



**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-411-10(11)/10/RB

Łódź, dnia 24 listopada 2010 r.

DECYZJA NR RŁO 36/2010

- 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 ww. ustawy, praktykę polegającą na nadużywaniu przez Skierniewicką Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w Skierniewicach, pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w Skierniewicach, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, poprzez odmowę udostępnienia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Bogusławowi Dudek oraz Radosławowi Walentowskiemu prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TIMPLUS w Skierniewicach, zasobów mieszkaniowych Spółdzielni, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców tej spółdzielni **i nakazuje się zaniechanie jej stosowania.**

- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. 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 Skierniewicką Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w Skierniewicach, karę pieniężną w wysokości 20.315,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy trzysta piętnaście złotych) płatną do budżetu państwa, w związku z dopuszczeniem się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy, tj praktyki opisaney 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. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz art. 263 § 1 i art. 264 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 wyżej

wymienionej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy,

– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

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

Uzasadnienie

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej: „Prezesem Urzędu”) wpłynęło zawiadomienie operatorów telekomunikacyjnych Bogusława Dudek oraz Radosława Walentowskiego prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TIMPLUS w Skierniewicach (zwanymi dalej „TIMPLUS”) o odmowie udostępnienia przez Skierniewicką Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w Skierniewicach (zwaną dalej: „Spółdzielnią”) jej zasobów mieszkaniowych na świadczenie członkom spółdzielni usług telekomunikacyjnych. W związku z powyższym Prezes Urzędu wszczął postępowania wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia czy na lokalnym rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Skierniewickiej Spółdzielni Mieszkaniowej z siedzibą w Skierniewicach w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, nastąpiło naruszenie przepisów 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”) uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. W wyniku prowadzonego postępowania Prezes Urzędu uzyskał od Spółdzielni informację (w piśmie z dnia 11 maja 2010 r. – L.dz. TI/2555/10), iż nie odmówiła ona żadnym przedsiębiorstwom świadczącym usługi telekomunikacyjne udostępniania zasobów mieszkaniowych w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej lecz że w przypadku TIMPLUS jedynie określiła warunki na jakich może odbywać się współpraca w tym zakresie. Przy czym Spółdzielnia określiła, iż jedynym możliwym sposobem świadczenia przez tę Spółkę usług telekomunikacyjnych jest „(...) bezinwazyjne doprowadzenie sygnału do mieszkań”. Zdaniem Spółdzielni, warunek ten oznacza dostarczanie sygnału telewizyjnego bez potrzeby wchodzenia na jej teren i umieszczania instalacji w budynkach. Warunek powyższy nie był stawiany pozostałym operatorom telekomunikacyjnym świadczącym usługi na terenie Spółdzielni. Spółdzielnia nie podjęła również żadnych działań mających na celu przebudowę istniejących przyłączy telekomunikacyjnych, w sposób umożliwiający wejście w te zasoby konkurentom już działającym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym. (dowód: karta 59). 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 08 czerwca 2010 r. postępowanie antymonopolowe w sprawie stosowania przez Skierniewicką Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w Skierniewicach praktyk ograniczających konkurencję, poprzez nadużywanie pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, polegające na odmowie udostępnienia przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Bogusławowi Dudek oraz Radosławowi Walentowskiemu prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą

TIMPLUS w Skierniewicach zasobów spółdzielni w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców ww. spółdzielni, co może stanowić naruszenie zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.(dowód: 1-2).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania Spółdzielnia wyjaśniła w piśmie z dnia 29 czerwca 2010 r. znak: L.dz. 3739/10, że zarzut nadużywania przez nią pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, polegający na odmowie udostępnienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu TIMPLUS zasobów Spółdzielni w celu wskazanym w zarzucie, jest w jej ocenie nieuzasadniony. Zdaniem Spółdzielni przedmiotowy zarzut wynika z błędnej oceny kilku okoliczności. Po pierwsze, biorąc pod uwagę ocenę stosunków własnościowych zasobów mieszkaniowych, nie można uznać, iż Spółdzielnia posiada na tak określonym rynku 100% udziałów, a tym samym pozycję dominującą. Zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1116 ze zm. – zwaną dalej „ustawą o spółdzielniach mieszkaniowych”) Spółdzielnia została zobowiązana do określenia przedmiotu odrębnej własności wszystkich lokali mieszkalnych i lokali o innym przeznaczeniu w poszczególnych nieruchomościach (co zostało zrealizowane). Ponadto, na żądanie członków lub osób posiadających tytuł do lokalu, Spółdzielnia miała obowiązek zawrzeć umowę przeniesienia własności lokalu wraz z gruntem. Wyżej wymienione umowy zostały licznie zawarte i w związku z powyższym Spółdzielnia nie posiada już 100% udziału w tym rynku. Spółdzielnia nadmieniła też, iż obecnie musi uzyskać zgodę wszystkich współwłaścicieli na wykonanie inwestycji w zasobach mieszkaniowych. Po drugie, przesylenie gruntu różnego rodzaju instalacjami oraz sposób ich zagospodarowania wymuszają stawianie warunków instalowania nowoczesnych rozwiązań świadczenia usług telekomunikacyjnych, które nie uniemożliwiały by racjonalnego korzystania z nieruchomości. Ponadto (zadaniem Spółdzielni) Prezes Urzędu nie wziął pod uwagę, że TIMPLUS nie wystąpił z propozycją zawarcia umowy, ani też następnie z dyspozycją art. 140 ust. 2 i 4 ustawy z dnia z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. nr 171, poz. 1800 ze zm. – zwanej dalej „Prawem telekomunikacyjnym”) nie wystąpił do Starosty Powiatowego w Skierniewicach. Po trzecie, (zdaniem Spółdzielni), brak jest podstaw prawnych umożliwiających nakładanie na już działających przedsiębiorców telekomunikacyjnych przebudowy istniejących instalacji, umożliwiając wejście ich konkurentom. Po czwarte Prezes Urzędu nie uwzględnił zaszłości wynikających z transformacji ustrojowej, kiedy to przedsiębiorstwo Telekomunikacja Polska, jako „państwowe” lokowała swoje urządzenia i sieci na podstawie decyzji wydawanych przez organy państwowe. W obecnym czasie to Spółdzielnia wprowadziła konkurencyjność usług telekomunikacyjnych, wprowadzając zasady i naliczanie opłat za umieszczenie nowych sieci i urządzeń. (dowód: karty 61-62).

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

Bogusław Dudek oraz Radosław Walentowski prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą TIMPLUS w Skierniewicach są przedsiębiorcami wykonującymi działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych (telefonia stacjonarna, Internet), wpisanymi do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Skierniewice odpowiednio pod numerami 997/03 oraz 1020, a także do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych od numerem 3110. (dowód: karta 43).

Skierniewicka Spółdzielnia Mieszkaniowa z siedzibą w Skierniewicach jest wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000140081. (dowód: karty 28-31). 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).

Spółdzielnia zawarła 3 umowy z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi świadczącymi usługi telewizji kablowej, Internetu, telefonii stacjonarnej tj. z :

- a) VECTRA S.A. z siedzibą w Elblągu, w zakresie świadczenia usług telewizji kablowej (dowód: karta nr 32),
- b) Tomaszem Barlakiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „ITV Media” w Łowiczu, w zakresie świadczenia usług multimedialnych (dowód: karta nr 37),
- c) Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie świadczenia usług dostępu do Internetu, telefonii stacjonarnej, usług multimedialnych i innych usług cyfrowych związanych z przedmiotem działalności ww. Spółki (dowód: karta nr 41).

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

- W umowie z VECTRA S.A. z siedzibą w Elblągu z dnia 14 stycznia 2002 r. Spółdzielnia wyraziła zgodę na budowę i eksploatację systemu telewizji kablowej. Przedsiębiorca zobowiązał się do wyposażenia i uruchomienia ośrodka odbiorczego umożliwiającego retransmisję nie mniej niż 20 programów wyszczególnionych w umowie. Prace mają być prowadzone w budynkach w sposób uzgodniony ze Spółdzielnią. Przedsiębiorca zobowiązany został do przedłożenia projektu typowej instalacji budynkowej, a Spółdzielnia zgłosić ewentualne zastrzeżenia w terminie 7 dni. Odpowiedzialność wobec stron umowy oraz członków Spółdzielni została określona zgodnie z przepisami Kodeksu Cywilnego. Umowa została zawarta na czas określony do dnia 31 grudnia 2015 r. (dowód: karty nr 32-35).
- W umowie z dnia 1 lutego 2006 r. zawartej z Tomaszem Barlakiem prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „ITV Media” w Łowiczu, Spółdzielnia zobowiązała ww. przedsiębiorcę do zaprojektowania i wykonania na własny koszt sieci kablowej służącej do transmisji usług multimedialnych, ustaliła odpłatność za pobraną energię elektryczną na podstawie ilości i mocy znamionowej zainstalowanych urządzeń. Spółdzielnia zobowiązała się do udostępnienia posiadanej dokumentacji technicznej oraz do poinformowania administratorów budynków o planowanych pracach. Ponadto Spółdzielnia ustaliła, że sieć kablowa poza budynkami będzie ułożona w gruncie, po uprzedniej akceptacji przebiegu jej trasy. Przedsiębiorca zagwarantował sobie prawo swobodnego dysponowania siecią oraz wskazania osoby, która może wstąpić w jego prawa i obowiązki wynikające z powyższego zobowiązania. Umowa została zawarta na czas nieokreślony. (dowód: karty 37-38).
- W umowie zawartej z Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 1 sierpnia 2008 r. Spółdzielnia wyraziła zgodę (po zapoznaniu się z projektem) na wejście przedsiębiorcy na jej teren w celu wykonania odpowiednich robót. Po ich zakończeniu operator zobowiązał się do przywrócenia stanu poprzedniego. Za korzystanie z nieruchomości przedsiębiorca wypłaci coroczne wynagrodzenie w wysokości (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł plus należny podatek VAT. Spółdzielnia wyraziła również zgodę na wejście operatora na teren jej zasobów w celu konserwacji infrastruktury telekomunikacyjnej. Umowa zawarta została na czas nieokreślony. (dowód: karta 41).

Według stanu na dzień 31 grudnia 2009 r. Spółdzielnię zamieszkiwało 15.032 członków. Ponadto Spółdzielnia posiada 77 lokali użytkowych. Zasoby mieszkaniowe Spółdzielni zlokalizowane są wyłącznie w miejscowości Skierniewice. (dowód: karty nr 5 i 39).

W dniu 22 lipca 2008 r. TIMPLUS, w związku z rozwojem tworzonej sieci teleinformatycznej, przedstawił Spółdzielni ofertę współpracy dotyczącej budowy infrastruktury kablowej na jej zasobach. We wskazanym piśmie TIMPLUS przedstawił informacje o świadczonych usługach oraz ich cenach oraz sposób wykonania sieci telekomunikacyjnej w oparciu o zgodę administratora budynku. (dowód: karta nr 42).

W odpowiedzi Spółdzielnia, pismem z dnia 09 września 2008 r., poinformowała, iż nie planuje wprowadzenia nowego operatora sieci kablowej do swoich zasobów, gdyż wiąże się to z wykonaniem następnych wykopów w terenie i rozproszaniem instalacji w budynkach. (dowód: karta 44).

Pismem z dnia 17 października 2008 r. TIMPLUS zwrócił się o szczegółowe uzasadnienie decyzji odmownej dotyczącej wyżej wymienionej sprawy. Ponadto podał dodatkowe informacje o swojej sieci telekomunikacyjnej oraz o świadczonych usługach oraz o podmiotach, z którymi współpracuje. Wskazał również zakres prac wykonywanych na budynkach wielorodzinnych: - zestawienia łączy transmisyjnych do punktów węzłowych sieci operatora; - wykonanie okablowania strukturalnego pionowego wewnątrz budynków; - wykonanie sieci dystrybucyjnych poziomych do poszczególnych lokali mieszkalnych. TIMPLUS deklaruje wykonanie powyższych prac na własny koszt. W miarę możliwości wykorzystywana miała być istniejąca już infrastruktura, w postaci szachtów elektrycznych, peszli, korytek itp.. W kablowanych budynkach, zgodnie z wolą administratora, instalowane miały być skrzynki z urządzeniami (w zależności od struktury tego budynku: garaże, poddasza, miejsca na klatkach itp.). (dowód: karty 45-46).

W dniu 09 stycznia 2009 r. TIMPLUS zwrócił się z ponowną prośbą o podjęcie współpracy dotyczącej budowy sieci kablowej na zasobach mieszkaniowych Spółdzielni. W piśmie tym TIMPLUS poinformował, że wprowadził usługę telefonii opartą o własną infrastrukturę telekomunikacyjną, co czyni ją konkurencyjną wobec oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie. Poinformował również, że (w tamtym okresie) jako pierwsi wprowadzili usługę telewizji cyfrowej oraz tak zwaną usługę 3play (Internet+Telewizja+Telefon) dostępną z jednego kabla i za pośrednictwem jednego operatora. Ponadto TIMPLUS poinformował również, iż kable klienckie mają małe przekroje (4-5 mm), w związku z czym zajmują mało miejsca w szachtach teletechnicznych. W budynku zostaje zamieszczona jedna skrzynka rozdzielcza, która może znajdować się w dowolnie wskazanym przez administratora miejscu. Wszystkie prace wykonywane na obiektach zawsze są w pełni uzgadniane z pracownikami technicznymi Spółdzielni i przywracany jest stan pierwotny nieruchomości po zakończeniu prac instalatorskich. W przypadku konieczności łączenia budynków drogą ziemną, kable przeprowadzane są z minimalną ingerencją w teren, to znaczy chodniki nie są nigdy rozbierane, a tereny zielone zostają po zakończeniu prac w pełni zrekultywowane (nawiezenie ziemi, posianie trawy). (dowód: karty 47-48).

Pismem z dnia 3 lutego 2009 r. TIMPLUS zawiadomił Spółdzielnię, iż została podpisana umowa z Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie dotycząca przenoszenia numerów abonenckich pomiędzy sieciami. Dla abonentów oznaczało to możliwość zmiany operatora z jednoczesnym zachowaniem dotychczasowego numeru telefonu. Wskazując na duże zainteresowanie członków Spółdzielni swoimi usługami TIMPLUS wniósł o rozpatrzenie propozycji współpracy sprecyzowanej w poprzednich wystąpieniach. Do niniejszego pisma dołączono cennik usług świadczonych przez TIMPLUS oraz opis usługi kablowej telewizji cyfrowej. (dowód: karty 49-51).

W odpowiedzi na powyższe propozycje, Spółdzielnia, pismem z dnia 12 lutego 2009 r., poinformowała, że podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko o braku możliwości udostępnienia swoich zasobów mieszkaniowych. Udostępnienie bowiem wiązać się miało z wykonaniem następnych wykopów w terenie i rozprawadzeniem instalacji w budynkach. Tereny Spółdzielni są uzbrojone w różnego rodzaju instalacje, studzienki i przewody i w związku z powyższym stanowi to poważny problem przy podziale działek. Jeżeli chodzi o budynki, to sytuacja wygląda podobnie. Są one przepelnione różnymi przewodami i skrzynkami. Ponadto w związku z tym, iż coraz większa liczba mieszkań przechodzi na własność lokatorów, wprowadzenie nowych instalacji na klatce schodowej (część wspólna nieruchomości) wymaga zgody wszystkich właścicieli mieszkań. Biorąc powyższe pod uwagę Spółdzielnia poinformowała, że jedyny możliwy sposób, na który wyrazi zgodę, to bezinwazyjne doprowadzenie sygnału do mieszkań. (dowód: karta 52).

W odpowiedzi na powyższe stanowisko TIMPLUS, pismem z dnia 02 marca 2009 r. podniósł następującą argumentację: po pierwsze w co najmniej 90% budynków należących do Spółdzielni istnieją w pełni drożne kanały teletechniczne dużym przekroju. Zastosowana technologia nie wymaga kabli o dużym przekroju, a tym samym zajętość istniejących szachtów będzie znikoma. Po drugie TIMPLUS we wcześniejszych pismach wskazywał, iż na klatkach schodowych nie ma potrzeby wieszania skrzynek technicznych. Tym samym instalacje te nie naruszają estetyki klatek schodowych i w żaden sposób nie utrudniają korzystania z nieruchomości. Konieczne do zainstalowania skrzynki można umieścić w piwnicach budynków. TIMPLUS dokonał przeglądu (w obecności i zgodą mieszkańców Spółdzielni zainteresowanych korzystaniem z ich usług) pomieszczeń piwnicznych w kilkudziesięciu budynkach i nie znalazł przeciwwskazań do umieszczenia tam skrzynek, w sposób niepowodujący utrudnień w korzystaniu z nieruchomości. Po trzecie, odnośnie nadmiernego uzbrojenia terenów w instalacje teletechniczne, znaczną część budynków TIMPLUS był w stanie podłączyć bez konieczności wykonywania wykopów, wynajmując istniejącą już kanalizację teletechniczną, a w budynkach z przyłączami prądowymi napowietrznymi – drogą napowietrzną (z uwagi na istniejącą umowę zawartą z właścicielami słupów niskiego napięcia). Ponadto można uzgodnić przebieg budowanych tras kablowych przeprowadzenie instalacji telekomunikacyjnej wzdłuż istniejących już tras innych operatorów. TIMPLUS zobowiązał się również do całkowitej rekultywacji terenów zielonych podlegających inwestycjom na swój koszt, a także do nienaruszania infrastruktury stałej (jezdni, chodników). Po czwarte TIMPLUS podkreślił, iż obowiązek uzyskania zgody wszystkich współwłaścicieli leżał w zakresie jego obowiązków. Był zatem gotów do uzyskania odpowiednich oświadczeń woli lokatorów. Po piąte zaproponowanie bezinwazyjnego doprowadzenia sygnału do mieszkań w sposób oczywisty wyklucza możliwość dostarczenia usług TIMPLUS mieszkańcom Spółdzielni. Jednocześnie zauważono, iż innym operatorom pozwalano na umieszczenie instalacji w sposób umożliwiający prace w terenie. W powyższym piśmie TIMPLUS poinformował Spółdzielnię o złożeniu zawiadomienia w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. (dowód: karty 53-56).

Ustosunkowując się do powyższych zarzutów Spółdzielnia podniosła w piśmie z dnia 31 marca 2009 r., iż nie odmówiła dostępu do swoich zasobów, a jedynie określiła jego warunki techniczne. Spółdzielnia nie uważa za naganny fakt, iż spodziewa się nowatorskich rozwiązań technicznych. Operatorzy świadczący usługi na terenach Spółdzielni rozpoczynali działalność kilka lat temu i nie mieli technicznych możliwości bezinwazyjnego dostarczania sygnału do mieszkań. Usługi proponowane przez TIMPLUS nie stanowią nowości dla mieszkańców ani pod względem asortymentu, ani pod względem atrakcyjności ceny. Konkurencja pod względem operatorów telekomunikacyjnych istnieje już w zasobach Spółdzielni. Ponadto zarządca nieruchomości ma prawo dysponowania powierzonym

majątkiem w sposób dowolny i nie może być zmuszany do nawiązania współpracy z każdym przedsiębiorcą, który do niego się o to zwróci. (dowód: karty 57-58).

Porównanie zaproponowanych przez TIMPLUS warunków technicznych wykazało, że nie odbiegały one od tych, które Spółdzielnia wynegocjowała z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Operatorzy zobowiązani zostali bowiem do uzyskania akceptacji przez Spółdzielnię projektów instalacji, do wykonania tychże projektów na własny koszt oraz do przywrócenia stanu poprzedniego.

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 Prawa telekomunikacyjnego. 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 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”). 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 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.

Należy nadmienić, że zmiana w art. 33 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych w stosunku do dotychczasowego art. 140 ust. 1 Prawa Telekomunikacyjnego polega na rozszerzeniu, regulowanego tym uchylanym przepisem, prawa drogi również na jednostki samorządu terytorialnego, którym prawo to jest niezbędne dla prowadzenia działalności w zakresie 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, dotyczące dostępu do cudzych nieruchomości 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 (t. j. Dz. U. z 1995 r. Nr 117, poz. 564, ze zm.) funkcję taką pełnił art. 37 pkt 1, 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.

Przychód Spółdzielni za 2009 r. wyniósł (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł (dowód: karta 64-68).

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Dla uznania, że niniejsza sprawa ma charakter antymonopolowy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy i 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. W wyroku z dnia 27 czerwca 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 92/00) Sąd 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, dotyczący 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 Okręgowy w Warszawie – 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 „interese 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), a ich celem i 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 dotyczą zasad wolnej konkurencji z wszelkimi tego konsekwencjami na rynkach powiązanych – rynkach usług telekomunikacyjnych (televizji 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. 2007 r. Nr 155 poz. 1095, 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 0000140081. Na podstawie 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 KRS 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. Do usług można natomiast bez wątplenia 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 przy tym uwzględnienie szczególnych cech danego produktu (rynek produktowy), oraz określenie obszaru jego dystrybucji przy uwzględnieniu, że warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne (rynek geograficzny).

Spółdzielnia, będąc właścicielem zasobów mieszkaniowych na terenie Skierniewic, prowadzi działalność, polegającą na udostępnianiu posiadanych zasobów mieszkaniowych innym przedsiębiorcom, którzy występując o jej zgodę, chcą na terenie ograniczonym zasięgiem jej zasobów mieszkaniowych prowadzić działalność gospodarczą, świadcząc konsumentom różnego rodzaju usługi telekomunikacyjne. Rynki, na których działają przedsiębiorcy telekomunikacyjni są rynkami powiązanymi z rynkami udostępniania zasobów mieszkaniowych. Powiązanie to skutkuje tym, że każdy właściciel (dysponent) zasobów mieszkaniowych, w tym Spółdzielnia, oddziałuje na nie pośrednio – dyktując panujące na swoich zasobach warunki konkurencji. Z punktu widzenia TIMPLUS nie ma substytutów dla tak zdefiniowanej usługi. W szczególności substytutu dla świadczenia usług w oparciu o własne sieci, nie stanowi wykorzystanie sieci innego operatora, działającego na terenie Spółdzielni, w ramach tzw. dostępu telekomunikacyjnego, o którym mowa w art. 139 Prawa telekomunikacyjnego. Dostęp telekomunikacyjny związany byłby bowiem z koniecznością ponoszenia przez TIMPLUS na rzecz innego operatora opłat za korzystanie z sieci. Powoduje to, że w swojej ofercie cenowej skierowanej do odbiorców finalnych TIMPLUS musiałaby uwzględniać również opłaty za korzystanie z sieci należącej do spółki konkurencyjnej.

Kierując się brzemieniem definicji rynku właściwego, należy także określić wymiar terytorialny rynku. W tym przedmiocie należy podkreślić specyficzny charakter zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez spółdzielnie jako takie. Wyznaczając rynek właściwy od strony geograficznej, Prezes Urzędu uwzględnił, że na obszarze zasobów mieszkaniowych Spółdzielni jakikolwiek przedsiębiorca świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców zajmujących te zasoby, może przystąpić do budowy sieci telekomunikacyjnej i następnie – po zawarciu indywidualnych umów abonenckich z konsumentami – świadczyć usługi telekomunikacyjne, dopiero po uzyskaniu zgody spółdzielni mieszkaniowej. Spółdzielnia, jako właściciel lub ogólnie dysponent nieruchomości wyraża zgodę w sposób definitywny w formie umowy zawartej z wstępującym do jej zasobów przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, określającej obowiązki i uprawnienia każdej ze stron, o której jest mowa art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, a poprzednio w art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Taki sposób wyznaczenia rynku właściwego w sprawie odpowiada pogładowi wyrażanemu dotychczas w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego (wyrok z dnia 25 października 2000 r., sygn. akt XVII Ama 13/00) i Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 24 czerwca 2003 r., sygn. akt I CKN 408/01).

Do świadczenia usług telekomunikacyjnych niezbędne jest bowiem wykonanie sieci, tj. infrastruktury technicznej służącej rozprowadzaniu sygnału. Z uwagi na to, że spółdzielnia jest dysponentem (zwykle właścicielem lub użytkownikiem wieczystym, a z mocy prawa zarządcą) terenów, przez które przebiegać ma sieć, jej budowa i późniejsze użytkowanie wymaga zgody spółdzielni (vide: art. 140 Prawo telekomunikacyjnego, a obecnie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych).

Rynkiem właściwym zatem, mając na uwadze powyższe uwagi, będzie w tym przypadku **rynek usług świadczonych przez Spółdzielnię, w postaci udostępnienia zasobów mieszkaniowych Spółdzielni, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców tej spółdzielni.**

Definiując tak określony rynek właściwy należało uwzględnić brzmienie wspomnianego art. 140 Prawa telekomunikacyjnego, a obecnie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, które określają wzajemne obowiązki i uprawnienia dysponentów nieruchomości i przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie korzystania z nieruchomości dla celów prowadzenia wymienionych w tym przepisie prac instalacyjnych.

Określając w ten sposób rynek właściwy w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uwzględnił także dotychczasowy dorobek orzecznictwa antymonopolowego, które uznaje za rynek właściwy w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rynek udostępniania zasobów mieszkaniowych spółdzielni na rzecz operatorów telekomunikacyjnych – tak np. decyzje Prezesa Urzędu z dnia 5 kwietnia 2005 r. Nr RLU 13/2005, z dnia 20 maja 2005 r. Nr RLU 19/2005, z dnia 31 grudnia 2008 r. Nr RBG-50/2008.

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 Spółdzielnia jest jedynym dysponentem nieruchomości znajdujących się jej zasobach powoduje, że na rynku udostępniania tych zasobów Spółdzielnia posiada 100% udział.

Przytaczając zaś definicję legalną pozycji dominującej na rynku w rozumieniu art. 4 pkt 10 ustawy, 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 udostępniania 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, 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 antymonopolowej, 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 – Wąchał. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Wyd. Twigger, Warszawa 2002 r., str. 113-114]).

Istotą praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 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 Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok z 8 listopada 2004 roku, 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 jest przepisem, który nakazuje dominantom takie zachowanie, które nie będzie stwarzało innym uczestnikom obrotu towarowego barier ograniczających ich możliwość skutecznego konkutowania 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 roku - III SK 30/07).

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

W praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu i sądów przyjmuje się, że dążenie do wpływu 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 Okręgowego w Warszawie – 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 (wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 roku – XVII Ama 105/06; wyrok XVII Ama 120/05; wyrok z dnia 17 kwietnia 2002 roku – XVII Ama 69/01; wyrok z 28 stycznia 2002 r. – XVII Ama 28/01.). 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 w tym miejscu decyzji pragnie również odnieść się do kwestii, czy biorąc pod uwagę uregulowania ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (a wcześniej Prawa telekomunikacyjnego), Prezes 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 tej ustawy 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 UOKiK podziela pogląd zawarty w wyroku Sądu Najwyższego z 19 października 2006r. (sygn. akt III SK 15/06), zgodnie z którym ówczesne 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 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 przedsiębiorstw 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. 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 jakikolwiek przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący lub zamierzający świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców tej spółdzielni mieszkaniowej, 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 wszczęcia postępowania 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 (Dz. U. z 2000 r. Nr 46, poz. 543, z późn. 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 – TIMPLUS, w celu zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców tej spółdzielni. Zarówno art. 140 Prawa telekomunikacyjnego i obecnie obowiązujący art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych wyrażają pewną ideę ustawodawcy, który za celowe uznaje, aby w jednym budynku istniały instalacje wielu operatorów świadczących w sposób konkurencyjny usługi w tym samym lub podobnym zakresie oraz wskazuje, jak winna wyglądać procedura udostępnienia zasobów Spółdzielni operatorowi. Przywołane przepisy nie statuuje natomiast żadnych wymogów w zakresie podejmowania współpracy z istniejącym operatorem w zakresie udostępniania jego infrastruktury oraz zawierania, przed podjęciem prac inwestycyjnych, umów z przyszłymi abonentami. Określają one jedynie w swej hipotezie przesłanki podmiotowe

w zakresie osób uprawnionych i zobowiązanych do wskazanych tam działań oraz określają przedmiotowo, jakich instalacji dotyczy jego dyspozycja. Jedynym zaś ograniczeniem i zarazem warunkiem działania operatora na nieruchomości właściciela lub użytkownika wieczystego jest zapewnienie racjonalnego korzystania z nieruchomości po zakończeniu prac. Natomiast od strony podmiotowej zobowiązany jest właściciel, użytkownik wieczysty nieruchomości bądź zarządca, uprawnieni zaś to operatorzy oraz podmioty, o 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 Spółka TIMPLUS.

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 ocenie Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie przesłanka uniemożliwiania racjonalnego korzystania z nieruchomości nie dawała podstaw Spółdzielni do odmowy na rozpoczęcie przez TIMPLUS prac instalacyjnych. Racjonalne korzystanie z nieruchomości jest bowiem oceniane, jako niemożliwe jedynie wówczas, gdy blokuje taki sposób korzystania, który jest zgodny z przeznaczeniem i charakterem nieruchomości, przy czym chodzi tu o korzystanie z nieruchomości po zakończeniu prac, a nie w ich trakcie. Naruszenie ingerencji wyznaczonej w art. 140 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego (a obecnie art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych) miałyby miejsce jedynie wtedy, gdy, po zainstalowaniu urządzeń lub linii zaistniała by konieczność zagospodarowania nieruchomości w inny niż dotychczas sposób lub istotnie zmniejszyłaby się jej wartość. (Stanisław Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, C.H. Beck 2005). Spółdzielnia nie przedstawiła żadnych dowodów potwierdzających negatywny wpływ zamierzonej przez TIMPLUS inwestycji telekomunikacyjnej na sposób i zakres korzystania z nieruchomości.

Zainstalowanie przez operatora kolejnej sieci w zasobach Spółdzielni nie miałyby, zdaniem Prezesa Urzędu, wpływu na odmienny niż obecny sposób i zakres gospodarowania nieruchomości, na której zasoby się znajdują. Podkreślić przy tym należy, iż TIMPLUS w składanych propozycjach zawarcia umowy wielokrotnie deklarował, iż może swoją instalację telekomunikacyjną umieścić wzdłuż już istniejących kanałów technicznych. Tak rozmieszczona sieć w żaden sposób nie mogłaby pogorszyć możliwości ewentualnych podziałów nieruchomości. Odnośnie bezinwazyjnego dostarczania sygnału, podnieść należy, iż uzasadniając negatywną odpowiedź Spółdzielni na ofertę współpracy z dnia 09 września 2008 r. nie użyto powyższej propozycji. (dowód: karta 44). Dopiero w następnym piśmie z dnia 12 lutego 2009 r. wskazano na możliwość takiego rozwiązania. (dowód: karta 52). TIMPLUS, w piśmie z dnia 2 marca 2009 r. informował, iż nie posiada takich możliwości (ani nie jest w stanie wejść w posiadanie wskazanych technologii). (dowód: karty 53-56). Z doświadczenia życiowego wynika, iż dostarczanie sygnału drogą radiową bądź satelitarną wymaga instalowania odbiorników bądź anten. Ponadto wskazać należy, iż podobnego warunku nie wskazano innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym świadczącym swe usługi na zasobach mieszkaniowych Spółdzielni. Umowa zawarta z Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 1 sierpnia 2008 r. nie wskazywała na konieczność bezinwazyjnego dostarczania sygnału. (dowód: karta nr 41). Przypomnieć należy, iż

TIMPLUS wystąpił z propozycją współpracy w dniu 22 lipca 2008 r., natomiast Spółdzielnia wskazała warunek bezinwazyjnego dostarczenia sygnału na początku lutego 2009 r.. Wskazać zatem trzeba na krótki okres czasu pomiędzy zawarciem umowy z Telekomunikacją Polską S.A. z siedzibą w Warszawie, a uzależnieniem udostępnienia zasobów mieszkaniowych od spełnienia wyżej wymienionego warunku. Takie uwarunkowania stawiają w uprzywilejowanej pozycji operatorów telekomunikacyjnych już świadczących swoje usługi oraz utrudniają bądź nawet uniemożliwiają wejście na rynek innym przedsiębiorcom występującym z podobną ofertą. Podnieść przy tym należy, że Spółdzielnia nie jest organem właściwym do wskazywania odrębnemu przedsiębiorcy sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. Przy czym obecnie obowiązujący art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (a wcześniej art. 140 Prawa telekomunikacyjnego) nie uzależnia udostępnienia zasobów mieszkaniowych od sposobu dostarczenia sygnału, a jedynie od możliwości racjonalnego korzystania z nieruchomości, w szczególności czy nie prowadzi to do istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości.

W związku z powyższym odmowa wybudowania przyłączy telekomunikacyjnych przez TIMPLUS udokumentowana w pismach Spółdzielni z dnia 9 września 2008 r., 12 lutego 2010 r., 31 marca 2009 r. oraz w piśmie ustosunkowującym się do przedstawionego przez Prezesa Urzędu zarzutu z dnia 29 czerwca 2010 r. nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Skutkiem powyższej odmowy jest wystąpienie skutków antykonkurencyjnych na rynku powiązanim – szeroko rozumianym rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych, w postaci ograniczenia swobody działalności gospodarczej w stosunku do TIMPLUS (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 TIMPLUS takim jak VECTRA S.A. z siedzibą w Elblągu, Tomasz Barlak prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą „ITV Media” w Łowiczu, Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie bardziej komfortowe warunki działania niż na rynkach, na których nie ma ograniczeń w dostępie do zasobów mieszkaniowych. Przedsiębiorcy ci nie muszą zmagać się z nowym konkurentem i walczyć o utrzymanie dotychczasowych odbiorców usług, ich pozycja na tym rynku nie jest zagrożona nowymi wejściami, które z reguły wiążą się z oferowaniem niższej ceny na usługi przez nowego konkurenta.

Odnosnie zarzutów podniesionych przez Spółdzielnię w punkcie pierwszym odpowiedzi na wszczęcie postępowania to podnieść należy, iż 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. Wcześniejszy pogląd judykatury i doktryny, iż spółdzielnia mieszkaniowa jako zarządca nieruchomości ma udział w rynku udostępnienia jej zasobów

w wysokości 100% pośrednio został potwierdzony także poprzez wejście w życie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Zgodnie z jej art. 33 także zarządca ma obowiązek udzielenia dostępu do nieruchomości przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu. Co do utrudnień związanych z uzyskaniem zgody współwłaścicieli nieruchomości, to wskazać należy, iż TIMPLUS zadeklarował, iż czynności te wykona na swój koszt i we własnym zakresie.

Kwestie związane z racjonalnym korzystaniem z nieruchomości zostały już poddane analizie w niniejszej decyzji. Odnośnie braku wystąpienia TIMPLUS do Starosty Powiatowego w Skierniewicach w trybie art. 124 ustawy z dnia 21.08.1997r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004r. Nr 261, poz. 2603 ze zmian. – zwanej dalej „ustawą o gospodarce nieruchomościami”) to podnieść należy, iż w tym wypadku postępowanie prowadzone przed organami jednostek samorządu terytorialnego nie ma wpływu na ocenę nadużywania pozycji dominującej. Na marginesie dodać można, iż samo wspomniane powyżej wystąpienie nie gwarantuje jeszcze uzyskania dostępu do zasobów mieszkaniowych. Ogólna zasada stosowania przepisów o wyłączeniu określona w art. 112 ustawy o gospodarce nieruchomościami znalazła potwierdzenie w art. 124 tej ustawy, do którego wprost odsyła art. 140 Prawa telekomunikacyjnego. Na podstawie art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, starosta może ograniczyć w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości, co należy rozumieć jako ograniczenie prawa właściciela do swobodnego korzystania z własności, poprzez udzielenie zezwolenia na zakładanie na nieruchomości urządzeń wymienionych w tym przepisie. Swoboda podejmowania decyzji przez starostę w tej materii została ograniczona tylko do inwestycji, które zostały umieszczone w planie miejscowym, zaś w przypadku braku planu, zgodnie z decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Oznacza to, iż starosta może wydać decyzję ograniczającą sposób korzystania z nieruchomości tylko w sytuacjach wskazanych w tym przepisie. Nie umieszczenie zamierzenia inwestycyjnego w planie miejscowym, lub brak decyzji lokalizacyjnej inwestycji celu publicznego stanowią przesłanki negatywne do wydania przez starostę decyzji, ograniczającej sposób korzystania z nieruchomości przez właściciela. Za taką interpretacją art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami przemawia wykładnia językowa jak również systemowa.

Co do zarzutów wskazanych w punkcie trzecim odpowiedzi na wszczęcie niniejszego postępowania to podnieść należy, iż prezes Urzędu nie wymagał od Spółdzielni przebudowy już istniejących kanałów technicznych. Tym niemniej w trakcie prowadzonych negocjacji z operatorami telekomunikacyjnymi można było wymóc na nich obowiązek takiego skonstruowania sieci telekomunikacyjnej, by mogły z niej korzystać również inne podmioty.

W odpowiedzi na twierdzenia przedstawione w punkcie czwartym odpowiedzi na wszczęcie niniejszego postępowania zauważyć należy, iż o istnieniu konkurencji na rynku właściwym nie przesądza ilość rywalizujących ze sobą przedsiębiorców, lecz możliwość wejścia na tenże rynek innych, w tym wypadku, operatorów telekomunikacyjnych.

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 powiązanim – 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.

Nażalenie 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.

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 przywołanej wyżej ustawy. Okoliczności naruszenia przez tego przedsiębiorcę 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 w/w ustawy.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie 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 również pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r.; sygn. akt U. 7/93). Jest to również 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. (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 nieumyślnie 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.

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 2009 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 TIMPLUS. Konsumenti 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 powiązanim obejmujący 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. Świadczy o tym podjęcie rozmów z TIMPLUS oraz wyjaśnienia dotyczące uniknięcia robót inwazyjnych w nieruchomościach.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że Spółdzielnia, nawet jeżeli nie było jej celem ograniczenie konkurencji, nie wyrażając zgody na udostępnienie TIMPLUS swoich zasobów mieszkaniowych na wybudowanie infrastruktury telekomunikacyjnej, ograniczyła konkurencję na rynku usług telekomunikacyjnych, wywołując tym samym skutek zakazany w zapisach 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 0,3 % to jest w wysokości (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł (słownie: osiemdziesiąt cztery tysiące sześćset czterdzieści sześć złotych i dziesięć 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 TIMPLUS, którzy są w dużym stopniu niezależni od decyzji Spółdzielni,

- bardzo niski udział w przychodach Spółdzielni przychodów z tytułu działalności związanej z udostępnieniem zasobów mieszkaniowych w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych (na mocy dwóch zawartych umów operatorzy zobowiązani są jedynie do pokrycia kosztów działalności, na mocy trzeciej Spółdzielnia otrzymuje wynagrodzenie w wysokości (*tajemnica Przedsiębiorcy*) zł. rocznie).

Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że z uwagi na specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy należy obniżyć kwotę bazową kary o 80%, to jest do kwoty 16.929,22 zł (słownie: szesnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych i dwadzieścia dwa grosze).

Art. 111 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje wprost, że przy ustalaniu wysokości nakładanej kary powinien być uwzględniony okres stosowania praktyki. W związku z powyższym ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął również pod uwagę długotrwałość stosowania przez Spółdzielnię praktyki ograniczającej konkurencję, czyli to, iż praktyka trwała dłużej niż rok, co spowodowało szkody zarówno dla TIMPLUS jak i dla jej członków. Stąd też mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu uznał za uzasadnione podwyższenie kwoty kary pieniężnej ustalonej na poprzednim etapie o 20%.

W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił podwyższyć karę o wskazane powyżej 20% , to jest do kwoty 20.315,06 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy trzysta piętnaście złotych i sześć groszy). Dalszych okoliczności łagodzących lub obciążających Prezes Urzędu nie znalazł.

Prezes Urzędu nie dopatrył się w przedmiotowej sprawie okoliczności łagodzących i obciążających, które mogłyby mieć wpływ na ostateczną wysokość kary 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 20.315,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy trzysta piętnaście 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 2009 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 przedsiębiorcy, przewidzianego za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ww. 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 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, 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 – (Dz. U. z 2000 r., Nr 98 poz. 1071 ze zm. – zwany 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 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 terminie 14 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 51101010100078782231 000000 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. 479²⁸ § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – 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 479³² § 1 i 2 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 264 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Łodzi.

*Z upoważnienia
Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Dyrektor Delegatury*

Barbara Romańczak-Graca

Otrzymuje:

Skierniewicka Spółdzielnia Mieszkaniowa
ul. Kopernika 5
96-100 Skierniewice