

Sygn. akt VIA Ca 632/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 listopada 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA– Małgorzata Manowska

Sędzia SA– Ewa Zalewska (spr.)

Sędzia SO del. – Joanna Korzeń

Protokolant– sekr. sąd. Agnieszka Janik

po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w I. z siedzibą w I.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 31 stycznia 2011 r. , sygn. akt XVII Ama 182/09

I prostuje w zaskarżonym wyroku oczywistą niedokładność w ten sposób, że oznacza stronę powodową jako „ (...) Spółdzielnia Mieszkaniowa w I. z siedzibą w I.”

II oddala apelację;

III zasądza od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w I. z siedzibą w I. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VIA Ca 632/11

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) decyzją z 24 sierpnia 2009r. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), praktykę polegającą na nadużywaniu przez (...) Spółdzielnię Mieszkaniową w I. (dalej: (...)) pozycji dominującej na rynku udostępniania jej zasobów mieszkaniowych zlokalizowanych w I. poprzez uzależnienie rozpoczęcia przez (...) Sp. z o.o. w T. (dalej: S.) prac związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań (...) od:

1. zawarcia przez S. umowy z co najmniej jednym członkiem (...) w klatce schodowej danego budynku,

2. uzyskania zgody (...) S.A. z siedzibą w W. na skorzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej w zakresie sieci zewnętrznych i przyłączy,

3. uzgodnienia z (...) S.A. z siedzibą w G. wykorzystania istniejącej sieci rozgałęźnej (listew PCV)

i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 9 października 2008 roku oraz nałożył na (...) karę pieniężną w wysokości 39.656 zł w związku z dopuszczeniem się w/w praktyk.

Prezes UOKiK wydając w/w decyzję dokonał następujących ustaleń i rozważań:

S. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych (telewizja kablowa, Internet, telefonia (...)). Od 15 czerwca 2007 roku usługi w zakresie telewizji kablowej na rzecz mieszkańców budynków będących w zasobach (...) świadczy wyłącznie (...) S.A. Dnia 1 sierpnia 2007 roku S. zwrócił się do (...) o wyrażenie zgody na rozmieszczenie ulotek reklamowych w klatkach schodowych jej budynków w celu zapoznania mieszkańców z jego ofertą, jako nowego operatora. S. przedstawił też w tym piśmie wstępną ofertę, proponując dostęp do Internetu o prędkości 1 Mb/s w cenie od 26 zł miesięcznie, usługę telefonu stacjonarnego od 10 zł miesięcznie oraz usługi w zakresie telewizji kablowej analogowej i cyfrowej w cenie od 29 zł za pełen pakiet 47 programów i załączył cennik usług. Wskazał też, że w przypadku zainteresowania ze strony mieszkańców oferowanymi usługami jest on skłonny wybudować sieć telekomunikacyjną potrzebną do świadczenia tych usług i zwrócił się do (...) o przedstawienie warunków, na jakich miałyby przebiegać realizacja inwestycji, polegającej na wybudowaniu sieci telekomunikacyjnej w jej budynkach oraz o wyznaczenie terminu spotkania, którego przedmiotem miałyby być szczegóły współpracy. (...) wyraziła zgodę na rozmieszczenie ulotek reklamowych w budynkach, kwestię warunków wybudowania sieci pozostawiła do momentu zapoznania się przez S. z wynikami akcji reklamowej. S. wystąpiła w dniu 17 sierpnia 2007 roku do (...) już z konkretnym wnioskiem o wyrażenie zgody na budowę sieci telekomunikacyjnej umożliwiającej mieszkańcom budynków (...) dostęp do oferowanych przez niego usług telekomunikacyjnych (telewizja kablowa, Internet, telefonia stacjonarna). Do omówienia tej propozycji i ustalenia przedstawicieli S. w osobach: J. Z. – Prezesa Zarządu S. i pełnomocnika A. P. (1), a także H. K. i M. A. oraz przedstawicieli (...) w osobach: R. S. (1), S. B., S. P., Z. W., L. K. doszło na spotkaniu. Ze spotkania tego została sporządzona notatka służbowa, z której wynikają według ustaleń Prezesa UOKiK następujące stanowiska stron:

- S. wyraża wolę wprowadzenia na rynek w I. konkurencyjnej oferty w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- (...) uważa, że S., w przypadku miejsca w istniejących maskownicach w budynkach, powinna przeprowadzić swoje sieci w istniejących już pionach;
- S. chce budować własne piony telekomunikacyjne, w czym ma doświadczenie. Nie chce wystąpić do obecnego operatora (...) o zgodę na wykorzystanie istniejących pionów, aby nie powodować na tym polu konfliktów;
- w zakresie sieci zewnętrznej (...) preferuje wykorzystanie istniejącej infrastruktury należącej do (...) S.A.

Warunki współpracy stron zostały określone w piśmie z 4 października 2007 roku, w którym (...) wyraziła zgodę na przeprowadzenie prac związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań w jej budynkach po spełnieniu jednak następujących warunków przez S.:

- 1) zawarcia przez S. umowy (porozumienia) z (...) dot. świadczenia usług telekomunikacyjnych,
- 2) opracowania i przedłożenia do akceptacji dokumentacji technicznej,
- 3) zawarcia przez S. umowy z co najmniej 1 członkiem (...) w klatce schodowej danego budynku,
- 4) protokółarnego przejmowania frontu robót pod realizację zadania inwestycyjnego,

5) uzyskania zgody od (...) S.A. przez S. w zakresie sieci zewnętrznych na korzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej,

6) w zakresie przyłączy:

a) uzyskania przez S. zgody (...) S.A. na korzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej,

b) a w przypadku braku miejsca w istniejącej kanalizacji, zaprojektowania nowych przyłączy;

7) w zakresie robót wewnętrznych:

a) wykorzystania przez S. istniejącej sieci rozgałęznej (listwy PCV) po uprzednim uzgodnieniu z (...),

b) w przypadku braku miejsca w istniejących listwach PCV, zaprojektowania nowych pionów i rozgałęzień telekomunikacyjnych do mieszkań,

c) przeprowadzenia pionów w szachtach elektrycznych lub po klatce schodowej w listwach PCV,

d) zapewnienia takiej szerokości listew, aby pozostała rezerwa dla przyszłego operatora.

W sprawie warunków określonych w tymże piśmie, przedstawiciele S. i (...) spotkali się w dniu 16 października 2007 roku i w trakcie tego spotkania strony zajęły następujące stanowiska:

S.:

– odnośnie punktu 3 pisma (...) z dnia 4 października 2007 roku, tj. warunku zawarcia przez S. umowy z co najmniej 1 członkiem (...) w klatce schodowej danego budynku chce najpierw poprowadzić sieć wewnętrzną w budynkach, a dopiero później będzie zawierać umowy z mieszkańcami danego budynku. Odnośnie punktu 5, czyli wymogu uzyskania zgody od (...) S.A. w zakresie sieci zewnętrznych na korzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej będzie starał się porozumieć z (...) S.A. jednakże (...) nie może uzależniać swojej zgody od podjęcia współpracy przez S. z (...) S.A.

- chce budować własne sieci zewnętrzne i wewnętrzne.

(...): w przypadku nie osiągnięcia porozumienia pomiędzy S. z (...) S.A. (...) poda inne warunki na prowadzenie prac związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań w budynkach (...). (...) wycofała się z warunku z pkt 3 pisma z 4 października 2007 roku dotyczącego zawarcia umowy z co najmniej 1 mieszkańcem.

Prezes UOKiK ustalił na podstawie ustaleń ze spotkania z 16 października 2007 roku, że (...) jest przeciwna temu, aby każdy operator, który się zgłosi, budował swoje sieci, ponieważ jej zdaniem winna być wykorzystana dotychczasowa infrastruktura zarówno zewnętrzna, jak i wewnętrzna. Jeżeli w kanałach będących własnością (...) S.A. nie będzie miejsca na przewody S., to dopiero wtedy (...) opracuje nowe rozwiązanie. (...) zadeklarowała, że w celu wykorzystania istniejących elementów instalacji wystąpi do operatorów istniejących w budynkach maskownic w sprawie udostępnienia ich S.. S. nie wyraziła zgody na wykorzystywanie maskownic i kanałów zewnętrznych innych operatorów i podtrzymała stanowisko odnośnie budowy własnej instalacji zewnętrznej i wewnętrznej.

Dnia 16 października 2007r., pełnomocnik S. A. P. (1) (działający na podstawie pełnomocnictw z dnia 1 stycznia 2007 roku i 16 kwietnia 2008 roku), wystosował pismo 18 października 2007 roku do (...), zawierające pogląd, iż (...), jako podmiot administrujący nieruchomością lub właściciel nieruchomości, nie ma podstaw prawnych do uzależniania wydania zgody na przeprowadzenie prac przyłączeniowych od dokonania uzgodnień lub zawarcia umowy z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i w zakresie robót wewnętrznych, że (...), niezgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego, próbuje uzależnić zgodę na przyłączenie użytkowników końcowych, od zgody wykorzystania infrastruktury konkurencyjnego przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, że jedynym organem uprawnionym do

nakładania obowiązków polegających na współpracy konkurencyjnych operatorów jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w postępowaniu wszczynanym na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Jednocześnie S. przyznał, że władze (...) wycofały się na spotkaniu, które miało miejsce w dniu 16 października 2007 roku z wymogu zawarcia przez firmę (...) umowy z co najmniej 1 członkiem Spółdzielni w klatce schodowej danego budynku przed rozpoczęciem prac. Wezwał (...) do zawarcia umowy dotyczącej korzystania z nieruchomości będącej własnością (...) w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, zainteresowanym mieszkańcom, przyszłym abonentom.

(...) zakwestionowała upoważnienie A. P. do reprezentowania S.. W odpowiedzi na stanowisko (...) przedstawione w piśmie z 18 października 2007r. dnia 28 kwietnia 2008 roku S. ponownie wezwał (...) do zawarcia (w terminie 7 dni od dnia doręczenia pisma) umowy na podstawie art. 140 ustawy – Prawo telekomunikacyjne. S. przesłał 4 sierpnia 2008 roku do (...) projekt treści umowy wraz z oświadczeniem o możliwości podjęcia rozmów w celu opracowania ostatecznej wersji umowy. (...) zarzuciła niekompletność przesłanego projektu umowy. W celu ustalenia ostatecznej wersji umowy strony spotkały się 3 września 2008 r. Na spotkaniu ustalono rozwiązania związane z odpłatnością za energię elektryczną pobieraną przez operatora oraz kwestię rozwiązania umowy, a także wymogi co do porządku w miejscach prac oraz staranności i estetyki efektu końcowego prac instalacyjnych. Ustalono także zakres przestrzenny prowadzonych prac, który szczegółowo miał być określony poprzez wyliczenie w załączniku do umowy poszczególnych budynków stanowiących zasoby Spółdzielni.

Dnia 9 października 2008 roku (...) zawarła z S. umowę o korzystanie z nieruchomości w celu zainstalowania urządzeń i linii telekomunikacyjnych. W umowie tej strony uzgodniły wszelkie dotychczas sporne kwestie, (...) zrezygnowała też z pozostałych dwóch warunków w postaci: uzyskania zgody (...) S.A. na skorzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej w zakresie sieci zewnętrznych i przyłączy oraz uzgodnienia z (...) wykorzystania istniejącej sieci rozgałęźnej (listew PCV).

W toku postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK ustalił, że oferta złożona przez S. władzom (...) dotyczyła w pierwszej kolejności sieci, które miała być wybudowana na terenie miasta I.. Prezes UOKiK ustalił, że w zasobach mieszkaniowych (...) zlokalizowanych w I. usługi w zakresie telewizji kablowej i telefonii (...) świadczy jedynie (...), zaś w zakresie dostępu do (...) oraz dwóch operatorów rozprowadzających sygnał drogą radiową. W zakresie sieci zewnętrznych w I. jest jedna sieć podziemna należąca do (...) S.A. Ponadto są radiowe zewnętrzne sieci internetowe należące do (...) i (...). W zakresie przyłączy w I. przyłącza te posiadają (...) S.A. i (...). W zakresie wewnętrznych instalacji rozprowadzających w I. instalacje te posiadają (...) S.A. i (...). Ponadto Prezes UOKiK ustalił, że o zgodę na udostępnienie zasobów mieszkaniowych w celu wybudowania sieci telekomunikacyjnej (telewizja kablowa, Internet) występowali również inni następujący przedsiębiorcy:

- 1) „(...)” w I. - (Internet radiowy) – (...) udzieliła odpowiedzi negatywnej, argumentując, że usługi w tym zakresie są już świadczone na rzecz mieszkańców Spółdzielni przez innego operatora ,
- 2) (...) w I. - (Internet radiowy) – (...) udzieliła odpowiedzi negatywnej, argumentując również tym, że usługi w tym zakresie są już świadczone na rzecz mieszkańców Spółdzielni przez innego operatora,
- 3) PPHU (...) s.c. z siedzibą w K. - (Internet radiowy) - otrzymała wstępną zgodę, ale nie podjęła dalszych rozmów w tej sprawie,
- 4) (...) – prowadzono jedynie wstępne rozmowy telefoniczne.

(...) wniosła o:

1. dopuszczenie dowodu z zeznań R. S. – Zastępcy Prezesa i Zastępcy Dyrektora (...) jednocześnie, na następujące okoliczności:

- rozmów prowadzonych pomiędzy przedstawicielami (...) a S. dotyczących udostępniania zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez Spółdzielnię w celu świadczenia usługi telewizji kablowej, dokonanych między stronami ustaleń i powstałych rozbieżności, ich przyczyn;
- postępowania (...), którego celem nie było przeciwdziałanie „ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji” (art.9 ust. 2 pkt 5 uokik) na rynku świadczenia usług telewizji kablowej;
- racjonalności działania (...) w zakresie wykazania przez S. zainteresowania swoimi usługami przez co najmniej jednego członka (...) w klatce schodowej danego budynku;
- tego, iż warunki udostępniania S. zasobów zarządzanych przez (...) miały wyłącznie charakter wstępny i były elementem negocjacji zmierzających do zawarcia przez strony stosownej umowy;
- przyczyn nie zawarcia umowy pomiędzy (...) a S., o której mowa w art. 140 ustawy Prawo telekomunikacyjne (dalej PT) z winy S.;
- ilości i rodzaju operatorów telewizji kablowej i Internetu w zasobach mieszkaniowych pozostających w zarządzie (...), ich sieci zewnętrznych i wewnętrznych, za pomocą których przesyłany jest odpowiedni sygnał.

2. przeprowadzenie dowodu z zeznań:

- W. B. na okoliczność warunków, na jakich (...) świadczy usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- M. O. na okoliczność warunków, na jakich (...) świadczy usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- K. B. na okoliczność warunków, na jakich (...) usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- M. R. na okoliczność warunków, na jakich PPHU (...) świadczy usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- B. K. na okoliczność warunków, na jakich Towarzystwo (...) usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- J. K. (2) na okoliczność warunków, na jakich Towarzystwo (...) świadczy usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);
- K. P. na okoliczność warunków na jakich PPHU I (...) usługi telekomunikacyjne w zasobach mieszkaniowych zarządzanych przez (...);

Prezes UOKiK nie uwzględnił w/w wniosków dowodowych zgłoszonych przez (...). Prezes UOKiK uznał, że (...) nie sprecyzował wniosku, w jakim charakterze ma zostać przesłuchany p. R. S. (1) - członek zarządu Spółdzielni i w tym zakresie uznała ten wniosek za niezupełny. Jeżeli chodziło o złożenie zeznań przez p. R. S. w charakterze świadka, to zgodnie z art. 259 pkt 3 k.p.c., stosowanego poprzez regulację zawartą w art. 84 uokik, wniosek taki uznał za niedopuszczalny, albowiem świadkami nie mogą być przedstawiciele ustawowi stron oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej zdolność sądową. R. S. (1) będący członkiem zarządu (...), jest osobą, która mogłaby być przesłuchana w charakterze strony jako organ (...). Ponadto zdaniem Prezesa UOKiK okoliczności, na jakie miały zeznawać R. S. (również w charakterze strony) nie miały znaczenia dla oceny zachowania (...), gdyż nieważne są intencje, jakie przyświecały członkom władz Spółdzielni przy podejmowaniu decyzji o blokowaniu dostępu do rynku, ale skutek w postaci zakłócenia konkurencji na rynkach powiązanych. W ocenie Prezesa UOKiK okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy były jasne i nie było potrzeby

dopuszczania kolejnego dowodu dla wykazania okoliczności, które wprost wynikają z zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zakres okoliczności, na jakie miałyby zeznawać Pan S. w pełni pokrywa się treścią pism zgromadzonych w aktach sprawy. Z tego też względu, szczególnie w świetle treści art. 227 k.p.c., z którego wynika, iż przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie oraz wobec treści art. 299 k.p.c., który nakazuje organowi antymonopolowemu dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron jedynie w przypadku, gdy po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały nie wyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, w/w wniosek dowody został oddalony. Z uwagi na treść art. 227 k.p.c. Prezes UOKiK oddalił także wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań pozostałych osób, a stan faktyczny sprawy ustalili głównie na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy oraz na podstawie nagrania audio ze spotkania przedstawicieli (...) i S. z dnia 28 września 2007 r., które to dowody nie budziły wątpliwości organu antymonopolowego, albowiem ich tożsame wersje zostały złożone przez obie strony postępowania.

Prezes UOKiK uznał w decyzji, że działania (...) polegały na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania, bądź rozwoju konkurencji, o czym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, a ich celem i skutkiem było wyeliminowanie bądź ograniczenie konkurencji przede wszystkim na rynku świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych (dalej: rynek tvk), ale także na rynku dostępu do Internetu i telefonii (...). Prezes UOKiK stwierdził, iż zarówno grupę mieszkańców (...) potencjalnych klientów, a także potencjalnych operatorów tvk, Internetu i telefonii (...) którzy chcieliby świadczyć usługi w zasobach (...) należy zaliczyć do zbioru nieokreślonej liczby podmiotów i wobec tego skutki działania (...) sprzeczne z ustawą antymonopolową dotknęły szerokiego kręgu uczestników rynku. Prezes UOKiK ocenił, że przez okres ponad roku (od sierpnia 2007r do października 2008r.) władze (...) blokowały nowemu operatorowi, tj. S. wejście na rynek i możliwość zaproponowania klientom końcowym swoich usług.

Prezes UOKiK ocenił, że (...), będąc właścicielem zasobów mieszkaniowych na terenie I., prowadzi działalność polegającą na udostępnianiu posiadanych zasobów mieszkaniowych (podaż) innym przedsiębiorcom, którzy występując o jej zgodę (popyt), mogą na terenie ograniczonym zasięgiem zasobów mieszkaniowych Spółdzielni prowadzić działalność gospodarczą świadcząc konsumentom różnego rodzaju usługi, w tym z zakresu tvk, dostępu do Internetu i telefonii (...) (rynków powiązanych, na które może (...) oddziaływać pośrednio – określając panujące tam warunki konkurencji). Prezes UOKiK przyjął, że rynkiem właściwym jest w sprawie rynek usług świadczonych przez Spółdzielnię, w postaci udostępniania zasobów mieszkaniowych (...) (rynek produktowy) w celu umożliwienia operatorom telekomunikacyjnym instalowania urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzania linii kablowych pod, na, albo nad nieruchomością, oraz umieszczania tabliczek informacyjnych o urządzeniach, a także ich eksploatacji i konserwacji, w celu świadczenia usług tvk, dostępu do Internetu i telefonii (...) na rzecz mieszkańców zasobów (...), zlokalizowanych w I. na osiedlach: (...), (...), (...), (...), (...), (...) i (...) przy ulicach szczegółowo wymienionych.

Prezes UOKiK mając na względzie ustalenie, że (...) jest jedynym dysponentem nieruchomości znajdujących się w jej zasobach uznał, że na rynku udostępniania tych zasobów (...) w I. posiada 100% udział, co uzasadnia wniosek na podstawie art. 4 pkt 10 uokik, że (...) na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych posiada pozycję dominującą.

Prezes UOKiK ocenił, że (...) była zobowiązana do postępowania w negocjacjach z S. w zgodzie z przepisem art. 140 PT, który podaje jedyne przesłanki uzasadniające odmowę udzielenia zgody na korzystanie z nieruchomości. Stanowi on, że właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych, przeprowadzanie linii kablowych pod 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 roku o gospodarce nieruchomościami.

Prezes UOKiK przyjął, że przepis art. 140 PT wyraża 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 (...) operatorowi. Przepis ten nie określa 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. Ustala on przesłanki podmiotowe w zakresie osób uprawnionych i zobowiązanych do wskazanych tam działań oraz określa przedmiotowo, jakich instalacji dotyczy jego dyspozycja. Jedynym zaś ograniczeniem i niejako warunkiem działania operatora na nieruchomości właściciela lub użytkownika wieczystego jest zapewnienie racjonalnego korzystania z nieruchomości po zakończeniu prac. Od strony podmiotowej patrząc zobowiązanym jest właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości, uprawnieni zaś to operatorzy oraz podmioty, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 PT. (...) 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 chodzi o podmioty uprawnione do żądania zgody na wejście do zasobów, to krąg ten ograniczony jest do operatorów, czyli przedsiębiorców telekomunikacyjnych dostarczających publicznych sieci telekomunikacyjnych, do których, jak ustalono w toku postępowania, należy spółka (...). Prezes UOKiK stwierdził, iż analizowany przepis nakazuje 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.

Przesłanki zawarte w art. 139 i 140 Pt wyczerpują warunki, na jakich właściciel lub użytkownik wieczysty, jest obowiązany umożliwić innym operatorom dostęp do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej jak i 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. Prezes UOKiK ocenił, że (...) wymagało od S. spełnienia warunków, które nie znajdując uzasadnienia w żadnych regulacjach prawnych, doprowadziło to do zablokowania wejścia na rynek spółce S. od sierpnia 2007r. do października 2008 roku.

Prezes UOKiK ocenił, że (...) stosując wobec S., potencjalnego konkurenta (...), taktykę polegającą na wyrażeniu co do zasady zgody na świadczenie usług w zasobach (...), ale przy jednoczesnym ukształtowaniu warunków prowadzenia prac przygotowawczych, które w praktyce uniemożliwiały przeprowadzenie inwestycji, było nadużywaniem pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni, a w konsekwencji doprowadziło do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków zarzucanej praktyki na rynkach powiązanych.

Prezes UOKiK powołując się na art. 26 Pt przyjął, że S. była jedynie uprawniona do nawiązania współpracy ze spółką (...) czy też (...) S.A., a te dwie ostatnie miały obowiązek zawarcia umowy tylko w przypadku wystąpienia ze stosownym żądaniem ze strony S.. Żądania takie nie miały jednak miejsca, co Prezes UOKiK ustalił na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego i dlatego uznał, że skoro S. nie wystąpił do w/w operatorów na wykorzystanie istniejącej infrastruktury, nieuprawnione były w tym zakresie warunki stawiane przez (...). W ocenie organu, zachowanie (...) wskazywało na brak z jej strony woli współpracy z S. w omawianym zakresie, co uniemożliwiło stworzeniu nowemu operatorowi warunków niezbędnych do rozpoczęcia działalności.

Prezes UOKiK przyjął, że gdyby odmowa (...) nie była rzeczywista i dostęp dla S. do nieruchomości był zagwarantowany przez (...), to nie byłoby potrzeby wszczęcia postępowania administracyjnego. Ponadto Prezes UOKiK przyjął, że mimo jego wszczęcia (w dniu 25 marca 2008r.) (...) nadal jeszcze do października 2008r. nie odstępowała od swoich wymagań. Dopiero prowadzone postępowanie administracyjne i groźba nałożenia przez Prezesa UOKiK kary pieniężnej skłoniły w ocenie Prezesa UOKiK (...) do podpisania z S. umowy o korzystanie z nieruchomości. Powyższą ocenę potwierdzają następujące działania (...), które ujawniły się w toku postępowania, a które w konsekwencji doprowadziły do dalszego opóźnienia w rozpoczęciu prac instalacyjnych, a w konsekwencji wejście S. na rynek:

- kwestionowanie pełnomocnictwa A. P. (1) w trakcie wymiany korespondencji, mimo że działał on już w imieniu S. na spotkaniach, w których uczestniczyli członkowie władz (...) i jego umocowanie do działania w imieniu S. w ocenie

Prezesa UOKiK nie powinno budzić wątpliwości. A. P. (1) działał bowiem na podstawie pełnomocnictw z dnia 1 stycznia 2007 roku i 16 kwietnia 2008 roku (k. 201 i 202). Ponadto był uczestnikiem spotkań z 28 września i 16 października 2007 roku, które odbywały się z udziałem władz (...), kiedy to jego obecność oraz składane oświadczenia nie budziły wątpliwości drugiej strony. Ponadto władze (...) zostały poinformowane na tych spotkaniach, że korespondencję w imieniu S. będzie do (...) kierował A. P.. Wobec zatem braku informacji o odwołaniu pełnomocnictwa udzielonego A. P. (1) nie było powodów w ocenie Prezesa UOKiK, aby aktualność umocowania kwestionować.

- przewlekanie sprawy mimo dwukrotnego wezwania S. do zawarcia umowy o korzystanie z nieruchomości.
- analiza podczas spotkania w dniu 28 września 2007 roku oferty przedstawionej przez S., pod kątem atrakcyjności i porównanie z ofertą obecnego operatora (kwestia ta powinna pozostawać obojętną dla wyrażenia zgody na wejście nowego operatora, a ocena ofert pod względem ich atrakcyjności powinna należeć do konsumenta a nie (...)),
- stwierdzenie na spotkaniu w dniu 29 września 2007 roku przedstawiciela (...), że nie ma sensu wpuszczać do zasobów (...) operatora z mało atrakcyjną ofertą po to, aby za jakiś czas go z tych zasobów wyrzucić.

Prezes UOKiK uznał, iż działania (...) polegające na uzależnianiu wyrażenia zgody na wejście S. do zasobów mieszkaniowych (...) od wyjątkowo problematycznych dla konkurujących przedsiębiorców warunków, spowodowały istotne skutki antykonkurencyjne na rynkach powiązanych: świadczenia usług tvk, rynku dostaw Internetu i telefonii (...) w postaci ograniczenia swobody działalności gospodarczej w stosunku do nowego operatora i pozbawienia konsumentów możliwości wyboru konkurencyjnej oferty.

Wobec tego (...) nadużywała pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych Spółdzielni poprzez uzależnienie rozpoczęcia przez S. prac związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań w budynkach (...) od:

- 1) zawarcia przez S. umowy z co najmniej jednym członkiem Spółdzielni w klatce schodowej danego budynku,
- 2) uzyskania zgody (...) S.A. na skorzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej w zakresie sieci zewnętrznych i przyłączy,
- 3) uzgodnienia z (...) wykorzystania istniejącej sieci rozgałęznej (listew PCV).

Prezes UOKiK uznał za udowodnione okoliczności dopuszczenia się przez (...) praktyki określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 uokik i wobec tego uznał, że uzasadniają one nałożenie kary pieniężnej.

Nakładając karę pieniężną, Prezes Urzędu wziął pod uwagę że działanie (...) miało charakter umyślny (co najmniej zamiar ewentualny). Ustalone w decyzji zachowanie władz (...) w zakresie udostępniania zasobów mieszkaniowych uzasadniało wniosek, że (...) powinno co najmniej przewidywać możliwość wywołania skutków antykonkurencyjnych na rynkach powiązanych i na to się godziła. Przebieg negocjacji w sprawie zawarcia umowy o korzystanie z nieruchomości i argumenty podnoszone przez S. w ich toku musiały wywołać w świadomości władz (...) przekonanie lub chociażby uzasadnione podejrzenie o możliwości uznania tego zachowania jako naruszającego art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 uokik.

W ocenie Prezesa UOKiK (...) musiała mieć świadomość antykonkurencyjnych skutków podjętych działań względem konkurentów dotychczasowego jedynego operatora telewizji kablowej ((...)) oraz skutków w postaci naruszenia interesów konsumentów - mieszkańców (...) już w momencie rozpoczęcia rozmów. Na ten skutek wskazywał wówczas w pismach kierowanych do (...) pełnomocnik S.. Poza tym postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK powinno już skłonić członków władz (...) do zbadania ewentualnego ryzyka naruszenia zapisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W ocenie Prezesa UOKiK wyżej stwierdzone naruszenie zostało zakwalifikowane jako poważne. Praktyka (...) doprowadziła do istotnego ograniczenia konkurencji na rynkach powiązanych: usług tvk, dostępu do Internetu i

telefonii (...), całkowicie jej jednak nie wyłączając. Na tych rynkach działali także inni operatorzy ((...), (...), (...)) S.A., (...), (...) oraz P.P.H.U. (...)), oferujący usługi stanowiące substytuty dla usług oferowanych przez S. i (...). Konsumentom mogli zatem bez udziału (...) swobodnie z nich skorzystać, ponieważ doprowadzenie sygnału do poszczególnych mieszkań nie wymagało prac instalacyjnych w klatkach lub na gruntach (...). W rzeczywistości zatem działania (...) doprowadziły do istotnego ograniczenia konkurencji na rynkach powiązanych obejmujących geograficznie zasoby (...) w I..

W ocenie Prezesa UOKiK (...) z pełną determinacją nie dążyła do osiągnięcia bezsprzecznie antykonkurencyjnego skutku, a okoliczności sprawy wskazują, iż jej działaniem kierowały inne względy. Świadczy o tym stanowisko (...), że motywem jej działania był zamiar wykorzystania istniejących sieci i uniknięcie robót inwazyjnych w jej nieruchomościach. To w ocenie Prezesa UOKiK stanowi także przyznanie przez (...), że jej praktyki można ocenić jako naganne lub chociażby nieuzasadnione, mimo, że nie miały one bezpośrednio na celu wyeliminowanie przedsiębiorcy z rynku. Wskazują one na zbyt daleko posuniętą dbałość władz (...) o infrastrukturę będącą w jej zarządzie, wywołaną obawami o nieodwracalne jej zniszczenie, które to obawy należy ocenić jako nieproporcjonalne i brzemiennie w skutki na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Prezes UOKiK ocenił, że zachowania (...) w relacjach z S. mogą świadczyć o postawie motywowanej dobrymi intencjami, ale z pewnością także przekonaniem o własnym potencjale (jako jedynego dysponenta dóbr, o których użyczenie wnosi S.) i sile negocjacyjnej z tym związanej. (...) próbowała zatem przejąć kompetencje do podejmowania za konsumentów decyzji co do wyboru oferty. Objawiało się to np. w zastrzeżeniu, że w odniesieniu do pozostałych miejscowości (poza I.) (...) może określić inne warunki wstępne do realizacji świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz analiza podczas spotkania w dniu 28 września 2007 roku oferty przedstawionej przez S., pod kątem atrakcyjności i porównanie z ofertą obecnego operatora.

Z tych względów Prezes UOKiK przyjął, że (...), uzależniając zgodę na korzystanie przez S. z jej zasobów od uciążliwych w realizacji i nie znajdujących uzasadnienia w przepisach prawnych warunków, ograniczyła konkurencję na rynku tvk, dostępu do Internetu i telefonii (...), wywołując tym samym skutek zakazany w zapisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (naruszenie zasad konkurencji i interesów konsumentów). Prezes zauważył, iż działania te nie były wprost ukierunkowane na wywołanie takiego skutku, a były rezultatem, niczym nie uzasadnionego, błędnego pojmowania zasad konkurencji i roli, w jakiej powinien się odnaleźć (...) w tego typu negocjacjach z operatorem, stosując zapisy ustawy Prawo telekomunikacyjne.

W ocenie Prezesa UOKiK powyższe okoliczności uzasadniają określenie wyjściowy odsetek przychodu do dalszego obliczenia wysokości kary na 0,3 % (208.716,60 zł). Ponieważ wymiar kary pieniężnej nakładanej za stosowanie przez przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję powinien być uzależniony od wpływu stwierdzonego naruszenia na rynek, Prezes UOKiK rozważył, czy ustalona wyżej wartość kary powinna podlegać dalszej modyfikacji i wziął pod uwagę następujące okoliczności:

- mimo, że produkt w postaci, głównie, usług tvk jest dla konsumentów towarem istotnym, to jednak z uwagi na duże podobieństwa w ofercie programowej różnych operatorów, w szczególności w podstawowych pakietach, które są najpopularniejsze, grupa konsumentów - mieszkańców zasobów Spółdzielni w I. nie jest szczególnie wrażliwa na wprowadzenie na rynek oferty nowego operatora. Głównym, jeśli nie jedynym, w większości wypadków kryterium zmiany operatora jest cena oferowanych przez niego usług;
- rynek tvk i Internetu oraz związanej z nim usługi telefonii (...) nie jest zmonopolizowany, bowiem działają na nim także operatorzy cyfrowi i operatorzy Internetowi oferujący dostęp do sieci drogą radiową, którzy są w dużym stopniu niezależni od decyzji Spółdzielni. Z tego też względu ci operatorzy nie spotykają się z silnymi barierami wejścia na rynek, co poprzez możliwość skorzystania z substytucyjnych usług, rekompensuje potencjalnym konsumentom brak kolejnego operatora świadczącego usługi drogą kablową;

- brak przychodów z tytułu działalności związanej dostarczaniem Internetu i TV kablowej i w konsekwencji brak korzyści finansowych dla Spółdzielni wynikających ze stosowania praktyki.

Prezes UOKiK uznał, że z uwagi na specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy należy obniżyć kwotę bazową kary o 60% (83.486,64 zł).

Jeśli chodzi o okres stosowania praktyki, na którego potrzebę uwzględniania wskazuje wprost treść art. 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to tylko nieznacznie przekroczył on rok. Prezes UOKiK uznał zatem, że okres naruszenia nie powinien mieć wpływu na zwiększenie wysokości kary.

Ustalając wysokość nałożonej na (...) kary pieniężnej, Prezes UOKiK wziął również pod uwagę to, że w sprawie występują okoliczności łagodzące tj. zaniechanie stosowania praktyki, które w c i z tego względu Prezes Urzędu zdecydował się obniżyć kwotę bazową kary o 5 %, czyli o kwotę 4.174,33 zł do kwoty 79.312,31 zł.

Prezes UOKiK wziął pod uwagę także okoliczność uzasadniającą szczególne obniżenie kary, a mianowicie system finansowania działalności (...). Finansowanie to polega bowiem na czerpaniu przychodów głównie z czynszów płaconych przez mieszkańców zasobów (...). Przychody te nie mają zatem żadnego związku z działalnością w zakresie usług telekomunikacyjnych, z których Spółdzielnia nie czerpie przychodów. Wysokość kary, przy uwzględnieniu faktu, że (...) nie czerpie korzyści z zablokowania dostępu do rynku konkurenta (...), zdaniem Prezesa UOKiK nie powinna stanowić obciążenia, które zostanie przeniesione na mieszkańców Spółdzielni w postaci podwyżki czynszu, a winno się mieścić w niewielkiej części zysku, który Spółdzielnia wypracowała i może go przeznaczyć np. na pewne wydatki inwestycyjne. Z tego też względu, uwzględniając, że według zeznania podatkowego CIT-8 za 2008 rok przychód Spółdzielni wyniósł 69.572.202,72 zł, zaś zysk 1.990.147,23 zł, Prezes UOKiK zdecydował obniżyć szczególnie kwotę kary o 50% do kwoty 39.656,00 zł, co stanowi 0,05699 % przychodu przedsiębiorcy.

Od tej decyzji powódka (...) wniosła odwołanie, w którym wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości lub jej zmianę i stwierdzenie, że (...) nie ograniczała konkurencji i nie naruszyła zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik i w konsekwencji o uchylenie nałożonej kary pieniężnej.

Powódka podniosła w odwołaniu następujące zarzuty:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę decyzji, polegający na uznaniu, że działania (...) ograniczały konkurencję i naruszały zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik,
- 2) naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 140 ust. 2 Pt, poprzez jego błędną interpretację, polegającą na przyjęciu, że postanowienia umowy, o jakiej mowa w tym przepisie ograniczać się powinny wyłącznie do uregulowania korzystania z nieruchomości po zakończeniu prac instalacyjnych,
- 3) naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez błędną jego interpretację i w konsekwencji jego nieuzasadnione zastosowanie na skutek uznania, że działania (...) poprzedzające zawarcie z S. umowy miało na celu czy też stanowiło próbę osiągnięcia przez (...) skutku stanowiącego nadużycie w świetle art. 9 uokik, a polegających na utrudnianiu, opóźnianiu czy też na odmowie kontraktowania, podczas gdy działania te były obiektywnie uzasadnione,
- 4) naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 227, 236 i 299 k.p.c. w związku z art. 84 uokik poprzez nie wydanie stosownego postanowienia dowodowego, a w szczególności poprzez nieprzeprowadzenie dowodów z zeznań wskazanych świadków oraz R. S. (1) w charakterze strony i w konsekwencji niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powódka podtrzymała w odwołaniu wnioski dowodowe zgłoszone w postępowaniu administracyjnym, w szczególności wnioski dotyczące zeznań R. S. (1) i przesłuchanie go w charakterze strony przy czym nie sprecyzowała okoliczności, na które dowód ten miałby być przeprowadzony.

Powódka do pisma procesowego z 23 grudnia 2010 roku załączyła 22 dokumenty, które były złożone w toku postępowania administracyjnego na okoliczność że:

- S. nie był przygotowany do zawarcia z (...) umów (technicznie, organizacyjnie i finansowo),
- powódka była zainteresowana zawarciem umowy z podmiotem zidentyfikowanym odpowiednimi dokumentami (pełnomocnictwo, KRS, rejestr przedsiębiorców telekomunikacyjnych) uwzględniającej interesy obu stron.

Powódka w piśmie procesowym z 23 grudnia 2010 roku złożyła też wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony na w/w okoliczności R. S. oraz na okoliczność, że S. realizuje zawartą z (...) umowę przy wykorzystaniu kanałów (...) S.A.

Powódka na rozprawie 19 stycznia 2011 roku sprecyzowała też wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania R. S. na następujące okoliczności:

- negocjacji, które doprowadziły do zawarcia przez strony umowy o korzystanie z nieruchomości zarządzanych przez powoda w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych,
- S. wykorzystuje przy świadczeniu usług telekomunikacyjnych w zasobach mieszkaniowych powódki kanały (...) S.A.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem dnia 31 stycznia 2011 oddalił odwołanie i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 720 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło po dokonaniu przez Sąd Okręgowy następujących rozważań.

Sąd Okręgowy mając na względzie zarzuty, twierdzenia i wnioski zawarte przez powódkę w odwołaniu uznał, że zakres odwołania dotyczy procesu negocjacji przez (...) i S. zawarcia umowy pomiędzy w/w podmiotami w zakresie uregulowania wzajemnych ich praw i obowiązków o budowę infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomości stanowiącej własność będącej w zarządzie lub użytkowaniu powódki w celu świadczenia przez S. usług telekomunikacyjnych (np. telewizja, internet, telefon) na rzecz abonentów zamieszkujących w budynkach znajdujących się na nieruchomościach powódki w I..

Sąd Okręgowy wskazał, iż proces negocjacji w zakresie zawarcie umowy trwał od 17 sierpnia 2007 r. do 9 października 2008 r. i była to okoliczność niesporna w sprawie.

Sąd Okręgowy powołał się na art. 140 ust. 2 Pt, a obecnie art. 33 ust. 3 ustawy z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675), który stanowi, że warunki korzystania z nieruchomości ustala się w umowie, która powinna być zawarta w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez operatora z wnioskiem o jej zawarcie. Sąd Okręgowy wskazał, iż w niniejszej sprawie powódka nie kwestionuje czasu trwania negocjacji lecz zarzuca, że taki długi okres negocjacji ponad jeden rok był zawiniony przez S..

Zdaniem Sądu Okręgowego ten zarzut powódki nie znajdował potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Sąd I instancji uzasadniając ten pogląd ustalił, iż S. złożyła formalny wniosek do powódki o wyrażenie zgody na budowę sieci telekomunikacyjnej pismem z dnia 17 sierpnia 2007 r. (k.42 akt adm.), a powódka wcześniej wiedziała, że S. zamierza świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz mieszkańców na jej nieruchomościach, o czym świadczy pismo S. do powódki z 1 sierpnia 2007 r.(k.40), w którym S. wniosła o określenie przez powódkę warunków wybudowania sieci telekomunikacyjnej na nieruchomościach powódki. W dniu 28 września 2007 r. odbyło się spotkanie powódki i S. Przedmiotem tego spotkania było ustalenie warunków budowy przez S. sieci telekomunikacyjnej na nieruchomościach powódki. Na spotkaniu tym wyrażnie S. określiła swoje stanowisko, że „chce budować własne pioniki telekomunikacyjne” (k.92 akt adm.) i ma w tym zakresie doświadczenie. Na sugestię R. S. (Wice Prezesa powódki), że w przypadku miejsca w istniejących maskownicach S. powinna prowadzić swoje sieci wewnętrzne w tych pionach, S. zajął stanowisko, że nie wystąpi do operatora o zgodę na udostępnienie jego sieci, bo może to być powodem konfliktu pomiędzy nimi, a sieć będzie zbudowana na łączach światłowodowych, co zapewni

wysoką stabilność świadczonych usług. Na spotkaniu tym S. reprezentował między innymi A. P. (1) i Prezes Zarządu S., który oświadczył, że A. P. od tej pory będzie występował w imieniu spółki.

W ocenie Sądu Okręgowego w/w okoliczności sprawy tj. treść wniosku z 17 sierpnia 2007r., określenie przedmiotu spotkania 28 września 2007r. oraz określone na tym spotkaniu stanowisko S. uzasadniały wniosek, że korzystanie z nieruchomości powódki przez S. miało polegać na wybudowaniu przez nią własnej sieci telekomunikacyjnej i świadczeniu usług w oparciu o tę własną sieć telekomunikacyjną. To stanowisko S. zdaniem Sądu I Instancji było jasne, jednoznacznie wynikało bowiem z każdego dokumentu załączonego w postępowaniu rozpoczynającym negocjacje stron.

Dalszej kolejności Sąd Okręgowy ustalił, iż (...) w wykonaniu zobowiązania podjętego na spotkaniu 28 września 2007 r. przedstawiła w piśmie z 4 października 2007 r. (k. 43 akt adm.) swoje warunki, które określiła jako warunki dotyczące rozpoczęcia prac przez S. związane z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań w budynkach na terenie (...). Te warunki były następujące (pkt 3, 5, 6, 7 pisma z 4 października 2007r.):

3. zawarcie przez S. umów z co najmniej 1 członkiem (...) w klatce schodowej danego budynku,
5. uzyskanie przez S. w zakresie sieci zewnętrznych zgody (...) SA na korzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej,
6. uzyskanie przez S. w zakresie przyłączy zgody (...) SA na korzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej,
7. wykorzystanie przez S. w zakresie robót wewnętrznych istniejącej sieci rozgałęznej (listwy PCV) po uprzednim uzgodnieniu z (...) Sp. z o.o. w I..

W/w warunki zobowiązywały S. do uzyskania zezwolenia na korzystanie z infrastruktury operatorów działających na nieruchomościach powódki. Zdaniem Sądu Okręgowego takie warunki oznaczały stworzenie przeszkody S. do wejścia na rynek, gdyż operatorzy działający na nieruchomościach powódki to konkurenci S. i nie byli zainteresowani wejściem nowego operatora, a poza tym S. wyraźnie określiła na spotkaniu z powódką 28 września 2007 r., że uzyskiwanie zgody przez nią od dotychczasowego operatora na korzystanie z jego sieci będzie powodem do konfliktu.

Sąd Okręgowy wyraził pogląd, iż do wprowadzenia w/w warunków, tj. zobowiązanie S. do korzystania z infrastruktury już istniejącej należącej do jej konkurentów, nie daje podstawy art. 140 wówczas obowiązującego Pł, jak również art. 33 ustawy z 7 maja 2010 r. (którego treść jest taka sama) stanowiący, że właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości jest obowiązany umożliwić operatorom instalowanie na nieruchomości urządzeń telekomunikacyjnych i przeprowadzenie linii kablowych jeżeli nie uniemożliwia to racjonalnego korzystania z nieruchomości. Powołany przepis reguluje stosunki właściciela nieruchomości i nowych operatorów i nie daje możliwości właścicielowi nieruchomości do rozporządzania infrastrukturą telekomunikacyjną już istniejącą na jego nieruchomości, a w szczególności nie daje uprawnienia właścicielowi nieruchomości do decydowania, o tym by nowy operator uzyskiwał prawo do świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez infrastrukturę innego operatora w sytuacji, gdy nowy operator wyraźnie i jasno formułuje swoje żądanie wykonywania świadczeń telekomunikacyjnych za pośrednictwem wybudowanej przez siebie infrastruktury telekomunikacyjnej.

Sąd Okręgowy ustalił, iż w piśmie z 4 października 2007 r. (...) określiła też między innymi jeszcze warunek rozpoczęcia prac przez S. związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań na terenie (...) w celu zawarcia przez S. umowy z co najmniej jednym członkiem (...) w klatce schodowej danego budynku. Sąd Okręgowy stwierdził, iż tego rodzaju warunek (...) należało uznać za niedopuszczalny, stanowiący wyraźną przeszkodę dla S. do podjęcia usług telekomunikacyjnych, z którego to warunku powódka zrezygnowała (notatka ze spotkania z 16 października 2007 r. k. 44 akt adm.).

Sąd Okręgowy w dalszej części uzasadnienia ustalił, iż powódka i S. dalej spotykały się i prowadziły korespondencję na piśmie w sprawie zawarcia umowy. Powódka wyraźnie określiła swoje stanowisko, że „nie jest za tym, żeby każdy

operator, który się zgłosi, budował swoje sieci, lecz winny być wykorzystane dotychczasowe kanały istniejące. Dotyczyć to powinno zarówno sieci zewnętrznej jak i wewnętrznej, tam gdzie to możliwe należy wykorzystywać istniejące kanały i maskownice” (spotkanie stron 16 października 2007 r. k. 44 akt adm.) i to stanowisko powódka podtrzymywała. S. nie zgadzała się z tym stanowiskiem powódki (pismo z 18 października 2007 r. K 45 akt adm.) i wniosła o zawarcie umowy. Powódka wówczas zakwestionowała upoważnienie A. P., który podpisał pismo z 18 października 2007 r., zażądała wykazywania, że S. jest uprawniona do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej (K 47 akt adm. pismo z 5 listopada 2007 r.).

Dalsze ustalenia Sądu Okręgowego to, iż pismem z 2 listopada 2007 r. Prezes UOKiK został zawiadomiony o odmowie powódki udostępnienia nieruchomości S. świadczenia usług telekomunikacyjnych. W dniu 25 marca 2008 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe p – ko powódce w związku z podejrzeniem stosowania praktyk ograniczających konkurencję polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych powódki poprzez uzależnienie rozpoczęcia przez S. prac związanych z doprowadzeniem sygnału telewizyjnego i internetowego do mieszkań w budynkach powódki od:

- zawarcia przez S. umowy z co najmniej jednym członkiem Spółdzielni w klatce schodowej budynku,
- uzyskania zgody (...) SA na korzystanie z istniejącej kanalizacji komunikacyjnej w zakresie sieci zewnętrznej i przyłączy,
- uzgodnienia z (...) SA wykorzystania istniejącej sieci rozgałęźnej (listew PCV),

co może stanowić praktykę określoną w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (ze zmianą postanowieniem z 7.01.2009 r. k. 292 akt adm.)

Następnie S. ponowiła żądanie zawarcia umowy (pismo z 28 lutego 2008 r. k. 179 akt adm.). Powódka zażądała (w odpowiedzi) przedstawienia projektu umowy (pismo z 27 maja 2008 r. K 190 akt adm.). S. przedstawiła projekt umowy (pismo z 29 lipca 2008 r. k. 256 akt adm.) i 3 września 2008 r. (k. 263 akt adm.) odbyło się spotkanie stron, na którym uzgodniono ostateczne warunki umowy i zobowiązano S. do przedłożenia projektu umowy. Dnia 16 września 2008 r. (k. 265 akt adm.) S. przedstawiła powódce projekt umowy dnia 25 września 2008 r. (k. 268 akt adm.) powódka przedstawiła projekt umowy zawierającej jej propozycje, a 3 października 2008 r. (k. 273 akt adm.) S. zaakceptowała projekt umowy powódki. W dniu 9 października 2008 r. (k. 285 i k. 296 akt adm.) została podpisana umowa pomiędzy powódką i S. w zakresie wzajemnych praw i obowiązków właściciela i zarządcy nieruchomości i przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego w zakresie budowy infrastruktury telekomunikacyjnej na nieruchomościach powódki. Przebieg dalszego postępowania negocjacji (po wszczęciu postępowania antymonopolowego tj. po 25 marca 2008 r.) był już szybki i doprowadził do zawarcia umowy.

Na podstawie wyżej przedstawionych okoliczności Sąd Okręgowy przyjął, że pod koniec roku 2007 strony określiły swoje stanowiska i stanowiska te podtrzymywały. Powódka odmawiała zawarcia umowy mimo ponowienia przez S. wniosku o zawarcie umowy (wniosek S. z 18 października 2007r.). W tej sytuacji nie można przypisywać opóźnienia w postępowaniu negocjacyjnym S., który w takiej sytuacji oczekiwał na podjęcie działań Prezesa UOKiK, a który został zawiadomiony o odmowie powódki zawarcia z S. umowy pismem z 2 listopada 2007r.

Sąd Okręgowy wywiódł, iż Prezes UOKiK wszczął postępowanie antymonopolowe przeciwko powódce (postanowienie z 25 marca 2008r. k.104 akt adm.) i wskazał, że zachodzi podejrzenie stosowania przez powódkę konkretnych, niedozwolonych praktyk ograniczających konkurencję w trakcie postępowania negocjacyjnego zawarcia umowy z S. i dopiero wówczas proces negocjacyjny nastąpił faktycznie i zakończył się zawarciem umowy. W ocenie Sądu Okręgowego to powódka opóźniła postępowanie negocjacyjne w sprawie zawarcia umowy z S. na wybudowanie przez niego na jej nieruchomości sieci telekomunikacyjnej umożliwiającej świadczenie usług telekomunikacyjnych. Opóźniła zatem też wejście na w/w rynki powiązane S., czyli nowemu operatorowi telekomunikacyjnemu i stworzenie

konkurencji dla dotychczas jedyne go operatora telekomunikacyjnego na tych warunkach (np. rynku telewizji (...) Sp. z o.o.).

W ocenie Sądu I instancji, powódka działająca na rynku udostępniania zasobów mieszkaniowych miała tak silną pozycję na tym rynku, że tą siłą mogła i oddziaływała w sposób skuteczny na rynki powiązane z w/w rynkiem tj. rynki świadczenia usług dostępu do Internetu, telefonii (...). Tego rodzaju zachowanie powódki wymagało zatem interwencji Prezesa UOKiK i zasadnie Prezes UOKiK ocenił, że w sprawie naruszony został zakaz nadużywania pozycji dominującej przez powódkę określony w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, iż oddalił wniosek powódki zgłoszony w toku postępowania administracyjnego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony R. S. (1) na okoliczności:

- rozmów prowadzonych pomiędzy przedstawicielami Spółdzielni a firmą (...) dotyczących udostępnienia zasobów mieszkaniowych zarządzanych przez Spółdzielnię w celu świadczenia usług telewizji kablowej, dokonanych między stronami ustaleń i powstałych rozbieżności, ich przyczyn;

- postępowania (...), którego celem było przeciwdziałanie „ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania lub rozwoju konkurencji” (art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik) na rynku świadczenia usług telewizji kablowej. Postępowanie to, polegające m.in. na wskazaniu wstępnych warunków udostępnienia firmie (...) terenów i budynków zewnętrznych przez Spółdzielnię, miało wyłącznie na celu zminimalizowanie mogących powstać ubocznych i niekorzystnych dla tych terenów i budynków efektów spowodowanych ewentualnymi robotami budowlanymi (na gruntach i w budynkach), podczas gdy możliwe byłoby wykorzystanie istniejącej już infrastruktury telekomunikacyjnej na podstawie dostępu telekomunikacyjnego określonego w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Pt;

- racjonalności działania Spółdzielni, w zakresie wykazania przez firmę (...) zainteresowania swoimi usługami przez, co najmniej jednego członka Spółdzielni w klatce schodowej danego budynku;

- warunki udostępnienia S. zasobów zarządzanych przez Spółdzielnię miały wyłącznie charakter wstępny i były elementem negocjacji zmierzających do zawarcia przez strony stosownej umowy;

- przyczyn nie zawarcia pomiędzy (...) a S. umowy, o której mowa w art. 140 Pt z winy S.;

- ilości i rodzaju operatorów telewizji (...) w zasobach mieszkaniowych pozostających w zarządzie Spółdzielni, ich sieci zewnętrznych i wewnętrznych, za pomocą których przesyłany jest odpowiedni sygnał.

Sąd Okręgowy uznał w/w wniosek za niezasadny albowiem przedłożone do akt postępowania administracyjnego dowody z dokumentów umożliwiły ustalenie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w toku również postępowania sądowego. Z tych względów Sąd Okręgowy nie uwzględnił również wniosku powódki o przesłuchanie R. S. na okoliczności sprecyzowane ostatecznie na rozprawie 19 stycznia 2011 roku.

Sąd Okręgowy podkreślił, iż okoliczność, na jakich warunkach została zawarta umowa pomiędzy S. i (...) nie ma wpływu na ocenę okoliczności faktycznych ustalonych w trakcie procesu negocjacji tej umowy. Przedmiotem bowiem ustaleń i ocen w sprawie była kwestia, czy działania powódki w czasie procesu negocjacji spowodowały zakłócenie warunków konkurencji na rynkach powiązanych z rynkiem, na którym powódka posiadała pozycję dominującą.

Z tych względów i na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił odwołanie. Jako podstawę orzeczenia o kosztach postępowania wskazał art. 98 k.p.c.

Powód wniósł apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie zaskarżając go w całości. Wyrokowi temu zarzucił:

1/ błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegające na:

- uznaniu, że działania powoda ograniczały konkurencję i naruszyły zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik,
- uznaniu, że powód odmawiał zawarcia umowy z firmą (...),
- uznaniu, że powód opóźniał postępowanie negocjacyjne w sprawie zawarcia umowy z S. na wybudowanie sieci telekomunikacyjnej, a tym samym, że powód opóźnił wejście tej firmy na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz stwarzał jej przeszkody do wejścia na ten rynek,
- uznaniu, że powód „rozporządzał” infrastrukturą telekomunikacyjną już istniejącą na jego nieruchomościach oraz „decydował”, aby S. uzyskiwała prawo do świadczenia usług telekomunikacyjnych poprzez infrastrukturę innego operatora,
- uznaniu, że pismem z dnia 18.10.2007 r. S. wniosła do powoda o zawarcie umowy, podczas gdy autorem pisma podpisanego przez A. P. (1) była firma (...), (...) sp. z o. o., która do chwili obecnej nie wykazała przed powodem, aby miała stosowne upoważnienie od S.,

2/ naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 140 ust. 1 i 2 Pt, obecnie art. 33 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, w związku z art. 353¹ k. c., poprzez ich błędną interpretację, polegającą na przyjęciu, że powód zobowiązany był na bezwarunkowe (nie swobodne), nawet z naruszeniem racjonalnego korzystania z nieruchomości, zawarcie umowy z S. w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez tego operatora o jej zawarcie i to wyłącznie według żądań przedstawionych przez tego operatora,

3/ naruszenie prawa materialnego, mianowicie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez błędną jego interpretację i w konsekwencji jego nieuzasadnione zastosowanie na skutek uznania, że działania powoda, poprzedzające zawarcie z S. umowy miało na celu, czy też stanowiło próbę osiągnięcia przez powoda skutku stanowiącego nadużycie w świetle art. 9 uokik, a które miałyby polegać na utrudnianiu, opóźnianiu, czy też odmowie kontraktowania,

4/ naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 227, 299 i 479^(14b) k.p.c., poprzez oddalenie wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z zeznań R. S. (1) w charakterze strony i w konsekwencji nie wyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy,

5/ naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 277 k.p.c., poprzez oddalenie wniosku powoda o zwrócenie się przez sąd do (...) SA z pytaniem, czy S. w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych mieszkańcom budynków zarządzanych przez powoda korzysta z kanałów (...) SA.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o:

1/ zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu powoda z dnia 7.09.2009 r. , tj. uchylenie w całości decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 24.08.2009 r. lub jej zmianę i orzeczenie, że powód nie naruszył zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik i w konsekwencji uchylenie nałożonej na powoda kary pieniężnej, ewentualnie o:

2/ uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a nadto o:

3/ zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jest bezzasadna, a zawarte w niej zarzuty są nietrafne bądź nie mają znaczenia dla rozpoznania apelacji. Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia i rozważania Sądu Okręgowego zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i

uznaje je za własne. W związku z powyższym nie widzi konieczności ich powtarzania w niniejszym uzasadnieniu (por. wyrok SN z 2011-0303, II UK 133/10, LEX nr 852556, w którym Sąd ten m. in. wywiódł, iż w przypadku, gdy sąd odwoławczy oddalając apelację orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji, nie musi powtarzać dokonanych ustaleń i rozważań w zakresie oceny dowodów. Wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne). Dodatkowo zatem jedynie Sąd II instancji podnosi, co następuje.

W ocenie Sądu Apelacyjnego problem „wziął się” z niezrozumienia przez władze spółdzielni tego, iż to przepis art. 140 Pt, a nie umowa tj. następcza czynność prawna pomiędzy operatorem a właścicielem nieruchomości wprowadza uprawnienie dla operatora do żądania udostępnienia mu nieruchomości i jednocześnie obowiązek właściciela takiegoż udostępnienia operatorowi nieruchomości. Wolą ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku znoszenia przez władających nieruchomościami działań operatora prowadzących do udostępnienia usług telekomunikacyjnych osobom korzystającym z danej nieruchomości. Charakter prawny tego obowiązku jest taki sam, jak obowiązków właścicieli wynikających np. z przepisów art. 142 k.c. lub art. 149 k.c. Z powyższego wynika, że przepisy prawa telekomunikacyjnego nakładały na powodową spółdzielnię obowiązek znoszenia ingerencji operatora w sferę jej własności, stanowiąc odpowiednik uprawnienia operatora publicznego do korzystania z nieruchomości spółdzielni w granicach określonych prawem. Zatem to nie umowa stanowić miała źródło i podstawę do korzystania przez operatora z nieruchomości, lecz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, co pozostaje w zgodzie z przepisami art. 140 k.c., według których właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego – w tym przypadku takie granice wyznaczane były przez regulacje Prawa telekomunikacyjnego – art. 140 Pt, obecnie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych – art. 33 ust. 1 i 3). Przepis art. 140 ust. 2 Pt brzmiał: „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”. Nie ulega zatem wątpliwości, że umowa pomiędzy dysponentem nieruchomości a operatorem miała określać warunki korzystania przez operatora telekomunikacyjnego z nieruchomości, lecz sama w sobie nie stanowiła źródła jego uprawnienia do korzystania z nieruchomości. Powodowa spółdzielnia nie chciała wykonać dobrowolnie tego obowiązku stawiając zbędne warunki (tj. wymóg zawarcia umowy z co najmniej jednym członkiem spółdzielni w klatce schodowej danego budynku, uzyskanie zgody (...) SA na skorzystanie z istniejącej kanalizacji telekomunikacyjnej, czy uzgodnienia z (...) SA wykorzystania istniejącej sieci rozgąłęzień), co było zasadniczym powodem niezawarcia umowy przez strony w terminie 30 dniowym przewidzianym ustawą i gdyby nie interwencja Prezesa Urzędu prawdopodobnie do zawarcia umowy by nie doszło.

Wbrew temu co wywodzi skarżący Prezes Urzędu nie kwestionuje możliwości prowadzenia przez Spółdzielnię negocjacji z operatorem, lecz kwestionuje przedmiot tych negocjacji. Ich przedmiotem mogły być jedynie warunki korzystania przez operatora z cudzej nieruchomości – tj. określenie dozwolonych czynności uprawnionego operatora w zakresie budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej na nieruchomości spółdzielni, a co za tym idzie – odpowiadający temu zakres obowiązku znoszenia tych czynności przez właściciela nieruchomości. Natomiast przedmiotem negocjacji nie mogło być ustalenie relacji S. z innymi operatorami działającymi na terenie spółdzielni oraz samo uprawnienie do korzystania z nieruchomości przez operatora, gdyż takie uprawnienie wynika wprost z ustawy. Gdyby ustawodawca miał inny zamiar, wówczas użyłby zwrotu „korzystanie z nieruchomości może odbywać się (lub odbywa się) na podstawie umowy” i nie wprowadzałby obowiązku zawarcia umowy przez właściciela nieruchomości. Budowa normy art. 140 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pt i aktualnego art. 33 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych w sposób niebudzący wątpliwości kreuje prawo podmiotowe dla operatora. Nie istnieje zatem „możliwość” korzystania z nieruchomości przez operatora, lecz „normatywne uprawnienie” do korzystania z niej, nie istnieje „dobrowolność” w udostępnianiu nieruchomości przez właściciela, lecz „ustawowy obowiązek” jej udostępnienia uprawnionemu operatorowi.

Powodowa spółdzielnia, jak wynika w szczególności z treści nagrań audio z dnia 28 września 2007 r. rozważała to, czy w ogóle „wpuścić” na teren spółdzielni nowego operatora, oceniła jego ofertę nie pod kątem uzgodnienia warunków wejścia tego opereta na nieruchomości spółdzielni, lecz pod kątem atrakcyjności jego oferty w porównaniu z dotychczasową ofertą M., to władze spółdzielni próbowały bez udziału członków spółdzielni – ewentualnych

abonentów nowego operatora oceniać czy zezwolić temu operatorowi na faktyczne wejście na teren spółdzielni z jego ofertą. Natomiast w świetle obowiązujących przepisów prawa zgoda spółdzielni na działanie operatora w jej zasobach dotyczy nie tyle samego uprawnienia do korzystania z jej zasobów w granicach określonych przez prawo – bo to uprawnienie operatora wynika już bezpośrednio z przepisów prawa, ile określenia szczegółowych warunków korzystania z nieruchomości tj. sposobu prowadzenia prac, zasad wstępu na nieruchomość, innych praktycznych aspektów współpracy – w pewnych sytuacjach również kwestii odpłatności za korzystanie z nieruchomości, jeżeli nie zachodzą ustawowo określone okoliczności wyłączające odpłatność takiego korzystania.

Takie rozwiązania prawne są zgodne z wolą ustawodawcy w zakresie celów i skutków ich wprowadzenia (art. 1 ust. 2 pkt 1 Pt) tj. tworzenia warunków dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Dotyczy to w szczególności zapewnienia abonentom wyboru dostawcy usług telekomunikacyjnych, co musi się wiązać z różnorodnością sieci w ramach jednej nieruchomości, rozwoju i wykorzystania nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej, zapewnienia użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości usług telekomunikacyjnych – co może zostać osiągnięte wyłącznie przy odpowiednim nasyceniu infrastrukturą telekomunikacyjną, doprowadzaną do użytkowników końcowych, dzięki czemu powstanie możliwość zapewnienia konkurencyjności ofert jako najlepszego, naturalnego regulatora cen i jakości usług telekomunikacyjnych (por. glosa Adama Jucewicza do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20.10.2004 r., I ACa 1609/03) .

Oczywiście trzeba przyznać, iż regulacja z art. 140 Pt nie była jednoznaczna, gdyż ustawa ta nie zdefiniowała tego, co należy rozumieć pod pojęciem racjonalnego korzystania z nieruchomości. Kwestia ta została bardziej rozwinięta w odpowiedniku art. 140 Pt tj. w art. 33 ustawy o rozwoju usług i sieci komunikacyjnej, który wskazuje jako przykład sytuacji, w której ta racjonalność korzystania z nieruchomości mogłaby być naruszona tj. sytuację, istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości. Zdaniem Sądu Apelacyjnego przy rozsądnym odczytaniu w/w regulacji i jej zastosowaniu z punktu widzenia celu tej regulacji oraz jej społeczno-gospodarczego przeznaczenia należy uznać, iż działania spółki (...) stanowiłyby jedynie mało inwazyjne prace na powierzchni ścian klatek schodowych i całkowicie zakryte prace ziemne. Nie można zatem mówić, że wykonanie instalacji mogłoby spowodować jakiegokolwiek zmniejszenie wartości nieruchomości, ani doprowadzić do jakichkolwiek istotnych zmian nieruchomości, które mogłyby spowodować brak możliwości racjonalnego z nich korzystania czy to w trakcie prac montażowych, czy też po ich zakończeniu.

Z powyższych względów nietrafny jest zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, obecnie art. 33 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, w związku z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ich błędną interpretację, polegającą na przyjęciu, że powód zobowiązany był na bezwarunkowe (nie swobodne), nawet z naruszeniem racjonalnego korzystania z nieruchomości, zawarcie umowy z S. w terminie 30 dni od dnia wystąpienia przez tego operatora o jej zawarcie i to wyłącznie według żądań przedstawionych przez tego operatora.

W ocenie Sądu Apelacyjnego do nie zawarcia umowy w ustawowym 30 dniowym terminie doszło ewidentnie z powodu niewłaściwego zachowania się władz spółdzielni, która w początkowej fazie negocjacji stawiała firmie (...) różnego rodzaju warunki, które były nieuzasadnione w świetle obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności nie miały one związku z dbaniem o to, aby nie doszło do naruszeniem racjonalnego korzystania z nieruchomości. O tym, że tak jest świadczy m. in. to, iż ostatecznie umowa została zawarta przez (...) z firmą S. bez zamieszczenia w jej treści warunków stawianych przez (...) operatorowi w trakcie negocjacji.

Spółdzielnia nie wykazała, a w zasadzie nie twierdziła nawet w odwołaniu, iż stawianie S. warunków, o jakich mowa w punkcie I ppkt 1, 2 i 3 zaskarżonej decyzji i w ostateczności nie zawarcie umowy w terminie 30 dni wynikało z tego powodu, iż zawarcie umowy mogło doprowadzić do naruszenia racjonalnego korzystania z nieruchomości, a w każdym razie z pewnością nie wskazała w czym miałyby przejawiać się to nieracjonalne korzystanie z nieruchomości w sytuacji, gdyby (...) zrezygnowała ze stawianych firmie S. warunków.

Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 479¹² k.p.c. odwołanie, podobnie jak pozew, w sprawie gospodarczej, powinno zawierać wszystkie twierdzenia i dowody na ich poparcie pod rygorem ich pominięcia w przypadku późniejszego ich zgłoszenia. W odwołaniu spółdzielnia kwestionowała przede wszystkim to, że to z winy S. zawarcie umowy przedłużyło się w czasie. Natomiast odnośnie warunków stawianych przez spółdzielnię, a niezaakceptowanych przez S., wyjaśniła ogólnikowo, iż wynikały one wyłącznie z ustawowej dbałości zarządu Spółdzielni o zarządzanie nieruchomością wynikającej z art. 1 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych. W tej kwestii podniosła także, iż stanowisko Prezesa Urzędu, iż art. 140 ust. 2 Pt wyklucza jakiegokolwiek negocjacje poprzedzające zawarcie umowy i sugeruje bezdyskusyjne przyjęcie przez spółdzielnię warunków operatora, co stoi w sprzeczności z art. 140 ust. 2 Pt i art. 351³ k.c. Ponadto spółdzielnia podkreśliła także to, iż Prezes Urzędu w żaden sposób nie uzasadnił poglądu jakoby warunki korzystania z nieruchomości dotyczyły wyłącznie okresu po zakończeniu prac instalacyjnych, a w ocenie spółdzielni dotyczą one również korzystania z nieruchomości w trakcie wykonywania prac instalacyjnych. W ocenie spółdzielni podmiot wykonujący prace instalacyjne także odpowiednio korzysta z tej nieruchomości. Jako dowód na powyższe spółdzielnia powołała niekwestionowaną przez Prezesa Urzędu co do treści umowę z dnia 9.10.2008 r. regulującą korzystanie z nieruchomości zarządzanych przez Spółdzielnię w okresie prac instalacyjnych jak i po ich wykonaniu. Podniosła, iż warunki, o których mowa w punkcie I. 1,2, 3 zaskarżonej decyzji miały wyłącznie charakter wyjściowy i podlegały negocjowaniu.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, iż argumenty te nie mogą przesądzić o zasadności odwołania. Powoływany przez spółdzielnię art. 1 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych stanowi w szczególności o tym, co jest celem spółdzielni mieszkaniowej tj. że jest nim 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. Przepis ten także wskazuje na to, co może być przedmiotem działalności spółdzielni tj. budowanie lub nabywanie budynków w celu ustanowienia na rzecz członków spółdzielczych lokatorskich praw do znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych, budowanie lub nabywanie budynków w celu ustanowienia na rzecz członków odrębnej własności znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych lub lokali o innym przeznaczeniu, a także ułamkowego udziału we współwłasności w garażach wielostanowiskowych, budowanie lub nabywanie domów jednorodzinnych w celu przeniesienia na rzecz członków własności tych domów, udzielanie pomocy członkom w budowie przez nich budynków mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, budowanie lub nabywanie budynków w celu wynajmowania lub sprzedaży znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych lub lokali o innym przeznaczeniu. Powyższe zapisy zawarte są w ust. 1 i 2 w/w przepisu i nie mają związku z przedmiotową sprawą. Jedynym zapisem art. 1 w/w ustawy, który mógł mieć powód na myśli powołując się w odwołaniu na art. 1 w/w ustawy może być zatem ust. 3 art. 1 w/w ustawy stanowiący, iż spółdzielnia ma obowiązek zarządzania nieruchomościami stanowiącymi jej mienie lub nabyte na podstawie ustawy mienie jej członków. Artykuł 1 ust. 3 czyni ze spółdzielni mieszkaniowej instytucjonalnego zarządcę nieruchomości, który zarządza nieruchomościami swoimi i swoich członków z obowiązku nałożonego ustawą. Działalność spółdzielni mieszkaniowej w zakresie zarządzania nieruchomościami stanowiącymi jej mienie i nabyte na podstawie ustawy mienie jej członków jest obligatoryjną działalnością gospodarczą takiej spółdzielni (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2006 r., III CZP 21/02, Monitor Prawniczy z 2002 r., Nr 18, s. 851). W różnych sprawach dotyczących takiego zarządu spółdzielnia będzie więc traktowana jak przedsiębiorca (por. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 r., II CK 374/02, LEX, nr 74417). W ocenie Sądu Apelacyjnego w ramach tego zarządzania zarząd spółdzielni powinien zapoznawać się z aktualnymi przepisami, które na to zarządzanie mogą mieć wpływ. Jednymi z takich przepisów były Prawo telekomunikacyjne w tym art. 140 Pt oraz Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w tym art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zachowanie się członków zarządu spółdzielni, o czym w szczególności świadczy treść nagrania audio ze spotkania przedstawicieli (...) i S. z dnia 28 września 2007 r. świadczy, iż przepisy te nie były znane członkom władz spółdzielni w tym czasie albo nie potrafili oni ich w należyty sposób zinterpretować lub też świadomie je lekceważyli w tylko sobie znanym celu. Należy też podkreślić, iż A. P. wystosował do (...) pismo 18 października 2007 roku zawierające pogląd, iż (...), jako podmiot administrujący nieruchomością lub właściciel nieruchomości, nie ma podstaw prawnych do uzależniania wydania zgody na przeprowadzenie prac przyłączeniowych od dokonania uzgodnień lub zawarcia umowy z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i w

zakresie robót wewnętrznych, że (...), niezgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego, próbuje uzależnić zgodę na przyłączenie użytkowników końcowych, od zgody wykorzystania infrastruktury konkurencyjnego przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, że jedynym organem uprawnionym do nakładania obowiązków polegających na współpracy konkurencyjnych operatorów jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, w postępowaniu wszczynanym na wniosek innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W piśmie tym zostały wskazane stosowne przepisy prawa, które to stanowisko uzasadniały. Od doręczenia spółdzielni tego pisma tj. od dnia 29.10.2007 r. (k. 45 akt adm.) spółdzielnia znane już musiały być z pewnością przepisy prawa telekomunikacyjnego, w tym powołany w piśmie art. 140 Pt. Z tego względu, co najmniej od daty otrzymania tego pisma władze (...) powinny były zdać sobie sprawę z tego, iż jej działania są niezgodne z przepisami prawa. Z tego względu stanowisko (...), że motywem jej działania był zamiar wykorzystania istniejących sieci i uniknięcie robót inwazyjnych w jej nieruchomościach, nie mógł usprawiedliwiać jej działań. Praktykę stosowaną przez spółdzielnię, jeśliby nawet przyjąć, iż chodziło wyłącznie o dbałość władz (...) o infrastrukturę będącą w jej zarządzie, o obawy o nieodwracalne jej zniszczenie w trakcie prac montażowych, należy ocenić jako nieproporcjonalną i brzemienną w skutki na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i ostatecznie jako nie znajdującą logicznego usprawiedliwienia. Trafnie Prezes UOKiK ocenił, że zachowania (...) w relacjach z S. mogą świadczyć o postawie motywowanej nie tylko dobrymi intencjami, ale z pewnością także przekonaniem o własnym potencjale jako jedynego dysponenta dóbr, o których użyczenie wnosi S. i sile negocjacyjnej z tym związanej i wyrażające się tym, iż (...) próbowała przejąć kompetencje do podejmowania za konsumentów decyzji co do wyboru oferty (świadczy o tym zwłaszcza analiza oferty przedstawionej przez S. pod kątem jej atrakcyjności i porównanie jej z ofertą obecnego operatora w czasie przebiegu spotkania z dnia 28 września 2007 r.).

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia zaskarżonym wyrokiem art. 353¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Pomijając już, że - ściśle rzecz biorąc - wymieniony przepis wyraża zasadę swobodnego kształtowania treści umowy, nie zaś swobody zawarcia umowy, należy stwierdzić, że nawet przy przyjęciu szerokiego znaczenia art. 353¹ k.c. wyrażona w nim swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy nie ma charakteru bezwzględnego. Zgodnie bowiem z treścią art. 353¹ k.c. wyrażona w nim zasada doznaje ograniczenia jeśli przewiduje to m.in. ustawa szczegółowa. Przypadki tego rodzaju w polskim ustawodawstwie nie należą do rzadkości. Wystarczy wskazać przykładowo na znowelizowany od dnia 15 lutego 2000 r. art. 207 ustawy o gospodarce nieruchomościami, a ponadto - art. 5 uokik, art. 140 i 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U.10.113.759 j.t.), art. 31 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U.06.123.858 j.t.). Wskazane przepisy przewidują obowiązek zawarcia umowy w razie spełnienia określonych przesłanek względnie obowiązek ułożenia stosunku umownego w oznaczony sposób przez co stanowią wyraz ograniczenia zasady swobody umów.

Zakaz praktyk ograniczających konkurencję wynikający z art. 9 uokik także stanowi właśnie takie ustawowe ograniczenie swobody umów gwarantowanej w art. 353³ k.c. Mało tego w dziale II znajdują się również jedyne w uokik przepisy cywilnoprawne - są to art. 6 ust. 2 i art. 9 ust. 3 ustanawiające sankcję nieważności czynności prawnej w przypadku naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję.

Także artykuł 140 ust. 1 i 2 Pt, a obecnie art. 33 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych kreują obowiązek zawarcia przez właściciela lub użytkownika wieczystego nieruchomości zawarcia umowy z operatorem oraz podmiotami, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 Pt dot. instalowania 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.

Zatem nawet przy przyjęciu szerokiego znaczenia art. 353¹ k.c. wyrażona w nim swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy nie ma charakteru bezwzględny. Zatem nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 353¹ k.c., bowiem zasada swobody kontraktowania nie może naruszać ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zasada swobody umów doznaje bowiem ograniczenia m.in. w takim zakresie, w jakim przewidują to przepisy tej ustawy. (por. np. wyrok SN z dnia 28-05-2008 r., II CSK 28/08, LEX nr 420865, wyrok SN z 2002-11-13, I CKN 1469/00, LEX nr 75289, orzeczenie SN z 1997-05-12, I CKN 114/97, OSP 1998, nr 1, poz. 5, wyrok Sądu Antymonopolowego z 6-09-1993 r., XVII Amr 36/93, Wokanda 1994/1/55, wyrok SN z 2000-06-13, V CKN 62/00, OSNC 2000/12/231).

Nietrafny był zarzut błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegające na uznaniu, że działania powoda ograniczały konkurencję i naruszyły zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik i tym samym nietrafny był zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez błędną jego interpretację i w konsekwencji jego nieuzasadnione zastosowanie na skutek uznania, że działania powoda, poprzedzające zawarcie z S. umowy miało na celu, czy też stanowiło próbę osiągnięcia przez powoda skutku stanowiącego nadużycie w świetle art. 9 uokik, a które miałyby polegać na utrudnianiu, opóźnianiu, czy też odmowie kontraktowania.

Przepis art. 9 ust. 1 uokik stanowi, iż zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, a z ust. 2 pkt 5 tego przepisu wynika, iż nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W ocenie Sądu Apelacyjnego trafnie Sąd Okręgowy podzielił pogląd Prezesa UOKiK, że ze strony powodowej spółdzielni doszło do naruszenia zakazu wynikającego z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

W tej sytuacji zarzut dotyczący błędnego uznania przez Sąd Okręgowy, iż powódka tak długo jak to ustalili Prezes Urzędu opóźniała postępowanie negocjacyjne w sprawie zawarcia umowy z S. na wybudowanie sieci telekomunikacyjnej, a tym samym, że powódka opóźniła wejście tej firmy na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych nie ma znaczenia. Początkowe bowiem działania spółdzielni ewidentnie świadczą o naruszeniu zakazu antykonkurencyjnych działań, a ocena jak długotrwałe opóźnianie zawarcia umowy przez spółdzielnię nie ma już tak wielkiego znaczenia, w szczególności, iż z uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK wynika, iż długość tego okresu nie miała wpływu na samo stwierdzenie zakazanego działania, a na pewno nie miało wpływu na wysokość kary nałożonej na spółdzielnię.

Odnosząc się do naruszenie prawa procesowego, mianowicie art. 227, 299 i 479^(14b)) k.p.c., poprzez oddalenie wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z zeznań R. S. (1) w charakterze strony i w konsekwencji nie wyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy należy stwierdzić, iż postawiony zarzut naruszenia art. 277 i 299 k.p.c. dotyczy wydanego przez Sąd Okręgowy postanowienia o oddaleniu dowodu nie podlegającego odrębnemu zaskarżeniu, którego badanie przez Sąd II instancji odbywa się w trybie art. 380 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem sąd drugiej instancji, na wniosek strony, rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegają zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Warunkiem jednak kontroli w tym zakresie jest zamieszczenie w środku odwoławczym stosownego wniosku. Gdy w sprawie występuje profesjonalny pełnomocnik wniosek powinien być jednoznacznie sformułowany z odwołaniem się do regulacji art. 380 k.p.c. (wniosek o zbadanie niezaskarżonego postanowienia Sądu), same zaś zarzuty, rozważania dotyczące nietrafności rozstrzygnięcia nie mogą wywołać skutku z art. 380 k.p.c. (por. postanowienie SN z 3-03-2005 r. II CZ 197/04, 4-10-2006 r., I CZ 81/06, z 17-07-2008 r., II CZ 54/08, z 28-10-2009 r., II PZ 17/09 oraz wyrok Sądu Apel. w Katowicach, sygn. akt V ACa 597/09, z 2010-05-27, LEX nr 686895, wyrok SN z 2009-12-17, IV CSK 270/09, LEX nr 677901, postan. SN z 2009-10-28, I PZ 17/09, LEX nr 559946, postan. SN z 2006-11-07, I CZ 53/06, LEX nr 846607).

Niezależnie od powyższego w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy miał podstawy do tego, aby ten dowód oddalić z powodów jak wskazane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, bowiem stan faktyczny sprawy nie pozwala przyjąć,

że pominięte dowody mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy(por. wyrok SN, 1997-04-09, III CKN 55/97, Prok. i Pr.-wkl. 1998/2/44).

To samo dotyczy zarzutu naruszenia prawa procesowego tj. art. 277 k.p.c., poprzez oddalenie wniosku powoda o zwrócenie się przez sąd do (...) SA z pytaniem, czy S. w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych mieszkańcom budynków zarządzanych przez powoda korzysta z kanałów (...) SA. Kwestia ta jest nieistotna, gdyż z akt wynika, iż S. początkowo nie negocjowała tego, iż zwróci się do (...) SA w sprawie korzystania z infrastruktury tej firmy, tylko wywodziła, iż spółdzielnia nie może do tego jej przymuszać, stawiając w tej kwestii warunku, bez spełnienia którego nie zostanie podpisana umowa.

Podobnie nieistotne są zrzuty dotyczące uznania, że pismem z dnia 18.10.2007 r. S. wniosła do powoda o zawarcie umowy, podczas gdy autorem pisma podpisanego przez A. P. (1) była firma (...), (...) sp. z o. o., która do chwili obecnej nie wykazała przed powodem, aby miała stosowne upoważnienie od S.. W ocenie Sądu Apelacyjnego w okolicznościach niniejszej sprawy nie było żadnych przeszkód, aby powodowa spółdzielnia prowadziła korespondencję w sprawie zawarcia umowy podpisywaną przez p. A. P.. Tak naprawdę stosowne pełnomocnictwa, aktualne odpisy z KRS czy inne zaświadczenia lub zezwolenia wymagane przepisami prawa powinny być przedłożone niewątpliwie przy zawarciu umowy, nie były natomiast niezbędne do prowadzenia negocjacji i wymiany pism prowadzących do ostatecznego zawarcia umowy, w sytuacji, gdy ustnie A. P. był przez prezesa S. umocowany do takich czynności. Działania Spółdzielni w tej kwestii nie można ocenić inaczej, jak zbędny formalizm na etapie negocjacji mający cechy celowego zachowania zmierzającego do opóźnienia podpisania umowy czy wręcz zniechęcenia kontrahenta i doprowadzenie do jego rezygnacji z zamierzonych planów tj. zawarcia umowy z powódką. Należy podkreślić, iż spółdzielnia oprócz żądania złożenia pełnomocnictwa dla A. P. zażądała także innych dokumentów, mimo, iż przy piśmie z dnia 23 kwietnia 2007 r. (k. 77 akt adm.) były załączone odpis z KRS spółki, NIP, REGON raz zaświadczenie o wpisie do ewidencji Przedsiębiorstw telekomunikacyjnych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nietrafny jest zarzut apelacji dotyczący błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegające na uznaniu, że działania powoda ograniczały konkurencję i naruszyły zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Poza tym, na co wskazał Sąd Okręgowy, należy podkreślić, iż nie można wykluczyć, iż niektóre praktyki nadużywające, które w świetle prawa spełniają przesłanki z art. 9 uokik nie zostaną uznane za naruszające reguły konkurencji. Przedsiębiorca może bowiem podjąć próbę obrony bazującej na wykazaniu obiektywnego uzasadnienia stosowanej praktyki, obronę przez wykazanie, że dane jednostronne działanie przedsiębiorcy dominującego wynika z konieczności sprostania konkurencji oraz obronę tzw. efektywnościową tzn. zbliżoną do wyłączeń spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję na podstawie art. 8 ust. 1 uokik lub art. 81 ust. 3 TWE (Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską Dz.U.04.90.864/2 w/g stanu na 2009-07-20) tj. poprzez wskazanie takich okoliczności, które usprawiedliwiają ograniczenie konkurencji. W ocenie Sądu Apelacyjnego argumenty podnoszone przez spółdzielnię, okoliczności na które miał zeznawać prezes spółdzielni nie są okolicznościami, które mogłyby świadczyć o tym, że działania spółdzielni nie powinny być uznane za antykonkurencyjne.

Należy też podnieść, iż zgodnie z jednolitym poglądem przedstawicieli doktryny zachowania antykonkurencyjne, nie muszą być celem działań przedsiębiorcy. Wina przedsiębiorcy (tu członków zarządu) nie stanowi koniecznego elementu praktyki. Mało tego, może to być zachowanie, którego zły skutek nie musi ostatecznie nastąpić, gdyż nadużycie pozycji dominującej może powodować zarówno stan realnego jak i potencjalnego zagrożenia dla swobodnej konkurencji.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego z akt sprawy wynika jednoznacznie, iż zachowanie spółdzielni zakłóciło mechanizm konkurencji, a przez to szkodziło ekonomicznym interesom konsumentów.

Nietrafny jest zatem zarzut błędnego ustalenie faktycznego i w konsekwencji uznanie, iż powód odmawiał zawarcia umowy z firmą S. sp. z o. o., i uznanie, że powód opóźniał postępowanie negocjacyjne w sprawie zawarcia umowy

z S. sp. o. o. na wybudowanie sieci telekomunikacyjnej, a tym samym, że powód opóźnił wejście tej firmy na rynek świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz stwarzał jej przeszkody do wejścia na ten rynek.

W podsumowaniu należy stwierdzić, iż ustawa antymonopolowa przeciwdziałała tym wszystkim sytuacjom, aby podmiot gospodarczy lub zawiązująca porozumienie monopolistyczne grupa tych podmiotów, w następstwie uzyskania władzy rynkowej, ograniczała samodzielność innych uczestników rynku. Przeciwdziałała w szczególności zmuszeniu uczestników rynku do uczestnictwa w obrocie na warunkach im narzucanym, mniej korzystnym od tych, jakie mogliby wynegocjować w umowie, gdyby mechanizmy rynkowe działały w sposób nieskrępowany, a więc w warunkach konkurencji na rynku. W przedmiotowej sprawie Prezes Urzędu stojąc na straży tego typu naruszeń słusznie dopatrywał się nieprawidłowości po stronie powodowej spółdzielni w świetle treści art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach procesu orzeczono stosownie do treści art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i 99 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 18 pkt 2 ppkt 1 i § 13 pkt 1 ppkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.02.163.1348).

O sprostowaniu oczywistej niedokładności w oznaczeniu strony powodowej orzeczono na podstawie art. 350 § 1 i 3 k.p.c.