powód zwrócił się z prośbą o uszczegółowienie zakresu korzystania z nieruchomości, przewidywanego terminu wykonania prac oraz wskazanie przewidywanej trasy przyłącza do budynku.

Dowód: pismo P. Z. z dnia 15 stycznia 2010 r. (k. 223 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 23 marca 2010 r. (k. 237 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

W dniu 13 września 2010 r. P. Z. przedstawił nowy projekt umowy; w odpowiedzi powód poinformował go, że projekt ten jest całkowicie niezrozumiały. Spółdzielnia nie przedstawiła własnego projektu umowy lub kwestionowanych postanowień. Pismem z dnia 13 października 2010 r. powód poinformował o potrzebie zmian konkretnych postanowień projektu, jednak nie zaproponował ich treści.

Dowód: pismo P. Z. z dnia 13 września 2010 r. (k. 243 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 27 września 2010 r. (k. 248 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 13 października 2010 r. (k. 254 - 255 akt post. wyjaśniającego)

zeznania św. P. S. k-413-415

Następnie pismem z dnia 27 października 2010 r. P. Z. przesłał poprawiony projekt umowy oraz ponownie poprosił o dostarczenie dokumentacji technicznej budowanej sieci telekomunikacyjnej celem wykonania załącznika do umowy. W odpowiedzi Spółdzielnia poinformowała, iż dokumentacja techniczna jest w trakcie opracowywania oraz wskazała potrzebę zmiany poszczególnych postanowień umowy bez wskazywania treści

zmienionych przepisów. Pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. powód podniósł, iż dokumentacja techniczna jest nadal opracowywana oraz wskazał konkretne propozycje zmian określonych postanowień umowy. Zażądał również zawarcia w umowie propozycji dotyczących opłat dla właściciela nieruchomości oraz kaucji z tytułu ewentualnych szkód.

Dowód: pismo P. Z. z dnia 27 października 2010 r. (k. 256 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 12 listopada 2010 r. (k. 262 - 263 akt post. wyjaśniającego)

W odpowiedzi na przesłanie przez P. Z. poprawionego projektu umowy w formie elektronicznej ww. pismo, powód w dniu 20 stycznia 2011 r. poinformował, iż dokumentacja techniczna jest w trakcie opracowywania, ponieważ poprzednia została odrzucona oraz zwrócił się z prośbą o wskazanie w projekcie umowy propozycji dotyczących opłat dla właściciela nieruchomości oraz zabezpieczenia z tytułu ewentualnych szkód.

Dowód: pismo P. Z. z dnia 4 stycznia 2011 r. (k. 270 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 20 stycznia 2011 r. (k. 274 akt post. wyjaśniającego)

W odpowiedzi na wniosek P. Z. o udostępnienie nieruchomości położonych na os. (...) w P., Spółdzielnia w dniu 27 lipca 2011 r. podniosła, iż ocena, czy planowana inwestycja nie uniemożliwia racjonalnego korzystania z nieruchomości jest możliwa dopiero po przedstawieniu „kompletnej dokumentacji technicznej”. Ponadto (...) wniosła o poprawienie projektu umowy w sposób analogiczny jak w przypadku umowy, która była przedmiotem negocjacji udostępnienia nieruchomości położonych na osiedlu (...) w P..

Dowód: pismo P. Z. z dnia 14 lipca 2011 r. (k. 57 akt post. antymonopolowego)

zeznania św. P. S. k-413-415

zeznania J. M. k-440

(...) S.A. z siedzibą w P. prowadzi działalność w zakresie telekomunikacji przewodowej, bezprzewodowej oraz satelitarnej.

Dowód: twierdzenia pozwanego o faktach, którym powód nie zaprzeczył i które Sąd uznał za przyznane i udowodnione na zasadzie art. 229 i 230 kp.c. (k. 7v.)

Pismem z dnia 25 stycznia 2010 r. (...) S.A. wystąpił do powoda z wnioskiem o zawarcie umowy w przedmiocie korzystania z wszystkich nieruchomości Spółdzielni w celach telekomunikacyjnych. W odpowiedzi powodowa Spółdzielnia poinformowała, iż oceny, czy planowana inwestycja nie uniemożliwia racjonalnego korzystania z nieruchomości może dokonać dopiero po otrzymaniu kompletnej dokumentacji technicznej.

Dowód: pismo (...) S.A. z dnia 25 stycznia 2010 r. (k. 280 - 281 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 10 lutego 2010 r. (k. 284 akt post. wyjaśniającego)

W dniu 19 kwietnia 2010 r. (...) S.A. przekazał powodowi projekt techniczny.

Dowód: pismo (...) S.A. z dnia 19 kwietnia 2010 r. (k. 413 - 415 akt post. wyjaśniającego)

Następnie strony prowadziły korespondencję w przedmiocie przedstawionego projektu; powód podniósł, że nie spełnia on jego wymagań w zakresie ułożenia rur. (...) S.A. w odpowiedzi zwrócił się z prośbą o przedstawienie alternatywnego projektu rurażu. W odpowiedzi powód wskazał, że oczekuje dokładnego zaznaczenia tras rurażu zarówno w piwnicach jak i pionach budynków. Powód zasugerował, że Jeżeli nie możecie poradzić sobie z tym tematem, to możecie spróbować skorzystać z pomocy firmy (...), która według naszej wiedzy ma daleko zaawansowane prace projektowe

dotyczące osiedla (...)" . Od zajęcia przez (...) S.A. stanowiska w powyższych kwestiach powód uzależnił możliwość prowadzenia negocjacji dotyczących treści przyszłej umowy.

Dowód: pismo powoda z dnia 23 lipca 2010 r. (k. 162 - 164 akt post. wyjaśniającego)

pismo (...) S.A. z dnia 2 sierpnia 2010 r. (k. 165 - 166 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 24 sierpnia 2010 r. (k. 172 - 174 akt post. wyjaśniającego)

Pismem z dnia 26 października 2010 r. (...) S.A. zwrócił się do powoda o zapewnienie dostępu do budynków celem zapewnienia telekomunikacji. Wniosek ten został ograniczony do lokali położonych na os. (...) w P. i dotyczył skorzystania z kanalizacji kablowej (...) S.A. w W. położonej na ww. osiedlu. Wniosek został złożony w odpowiedzi na niemożność uwzględnienia z (...) warunków budowy przez (...) własnej sieci telekomunikacyjnej.

W odpowiedzi na ww. wniosek powód w piśmie z dnia 12 listopada 2010 r. oświadczył, iż oczekuje przekazania propozycji umowy oraz dokumentacji technicznej. Pismem z dnia 18 listopada 2010 r. (...) S.A. przekazał projekt umowy oraz podniósł, iż złożenie projektu technicznego nie jest wymogiem formalnym przystąpienia do negocjacji. (...) S.A. poprosił o wyznaczenie terminu spotkania z powodem, na którym ustalone zostaną szczegóły związane z zawarciem przedmiotowej umowy.

Pismem z dnia 7 grudnia 2010 r. (...) oświadczyła, iż przesłany przez (...) wniosek jest analogiczny do wzoru zamieszczonego na stronie Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz podniosła, iż nie analizowała przesłanej propozycji umowy.

Dowód: pisma (...) S.A.: z dnia 26 października 2010 r., z dnia 18 listopada 2010 r. (k. 352 - 354, 356 - 357, 368 akt post. wyjaśniającego) pisma powoda: z dnia 12 listopada 2010 r., 7 grudnia 2010 r. (k. 355, 366 -367 akt post. wyjaśniającego)

W dniu 20 stycznia 2011 r. (...) S.A. zwrócił się z propozycją zorganizowania spotkania, podczas którego sprecyzowane zostaną warunki sporządzenia dokumentacji technicznej. W odpowiedzi powód podniósł, iż ..oczekuje przesłania dokumentów oraz złożenia pisemnych propozycji współpracy (...) po ich otrzymaniu ustosunkujemy się do nich (również w formie pisemnej). Problemy poruszane przez (...) S.A. są zbyt ważne aby rozwiązywać je w trakcie roboczego spotkania. (...) w dniu 11 lutego 2011 r. ponownie wezwał powoda do podania terminu spotkania, na którym będzie można omówić warunki wykonania dokumentacji technicznej.

Na ww. pismo powód dnia 17 lutego 2011 r. odpowiedziała, że udzielił już odpowiedzi na prośbę (...).

Dowód: pisma (...) S.A.: z dnia 20 stycznia 2011 r. i 11 lutego 2011 r. (k. 307, 315 akt post. wyjaśniającego)

pisma powoda: z dnia 7 lutego 2011 t. i 17 lutego 2011 r. (k. 314, 316 akt post. wyjaśniającego)

Pismem z dnia 28 marca 2011 r. (...) S.A. złożył ponownie wniosek o udostępnienie nieruchomości położonych na terenie osiedli: (...) (...), (...) (...) celem zapewnienia telekomunikacji. Do wniosku został załączony projekt umowy o udostępnienie nieruchomości.

W odpowiedzi na ww. pismo, powód w dniu 20 kwietnia 2011 r. podniósł, iż do umowy należy dołączyć dokumentację techniczną oraz wniosek z precyzyjnym określeniem do czego i w jakim zakresie (...) S.A. domaga się dostępu. Wskazał też, że wywód o dotychczasowych negocjacjach jest dla powoda całkowicie niezrozumiały.

Dowód: pismo (...) S.A. z dnia 28 marca 2011 r. (k. 33 - 35 akt post. antymonopolowego)

pismo powoda z dnia 20 kwietnia 2011 r. (k. 54 akt post. antymonopolowego)

(...) S.A. z siedzibą w W. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie telekomunikacji przewodowej, bezprzewodowej, satelitarnej oraz pozostałej.

Dowód: twierdzenia pozwanego o faktach, którym powód nie zaprzeczył i które

Sąd uznał za przyznane i udowodnione na zasadzie art. 229 i 230 kp.c. (k.9)

Pismem z dnia 25 września 2010 r. (...) S.A. złożyła, za pośrednictwem (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P., wniosek do powoda o uzgodnienie trasy projektowanego przyłącza telekomunikacyjnego oraz wyrażenie zgody na budowę tego przyłącza do budynku położonego na osiedlu (...) w P.. W odpowiedzi na ww. wniosek, powód w piśmie z dnia 12 października 2010 r. podniósł, iż oczekuje propozycji umowy oraz dokumentacji technicznej, która winna stanowić załącznik do umowy.

Dowód: wniosek (...) sp. z o. o. w P. (k. 333 - 334 akt post. wyjaśniającego)

W dniu 16 grudnia 2010 r. (...) S.A. przesłała powodowi projekt umowy na udostępnienie nieruchomości celem budowy przyłącza telekomunikacyjnego do budynku położonego na osiedlu (...) w P.. W odpowiedzi na prośbę o przedstawienie informacji w sprawie, powód w dniu 28 grudnia 2010 r. wymienił dwa postanowienia umowy, które winny zostać zmienione, proponując ich brzmienie. Ponadto powód wskazał, iż projekt umowy winien uwzględniać fakt, iż przyłącza abonenckie będą dostępne wybranym operatorom oraz zawierać postanowienia dotyczące odpłatności za udostępnienie nieruchomości oraz możliwości wypowiedzenia umowy.

Dowód: wydruk e - mail (k. 335 akt post. wyjaśniającego)

pismo powoda z dnia 28 grudnia 2010 r. (k. 342 - 343 akt post. wyjaśniającego)

Pismem z dnia 7 lutego 2011 r. (...) S.A. wniosła o akceptację załączonego do pisma projektu umowy i równocześnie podniosła, iż nie praktykuje się załączania dokumentacji technicznej do umów o dostęp do nieruchomości, gdyż załącznik winien stanowić rzut budynku wraz z zaznaczoną trasą przebiegu infrastruktury telekomunikacyjnej. Spółka zakwestionowała także konieczność zawarcia w umowie postanowień o możliwości jej wypowiedzenia oraz wskazała, iż w jej ocenie, przysługuje jej prawo do nieodpłatnego korzystania z nieruchomości na podstawie przepisów prawa telekomunikacyjnego.

Dowód: pismo (...) S.A. z dnia 7 lutego 2011 r. (k. 345 - 346 akt post. wyjaśniającego)

W odpowiedzi na ww. pismo, powód w dniu 22 lutego 2011 r. wskazał, iż dokumentacja techniczna jest jej niezbędna do dokonania oceny, czy planowana inwestycja nie uniemożliwia racjonalnego korzystania z nieruchomości. Ponadto powód podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie konieczności zamieszczenia w umowie postanowień o możliwości jej wypowiedzenia oraz o wysokości opłat za udostępnienie nieruchomości.

Dowód: pismo powoda z dnia 22 lutego 2011 r. (k. 349 350 akt post. wyjaśniającego)

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. od 01 kwietnia 2011 r. nie prowadziła dalszych negocjacji z powodem i przekazała sprawę swojemu zleceniodawcy — (...). Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. (...) S.A. zwróciła się do powoda o uzgodnienie nieodpłatnego udostępnienia nieruchomości wraz z dostępem do budynku. Przedsiębiorca podkreślił, iż szeroko rozumiany dostęp operatorów telekomunikacyjnych do nieruchomości ma charakter nieodpłatny.

W dniu 11 lipca 2011 r. powód podtrzymał swoje stanowisko, zgodnie z którym udostępnienie nieruchomości winno mieć charakter odpłatny oraz zaproponowała odpłatne udostępnienie przyłączy abonenckich wybudowanych w nowopowstałym budynku na os. (...) w P..

Dowód: pismo (...) sp. z o.o. z dnia 25 maja 2011 r. (k. 389 akt post. wyjaśniającego)

Pismo powoda z dnia 11 lipca 2011 r. (k. 53 - 56 akt post. antymonopolowego)

(...) SA. z siedzibą w P. prowadzi działalność gospodarczą w zakresie telekomunikacji przewodowej, bezprzewodowej, satelitarnej oraz pozostałej.

Dowód: twierdzenia pozwanego o faktach, którym powód nie zaprzeczył i które Sąd uznał za przyznane i udowodnione na zasadzie art. 229 i 230 k.p.c. (k. 10)

W dniu 24 czerwca 2010 r. (...) S.A. złożyła wniosek o udostępnienie nieruchomości położonych na osiedlach: (...), (...), (...), (...) (...),(...) , celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. W załączeniu do wniosku (...) przesłała powodowi projekt umowy o udostępnienie nieruchomości celem zapewnienia usług telekomunikacyjnych.

Pismem z dnia 12 lipca 2010 r. powód podniósł, iż ocena, czy planowana inwestycja nie uniemożliwia racjonalnego korzystania z nieruchomości możliwa jest dopiero po otrzymaniu kompletnej i szczegółowej dokumentacji technicznej. Dopiero po dokonaniu ww.

analizy możliwe jest podjęcie negocjacji w pozostałym zakresie. (...) S.A. nie prowadziła dalszej korespondencji ze Spółdzielnią w przedmiocie złożonego wniosku.

Dowód: wniosek (...) S.A. z dnia 24 czerwca 2010 r. (k. 66 - 67 akt post. wyjaśniającego)

Pismo powoda z dnia 12 lipca 2010 r. (k. 65 akt post. wyjaśniającego)

Powodowa Spółdzielnia osiągnęła w roku 2010 przychód w wysokości (...)zł.

Dowód: rachunek zysków i strat (k. 11 akt post. antymonopolowego)

Sąd dopuścił dowód z akt administracyjnych z postępowania wyjaśniającego(...)i postępowania antymonopolowego (...)

Okolicznością znana Sądowi z urzędu jest, że w dniu, 19 czerwca 2015 r. Prezes UKE Decyzją (...) na podstawie art. 28 ust. 1 w zw. z 139 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 243 z późn. zm., zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 w zw. z art. 62 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego oraz art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku z dnia 23 stycznia 2012 r., zmodyfikowanego pismem z dnia 6 lutego 2013 r., złożonego przez (...) S.A. z siedzibą w P., w przedmiocie wydania decyzji w sprawie dostępu do 29 nieruchomości położonych w P. na Osiedlu (...), znajdujących się w zasobie (...) Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w P. ustalił warunki dostępu do tych nieruchomości. Decyzja ta została zaskarżona przez powoda (sygn.. akt XVII AmT 44/15). Następnie Decyzją (...)(33) z dnia 9 listopada 2015 r. Prezes UKE ustalił warunki dostępu do tych nieruchomości do kolejnych 101 nieruchomości. Decyzja ta została zaskarżona przez powoda (sygn. Akt XVII AmT 18/16).

Sąd oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność istotnych wad proponowanych przez przedsiębiorców projektów umów oraz możliwych do spełnienia wymagań wobec tych projektów w zakresie sposobu oznaczania zakresu korzystania z nieruchomości, możliwości i sposobu oznaczenia przebiegu instalacji i urządzeń w projekcie z częścią graficzną a także na okoliczność zasadności zastrzeżeń i kontrpropozycji zmian lub uzupełnień ze strony skarżącej, albowiem wniosek nie zawierał tezy dowodowej. Środki dowodowe służą ustaleniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie (art. 227 k.p.c.). Fakty te obowiązana jest jednak wskazać strona. Wniosek dowodowy strony, zwłaszcza reprezentowanej przez profesjonalnego pełnomocnika musi, stosownie do treści art. 232 k.p.c. zawierać oznaczenie takiego faktu w formie konkretnego twierdzenia, określającego zaistniałe zdarzenie w sposób umożliwiający drugiej stronie wypowiedzenie się (vide art.229 i 230 k.p.c.). Nie jest zatem dopuszczalne sformułowanie wniosku dowodowego, w którym biegły ma wyręczać stronę w tym zakresie i ustalać podstawę faktyczną pozwu.

Sąd oddalił również wniosek powoda o dopuszczenie dowodów z dokumentów -załączonej oferty powoda oraz zestawienia porównawczego - albowiem okoliczności, których wniosek ten dotyczy pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu.

W tym stanie faktycznym Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie powoda zasługuje na uwzględnienie.

Dla oceny zachowania powoda należy w pierwszym rzędzie odnieść je do zakresu ciążącego na nim obowiązku publicznoprawnego udostępnienia nieruchomości na potrzeby instalacji urządzeń telekomunikacyjnych.

W okresie do 17.07.2010 r. kwestię tę regulował art.140 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.). Zgodnie z ust. 1 tego artykułu właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom oraz podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8, instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Przepis ten stanowił ponadto, że warunki korzystania z nieruchomości przez operatora ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora o jej zawarcie.

Korzystanie z nieruchomości, o której mowa w ust. 1, jest odpłatne, chyba że linia lub urządzenia telekomunikacyjne służą zapewnianiu telekomunikacji właścicielowi lub użytkownikowi nieruchomości, na ich wniosek.

Przepis ten został zastąpiony w dniu 17.07.2010 r. przez art. 30 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675, z późn. zm.) i w brzemieniu obowiązującym do 16.10.2012 r. stanowił, że właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, który doprowadził publiczną sieć telekomunikacyjną do nieruchomości, dostęp do:

1)budynku,

2)miejsca w budynku, w którym zbiegają się kable doprowadzone do lokalu w tym budynku

- w celu zapewnienia telekomunikacji.. Warunki dostępu, o którym mowa w ust. 1-3, określa umowa zawarta między przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a odpowiednio właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości, właścicielem istniejącej kanalizacji kablowej lub właścicielem kabla doprowadzonego do budynku lub rozprowadzonego w budynku.

Ostatecznie treść powyższego obowiązku została ustalona w kształcie obowiązującym do dziś ustawą z dnia 12.10.2012 r. z mocą obowiązującą od 16.10.2012 r., a więc w okresie po wydaniu zaskarżonej Decyzji i zgodnie z obecnym brzmieniem art. 30 właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku, oraz miejsca w budynku, w którym zbiegają się kable lub przewody telekomunikacyjne doprowadzone do lokalu w tym budynku, polegający w szczególności na:

1)zapewnieniu możliwości wykorzystywania istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe,

2)umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, o ile nie jest możliwe wykorzystanie istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub istniejącej instalacji telekomunikacyjnej budynku lub do budynku nie jest doprowadzone takie przyłącze lub budynek nie jest wyposażony w taką instalację,

3) umożliwieniu odtworzenia istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego lub wykonaniu instalacji telekomunikacyjnej budynku, które uległy likwidacji, zniszczeniu, uszkodzeniu lub też wymagają przebudowy na skutek prowadzonych w pobliżu prac budowlanych

- w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku.

Dostęp ten jest nieodpłatny.

Należy również mieć na względzie, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, do dostępu, o którym mowa w ust. 1 i 3 tego przepisu, stosuje się odpowiednio przepisy art. 19-24, z tym że termin zawarcia umowy dostępu wynosi 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie.

Powyższe przepisy odsyłały w zakresie sposobu realizacji dostępu do infrastruktury do umowy stron, a w razie gdyby do zawarcia takiej umowy nie doszło w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego z wnioskiem o jej zawarcie, w decyzji Prezesa UKE zastępującej umowę.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny mógł zatem w ramach przewidzianej ustawą procedury uzyskać decyzję Prezesa UKE w sprawie współkorzystania lub dostępu do infrastruktury technicznej.

Istnienie ustawowej procedury zapewniania operatorom telekomunikacyjnym dostępu do infrastruktury jako *lex specialis* wyłącza w tym zakresie stosowanie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184). Przepis ten stanowi, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez nadużywanie pozycji dominującej przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Określenie przez ustawodawcę branżowych administracyjnych środków kształtowania warunków dla powstania i rozwoju konkurencji stanowi regulację szczegółową w odniesieniu do zawartej w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto istnienie możliwości wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie do infrastruktury technicznej powoduje, że podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku właściwym traci możliwość wykorzystywania swojej władzy rynkowej wynikającej z tej pozycji. Dominant z uwagi na istniejące środki regulacyjne traci możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym gdyż nie ma możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. W okresie do 17.07.2010 r. ciężący na powodzie obowiązek zapewnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do nieruchomości miał charakter warunkowy (jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości), zaś po tej dacie bezwarunkowy.

Faktyczny dostęp do infrastruktury nie był zatem uzależniony od zgody ze strony właściciela (użytkownika wieczystego, administratora), której niewyrażanie pozwany uznał za przejaw niedozwolonego nadużycia pozycji dominującej, ale od istnienia umowy o dostępie, której żaden z wymienionych wyżej przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie zawarł ani też nie wszczął nawet postępowania przed prezesem UKE o wydanie decyzji zastępującej taką umowę.

W ocenie Sądu, decyzja pozwanego niezależnie od przedstawionych wyżej względów jest wewnętrznie niespójna, bowiem w sentencji sformułowany jest zarzut uznający za praktykę ograniczającą konkurencję nadużywanie przez powoda (...) Spółdzielnię Mieszkaniową (...) w P. z siedzibą w P. pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni poprzez nieuzasadnione niewydawanie zgody na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych oraz przeprowadzenie linii kablowych celem świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Bezspornym w sprawie jest, że w żadnym z powyższych przypadków powód wprost nie odmówił zgody na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych oraz przeprowadzenie linii kablowych celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Prezes UOKiK w uzasadnieniu wskazał, że powód zgody takiej faktycznie

nie wyrażał i negocjacje w sprawie zawarcia umowy w sposób pozorny, w celu uchylecia się od obowiązku zawarcie umowy.

Wprawdzie rozmowom prowadzonym przez powódkę z podmiotami ubiegającymi się o dostęp nie można przypisać cech konstruktywności, ani przypisać chęci zawarcia takiej umowy, to jednak nie można uznać, że działanie to naruszało art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jak bowiem wyżej wskazano pozycja rynkowa powódki nie miała wpływu ani na to czy umowa zostanie zawarta, ani kiedy ostatecznie to nastąpi. Niezawarcie umowy w ciągu 30 dni umożliwiły zainteresowanemu osiągnięcie celu w drodze decyzji regulacyjnej. Jednak z wymienionych wyżej przedsiębiorców z tej drogi skorzystała (...) S.A.

W ocenie Sądu, przebieg i sposób negocjacji należy oceniać poprzez zachowanie obydwu prowadzących je stron.

Zdaniem Sądu, dla przebiegu negocjacji kluczowe znaczenie ma określenie wyjściowych stanowisk stron, co pozwala określić obszar i skalę istniejących rozbieżności.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny, chcący instalować na nieruchomości urządzenia telekomunikacyjne, przeprowadzać linie kablowe pod, na albo nad nieruchomością oraz umieszcza tabliczki informacyjne o urządzeniach i w związku z tym chcący zawrzeć umowę z właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą nieruchomości musi określić szczegółowo zakres udostępnienia nieruchomości. Wynika to z trzech względów:

- tylko przedsiębiorca telekomunikacyjny jest w stanie określić jaką działalność telekomunikacyjną będzie prowadził na nieruchomości i przy pomocy jakich środków technicznych, zatem tylko on może określić zakres w jakim nieruchomość ma być udostępniona;

- właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości musi mieć możliwość oceny, czy żądanie dostępu do nieruchomości odpowiada zakresowi publicznoprawnemu obowiązkowi jej udostępnienia.

- właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości musi mieć możliwość oceny czy nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Przy czym do 17.07.2010 r. kryterium to stanowiło podstawę odmowy, zaś po tej dacie dawało podstawę do ingerencji w przyjęte rozwiązania techniczne. Przedsiębiorca telekomunikacyjny może czynić użytek z przysługującego mu prawa w granicach jego społeczno-gospodarczego przeznaczenia i zasad współżycia społecznego (art. 5 k.c.).

W kontekście powyższego należy stwierdzić, że M. P. (1) - prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) nie określił swojego żądania udostępnienia nieruchomości w piśmie z 18 września 2009 r. ani w terminie późniejszym. Faktycznego zakresu udostępnienia nieruchomości nie określała nawet złożona dokumentacja techniczna z uwagi na jej małą szczegółowość. Również w projektach umów, przedsiębiorca ten nie wskazywał ani których budynków ma dotyczyć udostępnienie ani tym bardziej gruntów lub przestrzeni nad nim.

P. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) wprawdzie określił budynki, których udostępnienia się domagał, to jednak (pomijając, że żądanie dotyczyło także budynków których powód nie jest administratorem) to jednak nie sprecyzował zakresu udostępnienia.

Występujący o udostępnienie nieruchomości przedsiębiorca telekomunikacyjny (...) S.A. także nie sprecyzował zakresu żadanego udostępnienia.

Jedynie w żądaniu występującego w imieniu (...) S.A. przedsiębiorcy (...) sp. z o.o. określono precyzyjnie nieruchomości oraz przedsięwzięcie komunikacyjne, które ma być podjęte, jednak tylko w zakresie „urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej w postaci kanalizacji teletechnicznej wraz z kablem przyłączeniowym o długości 150 mb”. W zakresie usług świadczonych poszczególnym abonentom i wykorzystania instalacji wewnętrznych przedsiębiorca ten nie określił zakresu żądania udostępnienia.

Brak konkretyzacji świadczenia (...)na rzecz ubiegających się o dostęp do nieruchomości przedsiębiorców telekomunikacyjnych przez tych przedsiębiorców, miało w ocenie Sądu kluczowe znaczenie dla przebiegu negocjacji. Wprawdzie powód nie miał podstaw do żądania przedstawienia mu dokumentacji projektowej, a tym bardziej w określonej skali, to jednak miał pełne podstawy do żądania konkretyzacji, co do oczekiwanego sposobu udostępnienia administrowanych nieruchomości. Z całą zaś pewnością czytelnie sporządzona dokumentacja projektowa stanowiłaby formę konkretyzacji żądania. Z tego zaś względu, żądanie złożenia takiej dokumentacji można by pochylić za formę obstrukcji negocjacji gdyby przedmiot umowy był jednoznacznie ustalony w inny sposób.

Należy mieć jednak na względzie, że obowiązek sporządzania projektów umów nie ciążył również na właścicielu (użytkowniku wieczystym, zarządcy nieruchomości). Ustawodawca pozostawił te kwestie otwartą, pozostawiając woli stron.

W świetle powyższego uznać należało, że brak było podstaw faktycznych do uznania, że powód naruszył art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W konsekwencji brak było podstaw do nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7, 8 i 11 k.p.a. i art. 233 § 1 k.p.c. oraz 231 k.p.c. w zw. z art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art.51 ust. 1 tej ustawy w zakresie oceny dokonywania ustaleń i oceny dowodów w toku postępowania administracyjnego zważyć należało, że zgodnie, bowiem z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 roku sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 roku sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 roku sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2001 roku sygn. akt I CKN 1036/98 LEX Nr 52708; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 roku, sygn. akt III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowania sądowe. Celem postępowania nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Postępowanie sądowe przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie pozbawia jednak stron możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych. Sąd antymonopolowy jest sądem cywilnym i prowadzi sprawę cywilną, wszczętą w wyniku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w tym wypadku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, według reguł kontradyktoryjnego postępowania cywilnego, a nie sądem legalności decyzji administracyjnej, jak to czynią sądy administracyjne w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Tylko takie odczytanie relacji pomiędzy postępowaniem administracyjnym i postępowaniem sądowym może uzasadniać dokonany przez racjonalnego ustawodawcę wybór między drogą postępowania cywilnego i drogą postępowania sądowo-administracyjnego dla wyjaśnienia istoty sprawy.

Sąd uznał, że nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu ciężaru dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Dotyczy to również ewentualnych uchybień organu antymonopolowego w zakresie uzasadnienia decyzji.

Wobec stwierdzonej wyżej bezzasadności nałożonej kary co do zasady za bezprzedmiotowe należało uznać zarzuty odnoszące się do jej wymiaru.

Mając powyższe na względzie, zaskarżoną decyzję należało (art.479^{31a} § 3 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sporu zasądzając na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego za obie instancje w kwocie 630 zł. , według norm przepisanych (art.98 § 1 k.p.c.)