



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, fax (0-61) 851-86-44
e-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 16 września 2011 r.

RPZ-410/1/11/ŁD

DECYZJA nr RPZ 17/2011

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów **uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję** i naruszającą zakaz określony w art. 6 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, zawarcie przez Polską Federację Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości z siedzibą w Gdańsku niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług zarządzania nieruchomościami, polegającego na przyjęciu w „Kodeksie etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości PFOZIAN” postanowienia o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację,

i stwierdza się jej zaniechanie z dniem 11 marca 2011 r.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, za naruszenie zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji, nakłada się na Polską Federację Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości z siedzibą w Gdańsku karę pieniężną w wysokości 2.000 złotych (słownie: dwa tysiące złotych), płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2011 r. Delegatura w Poznaniu wszczęła z urzędu postępowanie wyjaśniające w celu zbadania zasad działania organizacji zrzeszających zarządców i administratorów nieruchomości na polskim rynku.

W toku postępowania przeprowadzona została kontrola Wielkopolskiego Stowarzyszenia Licencjonowanych Zarządców Nieruchomości z siedzibą w Poznaniu (dalej WSLZN). W trakcie kontroli uzyskano m.in. informację, iż WSLZN jest zrzeszone w Polskiej Federacji Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości z siedzibą w Gdańsku (dalej PFOZIAN lub Federacja). WSLZN przekazało dokumenty związane z uczestnictwem w PFOZIAN, w tym „Kodeks etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości” (dalej kodeks etyki). W punkcie 5 kodeksu etyki zawarte było postanowienie o następującym brzmieniu:

„Zarządca nieruchomości nie powinien podejmować działań stanowiących nieuczciwą konkurencję lub nieuczciwą reklamę, ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”

W związku z powyższym, przeprowadzona została kontrola w gdańskiej siedzibie PFOZIAN, w którym jak - wskazano powyżej - zrzeszone jest WSLZN. W trakcie kontroli uzyskano potwierdzenie, że ww. kodeks etyki jest dokumentem Federacji i zawiera ww. postanowienie mówiące o obowiązku stosowania cen minimalnych.

W ocenie Prezesa Urzędu, ujęcie powyższego postanowienia w kodeksie etyki uzasadniało podejrzenie naruszenia zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję przewidzianego w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej ustawa okik lub ustawa antymonopolowa).

W związku z tym, postanowieniem z dnia 04 maja 2011 roku wszczęto przeciwko Polskiej Federacji Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości z siedzibą w Gdańsku postępowanie antymonopolowe zarzucając temu podmiotowi zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik polegającego na przyjęciu w „Kodeksie etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości PFOZIAN” postanowienia o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację,

Stanowisko Strony

W odpowiedzi na zawiadomienie Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania antymonopolowego przedsiębiorca PFOZIAN pismem z dnia 11 maja 2011 roku złożył następujące wyjaśnienia.

W pierwszej kolejności PFOZIAN wskazał, iż nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ani w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Na poparcie tej tezy Federacja wskazała, iż jej cele i zadania statutowe wskazują, iż jest organizacją *non profit*. PFOZIAN podkreślił również, iż jego naczelnym zadaniem jest ochrona konkurencji i konsumentów. W tym celu Federacja przeprowadza szkolenia mające podnieść profesjonalizm usług świadczonych przez podmioty zrzeszone w PFOZIAN.

Celowi w postaci ochrony konkurencji i konsumentów mają zdaniem Federacji służyć również przyjęte „Standardy zawodowe” oraz „Kodeks etyki zawodowej”. PFOZIAN podkreślił, iż również kwestionowany punkt 5 kodeksu etyki jest w tym zakresie istotny, ponieważ *„podkreśla konieczność przestrzegania uczciwej konkurencji”*. Odwołując się do tego postanowienia, PFOZIAN wskazał, iż ujęty w nim *„zwrot „nie powinien” nie jest wyrażeniem bezwzględnie obowiązującym, to jest imperatywnym o skutkach sankcyjnych. Wskazany zwrot jest w istocie postulatem, którego sens musi być rozpatrywany w kontekście całego kodeksu etyki zawodowej.”* W związku z tym PFOZIAN podkreślił, iż rozpatrywanie kwestionowanego postanowienia kodeksu etyki w kontekście praktyk ograniczających konkurencję stanowi jego zdaniem *„nadinterpretację”*.

Federacja zwraca również uwagę na fakt, iż obowiązek postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i wymogami rynku jest oczywisty, a PFOZIAN nie posiada możliwości narzucania swoim członkom obowiązku stosowania cen określonej wysokości za świadczone usługi.

W piśmie z dnia 20 lipca 2011 roku, PFOZIAN poinformował, iż uchwałą z dnia 11 marca 2011 roku Zarząd Federacji zdecydował o usunięciu z punktu 5 kodeksu etyki następującego zwrotu:

¹ *„Zarządca nieruchomości nie powinien podejmować działań stanowiących nieuczciwą konkurencję lub nieuczciwą reklamę, ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”*

„ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”.

W załączeniu do ww. pisma, załączono kopię uchwały potwierdzającą fakt dokonania ww. zmiany w kodeksie etyki.

Również w piśmie z dnia 20 lipca 2011 roku, PFOZIAN uzupełnił swoje stanowisko wskazując, iż w okresie obowiązywania kodeksu etyki nie było prowadzone postępowanie dyscyplinarne z powodu naruszenia jego postanowień. Federacja powtórzyła także, iż jej celem jest ochrona uczciwej konkurencji oraz klientów korzystających z usług licencjonowanych zarządców nieruchomości. PFOZIAN podkreślił również, iż ingerencja w ceny usług zarządców jest „niemożliwa”, ponieważ te podlegają regułom rynku.

Prezes Urzędu ustalił następujący stan faktyczny:

PFOZIAN jest wpisany do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i publicznych zakładów opieki zdrowotnej w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000063062.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 50)

PFOZIAN to związek stowarzyszeń i innych organizacji zrzeszających m.in. przedsiębiorców zajmujących się zarządzaniem nieruchomościami. PFOZIAN utrzymuje się przede wszystkim ze składek członkowskich oraz opłat za szkolenia. PFOZIAN działa w oparciu o statut z dnia 06 maja 2005 roku (dalej statut).

Obecnie członkami Federacji jest 31 stowarzyszeń, zrzeszających 3014 członków oraz 6 innych organizacji, do których należy 592 członków. Członkostwo w PFOZIAN jest dobrowolne i wiąże się z koniecznością odprowadzania składek. Wysokość składki jest zależna od liczby członków danego stowarzyszenia.

Przyjęcie w poczet członków PFOZIAN odbywa się na podstawie składanej deklaracji. Wraz z deklaracją przekazywana jest uchwała o przystąpieniu do Federacji. Kandydat na członka Federacji zobowiązuje się do realizowania celów Federacji oraz obowiązków wynikających z jej statutu.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 43-44)

Cele PFOZIAN są określone w statucie. Zgodnie z § 10 pkt 1 statutu, do celów Federacji należy realizacja celów wspólnych dla stowarzyszeń i organizacji związanych z zarządzaniem, administrowaniem i wyceną nieruchomości, takich jak kształtowanie właściwych relacji między właścicielami a użytkownikami nieruchomości; organizowanie współpracy pomiędzy zarządcami nieruchomości i innymi podmiotami świadczącymi usługi na rzecz nieruchomości mające na celu zaspokajanie potrzeb mieszkańców; tworzenie baz danych o nieruchomościach i wzajemna wymiana informacji, propagowanie optymalnych rozwiązań w zakresie polityki związanej z remontami i utrzymaniem nieruchomości.

Natomiast zgodnie z § 10 pkt 2 statutu, zadanie PFOZIAN w postaci prowadzenia wspólnych działań w celu profesjonalizacji zawodów zarządcy i rzeczoznawcy wycen nieruchomości jest realizowane w szczególności poprzez przyjęcie ogólnopolskich standardów zawodowych i kodeksu etyki zarządcy nieruchomości.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 57)

Dnia 06 maja 2005 roku, na podstawie uchwały nr 3 Rady Krajowej Federacji przyjęto nowe standardy zawodowe i kodeks etyki obowiązujący członków PFOZIAN. Te dokumenty zastąpiły standardy zawodowe i kodeks etyki wcześniej obowiązujące, tj. od dnia 17 maja 2002

roku.

Kodeks etyki przyjęty 06 maja 2005 roku zawierał punkt 5 o następującym brzmieniu:

„Zarządca nieruchomości nie powinien podejmować działań stanowiących nieuczciwą konkurencję lub nieuczciwą reklamę, ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”.

PFOZIAN nie podjął uchwały, w której określiłby wysokość właściwych cen minimalnych.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 43, 90-91)

W świetle pisma PFOZIAN z dnia 24 lutego 2011 roku uchwała o zatwierdzeniu standardów zawodowych z dnia 06 maja 2005 roku była rezultatem sygnałów zarządców nieruchomości z lat 2001 -2004 dotyczących stawki 1 gr za m2, co miało utrudniać negocjacje cenowe przy przetargach organizowanych na zarządzanie nieruchomości.

(akta postępowania wyjaśniającego k. 132)

PFOZIAN wraz z Ogólnopolską Izbą Gospodarki Nieruchomościami wydaje miesięcznik branżowy o nazwie „Zarządca-Doradca Biuletyn Ogólnopolskiej Izby Gospodarki Nieruchomościami oraz Polskiej Federacji Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości” (dalej biuletyn).

W biuletynie zamieszczane są przede wszystkim prawne i ekonomiczne informacje na temat zasad gospodarowania nieruchomościami (np. podatkowe aspekty sprzedaży nieruchomości czy projekty umów o zarządzanie nieruchomościami). W numerze 3/2005, opublikowany został kodeks etyki wraz z punktem 5 o ww. brzmieniu.

Oprócz ww. informacji o charakterze doradczym w biuletynie są umieszczane również opinie na temat sposobu funkcjonowania rynku nieruchomości w Polsce. W numerze 6-7/2007 umieszczona była publikacja o tytule „*SPOSÓB WYLICZENIA CENY USŁUGI "ZARZĄDZANIE NIERUCHOMOŚCIAMI" W STARYCH ZASOBACH - DYSKUSJA O RAŻĄCO NISKIEJ CENIE*”. W ramach tej publikacji zostały przedstawione szczegółowe wyliczenia wykazujące, jakie stawki za sprawowanie zarządu są zbyt niskie dla jego efektywnego prowadzenia. Autor publikacji przedstawiony został jako zarządca nieruchomości z wieloletnim doświadczeniem.

(akta postępowania antymonopolowego k. 15)

Uchwałą z dnia 11 marca 2011 roku Zarząd Federacji zdecydował o usunięciu z punktu 5 kodeksu etyki następującego zwrotu:

„ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”.

Bezpośrednią przyczyną zmiany kodeksu, jak wynika z protokołu posiedzenia Zarządu, była kontrola Prezesa Urzędu jaka miała miejsce w siedzibie PFOZiAN w Gdańsku.

(akta postępowania antymonopolowego k. 13-14)

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Stronie niniejszego postępowania antymonopolowego został postawiony zarzut stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów w związku z zawarciem przez Polską Federację Organizacji Zarządców i Administratorów z siedzibą w Gdańsku porozumienia ograniczającego konkurencję polegającego na przyjęciu w „Kodeksie etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości PFOZIAN” postanowienia o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację.

2. Interes publicznoprawny

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy okik, ustawa określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Podejmując więc działania określone w przywołanej ustawie, Prezes Urzędu występuje w funkcji rzecznika interesu publicznego².

Ochrona interesu publicznego oznacza, iż ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów „ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych.”³. Inaczej mówiąc, podstawą do zastosowania przepisów ustawy antymonopolowej jest ustalenie, czy nastąpiło naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego, nie zaś interesu jednostki⁴, czy też grupy⁵. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r., dane antykonkurencyjne działanie przedsiębiorcy lub przedsiębiorców traci swój indywidualny lub grupowy charakter, „gdy skutkami działań sprzecznych z przepisami obu ustaw dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku, a nie tylko jeden podmiot, względnie gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska”⁶.

Ochrona konkurencji jako mechanizmu funkcjonowania gospodarki dokonywana jest zatem ze względu na fakt, iż praktyki naruszające poszczególne przepisy ustawy, w szczególności zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję, godzą w dobrobyt konsumenta (ang. *consumer welfare*) i jako sprzeczne z naczelną funkcją ustawy powinny być surowo karane. Praktyką godzącą w ostateczności w dobrobyt konsumenta jest zawieranie porozumień ograniczających konkurencję cenową, co może prowadzić do podniesienia cen lub ograniczenia zakresu wyboru, z jakiego korzysta konsument.⁷

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 21 marca 2005 r. wskazał, iż ochronę interesu publicznego określonego w ustawie antymonopolowej należy utożsamiać z „istnieniem i rozwojem konkurencji na wszystkich rynkach właściwych”⁸. Tym samym, „działanie ograniczające jej powstanie lub rozwój interes ten narusza”⁹.

Zgodnie z art. 6 ustawy okik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Oznacza to, iż ustawodawca za pośrednictwem przywołanego przepisu wprowadził zasadę ochrony konkurencji „jako zjawiska instytucjonalnego, czyli zachowania takiego status quo na rynku właściwym, które pozwoli na podejmowanie przez przedsiębiorców autonomicznych (samodzielnych) decyzji rynkowych”¹⁰. Należy przy tym zauważyć, iż ustawodawca konstruując przywołaną regulację wskazał wyraźnie, iż „zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie,

² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 04.07.2001 r. sygn. akt XVII Ama 108/00.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.05.2001 r. sygn. akt I CKN 1217/98.

⁴ Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 3 kwietnia 2002 r. (XVII Ama 88/01) wyraźnie wskazał, iż „Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest ochrona prywatnoprawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta”.

⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt XVII AmA 47/2001.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 27 sierpnia 2003 r., I CKN 527/01.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19.10.2006 r., sygn. akt III SK 15/06, 2007/21-22/337.

⁸ XVII Ama 16/04.

⁹ Jak wyżej.

¹⁰ C. Banasiński [red.], *Ustawa o Ochronie Konkurencji Konsumentów. Komentarz.*, Warszawa 2009, s. 180.

ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części¹¹”.

Szczególnie szkodliwe z punktu widzenia ochrony konkurencji¹² jest porozumienie dot. ustalania cen¹³, jako ingerencja w podstawowy obszar rywalizacji przedsiębiorców na danym rynku właściwym¹⁴. Wylączenie bowiem konkurencji cenowej pomiędzy przedsiębiorcami poprzez zawarcie stosownego porozumienia może z jednej strony prowadzić do wzrostu cen za rozprowadzane towary lub usługi¹⁵, a z drugiej strony niweluje impuls dla tych samych przedsiębiorców do zwiększania efektywności swoich działań¹⁶.

W przedmiotowej sprawie, inicjator porozumienia (PFOZIAN) zastrzegł sobie prawo do wskazania w ofertach przetargowych minimalnych cen usług. Celem porozumienia było więc ograniczenie swobody członków podmiotów zrzeszonych bezpośrednio w zakresie ustalania cen w przetargach.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes Urzędu uznał ww. porozumienie cenowe przedsiębiorców zawierane na podstawie kodeksu etyki za naruszające interes publiczny chroniony ustawą antymonopolową.

3. Status przedsiębiorcy

Kluczowe zastrzeżenia zgłoszone przez PFOZIAN wobec stawianego w przedmiotowym postępowaniu antymonopolowym zarzutu dotyczyły tego, iż zdaniem Federacji nie można jej przypisać statusu przedsiębiorcy, ani na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ani na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem PFOZIAN, brak statusu przedsiębiorcy wynika jasno z jego statutu, który wskazuje że Federacja stanowi organizację *non profit*.

W związku z powyższym, wskazać należy co następuje:

Postępowanie antymonopolowe może być prowadzone przeciwko podmiotowi, który nie mieści się w definicji przedsiębiorcy ujętej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (dalej także przedsiębiorca *sensu stricte*). Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów posiada bowiem własną definicję przedsiębiorcy ujętą w treści art. 4 pkt 1 tej ustawy. W przywołanym przepisie wskazane są podmioty, które stanowią przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy okik.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit d. ustawy okik, na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów przez przedsiębiorcę należy rozumieć również związek przedsiębiorców. Przy tym, zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy okik, przez związki przedsiębiorców należy rozumieć izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców jak również związki tych organizacji. W konsekwencji, przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji są nie tylko podmioty, które prowadzą działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, ale również i takie, które takich przedsiębiorców *sensu stricte* zrzeszają, a nawet takie, które zrzeszają organizacje, które zrzeszają wspomnianych przedsiębiorców *sensu stricte*.

Wobec powyższego zauważyć należy, iż spośród zarządców nieruchomości należących do organizacji zrzeszonych w PFOZIAN występują również przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o

¹¹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r. sygn. akt XVII Ama 40/02, Dz.Urz.UOKiK 2004/3/310.

¹² D.G. Goyder, *EC Competition law*, Londyn 2003, s. 142.

¹³ Na szczególną szkodliwość porozumień cenowych wskazywała również wielokrotnie Komisja Europejska m.in. w decyzji z dnia 11 czerwca 2002 roku, punkt 506, OJ L 56, 24.02.2004.

¹⁴ K. Kohutek, M.Sieradzka, *Komentarz do art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U.07.50.331), [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2008.

¹⁵ K. Kohutek, M.Sieradzka, *Komentarz do art. 6 ...*,

¹⁶ E. Modzelewska – Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 71.

swobodzie działalności gospodarczej (przedsiębiorcy *sensu stricto*). Przykładem takiej sytuacji, jest WSLZN, który był kontrolowany w toku postępowania wyjaśniającego. Członków tego stowarzyszenia (tj. WSLZN) można podzielić na cztery grupy:

- pracownicy spółdzielni mieszkaniowych (zarząd i administracja),
- pracownicy firm deweloperskich,
- szefowie firm zarządzających nieruchomościami,
- osoby prowadzące działalność na własny rachunek.

Uznać więc należy, iż PFOZIAN jest organizacją zrzeszającą inne organizacje, których członkami są przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W konsekwencji, na podstawie ww. art. 4 pkt 1 lit d. ustawy okik należy PFOZIAN zakwalifikować jako przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku - rynku właściwym. Ustawa antymonopolowa definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ustawy okik).

Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ustawy okik). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego), a także geograficznego.

Kwestionowane postanowienie ma na celu ograniczenie swobody zarządców nieruchomości w zakresie wyznaczania cen przetargowych za oferowane przez siebie usługi. Dokonując ustalenia rynku właściwego produktowo, należy wskazać jakiego rodzaju usługi są wykonywane przez zarządców, żeby można było ustalić substytuty dla nich. Wykonywanie usług zarządzania nieruchomościami zostało uregulowane przede w treści postanowień ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz.U. Nr 102 z 2010 r., poz. 651 ze zm.;dalej ustawa o gospodarowaniu).

W świetle postanowień przywołanej ustawy o gospodarowaniu, zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności:

- 1) zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości;
- 2) zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości;
- 3) zapewnienie właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów Prawa energetycznego;
- 4) bieżące administrowanie nieruchomością;
- 5) utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem;
- 6) uzasadnione inwestowanie w nieruchomość.

Zarządca nieruchomości może również wykonywać opracowania i ekspertyzy oraz prowadzić doradztwo w zakresie zarządzania nieruchomościami. Natomiast, samą możliwość

świadczenia ww. usług oraz posługiwanie się przy tym tytułem zarządcy nieruchomości, ustawodawca uzależnia od uzyskania właściwej licencji.

Należy zauważyć, iż czynności wchodzące w obręb zarządzania nieruchomościami są wykonywane nie tylko przez zarządców nieruchomości, ale również przez podmioty zajmujące się pełnym administrowaniem nieruchomościami, w tym wykonywaniem prawa własności. Chodzi tu przede wszystkim o spółdzielnie mieszkaniowe i wspólnoty mieszkaniowe. Należy jednak zauważyć, iż w przeciwieństwie do zarządców nieruchomości, wspomniane podmioty nie są mobilne, tzn. ich działalność jest związana z konkretnymi nieruchomościami. Poza więc wyjątkowymi sytuacjami nie będą one stanowiły konkurencji dla zarządców nieruchomości startujących w przetargach.

Z drugiej strony, nie można pomijać faktu, iż na rynku krajowym występują podmioty, które świadczą usługi zbliżone zakresem do ustawowego określenia zadań zarządcy nieruchomości, a które zarządcami licencjonowanymi nie są. Tym niemniej, ze względu na zbliżony charakter wykonywanych zadań w oczywisty sposób stanowią one konkurencję właśnie dla licencjonowanych zarządców. Chodzi tu o przedsiębiorców, którzy oferują świadczenie usług zarządzania nieruchomościami, pomimo braku stosownej licencji (dalej jako „nielicencjonowani zarządcy”).

Należy więc przypomnieć, iż celem zawartego porozumienia było ograniczenie konkurencji cenowej w zakresie usług świadczonych przez zarządców nieruchomości, a więc w konsekwencji doprowadzenie do eliminacji różnic w cenach usług zarządzania nieruchomościami. Tym samym, trafne jest przyjęcie, iż rynkiem właściwym produktowo w przedmiotowej sprawie jest rynek usług zarządzania nieruchomościami niezależnie od kategorii podmiotów, które te usługi wykonują (tj. zarówno licencjonowanych jak i „nielicencjonowanych” zarządców nieruchomości).

Odnosnie rynku właściwego geograficznie, w ocenie Prezesa Urzędu, rynkiem takim jest **rynek krajowy**. Prawdopodobnie takiego określenia rynku geograficznego potwierdza fakt, iż zarządzanie nieruchomościami jest prowadzone zarówno w ramach działalności gospodarczej wykonywanej przez osoby fizyczne działające na ograniczonym obszarze jak i przez przedsiębiorców oferujących swoje usługi na terenie całego kraju.

Za przyjęciem rynku krajowego przemawia także fakt, iż nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek świadczenia usług zarządzania nieruchomościami na terenie różnych regionów Polski. Należy przy tym w szczególności zwrócić uwagę na fakt, iż już na gruncie przepisów ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami, czynności zarządzania mogą być wykonywane nie tylko bezpośrednio przez samego zarządcę, ale i przez pomocników pozostających pod jego nadzorem (art. 185 ust. 1b ustawy o gospodarowaniu). Oznacza to elastyczność dla wykonywania czynności zarządzania nieruchomościami w tym sensie, iż zarządca nieruchomości może prowadzić swoją działalność na wielu nieruchomościach, jeżeli posiada wystarczającą ilość pomocników pod swoim nadzorem.

Działalność tego rodzaju może być prowadzona na terenie kilku województw lub nawet na terenie całego kraju ze względu na znikome bariery ekonomiczne. Wykonywanie zarządu nieruchomości nie wymaga bowiem ani posiadania szczególnych środków finansowych ani narzędzi (np. specjalistycznych urządzeń budowlanych). Podstawowy zakres czynności zarządcy nieruchomości może być bowiem wykonywany przez niego osobiście, bez konieczności posiadania szczególnych środków, poza zwykłymi materiałami biurowymi takimi jak przybory do pisania czy komputer. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż istniejące bariery prawne (nawet w przypadku zarządców licencjonowanych) nie wiążą zarządcy nieruchomości z konkretnym regionem kraju, tzn. może on świadczyć swoje usługi na obszarze całej Polski.

W przypadku tzw. Nielicencjonowanych zarządców brak jest w ogóle szczególnych barier prawnych, a bariery ekonomiczne są analogiczne jak w przypadku podmiotów posiadających licencję. Wobec tego, jako właściwy rynek geograficzny został uznany obszar Polski.

W świetle przedstawionej analizy, rynkiem właściwym w przedmiotowej sprawie jest krajowy rynek usług zarządzania nieruchomościami.

Niezależnie od powyższego, ponieważ w przedmiotowej sprawie zarzut dotyczył porozumienia cenowego, w związku z treścią art. 7 ust.2 ustawy okik nie ustalano precyzyjnie udziału w rynku uczestników porozumienia. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażanym wielokrotnie w orzecznictwie antymonopolowym¹⁷ ewentualne uchybienia w zakresie określenia rynku i błędne przyjęcie udziału rynkowego nie mają znaczenia dla treści rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy nie znajduje zastosowania reguła *de minimis*.

5. Porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

5.1. Porozumienie.

Ustawodawca w Dziale II ustawy antymonopolowej wyróżnił dwa rodzaje praktyk ograniczających konkurencję, tj. porozumienia ograniczające konkurencję oraz nadużywanie pozycji dominującej.

Zgodnie z art. 4 pkt 5 ustawy antymonopolowej, przez porozumienie rozumie się:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W przedmiotowej sprawie, porozumienie przybrało postać określoną w lit. c przywołanego przepisu. PFOZIAN bowiem jako stowarzyszenie organizacji zrzeszających przedsiębiorców, przyjął uchwałę na mocy, której określił obowiązek stosowania określonych przez siebie cen minimalnych.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy okik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów.

PFOZIAN przyjął w „Kodeksie etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości PFOZIAN” postanowienia o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację o następującym brzmieniu:

„Zarządca nieruchomości nie powinien podejmować działań stanowiących nieuczciwą konkurencję lub nieuczciwą reklamę, ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”

Z treści przytoczonego postanowienia wylania się następujący mechanizm funkcjonowania porozumienia. Otóż, PFOZIAN udzielił sobie uprawnienia do określenia cen minimalnych, jakie mają stosować przedsiębiorcy będący członkami organizacji zrzeszonych w Federacji. Przy tym, przywołane postanowienie dotyczy wyłącznie tych cen, jakie zarządcy nieruchomości mieliby zgłaszać w toku postępowań przetargowych (dalej także ceny przetargowe). Inaczej mówiąc, to PFOZIAN miał wskazywać minimalną wysokość ceny, jaką może przedstawić w przetargu przedsiębiorca (zarządca nieruchomości) będący członkiem organizacji zrzeszonej w Federacji.

¹⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 lutego 2007 r. sygn. akt XVII Ama 98/06; Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XVII Ama 53/07.

„Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich”¹⁸, w szczególności w zależności od tego, czy posiadały formę pisemną, czy ustną. W przedmiotowej sprawie, w toku postępowania wyjaśniającego pozyskany został dowód bezpośredni w postaci ww. kodeksu etyki zawierającego przywołane powyżej postanowienie. W materiale dowodowym znajduje się również uchwała PFOZIAN wprowadzająca ww. postanowienie do kodeksu etyki. Tym samym, brak jest wątpliwości natury dowodowej co do zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję¹⁹.

PFOZIAN zakwestionował niezgodność ww. postanowienia kodeksu etyki z ustawą antymonopolową bazując *de facto* na trzech argumentach.

Po pierwsze, Federacja uznała, że *„zapis pkt 5 Kodeksu Etyki Zawodowej literalnie podkreśla konieczność przestrzegania uczciwej konkurencji”*.

Po drugie, wskazano, iż ujęty w kwestionowanym postanowieniu kodeksu etyki zwrot nie oznacza obowiązku stosowania cen minimalnych, a stanowi jedynie postulat.

Po trzecie, PFOZIAN podkreślił, iż nie ma wpływu na ceny stosowane przez zarządców nieruchomości.

Odwołując się do przedstawionej argumentacji Federacji, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż ocena antykonkurencyjnego charakteru danego postanowienia powinna być dokonywana w oparciu o *„czysto obiektywne kryteria, oderwane od subiektywnych zamiarów stron czy motywów działania”*²⁰. W konsekwencji, cel danego porozumienia należy rozumieć jako *„wolę jego uczestników wyrażoną w treści dokumentu”*²¹. Inaczej mówiąc, antymonopolowa wykładnia porozumień zakłada, iż literalne brzmienie danego zapisu umownego odzwierciedla wolę przedsiębiorców, którzy daną umowę zawarli.

Odnosząc powyższe uwagi do przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż wykładnia tego (konkretnego) postanowienia odbywa się w oparciu o jego literalne brzmienie, czyli takie jakie jest zapisane w kodeksie etyki. Inaczej mówiąc, oznacza to prymat dosłownego brzmienia postanowienia cenowego przy dokonywaniu jego interpretacji.

Biorąc powyższe pod uwagę zauważyć należy, iż w kwestionowane postanowienie umowne posiadało następujące brzmienie:

„Zarządca nieruchomości nie powinien podejmować działań stanowiących nieuczciwą konkurencję lub nieuczciwą reklamę, ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”

Nie ma wątpliwości, iż pierwsza część przywołanego postanowienia mówi o prowadzeniu działań zgodnych z regułami uczciwej konkurencji. Jednakowoż tak jak przedstawiono w sentencji decyzji i zarzucie postawionym PFOZIAN w toku postępowania antymonopolowego, jako niezgodna z ustawą oklik kwestionowana była ta część ww. postanowienia kodeksu etyki, która mówi o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację. Literalnie chodzi tu więc o następujący fragment pkt 5 kodeksu etyki:

„...ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”

W świetle powyższego brak jest wątpliwości, iż wbrew ww. pierwszemu argumentowi PFOZIAN, w treści kwestionowanego postanowienia kodeksu etyki jest mowa o obowiązku stosowania cen minimalnych, a nie o zachowaniu zgodnym z regułami uczciwej konkurencji. Biorąc również pod uwagę fakt, iż jak wskazano powyżej w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo antymonopolowe, analiza postanowień cenowych odbywa się w ramach wykładni literalnej, to należy podkreślić, iż zwrot:

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego, III SK 6/06 Dz.Urz.UOKiK 2007/3/39 2006.08.09

¹⁹ C. Banasiński [red.], „Ustawa ...”, s. 182.

²⁰ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 29 czerwca 2007 roku, RWR-20/2007.

²¹ Decyzja Prezesa Urzędu z dnia 29 czerwca 2007 roku, RWR-20/2007.

„Zarządca nieruchomości nie powinien (...) stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.” jednoznacznie stanowi o obowiązku stosowania cen minimalnych. Nie ma tu w żadnym wypadku mowy, jak sugeruje PFOZIAN o „postulacie”. Tym samym, również i drugi argument Federacji jest nietrafny.

Trzeci ww. argument PFOZIAN zmierzał do stwierdzenia, iż kwestionowane postanowienie kodeksu nie było wykonywane, ponieważ Federacja nie posiadała instrumentów pozwalających na wymuszenie wprowadzania cen minimalnych przez zarządców nieruchomości. Ten argument należy odrzucić z dwóch powodów.

Po pierwsze, w § 15 statutu PFOZIAN wskazane jest, iż członek zwyczajny ma obowiązek przestrzegania i realizacji postanowień statutu Federacji oraz realizacji uchwał i decyzji władz Federacji. Natomiast, zgodnie z § 19 statutu PFOZIAN, utrata członkostwa w Federacji następuje m.in. w przypadku wykluczenia przez Zarząd na skutek nie wywiązania się przez członka z jego obowiązków określonych w niniejszym statucie.

Biorąc pod uwagę fakt, iż to nie zarządcy nieruchomości bezpośrednio są członkami PFOZIAN, a organizacje ich zrzeszające uznać należy, iż ww. postanowienia statutu Federacji znajdują zastosowanie, gdy członkowie organizacji zrzeszonych w PFOZIAN (tj. zarządcy nieruchomości) stosowaliby ceny niższe ustalone przez Federację. Inaczej mówiąc, na podstawie § 19 statutu PFOZIAN określona organizacja lub organizacje mogłyby zostać wykluczone z Federacji, jeżeli jej członkowie stosowaliby ceny przetargowe niższe aniżeli te ustalone przez PFOZIAN.

Wbrew więc twierdzeniom PFOZIAN, Federacja posiada instrumenty dyscyplinujące podmioty działające niezgodnie z jej uchwałami, a więc i z uchwałą wprowadzającą kodeks etyki zawierający kwestionowane postanowienie.

Faktem jest, iż członkostwo w PFOZIAN jest dobrowolne, ale wiąże się z pewnymi korzyściami dla jego członków. Przykładem może być udział w organizowanych przez PFOZIAN szkoleniach specjalistycznych podnoszących kwalifikacje zarządców i pośredników w obrocie nieruchomościami, czy praktykach zawodowych uprawniających do uzyskania licencji państwowej zarządcy i pośrednika w obrocie nieruchomościami. Przynależność do związku wiąże się także z wpływem na jego prace. Jest to o tyle istotne, iż Federacja jest czynnym uczestnikiem (z głosem doradczym) prac sejmowej komisji infrastruktury. Ponadto, PFOZIAN czynnie współpracuje z departamentami branżowymi Ministerstwa Infrastruktury²². Bycie członkiem PFOZIAN to więc nie tylko walory szkoleniowe, ale również możliwość wpływania na zmiany prawne w sektorze infrastruktury.

Po drugie, jak przedstawiono powyżej, PFOZIAN sugerował, iż obowiązek stosowania cen minimalnych nie był wykonywany. Wobec tego wskazać należy, iż konstrukcja art. 6 ustawy okik nie wiąże wystąpienia antykonkurencyjnego skutku (np. pojawienia się ujednoliconych cen) z możliwością postawienia zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej. Zgodnie bowiem z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na bezpośrednim lub pośrednim ustalaniu cen zakupu lub sprzedaży towarów. Ze względu na przywoływaną już powyżej szeroką definicję towaru w ustawie antymonopolowej²³, zakaz dot. również ustalania cen za świadczone usługi.

W powołanym przepisie zawarta jest alternatywa „lub”, która determinuje wykładnię analizowanej regulacji w ten sposób, iż zakazane są zarówno takie porozumienia, których wyłącznie celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, jak

²² <http://www.pfozian.org/index.php/pfozian>

²³ Punkt Rynek właściwy.

i takie, które takiego celu nie przewidują, ale na skutek ich wykonywania nastąpiło naruszenie konkurencji na danym rynku właściwym.

Takie stanowisko zajął również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów m.in. w wyroku z dnia 29 maja 2008 roku²⁴ wskazując iż, „z redakcji tego przepisu jasno też wynika, iż nie jest okolicznością istotną czy planowany cel lub skutek został przez porozumiewające się strony osiągnięty i czy porozumienie weszło w życie. **Zakazane jest już samo porozumienie** określone w art.5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów²⁵. Przy tym należy mieć na względzie, że ustawodawca w art.4 pkt 4 b Ustawy wprowadził definicję porozumienia zgodnie z którą, przez porozumienia rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki”.

Analogicznie w kwestii interpretacji analizowanej regulacji wypowiada się doktryna : „**Nie tylko skutek porozumienia [ograniczającego konkurencję], lecz również nakierowanie działania na osiągnięcie celu sprzecznego z prawem, wymierzonego przeciwko innym uczestnikom rynku jest zakazane, choćby skutku takiego nie powodowało.**”²⁶

Za niezgodnością już samego porozumienia z prawem antymonopolowym, bez konieczności wykazywania jego wykonywania opowiedział się również Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 28 czerwca 2005 r. wskazując, iż: „do zastosowania art. 85 ust. 1 traktatu wystarczy, że porozumienie ma na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji niezależnie od jego rzeczywistych skutków.”²⁷

Ponadto, biorąc bowiem pod uwagę treść art. 1 ust. 2 ustawy antymonopolowej stanowiącego, iż „**Ustawa** (ustawa oikik) **reguluje** zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, **jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki** na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” – to ustawa antymonopolowa znajduje również zastosowanie, gdy dana praktyka przedsiębiorcy lub przedsiębiorców zagraża konkurencji na rynku. Zgodnie bowiem z poglądem reprezentowanym m.in. przez K. Kohutka²⁸, ustawa antymonopolowa ma nie tylko służyć usuwaniu skutków naruszenia konkurencji, ale i przeciwdziałać jego naruszeniom. W tym miejscu należy przywołać potwierdzające prewencyjny charakter ustawy antymonopolowej stanowisko zaprezentowane przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 15 lipca 1998 roku, zgodnie z którym „dla uznania konkretnego działania za przejaw praktyki monopolistycznej nie jest wcale konieczne, aby owo zachowanie wywołało skutki na rynku. **Dla bytu praktyki monopolistycznej wystarczająca jest już możliwość wystąpienia na rynku negatywnych skutków będących przejawem ograniczenia**

²⁴ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sygn. Akt XVII Ama 53/07 Dz.Urz.UOKiK 2008/4/37 2008.05.29.

²⁵ W powołanym wyroku mowa jest o art. 5 ustawy antymonopolowej, ponieważ rozstrzygnięcie zapadało w oparciu o uprzednio obowiązującą ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 244, poz.2080 ze zm.), której art. 5 w ustępie 1 pkt.1 odpowiadał obecnemu brzmieniu art.6. ust.1 pkt. 1 aktualnie obowiązującej ustawy antymonopolowej.

²⁶P. Bielińska-Grotthuss, „Porozumienia ograniczające konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym”, Lex nr 42358/2.

²⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Dansk Rørindustri v Commission C 189/02.

²⁸ K. Kohutek, M.Sieradzka, „Komentarz do art. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.07.50.331), [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, LEX, 2008.:

„Zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 in fine u.o.k.k. jej regulacje znajdują zastosowanie nie tylko do antykonkurencyjnych praktyk, które **faktycznie wywołują** lub już wywołały określony skutek na obszarze Polski. Reżimem tej ustawy objęte są także praktyki, które skutek taki jedynie **"mogą wywołać"** na terytorium naszego kraju (zob. art. 1 ust. 2 in fine u.o.k.k.). Oznacza to, że organy antymonopolowe (w tym sąd ochrony konkurencji i konsumentów) mają obowiązek oceniać postępowanie przedsiębiorcy od strony skutków, jakie mogą one nawet hipotetycznie wywołać na rynku. Przewidziane w ustawie mechanizmy ochronne mają zatem zarówno **represyjny, jak i prewencyjny charakter**”.

konkurencji”²⁹. Natomiast, w wyroku z dnia 24 lipca 2003 r.³⁰ Sąd Najwyższy wskazał, iż „*stan potencjalnego zagrożenia*” dla zasad swobodnej konkurencji jest niedopuszczalny z punktu widzenia rozwiązań ustawy antymonopolowej jako naruszający chroniony przez tą ustawę interes publiczny w postaci konkurencji.

Tym samym, skutek w postaci realizacji antykonkurencyjnego celu danego porozumienia nie jest konieczny by móc postawić zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej, na co wyraźnie wskazał Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 24 marca 2004 roku³¹ formułując tezę, iż „*zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części.*” Inaczej mówiąc, o możliwości postawienia zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej decyduje „*już sam **uzgodniony zamiar** przedsiębiorców wpłynięcia na rynek w sposób sprzeczny z prawem, nie zaś skutek takiego działania.*”³².

Powolywane powyżej postanowienie kodeksu etyki wskazujące na obowiązek stosowania przez zarządców nieruchomości określonych cen minimalnych w przetargach stanowi porozumienie o antykonkurencyjnym celu w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik. Zgodnie więc ze stanowiskiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w wyroku z dnia 05 września 2005 roku „*nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania [porozumienia] przez przedsiębiorcę*”³³, by móc postawić zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej. Tym samym, „*nie ma znaczenia, czy strony przystąpiły do wykonywania tego porozumienia lub jego egzekwowania*”³⁴.

W świetle powyższego, samo zawarcie w kodeksie etyki postanowienia określającego zasady ustalania cen stanowi naruszenie ustawy antymonopolowej.

5.4 Podsumowanie.

Podsumowując powyższe ustalenia dotyczące antykonkurencyjności postanowienia cenowego zawartego w kodeksie etyki należy wskazać, iż przedmiotowe postanowienie umowne samo przez się stanowi naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy okik. Ustawodawca bowiem nie uzależnił możliwości postawienia zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej ani od tego, czy w wyniku wykonywania danej umowy wystąpi antykonkurencyjny skutek, ani od tego czy przewidziany w danym porozumieniu antykonkurencyjny cel został zrealizowany. Nie stanowi również przesłanki wyłączającej możliwość postawienia zarzutu naruszenia ustawy antymonopolowej okoliczność odmiennej interpretacji postanowień danego porozumienia, aniżeli takiej która wynika literalnie z ich treści i mieści się normie przepisanej w art. 6 ust.1 ustawy okik. Inaczej mówiąc, **samo zamieszczenie postanowienia cenowego w kodeksie etyki w ww. brzmieniu stanowi naruszenie ustawy antymonopolowej.**

5.5 Możliwość wyłączenia.

Ustawa antymonopolowa w artykułach 7 i 8 stanowi o możliwości wyłączenia zastosowania jej postanowień do niektórych porozumień ograniczających konkurencję.

5.5.1 Zasada *de minimis*.

²⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. akt: XVII Ama 32/98

³⁰ Dz.Urz.UOKiK 2004/1/283, sygn. akt I CKN 496/01

³¹ Wyrok SOKiK z dnia 24 marca 2004 r. sygn.: XVII Ama 40/02

³² S. Gronowski, „*Ustawa antymonopolowa. Komentarz*”, Warszawa 1999 r. s. 174, por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 1 marca 1993 r. sygn. akt XVII Amr 37/92, OG 1993, z. 3, poz. 63.

³³ XVII Ama 63/04, niepubl.

³⁴ Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, sygn. Akt XVII Ama 136/02.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy okik, zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do porozumień zawieranych między:

- 1.) konkurentami, których łączny udział w rynku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 5%;
- 2.) przedsiębiorcami, którzy nie są konkurentami, jeżeli udział w rynku posiadany przez któregośkolwiek z nich w roku kalendarzowym poprzedzającym zawarcie porozumienia nie przekracza 10%.

Przywołana powyżej regulacja ustanawia więc zasadę wyłączenia spod regulacji antymonopolowej porozumień mniejszej wagi³⁵, czyli tych, które są zawierane pomiędzy przedsiębiorcami nieposiadającymi dużego udziału w rynku. Zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy okik tzw. *zasada de minimis* znajduje więc zastosowanie do porozumień, „które nieodczuwalnie oddziałują na konkurencję na danym rynku właściwym”³⁶ właśnie ze względu na niski udział uczestników takiego porozumienia na danym rynku właściwym³⁷.

Jednocześnie jednak ust. 2 art. 7 ustawy okik stanowi, iż zasada *de minimis* nie znajduje zastosowania m.in. do porozumień wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 1.

Ceny są bowiem elementem umowy na ogół najsilniej oddziałującym na relacje konkurencyjne pomiędzy przedsiębiorcami, a zarazem wpływającymi na atrakcyjność oferty dla konsumentów. Nieskrępowana i niezakłócona konkurencja cenowa wymusza ponadto na przedsiębiorcach podejmowanie działań zmierzających do racjonalizacji wysokości kosztów oraz wzrostu efektywności. Dlatego też prawo konkurencji jak i orzecznictwo organów zajmujących się ochroną konkurencji kładzie szczególny nacisk na wykrywanie tego rodzaju porozumień na rynku.

Skoro zatem będące przedmiotem niniejszej sprawy porozumienie dotyczyło zasad ustalania minimalnych cen przetargowych na usługi zarządców nieruchomości, a tego rodzaju porozumienie w przywołanym powyżej ustępie 2 art. 7 ustawy antymonopolowej zostało wyłączone spod możliwości zastosowania zasady *de minimis*, to tym samym postanowienie to nie podlega wyłączeniu na podstawie ww. przepisu.

5.5.2 Uzasadnienie gospodarcze antykonkurencyjnego porozumienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy okik zakazu zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1.) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2.) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;
- 3.) nie nakładają na zainteresowanych przedsiębiorców ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów;
- 4.) nie stwarzają tym przedsiębiorcom możliwości wyeliminowania konkurencji na rynku właściwym w zakresie znacznej części określonych towarów.

Natomiast zgodnie z ustępem 2 powołanego przepisu ustawy antymonopolowej, ciężar udowodnienia powyższych okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy. Przy tym ograniczenie się przedsiębiorcy wyłącznie do uprawdopodobnienia spełnienia przesłanek określonych w art. 8

³⁵ E. Modzelewska – Wąchal, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Warszawa 2000, s. 88.

³⁶ T. Skoczny [red.], „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.”, Warszawa 2009, s.436.

³⁷ K.Kohutek [red.], „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz.”, Warszawa 2008, s. 296.

ust.1 ustawy okik jest niewystarczające dla możliwości zastosowania wobec danego porozumienia opisywanego wyłączenia ustawowego³⁸.

Zaznaczyć należy, iż PFOZIAN nie przedstawiał wyjaśnienia gospodarczego dla wprowadzonego postanowienia kodeksu etyki. Co więcej, w toku postępowania antymonopolowego Federacja nie przedstawiała żadnego (tj. również nieekonomicznego) uzasadnienia dla zakwestionowanego postanowienia.

Jedynie w toku postępowania wyjaśniającego, w ramach kontroli przeprowadzonej w PFOZIAN przedłożył wyjaśnienie pisemne w następującym brzmieniu:

„ W ciągu 2001-2004 roku zarządcy nieruchomości sygnalizowali stosowanie przy zarządzaniu nieruchomościami gruntowymi (np. tereny po zlikwidowanych PGR –ach, Kopalniach) stawki 1 gr za m2, co miało utrudniać negocjacje cenowe przy przetargach organizowanych na zarządzanie.

Stąd też na Walnym Zgromadzeniu w dniu 06.05.2005 roku przyjęto uchwał „ o zatwierdzeniu standardów zawodowych” na 4.780 głosów przeciw było 308, wstrzymało się 106.”

Należy zauważyć, iż powyższe wyjaśnienia nie tylko nie przedstawiają ww. określonego ustawą antymonopolową uzasadnienia gospodarczego dla przyjęcia kwestionowanego postanowienia kodeksu etyki, ale świadczą o wyraźnym zamiarze ograniczenia konkurencji cenowej w przetargach na usługi zarządców nieruchomości.

Podsumowując, ciężar udowodnienia ww. okoliczności spoczywa na przedsiębiorcy, a PFOZIAN nawet nie próbował wykazać spełnienia ww. przesłanek. Niezależnie od tego, w ocenie Prezesa Urzędu, nie sposób wskazać żadnych korzyści organizacyjnych, technicznych, czy gospodarczych, jakie miałyby przynieść zarzucane porozumienie. Z tych względów nie istnieją, zdaniem Prezesa Urzędu, podstawy do wyłączenia niniejszego porozumienia spod zakazu określonego w art. 6 ust. 1 ustawy antymonopolowej w oparciu o regułę rozsądku.

W konsekwencji, przywołany na wstępie art. 8 ust. 1 ustawy okik nie znajduje zastosowania do postanowienia podlegającego ocenie w niniejszym postępowaniu.

5.6 Zaniechanie stosowania praktyki.

Uchwałą z dnia 11 marca 2011 roku Federacja zdecydowała o usunięciu z punktu 5 kodeksu etyki następującego zwrotu:

„ani też stosować w ofertach przetargowych cen usług niższych niż minimalne ustalone przez Federację.”.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w przedmiotowej sprawie podstawą do uznania naruszenia ustawy antymonopolowej była obecność w kodeksie etyki ww. postanowienia wskazać należy, iż jego usunięcie należy rozumieć jako zaniechanie jej stosowania.

Ponieważ ww. uchwała weszła w życie z dniem jej podjęcia za dzień zaniechania stosowania zarzucanej praktyki uznać należy 11 marca 2011 roku.

6. Kary.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy okik, organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6 ww. ustawy, w zakresie niewylączonym na podstawie art. 7 i 8 ustawy okik.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej posiada więc fakultatywny charakter. Skuteczna polityka karania wymaga jednak, by w przypadku stwierdzenia stosowania przez przedsiębiorcę praktyki ograniczającej konkurencję zasadą było nakładanie kary

³⁸ T.Skoczny [red.], „Ustawa ... ” , s.475.

pieniężnej³⁹.

Ustawa antymonopolowa nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniana jest wysokość nakładanych na przedsiębiorców kar. Norma prawna wynikająca z art. 111 ww. ustawy stanowi jedynie, iż przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa między innymi w art. 106 należy uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy, przy czym – stosownie do art. 130 ustawy antymonopolowej – przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o którym mowa w art. 111 tej ustawy, uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 oraz z 2006 r. Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834). Jest rzeczą oczywistą, iż na wysokość kary musi mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto w judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć⁴⁰. Nałożona przez organ antymonopolowy kara pieniężna powinna pełnić funkcję represyjną (tj. stanowić dolegliwość za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej), a także prewencyjną (tj. zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości). W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

W punkcie I niniejszej decyzji organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przez stronę przedmiotowego postępowania art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy oikik poprzez przyjęcie w „Kodeksie etyki zawodowej licencjonowanych zarządców nieruchomości PFOZIAN” postanowienia o obowiązku stosowania w ofertach przetargowych cen usług nie niższych niż minimalne ceny ustalone przez Federację. Przedmiotowe porozumienie nie korzysta z wyłączenia spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję ani na podstawie art. 7 ustawy antymonopolowej, ani na podstawie art. 8 ustawy oikik. Daje to podstawy do nałożenia na PFOZIAN kary pieniężnej w oparciu o art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy.

W roku 2010 Federacja uzyskała przychód w wysokości [usunięto] zł. Maksymalny wymiar kary wynosi więc w przybliżeniu [usunięto] zł.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy w pierwszej kolejności dokonał oceny natury stwierdzonego w niniejszej decyzji naruszenia, która determinuje wysokość kwoty bazowej kary będącej odsetkiem uzyskanego przez ww. przedsiębiorców w 2010 roku przychodu. Wskazać przy tym należy, iż w kwestii natury naruszenia organ antymonopolowy wyróżnia naruszenia bardzo poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim szczególnie szkodliwe horyzontalne ograniczenia konkurencji, w tym porozumienia cenowe, zmowy przetargowe, podział rynku, kolektywne bojkoty, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do eliminacji konkurencji na rynku), naruszenia poważne (do których należy zaliczyć przede wszystkim porozumienia horyzontalne niezaliczane do najpoważniejszych naruszeń, porozumienia pionowe wpływające na cenę lub warunki oferowania produktu, przypadki nadużywania pozycji dominującej mające na celu lub prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji lub dotkliwej eksploatacji kontrahentów lub konsumentów), naruszenia mniej poważne niż wyżej wymienione (naruszenia pozostałe, do których należą m.in. porozumienia wertykalne niedotyczące ceny lub możliwości odsprzedaży towaru, jak również przypadki nadużywania pozycji dominującej o mniejszej wadze). Natura naruszenia znajduje odzwierciedlenie w wysokości kary w ten sposób, że wyjściowy poziom kary,

³⁹ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 8.11.2004 r., sygn. akt XVII Ama 81/03.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2000r., sygn. akt I CKN 793/98.

będący podstawą do dalszych wyliczeń, kształtuje się dla poszczególnych rodzajów naruszeń w następujący sposób:

- powyżej 1%, jednak nie więcej niż 3% przychodu w przypadku naruszeń bardzo poważnych;
- powyżej 0,2%, jednak nie więcej niż 1% przychodu w przypadku naruszeń poważnych;
- powyżej 0,01%, jednak nie więcej niż 0,2% przychodu w przypadku naruszeń pozostałych.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał, iż zawarte przez PFOZIAN porozumienie zakwalifikować należy do naruszeń bardzo poważnych, albowiem jest to porozumienie mogące wywrzeć wpływ na cenę. Porozumienie to zostało zawarte w formie przyjęcia w kodeksie etyki obowiązku stosowania cen minimalnych określonych przez Federację.

Za zakwalifikowaniem przedmiotowego porozumienia jako bardzo poważnego naruszenia prawa konkurencji przemawia również skala jego potencjalnego oddziaływania. Chodzi o to, iż do organizacji zrzeszonych w PFOZIAN należy 3606 członków. Ta szeroka grupa podmiotów została zobowiązana do stosowania określonych przez Federację cen minimalnych w przetargach. Należy przy tym podkreślić, iż zarządcy nieruchomości zobowiązani do stosowania cen minimalnych prowadzą działalność na terenie całej Polski, co oznacza również szeroki zakres geograficzny oddziaływania porozumienia. Ten argument tym bardziej uzasadnia przyjęcie, iż kwestionowane w przedmiotowym postępowaniu porozumienie należy zaliczyć do poważnych naruszeń prawa konkurencji.

W związku z powyższym kwotę wyjściową ustalono na poziomie [usunięto]% przychodu, tj. w przybliżeniu w wysokości [usunięto] zł.

Ustalając wymiar kary organ antymonopolowy wziął w dalszej kolejności pod uwagę specyfikę rynku, na jakim doszło do naruszenia konkurencji oraz specyfikę działalności uczestników porozumienia. Organ antymonopolowy wziął w tym kontekście pod uwagę, iż zakwestionowane porozumienie odnosi się do przetargowych cen minimalnych na usługi zarządców nieruchomości.

Jako rynek właściwy w przedmiotowej sprawie wyznaczony został krajowy rynek usług zarządzania nieruchomościami. W toku postępowań wyjaśniającego i antymonopolowego ustalono, iż jest to rynek konkurencyjny. O tym fakcie świadczy przede wszystkim dostępność szerokiej oferty usług zarządzania nieruchomościami na rynku krajowym.

Wskazać również należy, iż usługi zarządzania nieruchomościami są nie tylko wykonywane przez licencjonowanych zarządców nieruchomości. Konkurencję dla tych podmiotów stanowią również przedsiębiorcy nie posiadający właściwej licencji. Ponadto, usługi obejmujące także zarządzanie nieruchomościami są wykonywane przez podmioty stale związane z konkretnymi nieruchomościami – takie jak spółdzielnie mieszkaniowe.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono również, iż pomiędzy samymi zarządcami nieruchomości występuje istotna konkurencja, która wzmaga walkę o klienta, także na polu cenowym. Tym samym, praktyki cenowe PFOZIAN nie powinny mieć istotnego wpływu na poszczególne sektory gospodarki krajowej.

Niezależnie od tego należy podkreślić, iż w toku postępowania antymonopolowego nie stwierdzono dowodów na fakt wykonywania porozumienia i, w konsekwencji, wystąpienia niezgodnego z ustawą antymonopolową skutku na rynku właściwym.

Organ antymonopolowy uznał, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy powyższe ustalenia uzasadniają zmniejszenie wyjściowego poziomu kary określonego z uwzględnieniem natury naruszenia o 60%.

Elementem uwzględnianym przy ustalaniu wymiaru kary jest również długotrwałość naruszenia. Uchwała przyjmująca kwestionowane postanowienie została podjęta w 2005 roku. Tym niemniej – jak podkreślono wcześniej – brak jest dowodów, iż porozumienie było

wykonywane, a na rynku wystąpił antykonkurencyjny skutek. W związku z tym, okres obowiązywania kwestionowanego punktu kodeksu etyk nie został uwzględniony przy ustalaniu wymiaru kary.

Na wymiar nałożonej kary pieniężnej mają także wpływ określone okoliczności łagodzące i obciążające. Prezes Urzędu nie stwierdził dodatkowych okoliczności obciążających. Natomiast, jako okoliczność łagodząca potraktowany został fakt zaniechania stosowania przedmiotowej praktyki. Dało to podstawę do obniżenia kary o 10%.

W świetle powyższych okoliczności wysokość kary po zaokrągleniu ustalono na poziomie 2.000 złotych (słownie: dwa tysiące złotych). Oznacza to, że nałożona na PFOZIAN kara pieniężna mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 106 ust. 1 pkt 4 uokik i jednocześnie stanowi około [usunięto] % przychodu osiągniętego przez PFOZIAN w 2010 r.

W ocenie organu antymonopolowego ww. kara pieniężna w pełni odpowiada stopniowi zawinienia strony postępowania. Nakładając karę w ustalonej wyżej wysokości, organ antymonopolowy wyszedł z założenia, iż powinna ona mieć charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny, przyczyniając się do zapobieżenia stosowaniu podobnych naruszeń w przyszłości. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą, a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań.

Wobec powyższego orzeczono jak w punkcie II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji. Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Otrzymuje:

Polska Federacja Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości
ul. Beniowskiego 84B
80-355 Gdańsk