

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Klimowicz-Przygódzka (spr.)

Sędzia SA – Agata Zajac

Sędzia SO (del.) – Beata Waś

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2013 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Ł.

o ochronę konkurencji

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt XVII Ama 106/11

I zmienia częściowo zaskarżony wyrok nadając mu następującą treść:

1. uchyla zaskarżoną decyzję Nr (...) Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 września 2008r.

a) w punkcie pierwszym podpunkt 2/ tj. w części umarzającej jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek (...) Sp. z o.o. w Ł. przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Ł. pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku usług telewizji kablowej i usług produktowo związanych ze świadczeniem usług telewizji kablowej na obszarze działania Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Ł. w granicach ulic: (...), polegającego na bezpośrednim narzucaniu nieuczciwych cen – cen rażąco niskich pakietu abonamentowego oraz wprowadzeniu bezpłatnego pakietu spółdzielczego i tym samym przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, co może stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

b) w punkcie drugim w całości,

2. oddala powództwo w pozostałym zakresie,

3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania,

II oddala apelację w pozostałym zakresie,

III znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania apelacyjnego.

VI ACa 1251/12 UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją z dnia 17 IX 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej UOKiK) na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. umorzył jako bezprzedmiotowe postępowanie antymonopolowe , wszczęte na wniosek (...) spółki z o.o. z siedzibą w Ł. przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Ł. pod zarzutem nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku usług telewizji kablowej i usług produktowo związanych ze świadczeniem usług telewizji kablowej na obszarze działania w/w spółdzielni w granicach ulic: (...), polegającego na:

- przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez przyjęcie systemu finansowania budowy telewizji kablowej przez wszystkich członków Spółdzielni Mieszkaniowej (...), nawet nie mających zamiaru korzystać z usług operatora, jakim jest ta spółdzielnia, co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15 XII 2000 r.,
- bezpośrednim narzucaniu nieuczciwych cen - cen rażąco niskich pakietu abonamentowego oraz wprowadzeniu bezpłatnego pakietu spółdzielczego i tym samym przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podstawą umorzenia postępowania było ustalenie przez organ antymonopolowy, że Spółdzielnia Mieszkaniowa (...) w Ł. (dalej zainteresowana spółdzielnia) nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym, co w ocenie tego organu czyniło postępowanie antymonopolowe bezprzedmiotowym .

Przy czym Prezes UOKiK wyznaczył rynek właściwy produktowo i geograficznie

odmiennie od wnioskodawcy. W jego ocenie z uwagi na różnorodność produktów na rynku usług telekomunikacyjnych w postaci usługi telefonii stacjonarnej i ruchomej, usługi dostarczania programów telewizyjnych i dostępu do sieci Internet , nie można za usługi związane z rynkiem telewizji kablowej uznać usługi dostępu do Internetu i usługi telefonii. Organ administracyjny stwierdził, że rynkiem właściwym produktowa w niniejszym postępowaniu jest rynek świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych zarówno drogą kablową jak i za pomocą platform cyfrowych.

Rynek właściwy geograficznie określił jako teren miasta Ł., a nie obszar zasobów mieszkaniowych spółdzielni. Uzasadniał powyższe orzecznictwem sądowym , postanowieniami art. 139 prawa telekomunikacyjnego , dającymi prawo każdemu operatorowi telekomunikacyjnemu ,przy spełnieniu określonych warunków, skorzystania z udostępnienia infrastruktury telekomunikacyjnej innego operatora publicznego tj. wyjścia przy świadczeniu usługi poza własną infrastrukturę techniczną.

Na przeszkodzie określenia w powyższy sposób rynku geograficznego zdaniem organu antymonopolowego nie stał podnoszony przez wnioskodawcę fakt , iż z prawnego punktu widzenia spółdzielnia nie może w swojej działalności wykraczać poza geograficzny zasięg swoich zasobów mieszkaniowych. Jak wynika z art. 1 ust 6 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych spółdzielnia może prowadzić działalność gospodarczą pozostającą w bezpośrednim związku z zaspokajaniem potrzeb mieszkaniowych i gospodarczych jej członków , z której nadwyżka przychodów nad kosztami powinna służyć celom statutowym.

Biorąc pod uwagę fakt, że :

-statut spółdzielni przewiduje, że może ona prowadzić działalność w zakresie m.in. telewizji kablowej,

- spółdzielnia we wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców określiła obszar, na którym będzie wykonywana działalność telekomunikacyjna jako gminę Ł. M.,

- spółdzielnia uzyskała wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
- prowadzi działalność telekomunikacyjną będącą działalnością gospodarczą, która w tym przypadku jest działalnością non for profit,
- spółdzielnia w założeniach techniczno-organizacyjnych budowy sieci telewizji kablowej przewidziała w trzecim etapie usługowe dostarczanie usług multimedialnych dla odbiorców obcych,
- przepisy ustawy prawo telekomunikacyjne przewidują możliwość współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej przez operatorów publicznej sieci ,
- spółdzielnia może zarządzać nieruchomością niestanowiącą jej mienia lub mienia jej członków na podstawie umowy zawartej z właścicielem tej nieruchomości (art. 1 ust. 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych),
- zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności uzasadnione inwestowanie w nieruchomość,
- dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwia zaspokojenie potrzeb telekomunikacyjnych lokatorów, należało w ocenie organu antymonopolowego uznać, że spółdzielnia może świadczyć usługi na terenie miasta Ł.

Na tak zaś wyznaczonym rynku relewantnym udział spółdzielni wynosi 3 % , co nie daje jej dostatecznej siły rynkowej , pozwalającej na jednostronne dyktowanie innym uczestnikom obrotu warunków uczestnictwa w tym rynku. Oznacza to, iż spółdzielnia nie posiada na rynku właściwym pozycji dominującej, stanowiącej podstawową przesłankę przypisania przedsiębiorstwu praktyk ograniczających konkurencję w sposób o jakim mowa w art. 8 ust 1 u.o.k. i k. . Za bezcelowe tym samym Prezes UOKiK uznał dowodzenie zaistnienia pozostałych przesłanek praktyki zarzucanej spółdzielni.

W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji znalazło się ponadto stwierdzenie, że Prezes UOKiK nie ocenił przyjętego w spółdzielni systemu finansowania budowy osiedlowej telewizji kablowej przez członków spółdzielni mieszkaniowej, gdyż nie posiada kompetencji w zakresie kształtowania stosunków wewnątrzno spółdzielczych , w formie decyzji wydawanej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przedmiotowa kwestia była zresztą przedmiotem oceny Sądu Apelacyjnego w Łodzi.

Odwołanie od powyższej decyzji złożyła spółka (...) zarzucając organowi administracyjnemu:

- naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt. 8 ustawy antymonopolowej poprzez błędne określenie rynku właściwego zarówno pod względem produktowym jak i geograficznym,
- naruszenie art. 233 §1 k.p.c. w zw. z art. 81 ustawy antymonopolowej polegające na sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego, a w szczególności: nieprawidłowe ustalenie udziału spółdzielni oraz jej konkurentów w rynku właściwym, przyjęcie jako założenia, iż rynkiem właściwym w sprawie jest rynek świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych na obszarze miasta Ł., błędne ustalenie, że substytutem dla pakietu usług oferowanego przez spółdzielnię są poszczególne jego elementy, pominięcie faktu skrośnego subsydiowania przez spółdzielnię działalności na rynku właściwym,
- naruszenie art. 77 §1 k.p.a. w zw. z art. 7 k.p.a. oraz art. 80 ustawy antymonopolowej, poprzez niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a w szczególności uznanie iż spółdzielnia nie posiada pozycji dominującej na rynku bez przeprowadzenia profesjonalnej analizy z zastosowaniem antymonopolowej metodyki wyznaczania rynku właściwego w sprawie; pominięcie w decyzji i jej uzasadnieniu usługi dostępu do Internetu.

Powód domagał się tym samym uchylecia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Prezesowi UOKiK .

Wyrokiem z dnia 31 III 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję uznając, iż organ administracyjny w sposób wadliwy wyznaczył rynek właściwy w ujęciu geograficznym, którym powinien być obszar zasobów spółdzielni. Za takim wnioskiem przemawia fakt, iż spółdzielnia posiada infrastrukturę pozwalającą jej na świadczenie usługi przesyłu telewizji kablowej tylko na swoim obszarze. Oceny tej nie może zmienić fakt, że we wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców pozwana określiła obszar swojej działalności telekomunikacyjnej jako całą gminę Ł. M, czy też że spółdzielnia w założeniach techniczno-organizacyjnych budowy sieci telewizji kablowej przewidywała w trzecim etapie usługowe dostarczanie usług multimedialnych dla odbiorców obcych, gdyż dla ustalenia rynku właściwego na potrzeby zbadania nadużywania pozycji dominującej na tym rynku konieczne jest odniesienie się do stanu faktycznie istniejącego w momencie wydawania zaskarżonej decyzji, z którego wynika, że spółdzielnia nie zamierzała poszerzyć rynku geograficznego swoich usług. Badanie pozycji dominującej powinno obejmować rynek na którym panuje faktyczna konkurencja a nie na którym w bliżej nieokreślonej przyszłości taka konkurencja mogłaby zaistnieć.

Na skutek apelacji Prezesa UOKiK oraz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) niniejszy Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 24 II 2011 r. uchylił powyższy wyrok i przekazał sprawę SOKiK do ponownego rozpoznania. Za nieprawidłowe uznane zostało wyznaczenie przez SOKiK rynku właściwego w ujęciu geograficznym według kryterium zasięgu infrastruktury technicznej jaką dysponuje spółdzielnia. W aktualnym bowiem stanie prawnym, wynikającym art. 139 ust 1 ustawy prawo telekomunikacyjne, działalność operatorów telewizji kablowej nie jest ograniczona zasięgiem sieci, a jedynie dostępem do sieci oraz technologią przesyłu. Tam gdzie istnieje bowiem infrastruktura telekomunikacyjna usługę - co do zasady - może świadczyć każdy wybrany przez użytkownika przedsiębiorca.

Przesądżając tym samym kwestię potencjalnej możliwości świadczenia przez zainteresowaną spółdzielnię usług telewizji kablowej poza granice posiadanej infrastruktury sieciowej Sąd Apelacyjny zobowiązał sąd I instancji do ponownego rozważenia i poczynienia ustaleń odnośnie określenia rynku właściwego w znaczeniu geograficznym dla usług telewizji kablowej, które umożliwi prowadzenie ewentualnych dalszych rozważań na temat posiadania przez spółdzielnię pozycji dominującej oraz jej nadużywania w rozumieniu art. 8 ust 2 pkt 1 i 5 ustawy o o.k. i k. Zalecił aby przy tych rozważaniach SOKiK miał oczywiście na uwadze art. 4 ust 8 u.o.k. i k. definiujący rynek właściwy a nadto faktyczny obszar świadczenia przez spółdzielnię usług telewizji kablowej oraz okoliczności, iż spółdzielnia we wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców jako obszar, na którym będzie wykonywana działalność telekomunikacyjną, określiła gminę Ł. M., w założeniach techniczno-organizacyjnych budowy sieci telewizji kablowej przewidywała zaś w trzecim etapie usługowe dostarczanie usług multimedialnych dla odbiorców obcych oraz, że art. 1 ust 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych ustanawia możliwość zarządzania przez spółdzielnię nieruchomością niestanowiącą jej mienia lub mienia jej członków na podstawie zawartej umowy z właścicielem.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy wyrokiem z dnia 30 IV 2012 r. SOKiK odwołanie spółki z o.o. (...) oddalił.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia podał, że ustalony przez Prezesa UOKiK w postępowaniu administracyjnym stan faktyczny był bezsporny i wynikało z niego, że na terenie działania spółdzielni usługi telekomunikacyjne w postaci usługi telewizji kablowej oraz dostępu do Internetu świadczy trzech operatorów: powód, (...) S.A. i zainteresowana. Z postanowień §6 ust 3 statutu spółdzielni wynika, że może ona prowadzić działalność w zakresie telewizji kablowej oraz wykonywania usług telekomunikacyjnych, w tym Internetu. W momencie wydawania decyzji przez organ antymonopolowy zainteresowana dostarczała sygnał telewizji kablowej tylko do budynków mieszkalnych będących jej własnością, nie świadczyła usług telekomunikacyjnych na rzecz osób, których lokale nie znajdowały się w jej zasobach.

Infrastruktura techniczna umożliwiająca spółdzielni świadczenie usługi telewizji kablowej na obszarze jej działalności powstała w oparciu o uchwały Zebrania Przedstawicieli Członków Spółdzielni oraz Rady Nadzorczej.

Bezspornym było także, że spółdzielnia we wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców określiła obszar, na którym będzie wykonywała działalność telekomunikacyjną jako gminę Ł. M a także, że w założeniach techniczno-

organizacyjnych budowy sieci telewizji kablowej przewidziała w trzecim etapie usługowe dostarczanie usług multimedialnych dla odbiorców obcych.

Mając na uwadze, że podstawową przesłanką dla stwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję o jakiej mowa jest w art. 8 ustawy o o.k.i k. z 15 XII 2000 r. jest to aby przedsiębiorca, co do którego istnieje podejrzenie stosowania takiej praktyki, zajmował pozycję dominującą na rynku właściwym SOKiK swoje rozważania zaczął od wyznaczenia rynku właściwego w rozumieniu art. 4 pkt 8 w/w ustawy.

Mając na uwadze, iż rynek pod względem przedmiotowym tworzą towary, które - z punktu widzenia nabywcy - charakteryzują się bliską substytutowością, za prawidłowe uznał wyznaczenie powyższego rynku przez Prezesa UOKiK jako rynek świadczenia usług dostarczania programów telewizyjnych zarówno drogą kablową jak i za pomocą platform cyfrowych na terenie miasta Ł.. Podzielił stanowisko organu antymonopolowego, iż usługi telefonii stacjonarnej i ruchomej oraz usługi dostępu do Internetu nie można uznać za usługi produktowo związane z rynkiem telewizji kablowej. Za odmienne produkty należałoby też uznać usługę dostarczania programów telewizyjnych oraz usługę dostępu do Internetu. Usługi te nie służą bowiem zaspokojeniu tych samych potrzeb nabywców, a jedna z tych usług nie może zastąpić drugiej czy też działać wymiennie. Każda z tych usług posiada inne właściwości oraz funkcje użytkowe. Sąd Okręgowy podkreślał ponadto, że w niniejszej sprawie usługi telekomunikacyjne świadczone są przez zainteresowaną spółdzielnię (w odróżnieniu od pozostałych działających na rynku właściwym przedsiębiorców) na podstawie odrębnych rodzajów umów tj. usługa dostarczania programów telewizyjnych świadczona jest na podstawie umowy abonenckiej na dostarczanie sygnału telewizji kablowej, natomiast usługa dostarczanie Internetu - na podstawie umowy abonenckiej na dostarczanie usług internetowych. Nie posiada natomiast oferty pakietowej obejmującej łączne dostarczanie w.w usług.

Jeżeli chodzi z kolei o rynek właściwy w ujęciu terytorialnym, to został nim wyznaczony teren miasta Ł.. SOKiK wyjaśniał, iż przy ustalaniu tego rynku należy mieć na uwadze obszar geograficzny, na którym warunki konkurencji mające zastosowanie do towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. O terytorialnej rozległości rynku decydują w pierwszym rzędzie właściwości produktów i preferencje konsumentów. Wśród czynników determinujących rozmiar rynku geograficznego szczególne znaczenie przypisuje się kosztom transportu i barierom dostępu do rynku.

W ocenie Sądu Okręgowego za prawidłowością zdefiniowania przez Prezesa UOKiK rynku właściwego w wymiarze geograficznym przemawiała przede wszystkim treść art. 139 ust 1 ustawy z dnia 16 VII 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.), zgodnie z którą operator publicznej sieci telekomunikacyjnej jest obowiązany umożliwić innym operatorom, dostęp do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, a w szczególności zakładanie, eksploatację, nadzór i konserwację urządzeń telekomunikacyjnych, jeżeli wykonanie tych czynności bez uzyskania dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej jest niemożliwe lub niecelowe z punktu widzenia planowania przestrzennego, zdrowia ludzkiego, ochrony środowiska lub bezpieczeństwa i porządku publicznego. Takie uregulowanie prawne stwarza możliwości dostępu zarówno do budynków jak i infrastruktury telekomunikacyjnej operatora innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym poprzez zawarcie z nim odpowiedniej umowy. Z punktu widzenia niniejszej sprawy oznacza to, że zainteresowana, która zgodnie ze swoim statutem, może prowadzić działalność w zakresie telewizji kablowej, ograniczona jest jedynie dostępem do sieci oraz technologią przesyłu. Tam, gdzie istnieje infrastruktura telekomunikacyjna - co do zasady - spółdzielnia jak i każdy inny przedsiębiorca telekomunikacyjny mogą świadczyć swoje usługi. Okoliczność, iż dotychczas spółdzielnia świadczy te usługi tylko w swoich zasobach, nie wyklucza, iż w każdej chwili może zwrócić się do innego operatora o udostępnienie sieci i świadczyć usługi na terenie całego miasta Ł..

W konsekwencji SOKiK wbrew stanowisku powoda uznał, że zainteresowana spółdzielnia mieszkaniowa może świadczyć usługi dostarczania programów telewizyjnych (zarówno drogą kablową jak i za pomocą platform cyfrowych) także poza swoimi zasobami mieszkaniowymi, a biorąc pod uwagę fakt, że we wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych określiła ona obszar, na którym będzie wykonywała swoją działalność telekomunikacyjną, jako gmina Miasta Ł., i taki obszar działania został wskazany w zaświadczeniu o wpisie do

rejestrze należało przyjąć, iż zachodzą faktyczne oraz prawne możliwości do prowadzenia działalności spółdzielni na tak określonym rynku. Jest to zgodne zresztą z założeniami techniczno- organizacyjnymi budowy sieci telewizji kablowej jakie spółdzielnia przyjęła, które przewidują trzeci etap polegający na usługowym dostarczaniu usług multimedialnych dla odbiorców obcych.

W dalszej kolejności SOKiK ustalił w oparciu o dokumentację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, iż na tak wyznaczonym rynku właściwym produktowo i geograficznie zainteresowana posiada udział niespełna 3 %, który nie daje jej dostatecznej siły rynkowej pozwalającej na jednostronne narzucanie innym, większym uczestnikom tego rynku, jakichkolwiek warunków uczestnictwa w nim. W konsekwencji nie można uznać, iż zainteresowana posiada na rynku właściwym pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 9 u.o. k.i k. .

W tej zaś sytuacji za niecelowe uznał analizowanie zachowań zarzucanych spółdzielni pod kątem spełnienia dalszych przesłanek z art. 8 u.o.k. i k. W konsekwencji ocenił decyzję Prezesa UOKiK umarzającą postępowanie antymonopolowe jako prawidłową.

W uzasadnieniu swojego orzeczenia sąd I instancji dodatkowo wyjaśnił, iż oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez stronę powodową w piśmie z dnia 13 VII 2011 r. ponieważ w jego ocenie nie służyły one wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla sprawy .

Z rozstrzygnięciem powyższym nie zgodził się powód spółka z o.o. (...) wnosząc apelację, w której podniosła zarzut naruszenia :

- art. 4 ust 8 u.o.k. i k. z 15 XII 2000 r. w zw. z art. 4 pkt 9 i art. 8 ust 1 i 2 pkt 1 i pkt 5 w/w ustawy poprzez wadliwe przyjęcie, iż rynkiem geograficznym w niniejszej sprawie jest rynek miasta Ł.,
- art. 233§ 1 i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez całkowite pominięcie i nierozważenie jej argumentacji na okoliczność wyznaczenia obszaru zasobów mieszkaniowych spółdzielni jako rynku geograficznego ,
- art. 139 ust 1 prawa telekomunikacyjnego poprzez przyjęcie, że postanowienia tego przepisu nie wprowadzają barier dostępu do infrastruktury komunikacyjnej osób trzecich , a przez to uzasadniają przyjęcie w sprawie rynku geograficznego miasta Ł..

Tym samym apelujący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy SOKiK do ponownego rozpoznania , a dodatkowo stwierdził, że w oparciu o art. 380 k.p.c. zaskarża postanowienie sądu I instancji oddalające jego wnioski dowodowe.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelację strony powodowej w zakresie kwestionującym wyznaczenie na potrzeby niniejszego postępowania antymonopolowego rynku właściwego w ujęciu geograficznym uznać należało za zasadną.

W wyroku z dnia 24 II 2011 r. niniejszy Sąd Apelacyjny przesądził o potencjalnej możliwości świadczenia przez zainteresowaną spółdzielnię usług telewizji kablowej poza granicami własnej infrastruktury sieciowej . Stwierdził, że w aktualnym stanie prawnym wynikającym z art. 139 ust. 1 ustawy prawo telekomunikacyjne działalność operatorów telewizji kablowej nie jest ograniczona zasięgiem sieci , a jedynie dostępem do sieci i technologią przesyłu oraz, że co do zasady tam gdzie istnieje infrastruktura telekomunikacyjna usługę może świadczyć każdy wybrany przez użytkownika przedsiębiorca. Sąd Okręgowy bezrefleksyjnie podszedł do tych wytycznych , nie zauważając , iż zasada powyższa w niniejszej sprawie podlegała ograniczeniu z uwagi na barierę natury prawnej wynikającą z formy prawnej podmiotu, któremu postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej. Występujący w niniejszej sprawie jako zainteresowany operator telewizji kablowej jest spółdzielnią mieszkaniową działającą w oparciu o przepisy ustawy prawo spółdzielcze (Dz.U. 2003.188.1843 ze zm.) oraz ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. 2003.119.1116 ze zm.). Zarówno w dacie wydawania przez organ antymonopolowy zaskarżonej decyzji jak i w chwili obecnej jak wynika z przepisów ostatniej z w/w ustaw celem spółdzielni 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.

Cel ten determinuje przedmiot działalności spółdzielni, w tym działalności gospodarczej, o czym świadczy najlepiej art. 1 ust 6 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, który brzmi: Spółdzielnia może 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 ust. 1. tj. służy zaspokajaniu szeroko rozumianych potrzeb jej członków. W ramach zaspokajania innych niż mieszkaniowe potrzeb członków spółdzielni mieści się także dostarczanie programów telewizyjnych drogą telewizji kablowej, co zresztą przesądził Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 4 IX 2007 r. oddalającym powództwo jednego z członków zainteresowanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w Ł. o uchylenie uchwał Zebrania Przedstawicieli, dotyczących budowy i finansowania przez spółdzielnię własnej telewizji kablowej (k 455- 464 akt adm.). Ponadto spółdzielnia może świadczyć usługi telekomunikacyjne na rzecz osób zajmujących lokale znajdujące się w jej zasobach, nie będących jej członkami w ramach ustawowego obowiązku zarządzania tymi zasobami, wynikającego z art. 1 ust 2 pkt 5 ustawy o s.m. Słusznie także podnosił Prezes UOKiK w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji i na co zwracał uwagę także Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 II 2011 r., że świadczenie usługi dostarczania programów telewizyjnych przez zainteresowaną spółdzielnię może odbywać się poza własnymi zasobami mieszkaniowymi spółdzielni i zasobami jej członków w ramach zarządzania innymi nieruchomościami na podstawie umowy zawartej z właścicielem, do czego uprawnia ją przepis art. 1 ust 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Można przyjąć, iż zapewnienie dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej ma na celu inwestowanie w nieruchomość w rozumieniu art. 185 ust 1 pkt 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami i tym samym mieści się w pojęciu sprawowania zarządu.

Przepisy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych nie przewidują natomiast możliwości prowadzenia przez spółdzielnię jakiegokolwiek innej działalności komercyjnej poza w/w zarządzaniem nieruchomościami oraz budowaniem i nabywaniem budynków w celu wynajmu czy odsprzedaży lokali, o czym stanowi art. 1 ust 2 pkt 5 ustawy o s.m.. Stwierdzić tym samym należy, iż potencjalna możliwość świadczenia przez zainteresowaną usługi dostarczania programów telewizyjnych na terenie miasta Ł. może dotyczyć tylko odbiorców zajmujących lokale w należących do spółdzielni zasobach mieszkaniowych jak i odbiorców zajmujących lokale w budynkach zarządzanych przez spółdzielnię, nie stanowiących mienia jej ani mienia jej członków.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż poza terenem własnych zasobów mieszkaniowych, zainteresowana spółdzielnia oraz pozostali operatorzy świadczący usługi dostarczania programów telewizyjnych na terenie miasta Ł., nie są konkurentami na tych samych warunkach, z uwagi na ograniczenia prawne spółdzielni w świadczeniu tego rodzaju usług, wynikające z ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Nie dla każdego potencjalnego odbiorcy tychże usług z terenu miasta Ł., gdyż jedynie dla zamieszkujących w zarządzanych przez spółdzielnię nieruchomościach, zainteresowana może być alternatywnym źródłem podaży.

Ustalenie rynku właściwego w aspekcie geograficznym dla potrzeb ustalenia pozycji dominującej, powinno dotyczyć obszaru, na którym dostawcy określonych towarów mogą ze sobą realnie, efektywnie konkurować (bez uwzględnienia oczywiście zachowania niezgodnego z prawem, tę konkurencję zaburzającego, które będzie dopiero przedmiotem oceny w ramach postępowania antymonopolowego).

Jednorodne warunki z punktu widzenia popytu i podaży istnieją natomiast wyłącznie na terenie zasobów spółdzielni, na którym każda osoba zajmująca lokal jest w stanie w krótkim czasie i przy stosunkowo niskich kosztach przestawić się na usługi dostarczania programów telewizyjnych oferowane przez spółdzielnię jak i innych operatorów telewizji kablowej czy cyfrowej. Udział spółdzielni w tym rynku może odbywać się na tych samych zasadach, co jej konkurentów (bez uwzględnienia ewentualnie zakłóconych na skutek jej zachowania warunków konkurencji). Jak wyjaśnione zostało to w Obwieszczeniu Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowych prawa konkurencji (Dz.U. UE.C. 1997.372.5) „Celem zdefiniowania rynku, zarówno w wymiarze asortymentowym jak i geograficznym, jest identyfikowanie rzeczywistych konkurentów danego przedsiębiorstwa, którzy są w stanie zakłócić zachowanie tego przedsiębiorstwa oraz nie dopuszczać ich do zachowania w sposób niezależny od skutecznej

presji konkurencji”. Taka rzeczywista konkurencja w niniejszej sprawie pomiędzy podmiotami, których udział w rynku Prezes UOKiK ustalił w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, występuje zaś jedynie (i może występować) na terenie obszaru działalności zainteresowanej spółdzielni.

Niezależnie od powyższego zgodzić się należy z apelującym, iż przy wyznaczaniu rynku właściwego na potrzeby ustalenia postępowania antymonopolowego w sprawie o nadużywanie pozycji dominującej powinno się brać pod uwagę rynek aktualny, rzeczywisty a nie potencjalny, mogący wystąpić w bliżej nieokreślonej przyszłości. Niektórzy komentatorzy ustawy o o.k. i k. stwierdzają wręcz, że za rynek właściwy geograficznie uznać należy podstawowy obszar zbytu towarów danego przedsiębiorcy (K. Kohutek w komentarzu do ustawy o o.k. i k., pod red. K. Kohutek i M. Sieradzka, str. 190).

W przywoływanym już obwieszczeniu Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji podniesione zostało, że „Kryteria definiowania rynku właściwego są ogólnie stosowane w odniesieniu do analizy niektórych rodzajów zachowania na rynku oraz w odniesieniu do analizy zmian strukturalnych w podaży produktów. Jednakże metodologia ta może prowadzić do różnych wyników, w zależności od charakteru badanego zagadnienia konkurencji. Na przykład zakres rynków geograficznych może być różny, podczas analizy koncentracji w przypadku gdy analiza jest dokonywana w znacznej mierze na przyszłość, od analizy przeszłego zachowania. Różny horyzont czasowy w każdym przypadku może doprowadzić do wyników, iż różne rynki geograficzne są zdefiniowane dla tego samego produktu w zależności od tego czy Komisja bada zmianę w strukturze podaży, taką jak koncentracja lub kooperacyjne wspólne przedsiębiorstwo lub bada zagadnienia odnoszące się do niektórych przeszłych zachowań.”

Takie same stanowisko zajmują także przedstawiciele doktryny. W cytowanym w apelacji komentarzu do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod red. T. Skoczyny (str. 214), podawane jest wprost, iż przy ustalaniu pozycji dominującej wyznaczenie rynku właściwego powinno odnosić się do warunków przeszłych lub obecnych (analiza ex past), podobnie E. Stawicki w swoim komentarzu do w/w ustawy (str. 146). Ze stanowiskiem tym zresztą koresponduje art. 10 ust 1 i 2 w zw. z art. 9 ustawy z 15 XII 2000 r. o o.k. i k., który stanowi, że nie wydaje się decyzji, o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy albo związku przedsiębiorców przestało naruszać zakazy określone w art. 5 lub w art. 8, w szczególności z powodu trwałego zmniejszenia ich udziału w rynku. W takiej sytuacji organ antymonopolowy wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Wracając do okoliczności niniejszej sprawy podnieść należy, iż bezspornym był fakt, iż od momentu rozpoczęcia przez zainteresowaną spółdzielnię świadczenia usług telewizji kablowej do wydania przez Prezesa UOKiK zaskarżonej decyzji, a nawet aż do chwili obecnej nie prowadziła ona tego rodzaju działalności gospodarczej poza terenem własnych zasobów mieszkaniowych i co ważniejsze nie brała w ogóle pod uwagę wejścia w tym okresie ze swoją działalnością na szerszy rynek. Nie istniała nawet potencjalna możliwość świadczenia przez nią usług dostarczania telewizji kablowej na terenie całego miasta Ł., a to z tej przyczyny, że co prawda w założeniach techniczno – organizacyjnych budowy sieci telewizji kablowej został przewidziany trzeci etap – usługowe dostarczanie usług multimedialnych dla odbiorców obcych, tym niemniej jednak jak wielokrotnie podkreślał to pełnomocnik zainteresowanej na rozprawie apelacyjnej, realizacja tego trzeciego etapu inwestycji wyznaczona była terminem zakończenia procesów termomodernizacji zasobów oraz wymiany dźwigów, pierwszy z tych procesów został już zakończony, drugi dopiero znajduje się na ukończeniu. Ponadto tak jak już zostało to wyjaśnione spółdzielnia mogłaby wyjść z usługami dostarczania programów telewizyjnych poza teren własnych zasobów, tylko w stosunku do podmiotów zajmujących budynki przez nią zarządzane. Jak wyjaśnił zaś pełnomocnik spółdzielni na terminie rozprawy apelacyjnej do chwili obecnej spółdzielnia nie zarządzała jednak nieruchomościami nie stanowiącymi jej mienia lub mienia jej członków, tym niemniej jednak przewidując świadczenie tego rodzaju usług w przyszłości, zabezpieczyła się poprzez realizację właśnie trzeciego etapu inwestycji polegającej na budowie sieci telewizji kablowej. W uchwale Zebrania Przedstawicieli spółdzielni z dnia 20 V 2006 r. w sprawie kierunków rozwoju działalności gospodarczej oraz społecznej i kulturalnej brak jest jednak jakichkolwiek postanowień odnoszących się do tego rodzaju działalności (k 253 akt administracyjnych). Z paragrafu 8 w/w uchwały wynika natomiast, iż w kierunkach rozwoju

spółdzielni uwzględniono budowę własnej telewizji kablowej, ale w celu dostarczania sygnału telewizji do lokali znajdujących się w zasobach spółdzielni (ust. 3).

Dopiero w uchwale Rady Nadzorczej spółdzielni z dnia 23 VI 2006 r., a właściwie w przyjętych przez nią założeniach techniczno-organizacyjnych budowy sieci osiedlowej telewizji kablowej znalazły się postanowienia dotyczące usługowego dostarczania usług multimedialnych dla odbiorców obcych (k 133 akt adm.). Co więcej podkreślić należy, iż w postępowaniu administracyjnym jak i w ramach niniejszego procesu cywilnego spółdzielnia podnosiła, iż celem jej działalności telekomunikacyjnej polegającej na instalacji i emisji telewizji kablowej jest wyłącznie zaspokajanie potrzeb jej członków (k 66-73, 183 akt adm., 127 akt sądowych).

Reasumując dotychczasowe rozważania podnieść należy, iż nie sposób było w niniejszej sprawie określać rynku właściwego w oparciu o potencjalną i bliżej nieokreśloną w czasie możliwość świadczenia przez zainteresowaną usług na terenie miasta Ł.. Do chwili obecnej spółdzielnia nie jest uczestnikiem tak szeroko rozumianego rynku i co więcej w swoich założeniach nie przewidywała potencjalnej możliwości świadczenia w tym czasie usług dostarczania programów telewizyjnych poza obszar jej zasobów mieszkaniowych. Konkurencja pomiędzy wymienionymi w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK przedsiębiorstwami telekomunikacyjnymi i zainteresowaną istniała zatem jedynie na tym obszarze, co także przemawiało za węższym określeniem rynku właściwego, niż uczynił to sąd I instancji oraz organ antymonopolowy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż nie było podstaw do umorzenia postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie z uwagi na okoliczność, iż spółdzielnia nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym. Powyższy wniosek Prezesa UOKiK został oparty na błędnym ustaleniu, iż rynkiem tym z punktu widzenia geograficznego jest cały obszar miasta Ł..

W konsekwencji zgodnie z wnioskiem odwołującego się zaskarżoną decyzję jako wadliwą należałoby uchylić w całości, w oparciu o art. 479^{31 a} § 3 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 17 V 2011 r.), gdyby nie podnoszona przez Prezesa UOKiK okoliczność braku kompetencji z jego strony do ingerowania w stosunki wewnątrzspółdzielcze w formie decyzji wydawanych w oparciu o ustawę o o. k. i k., a takich stosunków po części dotyczą stawiane spółdzielni zarzuty.

Prezes UOKiK, w postępowaniu sądowym dodatkowo podnosił, że wszczęte przeciwko zainteresowanej postępowanie antymonopolowe podlegało umorzeniu w całości, ponieważ niniejsza sprawa nie ma charakteru rynkowego co do zasady, a tym samym nie podlega kontroli organu antymonopolowego z uwagi na fakt, iż przypisywane przez powoda zainteresowanej spółdzielni działania dotyczą stosunków wewnątrzspółdzielczych, regulowanych przepisami ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych i ustawy prawo spółdzielcze.

Stosunków wewnątrzspółdzielczych zdaniem Sądu Apelacyjnego dotyczą jednak tylko działania zainteresowanej związane z przyjętym systemem finansowania budowy infrastruktury osiedlowej telewizji kablowej, na co zwracał uwagę organ administracyjny już w uzasadnieniu swojej decyzji (k 11). Uchwałą Zebrania Przedstawicieli Członków Spółdzielni z dnia 20 V 2006 r. posiadacze spółdzielczych praw do lokali zostali zobowiązani do wnoszenia tytułem uzupełnienia wkładu budowlanego lub mieszkaniowego kwoty 20 gr /m kw. do czasu pełnego pokrycia kosztów inwestycji polegającej na budowie sieci telewizji kablowej oraz internetu (§ 8 ust 2) k 122 akt adm. . Działanie powyższe znajdowało uzasadnienie w art. 10 ust 5 w zw. z art. 6¹ ust 5 oraz art. 17³ ust. 5 w zw. z art. 6¹ ust 5 ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych w brzmieniu obowiązującym na tę datę. Z przepisów tych wynikało bowiem, iż w przypadku modernizacji budynku, przez którą należało rozumieć trwałe ulepszenie (unowocześnienie) istniejącego budynku lub lokalu, w wyniku czego zwiększała się wartość użytkowa budynku lub lokalu, członek spółdzielni, któremu przysługiwało spółdzielcze lokatorskie lub własnościowe prawo do lokalu, bądź osoba niebędąca członkiem spółdzielni, której przysługiwało spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, była obowiązana uzupełnić wkład mieszkaniowy czy też budowlany.

Jak wyjaśnił to Sąd Apelacyjny w Łodzi, oceniający uchwały Zebrania Przedstawicieli zainteresowanej spółdzielni z dnia 20 V 2005 r. zobowiązujące zarząd i radę nadzorczą do podjęcia działań zmierzających do założenia telewizji kablowej oraz stanowiące o sfinansowaniu tych działań z nadwyżki przychodów nad kosztami spółdzielni za rok 2004, możliwość korzystania z telewizji kablowej, internetu należy w obecnych czasach do standardowego wyposażenia mieszkania i chociaż nie wszyscy członkowie spółdzielni mają potrzebę korzystania z telewizji kablowej, to jednak tego rodzaju inwestycja nie krzywdzi członków spółdzielni ponieważ zwiększa wartość wkładów mieszkaniowych (budowlanych) im przysługujących (k 455-464 akt adm).

Budowa przez spółdzielnię własnej sieci telewizji kablowej nie miała jeszcze charakteru działalności rynkowej, sposób finansowania tej budowy wynikał z przepisów prawa spółdzielczego i podlegał kontroli przez sąd cywilny w ramach powództwa o jakim mowa w art. 42 ustawy prawo spółdzielcze. Równie dobrze zresztą wybudowaną własnymi siłami sieć telekomunikacyjną spółdzielnia mogła oddać w użytkowanie, dzierżawę wybranemu operatorowi telekomunikacyjnemu, który świadczyłby na jej terenie usługi.

Wraz z rozpoczęciem jednak przez samą spółdzielnię działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, wybudowana sieć telewizji kablowej zgodnie z art. 49 k.c. przestała być częścią składową nieruchomości i weszła w skład przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego w rozumieniu art. 55¹ k.c. (k 228- 229 zaświadczenie o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych) – patrz orzeczenie SN z 3 XII 1998 r. II CKN 216/98. Koszty utrzymania sieci jak i koszty związane ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych stały się kosztami działalności tego przedsiębiorstwa.

Dostarczanie przez spółdzielnię programów telewizyjnych następuje w ramach prowadzonej przez nią działalności gospodarczej, ma charakter działalności rynkowej, także w stosunku do odbiorców będących jej członkami. Świadczenie usług odbywa się bowiem na podstawie umowy cywilnoprawnej (abonamentowej, patrz wzór umowy oraz § 8 ust 3 uchwały ZP z 20 V 2006 r. k 122 akt adm) odsyłającej wprost do przepisów kodeksu cywilnego (k 137 v akt adm.) a nie w oparciu o regulacje prawa spółdzielczego czy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Uiszczana przez usługobiorców opłata abonencka nie jest w szczególności opłatą związaną z kosztami korzystania z lokalu, o jakiej mowa w art. 4 ustawy o s.m., aczkolwiek na podstawie postanowień § 8 ust 4 uchwały Zebrania Przedstawicieli z dnia 20 V 2006 r. jest pobierana w ramach opłat za używanie lokali (k 122 akt adm. I umowa abonencka k 137 v akt adm.). Zgodnie ze statutem spółdzielni, który został zmodyfikowany właśnie na skutek uchwały Zebrania Przedstawicieli z 20 V 2006 r. koszty związane z korzystaniem z usługi telewizji kablowej nie weszły w skład kosztów związanych z utrzymaniem lokali, które obejmują zakupione u dostawców i dostarczane do lokali, za pośrednictwem instalacji wspólnej usługi takie jak energia elektryczna, gaz, wywóz śmieci, woda (§ 61 statutu k 143,144, 155 v). Nie są to także koszty związane z utrzymaniem nieruchomości wspólnych określone w § 60 statutu. W szczególności nie są to koszty działalności kulturalno – oświatowej spółdzielni, a nawet gdyby tak je ocenić, to zgodnie z art. 4 ust 5 ustawy o s.m. osoby nie będące członkami spółdzielni, którym przysługuje spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu czy też odrębna własność lokalu, mogą z takiej działalności korzystać tylko odpłatnie na podstawie umów cywilnoprawnych (tak też statut w § 66 ust 2).

Opłata abonamentowa nie jest także jak próbuje to zakwalifikować pozwany opłatą na poczet utrzymania wybudowanej już infrastruktury telekomunikacyjnej czyli na poczet utrzymania mienia spółdzielni. Jest wynagrodzeniem za dostarczane usługi. Na koszty świadczenia tych usług ponoszone przez operatora telekomunikacyjnego mogą co prawda składać się także wydatki związane z utrzymaniem sieci kablowej, ale po pierwsze stanowią one jeden z kilku czynników decydujących o wysokości opłaty abonamentowej, a po drugie są to koszty działalności przedsiębiorstwa telekomunikacyjnego, a nie spółdzielni mieszkaniowej jako takiej.

Świadczenie przez spółdzielnię usług w postaci tzw. pakietu spółdzielczego, za który abonent reguluje opłatę w ramach wnoszonych opłat za eksploatację mieszkania, czyli świadczonych de facto za darmo, także odbywa się na podstawie umowy abonamentowej, a nie jest regulowane przepisami odnoszącymi się do stosunków wewnątrzspółdzielczych.

Spółdzielnia nie ma obowiązku wynikającego ze stosunków wewnątrz spółdzielczych , zaspokajania tego rodzaju potrzeb swoich członków, a tym bardziej osób nie będących jej członkami .

Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż w stosunku zarówno do członków spółdzielni jak i do osób nie będących członkami , ale posiadających w jej zasobach lokale , spółdzielnia w zakresie swojej działalności gospodarczej polegającej na dostarczaniu usług programów telewizyjnych działa jako podmiot zewnętrzny, jako przedsiębiorca telekomunikacyjny , co wynika wprost z art. 1 ust 6 ustawy o s.m. , z umowy abonenckiej, która odsyła do przepisów kodeksu cywilnego oraz z postanowień art. 4 ustawy o s.m. dotyczących rodzaju wnoszonych na rzecz spółdzielni opłat oraz postanowień statutu spółdzielni , które wśród opłat eksploatacyjnych nie przewidują wydatków na telewizję kablową. Z tego rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej, ukierunkowanej na szeroko rozumiane zaspokajanie potrzeb członków jak i osób którym przysługuje prawo do lokalu w jej zasobach mieszkaniowych, spółdzielnia może poza tym uzyskiwać nadwyżkę przychodów nad kosztami, która to nadwyżka powinna służyć jednak celom statutowym (R. Dziczek Spółdzielnie Mieszkaniowe . Komentarz . WP Lexis Nexis W-wa 2003 r., str. 95).

Dodać jeszcze należy, iż nie ma racji pozwany podnosząc, iż z uwagi na preferencje konsumentów, którzy w związku z koniecznością ponoszenia opłat za telewizję kablową w czynszu wybierają spółdzielnię jako operatora dostarczającego im sygnał telewizyjny , należałoby rynek właściwy w niniejszej sprawie określić jako rynek usługi spółdzielczej telewizji kablowej w zainteresowanej spółdzielni, a produkt w postaci usługi telekomunikacyjnej, której koszt zostanie doliczony do czynszu i podniesie wartość wkładu mieszkaniowego nie jest produktem zamiennym w stosunku do produktu jakiegokolwiek innego operatora telekomunikacyjnego. Po pierwsze koszt usługi operatora telekomunikacyjnego nie stanowi składnika opłaty eksploatacyjnej za lokal , którego obowiązek uiszczania wynikałby z przepisów ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych i statutu , o czym była już mowa. Po drugie nie można wyznaczać rynku właściwego z uwzględnieniem już warunków , które dopiero podlegają ocenie z punktu widzenia naruszenia zasad uczciwej konkurencji (patrz komentarz do u.o.k. i k. pod red. C. Banasińskiego, E. Piontka , str. 122, t. 127) tj. polegających w niniejszej sprawie na wnoszeniu opłat abonenckich w ramach wnoszonych opłat za eksploatację mieszkania.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386§ 1 w zw. z art. 479^{31 a} § 3 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok sądu I instancji poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji , gdyż nie było podstaw do uznania bezprzedmiotowości wytoczonego przeciwko spółdzielni postępowania antymonopolowego, za wyjątkiem jednak tej jego części , która dotyczyła działalności spółdzielni nie mającej charakteru rynkowego, a wynikającej ze stosunków wewnątrzspółdzielczych, regulowanych ustawą o spółdzielniach mieszkaniowych tj. dotyczącej sposobu finansowania budowy sieci telewizji kablowej (pkt I ppk 1 decyzji) , do ingerowania w które organ antymonopolowy nie ma kompetencji . W tym zakresie na podstawie art. 385 k.p.c. powództwo zostało oddalone.

Podkreślić przy tym wyraźnie należy, iż przedmiotem niniejszego postępowania sądowego była decyzja Prezesa UOKiK umarzająca postępowanie antymonopolowe jako bezprzedmiotowe w oparciu o art. 105 § 1 k.p.a. , a nie decyzja uznająca czy też odmawiająca uznania danej praktyki za praktykę ograniczającą konkurencję. Rozważań na powyższy temat w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji całkowicie brakuje. Do takiej też decyzji i jej argumentów powinien był ustosunkować się w swoim wyroku sąd rozpoznający wniesione przez spółkę (...) odwołanie.

Brak tym samym było podstaw do uchylenia wyroku sądu I instancji i przekazania temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania w celu ustalenia czy spółdzielnia dopuściła się czy też nie praktyki ograniczającej konkurencję o co wnosił apelujący. W orzecnictwie trafnie wskazuje się, że wprawdzie SOKiK rozpoznaje odwołanie jako sąd pierwszej instancji, ale dotyczy to wyłącznie trybu rozpoznawania sprawy, nie zaś jego istoty (patrz SA w Warszawie w sprawie VI ACa 1150/11 z 8 III 2012). Jak podnosił to słusznie Prezes UOKiK w odpowiedzi na apelację przedmiotem niniejszego postępowania sądowego było ustalenie czy występują okoliczności warunkujące przeprowadzenie wobec spółdzielni postępowania antymonopolowego i zbadanie prawidłowości rozstrzygnięcia organu administracyjnego jedynie w oparciu o przesłanki wskazane w decyzji (k 344).

W związku z częściowym uchyleciem zaskarżonej decyzji tj. w zakresie jednego ze stawianych zainteresowanej zarzutów i oddaleniem odwołania w zakresie dotyczącym zarzutu drugiego, należało uznać, iż każda ze stron w równym stopniu wygrała proces, co skutkowało w oparciu o art. 100 k.p.c. wzajemnym zniesieniem kosztów postępowania pomiędzy nimi. Na tej samej zasadzie rozstrzygnięto o kosztach postępowania odwoławczego. Apelacja powoda została uwzględniona w 50 %.