

Nadużywanie pozycji dominującej – antykonkurencyjne wykluczenie konkurentów z rynku współzależnego. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 lutego 2012 r. XVII AmA 171/11

1. Praktykę wykluczającą stanowi zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, która może skutkować zamknięciem rynku albo całkowicie lub częściowo wykluczyć ekspansję działalności (zwiększenie podaży) przedsiębiorców już działających na danym rynku lub też wykluczyć wejście na ten rynek przez innych przedsiębiorców (tj. tych, którzy jeszcze nie prowadzą na nim działalności), która to praktyka jest zarazem szczególnie szkodliwa dla konsumentów. Praktyka wykluczająca ma zatem skutek antykonkurencyjny, jako że uniemożliwia lub utrudnia rozwój istniejącej lub potencjalnej konkurencji na danym rynku.
2. Zakreślenie przez powoda (dominanta) kręgu producentów armatury, jakiej wnioskodawca ubiegający się o przyłączenie do sieci ma użyć do budowy przyłącza uniemożliwia temu drugiemu dokonanie swobodnego wyboru elementów budowy przyłącza spośród ofert wielu firm znajdujących się na rynku, natomiast producentom armatury będącym konkurentami wybranych przez dominanta (Wodociągi sp. z o.o.) trzech firm uniemożliwia konkutowanie na określonym w niniejszej sprawie rynku z wyrobami tych firm.
3. Powód posiadając moc decyzyjną co do wydawania technicznych warunków przyłączenia (jak również co do odbioru wykonanego przyłącza) jako zarządzający infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną nadużywa swej pozycji dominującej wymuszając pewne zachowania na rynku współzależnym, tj. na rynku wykonawców przyłączy do sieci wodociągowo-kanalizacyjnej, przeciwdziałając ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju swobodnej konkurencji, gdyż uprzywilejowuje przedsiębiorców używających do przyłączy określonego przez powoda rodzaju armatury, a pośrednio także przedsiębiorców produkujących tę armaturę.

Na podstawie decyzji z dnia 31 maja 2011 r. Prezes UOKiK za przejaw nadużywania przez Wodociągi Sp. z o.o. pozycji dominującej na lokalnym rynku zarządzania infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną na terenie Miasta B. oraz Gminy uznał praktykę tego przedsiębiorcy polegającą na narzuceniu wnioskodawcom, na rzecz których wydawane są techniczne warunki przyłączenia do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej obowiązku budowy przyłączy wodociągowych z zastosowaniem jedynie armatury wyprodukowanej przez określone trzy firmy. Zdaniem Prezesa UOKiK takie praktyki przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji na lokalnym rynku wykonywania przyłączy wodociągowych (rynek współzależny), stanowiąc naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5.u.o.k.k.

SOKiK podzielił stanowisko Prezesa UOKiK, oddalając odwołanie wniesione przez Wodociągi Sp. z o.o. Kwestionowane przez dominanta zachowanie należy zaliczyć do tzw. „wykluczenia lewarującego”. Praktyka ta polega na wykorzystaniu znaczącej siły dominanta (w danej sprawie mającej w istocie charakter monopolu prawnego w postaci – jak to określił sąd – „mocy decyzyjnej co do wydawania technicznych warunków przyłączenia”) jaką dominant posiada na jednym rynku (zdominowanym) w sposób, który ogranicza konkurencję na innym – powiązany z tym pierwszym oraz niezdominowanym – rynku (rynku współzależnym). W dotychczasowym orzecznictwie antymonopolowym oraz decyzjach Prezesa UOKiK praktyki lewarujące stosunkowo często były przedmiotem oceny – zazwyczaj będąc potraktowane jako przejaw nadużycia wykluczającego (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.). Omawianym wyrokiem SOKiK potwierdza tę ukształtowaną linię orzeczniczą, zauważając, że oceniane zachowanie dominanta narusza konkurencję, co może dotyczyć stanu konkurencji zarówno na rynku zdominowanym, ale także – w czym zazwyczaj jawi się istota lewarowania – na rynku niezdominowanym.

Praktyka Wodociągów Sp. z o.o. zaliczona została przez sąd do poważnych naruszeń prawa antymonopolowego, gdyż prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Podkreślił jej szczególnie dolegliwy charakter dla wykonawców przyłączy (ograniczenie ich w wyborze armatury), jak i konkurentów (brak możliwości merytorycznej konfrontacji ich oferty z ofertą trzech producentów wskazanych przez Wodociągi). Zdaniem SOKiK wyklucza to zasadność traktowania tej praktyki jako „bagatelnej”, gdyż „jej charakter jest wysoce uciążliwy i szkodliwy dla uczestników rynku” kolidujący z interesem publicznym, którego ochronie służyć ma ustawa antymonopolowa.

W omawianym wyroku SOKiK w sposób generalny określił co należy rozumieć pod pojęciem „praktyki wykluczającej” (patrz teza nr 1). Wprawdzie samo konstruowanie takich koncepcji generalnych tego pojęcia nie stanowi *novum* w polskiej judykaturze – jak dotąd będąc zazwyczaj domeną wyroków Sądu Najwyższego (zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011, nr 9–10, poz. 144, a także wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009, nr 15–16, poz. 216). Jednakże powołane orzeczenia SN – w odróżnieniu od omawianego wyroku SOKiK – nie odwołują się do szkody konsumenta jako głównego warunku (względnie jednego z warunków) uznania wykluczenia konkurenta za antykonkurencyjne. SOKiK zdaje się wywodzić „skutek antykonkurencyjny” praktyki z faktu, iż jest ona „szczególnie szkodliwa dla konsumentów”. Taka konstrukcja jest bliska podejściu („bardziej ekonomicznemu”) jakie przyjęła Komisja Europejska w swychwytycznych (z grudnia 2008 r.) dotyczących nadużyć o charakterze zachowania wykluczającego (*Abusive Exclusionary Conduct*) dominantów, deklarując, iż w ramach egzekwowania (obecnego) art. 102 TFUE koncentrować się będzie na tych praktykach wykluczających stosowanych przez dominantów, które są „najbardziej szkodliwe dla konsumentów (*most harmful to consumers*)”.

Konrad Kohutek

Wydział Prawa i Administracji

Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modzewskiego