

Wyrok z dnia 17 marca 2010 r.

III SK 41/09

Do przypisania przedsiębiorcy posiadającemu pozycję dominującą naruszenia reguł konkurencji przez stosowanie transakcji wiązanych konieczne jest uzależnienie sprzedaży jednego towaru od zakupu przez kontrahenta innego, odrębnego towaru, służącego zaspokojeniu innych potrzeb nabywcy.

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 z udziałem Tele 2 Polska Spółki z o.o. (obecnie Netia SA) o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 stycznia 2009 r. [...]

1. o d d a l i ł skargę kasacyjną,
2. zasądził od Telekomunikacji Polskiej SA w Warszawie na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i Tele 2 Polska Sp. z o. o (obecnie Netia SA) po 270 (dwieście siedemdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 29 grudnia 2006 r. [...] uznał w punkcie I za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako ustawa) i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 marca 2006 r., praktykę Telekomunikacji Polskiej S.A. (powódka) polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w stacjonarnej publicznej sieci

telekomunikacyjnej poprzez utrudnianie indywidualnym użytkownikom końcowym, będącym osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej, korzystania z usług telekomunikacyjnych, świadczonych przez innych operatorów, poprzez oferowanie wyłącznie planów telefonicznych, w których cenę wkalkulowana jest opłata za połączenia telefoniczne; umorzył w punkcie II postępowanie w sprawie o uznanie opisaney powyżej praktyki za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej jako TWE); uznał w punkcie III za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy i nakazał zaniechanie jej stosowania, praktykę powódki polegającą na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy na krajowym rynku świadczenia usług detalicznego dostępu szerokopasmowego do Internetu poprzez uzależnianie zawarcia umowy o świadczenie usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu od korzystania z usługi telefonicznej świadczonej przez powódkę w oparciu o analogową linię telefoniczną; uznał w punkcie IV za ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 82 TWE praktykę powódki polegającą na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy na krajowym rynku świadczenia usług detalicznego dostępu szerokopasmowego do Internetu poprzez uzależnianie zawarcia umowy o świadczenie usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu od korzystania z usługi telefonicznej świadczonej przez powódkę w oparciu o analogową linię telefoniczną i nakazał jej zaniechanie; nałożył w punkcie V na powódkę z tytułu stwierdzonych naruszeń karę pieniężną w wysokości 1.000.000 zł z tytułu praktyki opisaney w punkcie I oraz 10.000.000 zł z tytułu praktyki opisaney w punktach III i IV.

Powódka zaskarżyła decyzję Prezesa Urzędu do Sądu Okręgowego-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który wyrokiem z dnia 28 lutego 2008 r. [...] odwołanie oddalił. W odniesieniu do praktyki dotyczącej planów telefonicznych Sąd Okręgowy przyjął, że Prezes Urzędu mógł stosować przepisy ustawy, ponieważ zgodnie z art. 1 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego, działania regulatora zatwierdzającego cennik nie naruszają przepisów ustawy. Według Sądu Okręgowego powódka oferowała wyłącznie plany telefoniczne, w których w cenę wkalkulowana była opłata za połączenia telefoniczne (z wyjątkiem planu dla przedsiębiorców). Zdaniem Sądu Okręgowego z punktu widzenia abonenta, który zawsze w cenie płaconego abona-

mentu otrzymuje pakiet minut, opłata za połączenie telefoniczne u innego operatora oznacza dodatkowe wydatki. Powoduje to, że abonent nie będzie skłonny do korzystania z usług innych operatorów, ponieważ musiałby płacić dwukrotnie za tę samą usługę. W odniesieniu do praktyki polegającej na sprzedaży wiązanej usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu i abonamentu telefonicznego, Sąd Okręgowy uznał, że zarzut błędnego wyznaczenia rynku nie znajduje uzasadnienia (powódka zarzucała nieuwzględnienie dostępu do Internetu przez fale radiowe, łącza satelitarne, linie energetyczne oraz telefony komórkowe), ponieważ ze względu na długotrwałą obecność na rynku, rozwiniętą infrastrukturę techniczną, ilość abonentów, powódka nie spotyka się na rynku ogólnokrajowym ze znaczącą konkurencją. Technologia radiowa i inne nie są substytutami dla technologii wskazanych przez Prezesa Urzędu w decyzji (xDSL oraz TVK) z uwagi na niewielką ilość użytkowników. Sąd Okręgowy oddalił również zarzut nieuwzględnienia udziału największych firm świadczących dostęp do Internetu za pomocą modemów kablowych, ponieważ Prezes Urzędu uwzględnił w decyzji udział w rynku 39 operatorów a pominął 4 ze wskazanych przez powódkę, których łączny udział wynosił 5%. Zdaniem Sądu Okręgowego, udział operatorów w rynku, świadczących usługi poprzez alternatywne metody przesyłu danych, nie ma wpływu na pozycję powódki, ponieważ technologie te nie stanowią substytutu technologii xDSL i TVK. Odnosząc się do nieustalenia przez Prezesa Urzędu pozycji rynkowej powódki w latach 2001-2004, Sąd Okręgowy przyjął, że zarzucana w decyzji praktyka dotyczy lat 2005-2006, zatem zarzut naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy jest nieuzasadniony. Sąd Okręgowy przyjął, że wiązanie sprzedaży usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu ze świadczeniem usług powszechnych ogranicza konkurencję po stronie popytowej (konsument rezygnujący z usługi telefonicznej traci możliwość korzystania z Internetu w oparciu o szerokopasmowy dostęp do linii powódki) i podażowej (zniechęcenie do szukania ofert alternatywnych operatorów oferujących usługi telefoniczne). Sąd Okręgowy przyjął, że argument o powszechności stosowania wiązania na rynkach zagranicznych jest nieadekwatny do sytuacji społeczno-ekonomicznej Polski.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 29 stycznia 2009 r. [...] oddalił apelację powódki. W zakresie praktyki dotyczącej planów telefonicznych Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, zgodnie z którym zachowanie powódki utrudnia korzystanie z usług innych operatorów poprzez skonstruowanie całej oferty powódki, gdyż brak jakiegokolwiek planu taryfowego powódki bez wliczonych minut dla użyt-

kowników końcowych niebędących przedsiębiorcami stwarzał barierę popytu na usługi konkurentów. Racjonalny abonent nie będzie bowiem rezygnował z możliwości przeprowadzenia „darmowej rozmowy” w ramach pakietu minut objętych abonamentem i korzystał za dodatkową opłatą z usług operatora alternatywnego. Ponadto, według Sądu Apelacyjnego, Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę *ex post*, oceniając skutki zastosowania przez powoda warunków określonych w cennikach i regulaminach zatwierdzonych przez organ regulacyjny. Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących sprzedaży wiązanej, Sąd Apelacyjny wskazał, że sama powódka wskazała w odwołaniu, że inne niż xDSL i TVK technologie różnią się co do instalacji, obsługi, mobilności, skalowalności i kosztów eksploatacji. Technologie xDSL i TVK oferują większe bezpieczeństwo danych, mniejsze zakłócenia, pewność przepływu danych bez zmniejszenia ich strumienia oraz wyższy poziom ochrony przed nieautoryzowanym dostępem. Te różnice we właściwościach porównywanych usług, w tym ich jakość, powodują, że inne technologie dostępu do Internetu nie mogą być uważane za substytuty usług świadczonych w technologii xDSL i TVK. Sąd Okręgowy prawidłowo wyznaczył także zasięg geograficzny rynku, uznając go za rynek krajowy, ponieważ niższy poziom dostępu do usługi na określonym terenie nie powoduje, że usługa ta nie jest tam oferowana. Oferta mniejszych usługodawców wpływa zaś na stan konkurencji na rynku ogólnokrajowym. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powódka ma pozycję dominującą na rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu, nie wykazała, by rozszerzenie analizy rynku o inne podmioty pozwoliło obalić domniemanie posiadania pozycji dominującej powyżej 40% udziału w rynku. Ponadto, na konkurencyjnym rynku powódka nie utrzymałaby się z ofertą narzucającą konsumentom korzystanie z usług telefonicznych i dostępu do sieci, ponieważ jest oczywiste, że część abonentów powódki w zakresie usług telefonicznych dążyłaby do zmiany operatora. Sąd Apelacyjny przyjął, że między dostępem do sieci a usługą telefoniczną nie zachodzi związek rzeczowy, ponieważ obie usługi mogą być świadczone samodzielnie. Nie zachodzi również związek zwyczajowy, ponieważ źródłem „zwyczaju” sprzedaży wiązanej jest zachowanie powódki - przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości. W podstawie skargi kasacyjnej obejmującej przepisy prawa procesowego powódka podniosła zarzut naruszenia 1) art. 228 § 2 k.p.c., poprzez brak powołania na rozprawie przez Sąd faktów, które Sąd uznał za znane Sądowi z urzędu; 2) art. 235 § 1 i

236 k.p.c., poprzez oparcie rozstrzygnięcia w sprawie na dowodach, które nie zostały właściwie przeprowadzone na rozprawie. Według powódki Sąd Apelacyjny oparł swoją ocenę pozycji zajmowanej przez nią na rynku na zupełnie innym materiale dowodowym niż czyniły to wcześniej Sąd Okręgowy oraz Prezes Urzędu, gdyż zarówno decyzja Prezesa UKE, jak i Raport rynkowy Prezesa UKE z kwietnia 2007 r. (z wyjątkiem jego s. 99) nie wchodziły w skład materiału dowodowego w sprawie. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika zaś, że najważniejszymi dowodami pozwalającymi Sądowi Apelacyjnemu na ustalenie pozycji dominującej powódki na rynku dostępu do szerokopasmowego Internetu poprzez technologie xDSL oraz TVK okazały się: 1) dane z decyzji Prezesa UKE z dnia 14 lutego 2007 r., zgodnie z którymi udział TP w rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu w 2005 r. wynosił 66%; 2) dane z Raportu Prezesa UKE z kwietnia 2007 r. o stanie rynku telekomunikacyjnego z 2006 r. umieszczone na stronie 93 i 94 przedmiotowego raportu, z których wynika, że na koniec 2006 r. z dostępu do szerokopasmowego Internetu za pomocą technologii xDSL i TVK korzystało 2.615.000 użytkowników, z których 1.860.000, tj. 71,3%, posiadało dostęp xDSL, a 755.000 użytkowników, tj. 28,7%, dostęp TVK, zaś powódka była niekwestionowanym liderem w segmencie rynkowym dostępu xDSL mając w nim udział 92% oraz porównanie tego udziału z 73,1% udziału powódki w całym rynku dostępu do szerokopasmowego Internetu w technologiach xDSL oraz TVK. Powódka wskazuje, że w świetle utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, fakty znane sądowi urzędowo powinny być konkretnie powołane na rozprawie tak, aby strony mogły się co do nich wypowiedzieć. Tymczasem na rozprawie w dniu 29 stycznia 2009 r., Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę stronom, iż jest mu znana z urzędu decyzja Prezesa UKE z dnia 14 lutego 2007 r. Jednocześnie, poza faktem wydania przedmiotowej decyzji przez Prezesa UKE, nie wskazano stronom w jakim zakresie decyzja ta ma znaczenie dla rozstrzygnięcia *meritum* sporu między powódką a Prezesem Urzędu.

W podstawie skargi kasacyjnej obejmującej przepisy prawa materialnego, powódka podnosi zarzut naruszenia: 1) art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 48 ust. 1 i 2 Prawa telekomunikacyjnego oraz art. 2 Konstytucji RP; 2) art. 4 pkt 8 ustawy; art. 6 k.c. i art. 2 rozporządzenia 1/2003 w związku z art. 4 pkt 8 oraz 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 82 TWE oraz 3) art. 8 ust. 2 pkt 4 oraz art. 82 TWE. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 48 ust. 1 i 2 Prawa telekomunika-

cyjnego oraz art. 2 Konstytucji RP powódka podnosi, że wszelkie zmiany dokonywane w jej ofercie zostały zaakceptowane ostatecznymi decyzjami administracyjnymi przez regulatora rynku. Zdaniem powódki Prezes UKE dokonuje kontroli cennika usług telekomunikacyjnych pod względem ich zgodności z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne, uwzględniając także wpływ na konkurencję. Zdaniem powódki poprzez zarzucenie jej naruszenia konkurencji, poprzez zachowanie zgodne z zatwierdzonym przez regulatora rynku telekomunikacyjnego cennikiem, Prezes Urzędu podważa decyzję innego organu. Zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy, art. 6 k.c. i art. 2 rozporządzenia 1/2003 w związku z art. 4 pkt 8 oraz 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 82 TWE powódka uzasadnia w ten sposób, że dla uznania towarów za substytucyjne nie jest wymagane, aby miały one identyczne właściwości. Liczba klientów korzystających z danej usługi również nie wpływa na ocenę substytucyjności usług, gdyż ma znaczenie jedynie przy określaniu pozycji rynkowej dostawców usług działających na tym samym rynku. Powódka odwołała się także do praktyki Komisji Europejskiej wskazując przykładowo, że analizując detaliczny rynek szerokopasmowego dostępu do Internetu w Hiszpanii uwzględniono także usługi dostępu świadczone w technologiach radiowych (bezprzewodowych) oraz satelitarnych, mimo iż udział rynkowy usług świadczonych przy pomocy tych technologii wynosił jedynie 0,3% w 2002 r. i poniżej 0,1% w 2006 r. (decyzja KE z dnia 4 lipca 2007 r. w sprawie Wanadoo Espania vs. Telefonica, COMP/38.784). Ponadto, usługi dostępu szerokopasmowego świadczone w oparciu o inne technologie nie odgrywają niewielkiej roli na rynku polskim, zaś z powołanego w załączniku do pisma powódki z 20 listopada 2007 roku raportu rynkowego wynika, że udział w rynku dostawców oferujących dostęp szerokopasmowy do Internetu gospodarstwom domowym za pomocą sieci osiedlowych, w technologii satelitarnej, radiowej oraz bezprzewodowej wynosił 37,5%. Powódka wskazuje, że KE nie uznała za wystarczający powód do wyłączenia usług świadczonych w oparciu o powyższe technologie z rynku właściwego zarówno różnic między poszczególnymi technologiami, jak i wysokich kosztów niektórych z tych usług, czy wczesnego etapu rozwoju niektórych spośród wymienionych technologii. Dodatkowo powódka odwołała się do Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, w którym wskazano, w jaki sposób organ antymonopolowy winien ustalać definicję rynku właściwego w sprawie. W pkt 33-43 Obwieszczenia wymieniono dowody jakie mają znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii substytucyjności produktowej (analiza właściwości produktu,

dowody substytucyjności w niedawnej przeszłości; badania ilościowe; opinie klientów i konkurentów; preferencje konsumentów - badania konsumenckie; badanie barier oraz kosztów związanych z przestawieniem popytu na potencjalne substytuty). Zdaniem powódki w niniejszej sprawie wnioski co do substytucji produktowej Prezes Urzędu i Sądy obu instancji wyciągają wyłącznie na podstawie analizy właściwości produktów, żaden natomiast z pozostałych środków dowodowych wskazanych powyżej nie został na etapie postępowania administracyjnego ani też sądowego przeprowadzony. Ponadto, poza wymienieniem różnic pomiędzy różnymi technologiami zarówno organ jak i Sądy nie wskazały na ile różnice te wpływają na decyzje klientów. Natomiast naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 82 TWE powódka uzasadnia 1) brakiem dowodu, że posiada pozycję dominującą na rynku świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu; 2) istnieniem związku zwyczajowego między świadczeniem usług szerokopasmowego dostępu do Internetu a świadczeniem usług powszechnych, ponieważ wiązanie tych usług jest powszechnie stosowane na rynku europejskim.

Prezes Urzędu wnosi o oddalenie skargi kasacyjnej powódki. W zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia przepisów prawa procesowego, Prezes Urzędu podnosi, że ewentualne uchybienia nie miały wpływu na wynik sprawy, to jest na rozstrzygnięcie o zasadności odwołania powódki od decyzji organu antymonopolowego. Ponadto, Prezes Urzędu wskazywał, że na decyzję Prezesa UKE z 14 lutego 2007 r. powoływał się w odpowiedzi na apelację powódki oraz że także powódka odnosiła się do argumentacji opartej na treści przedmiotowej decyzji. Sąd Apelacyjny nie mógł naruszyć art. 228 § 2 k.p.c., ponieważ decyzja Prezesa UKE ani Raport Prezesa UKE nie były dokumentami znanymi mu z urzędu, lecz faktami powszechnie znanymi wśród profesjonalnych uczestników rynku telekomunikacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powódki nie ma uzasadnionych podstaw. Sąd Apelacyjny naruszył art. 228 § 2 k.p.c., poprzez niepowołanie na rozprawie faktów, które uznał za znane mu z urzędu. Faktami takimi są okoliczności faktyczne znane sądowi orzekającemu z jego działalności jako organu wymiaru sprawiedliwości; okoliczności z jakimi zetknął się bezpośrednio przy dokonywaniu czynności procesowych w innych postępowaniach (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1958 r., III CR

462/58, OSNC 1962 nr 1, poz. 6). Zgodnie z art. 228 § 2 k.p.c. fakty znane sądowi urzędowo nie wymagają dowodu, jednakże sąd ma obowiązek zwrócić na nie uwagę stron na rozprawie tak, aby strony mogły się co do nich wypowiedzieć. Powołanie w uzasadnieniu orzeczenia znanych sądowi z urzędu okoliczności, które nie były przedmiotem rozprawy, stanowi naruszenia art. 228 § 2 k.p.c. (orzeczenia Sądu Najwyższego z 10 maja 1956 r., 2 CR 26/56, PiP 1958 nr 2, s. 345 i z 25 sierpnia 1970 r., II PR 418/69, OSNCP 1971 nr 5, poz. 89; wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2009 r., III CSK 341/08). Niewystarczające jest przy tym ogólne powołanie się na fakty znane sądowi urzędowo z innych rozpatrywanych spraw. Konieczne jest przytoczenie konkretnego faktu, wskazanie sprawy, w której został on stwierdzony i zwrócenie uwagi stron, że zamierza go wykorzystać jako fakt znany sądowi urzędowo (wyrok Sądu Najwyższego z 9 lipca 2009 r., III CSK 341/08). Z protokołu rozprawy apelacyjnej z dnia 29 stycznia 2009 r. wynika, że Sąd Apelacyjny „zwrócił uwagę stron na decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 14.02.2007 r., że jest mu znana z urzędu”. Takie lakoniczne odwołanie się do przedmiotowej decyzji nie odpowiada przedstawionym powyżej wymogom w zakresie powoływania faktów znanych z urzędu sądowi orzekającemu. Jednakże do stwierdzenia, w jaki sposób naruszenie art. 228 § 2 k.p.c. mogło wpłynąć na wynik sprawy, konieczne jest ustalenie w jaki sposób fakty te wpłynęły na podstawę faktyczną podjętego rozstrzygnięcia. Sąd Apelacyjny powołał się na przedmiotową decyzję Prezesa UKE na stronie 35 uzasadnienia stwierdzając, że dane zawarte w tej decyzji, odnoszące się do udziału powódki w rynku w 2006 r. stanowiły jeden z najważniejszych dowodów pozwalających na ustalenie pozycji dominującej powódki na rynku dostępu do szerokopasmowego Internetu poprzez technologie xDSL i TVK. W świetle tych danych udział rynkowy powódki wynosił 66%. Jako drugi „najważniejszy dowód” w tym zakresie, Sąd Apelacyjny wskazał dane z raportu Prezesa UKE z kwietnia 2007 r. o stanie rynku za 2006 r., z których wynikało, że udział powódki w segmencie rynku obejmującym szerokopasmowy dostęp do Internetu w technologii xDSL wynosił 92%, zaś w rynku obejmującym technologie xDSL oraz TVBK 73,1%. Zdaniem Sądu Apelacyjnego pozwalało to na dokonanie ustalenia, że w 2006 r. powódka utrzymała w rynku właściwym udział powyżej 40%. Umożliwiło to przypisanie powódce posiadania pozycji dominującej na podstawie domniemania z art. 4 pkt 9 ustawy. Należy zatem rozważyć, czy bez odwołania się do tych dwóch dokumentów, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy uprawniał przypisanie powódce posiadania pozycji dominującej. W innych

miejscach uzasadnienia wyroku Sąd Apelacyjny - dzieląc ustalenia i wnioski Sądu Okręgowego - powoływał się na ustalenia wynikające z dołączonego do akt projektu decyzji Prezesa UKE z 14 lutego 2007 r. (str. 18 i 32), raportu Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2005 r. (str. 21-22). Z danych przedstawionych w tych dokumentach wynikało, że udział powódki w rynku w relewantnym dla sprawy okresie wynosił 66% i był kilkakrotnie większy od łącznego udziału działających na rynku konkurentów. W tych okolicznościach nawet pominięcie danych rynkowych zawartych w decyzji Prezesa UKE z 14 lutego 2007 r. oraz raporcie o stanie rynku za 2006 r. z kwietnia 2007 r., wskazujących na umocnienie dotychczasowej pozycji rynkowej powódki, nie podważa konkluzji przyjętej przez Sąd Apelacyjny w zakresie posiadania przez powódkę pozycji dominującej. Stwierdzone naruszenie art. 228 § 2 k.p.c. nie miało zatem wpływu na wynik sprawy.

Sąd Najwyższy nie dopatrywał się również naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisów prawa materialnego w zakresie podniesionym przez powódkę. Zarzut naruszenia art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.) oraz art. 2 Konstytucji RP jest nieuzasadniony. W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r., III SK 15/06 (OSNP 2007 nr 21-22, poz. 337) uprzednie działanie regulatora wyłącza możliwość podjęcia interwencji przez Prezesa Urzędu, w zakresie w jakim interwencja ta dotyczyłaby kwestii będących przedmiotem decyzji Prezesa UKE. W stanie faktycznym niniejszej sprawy oznacza to, że niedopuszczalne byłoby zakwalifikowanie przez Prezesa Urzędu (poprzez uznanie za praktykę ograniczającą konkurencję) zatwierdzonych przez Prezesa UKE cenników (taryf), analogicznie, jak w przypadku taryf stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne. Natomiast w niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny nie uznał za praktykę ograniczającą konkurencję sprzedaży przez powódkę poszczególnych planów taryfowych, lecz brak w ofercie powódki planu obejmującego wyłącznie dostęp telekomunikacyjny. W sytuacji, gdy tylko do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego należy przedstawienie regulaminu oraz cennika, organ regulacyjny nie może - w procedurze zatwierdzania cenników - żądać od przedsiębiorcy przedstawienia propozycji ofert, których przedsiębiorca nie uwzględnił w przedłożonym do zatwierdzenia projekcie. Zatem zatwierdzenie przez Prezesa UKE przedłożonego przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego cennika świadczonych usług nie wyłącza możliwość interwencji Prezesa Urzędu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy, art. 6 k.c. i art. 2 rozporządzenia nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE z 2003 r. L 1, s. 1; polskie wydanie specjalne Dz.Urz. UE z 2008 r., Tom 2, s. 205, ze zm., dalej jako rozporządzenie 1/2003) w związku z art. 4 pkt 8 oraz 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 82 TWE (obecnie art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej jako art. 102 TFUE), Sąd Najwyższy podziela przedstawioną w uzasadnieniu skargi kasacyjnej powódki metodologię wyznaczania rynku właściwego. Niniejsza sprawa dotyczy sytuacji istniejącej na rynku usług dostępu do szerokopasmowego Internetu w określonym przedziale czasowym i to w odniesieniu do tego przedziału czasowego należy ocenić, czy rynek właściwy został wyznaczony prawidłowo. Sąd Apelacyjny wyjaśnił zaś w oparciu o jakie czynniki (różnice w zakresie instalacji, obsługi, mobilności, kosztów eksploatacji, zakłóceń, bezpieczeństwa, pewności przepływu danych bez zmniejszania ich strumienia) uznał, że dostęp do Internetu za pomocą innych technologii (fale radiowe, łącza satelitarne, telefonia komórkowa, linie elektroenergetyczne) - w okresie relewantnym dla oceny wpływu zachowania powódki na konkurencję - nie stanowił substytutu dla usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu świadczonej w oparciu o technologie xDSL i TVK.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 102 TFUE, poprzez przyjęcie - w braku stosownego dowodu - że powódka posiada pozycję dominującą na rynku świadczenia usług szerokopasmowego dostępu do Internetu, nie zasługuje na uwzględnienie. Jego uzasadnienie opiera się bowiem na - niepodzielonym przez Sąd Najwyższy ze wskazanych powyżej powodów - zarzucie wadliwej analizy rynku właściwego w niniejszej sprawie. W zakresie dotyczącym przesłanki braku związku między usługą szerokopasmowego dostępu do sieci Internet a usługą połączeń telefonicznych, Sąd Najwyższy podziela stanowisko Sądu Apelacyjnego. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że chodzi o dwa odrębne towary (usługi), służące zaspokojeniu różnych potrzeb konsumentów. Istnieje odrębny popyt na usługę połączeń telefonicznych w sieci stacjonarnej oraz na usługę szerokopasmowego dostępu do Internetu. Wbrew argumentacji powódki między usługą szerokopasmowego dostępu do Internetu a usługą połączeń telefonicznych świadczoną przez powódkę w oparciu o analogową linię telefoniczną nie istnieje relewantny dla art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 102 TFUE związek zwyczajowy. Związek taki może wynikać z praktyki rynkowej, ale z wyłączeniem sytuacji, gdy źródłem tej praktyki jest wyłącznie za-

chowanie dominanta (wyrok SOKiK z 14 grudnia 2007 r., XVII AmA 130/07, niepublikowany). Sąd Najwyższy podziela w tym zakresie stanowisko Sądów orzekających w niniejszej sprawie, zgodnie z którym niewystarczające jest wykazanie związku zwyczajowego poprzez odwołanie się do praktyk stosowanych na rynkach zagranicznych, ponieważ zwyczajem relewantnym dla przepisu art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy jest zwyczaj przyjęty na rynku właściwym (rynkach właściwych), na którym dochodzi do wiązania. Analogiczne stanowisko w zakresie związku zwyczajowego przyjęto także w prawie unijnym. W wyroku Sądu Pierwszej Instancji w sprawie Microsoft przyjęto jednoznacznie, że aczkolwiek zwyczaj handlowy lub przeznaczenie gospodarcze towarów będących przedmiotem sprzedaży wiązanej może wskazywać, że nie są to towary odrębne z punktu widzenia prawa konkurencji, nie można mówić o ukształtowaniu się zwyczaju handlowego, gdy podmiot stosujący sprzedaż wiążaną ma silną pozycję dominującą (wyrok SPI w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji, Zb. Orz. [2007] II-3601, pkt 940; podobnie wyrok TS z 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. 1996, s. I-5951, pkt 37).

W zakresie dotyczącym braku antykonkurencyjnego charakteru wiązania usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu z usługą telefoniczną świadczoną przez powódkę w oparciu o analogową linię telefoniczną, należy na wstępie podkreślić, że Sąd Najwyższy rozpoznając skargę kasacyjną jest związany określoną w jej podstawie postacią naruszenia prawa materialnego oraz nie może samodzielnie dokonywać kwalifikacji prawnej zarzutów zawartych w skardze kasacyjnej przez konstruowanie dla nich uzasadnienia prawnego wyraźnie w niej niesformułowanego (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2009 r., III CSK 355/08; z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CSK 364/07). Przedstawiona w skardze kasacyjnej argumentacja co do naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy i art. 102 TFUE nie daje podstaw do przyjęcia, że wadliwe jest rozumowanie Sądu Apelacyjnego w przedmiocie negatywnego wpływu sprzedaży wiązanej na konkurencję. W uzasadnieniu tego zarzutu powódka podnosi bowiem, że „biorąc pod uwagę specyfikę rynku telekomunikacyjnego nie sposób uznać za trafny zarzut uniemożliwiania jednoczesnego korzystania przez użytkownika końcowego z usługi neostrada oraz usługi telefonicznej w oparciu o analogową linię telefoniczną dostarczaną przez innego niż TP operatora”. Trudno nie przyznać racji takiemu argumentowi, z zastrzeżeniem, że takie zachowanie się użytkownika usługi szerokopasmowego dostępu do sieci ekonomicznie jest nieracjonalne. Nawet w przypadku powielenia infrastruktury telekomunikacyjnej w danej lokal-

zacji, dzięki czemu nabywca usługi szerokopasmowego dostępu do sieci Internet mógłby korzystać z usługi połączeń telefonicznych innego operatora świadczonych po jego linii telefonicznej, musiałby ponosić koszty stałe związane ze świadczeniem usługi połączeń telefonicznych u dwóch operatorów, korzystając tylko z usług świadczonych przez jednego z nich. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 102 TFUE nie uwzględnia, że ograniczenie konkurencji w niniejszej sprawie polega na tym, że osoba zainteresowana usługą powódki w zakresie szerokopasmowego dostępu do Internetu musi jednocześnie zawrzeć umowę na świadczenie usługi połączeń telefonicznych oferowanej przez powódkę, podczas gdy - jak sama powódka przyznaje w skardze kasacyjnej - poprzez łącze abonenckie jednego dostawcy różni przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą świadczyć różne usługi (w ramach oferty ramowej, oferty WLR oraz oferty dostępu pełnego i współdzielonego do lokalnej pętli abonenckiej). Argumentacja powódki nie podważa zatem stanowiska Sądu Apelacyjnego, co do antykonkurencyjnego charakteru wiązania usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu z usługą połączeń telefonicznych. W dalszej kolejności, uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 102 TFUE, powódka podnosi, że nie jest jej znany przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący wyłącznie usługi telefoniczne, a nieświadczący usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu. Argument ten jest również bez znaczenia dla oceny prawidłowości zastosowania przez Sąd Apelacyjny art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy lub art. 102 TFUE. Mógłby on mieć ewentualnie znaczenie dla oceny zwyczajowego związku między usługą szerokopasmowego dostępu do sieci Internet a usługą połączeń telefonicznych. Kwestia ta jest jednak bezprzedmiotowa z punktu widzenia wpływu sprzedaży wiązanej na konkurencję. Ponadto, z argumentacji tej nie wynika, że inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie sprzedają odrębnie usługi szerokopasmowego dostępu do sieci Internet, lecz jedynie, że dostawcy usług telefonicznych świadczą także usługi dostępu do sieci Internet. Również pozostałe argumenty przedstawione w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 102 TFUE (zjawisko tzw. *gapowicza* - „*free rider*” - związane z kosztami wdrożenia nowej usługi; opóźnienie między techniczną możliwością świadczenia usługi a jej wprowadzeniem na rynek; świadczenie usługi szerokopasmowej transmisji danych w pierwszej kolejności na rzecz dotychczasowych użytkowników usług telefonicznych) nie mają związku z naruszeniem art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy lub art. 102 TFUE, poprzez uznanie wiązania usługi szerokopasmowego dostępu do sieci Internet z usługą połą-

czeń telefonicznych za praktykę ograniczającą konkurencję. Nie odnoszą się bowiem w ogóle do kwestii zamknięcia dostępu do rynku podmiotom świadczącym usługi telefoniczne, ani ewentualnej eksploatacji konsumentów, zainteresowanych tylko korzystaniem z usługi dostępu do Internetu.

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

=====