PREZES
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W ŁODZI
ul. Piotrkowska 120
90-006 Łódź
tel. (42) 636 36 89, fax (42) 636 07 12
e'mail:lodz@uokik.gov.pl

RŁO-411-8(15)/11/RB Łódź, dnia 15 czerwca 2012 r.

DECYZJA NR RŁO 34/2012

I. Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 tej ustawy, praktykę polegającą na nadużywaniu przez Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi, pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych tej Spółdzielni zlokalizowanych w Łodzi, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz jej mieszkańców, poprzez odmowę udostępnienia TOYA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, tych zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych, w postaci postawienia obiektywnie nieuzasadnionego warunku, polegającego na wymaganiu pozyskania i doręczenia pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli których dotyczyć ma inwestycja **i nakazuje się zaniechania jej stosowania.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy

- działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

nakłada się na Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi, **karę pieniężną w wysokości** 6.040 zł (słownie: sześć tysięcy czterdzieści złotych) płatną do budżetu państwa, w związku z naruszeniem zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 cytowanej na wstępie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 i art. 80 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst

jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 98 poz. 1071, ze zm.), w związku z art. 83 cytowanej na wstępie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do jej art. 33 ust. 6

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

postanawia się obciążyć Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi, kosztami opisanego na wstępie postępowania w sprawie stosowania praktyk ograniczających konkurencję w kwocie 16,95 zł (słownie: szesnaście złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) oraz zobowiązuje się Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wymienionych kosztów postępowania w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwanego dalej „Prezesem Urzędu" – wpłynęło zawiadomienie dotyczące stosowania przez Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi – zwaną dalej: „Spółdzielnią" – praktyk ograniczających konkurencję, polegających na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych do instalowania sieci telekomunikacyjnej, poprzez uzależnienie wyrażenia zgody TOYA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – zwanej dalej: „TOYA" – na zainstalowanie urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzanie linii kablowych na nieruchomości, od przedstawienia pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli oraz osób zamieszkałych, których dotyczyć ma inwestycja, na jej instalację, a w konsekwencji odmowę zgody na świadczenie usług telekomunikacyjnych. W związku z powyższym Prezes Urzędu wszczął postępowanie wyjaśniające, w celu wstępnego ustalenia czy na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy (sygn. akt RŁO-400-14/11/RB). W wyniku prowadzonego postępowania Prezes Urzędu uzyskał od Spółdzielni informację (w piśmie z dnia 29 listopada 2010 r.), iż warunkiem, jaki między innymi musi spełnić przedsiębiorca telekomunikacyjny, aby uzyskać dostęp do jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych jest pozyskanie pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli oraz osób zamieszkałych w nieruchomościach, których ma dotyczyć inwestycja (dowód: karta Nr 38). Prezes Urzędu uznał, iż oceniane zachowanie Spółdzielni na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych może oddziaływać w sposób antykonkurencyjny na rynki powiązane – rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu wszczął w dniu 22 września 2011 r. postępowanie antymonopolowe w sprawie stosowania przez Spółdzielnię Mieszkaniową imienia Stefana Batorego z siedzibą w Łodzi, praktyk ograniczających konkurencję, poprzez nadużywanie pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych zlokalizowanych w Łodzi poprzez odmowę udostępnienia TOYA, zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych, w postaci postawienia obiektywnie nieuzasadnionego warunku, polegającego na wymaganiu pozyskania i doręczenia pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli oraz osób zamieszkałych w nieruchomościach, których dotyczyć ma inwestycja, co może stanowić naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz.

331, ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” – o czym zawiadomił Spółdzielnię (dowód: karty Nr 1-2).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w piśmie z dnia 8 listopada 2011 r. Spółdzielnia wskazała, iż zarzuty wskazane w niniejszym postępowaniu są nieuzasadnione i podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko wyrażone w załączonych do postępowania dokumentach oraz ich załącznikach. Spółdzielnia wskazała także, iż przekazała w dniu 28 czerwca 2011 r. TOYA projekt umowy na udostępnienie terenu pod budowę sieci telefonicznej. TOYA nie udzieliła odpowiedzi na wskazany projekt umowy co, zdaniem Spółdzielni, świadczy o braku zainteresowana świadczeniem usług telekomunikacyjnych na jej terenach. Ponadto, Spółdzielnia wskazała, iż z obowiązku zarządzania nieruchomościami, wynikającym z ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116, ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą o spółdzielniach mieszkaniowych” – nie wynika w sposób jednoznaczny, aby swą decyzję zarząd Spółdzielni mógł podjąć bez uprzedniej zgody wszystkich współwłaścicieli danej nieruchomości. Spółdzielnia powołała się przy tym na brzmienie art. 199 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zmianami) – zwanej dalej: „k.c.” – zgodnie z którym do rozporządzenia rzeczą wspólną oraz do innych czynności, które przekraczają zakres zwykłego zarządu, potrzebna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. Spółdzielnia podniosła także, iż nie zgłosił się do niej żaden jej członek zainteresowany usługami świadczonymi przez TOYA. Ponadto TOYA nie zgłaszała także Spółdzielni potrzeby udostępnienia baz adresowych właścicieli nieruchomości położonych na jej terenie. (dowód: karty Nr 100-102).

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

TOYA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi jest przedsiębiorcą wykonującym działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych (telewizja kablowa, telefonia stacjonarna, Internet), wpisanym do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem nr KRS 0000062796, a także do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych od numerem 127 (dowód: karta Nr 89).

Spółdzielnia Mieszkaniowa imienia Bolesława Chrobrego z siedzibą w Łodzi jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000149635. (dowód: karty Nr 6-12). Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych celem spółdzielni mieszkaniowych jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych i innych potrzeb członków oraz ich rodzin, przez dostarczanie członkom samodzielnych lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, a także lokali o innym przeznaczeniu. Ponadto spółdzielnie mieszkaniowe mogą prowadzić również inną działalność gospodarczą na zasadach określonych w odrębnych przepisach i w statucie, jeżeli działalność ta związana jest bezpośrednio z realizacją celu, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (art. 1 ust. 6 cyt. ustawy).

Usługi telekomunikacyjne na terenie Spółdzielni świadczy 4 innych operatorów telekomunikacyjnym, konkurentów TOYA, tj.:

a) Stowarzyszenie Telewizji Kablowej TV-SAT 364 z siedzibą w Łodzi – w pełnym zakresie,

b) DIALOG S.A. z siedzibą we Wrocławiu – w zakresie świadczenia usług telefonicznych i dostępu do sieci Internet,

c) LNET Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – w zakresie świadczenia usługi dostępu do sieci Internet,

d) Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w zakresie świadczenia usług telefonicznych i dostępu do sieci Internet.

Z wyżej wymienionych przedsiębiorców usługi telekomunikacyjne w zakresie dostępu do telewizji kablowej świadczy Stowarzyszenie Telewizji Kablowej TV-SAT 364 z siedzibą w Łodzi. (dowód: karty Nr 5). Wskazani powyżej przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie zostali zobowiązani do pozyskania i doręczenia do Spółdzielni pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli oraz osób zamieszkałych w nieruchomościach, których dotyczyć ma inwestycja (dowód: karty Nr 40, 47, 50, 53).

Umowy zawarte z ww. przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi świadczącymi usługi telewizji kablowej ustalają następujące obowiązki i uprawnienia stron. I tak:

- W umowie z dnia 21 sierpnia 1995 r. Stowarzyszenie Telewizji Kablowej TV-SAT 364 z siedzibą w Łodzi (*tajemnica Przedsiębiorcy*). (dowód: karty Nr 40-42).
- W umowie z dnia 19 października 2004 r. zawartej z DIALOG S.A. z siedzibą we Wrocławiu, (*tajemnica Przedsiębiorcy*) (dowód: karty Nr 46-48).
- W umowie z dnia 26 stycznia 2010 r. zawartej z Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Spółdzielnia zobowiązała się do (*tajemnica Przedsiębiorcy*) (dowód: karta Nr 53).
- W umowie z dnia 22 lutego 2011 r. zawartej z LNET Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi Spółdzielnia (*tajemnica Przedsiębiorcy*) (dowód: karty Nr 49-52).

Według stanu na dzień 30 marca 2011 r. w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni znajdowało się 6.525 lokali mieszkalnych, a ilość osób zamieszkujących w zasobach Spółdzielni wyniosła 14.579. (dowód: karta Nr 5). Zarządcą nieruchomości budynkowych położonych w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni jest sama Spółdzielnia. (dowód: karta Nr 15).

TOYA i Spółdzielnia rozpoczęły negocjacje w sprawie udostępnienia zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych w roku 2009. Prowadzone były one między innymi w drodze wzajemnych spotkań oraz korespondencji listowej jak i elektronicznej. (dowód: karty Nr 78-83).

W dniu 17 maja 2011 r. Spółdzielnia wskazała, iż w związku z ujednoliceniem warunków, które musi spełnić przedsiębiorca telekomunikacyjny, aby mógł uzyskać dostęp do jej nieruchomości, ustaliła, że opłata z tym związana wynosi (*tajemnica Przedsiębiorcy*). Ponadto, przed rozpoczęciem robót należy uzyskać pisemną zgodę wszystkich współwłaścicieli i określić warunki zabezpieczenia usunięcia ewentualnych uszkodzeń. (dowód: karta Nr 38).

Pismem z dnia 1 czerwca 2011 r. TOYA podniosła, iż brak jest podstaw do żądania uzyskania pisemnej zgody wszystkich współwłaścicieli nieruchomości. Powołując się na uregulowania zawarte w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych TOYA wykazywała, iż z mocy prawa zarządcą nieruchomości stanowiących mienie Spółdzielni jest ona sama. W uzasadnieniu tego pisma TOYA zawarła wniosek o udostępnienie nieruchomości w trybie art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. z 2010 Nr 106, poz. 675) – zwanej dalej „ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych". Ponadto TOYA podniosła, iż to Spółdzielnia winna być stroną umowy o udostępnienie zasobów mieszkaniowych, a nie poszczególni współwłaściciele. TOYA wniosła także o potwierdzenie, iż opłata (*tajemnica Przedsiębiorcy*). Do wskazanego pisma dołączony został projekt umowy o udostępnienie zasobów mieszkaniowych. (dowód: karty Nr 87-88).

W odpowiedzi na powyższe Spółdzielnia pismem z dnia 28 czerwca 2011 r. poinformowała, że: 1. wyraża zgodę na udostępnienie swych zasobów mieszkaniowych na warunkach wskazanych w załączonym projekcie umowy; 2. potwierdza, iż opłata (*tajemnica Przedsiębiorcy*); 3. nie podzieliła stanowiska, że z obowiązku zarządzania wynikającego z ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, wynika w sposób jednoznaczny, iż decyzję o udostępnieniu zasobów mieszkaniowych może podjąć bez uprzedniej zgody wszystkich współwłaścicieli danej nieruchomości. W załączonym projekcie umowy na udostępnienie terenu pod budowę sieci telefonicznej w § 5 zobowiązano TOYA między innymi do uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli danej nieruchomości, których wykaz sporządzi Spółdzielnia; brak zgody wszystkich współwłaścicieli uniemożliwia realizację prac na obszarze danej nieruchomości. (dowód: karty Nr 92-94).

Pismem z dnia 28 lipca 2011 r. TOYA podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko z dnia 1 czerwca 2011 r. TOYA wskazywała, iż Spółdzielnia nie przedstawiła żadnych argumentów, które uzasadniałoby nałożenie obowiązku uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli. TOYA podniosła również uzyskanie tychże zgód jest kwestią wewnątrzspółdzielczą, a dodatkowo postępowanie takie narusza unormowania zawarte w ustawie o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. TOYA wskazała także, iż takie działanie naruszać może art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z posiadanych przez TOYA informacji wynika bowiem, że inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie musieli spełniać kwestionowanego warunku (dowód: karta Nr 96).

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r. Spółdzielnia podniosła, iż wymóg dotyczący uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli nieruchomości nie został przez nią narzucony, a interpretacje przepisów w tym zakresie nie są jednoznaczne i nie mogą narażać Spółdzielnię na szkody i protesty współwłaścicieli nieruchomości (dowód: karta Nr 97).

Analizując stan faktyczny sprawy Prezes Urzędu ustalił, iż w polskim prawie do dnia 17 lipca 2010 r. zasady dostępu do cudzej nieruchomości w celu wykonania infrastruktury telekomunikacyjnej były regulowane przez art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, ze zm.) – zwanej dalej: „Prawem telekomunikacyjnym". Przepis ten stanowił, że właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom 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. Od 17 lipca 2010 r. zagadnienie powyższe reguluje art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Zgodnie z tym przepisem właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości są obowiązani umożliwić operatorom, podmiotom, o których mowa w art. 4 pkt. 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, oraz jednostkom samorządu terytorialnego wykonującym działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1, umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności instalowanie urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod nieruchomością, na niej lub nad nią, umieszczanie tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatację i konserwację, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności nie prowadzi do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. Natomiast zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych 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.

W art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych pozostawiono dotychczasową zasadę, że właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości lub zarządca nieruchomości jest obowiązany zezwalać na umieszczenie na nieruchomości obiektów i urządzeń infrastruktury telekomunikacyjnej, jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości, doprecyzowując, iż nie są uniemożliwiającymi racjonalne korzystanie z nieruchomości w szczególności te działania, które nie prowadzą do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości.

Regulacje zawarte w obecnie obowiązującym art. 33 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, który ma zastosowanie do udostępniania zasobów mieszkaniowych przez spółdzielnie w celu założenia urządzeń lub linii telekomunikacyjnych, nie są rozwiązaniem nowym. Należy zwrócić uwagę, że na gruncie ustawy z dnia 23 listopada 1990 r. o łączności (tekst jednolity Dz. U. z 1995 r. Nr 117, poz. 564, ze zm.) funkcję taką pełnił art. 37 pkt l, natomiast na gruncie ustawy z dnia 6 września 2000 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 73, poz. 852, ze zm.) art. 97, a następnie, po zmianie Prawa telekomunikacyjnego wspomniany powyżej art. 140 tego prawa.

Prezes Urzędu ustalił, że przychód Spółdzielni za 2011 r. wyniósł (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł (dowód: karta Nr 134).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy w jej okolicznościach doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego, co wynika z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a następnie wykazać, że zostały spełnione przesłanki stosowania praktyki ograniczającej konkurencję zarzucanej Spółdzielni, to jest przesłanki stosowania praktyki wskazanej w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Naruszenie interesu publicznoprawnego

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów należy do dziedziny prawa publicznego i jako taka chroni interes ogólnospołeczny. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. W czasie postępowania i przy wydawaniu decyzji Prezes Urzędu jest rzecznikiem interesu publicznego. Publicznoprawny charakter ustawy oznacza, że nie wszystkie zachowania przedsiębiorców i ich związków, nawet formalnie podlegające literze prawa, uzasadniają uruchomienie przewidzianych przez nią instrumentów. Tym samym warunkiem koniecznym do uruchomienia procedur i zastosowania instrumentów określonych w ustawie jest zatem, aby działania przedsiębiorców – którym zarzucono naruszenie jej przepisów – stanowiły potencjalne zagrożenie interesu publicznego, nie zaś jednostki lub grupy. Takie stanowisko konsekwentnie prezentuje Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – zwany dalej: „Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów". W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że *interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany co do swych wymagań. Organ administracji – Prezes Urzędu winien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej – art. 7 k.p.a. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, dotykający ogółu a nie jednostki, czy też określonej grupy. A zatem podstawą do zastosowania przez Prezesa Urzędu przepisów ustawy*

antymonopolowej winno być uprzednie stwierdzenie, że został naruszony interes publicznoprawny, a nie interes prawny jednostki czy też grupy". Podobnie na temat interesu publicznego Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wypowiedział się w wielu innych wyrokach, np. z dnia 30 maja 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 80/00), z dnia 4 lipca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00), z dnia 6 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 78/00).

Powyższe stanowisko znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 maja 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że *„ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny. Ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji".* W uzasadnieniu wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SK 2/04) Sąd Najwyższy dodał, iż naruszenie indywidualnego interesu (w powołanym wyroku – konsumenta), nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia publicznego zbiorowego interesu, jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Z tak rozumianym „interesem publicznym" dobrze komponuje się rozumienie konkurencji jako „mechanizmu (procesu) sterującego zachowaniami uczestników rynków". Sąd Najwyższy stwierdził bowiem w tym miejscu, że „ustawa chroni konkurencję, jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki. Czyni to w interesie publicznym". Dlatego „pojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego", a nie „w sposób wąski i mechaniczny". Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni bowiem istnienie mechanizmu konkurencji, jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm, godzi w interes publiczny (wyrok SN III SK 40/07). Kontynuując ocenę słuszności przedstawionej wyżej „konkurencyjnej", ale zyskującej przewagę linii orzeczniczej należy wskazać, że zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy dobrem chronionym obok instytucji konkurencji i interesów przedsiębiorców są także interesy konsumentów. Ochrona tychże interesów przebiega dwutorowo – po pierwsze – bezpośrednio – przez przeciwdziałanie wymierzonym w te interesy praktykom ograniczającym konkurencję i naruszającym zbiorowe interesy konsumentów i po drugie, co ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie, pośrednio – przez ochronę konkurencji.

Mając na uwadze powyższe rozważania, Prezes Urzędu uznał, że wskazane w niniejszej decyzji zarzuty dotyczą działania Spółdzielni polegającego na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych dla powstania, bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), a ich skutkiem miało być wyeliminowanie bądź ograniczenie konkurencji przede wszystkim na rynku współzależnym – szeroko rozumianym rynku usług telekomunikacyjnych.

Przyjmując stan konkurencji jako swoiste zabezpieczenie wolności (swobody działania) przedsiębiorców na rynku, należy rozważyć, czy działania Spółdzielni naruszyły tę wolność, czyli w istocie konkurencję, które to naruszenie zrodziło niekorzystne skutki na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych zarówno dla potencjalnych operatorów tych usług jak i dla bardzo licznej drugiej grupy uczestników tego rynku – odbiorców usług telekomunikacyjnych, czyli konsumentów.

W ocenie Prezesa Urzędu nie ulega wątpliwości, że zarówno grupę mieszkańców Spółdzielni – potencjalnych klientów, a także potencjalnych operatorów przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy chcieliby świadczyć usługi w jej zasobach należy zaliczyć do zbioru nieokreślonej liczby podmiotów, o których mowa w analizowanym wyżej orzecznictwie traktującym o przesłankach naruszenia interesu publicznego. Tym samym

należy stwierdzić, że działania Spółdzielni podlegają regulacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż dotknęły szerokiego kręgu uczestników rynku.

Mając na uwadze to, iż zarzuty postawione Spółdzielni dotykają zasad wolnej konkurencji z wszelkimi tego konsekwencjami na rynkach powiązanych – rynkach usług telekomunikacyjnych (telewizji kablowej, Internetu, itp.), zaś podjęte przez Prezesa Urzędu działania mają na celu ochronę interesu publicznoprawnego, uzasadniona jest ingerencja w trybie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przesłanki praktyki ograniczającej konkurencję.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Natomiast art. 9 ust. 2 pkt 5 tej ustawy stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej w szczególności może polegać na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Dla stwierdzenia zarzucanej praktyki ograniczającej konkurencję na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek:

1. Stosujący praktykę jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym pozycję dominującą.
2. Nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W celu udowodnienia pierwszej przesłanki warunkiem koniecznym jest wykazanie, iż dany podmiot jest przedsiębiorcą i posiada na rynku właściwym, w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pozycję dominującą. Natomiast w celu udowodnienia drugiej przesłanki koniecznym jest wykazanie, iż przedsiębiorca nadużywa posiadanej pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Ad 1.

Definicję przedsiębiorcy zawiera art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z jego treścią pod pojęciem „przedsiębiorca" – rozumie się przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 220 poz. 1447, ze zm.) przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą.

Spółdzielnia jest wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000149635. Na postawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze (Dz. U. z 2003 r. Nr 188 poz. 1848 ze zm.) w związku z art. 1 ust. 7 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego spółdzielnia mieszkaniowa nabywa osobowość prawną. Natomiast zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy celem spółdzielni mieszkaniowych jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych i innych potrzeb członków oraz ich rodzin, przez dostarczanie członkom samodzielnych lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, a także lokali o innym przeznaczeniu. Ponadto, spółdzielnie mieszkaniowe mogą prowadzić również inną działalność gospodarczą na zasadach określonych w odrębnych przepisach i w statucie, jeżeli działalność ta związana jest bezpośrednio z realizacją celu, o którym mowa w art. 1 ust. 1 ustawy o spółdzielniach

mieszkaniowych (art. 1 ust. 6 ww. ustawy). W związku z powyższym Spółdzielnia jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dla oceny zachowania przedsiębiorców – z punktu widzenia reguł konkurencji – niezbędne jest określenie rynku właściwego w sprawie.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiując w art. 4 pkt 9 pojęcie rynku właściwego, określa go jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Należy także mieć na uwadze treść definicji pojęcia towaru, która w sposób legalny określa, że do desygnatów nazwy towar na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zalicza się poza rzeczami, energią, papierami wartościowymi i innymi prawami majątkowymi także usługi i roboty budowlane (tak art. 4 pkt 7). Do usług można natomiast bez wątpienia zaliczyć działalność polegającą na udostępnianiu zasobów mieszkaniowych Spółdzielni dla celów związanych z instalowaniem urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzaniem linii kablowych pod, na, albo nad nieruchomością, oraz umieszczaniem tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także z ich eksploatacją i konserwacją, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Przy wyznaczaniu rynku właściwego niezbędne jest uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (rynek produktowy), oraz określenie obszaru jego dystrybucji przy uwzględnieniu, że warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (rynek geograficzny).

Administrując swoimi zasobami mieszkaniowymi Spółdzielnia może udostępniać je przedsiębiorcom, którzy w tych zasobach chcą prowadzić działalność gospodarczą i świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców w oparciu o własne sieci telekomunikacyjne (rynek powiązany, na który Spółdzielnia może oddziaływać pośrednio, określając panujące na nim warunki konkurencji). Każdy przedsiębiorca, który zamierza świadczyć usługi telekomunikacyjne (telewizji kablowej, dostępu do Internetu i telefonii stacjonarnej) w zasobach Spółdzielni może przystąpić do budowy własnej sieci telekomunikacyjnej dopiero po uzyskaniu zgody Spółdzielni. Spółdzielnia jako dysponent nieruchomości (właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości, przez które przebiegać ma sieć telekomunikacyjna, zarządca tychże nieruchomości) wyraża zgodę w umowie zawartej z przedsiębiorcą określającej prawa i obowiązki każdej ze stron, a tym samym oferuje „produkt" jakim jest udostępnienie nieruchomości. Z uwagi na powyższe, rynkiem właściwym w ujęciu produktowym jest rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych. Określenie rynku właściwego w wymiarze produktowym jako „rynku udostępniania nieruchomości/zasobów mieszkaniowych spółdzielni na rzecz operatorów telekomunikacyjnych" jest aprobowane zarówno w dotychczasowym orzecznictwie Prezesa Urzędu, jak i orzecznictwie sądowym.[1]

W ujęciu geograficznym rynek właściwy wyznaczony jest przez obszar, na którym zlokalizowane są zasoby mieszkaniowe Spółdzielni. W tych zasobach możliwość instalowania infrastruktury telekomunikacyjnej, a w konsekwencji świadczenia usług telekomunikacyjnych uzależniona jest od zgody Spółdzielni − dysponenta zasobów (zarządcy, właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości). W administrowanych zasobach mieszkaniowych na nieruchomościach położonych w Łodzi, Spółdzielnia może więc ustalać reguły prowadzenia działalności przez operatorów telekomunikacyjnych. Określenie rynku

[1] Decyzje Prezesa Urzędu nr: RLU 19/2005 z dnia 20 maja 2005 r., RWR 74/2008 z dnia 4 listopada 2008 r. i RGB 50/2008 z dnia 31 grudnia 2008 r., wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29 maja 2007 r. sygn. akt VI ACa 1359/06, wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2007 r. sygn. akt XVII Ama 130/07; wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt XVII Ama 224/09.

geograficznego w wyżej wskazany sposób jest zgodne z utrwaloną linią orzecznictwa sądowego i Prezesa Urzędu.[2]

W rozpatrywanej sprawie rynkiem właściwym jest więc lokalny rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Nadużycie pozycji dominującej na jednym rynku może mieć wpływ na inny, powiązany z nim rynek, niezdominowany przez przedsiębiorcę.[3] Jak zauważył Sąd Najwyższy, praktyka polegająca na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji może wywoływać skutek na rynku, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, bądź na innym rynku, określanym mianem rynku powiązanego, współzależnego lub połączonego.[4]

Kwestionowana praktyka stosowana przez Spółdzielnię polega na odmowie udostępnienia TOYA, zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych, w postaci postawienia niezgodnego z prawem warunku, polegającego na wymaganiu pozyskania pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli, których ma dotyczyć inwestycja, co w konsekwencji uniemożliwia przedsiębiorcy świadczenie usług telekomunikacyjnych. W niniejszej sprawie charakter obu powiązanych rynków właściwych uzasadnia traktowanie jednego z nich jako rynku „wyższego szczebla", a drugiego jako rynku „niższego szczebla". Rynkiem wyższego szczebla jest rynek udostępniania zasobów lokalowych, na którym Spółdzielnia posiada pozycję dominującą i na którym to rynku, po stronie popytowej działają przedsiębiorcy ubiegający się o uzyskanie dostępu do zasobów lokalowych Spółdzielni celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. W stosunku do tego rynku, rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach Spółdzielni jest rynkiem niższego szczebla, albowiem dla świadczenia usług na tym rynku potrzebne są czynniki produkcji będące przedmiotem odmowy – konieczny jest dostęp do zasobów mieszkaniowych Spółdzielni.[5] Na rynku niższego szczebla działają po stronie podażowej przedsiębiorcy telekomunikacyjni, natomiast po stronie popytowej konsumenci – odbiorcy usług telekomunikacyjnych.

Działając na rynku udostępniania ww. zasobów, Spółdzielnia ma zatem możliwość jednoczesnego wpływania na powstanie i rozwój konkurencji na rynku powiązanym tj. na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, który jest rynkiem niższego szczebla w stosunku do rynku udostępnienia zasobów lokalowych. Chcąc świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców zasobów Spółdzielni w oparciu o własne urządzenia telekomunikacyjne, przedsiębiorcy komunikacyjni muszą uzyskać wcześniej zgodę Spółdzielni na ich instalowanie. Spółdzielnia decyduje zatem o tym, kto może świadczyć usługi telekomunikacyjne w jej zasobach. Działania Spółdzielni polegające na nieuzasadnionej odmowie udostępnienia będących w jej gestii zasobów lokalowych mogą utrudniać możliwość wejścia na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych (usług telewizji kablowej, dostępu do Internetu i telefonii stacjonarnej) nowym przedsiębiorcom,

---

[2] Decyzje Prezesa Urzędu: RKT 23/2010 z dnia 30 lipca 2010 r.; RGB 50/2008 z dnia 31 grudnia 2008 r., RPZ-27/2010 z dnia 2 listopada 2010 r.; wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 25 października 2000 r. sygn. akt XVII Ama 13/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2003 r. sygn. akt I CKN 408/01; wyrok SOKiK z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt XVII Ama 224/09.

[3] Wyroki: Sądu Antymonopolowego z dnia 2 października 1996 r. sygn. akt XVII Amr 37/96, 20 września 1995 r. sygn. akt XVII Amr 28/95 i SOKiK z dnia 17 kwietnia 2002 r. sygn. akt XVII Ama 69/01

[4] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08, LEX 503413.

[5] Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 45/7 z 24.02.2009 r., pkt 76; K.Kohutek, M.Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 389

stanowiąc dla nich nieuzasadnioną barierę i przeciwdziałając tym samym kształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na tym rynku.

W związku z powyższym działania Spółdzielni na rynku wyższego szczebla – rynku udostępniania nieruchomości znajdujących się w zasobach Spółdzielni cechują się co najmniej zdolnością do wywołania antykonkurencyjnego skutku na rynku powiązanym, który równocześnie jest rynkiem niższego szczebla – rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych na ww. obszarze.

Specyfika rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych spółdzielni wpływa także na określenie udziału w tym rynku dysponenta nieruchomości (zarządcy) i określenie jego pozycji w świetle przesłanki posiadania pozycji dominującej. Fakt, że z mocy prawa Spółdzielnia jest jedynym zarządcą nieruchomości znajdujących się jej zasobach powoduje, że na rynku udostępniania tych zasobów Spółdzielnia posiada 100% udziału.

Przytaczając zaś definicję pozycji dominującej na rynku w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która określa ją jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy czym domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40% oraz mając na uwadze powyższą konkluzję dotyczącą udziału w rynku należy skonstatować, że Spółdzielnia posiada na rynku udostępniania swoich zasobów mieszkaniowych pozycję dominującą.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że Spółdzielnia jest przedsiębiorcą, który posiada na rynku właściwym, to jest na rynku udostępnienia zasobów mieszkaniowych Spółdzielni, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców tej spółdzielni, pozycję dominującą.

Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że pierwsza przesłanka** art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **została spełniona.**

Ad 2.

Stosownie do treści art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Samo posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku nie stanowi zatem naruszenia przepisów ustawy. Nadużywanie tej pozycji może, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy, polegać w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Praktyka wymieniona w powołanym przepisie ma typowo antykonkurencyjny charakter, zatem jej zakaz jest ściśle powiązany z podstawowym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wymienionym w jej art. 1 – ochroną konkurencji. Obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji ciąży nie tylko na organach państwa, ale również na przedsiębiorcach dominujących na rynku, których pozycja rynkowa pozwala im na negatywne oddziaływanie na strukturę rynku i warunki funkcjonowania jego uczestników (zobacz szerzej w: E. Modzelewska-Wąchal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger, Warszawa 2002 r., str. 113-114).

Istotą praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest takie zachowanie dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku.

W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok z 8 listopada 2004 r., w sprawie o sygn. akt XVII Ama18/03) działanie blokujące lub ograniczające taką możliwość jest szczególnie społecznie szkodliwe, gdyż hamuje rozwój przedsiębiorczości. W konsekwencji art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest przepisem, który nakazuje dominantom takie zachowanie, które nie będzie stwarzało innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkurowania w warunkach gospodarki rynkowej. Konieczne jest także podniesienie, że przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków konkurencji na rynku może przybierać zarówno formę działania jak i zaniechania (wyrok Sądu Najwyższego z 13 maja 2008 r. - III SK 30/07).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu ma do czynienia z sytuacją, w której działania Spółdzielni dokonywane na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych oddziaływają na rynek powiązany – szeroko rozumiany rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych.

W praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu i sądów przyjmuje się, że dążenie do wpływania przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na jednym rynku na stan konkurencji na innym rynku nie zawsze musi być związane z prowadzeniem przez niego działalności na tym rynku. Istotne jest jedynie, czy między rynkiem pozycji dominującej a innym rynkiem właściwym występuje „powiązanie", które pozwala mówić o faktycznym lub potencjalnym oddziaływaniu dominanta na inny rynek właściwy, przy czym wystarczające jest, by wpływ ten był pośredni (wyrok z 4 sierpnia 2008 r., XVII Ama 4/08, niepublikowane). W orzeczeniu Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 czerwca 2007 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XVII Ama 14/06 (niepublikowane) podkreślono, że ustawa kategorycznie nie wskazuje, iż skutek nadużycia pozycji dominującej musi nastąpić na rynku, na którym przedsiębiorca dopuszczający się zabronionych działań zajmuje pozycję dominującą. Wprost przeciwnie, zgodnie z tym przepisem zabronione jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku, gdy może to wywoływać skutki zarówno na rynku, na którym działa przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą, jak i na innych rynkach[6] O nadużyciu pozycji dominującej na rynku można bowiem mówić wówczas, gdy przedsiębiorcy zamierzający działać na rynku powiązanym muszą współpracować z przedsiębiorcą posiadającym pozycję dominującą na innym rynku, aby móc oferować swoje towary.

Prezes Urzędu pragnie również odnieść się do kwestii, czy biorąc pod uwagę uregulowania ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (a wcześniej Prawa telekomunikacyjnego), Prezes Urzędu może oceniać działania Spółdzielni pod kątem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zarówno Prawo telekomunikacyjne obowiązujące przed dniem 17 lipca 2010 r., jak i ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych nie uregulowały wzajemnych powiązań pomiędzy ich przepisami a uregulowaniami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jedynie w art. 1 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego znalazło się odniesienie, iż jej przepisy nie naruszają przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Podobne odniesienie znajduje się również w art. 1 ust. 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych – przepisy ustawy nie naruszają przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też Prezes Urzędu podziela pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006 r. (sygn. akt III SK 15/06), zgodnie z którym ówcześnie obowiązujące Prawo telekomunikacyjne ma spełniać szereg warunków, jednakże jak wynika z przepisów tej ustawy, nie jest jej celem ochrona konkurencji jako mechanizmu regulującego zasady funkcjonowania przedsiębiorców na rynku. Jak orzekł Sąd

[6] (wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r. – XVII Ama 105/06; wyrok XVII Ama 120/05; wyrok z dnia 17 kwietnia 2002 r. – XVII Ama 69/01; wyrok z 28 stycznia 2002 r. – XVII Ama 28/01.).

Najwyższy w tym wyroku Prawo telekomunikacyjne jest instrumentem, za pomocą którego organy państwa mogą stworzyć odpowiednie warunki, które umożliwiają równoprawną i efektywną konkurencję na rynku. Innymi słowy Prawo telekomunikacyjne ma kreować konkurencję. Natomiast celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ochrona konkurencji przed zniekształceniami mającymi swe źródło w zachowaniu przedsiębiorców działających na rynku. Oznacza to, iż przepisy Prawa telekomunikacyjnego (a co za tym idzie także ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych) oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym odpowiednie organy odpowiedzialne za ich egzekwowanie, zajmują się konkurencją na rynkach telekomunikacyjnych z innej perspektywy. Stąd też Sąd Najwyższy orzekł, iż nie uznaje, aby wzajemna relacja między przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a przepisami innych ustaw odpowiadała regule *lex specialis derogat legi generali.* Ponadto, w wyroku tym Sąd Najwyższy stwierdził, iż przepisy Prawa telekomunikacyjnego nie zakazują przedsiębiorcom zawierania porozumień ograniczających konkurencję, ani nadużywania tej pozycji (tego rodzaju zakazy wprowadza natomiast ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów). Wprowadzają jedynie dodatkowe restrykcje i ograniczenia swobody działania operatorów telekomunikacyjnych. Przepisy Prawa telekomunikacyjnego nakładają różne obowiązki na uczestników rynku telekomunikacyjnego. Upoważniają regulatora do wydawania rozstrzygnięć kształtujących rynek telekomunikacyjny. Tym samym regulator (tj. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej) działa *ex ante* natomiast Prezes Urzędu działa *ex post.*

W przypadku zasobów mieszkaniowych Spółdzielni, która jak w niniejszym przypadku sama nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz jej mieszkańców, może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej i następnie – po zawarciu indywidualnych umów abonenckich z konsumentami – świadczyć swoje usługi dopiero po uzyskaniu jej zgody, wyrażonej definitywnie w formie umowy, o której była mowa w art. 140 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, a obecnie w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

Zgodnie z obowiązującym w chwili złożenia przez TOYA pierwszego wniosku o umożliwienie dostępu do zasobów mieszkaniowych Spółdzielni art. 140 ust. 1, 2 i 4 Prawa telekomunikacyjnego właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom 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. 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. Jeżeli strony nie zawrą umowy w terminie, stosuje się przepisy art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543, ze zm.).

Spółdzielnia zgodnie z ww. przepisami prawa zarówno przed 17 lipca 2010 r. jak i po tej dacie była zobowiązana do udostępnienia swoich zasobów mieszkaniowych przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu – TOYA, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców tej spółdzielni. Zarówno art. 140 Prawa telekomunikacyjnego i obecnie obowiązujące art. 30 oraz art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wyrażają pewną ideę ustawodawcy, który za celowe uznaje, aby w jednym budynku wielu operatorów świadczyło w sposób konkurencyjny usługi w tym samym lub podobnym zakresie oraz wskazuje, jak winna wyglądać procedura udostępnienia zasobów Spółdzielni operatorowi. Na podstawie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych od strony podmiotowej zobowiązanym jest właściciel,

użytkownik wieczysty nieruchomości bądź zarządca, uprawnieni zaś to operatorzy oraz podmioty, których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 Prawa telekomunikacyjnego. Spółdzielnia mieszkaniowa mieści się w kręgu podmiotów zobowiązanych do udostępnienia nieruchomości, które na gruncie tej ustawy podlegają ustawowemu ograniczeniu bądź to w zakresie wykonywania prawa własności, bądź to prawa użytkownika wieczystego. Jeśli zaś chodzi o podmioty uprawnione do żądania zgody na wejście do zasobów, to krąg ten ograniczony jest do operatorów, czyli przedsiębiorców telekomunikacyjnych instalatorów publicznych sieci telekomunikacyjnych, do których, jak ustalono w toku postępowania należy TOYA.

W świetle powyższego, analizowane przepisy nakazują wyrażenie zgody na 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. 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.

W przypadku wniosków o udostępnienie zasobów mieszkaniowych złożonych przez TOYA przed wejściem w życie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (ustawa weszła w życie z dniem 17 lipca 2010 r.) wnioski powyższe składane były na podstawie art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Przepis ten, podobnie jak art. 33 ust. 1 obecnie obowiązującej ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, zobowiązywał właściciela (użytkownika wieczystego) nieruchomości do umożliwienia operatorom instalowania na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzenia linii kablowych pod, na albo nad nieruchomością. W przypadku poprzednio obowiązującego art. 140 Prawa telekomunikacyjnego, jedynym przypadkiem, w którym można odmówić udzielenia zgody na udostępnienie nieruchomości w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych jest sytuacja, w której planowana inwestycja polegająca na zainstalowaniu w nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych oraz przeprowadzeniu linii kablowych uniemożliwiałaby racjonalne korzystanie z nieruchomości.

Zgodnie ze złożonym statutem (dowód: karta Nr 15) Spółdzielnia jest zarządcą nieruchomości położonych na jej terenie. Zauważyć należy, iż stwierdzenie takie znajduje pełne odzwierciedlenie w obowiązującym porządku prawnym. Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jako zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, choćby właściciele lokali nie byli członkami spółdzielni. Ponadto powołać w tym przypadku można tezę z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r. (sygnatura akt III CZP 100/08) – w spółdzielniach mieszkaniowych w zasadzie nie mają zastosowania te przepisy ustawy o własności lokali, które dotyczą zarządu nieruchomością wspólną, a w tym te, które regulują funkcjonowanie wspólnoty mieszkaniowej, powołanej głównie po to, aby właściciele lokali mogli sprawnie zarządzać nieruchomością wspólną. Wyłączenie stosowania tych przepisów ustawy o własności lokali jest w spółdzielniach mieszkaniowych zrozumiałe, gdyż w innym przypadku dochodziłoby do stosowania dwóch procedur dotyczących zarządzania tą samą nieruchomością – procedur właściwych dla spółdzielni i właściwych dla wspólnot mieszkaniowych. Do podobnych wniosków doszła również Ewa Bończak-Kucharczyk w komentarzu do art. 27 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych zawartym w „Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz" (Oficyna 2008) „Wybrane więc zostały procedury spółdzielcze i takie przede wszystkim procedury przewidują przepisy ustawy spółdzielniach mieszkaniowych. Rozwiązanie to prowadzi do ograniczenia uprawnień, jakie przysługują właścicielom lokali w zwykłych wspólnotach mieszkaniowych. Skoro bowiem

w nieruchomościach objętych działaniem ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych wspólnota mieszkaniowa nie działa i nie odbywają się zebrania właścicieli lokali, to tym samym właściciele ci nie podejmują decyzji w istotnych sprawach dotyczących nieruchomości wspólnej, m.in. nie przyjmują rocznego planu gospodarczego, nie decydują o wysokości opłat na pokrycie kosztów zarządu nieruchomością wspólną ani o wysokości wynagrodzenia zarządcy, nie podejmują decyzji w sprawach dotyczących zmiany przeznaczenia nieruchomości lub zmian własnościowych (w tym dotyczących zmian udziałów, zbywania lokali powstałych z przebudowy części wspólnych budynku, podziału nieruchomości wspólnej lub nabywania nieruchomości przez wspólnotę mieszkaniową).". W związku z powyższym uznać należało, iż wyodrębnienie własności lokali w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni, nie spowodowało, że Spółdzielnia została zwolniona z obowiązku udzielenia zgody na udostępnienie tychże zasobów.

W ocenie Prezesa Urzędu, Spółdzielnia bezzasadnie nie wydawała zgody TOYA na zainstalowanie w jej zasobach urządzeń telekomunikacyjnych oraz przeprowadzenie linii kablowych celem świadczenia usług telekomunikacyjnych. Istotą zachowania Spółdzielni było stawianie TOYA w toku negocjacji nieuzasadnionego warunku w postaci wymagania pozyskania i doręczenia pisemnych zgód wszystkich współwłaścicieli nieruchomości, którego TOYA nie jest w stanie spełnić. W konsekwencji, pomimo braku bezpośredniej odmowy udostępnienia nieruchomości, proces uzyskiwania dostępu do nieruchomości nie mógł zostać zakończony i tym samym nie mogło dojść do zawarcia umowy o udostępnienie nieruchomości.

Jak już wspomniano powyżej, po dniu 17 lipca 2010 r. weszła w życie ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, która wyraźnie w art. 30 i art. 33 wskazała, iż zobowiązany do udostępnienia zasobów mieszkaniowych jest także zarządca nieruchomości. Zgodnie ze złożonym oświadczeniem zarządcą nieruchomości jest Spółdzielnia. Pomimo tego na wniosek TOYA z dnia 1 czerwca 2011 r. złożony w trybie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, Spółdzielnia podtrzymała swój warunek uzyskania zgody współwłaścicieli. Wskazała przy tym, iż z ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych nie wynika, iż może ona udostępnić swoje zasoby mieszkaniowe bez zgody poszczególnych współwłaścicieli. W odpowiedzi na wszczęcie niniejszego postępowania Spółdzielnia powołała się również na przepis zawarty w art. 199 k.c. odnoszący się do czynności przekraczających zwykły zarząd.

Zgodnie z art. 199 k.c. do rozporządzania rzeczą wspólną oraz do innych czynności, które przekraczają zakres zwykłego zarządu, potrzebna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. W braku takiej zgody współwłaściciele, których udziały wynoszą co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd, który orzeknie mając na względzie cel zamierzonej czynności oraz interesy wszystkich współwłaścicieli. Zdaniem Prezesa Urzędu wykonanie standardowej instalacji urządzenia telekomunikacyjnego nie jest jednakże czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Wskazać przy tym w szczególności należy na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2002 r. w sprawie o sygnaturze akt III CZP 18/02 (*OSNC 2003/2/18, Biul.SN 2002/4/11, Wokanda 2002/7-8/10, Wokanda 2002/11/6, Prok.i Pr.-wkł. 2002/12/39, M.Prawn. 2002/16/725, M.Prawn. 2003/1/31, OSP 2003/7-8/94*), w której stwierdzono, że nie ma ustawowej definicji czynności zwykłego zarządu oraz niemożliwe jest ich wyczerpujące skatalogowanie. Sąd Najwyższy podejmując tą uchwałę wskazał, iż obecnie kanalizacja należy do urządzeń niezbędnych dla zaspokojenia elementarnych potrzeb; można uznać, że jej instalowanie na nieruchomości na której znajduje się budynek mieszkalny, mieści się w ramach zwykłego zarządu. Uznać zatem należało, iż skoro budowa sieci kanalizacyjnej nie stanowi czynności przekraczającej zwykły zarząd, to również nie powinna tego stanowić instalacja infrastruktury telekomunikacyjnej. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie również w interpretacji przeprowadzonej przez Prezesa

Urzędu Komunikacji Elektronicznej zawartej w komunikacie z dnia 14 grudnia 2010 r. znajdującym się na stronie internetowej: http://www.uke.gov.pl/uke/index.jsp?place=Lead01&news_cat_id=444&news_id=6188&layout=3&page=text „W odniesieniu natomiast do wykonywania tych obowiązków przez zarządców nieruchomości należy zauważyć, że wyrażenie zgody na inwestycję, jaka w ramach zapewnionego dostępu do budynku, czy też nieruchomości ma zostać przeprowadzona mieści się w granicach zwykłego zarządu nieruchomością." Przy powyższym założeniu stwierdzić można, iż to Spółdzielnia winna wydać samodzielnie zgodę na udostępnienie swoich zasobów mieszkaniowych, bez potrzeby jej potwierdzenia u pozostałych współwłaścicieli (nie mówiąc już w zupełności o osobach zamieszkałych na jej terenie, a nie będących współwłaścicielami nieruchomości).

Prezes Urzędu w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdyby nawet przyjąć, że zadysponowanie budynkiem lub nieruchomością na cele wskazane w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych przekraczałaby zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną, to Spółdzielnia powinna pozyskać dodatkowo zgodę wszystkich tych osób, którym przypadają udziały w nieruchomości wspólnej, a które nie są jej członkami. W przypadku braku takiej zgody Spółdzielnia może wystąpić do sądu o wydanie orzeczenia zastępującego oświadczenie woli tych współwłaścicieli, na zasadzie art. 1047 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.) – zwanej dalej: „k.p.c.". W ocenie Prezesa Urzędu uzyskanie zgody tych współwłaścicieli, którzy nie są członkami Spółdzielni ciąży na niej, jako sprawującej zarząd powierzony, a nie na operatorze telekomunikacyjnym. To bowiem Spółdzielnia zobowiązana jest do dochowania tych wymogów formalnych w sytuacji, gdy podejmuje czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu. Należy w konsekwencji uznać, że także koszty takich działań są kosztami związanymi ze sprawowaniem zarządu nieruchomością. W sytuacji natomiast, gdy uzyskanie zgody na zawarcie umowy, o której mowa w art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, miałoby nastąpić w trybie postępowania sądowego, to koszty z tym związane powinny być ponoszone zgodnie z regułami wynikającymi z przepisów procedury cywilnej i stosownie do podjętego przez sąd orzeczenia w danej sprawie. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby przyjąć, że kosztami uzyskania zgody osób, którym przypadają udziały w nieruchomości wspólnej powinien zostać obciążony operator.

W związku z powyższym postawiony przez Spółdzielnię warunek, w postaci uzyskania przez TOYA zgody wszystkich współwłaścicieli nieruchomości udokumentowany w pismach Spółdzielni z dnia 17 maja 2011 r., 28 czerwca 2011 r., 17 sierpnia 2011 r., 8 listopada 2011 r., nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Skutkiem powyższej odmowy było wystąpienie skutków antykonkurencyjnych na rynku powiązanym – szeroko rozumianym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, w postaci ograniczenia swobody działalności gospodarczej w stosunku do TOYA (potencjalnie również do innych nowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych zamierzających wejść na ten rynek) i pozbawienie konsumentów możliwości wyboru konkurencyjnej oferty. Należy nadmienić, że ilość osób zamieszkujących teren Spółdzielni stanowi populację ludności miasta średniej wielkości w województwie łódzkim, jak np.: Rawa Mazowiecka, Konstantynów Łódzki, Koluszki, co świadczy o dużych potencjalnych możliwościach pozyskiwania nowych klientów. Ponadto, zachowanie Spółdzielni stworzyło, dotychczas działającym na jej terenie konkurentom TOYA takim jak między innymi Stowarzyszenie Telewizji Kablowej TV-SAT 364 z siedzibą w Łodzi, DIALOG S.A. z siedzibą we Wrocławiu, bardziej komfortowe warunki działania niż na rynkach, na których nie ma ograniczeń w dostępie do zasobów mieszkaniowych. Przedsiębiorcy ci nie musieli zmagać się z nowym konkurentem i walczyć o utrzymanie dotychczasowych odbiorców usług, ich pozycja na tym rynku nie była zagrożona nowymi

wejściami, które z reguły wiążą się z oferowaniem niższej ceny na usługi przez nowego konkurenta. W niniejszym przypadku uznać należało, iż to nie rynek, a zakwestionowane zachowanie Spółdzielni doprowadziło do de facto określenia ilości konkurentów świadczących usługi telekomunikacyjne na jej zasobach mieszkaniowych.

Odnośnie zarzutów podniesionych przez Spółdzielnię w odpowiedzi na wszczęcie postępowania to podnieść należy, iż kwestie związane z czynnościami przekraczającymi zwykły zarząd zostały już poddane analizie w niniejszej decyzji.

Odnośnie braku sygnalizowania przez członków Spółdzielni potrzeby zawarcia umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych z TOYA, to wskazać należy, iż fakt ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. To przedsiębiorca winien się bowiem starać o pozyskanie nowych klientów. Starania takie będzie mógł czynić w momencie, gdy uzyska od Spółdzielni zgodę na udostępnienie jej zasobów mieszkaniowych.

Odnośnie braku udostępniania baz adresowych, to wspomnieć trzeba, iż TOYA nie występowała o ich udostępnienie, gdyż kwestionowała potrzebę uzyskania zgód od pozostałych współwłaścicieli. Ponadto brak ich udostępnienia dodatkowo czynił niemożliwy do spełnienia warunek uzyskania tychże zgód przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Brakowałoby mu bowiem wiedzy, do których członków Spółdzielni winien się zwrócić o zgodę, a do których nie miałby takiego obowiązku.

Mając powyższe na uwadze oraz całość materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu, Prezes Urzędu uznał, że zachowanie Spółdzielni na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych zapobiega ukształtowaniu się na rynku powiązanym – szeroko rozumianym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, sytuacji pozwalającej na wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiającej racjonalne funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku a tym samym ogranicza konkurencję, ze szkodą dla konkurencji i konsumentów.

Tym samym **Prezes Urzędu stwierdził, że druga przesłanka** art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **została spełniona.**

Zgodnie z art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy. W trakcie niniejszego postępowania Spółdzielnia nie wykazała, iż (jako zarządca nieruchomości) udostępniła swoje zasoby mieszkaniowe, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz swoich mieszkańców.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Nałożenie kary pieniężnej

Stosownie do art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i art. 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9 tej ustawy.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła zatem zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję, o których mowa

w jej art. 6 lub 9. Mając jednak na uwadze stopień naruszenia interesu publicznoprawnego oraz fakt, iż zarówno Prezes Urzędu jak i sądy w orzeczeniach antymonopolowych wielokrotnie wskazywali na bezprawność opisanych działań, w niniejszej sprawie Prezes Urzędu postanowił nałożyć na Spółdzielnię karę pieniężną.

W niniejszej decyzji Prezes Urzędu dowiódł naruszenia przez Spółdzielnię praktyki opisanej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczności naruszenia przez Spółdzielnię zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję w pełni uzasadniają nałożenie kary pieniężnej. Skuteczne oddziaływanie na kształtowanie się zachowania Spółdzielni zgodnie z regułami konkurencji wymaga, by w przypadku stwierdzonego w niniejszej decyzji stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, nałożyć karę pieniężną, o jakiej mowa w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że naruszenie dokonane było co najmniej nieumyślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale jest to zbieżne z zasadami stosowania kar pieniężnych, które obowiązują we wspólnotowym prawie konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 23 ust. 2 lit. a Rozporządzenia Rady Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE nr L 1 z dnia 4 stycznia 2003 r.), Komisja może w drodze decyzji nałożyć karę pieniężną na przedsiębiorców lub związki przedsiębiorców, jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania naruszają zakazy określone w art. 81 lub 82 TWE.

W niniejszej sprawie istotne jest, aby przypomnieć, że zgodnie z art. 83 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, każdy ma obowiązek przestrzegania obowiązującego w Polsce prawa. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych, wieloletnich i znaczących pod względem zasięgu działania uczestnikach rynku, takich jak Spółdzielnia. Przedsiębiorcy profesjonalnie działający na rynku powinni mieć świadomość, że podejmowane przez nich antykonkurencyjne działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za praktyki ograniczające konkurencję i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej.

W ocenie Prezesa Urzędu, nie ma wystarczających dowodów, aby stwierdzić, że działania Spółdzielni miały na celu bezpośrednio zablokowanie dostępu do rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych tej spółdzielni, jednak niewątpliwie do takiego skutku doprowadziły. Nie można mieć także wątpliwości, że mimo braku dowodów na bezpośredni zamiar Spółdzielni naruszenia zasad konkurencji na rynkach powiązanych, skutek taki nastąpił i nadal trwa. Jednakże ustalenia powyższe pozwalają na przypisanie Spółdzielni winy nieumyślnej. Z winą nieumyślną bowiem mamy do czynienia (w niniejszym przypadku), gdy do nadużycia pozycji dominującej doszło na skutek niezachowania przez Spółdzielnię należytej staranności wymaganej w tego rodzaju stosunkach gospodarczych. Jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego Spółdzielnia winna przecież znać opisane powyżej unormowania prawne. W analizowanej sytuacji winą Spółdzielni (a zatem profesjonalnego uczestnika obrotu) będzie nie tylko niedołożenie należytej staranności, ale także brak wiedzy wymaganej od profesjonalisty.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes Urzędu ma możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu, osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Przychód Spółdzielni w 2011 r. wyniósł (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie przesądza bezwzględnie wysokości kary nakładanej przez Prezesa Urzędu, który decyduje o tym w każdym konkretnym przypadku. Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wziął pod uwagę niżej opisane okoliczności.

W ocenie Prezesa Urzędu wyżej opisane naruszenie należy zakwalifikować jako **poważne.** Przede wszystkim jest to uzasadnione tym, że praktyka Spółdzielni doprowadziła do istotnego ograniczenia konkurencji na rynkach powiązanych – rynkach usług telekomunikacyjnych, całkowicie jej jednak nie wyłączając. Jak bowiem wynika z ustaleń faktycznych na tych rynkach działali także inni operatorzy oferujący usługi stanowiące substytuty dla usług oferowanych przez TOYA. Konsumenci mogli zatem bez udziału Spółdzielni swobodnie z nich skorzystać, ponieważ doprowadzenie sygnału do poszczególnych mieszkań nie wymagało prac instalacyjnych w klatkach lub na gruntach Spółdzielni. W rzeczywistości zatem działania Spółdzielni doprowadziły do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku powiązanym obejmującym jej zasoby mieszkaniowe. W ocenie Prezesa Urzędu Spółdzielnia z pełną determinacją nie dążyła do osiągnięcia bezsprzecznie antykonkurencyjnego skutku, a okoliczności sprawy wskazują, iż jej działaniem kierowały inne względy. Świadczą o tym wyjaśnienia dotyczące motywów takiego działania.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Spółdzielnia, nawet jeżeli nie było jej celem ograniczenie konkurencji, nie wyrażając zgody na udostępnienie TOYA swoich zasobów mieszkaniowych na wybudowanie infrastruktury telekomunikacyjnej, ograniczyła konkurencję na rynku usług telekomunikacyjnych, wywołując tym samym skutek zakazany przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (naruszenie zasad konkurencji i interesów konsumentów).

W ocenie Prezesa Urzędu powyższe okoliczności nakazują określić wyjściowy odsetek przychodu do dalszego obliczenia wysokości kary na poziomie (*tajemnica Przedsiębiorcy*)% to jest w wysokości 15.100,35 zł (słownie: piętnaście tysięcy sto złotych i trzydzieści pięć groszy).

Wychodząc z założenia, że wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od wpływu stwierdzonego naruszenia na rynek, Prezes Urzędu rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary powinna podlegać dalszej modyfikacji. Wobec tego Prezes Urzędu zauważył, że w niniejszej sprawie należy uwzględnić następujące okoliczności:

- jak już wskazano, rynek usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych Spółdzielni nie jest zmonopolizowany, bowiem działają na nim także inni operatorzy oferujący te same usługi telekomunikacyjne co TOYA, którzy są w dużym stopniu niezależni od decyzji Spółdzielni,
- niewielki udział w przychodach Spółdzielni przychodów z tytułu działalności związanej z udostępnieniem zasobów mieszkaniowych w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych występujący wyłącznie w roku udostępnienia tych zasobów nowemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu (opłata jednorazowa w wysokości 20 000 złotych przy obecnym przychodzie rzędu 5.033.451,09).

Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że z uwagi na specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy należy obniżyć kwotę bazową kary o 60%, to jest do kwoty 6.040,14 zł (słownie: sześć tysięcy czterdzieści złotych i czternaście groszy).

Prezes Urzędu nie dopatrzył się w przedmiotowej sprawie dalszych okoliczności łagodzących i obciążających, które mogłyby mieć wpływ na ostateczną wysokość kary pieniężnej nałożonej na Spółdzielnię.

W ocenie Prezesa Urzędu tak wyliczona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia naruszenia przez Spółdzielnię ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Nakładając karę po zaokrągleniu do pełnych złotych w wysokości 6.040 zł (słownie: sześć tysięcy czterdzieści złotych), Prezes Urzędu wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapewnienia trwałego zaniechania naruszania przez Spółdzielnię w przyszłości reguł konkurencji.

Uwzględniając przychód Spółdzielni w 2011 r., ustalony na podstawie przekazanych przez nią dokumentów finansowych, nałożona na nią kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jednocześnie stanowi około (*tajemnica Przedsiębiorcy*)% przychodu Spółdzielni, przewidzianego za naruszenie zakazu określonego w art. 9 tej ustawy.

W świetle wskazanych okoliczności, nałożenie przedmiotowej kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadniona.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie II sentencji niniejszej decyzji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 ust. 1 tej ustawy, jeżeli w wyniku postępowania Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Przedmiotowe postępowanie wykazało, iż Spółdzielnia dopuściła się stosowania praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 263 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego – (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, ze zm.) – zwanej dalej: „k.p.a." – w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów do kosztów postępowania zalicza się koszty podróży i inne należności świadków i biegłych oraz stron w przypadkach przewidzianych w art. 56 k.p.a., a także koszty spowodowane oględzinami na miejscu, jak również koszty doręczenia stronom pism urzędowych. Kosztami niniejszego postępowania są koszty doręczenia Spółdzielni – stronie postępowania pism urzędowych.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć Spółdzielnię kwotą kosztów w wysokości 16,95 zł (słownie: szesnaście złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiących koszty wysyłki wezwań wystosowanych do Spółdzielni.

W związku z powyższym Prezes Urzędu orzekł jak w punkcie III sentencji niniejszej decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Koszty niniejszego postępowania Spółdzielnia jest obowiązane wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr

51101010100078782231000000 w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479^{28} § 1 i 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w punkcie III sentencji niniejszej decyzji, stosownie do art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z 479^{32} § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 264 § 2 k.p.a. w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Dyrektor Delegatury

Barbara Romańczak-Graca

Otrzymuje:

Spółdzielnia Mieszkaniowa im. Bolesława Chrobrego
ul. Ćwiklińskiej 22
92-508 Łódź